

MARCOS ALVES DA SILVA

## **O ROMPIMENTO DOS LAÇOS DE AUTORIDADE PARENTAL**

(Pais e Filhos Perante o Estado Juiz)

Dissertação apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre em Direito das Relações Sociais, do Programa de Pós-Graduação em Direito, do Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná.

Orientador: Prof. Dr. Luiz Edson Fachin

CURITIBA

2001

MARCOS ALVES DA SILVA

## O ROMPIMENTO DOS LAÇOS DE AUTORIDADE PARENTAL

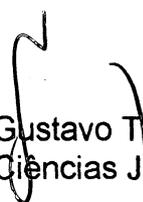
(Pais e Filhos Perante o Estado Juiz)

Dissertação aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre no Programa de Pós-Graduação em Direito, da Universidade Federal do Paraná, pela Comissão formada pelos professores:

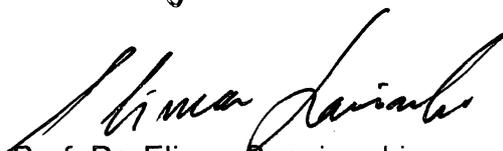
Orientador:



Prof. Dr. Luiz Edson Fachin  
Setor de Ciências Jurídicas, UFPR



Prof. Dr. Gustavo Tepedino  
Setor de Ciências Jurídicas, UERJ



Prof. Dr. Elimar Szaniawski  
Setor de Ciências Jurídicas, UFPR

Curitiba, 4 de dezembro de 2001.

Aos meus pais, Jonas e Waldete, fontes inesgotáveis de bondade e ternura.

À Márcia, companheira de todos os momentos, alegria de meus dias.

Ao Pedro e ao Guilherme, razão maior dos melhores sonhos para cada nova manhã.

Agradeço ao Prof. Dr. Luiz Edson Fachin, meu orientador, por seu exemplar e reconhecido magistério, que tem sido uma inspiração em minha vida, desde os primeiros anos da graduação.

À minha mãe, pela pacienciosa revisão dos textos originais, meu agradecimento sincero. Os senões existentes resultam, por certo, de alterações posteriores à sua criteriosa correção e são de inteira responsabilidade do autor.

Agradeço à Márcia que, além de suprir minha ausência nos afazeres cotidianos, compartilhou comigo a época mais intensa da pesquisa com inestimável ajuda.

Agradeço, também, ao Prof. José Affonso Dallegrave Neto, bom amigo, o apoio, convívio e comunhão destes últimos meses; à colega Profa. Silvana Carbonera as sempre oportunas sugestões; à mestrande e amiga Viviane Girardi Próspero os proveitosos diálogos e constante estímulo; assim como aos demais professores e colegas do Projeto “*Virada de Copérnico*” pelo fomento à pesquisa.

## SUMÁRIO

RESUMO .....	vi
ABSTRACT .....	vii
INTRODUÇÃO .....	01
<b>I. GÊNESE E EVOLUÇÃO DA AUTORIDADE PARENTAL</b>	
– A QUESTÃO HISTÓRICA .....	09
<b>II. AUTORIDADE PARENTAL FRACIONÁRIA</b>	
– A QUESTÃO DA SEPARAÇÃO ENTRE PAIS E FILHOS .....	39
<b>III. O ABUSO DA AUTORIDADE PARENTAL</b>	
– A QUESTÃO PATOLÓGICA .....	72
<b>IV. O CONTROLE DA AUTORIDADE PARENTAL</b>	
– A QUESTÃO ESTATAL E SOCIAL .....	85
<b>V. AUTORIDADE PARENTAL E DEMOCRACIA</b>	
– A QUESTÃO DA CIDADANIA .....	115
CONCLUSÃO .....	130
REFERÊNCIAS .....	134
ÍNDICE .....	142

## RESUMO

A dissertação versa sobre a *autoridade parental*, termo que se preferiu em substituição a “*pátrio poder*”, absorvido pela dogmática civil clássica do Direito Romano, mas que não corresponde ao sentido hodierno do *munus* que é atribuído aos pais. Rejeita-se a idéia de um “poder” que se exerce sobre os filhos, assim como se repele a redução de tal *munus* a um mero “dever” dos pais em relação à prole. No contexto da relação intersubjetiva entre pais e filhos é que se vai buscar o sentido e as novas dimensões da *autoridade parental*. A partir da análise de situações peculiares, nas quais se verifica o rompimento dos laços entre pais e filhos, ou sua distorção, são demarcados novos traços da autoridade parental, tendo em conta, especialmente, as radicais mudanças operadas com a promulgação da Constituição Federal de 1988 e do Estatuto da Criança e do Adolescente (1990). A reflexão desenvolvida toma a pessoa humana como critério último, fundamental e anterior ao Direito que regula suas relações e conduta. Ao adotar esta diretriz personalista, intenta-se proceder, em nível teórico, à libertação da pessoa do conceito a que foi reduzida pela Dogmática Jurídica herdada do século XIX. Toma relevo, neste contexto, de um lado, a publicização do Direito de Família, com a criação de diversos mecanismos de intervenção do Estado e mesmo da sociedade civil numa esfera, antes, quase intangível, com o fim de atender e resguardar o *melhor interesse* daqueles que estão em fase de desenvolvimento, a infância-juventude, e, de outro, a emergência da criança e do adolescente como sujeitos de direito. Estes significativos câmbios desafiam o repensar da relação paterno-filial. Sem a pretensão de reduzir a *autoridade parental* a um conceito, são apontadas, neste trabalho, algumas linhas de seu novo perfil.

## ABSTRACT

The dissertation approaches the parental authority, term that was selected instead of “paternal power”, taken by the classic civil dogmatic from the Roman law, but that cannot be related to the hodiernal *munus* which is attributed to the parents. It is not accepted the idea of a “power” that is carried out on children, as it is incompatible with the reduction of such *munus* to parents’ responsibility for kids. Through the intersubjective relationship among parents and children, it is proposed to look for the meaning and the new dimensions of the parental authority. Through the analysis of peculiar situations, which can be verified by the rupture of contact among parents and children, or through the distortion implied, new traces of parental authority are delimited, considering specially the radical changes caused by the promulgation of the Federal Constitution of 1988 and through the “Estatuto da Criança e do Adolescente” (1990). The developed reflection considers the human being first as a relevant criterion, fundamental and prior to the law that regulates its procedures and use. By adopting this personal perspective, it is expected to act, in the theoretical level, towards the person’s freedom of the concept that anyone was reduced due to the Dogmatic law inherited from the XIX century. It must be considered, in this context, the growing absorption of Family Law into the public sphere, through the creation of several intervention mechanisms of the State and also through the civil society which was almost intangible, aiming at supporting and protecting the *best interest* of those that are growing up, the infant and also, the importance of the teenagers’ growth as well as subjects of rights. These relevant changes challenge to reconsider a new relationship among parents and children. Without the pretension to reduce the parental authority to a concept, some characteristics of its new profile are pointed out in this work.

## INTRODUÇÃO

Inserire-se o presente trabalho — ou ao menos assim se pretendeu — numa ambiência de releitura crítica do Direito Civil. Não se trata da crítica ao Direito, e particularmente ao Direito Civil, articulada desde fora, perpetuando a dicotomia: Filosofia do Direito e Sociologia do Direito, por um lado, e a Ciência Dogmática,<sup>1</sup> por outro, antes, corresponde a um repensar do Direito Civil, enquanto “ciência” cultural,<sup>2</sup> uma reflexão que põe a descoberto suas próprias bases,<sup>3</sup> instalando na crise<sup>4</sup> a possibilidade de seu renascer.

As linhas mestras desta releitura a que, hoje, está submetido o Direito Civil tornam-se salientes a cada passo do presente estudo. Contudo, por uma questão de clareza metodológica, necessário se faz, de início, referir alguns marcos teóricos,

---

<sup>1</sup> Sobre o isolamento da Dogmática Jurídica bem sinalizou Plauto Faraco de Azevedo: “A Dogmática Jurídica, assim descarnada, torna-se a-histórica e líquida com a vida mesma do direito, ao mesmo passo que cria uma injustificável antinomia entre teoria e prática jurídica, cada uma descrevendo um discurso autônomo que, à diferença das paralelas, nem no infinito se encontram. (...) Não se pretende negar que a investigação levada a efeito pela Dogmática Jurídica deva ser predominantemente lógico-descritiva. O que é inaceitável é que essa linha precípua de estudo e de raciocínio dê, ainda que implicitamente, por inexistente, irrelevante ou situe fora do âmbito de investigação propriamente jurídica tudo o que se refira à dimensão crítico-valorativa ou às projeções sociais das normas jurídicas. Admiti-lo seria aceitar que tanto a contribuição da Filosofia quanto da Sociologia do Direito, por maior que fosse a importância ou valia que se lhes creditasse, rigorosamente falando não pertenceriam ao âmbito jurídico, eis que situadas fora de seus limites.” (AZEVEDO, Plauto Faraco. *Crítica à dogmática e hermenêutica jurídica*, 1989, p. 29)

<sup>2</sup> A teoria egológica de Cossio já apontava no sentido da “*reconstrucción de la Ciencia Dogmática como una ciencia cultural. Con la Teoría egológica, la filosofía de la cultura desborda el ámbito de la filosofía jurídica y llega al campo de la ciencia y de la técnica. Y porque la Teoría egológica há dado, con éxito, aquellos pasos, es la primera concepción del Derecho – y hasta ahora la única — que sabe, a la vez qué hacer con los hechos y qué hacer con las normas.*” (COSSIO, Carlos. *La teoría egológica del derecho y el concepto jurídico de libertad*, 1964. p. 247)

<sup>3</sup> Esta nova abordagem do Direito Civil pressupõe “a possibilidade de diálogo, na qual o próprio ponto de partida e o lugar de onde se fala estão em questão, e é, por isso, a primeira questão da própria idéia que não se instalou ainda.” (FACHIN, Luiz Edson (Coord.) *Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo*, 1998, p. 318)

<sup>4</sup> A etimologia da palavra *crise* é reveladora de um sentido altamente positivo. Origina-se do verbo grego κρινω (krino), *julgar*. A crise oportuniza sempre um repensar. Nesta direção aponta Francisco Amaral: “Antes de mais, diga-se que a tão apregoada crise do direito nada mais é do que um fértil processo de mudanças jurídicas, impostas pelos problemas da sociedade tecnológica, que tornou extremamente complexo o relacionamento social e impôs crescentes desafios às estruturas jurídicas herdadas do século XIX.” (AMARAL, Francisco. *Racionalidade e sistema no direito civil brasileiro*, p. 64, 1994)

sem qualquer pretensão de exaurir as fontes que inspiram este exercício de repensar o que ficou consagrado pela civilística clássica como “pátrio poder”.

A diretriz personalista, enquanto critério de abordagem, apresenta-se, inegavelmente, como a pedra de toque para o Direito Civil em reconstrução. Sobrepondo-se à lógica formal, que orientou a civilística herdada, exsurge a pessoa humana, como critério último e como valor máximo,<sup>5</sup> a partir da qual vai-se estabelecendo um “outro” Direito Civil.

A repersonalização do Direito Civil apresenta desdobramentos de diversas ordens. O primeiro deles diz respeito à libertação da pessoa humana do mero conceito a que foi reduzida. O novo paradigma aponta para a superação da excessiva abstração operada pela civilística oitocentista, na qual o sujeito é concebido como um dos elementos da relação jurídica, de tal sorte que “pessoa só é quem o Direito define como tal”.<sup>6</sup>

Qualquer esforço de releitura, como o que aqui se propõe, há de tomar em conta as significativas alterações axiológicas decorrentes da denominada constitucionalização do Direito Civil, ou, mais especificamente, do Direito de Família. O princípio fundamental da dignidade da pessoa humana,<sup>7</sup> passou a informar toda e qualquer abordagem jurídica das relações familiares. A partir deste marco fundamental desdobram-se outros princípios. Consagrou-se a direção diárquica da família, superando-se a sociedade conjugal hierarquizada. As famílias originadas da união estável e a monoparental foram agasalhadas como entidades familiares,

---

<sup>5</sup> Esta percepção teve Orlando de Carvalho, enunciando-a com exatidão: “a diretriz personalista tende a imprimir-se a todo o mundo do Direito, salientando-se, quer contra o relativismo, quer contra os transpersonalismos que o relativismo alimentou (do Estado, da Nação, da Raça), que o Direito, não sendo um sistema lógico, como pretendia a jurisprudência conceitual, é, todavia, um sistema axiológico, um sistema ético a que o homem preside como o primeiro e mais imprescindível dos valores.” (CARVALHO, Orlando. **Teoria geral da relação jurídica: seu sentido e limites**, 1981, p. 90-91)

<sup>6</sup> Orlando de Carvalho considera que a redução das pessoas “a um mero ‘elemento’ da relação jurídica civil concorre para uma reificação ou desumanização do jurídico [...]”. (*Op. Cit.*, p. 60). Nesta ordem de idéias, acresce Luiz Edson Fachin que, “não raro, nos elementos da relação jurídica coloca-se o sujeito, e aí se revela claramente que a pessoa não precede ao conceito jurídico de si própria, ou seja, só é pessoa quem o Direito define como tal.” (FACHIN, Luiz Edson. **Teoria crítica do direito civil**, 2000, p. 204.).

<sup>7</sup> CF, Art. 1º, inciso III.

merecedoras da proteção especial do Estado. Assegurou-se absoluta prioridade à criança e ao adolescente. Realizou-se uma “despenalização”<sup>8</sup> em relação aos filhos nascidos de relacionamentos extraconjugais, em razão da isonomia da filiação, instituída pela Constituição de 1988. Todas essas mudanças, indiscutivelmente, têm imbricações diretas com a temática enfrentada nesta pesquisa.

Ainda cuidando de referir os marcos que balizaram a investigação, mister se faz assinalar que o refazimento do Direito Civil, também, passa, necessariamente, pelo arejamento de sua técnica de abordagem. Para livrar-se da camisa-de-força que o modelo lógico-formal lhe impingiu, a interlocução com outras áreas do saber apresenta-se como um caminho promissor. O enfoque transdisciplinar implica indispensável afrouxamento da linguagem,<sup>9</sup> sem o qual o Direito Civil seguiria exilado em abstração racionalista e conceitual que não encontra ressonância no mundo contemporâneo. Orientou-se o presente trabalho no sentido de ultrapassar as fronteiras do estritamente jurídico ou juridicizado para, o quanto possível, estabelecer diálogos com *outros saberes*.<sup>10</sup> Ressalve-se que a adoção da perspectiva interdisciplinar não corresponde a uma banalização do discurso, nem tão pouco a ausência de tratamento sistemático.

O empreendimento de repensar o Direito Civil não se restringe à abordagem das questões metodológicas e conceituais de maior envergadura ou amplitude, que se situam na fronteira com a Filosofia e a Sociologia do Direito. Necessário será o esforço de releitura crítica dos temas mais particularizados e aplicados,<sup>11</sup> sob pena

---

<sup>8</sup> A expressão é de Gustavo Tepedino (TEPEDINO, Gustavo. **A disciplina jurídica da filiação na perspectiva civil-constitucional**, 1997, p. 575).

<sup>9</sup> “Quando o sistema refina o objeto, normalmente lhe dá um conceito monolítico”, anota Luiz Edson Fachin (FACHIN, Luiz Edson. **Teoria crítica ...**, p. 204.) Descompactar conceitos jurídicos parece ser tarefa acessória de primeira grandeza para toda e qualquer pesquisa no âmbito do Direito Civil.

<sup>10</sup> Segundo Yves Lenoir, “qualquer que seja o campo de operacionalização da interdisciplinaridade, ele poderá ser investigado (pesquisa), professado (ensino) ou praticado (aplicação).” (LENOIR, Yves. **Didática e interdisciplinaridade: uma complementaridade necessária e incontornável**, 1998. p. 50.) Sublinha este mesmo autor que “a perspectiva interdisciplinar não é contrária à perspectiva disciplinar; ao contrário, não pode existir sem ela e, mais ainda alimenta-se dela.” (Op. Cit. 46).

<sup>11</sup> Esta reflexão já teve lugar na Sociologia do Direito. No prólogo da edição espanhola de *Flexible Droit*, Luis Díez-Picazo relembra que Carbonnier teria afirmado: “*habremos dado un gran paso el día en que se haga el estudio sociológico de la novación*”. (CARBONNIER, Jean. **Derecho**

de se estabelecer certa esquizofrenia, especialmente, no campo didático-pedagógico. Uma abordagem teórico-crítica do Direito Civil, sem um correspondente tratamento das matérias aplicadas, pode conduzir a contradição inaceitável.

Impulsionado por esta linha de idéias, o presente trabalho intenta constituir-se enquanto um *esforço inicial*, direcionado a atender ao reclamo<sup>12</sup> por uma reflexão crítica sobre o “instituto do *pátrio poder*”, cristalizado pela dogmática clássica. A hipótese que orientou a pesquisa, cujo resultado ora se apresenta, é de que a análise das situações de rompimento dos laços de autoridade parental permite vislumbrar os novos traços de uma das dimensões da relação paterno-filial, que já foi chamada de *pátrio poder* e que, aqui, preferiu-se designar *autoridade parental*.

Para não tomar a *autoridade parental* como um mero conceito jurídico sobre o qual se debruçaria a investigação,<sup>13</sup> optou-se, metodologicamente, pela análise das dinâmicas e variadas situações da vida, nas quais o rompimento dos laços de autoridade parental permite melhor visualização dos traços contemporâneos desta mesma autoridade. Em tais circunstâncias, geralmente, avulta o Estado e, notadamente, o Estado Juiz, e retrai-se o espectro de uma relação tipicamente privada e vivida na intimidade do recôndito familiar. O privado, em face de sua patologia, se faz público. No limiar da porta, entre a casa e a praça, situa-se o campo que forneceu os subsídios para esta pesquisa.

A opção de encaminhamento metodológico da abordagem do tema, assim como os marcos teóricos referidos de início ditaram o alcance e os limites da dissertação. Neste sentido, importa consignar, desde logo, que não se trata de um

---

**flexible:** para una sociologia no rigurosa del derecho, 1974, p. 10)

<sup>12</sup> “O estudo do ‘pátrio poder’, da tutela e da curatela, distante da repetição de saberes elementares, poderá, por isso mesmo, constituir alavanca de compreensão, ainda que em parte, desse fenômeno que une as pontas de duas aparentes extremidades: a crítica ao Direito e a crença dialética na sua irretorquível utilidade humana e social.” (FACHIN, Luiz Edson. **Em nome do pai:** estudo sobre o sentido e alcance do lugar jurídico ocupado no pátrio dever, na tutela e na curatela, 1997, p. 590).

<sup>13</sup> Em português, ao que se sabe, existem apenas duas monografias publicadas sobre a matéria. Conquanto sejam estudos exaustivos, repetem estrutura metodológica, consagrada na dogmática, de conceituar, analisar os fundamentos jurídicos, elencar características, identificar sujeitos passivo e ativo, para, por fim, distinguir os aspectos pessoais e patrimoniais do “pátrio poder”. (ROCHA, José Virgílio Castelo Branco. **O pátrio poder**, 1960; SANTOS NETO, José Antonio de Paula. **Do pátrio poder**, 1994)

estudo que pretenda cuidar de todos os aspectos da *autoridade parental*. Passam ao largo das preocupações que nortearam a pesquisa — só para citar alguns exemplos — as questões relativas à responsabilidade civil dos pais por atos ilícitos praticados pelos filhos, a administração dos bens dos filhos, o usufruto legal, etc.

O emprego da expressão *autoridade parental* em lugar de “pátrio poder”, certamente, justificar-se-á no bojo da dissertação, contudo, a explicitação das razões da escolha, ainda que de forma elementar, nestas linhas introdutórias, corrobora no sentido de lançar luzes sobre o caminho a ser percorrido.

Ainda que, a princípio, pareça demasiado apego à precisão terminológica, é inegável que o vocábulo *autoridade* substitui com larga vantagem a palavra *poder*. No exercício do poder temos um titular, o titular do poder. Esta conotação está presente até nos direitos reais, onde o sujeito ativo exerce determinado poder diretamente sobre a coisa, sem qualquer mediação de interposta pessoa.<sup>14</sup> De outro lado, não se pode dizer que alguém exerce autoridade sobre determinada coisa, pois, na expressão *autoridade* está presente uma conotação muito mais relacional. A autoridade se exerce em relação às pessoas. O poder não pressupõe necessariamente uma relação intersubjetiva, enquanto que para o exercício da autoridade tal relação é necessária e inafastável.

A expressão “pátrio poder” vem recebendo críticas há muito tempo.<sup>15</sup> De um extremo ao outro variaram as considerações dos doutrinadores, desde a concepção do “pátrio poder” como “o complexo dos direitos que a lei confere ao pai, sobre a pessoa e bens dos filhos”<sup>16</sup> até a idéia diametralmente oposta de que constituiria “o

---

<sup>14</sup> Ricardo Arone conceitua: “Denomina-se real a categoria de direitos subjetivos que ao invés de vincular indivíduos entre si, vincula sujeitos com bens.” (ARONE, Ricardo. **Propriedade e domínio: reexame sistemático das noções nucleares de direitos reais**, 1999, p. 26). E o romanista Thomas Marky define a propriedade como “um poder jurídico absoluto e exclusivo sobre uma coisa corpórea.” (MARKY, Thomas. **Curso elementar de direito romano**, 1995, p. 65)

<sup>15</sup> Já antes do Código Civil de 1916, escrevia Lafayette: “A instituição do pátrio poder, tal como se acha constituída pelo nosso direito, é um invento absurdo, imaginado antes em utilidade e vantagem ao pai do que em benefício do filho.” (*Apud* GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda compartilhada**, 1999, p. 422)

<sup>16</sup> BEVILAQUA, Clovis. **Código civil dos Estados Unidos do Brasil**, v. 2, 1960, p. 282.

conjunto de obrigações, a cargo dos pais, no tocante a pessoa e bens dos filhos”.<sup>17</sup> Os que se alinharam a esta última corrente passaram a referir-se a *pátrio dever* e não mais a *pátrio poder*.

O equívoco dessas abordagens foi ressaltado, com extrema clareza e sólida fundamentação, por Lamartine de Oliveira e Francisco Muniz. Rejeitam a redução do conteúdo do pátrio poder a “um mero conjunto de deveres”. Respalhando sua reflexão em Lüderitz, demonstram que, por ser intersubjetiva a relação que lhe é subjacente, o exercício do *munus* parental apresenta uma dupla dimensão. Explicitam: “É que direitos subjetivos são exercidos e deveres jurídicos são cumpridos através de uma mesma ação do titular do direito e do dever.”<sup>18</sup> Esta reflexão, tão rapidamente esboçada, tem, por ora, somente o objetivo de justificar a rejeição da expressão “*pátrio dever*”, que, lamentavelmente, tem sido de recorrente uso.

De outro lado, a palavra *parental*<sup>19</sup> é inclusiva, enquanto o termo *pátrio* faz referência unicamente à pessoa do pai. O emprego do adjetivo *parental* está, como se vê, em perfeita consonância com a Constituição Federal,<sup>20</sup> que não fala em “pátrio poder”, antes, atribui ao pai e a mãe, sem distinção de qualquer ordem, “o dever de assistir, criar e educar os filhos menores”.

Impróprio, também, foi o designativo adotado pelo Projeto do Código Civil Brasileiro, que está em vias de converter-se em Lei. O Capítulo V do Subtítulo II, “Das Relações de Parentesco”, foi denominado: “*Do Poder Familiar*” (Art. 1.642 ao art. 1.650). A expressão, introduzida pela Emenda n. 278, no Senado, já mereceu reiteradas críticas, porque *familiar* implica referência a toda família, sendo que tal “poder” constitui-se prerrogativa exclusiva dos pais.<sup>21</sup>

---

<sup>17</sup> MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil**, v. 2, 1964, p. 280-281.

<sup>18</sup> OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de; MUNIZ, Francisco José Ferreira. **Direito de família: direito matrimonial**, 1990, p. 33

<sup>19</sup> O “Novo Dicionário da Língua Portuguesa” de Aurélio Buarque de Holanda Ferreira assim define o vocábulo “*Parental*: [Do lat.: *parentale*] (Adj. 2 g.) relativo a pai e mãe.”

<sup>20</sup> CF, Art. 229.

<sup>21</sup> CORTIANO JUNIOR, Eroulths. **O direito de família no Projeto do Código Civil**, v. 4,

Consideradas as limitações terminológicas, optou-se por *autoridade parental*, vez que tal significante pareceu ser o mais consentâneo com a conformação contemporânea do *munus* que se reconhece aos pais para criação e educação de seus filhos, e que, afinal, constitui o núcleo deste estudo.

Com o precípuo propósito de demonstrar a relatividade do conceito de “pátrio poder”, julgou-se oportuno principiar com um capítulo de cunho, notadamente, histórico. Estabelecidos certos referenciais que compõem o legado recebido, de alguma forma, são repelidas as abstrações generalizantes e a-históricas, tão caras à civilística clássica. Por outro lado, das pontuações históricas é possível haurir algumas premissas que perpassam toda a reflexão que ora se propõe.

Tendo em conta as inferências históricas colhidas, prossegue-se no intento de captar dos exemplares casos de fragmentação dos laços familiares — em decorrência da separação dos pais, ou ausência de um deles (casos de famílias monoparentais), e na investigação da paternidade — traços do novo perfil da autoridade parental, que, gradativamente, se fazem perceptíveis.

Aquelas circunstâncias em que, mesmo não havendo uma ruptura aparente, a autoridade parental revela-se patológica, constituem o foco de atenção do terceiro capítulo. A noção de *abuso de direito* é adotada como chave hermenêutica para análise dessas situações em que, no exercício da autoridade parental, mesmo não cometendo qualquer ato ilícito, os pais causam danos aos filhos.

No quarto capítulo, o foco de atenção desloca-se para o Estado. Intenta-se uma abordagem dos mecanismos do aparato de intervenção estatal, no âmbito do exercício da autoridade parental. Trabalha-se com a hipótese — inferida das notícias históricas trazidas no primeiro capítulo — de que quanto mais ausente o Estado, tanto mais se avulta a arbitrariedade, no exercício da autoridade parental. Isto porque as reminiscências da idéia da família, enquanto um pequeno estado que precede ao próprio Estado, dotada de soberania própria, personificada no *pater familias*, alimentaram o modelo que se perpetuou, em sua essência, quase intacto,

durante séculos.

Por fim, o último capítulo cuida, por assim dizer, do sentido teleológico imposto, contemporaneamente, à autoridade parental, isto é, a educação para a cidadania, comparecendo a criança e o adolescente, na relação com os pais, como genuínos sujeitos de direito. O “*lugar jurídico*” ocupado pela criança e pelo adolescente, mormente, a partir da vigência de seu *Estatuto*, implicou alterações profundas na delimitação, no sentido e no alcance da autoridade parental.

Este é o roteiro por onde se caminha, na busca de melhor compreender a idéia<sup>22</sup> que se prenunciou como provocação à pesquisa.

Por tudo que foi dito anteriormente, descarta-se qualquer intento no sentido de estabelecer um “novo” conceito de *autoridade parental*. Procura-se, antes e fundamentalmente, identificar traços de sua feição contemporânea. Quase nada no Direito Civil é tão antigo quanto a noção de “*patria potestas*”. Todavia, paradoxalmente, o que era sólido se desfez,<sup>23</sup> e a demanda pela reconstrução já de algum tempo se apresenta. Ao desafio intenta-se, ao menos em parte, responder.

---

<sup>22</sup> Pela boca de Riobaldo, Guimarães Rosa traduziu — como jamais o pôde fazer qualquer obra sobre metodologia da pesquisa — o que significa o impulso à perquirição: “*Sou só um sertanejo, nessas altas idéias navego mal. Sou muito pobre coitado (...) Eu quase que nada não sei. Mas desconfio de muita coisa. O senhor concedendo, eu digo: para pensar longe, sou cão mestre - o senhor solte em minha frente uma idéia ligeira, e eu rastreio essa por fundo de todos os matos, amém!*” (ROSA, João Guimarães. **Grande Sertão**: veredas, 1986, p. 13-14)

<sup>23</sup> A propósito, é sugestiva a frase inserida no Manifesto Comunista, e que o filósofo norte-americano, Marshall Berman, colheu para intitular obra sua: “Tudo que é sólido desmancha no ar”. (BERMAN, Marshall. **Tudo o que é sólido desmancha no ar**: a aventura da modernidade, 1988).

## I. GÊNESE E EVOLUÇÃO DA AUTORIDADE PARENTAL – A QUESTÃO HISTÓRICA

Afirmava Cunha GONÇALVES que “o poder paternal é uma instituição que tem o seu fundamento, a um tempo, nas leis da natureza e na longa tradição histórica”.<sup>24</sup> SANTOS NETO, recentemente, por seu turno, ao tratar dos fundamentos do “pátrio poder”, assevera: “o pátrio poder promana da ordem natural das coisas, da natureza enfim”.<sup>25</sup> Razão, porém, não lhes assiste. O “pátrio poder” é, fundamentalmente, de caráter cultural e histórico, e não natural.

Diferentemente dos outros animais, que são programados biologicamente,<sup>26</sup> os seres humanos vivem em um sistema aberto, de constante e ininterrupta aprendizagem do mundo, que não é o *mundo dado*, o da natureza, no qual nascem, crescem, sobrevivem e morrem os outros animais, mas o *mundo recriado* pela sua própria invenção, o mundo da cultura.<sup>27</sup>

Se os outros animais trazem inscrita nos seus corpos a sua história, os humanos, em razão de sua “desprogramação biológica”, têm que tudo aprender das gerações passadas. O homem está sempre insatisfeito com os limites que o corpo lhe impõe. Não contente com suas mãos, criou uma série de ferramentas que lhe

---

<sup>24</sup> GONÇALVES, Luiz da Cunha. **Tratado de direito civil**, v. 2, t. 1, 1955, p. 421.

<sup>25</sup> SANTOS NETO, José Antonio de Paula. **Do pátrio poder**, 1994, p. 56.

<sup>26</sup> Ao caracterizar o mundo *in natura* em oposição ao mundo da cultura, Rubem Alves circunscreve os limites dos animais aos seus próprios corpos: “Cada organismo é um processo de aprendizagem preservado como memória biológica; é uma história transformada em estrutura. E a isso se denomina comportamento instintivo. Em outras palavras: o animal é determinado ou programado pelo passado de sua espécie, presente em sua organização biológica. Daí poder-se dizer (Berger e Luckmann) que o animal é o seu corpo. A consequência disso é que seu comportamento é estabilizado, fechado. Sua programação está completa. Não permite reorganização.” (cf. ALVES, Rubem. **O suspiro dos oprimidos**, 1984, p. 9)

<sup>27</sup> A consciência de que a História Humana se desenrola no mundo da cultura e não no da natureza já estava latente em pensadores da Antiguidade e aparece, de alguma forma, nos escritos do período iluminista. Mas, segundo ressalta Miguel Reale, tal consciência só “adquire caráter definitivo na obra de Vico. (...) Giambattista Vico, que escreveu suas obras fundamentais na primeira metade do século XVIII, teve plena consciência de ter descoberto uma nova ciência. (...) A obra fundamental do pensador napolitano ostenta um título que, à primeira vista, parece pretensioso — *Princípios de uma Ciência Nova*, tão firme era a sua convicção de estar instituindo as bases epistemológicas de um campo novo de experiência.” (REALE, Miguel. **Filosofia do direito**, 1982, p. 241-242)

aumentam a dimensão e o poder. Não completo com o que o olho nu lhe permitia enxergar, inventou aparelhos como o telescópio e o microscópio. Não feliz apenas com os sons que a natureza lhe oferecia, inventou a música. O mundo humano não é o mundo da natureza dado e completo, mas o mundo sempre em construção e inacabado da cultura.<sup>28</sup> A esse processo, nada natural, é que se dá o nome de educação.

Se os animais quase nada precisam aprender, porque seu saber está traçado nos limites de seu corpo, os humanos têm que tudo aprender pela *tradição*, isto é, pelo que se transmite de geração a geração e se acumula, se nega, se refaz. Neste marco é que se inscreve o “pátrio poder”, na cultura,<sup>29</sup> na história, no contingente, e não nas leis da natureza, como, ingenuamente, já se pensou.

Muito mais que a proteção das crias e preservação da espécie, os laços que se formam entre pais e filhos visam à transmissão do *saber*, na acepção mais ampla que se possa dar a esse termo, de tal sorte que a perquirição pela gênese da autoridade parental deve seguir pelas trilhas da história.

Assim, a natureza do tema ao qual se circunscreve o presente trabalho exige uma incursão histórica, para a fixação de pontos referenciais, a partir dos quais o seu núcleo se organiza e o discurso se articula. Portanto, a referência histórica, que a princípio se elabora, não tem pretensão sistemática, mesmo porque não

---

<sup>28</sup> Cossio distingue o próprio da natureza e os bens ou objetos culturais: “*Obsérvese una estatua o una herramienta: como Naturaleza eran un bloque de mármol o un pedazo de hierro; y eso siguen siendo. Pero llegó la vida humana, se posó en ellos royendo sus contornos, les imprimió formas que salieron de su propia actividad temporal y la estatua o la herramienta llegan a ser. (...) Todo esto, claro está, es vida humana pelo objetivada. No hay en ellos, como presencia o estancia, la temporalidad inmanente de la libertad, que es el dato ontológico primario del hombre y que con el hombre se aleja de los objetos que éste ha animado, una vez que sus manos se dedican a otra tarea. Pero no hay duda ninguna de que, aunque objetivada, esos objetos, en su ser lo que son, son vida humana y no Naturaleza. Podemos, ciertamente, dirigirnos a las cosas en su ser (lo óntico): a la estatua como estatua, a la herramienta como herramienta, etc.; pero atrás de las cosas en su ser está todavía el ser de las cosas ( lo ontológico) y éste es, con evidencia, la vida que los creó y donde esas cosas como tales siguen siendo, porque esas cosas son un sentido y estos sentidos existen siempre por y en la vida humana en cuanto que ella es precisamente eso.*” (COSSIO, Carlos. *La teoría egológica del derecho y el concepto jurídico de libertad*, 1964, p. 232.)

<sup>29</sup> Oportuna a respeito é a conceituação de Miguel REALE: “Cultura não é senão concretização ou atualização da liberdade, do poder que tem o homem de reagir aos estímulos naturais de maneira diversa do que ocorre com os outros animais, cujas reações são de antemão determinadas pela natureza de seu ser, no círculo de suas necessidades imediatas.” (*Op. Cit.*, p.

encontraria lugar, em face do objeto da pesquisa, antes é tópica, no sentido de apontar questões fundamentais à discussão contemporânea sobre a autoridade parental.

Ao se tratar da autoridade parental, é praticamente impossível a realização de análise plausível do horizonte contemporâneo, com a dispensa de qualquer consideração de verticalidade histórica. Nesse sentido, assinalou Francisco AMARAL que as mudanças e os problemas da sociedade tecnológica têm propiciado fértil processo, que está a exigir “dos juristas e, particularmente, dos nossos civilistas um esforço de reflexão epistemológica que lhes permita, a partir do conhecimento do direito brasileiro, na sua gênese e evolução, elaborar novos modelos que atendam às necessidades crescentes da sociedade contemporânea”.<sup>30</sup> Sob essa inspiração ou sugestão é que se constrói o presente capítulo.<sup>31</sup>

Sem a intenção de fazer apertadas sínteses de cada período histórico, o que se persegue é encontrar os sentidos, as razões e o alcance que, no decorrer do tempo, têm sido emprestados ao que, aqui, se está a chamar de autoridade parental.

## 1 NOTÍCIAS DA ANTIGÜIDADE

Atendendo ao escopo e limites deste trabalho, não se pretende fazer perquirição da arqueologia da noção de *autoridade parental*. Tal empreendimento demandaria estudo transdisciplinar, envolvendo áreas do conhecimento como a

---

244)

<sup>30</sup> AMARAL, Francisco. **Racionalidade e sistema no direito civil brasileiro**, p. 64, 1994.

<sup>31</sup> A referência histórica, evidentemente, não necessitaria constituir capítulo preambular. Poderia estar inserida no bojo da reflexão. Contudo, em razão de questões metodológicas, tornou-se conveniente apartar o referencial histórico, em um momento inicial. Primeiro, porque da análise do conjunto dessas informações faz-se possível a ilação de premissas básicas para o encaminhamento ao núcleo da reflexão proposta; segundo, porque, estabelecidos referenciais históricos, de alguma forma, são repelidas as abstrações generalizantes. O diálogo com o pretérito, contudo, não se estanca com este capítulo de cunho marcadamente histórico, como se se estivesse a seguir a ritualística de muitos manuais: a referência histórica, num primeiro momento; a exegese estrita da lei, em um segundo. Ao contrário, várias e contínuas remissões históricas constam de todas as partes do presente trabalho.

filosofia, a antropologia, a sociologia e a psicologia. A pretensão, bem mais modesta, como o próprio título acima indica, é, em largos traços, demarcar contornos da concepção de autoridade parental, herdada das três grandes vertentes conformadoras da chamada racionalidade ocidental: a tradição judaico-cristã, a filosofia grega e o direito romano.

A tradição cristã, que tanto marcou o perfil do mundo ocidental, encontra as matrizes estruturantes de sua racionalidade no Antigo Testamento, e, portanto, na cultura judaica, muito embora, ao mesmo tempo, constituísse uma ruptura desta.

A família hebréia dos primórdios é uma família nômade, tipicamente patriarcal. A centralidade da figura do patriarca assemelhava-se à do *pater familias* romano. Era ele, ao mesmo tempo, o sacerdote do clã e seu chefe militar. Suas mulheres e concubinas eram consideradas, para usar a expressão latina, *aliene iuris*. Há indícios de que o patriarca deteve poderes de vida e morte sobre a pessoa dos filhos.<sup>32</sup> O rigor da disciplina imposta nos primórdios daquela civilização é sublinhada em vários textos do Antigo Testamento. A desobediência contumaz aos pais poderia, segundo o direito judaico antigo, implicar em pena de morte, por apedrejamento.<sup>33</sup>

A despeito do rigor dos primeiros tempos, o que se torna saliente na relação paterno-filial judaica, especialmente, a partir do modelo rabínico da sinagoga, é a devoção aos pais e a prática da educação. Como na concepção judaica os filhos provêm tanto dos pais, no aspecto físico, como de Deus que lhes concede a alma, devem respeitar a Deus e honrar os pais, como determina o decálogo.<sup>34</sup> Esclarece

---

<sup>32</sup> Emblemático é o texto de Gênesis, cap. 22, em que o sacrifício do filho é substituído pelo de animais. Informa Georg Fohrer que a prática de sacrifícios de crianças sobreviveu até o período da teologia deuteronômica, aproximadamente 550 a. C. "No âmbito cultural, a lei deuteronômica atacou, mordaz e energicamente, as instituições e práticas cananéias, e aquelas que estavam relacionadas com outras religiões alienígenas. Ela proibia com freqüência, sob pena de morte, (...) o sacrifício de crianças, adivinhação, feitiçaria e necromancia." (FOHRER, Georg. **História da religião de Israel**, 1982, p. 369.)

<sup>33</sup> Desta previsão legal há registro no livro do Deuteronômio cap. 21, vers. 18-21. Se o filho rebelde, ainda que castigado, não atendesse à vontade dos pais, deveria ser levado aos anciãos da cidade. Acusado pelos pais, perante aquele conselho, seria apedrejado até a morte pelos homens da comunidade.

<sup>34</sup> **Dicionário judaico de lendas e tradições**, 1992, p. 200.

Nathan AUSUBEL que “desde o berço, a criança judia era doutrinada por um conjunto de lealdades que abrangiam a totalidade da vida. Primeiro vinha a lealdade para com Deus e a Torah, depois para com pai e mãe, e em seguida para com os demais parentes. Finalmente, havia a solidariedade indestrutível da comunidade com todas as centenas de comunidades judaicas do mundo”.<sup>35</sup> Aos pais, por sua vez, era imputada uma série de deveres, nucleados na educação dos filhos.<sup>36</sup> Esta vinculação da autoridade parental aos deveres relativos à educação dos filhos será assimilada pela tradição cristã, e vai transparecer, mais tarde, no catecumenato ou catequese.

Entre os gregos, ao menos pelo que se depreende das lições de ARISTÓTELES, em sua *Ética a Nicômaco*,<sup>37</sup> o “pátrio poder” era exercido de forma mais abrandada, se comparado ao modelo romano.<sup>38</sup> A despeito de reconhecer uma desigualdade entre as partes na relação paterno-filial, Aristóteles analisa tal relação sob o signo da amizade.

Em Aristóteles, não há um único tipo de amizade. Depois de dissertar sobre a bondade e utilidade, demonstra que o primeiro tipo de amizade é marcado pela igualdade. Porém, a partir do capítulo 7, do Livro VIII, passa a apresentar uma “outra espécie de amizade, a saber, a que envolve uma desigualdade entre as partes, como a de pai para filho [...]”.<sup>39</sup> Porém, em Aristóteles, não tem lugar a reificação do filho na relação paterno-filial, que vai ser característica do direito romano, ao

---

<sup>35</sup> AUSUBEL, Nathan. **Conhecimento judaico**, 1967, p. 258.

<sup>36</sup> Especialmente na literatura deuteronomista e sapiencial, uma série de sentenças e conselhos é encomendada aos pais. A título de exemplo: “Ponde, pois, estas minhas palavras no vosso coração e na vossa alma; atai-as por sinal na vossa mão, para que estejam por frontal entre os olhos. Ensinai-as a vossos filhos, falando delas assentados em vossa casa, e andando pelo caminho, e deitando-vos, e levantando-vos” (Deuteronomio 11:18,19). “Ensina a criança no caminho em que deve andar, e ainda quando for velha não se desviará dele” (Provérbios 22:6).

<sup>37</sup> No Livro VIII, da *Ética a Nicômaco* – um dos mais belos e profundos textos da literatura sobre a amizade – Aristóteles aborda o tema da autoridade que os pais exercem sobre os filhos. (cf. ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*, 1973, p. 376-395).

<sup>38</sup> A esse respeito, ressalta Fustel de Coulanges que “a sujeição sem-fim do filho ao pai desaparece e bem cedo em Atenas. Em Roma, a velha regra foi escrupulosamente conservada; o filho jamais pode manter um lar particular durante a vida do pai, mesmo casado, mesmo tendo filhos, ficava sob a tutela paterna.” (cf. COULANGES, Fustel de. **A cidade antiga: estudos sobre o culto, o direito e instituições da Grécia e de Roma**, v. 1, 1967, p. 127).

<sup>39</sup> *Op. Cit.*, p. 386.

contrário, a base da autoridade dos pais está posta numa relação vital e intersubjetiva. Diz o filósofo: “A própria amizade dos familiares, embora seja de variadas espécies, parece depender em todos os casos da amizade paterno-filial; porquanto os pais amam os filhos como partes de si mesmos, e os filhos amam os pais por serem algo que se originou deles”.<sup>40</sup>

Muito embora compare a relação paterno-filial à monarquia — para ele melhor forma de governo — repele a tirania, que se constitui na degeneração daquela. Desta forma, censura os povos que reduzem seus filhos à servidão. Exemplifica que entre os persas “o governo dos pais é tirânico, pois ali os pais usam os filhos como escravos. Tirânico, igualmente, é o governo dos amos sobre os escravos, em que a única coisa que se tem em vista é a vantagem dos primeiros”.<sup>41</sup>

Para Aristóteles, é por natureza que “um pai tende a governar seus filhos, os avós os descendentes e os reis os seus súditos.” Contudo, neste tipo de relações, a amizade depende de um excesso de benefício em favor dos governados.<sup>42</sup> E, ao mesmo tempo, a amizade é condição para a não degeneração dessas relações. A amizade tem tamanho relevo para Aristóteles que chega a afirmar: “sem amigos ninguém escolheria viver, ainda que possuísse todos os outros bens”.<sup>43</sup> Logo, poder-se-ia dizer que, no modelo aristotélico, a autoridade dos pais está informada por uma relação vital de afeto mútuo.

A vida na *polis* é, sem dúvida, que demarcou esta concepção grega clássica sobre a relação paterno-filial. Nas sociedades antigas, tipicamente, agrárias, nas quais o pai de família exercia, com ampla autonomia, um mando de natureza militar, protetiva do clã, não havia espaço para uma vinculação fundada na dimensão afetiva. Pois, o que primeiro tomava relevo era a relação de comando exercida pelo

---

<sup>40</sup> Idem, p. 391.

<sup>41</sup> Idem, p. 390.

<sup>42</sup> “A amizade dos filhos pelos pais e dos homens pelos deuses é a que se tem para com algo de bom e superior, pois eles lhes dispensaram os maiores benefícios, dando-lhes o ser, a alimentação e a educação desde que nasceram. E esta espécie de amizade também é aprazível e útil, mais do que a amizade entre estranhos, uma vez que tais pessoas convivem mais entre si.” (cf. *Op. Cit.*, p. 392).

<sup>43</sup> *Op. Cit.*, p. 379.

pai sobre todos os componentes da família, mulheres, filhos, filhas, agregados, escravos. Na *polis* grega, a assembleia, e, portanto, o poder público, absorve uma gama significativa daqueles atributos de mando do pai de família, de tal forma que, já em Aristóteles, os vínculos da autoridade parental são percebidos a partir de sua dimensão afetiva.

No mundo romano, o “pátrio poder”, com características despóticas, como antes assinalado, prevaleceu durante mais tempo que na Grécia. Em razão de ser o direito romano paradigmático para o direito civil moderno, especial atenção deve ser dedicada à *patria potestas* romana.

## 2 A "PATRIA POTESTAS" ROMANA

O “pátrio poder”, no direito romano, deve ser entendido tendo em conta a organização política e econômica de determinados momentos históricos, dos quais ele próprio, o “pátrio poder”, não deixava de ser uma expressão. A família romana era radicalmente distinta da noção que, na atualidade, se tem de família. Em verdade, as famílias romanas constituíam-se em núcleos políticos conformadores do Estado romano, mas que, ao mesmo tempo, gozavam de inquestionável independência.<sup>44</sup> Nesse sentido, observa Pontes de Miranda, amparado em Georg Jelinek, que “o pai de família gozava de autoridade própria, independente, que não era conferida por lei, nem adscrita pelo Estado, e semelhava à autoridade pública, à pequena monarquia, com as seguintes características: não possuir território, e constituir simples associação de pessoas”.<sup>45</sup>

O elemento catalisador e organizador do grupo familiar não era apenas de natureza econômica, o aspecto religioso guardava singular importância. Os poderes

---

<sup>44</sup> José Carlos Moreira Alves cita referência de Sêneca a este status de autonomia que gozava a família romana no período pré-clássico: “Os nossos antepassados julgaram que o lar doméstico era uma pequena república”. (cf. ALVES, José Carlos Moreira. **Direito romano**, v. 2, 1972, p. 256.)

<sup>45</sup> *Op. Cit.*, p. 112.

que se outorgava ao *pater familias* não se justificavam, tão-somente, no fato de ser ele o homem forte, provedor e protetor do grupo, mas, antes, na sua condição de "sacerdote, o herdeiro do lar, e continuador dos antepassados, o tronco dos descendentes, o depositário dos ritos misteriosos do culto e das fórmulas secretas da oração. Toda a religião reside nele".<sup>46</sup> Essa dimensão cultural, que transborda do meramente econômico, permite uma melhor compreensão dos ilimitados poderes concedidos ao *pater familias*.

Tomando em conta esses determinantes culturais, faz Fustel de COULANGES interessante análise etimológica da palavra *pater*. Começa por sublinhar que a palavra é idêntica em grego, latim e sânscrito, o que indica uma origem comum e remota do termo, que o remete ao tronco lingüístico indo-europeu. Em um segundo momento, demonstra que o emprego da palavra, especialmente, no campo religioso, não guardava qualquer relação com geração ou reprodução. *Pater* era designativo pelo qual se invocavam deuses como Júpiter, Netuno, Apolo, Baco. Na mitologia grega, esses deuses não antecederam os humanos, como se estes últimos fossem deles gerados. Mesmo porque a palavra *mater* era aplicada a divindades, como Diana, Minerva e Vesta, que eram deusas virgens. No âmbito jurídico, poderia ser *pater* quem não tivesse filho, nem sequer fosse casado e mesmo nem tivesse idade para tal. Daí conclui que a palavra *pater*, "na língua (sic) religiosa, aplicava-se aos deuses; na língua (sic) do direito, a todo homem que não dependesse de outro, e que tinha autoridade sobre uma família ou sobre um domínio: *paterfamilias*. (...) Continha em si, não a idéia de paternidade, mas a de poder, de autoridade, de dignidade majestosa".<sup>47</sup>

Diferentemente de Coulanges, que ressalta o aspecto religioso como elemento preponderante para a rígida estruturação da família romana, BONFANTE sublinha o aspecto político de sua constituição, como grupo que precedeu o surgimento do Estado. Segundo esta tese, o *pater familias*, à semelhança do rei, em um estado constituído, detinha poder de vida e morte sobre as pessoas debaixo de seu domínio, assim como sobre o patrimônio. Para o romanista italiano seria um

---

<sup>46</sup> COULANGES, Fustel de. *Op. cit.*, p. 128.

<sup>47</sup> *Idem*, p. 128-129.

absurdo considerar o tremendo poder conferido ao *pater familias* como uma mera disciplina doméstica, consistia antes um poder político.<sup>48</sup>

Em verdade, tais teses não são excludentes, ao contrário, complementares. O que está em questão são as tintas com que se carregam determinados traços ou ângulos de abordagem. Fato incontestável, porém, é que em Roma o “pátrio poder” foi exercido, ao menos no período pré-clássico e no clássico, de uma forma sem precedentes. Tal era a livre disposição sobre a pessoa do filho, que Pontes de MIRANDA afirma: “juridicamente, a *patria potestas* constituía espécie de direito de propriedade. O *pater familias* podia renunciar a este direito, dando a terceiros os filhos *in mancipacio*, ou enfeitando-os”.<sup>49</sup>

Para demonstrar a natureza e o sentido do “pátrio poder” na antiga Roma interessante é referir o “instituto” da *adrogatio*. Além da *adoptio* — pela qual se dava a transmissão do “pátrio poder” de um *pater familias* a outro sobre a pessoa *alieni iuris* — a *adrogatio* consistia forma de adoção pela qual uma pessoa *sui iuris* renunciava sua independência familiar e sua capacidade jurídica, para passar com todos seus dependentes à família do adrogante, assumindo a situação de *alieni iuris*. Esta transferência, que incluía todo o patrimônio do adrogado, processava-se por rito que deveria ser observado rigorosamente.<sup>50</sup> Vê-se, portanto, que a questão patrimonial ocupa lugar de centralidade na noção romana de “pátrio poder”.

Não se pode, todavia, falar da *patria potestas* romana como se se referisse a um conceito unitário, abstrato, generalizante. Do período pré-clássico ao direito justinianeu, os despóticos poderes do *pater familias* foram sofrendo inegável abrandamento, à medida em que se alteravam as funções e a estrutura da família romana.<sup>51</sup> Apenas para mencionar um fato, no período justinianeu, a incapacidade

---

<sup>48</sup> BONFANTE, Pietro. *Corso di diritto romano*, v. 1, 1963. p. 97.

<sup>49</sup> MIRANDA, Pontes. *Tratado de direito de família*, v. 3, 1947, p. 110.

<sup>50</sup> MARKY, Thomas. *Curso elementar de direito romano*, 1995.

<sup>51</sup> Quanto à estrutura da família romana, requer atenção o significativo câmbio que sofreu em relação ao estabelecimento dos laços de parentesco, isto é, a passagem do modelo do parentesco por agnação para o parentesco por cogação. Com Justiniano, é abolido o parentesco agnático, prevalecendo, na constituição da família, os vínculos de sangue. (ALVES, José Carlos Moreira. *Op. Cit.*, p. 260).

perene do filho e a unidade patrimonial da família, centrada na titularidade do *pater familias*, não mais correspondiam à realidade, conforme noticia Bonfante.<sup>52</sup>

O modelo romano deságua no medievo. Das ruínas do Império os glosadores resgataram as últimas formas daquele direito, para adaptá-lo ao direito costumeiro dos povos da Europa e para compatibilizá-lo com as regras do direito canônico.

### 3 O MEDIEVO – CONFLUÊNCIA DE SISTEMAS

Qualquer simplificação histórica certamente importa no cometimento de equívocos, notadamente quando a referência é à Idade Média. Sempre importará em reducionismo censurável qualquer afirmação unívoca sobre esse multiforme milênio de história. Sem embargo da consciência de tal fato, para os estritos fins deste estudo, importa correr o risco de se pontuar alguns aspectos das concepções da autoridade parental no medievo.

Franz WIEACKER, fazendo um balanço da recepção do direito romano entre os povos germânicos, assinala que o “pátrio poder” romano sobre os filhos adultos era incompatível à organização doméstica alemã, pelo que jamais foi assimilado. Em lugar da *emancipatio* romana, prevaleceu a *emancipatio* saxônia, segundo a qual cessava o “pátrio poder” com o fim da menoridade, o que se dava pelo processo de independência econômica do filho, e a conseqüente separação de patrimônios.<sup>53</sup>

Assim, o “pátrio poder”, no direito germânico, apresentava as seguintes características que o diferenciavam do direito romano: a) a emancipação do filho com a maioridade; b) a atribuição do “pátrio poder” à mãe, em caráter subsidiário ou supletivo.

---

<sup>52</sup> “Nel diritto giustiniano l’incapacità patrimoniale del *filiusfamilias* è un mito, l’unità patrimoniale della famiglia un concetto giuridico inesistente. Il *filiusfamilias* è alla pari del *paterfamilias* un soggetto di diritti patrimoniali [...]”. (Op. Cit., p. 137.)

<sup>53</sup> WIEACKER, Franz. **Historia del derecho privado de la edad moderna**, 1957, p. 175.

Por outro lado, o *mundium* — poder paterno germânico — guardava muitas semelhanças com a *patria potestas*. O direito de expor os filhos existiu também entre os germânicos, mas desde que as crianças ainda fossem de tenra idade. Entre os frísios, por exemplo, até o VIII século, o pai podia expor o filho, desde que o fizesse antes que a criança tivesse “tocado a água do mar”.<sup>54</sup>

John GILISSEN tem interessante hipótese para justificar a extensão e a força da autoridade do pai – o *mundium* – entre os germânicos. Para ele, essa família patriarcal germânica, no medievo, assume a forma de uma organização militar, para se preservar “face a um estado social perturbado, a costumes violentos, à fraqueza e insuficiência dos poderes públicos”.<sup>55</sup> Daí que, no pai, como chefe militar,<sup>56</sup> concentra-se um poder incomum e desmedido, se comparado ao atribuído à figura paterna nas famílias contemporâneas.

Se por um lado o cristianismo exerceu importante influência no sentido de colocar, ao lado dos direitos do pai sobre os filhos, os correspondentes deveres, associando a paternidade aos atributos divinos do Criador, que se revela como pai misericordioso, por outro, não somente contribuiu, mas sustentou a discriminação entre os filhos do casamento, então, chamados legítimos, e os filhos espúrios, os bastardos. Depois da inquisição, a bastardia foi, quem sabe, uma das criações mais desumanas do cristianismo.

Bastardo era todo aquele não nascido de casamento válido. Assim, bastardos eram os filhos dos não casados (bastardos simples), os filhos frutos de adultério (bastardos adulterinos) ou de incesto (bastardos incestuosos), ou, ainda, da união de religiosos (bastardos sacrílegos). Somente os bastardos simples podiam ser legitimados, após o casamento dos pais. A bastardia implicava em verdadeira

---

<sup>54</sup> GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**, 1995, p. 611.

<sup>55</sup> Idem, p. 612.

<sup>56</sup> A idéia do pai como chefe militar era muito comum, na Antigüidade, e assim preservou-se na Idade Média. Há, no Antigo Testamento, um salmo de exaltação à vida familiar, em que o grande número de filhos é enaltecido, porque vai garantir a família na guerra contra os inimigos. “Herança do Senhor são os filhos; o fruto do ventre, seu galardão. Como flechas na mão do guerreiro, assim os filhos da mocidade. Feliz o homem que enche deles a sua aljava; não será envergonhado, quando pleitear com os inimigos à porta.” (Salmo 127, versículos 5 e 6. A Bíblia Sagrada, Trad. João Ferreira de Almeida. Revista e Atualizada no Brasil. 2ª ed. São Paulo: Sociedade Bíblica do Brasil, 1993.)

condenação do fruto do ventre não legitimado pelo sacramento do casamento. Como bem sublinha GILISSEN, a bastardia implicava em incapacidade política (o bastardo não podia exercer qualquer cargo público); incapacidade sucessória, tanto ativa como passiva (além de não suceder pai e mãe, ascendentes, etc., o senhor, sob o domínio de quem estava, podia assenhorar-se dos bens que, porventura, deixasse aos seus descendentes).<sup>57</sup>

O absurdo da instituição da bastardia evidencia-se por outra criação do direito canônico que foi o casamento putativo. Se um dos nubentes estivesse de boa-fé quando da celebração do casamento, ainda que este viesse a ser anulado em razão de impedimento de qualquer ordem, os filhos dele nascidos continuavam sendo legítimos. Se, porém, ambos os nubentes tivessem consciência do fato impeditivo das núpcias, o filho seria bastardo. Logo, fazia-se depender a proteção ou a marginalização do filho do estado de ignorância dos pais, no momento em que se celebrou o matrimônio. Tal critério, hoje, não tem qualquer sustentabilidade. Evidentemente, os bastardos, estando marginalizados da família, não estavam sujeitos ao “pátrio poder”.

Se, de um lado, a noção de “pátrio poder” recebeu, no medievo, a influência da teologia cristã, de outro não é menos verdade que, especialmente, na alta Idade Média, o direito romano (o *Corpus Iuris*) “teve sobre o sentimento jurídico medieval a força de uma *revelação* no plano do direito”, conforme reconhece Franz WIEACKER.<sup>58</sup>

Durante a Idade Média, da confluência do sistema romano, do germânico e da influência eclesiástica, resultou que o pai não tinha mais o direito de morte e de vida sobre o filho. Mas, poderia puni-lo fisicamente, desde que o castigo não o levasse à

---

<sup>57</sup> *Op. Cit.*, p. 614.

<sup>58</sup> Wieacker esclarece sua assertiva: “A Idade Média sentiu a cultura antiga como uma forma modelar e intemporal da sua própria vida. Os textos da antigüidade eram, por isso, intocáveis no seu valor, se bem que a sua utilização (aplicação) na vida medieval continuasse a constituir um problema que exigia um enorme e continuado esforço da razão cognitiva. A expressão máxima (...) desta situação fundamental é o domínio imponente da Sagrada Escritura, dos textos dos concílios e dos padres da igreja sobre a teologia. (...) O *Corpus Iuris* gozava da mesma autoridade no pensamento jurídico – em virtude da crença na origem providencial do império.” (WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno**, 1993, p. 42-43).

morte. Era comum, em certos lugares, os pais encerrarem os filhos em cadeias públicas, como forma de castigo. Em várias partes da Europa, segundo os costumes, o “pátrio poder” era exercido também pela mulher, especialmente, na falta do marido. Em geral, cessava o “pátrio poder” com a emancipação econômica do filho, pelo casamento ou pelo exercício de altos cargos. Somente, em algumas localidades, a partir já do século XVI, é que a idade foi tomada em conta como critério para a emancipação, segundo GILISSEN.<sup>59</sup>

As acentuadas mudanças que marcaram o apagar das luzes da Idade Média e o iluminar do novo tempo, também, tiveram reflexos sobre a noção de “pátrio poder”.

#### 4 RAZÃO, LIBERDADE E LEI – OS POSTULADOS JUSNATURALISTAS

Tanto Hobbes como Locke, em suas obras fundamentais sobre o Estado, “o *Leviatã*” e o “*Segundo Tratado Sobre o Governo Civil*”, respectivamente, acabaram por tangenciar o tema da autoridade parental. As reflexões desses dois filósofos põem em evidência a insustentabilidade do modelo romano para a modernidade.

Em justa síntese, a tese nuclear sustentada por Hobbes é a de que o Estado tem sua origem e razão de ser no medo da violência e da morte violenta, e que, portanto, a submissão a um senhor visa à preservação da vida, e, somente, por este motivo – a preservação da vida – uma pessoa se sujeita à outra. Esta concepção, por assim dizer, de fundo, irá marcar os desdobramentos do pensamento de Hobbes, também, sobre a autoridade que os pais exercem sobre os filhos. A despeito de sua reflexão sobre o tema ser menos relevante que a de Locke, para os propósitos deste trabalho, não deixa de ser provocadora.

Para HOBBS, há duas formas de se adquirir o domínio. Ou este é adquirido por geração ou por conquista. Interessa, aqui, o primeiro, porque, segundo o filósofo

---

<sup>59</sup> GILISSEN, John. *Introdução histórica* ..., p. 615.

de Malmesbury, “o direito de domínio por geração é aquele que o pai tem sobre seus filhos e chama-se *paterno*”.<sup>60</sup> Coerente com a idéia de contrato, subjacente a toda sua reflexão filosófica, sustenta que esse domínio que o pai exerce sobre o filho não se deriva do fato de tê-lo gerado, mas do consentimento do filho, expresso ou tácito, contudo de alguma forma declarado.

Considerado o estado de natureza, para HOBBS, o domínio sobre o filho deve pertencer à mãe “porque na condição de simples natureza, onde não existem leis matrimoniais, é impossível saber quem é o pai”.<sup>61</sup> Para ele, não há razão de ordem natural para que as mulheres se sujeitem aos homens. O domínio sobre os filhos é atribuído ao pai em razão das leis civis dos Estados, que são dominados por homens e não por mulheres, daí porque a sujeição do filho ao pai e não à mãe.<sup>62</sup> A clareza e a argúcia de sua análise se faz relevante e atual. Ele desnuda a razão de ser do “pátrio poder”. Para Hobbes, só existe o “pátrio poder” porque a mulher está sob o domínio do homem. Diz expressamente: “Se a mãe se encontrar submetida ao pai, o filho se encontra em poder do pai.” Não é questão de atribuir a Hobbes, de forma anacrônica, uma defesa da condição feminina e a superação da exclusividade do poder patriarcal sobre os filhos. Ao contrário, como sustenta ser a monarquia a mais excelente forma de governo, para evitar “a guerra de todos contra todos”, justifica, também, a existência do que chamou “corpos privados regulares e legítimos”, cujo exemplo perfeito é a família, da qual o pai é senhor, a quem todos estão sujeitos.

Partindo de suas premissas quanto ao estado natural, conclui HOBBS que somente a lei limita o poder do pai de família. Apenas naquilo que a lei veda é que

---

<sup>60</sup> HOBBS, Thomas. *Leviatã ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil*, 1983, p. 123.

<sup>61</sup> Idem, *ibidem*. Implícitos na afirmação os brocardos latinos: “*Mater semper certa est.*” e “*Pater is est quem justae nuptiae demonstrat.*”. Assim se justifica: “Visto que a criança se encontra inicialmente em poder da mãe, de modo que esta tanto pode alimentá-la quanto abandoná-la, caso seja alimentada fica devendo a vida à mãe, sendo portanto obrigada a obedecer-lhe, e não a outrem; por consequência, é a ela que pertence o domínio sobre a criança.” (cf. *Op. Cit.*, p.123.)

<sup>62</sup> “Aqueles que atribuem o domínio apenas ao homem, por ser do sexo mais excelente, enganam-se totalmente, porque nem sempre se verifica essa diferença de força e prudência entre o homem e a mulher, de maneira que o direito possa ser dirimido sem conflito. Nos Estados essa controvérsia é decidida pela lei civil, e na maior parte dos casos o Estado foi criado pelos pais, não pelas mães de família.” (Idem. *ibidem*).

os filhos e servos não estão obrigados a se sujeitarem à autoridade do senhor da casa, pois tem por certo que “sendo o pai e senhor, antes da instituição do Estado, soberano absoluto de sua própria família, depois dessa instituição só perde de sua autoridade aquilo que a lei do Estado lhe tirar”.<sup>63</sup>

Da cristalina lógica pela qual Hobbes conduz seu pensamento, duas inferências, ao menos, importam ser grifadas. De um lado, a autoridade do pai não é natural, antes é um derivado necessário da sujeição da mãe. Assim, só se pode falar em “pátrio poder” em razão do domínio do homem sobre a mulher. E, em segundo lugar, a concepção da família como um corpo privado anterior ao Estado, cujo pai e senhor perde autoridade à medida que as leis do Estado vão-lhe subtraindo poder. Se por um lado, merecem repulsa as suas conclusões, no âmbito da família, com a justificativa da autoridade centralizadora do pai, por outro, as constatações de Hobbes constituem, pela sua clareza e simplicidade, pontos de referência para reflexões ulteriores, mormente no que diz respeito aos dias atuais em que a sujeição de base sexista se vê amplamente questionada e o Estado tem presença cada vez mais destacada, quando estão em pauta as relações paterno-filiais.

Realizadas essas ligeiras observações sobre as referências de Hobbes à autoridade parental, importa agora atentar ao posicionamento de Locke a este respeito.

A perpetuidade do exercício do “pátrio poder”, como concebida pelo direito romano, não poderia subsistir na racionalidade jusnaturalista, em virtude do postulado da igualdade natural e da liberdade de todos os homens.

Ilustrativos, neste sentido, são os arrazoados de John LOCKE, no *Segundo tratado sobre o governo*,<sup>64</sup> onde dedica um capítulo ao tema do “pátrio poder”. Parte

---

<sup>63</sup> Idem, p. 143.

<sup>64</sup> O *Primeiro Tratado sobre o Governo Civil* foi escrito por Locke, em resposta à obra de um hoje desconhecido Robert Filmer. Filmer havia escrito “O Patriarca”, um trabalho desprezível do ponto de vista filosófico, mas cuja edição teve grande êxito, porque caía como uma luva para os interesses da monarquia absolutista. Advogava Filmer a tese de um direito natural do rei, vinculando tal direito à paternidade (patriarcado) de Adão. À figura do Rei-pai Locke opôs uma visão mais laicizada do poder político, visão esta coerente, também, com sua postura anti-inatista do conhecimento. O *Primeiro Tratado Sobre o Governo Civil* não apresenta maior relevância para os dias atuais, exatamente

Locke da premissa de que sendo naturalmente livres e iguais, os homens só podem gozar dessa liberdade através da lei, vez que somente esta pode resguardar a liberdade da violência de terceiros. Em suas palavras: "A liberdade não é como nos dizem: licença para qualquer um fazer o que bem lhe apraz – porquanto, quem estaria livre, se o capricho de qualquer outra pessoa pudesse dominá-lo?"<sup>65</sup> Para ele, o objetivo da lei, em regra, não é restringir ou abolir a liberdade, mas, ao contrário, garanti-la. No entanto, sendo naturalmente livre, o homem à lei se submete, não como quem se sujeita à vontade alheia ou à autoridade de outrem, mas por desiderato próprio.

Neste ponto, se coloca a questão do "pátrio poder". Se todos os homens são iguais e livres, como explicar a subordinação dos filhos aos pais? Admite Locke, sem fazer, porém, qualquer concessão aos defensores do absolutismo, uma certa exceção à assertiva da igualdade entre todos os homens.

Como Locke justifica o "pátrio poder"? Admite que as crianças não nascem em estado de igualdade, mas sustenta que nascem para ele. Desta forma, os pais têm sobre os filhos uma "espécie de regra e jurisdição" temporárias, até que atinjam a idade da razão, e possam compreender, por si, a lei que lhes garante a própria liberdade.

O raciocínio por ele entabulado é o seguinte. A lei sob a qual foi criado Adão e que deveria governar a humanidade seria a lei da razão. A criança ignorante e desprovida do uso da razão não está, portanto, sujeita à lei. De tal forma que o poder que os pais têm sobre os filhos é resultado de seu dever de cuidar da prole

---

porque se ateu a esta discussão, hoje, despicienda, sobre uma origem patriarcal do direito do rei. No *Segundo Tratado Sobre o Governo Civil*, Locke desenvolve em profundidade sua reflexão filosófico-política, abandonando quase que completamente aquilo que foi o mote para os dois Tratados, isto é, a polêmica com Sir. Robert Filmer. Contudo, será no âmbito da polêmica com Filmer que se vai encontrar as reflexões de Locke sobre a relação paterno-filial. Como Filmer fundava sua teoria sobre a origem do governo civil na relação paterno-filial, Locke trata desta relação para demonstrar a natureza totalmente diversa que tem do governo civil. Filmer e sua teoria passaram despercebidos pela História. No entanto, foi o seu livro "O Patriarca" que motivou o exercício de sistematização de uma filosofia política realizado por John Locke em seu *Segundo Tratado sobre o Governo*. Na obra de Locke, o que menos importa seja, talvez, a refutação que apresentou às idéias de Filmer. Mas, exatamente, esta refutação é que lhe impôs a tarefa de algo dizer sobre o "pátrio poder".

<sup>65</sup> LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o governo*, 1983, p. 56.

até que seja superado o "estado imperfeito da infância". Citando as próprias palavras de LOCKE:

Enquanto o filho se encontrar em um estado em que não tenha entendimento próprio para dirigir-lhe a vontade, não poderá ter qualquer vontade própria para seguir: quem por ele entende terá também de por ele querer; terá de prescrever-lhe a vontade e regular-lhe as ações; mas, quando o filho atingir o estado que fez do pai um homem livre, também será livre.<sup>66</sup>

Vê-se que na argumentação de Locke ressaltam-se noções e características do "pátrio poder" e da incapacidade dos menores, que, depois de mais de um século, serão plasmadas no Código Civil de Napoleão. A *patria potestas* dos romanos, com sua característica de perpetuidade, tornou-se incompatível com a noção de igualdade e de liberdade sustentadas pelos modernos.<sup>67</sup> A *patria potestas* dos romanos "tinha por efeito, quase exclusivamente, o interesse do chefe da família",<sup>68</sup> enquanto o "pátrio poder", para os modernos, a começar pela singular reflexão de LOCKE, tem um caráter instrumental, dirigido à formação do "homem livre", isto é, aquele que pode "dispor e ordenar, conforme lhe apraz, as ações, as posses e toda sua propriedade, dentro da sanção das leis sob as quais vive, sem ficar à vontade arbitrária de outrem, mas seguindo livremente a própria vontade".<sup>69</sup>

Pode-se, portanto, dizer que o jusnaturalismo, esposado por Locke, inspirou a noção da extinção do "pátrio poder", em consequência da maioridade do filho, que ficou consagrada nas codificações. Para o liberalismo, que sem dúvida tem suas raízes postas em Locke, é inconcebível o caráter vitalício que os romanos atribuíram

---

<sup>66</sup> *Op. Cit.*, p. 57.

<sup>67</sup> Paulo Luiz Netto Lôbo faz interessante referência ao pensamento de Hannah Arendt, "para demonstrar que o campo original da liberdade era o âmbito da política, entre os antigos; livre era o titular da ação política, entendida como fato da vida cotidiana; era o governante entre governantes, movendo-se entre iguais. A liberdade interior, como livre arbítrio, surgiu depois com os medievais, preparando caminho para a liberdade dos modernos. A grande antinomia reside no fato de que a liberdade, enquanto relacionada à política, não é um fenômeno da vontade. Observa Arendt que o liberalismo, não obstante o nome, colaborou para a eliminação da noção de liberdade no âmbito político." (cf. LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Contrato e mudança social**, p. 45, dez/1995 – nota de rodapé.)

<sup>68</sup> MIRANDA, Pontes. **Tratado de direito de família**, v. 3, 1947, p. 111.

<sup>69</sup> LOCKE, John. *Op. Cit.*, p. 56.

à *patria potestas*, visto que implicaria em cerceamento à liberdade.

Feitas estas referências mais genéricas, cabe, agora, estreitar o foco destas introdutórias ponderações históricas ao âmbito do Direito Civil brasileiro.

## 5 O "PÁTRIO PODER" NO DIREITO "BRASILEIRO" PRÉ-CODIFICADO

O direito civil vigente no Brasil, antes do Código de 1916, era o direito civil português, sistematizado, fundamentalmente, nas Ordenações Filipinas, que, com alterações e adaptações, mantinha a herança romana.<sup>70</sup>

No direito pátrio pré-codificado, o "pátrio poder", que era exercido exclusivamente pelo pai, somente incidia sobre os filhos nascidos de justas núpcias e sobre os legitimados, em razão de casamento superveniente ao nascimento da criança. Dito de outra forma, o "pátrio poder" constituía-se em instituto do que era chamada a família legítima.

Não bastava ser filho para estar sob o "pátrio poder", era necessário ser filho-família, isto é, ser nascido de "justas núpcias". Não estavam, portanto, sob o "pátrio poder" os filhos então denominados ilegítimos, fossem naturais ou espúrios, mesmo reconhecidos, muito menos os adotivos.<sup>71</sup>

Também, no direito pátrio, anterior ao Código de 1916, o "pátrio poder" não cessava com o fim da menoridade. Em seu Direito de Família, Lafayette lamentava o

---

<sup>70</sup> Registra Clovis Bevilacqua, em relação ao pátrio poder, que as "idéias implantadas no Direito costumeiro dos franceses e de outros povos foram estranhas à nossa antiga metrópole, onde preponderou, neste assunto, a concepção romana, conferindo exclusivamente ao pai o direito de dirigir a pessoa e a fortuna do filho, qualquer que fosse a idade deste, até que o poder paterno se dissolvesse por alguns dos modos estabelecidos em lei." (BEVILAQUA, Clovis. **Direito de família**, [s.d.], p. 366).

<sup>71</sup> Neste sentido, com fundamento nas Ordenações, ensinava Lafayette que o pátrio poder "compete exclusivamente ao pai e só recai sobre os filhos que nascem de justas-núpcias e sobre os menores legitimados por subsequente matrimônio. Não são, por conseguinte, sujeitos: os filhos ilegítimos, quer simplesmente naturais quer espúrios, embora reconhecidos ou legalmente perflhados; nem tampouco os adotivos." (cf. PEREIRA, Lafayette Rodrigues. **Direito de família**, 1956, p. 275.)

entendimento dominante de seu tempo: “Entre nós prevalece ainda acerca deste grave assunto antiga legislação portuguesa que não é senão a reprodução do Direito romano, no estado em que o deixara o Imperador Justiniano, com as modificações que o tempo e os costumes lhe foram fazendo”.<sup>72</sup> Evocava o civilista o direito dos “povos cultos”, obtido graças ao “progresso das luzes”, como paradigma a ser imitado pelo direito pátrio na superação da anacrônica perenidade do “pátrio poder”.<sup>73</sup>

Dá notícia BEVILAQUA que o Decreto de 31 de outubro de 1831, ao fixar a idade de vinte e um anos como termo da menoridade e da aquisição da capacidade civil plena, implicou em um profundo câmbio no direito português, que havia sido transplantado para o Brasil.<sup>74</sup>

Uma terceira característica do sistema do direito anterior à codificação de 1916 é que se denegava à mulher exercício do “pátrio poder”. Prevalendo nas Ordenações a tradição romana, a mulher ocupava, no grupo familiar, posição análoga à do filho-família,<sup>75</sup> pois, também, era *alieni iuris*. Logo, não poderia assumir o “pátrio poder” sobre os filhos menores, mesmo com a morte do marido. Somente com o Decreto de 24 de janeiro de 1890, que à mulher viúva foi concedido o direito de exercer o “pátrio poder”, enquanto não contraísse novas núpcias.

A questão, que dessas constatações deflui, pode ser assim formulada: Por que, no Brasil Império, o “pátrio poder”, na formatação que lhe deu o direito romano herdado, foi recepcionado e prevaleceu sem maiores inconformismos?

Os primeiros indícios, para a formulação de uma resposta a esta pergunta,

---

<sup>72</sup> Idem, p. 274. Em nota de rodapé, nesta mesma página de sua obra, acresceu: “A instituição do pátrio poder, tal como se acha constituída pelo nosso Direito, é um invento absurdo, imaginado antes em utilidade e vantagem do pai do que em benefício do filho.”

<sup>73</sup> É ambígua a posição assumida por Lafayette, como bem observa Pontes de Miranda, porque a despeito da acirrada crítica que fazia à incúria e ao atraso do direito de então, aferrando-se às Ordenações Filipinas, não dava valor jurídico ao Decreto de 31 de outubro de 1831, que já havia estabelecido a emancipação obrigatória aos vinte e um anos de idade. (cf. MIRANDA, Pontes. **Tratado de direito de família**, v. 3, 1947, p. 113-114)

<sup>74</sup> BEVILAQUA, Clovis. **Código civil dos Estados Unidos do Brasil comentado**, v. 2, 1917, p. 396-397.

<sup>75</sup> PEREIRA, Lafayette Rodrigues. *Op. Cit.*, p. 296.

podem ser encontrados em reflexões já feitas sobre a própria família no direito romano. E, neste aspecto, é lapidar uma afirmação de Fustel de COULANGES sobre o direito de família romano: “A família não recebeu suas leis da cidade”.<sup>76</sup> Para o historiador, foram antes as ancestrais raízes de cunho religioso, vividas e construídas em uma idade primitiva daqueles povos, que se impuseram ao legislador cidadão. Tivesse sido a cidade a fonte do direito de família e mesmo do direito privado romano, este seria outro, porque embasado em princípios absolutamente diversos.

*Mutatis mutandis*, a observação de Coulanges é aplicável ao Brasil, no período colonial e mesmo durante o Império. A singularidade do modelo da sociedade brasileira, que Sérgio Buarque de Holanda chamou de “a autarquia dos domínios rurais”, constituiu-se *locus* propício para a recepção do modelo romano da *patria potestas*, segundo a versão das Ordenações.

De forma anedótica, ilustra Buarque de HOLANDA que, no Brasil-colônia, o domínio rural estruturou-se em unidades autônomas e auto-suficientes. De tal forma que “a autoridade do senhor rural não suportava réplica ou partilha. Tudo fazia segundo sua vontade caprichosa e despótica. O engenho, sob seu comando, era um organismo completo e que repousava sobre si mesmo”.<sup>77</sup>

A esse modelo agrário a noção da *patria potestas* romana irá adequar-se perfeitamente. Da análise percuciente do sociólogo citado sublinha-se:

Em nosso domínio rural do tempo da colônia é o tipo de família organizada dentro das normas do velho direito romano-canônico, mantido na península ibérica através das gerações que prevalece como centro e base de toda essa vasta estrutura. Os escravos das plantações e das casas e não apenas escravos, como agregados, dilatam o círculo familiar e com ele a autoridade imensa do pater-famílias.<sup>78</sup>

---

<sup>76</sup> COULANGES, Fustel de. **A cidade antiga**: estudos sobre o culto, o direito e instituições da Grécia e de Roma, v. 1, 1967, p. 123.

<sup>77</sup> HOLANDA, Sergio Buarque de. **Raízes do Brasil**, 1936, p. 85.

<sup>78</sup> Idem, p. 87. Sergio Buarque de Holanda ilustra sua afirmação quanto ao ilimitado poder do *pater familias* no Brasil colonial: “Não tem conta os casos como o de Bernardo Vieira de Mello, que suspeitando sua nora de adultério, condena-a à morte em conselho de família, e manda executar a sentença sem que a justiça desse um único passo no sentido de impedir o homicídio ou de castigar o culpado, a despeito de toda a publicidade que deu ao fato o próprio criminoso. A lei não somente se esquivava em casos semelhantes, como ainda protege todos os caprichos do chefe de família.” (*Op.*

Essa estrutura amalgamada à cultura nacional prevaleceu durante o período imperial e, por certo, remanesceu com vívidos vestígios em boa parte do Século XX, ao menos em determinadas regiões. Tão incrustado ao *éthos* nacional ficou esse modelo, que Sergio Buarque de HOLANDA lhe atribui “nossa adaptação difícil ao princípio do Estado democrático”.<sup>79</sup>

## 6 O "LOCUS" DO "PÁTRIO PODER" NO SISTEMA CODIFICADO BRASILEIRO

A despeito de atribuir ao Código Civil brasileiro, de 1916, inclusive uma função pedagógica ou educativa, porque, em seu conjunto, colocou-se “acima da realidade brasileira, incorporando ideais e aspirações da camada mais ilustrada da população”,<sup>80</sup> no que diz respeito ao direito de família, Orlando GOMES arremete acirrada crítica ao Código.

Paradoxalmente, ao mesmo tempo em que o Código de 1916 projeta um País eminentemente agrário, recém-saído de uma economia fundada na mão-de-obra escrava,<sup>81</sup> para um modelo liberal de economia, sob a influência dos chamados “povos cultos”, retrata, também, os interesses dos grandes fazendeiros. Pode-se, portanto, afirmar que o Código, a um só tempo, reflete em alguma medida o embate entre a burguesia mercantil, que foi representada pelos intelectuais de classe média, que o elaboraram, e a burguesia agrária, representada pelo coronelismo detentor de majoritária fatia do poder político.

Na área do direito de família, prevaleceram as forças reacionárias do meio

---

Cit., p. 88)

<sup>79</sup> Idem, p. 89.

<sup>80</sup> GOMES, Orlando. **Raízes históricas e sociológicas do Código civil brasileiro**, 1959, p. 71.

<sup>81</sup> Importa consignar que o Código Civil começou a ser projetado antes da abolição da escravatura. Não prosperaram os projetos de Teixeira de Freitas (1839), Nabuco de Araújo (1872) e o de Felício dos Santos (1881).

agrário, fenômeno esse que foi chamado por Orlando GOMES de “privativismo doméstico”. Reportando-se ao trabalho de Oliveira Viana, observa o civilista baiano que “as forças íntimas de nossa civilização elaboram-se no campo”.<sup>82</sup>

De outro lado, é certo, a codificação civil brasileira de 1916 tem no Código de Napoleão, de 1804, como outras codificações do Século XIX, o seu mais significativo marco referencial.<sup>83</sup> Em termos de autoridade parental, essas codificações representaram uma simbiose entre o direito romano, o direito costumeiro germânico e o direito canônico. A rigidez do modelo romano “puro” se mostrava incompatível com o ideário da liberdade e da igualdade formal, do qual estavam impregnadas as codificações oitocentistas.

A perpetuidade do “pátrio poder” e a autoridade despótica do *pater familias* seriam inconciliáveis com os *novos tempos*, em que o indivíduo livre e autônomo se despontava como a abstração jurídica conformadora da noção de sujeito de direito.

Não interessava ao modelo liberal fundante das codificações oitocentistas que um significativo número de pessoas estivesse na condição jurídica de *fili familias*. O trânsito jurídico dos bens, um dos pilares fundamentais do sistema, sofreria inegável emperramento. Os homens, *fili familias*, embora adultos, não teriam capacidade negocial e, a rigor, sequer teriam patrimônio próprio, pois estaria esse concentrado unicamente nas mãos do *pater familias*. Neste aspecto, o modelo germânico era muito mais adequado e conveniente ao liberalismo econômico. Por isso, no Código Civil francês de 1804, o “pátrio poder” encontrava o seu termo com a maioria do filho.<sup>84</sup>

---

<sup>82</sup> GOMES, Orlando. **Raízes históricas e sociológicas do Código civil brasileiro**, 1959, p. 23.

<sup>83</sup> O fato do retardamento na aprovação do Código Civil brasileiro, segundo Orlando Gomes, permitiu que o “divórcio entre o direito teórico e o prático não fosse tão profundo entre nós, como foi em outras nações do continente” latino-americano, cujos códigos refletiam muito mais um ideário, fixado a partir do modelo das nações européias, que a realidade própria de cada uma dessas nações. (*Op. Cit.*, p. 53)

<sup>84</sup> Neste sentido, observou José Virgílio Castelo Branco Rocha: “Um Código, elaborado sob a influência dos princípios da Revolução, não poderia chegar a preceito diferente. Os postulados da liberdade e da igualdade chocam-se com a perpetuidade do pátrio poder e não se coadunam com a autoridade absorvente e exclusiva do pai, no seio da sociedade doméstica.” (ROCHA, José Virgílio Castelo Branco. **O pátrio poder**, 1960, p. 35)

Não é possível, contudo, afirmar que o modelo romano foi de todo desprezado. Ao contrário, além de acolherem a nomenclatura romana,<sup>85</sup> mantiveram os códigos civis, em grande medida, o rigor daquele direito, como adiante se demonstrará.

O “pátrio poder” traçado nas codificações oitocentistas e, especialmente, no Código Civil brasileiro de 1916 pode ser analisado a partir de quatro características fundamentais do modelo familiar codificado. Como define Luiz Edson FACHIN, “no sistema originário de família o Código vertia uma família matrimonializada, hierarquizada e patriarcal”.<sup>86</sup> Toma-se, aqui, esta caracterização da “família codificada”, como chave de leitura para análise do “pátrio poder”.

A única família que o Código de 1916 reconhece é aquela estabelecida pelo casamento.<sup>87</sup> Tal modelo tem implicações sobre o exercício do “pátrio poder”. A este, nos termos do Código de 1916, estavam submetidos os filhos legítimos, legitimados, os legalmente reconhecidos e os adotivos (cf. art. 379). Ressalvava, porém, o art. 383 que “o filho ilegítimo não reconhecido pelo pai, fica sob o poder materno”.

Vê-se claramente que o filho chamado ilegítimo estava marginalizado no sistema do Código Civil, a despeito do autor de seu projeto insistir em dizer que “o pátrio poder não é, no sistema do Código, um instituto privativo da família legítima.”<sup>88</sup> Não o é unicamente no sentido de que os filhos naturais, legalmente reconhecidos, mesmo que não legitimados por posteriores núpcias, estavam sob o “pátrio poder” de quem os reconheceu como tais. Porém, os filhos, então chamados ilegítimos, isto é, os adúlteros e os incestuosos, nos termos do Código, estavam impedidos de

---

<sup>85</sup> São exemplos da influência da nomenclatura romana: “*patria potestas*” – pátrio poder; “*pater familia*” – pai de família; “*filius familia*” – filho família; etc.

<sup>86</sup> FACHIN, Luiz Edson. **Teoria crítica do direito civil**, 2000, p. 206.

<sup>87</sup> O Código consagrou o modelo matrimonializado, que já se impunha desde o período colonial. Anotou Rosana Amara Girardi Fachin que “a sociedade colonial valorizou o matrimônio, quer na solenização religiosa, quer no convívio da sociabilidade, como condição honrada e venerada.” (FACHIN, Rosana Amara Girardi. **Em busca da família do novo milênio: uma reflexão crítica sobre as origens históricas e perspectiva do direito de família brasileiro contemporâneo**, 2001, p. 36)

<sup>88</sup> BEVILAQUA, Clovis. **Código civil dos Estados Unidos do Brasil comentado**, v. 2, 1917, p. 360.

investigar a paternidade (art. 358) ou a maternidade, se casada a mulher (art. 364).<sup>89</sup> Logo, não integrados à família, também, não eram alcançados pelo “pátrio poder”.

A bastardia do direito canônico, travestida de ilegitimidade no âmbito do direito civil, durante largos anos, constituiu impedimento à formação dos laços de autoridade parental entre pais e filhos considerados espúrios.

A outra nota de caracterização da família do Código Civil é a hierarquia de sua estrutura. Já estabelecia o art. 213 do Código de Napoleão: “O marido deve proteção a sua mulher, a mulher deve obediência a seu marido”.<sup>90</sup> No mesmo diapasão, o Código Civil brasileiro, na primeira parte de seu art. 233: “O marido é o chefe da sociedade conjugal, função que exerce com a colaboração da mulher, no interesse comum do casal e dos filhos.” Da condição subalterna que a mulher ocupa na família codificada surtem implicações em relação ao exercício do “pátrio poder”.

A esse respeito dispunha o art. 380 do Código Civil: “Durante o casamento, exerce o pátrio poder o marido, como chefe da família (art. 233), e, na sua falta ou impedimento seu, a mulher.” A lei era de uma dicção claríssima: a mulher, na constância do casamento, só, supletivamente, exerceria o “pátrio poder”, vale dizer, na falta ou impedimento do titular do direito.<sup>91</sup> BEVILAQUA tentou sublimar a dureza

---

<sup>89</sup> Clovis BEVILAQUA, comentando este artigo, entende que mesmo não sendo o filho adúltero ou incestuoso não terá ação para demandar a declaração de sua maternidade em face de uma mulher casada. Com todas as letras, Bevilaqua expressa proteção que, ao seu tempo, se dava à instituição familiar, em detrimento da pessoa dos filhos. Pondera: “Imagine-se que uma senhora, em moça, teve um filho natural, fruto do abuso de um sedutor. Esse filho oculto da vista de todos foi criado por alguém da confiança dos avós. Mais tarde, a senhora casa-se, tem um procedimento digno, é respeitada pela sociedade, estimada pelo marido e adorada pelos filhos legítimos. Esse primeiro filho é ilegítimo, mas não adúltero. O código não lhe dá, entretanto, ação para investigar a sua maternidade.” (*Op. Cit.*, p. 818). Por certo, mesmo àquela época, teria ação o filho, se sua genitora não houvesse casado, pois, neste caso, seria filho simplesmente natural. A perversidade de tal entendimento está em que o casamento da genitora o faz perder a possibilidade de ser reconhecido como seu filho.

<sup>90</sup> “*Le mari doit protection à sa femme, la femme doit obeissance à son mari.*” Nada se aproxima mais da concepção de Hobbes, anteriormente mencionada, no sentido de que a submissão a um senhor visa à preservação da vida, e somente por este motivo – a preservação da vida – uma pessoa se sujeita à outra.

<sup>91</sup> O Código Civil português, de 1867, ainda que desse à mulher uma posição secundária em relação ao marido, também lhe atribuía o “poder paternal”: Dispunha o art. 137 daquele Código: “Aos pais compete reger as pessoas dos filhos menores, protegê-los e administrar os bens deles: o complexo destes direitos constitui o poder paternal.” E o art. 138 complementava: “As mães participam do poder paternal, e devem ser ouvidas em tudo o que diz respeito aos interesses dos filhos; mas, é ao pai que especialmente compete durante o matrimônio, como chefe da família, dirigir,

da Lei: “Ambos os cônjuges têm sobre o filho autoridade, a ambos deve o filho respeito. Mas, sendo o pai o chefe da família, compete-lhe, durante o casamento, o exercício dos direitos, que constituem o pátrio poder, sem, contudo, deixar de ouvir a mulher, em tudo o que disser respeito ao interesse do filho”.<sup>92</sup> No dizer de Luiz da Cunha GONÇALVES – ao comentar o antigo Código Civil português – “em regra, a mãe só tem voto consultivo”.<sup>93</sup> Tal condição deriva logicamente da incapacidade de que era acometida a mulher ao casar-se. A casada, na versão original do Código Civil, art. 6º, estava incluída entre os relativamente incapazes.

O lugar secundário que ocupava a mulher na hierarquia da titularidade dos direitos, na família fundada pelo casamento, constitui ponto inquestionável. Considerada, ainda, a questão hierárquica, à mulher foi relegado o “pátrio poder” sobre os “filhos de segunda categoria”. Para estes a quem a família legítima não podia dar guarida, o “pátrio poder” era atribuído à mulher. Assim, a dicção do art. 383 do Código Civil: “O filho ilegítimo não reconhecido pelo pai fica sob o poder materno.” Quanto a este artigo, observava Pontes de MIRANDA: “A despeito da origem incestuosa, ficam os incestuosos sob o “pátrio poder” da mãe. O mesmo quanto aos adúlteros”.<sup>94</sup> Mas, o absurdo se revelava no fato de que “a legitimação tem por forçada consequência a perda do pátrio poder pela mãe, pois que se estabelece a regra relativa aos filhos legítimos”, ensinava, também, o mesmo Pontes de MIRANDA.<sup>95</sup>

Corroborando esta explicitação quanto ao lugar secundário que a mulher ocupava na hierarquia da estrutura da “família codificada”, estava a situação de que a bínuba, isto é, a viúva que contrai segundas núpcias, perdia o “pátrio poder” sobre filhos do primeiro casamento. Era o que dispunha o art. 393 do Código Civil. A explicação para esse “fenômeno legal”, que, nos dias correntes, mereceria absoluta

---

representar e defender seus filhos menores, tanto em juízo, como fora dele.”

<sup>92</sup> BEVILAQUA, Clovis. **Código ...**, p. 361.

<sup>93</sup> GONÇALVES, Luiz da Cunha. **Tratado de direito civil em comentário ao Código civil português**, v. 2, t. 1, 1955, p. 426.

<sup>94</sup> MIRANDA, Pontes. **Tratado de direito de família**, v. 3, 1947, p.117.

<sup>95</sup> *Idem*, p. 120-121.

repulsa, estava, segundo BEVILAQUA, não “no ódio às novas núpcias (...) [mas na] incapacidade da mulher casada em que recai a viúva pelo novo conúbio, e possíveis conflitos de interesse entre as duas famílias.”<sup>96</sup>

Estas rápidas observações são suficientes para confirmar que a hierarquização, característica da família, emoldurada no Código Civil de 1916, tem implicações diretas sobre o exercício do “pátrio poder”.

O “pátrio poder”, porém, pode ser ainda considerado pelo viés de outra das marcantes características da “família codificada”: o patriarcalismo. Uma das principais características da família patriarcal reside no fato de ser ela uma unidade econômica. A família patriarcal, em suas várias nuances, desde a antigüidade até mais recentemente, tem como marca distintiva o constituir-se em núcleo organizador da produção. Como bem percebeu Francisco AMARAL, a originária família patriarcal, que se organizava em função da necessidade de ser auto-suficiente, experimenta a decadência à medida que os seus membros vão-se integrando a outras estruturas sociais, especialmente, às de natureza produtiva.<sup>97</sup>

Não se deve descuidar o fato de que a organização da economia oitocentista, ainda, assentava-se na família, base de sua estruturação e funcionamento. Nesta perspectiva observa Michelle PERROT: “Com ou sem patrimônio, a família constitui um sistema econômico de gestão que, ao contrário de ter sido abolido, foi utilizado e reforçado pela Revolução Industrial, marcada por uma grande diversidade de ritmos próprios”.<sup>98</sup> A pequena empresa familiar contribuiu para a manutenção do modelo patriarcal.<sup>99</sup> O pai era, a um só tempo, chefe do empreendimento e da família, as figuras e os poderes se confundiam.

---

<sup>96</sup> BEVILAQUA, Clovis. **Código civil** ..., p. 379.

<sup>97</sup> AMARAL, Francisco. **Direito civil**: introdução, 2000, p. 138.

<sup>98</sup> PERROT, Michelle. **História da vida privada**, v. 4, 1991, p. 108.

<sup>99</sup> Ao patriarcalismo se vincula diretamente a idéia de patrimônio. Neste sentido, aduz Luiz Edson Fachin: “O termo tem origem latina, *patrimonium*, que, primitivamente, dizia respeito aos bens da família, dirigidos pelo *pater*. O patrimônio ( como conjunto de bens) no início, era simplesmente designado por *res*. Por conta daquela noção ligada à família, o conceito atual está mais vinculado à idéia de *commercium* que, propriamente, a de *partrimonium*.” (FACHIN, Luiz Edson. **Estatuto jurídico do patrimônio mínimo**, 2001, p. 62)

Mesmo nas famílias de operários, o salário do pai compunha a parte mais significativa da receita familiar, e era complementado, tão logo fosse possível, pelo salário dos filhos, o que justificava, em parte, os altos índices de natalidade nas famílias operárias do século XIX e começo do século XX.<sup>100</sup> De qualquer sorte, o modelo no qual se espelhavam as famílias operárias era o burguês. A centralidade da figura do pai mostrava-se tão expressiva, que Perrot admite que “o paternalismo foi o primeiro sistema de relações industriais, pelo menos no que diz respeito ao núcleo operário que se pretende estabilizar. Ele supõe no mínimo três elementos: moradia no local, linguagem e práticas de tipo familiar (o patrão é o ‘pai’ dos operários, a empresa constitui uma ‘grande família’ e a falência seria a ‘morte’), aceitação operária”.<sup>101</sup>

Ressalve-se que a sociedade brasileira experimentou esse fenômeno só mais tardiamente e de forma irregular. À época da recepção do sistema codificado de Direito Civil, ainda era marcadamente agrária. Como, porém, assinalado, tanto na família da zona rural, como naquela que assumiu papel de destaque na proto-industrialização, o pai se despontava como o elemento incentivador e dinamizador das forças produtivas. Reunia em si poderes que transcendiam os da mera organização intra-doméstica. No exercício de seu papel — à semelhança do *pater familia* romano, guardadas as devidas proporções — mesclavam-se a gestão dos negócios e a direção doméstica, sendo que empregados e filhos compunham a mesma “esfera familiar”. Não é de se estranhar, portanto, que o “pátrio poder” fosse exercido com tanta austeridade.

À medida que a família foi perdendo sua função de gestora da economia, o “pátrio poder” deixou de ter as características que lhe demarcavam a feição no modelo patriarcal. O pai distanciou-se do patrão e perdeu, gradativamente, os seus traços.

---

<sup>100</sup> PERROT, Michelle. *História da vida privada*, v. 4, 1991, p. 110.

<sup>101</sup> *Idem*, p. 110.

## 7 DO "PÁTRIO PODER" À CONSTRUÇÃO DE UMA NOVA NOÇÃO: A "AUTORIDADE PARENTAL"

À época da promulgação do Código Civil de 1916 — em que pesem as críticas que já se prenunciavam ao “instituto do pátrio poder” e os abrandamentos que sofrera no curso da História — ainda havia sentido referir o *munus* atribuído ao pai para a criação do filho, através dessa expressão oriunda do Direito Romano, a *patria potestas*. Hoje, tal expressão é, no mínimo, imprópria.

Não se trata de purismo lingüístico, nem tão pouco de refazimento de conceitos, por mera inovação terminológica. Houve, no decurso do século XX, especialmente, no seu último quarto, mudanças de tal ordem nas relações familiares e na sua apreensão jurídica, que seguir falando em “pátrio poder” implica evidente anacronismo. Não é questão de forma, mas de fundo. Sinaliza-se, aqui, em verdade, o cerne da investigação a que se propõe o presente trabalho.

A nova compreensão da relação entre pais e filhos, nascida da superação do conceito de “*pátrio poder*”, assenta-se sobre três pilares fundamentais: a *affectio*, a publicização das relações de família, e a emergência de um novo sujeito: a criança e o adolescente.

A família experimentou mudanças tão drásticas no último quarto do século XX, que muito se falou em sua crise e decadência. Por outro lado, distinguiu-se e extremou-se dos fatores de produção, e nunca foi antes vivida e experimentada, tão fortemente, como refúgio do trabalho e dos embates que se dão na esfera pública. Com inigualável acerto e precisão o disse Michelle PERROT:

Não é a família em si que os nossos contemporâneos recusam, mas o modelo excessivamente rígido e normativo que assumiu no século XIX. Eles rejeitam o nó, não o ninho. A casa é, cada vez mais, o centro da existência. O lar oferece, num mundo duro, um abrigo, uma proteção, um pouco de calor humano. O que eles desejam é conciliar as vantagens da solidariedade familiar e as da liberdade individual. (...) O que se gostaria de conservar da família, no terceiro milênio, são seus aspectos positivos: a solidariedade, a fraternidade, a ajuda mútua, os laços de afeto e o amor. Belo sonho.<sup>102</sup>

Assentando-se a família sobre bases de afeto e solidariedade, o exercício da

---

<sup>102</sup> PERROT, Michele. *O nó e o ninho*, 1993, p. 81.

autoridade parental não é mais tutelado em razão de um interesse familiar supra-individual, antes funcionaliza-se. A família e com ela a autoridade parental passam a encontrar o seu sentido na realização e no desenvolvimento de seus membros.<sup>103</sup> Anotou Pietro PERLINGIERI que “o merecimento de tutela da família não diz respeito exclusivamente às relações de sangue, mas, sobretudo, àquelas afetivas que se traduzem em uma comunhão espiritual e de vida”.<sup>104</sup>

Jungida à proteção do afeto e a ela subjacente está a tutela da dignidade da pessoa humana. Em variadas circunstâncias, como se verá mais adiante, a mera titularidade de autoridade parental não prevalece ante relações familiares nascidas do afeto, do cuidado e da solidariedade.

O segundo pilar sobre o qual se vai construindo a nova noção de autoridade parental diz respeito à notória publicização que tem experimentado o direito de família. Este caminho, também, foi aberto pela Constituição de 1988. Como bem percebeu Gustavo TEPEDINO, “a hostilidade do legislador pré-constitucional às interferências exógenas na estrutura familiar e a escancarada proteção do vínculo conjugal e da coesão formal da família, inda que em detrimento da realização pessoal de seus integrantes — particularmente no que se refere à mulher e aos filhos, inteiramente subjugados à figura do cônjuge-varão — justificava-se em benefício da paz doméstica”.<sup>105</sup> A inversão axiológica, plasmada na Constituição de 1988, implicou o rompimento desse véu que encobria a família.

Por fim, deve ser referida a emergência de um novo sujeito: a criança e o adolescente. A Constituição Federal de 1988 e o Estatuto da Criança e do

---

<sup>103</sup> Bem ressaltou Pietro Perlingieri que esta concepção “não corresponde à exaltação de perspectivas anarquistas ou de mesquinho individualismo. O reconhecimento normativo (...) do primado da pessoa e o reconhecimento das formações sociais como sendo colocadas ao seu exclusivo serviço acompanham-se à contextual afirmação dos deveres de solidariedade”. PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**, 1997, p. 244.

<sup>104</sup> (*Op. Cit.*, p. 244). No mesmo sentido, Gustavo Tepedino confirma: “a família, embora tenha ampliado, com a Carta de 1988, o seu prestígio constitucional, deixa de ter valor intrínseco, como instituição capaz de merecer tutela jurídica pelo simples fato de existir, passando a ser valorada de maneira instrumental, tutelada na medida em que — e somente na exata medida em que — se constitua em núcleo intermediário de desenvolvimento da personalidade dos filhos e de promoção da dignidade dos seus integrantes.” (TEPEDINO, Gustavo. **A disciplina civil-constitucional das relações familiares**, 1997, p. 50)

<sup>105</sup> TEPEDINO, Gustavo. **A disciplina civil-constitucional das relações familiares ...**, p. 49.

Adolescente constituem-se marcos históricos referenciais para toda e qualquer reflexão sobre autoridade parental que, hoje, se pretenda séria e consentânea com o seu tempo.

A Constituição e o ECA colocaram a criança e o adolescente no centro do palco das relações jurídicas que lhes dizem respeito. As decorrências do reconhecimento da “condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento” são diversas e, certamente, contribuem para demarcar os novos contornos da autoridade parental.

Alinhados estes referenciais na perspectiva de uma verticalidade histórica, oportuno, agora, passar à análise daquelas situações fático-jurídicas que, na horizontalidade ondulada e incerta do presente, revelam a nova face da autoridade parental.

## II. AUTORIDADE PARENTAL FRACIONÁRIA – A QUESTÃO DA SEPARAÇÃO ENTRE PAIS E FILHOS

Situações fáticas, que, também, revelam-se como jurídicas, constituem campo fértil para a percepção dos novos traços que a autoridade parental vai assumindo nas famílias contemporâneas. Na fragmentação dos laços estabelecidos, em decorrência da separação dos pais, ou ausência de um deles, casos de famílias monoparentais, e na investigação da paternidade, um novo perfil da autoridade parental torna-se gradativamente perceptível. Sinalizar seus contornos mais salientes constitui o objetivo do presente capítulo.

### 1 FILHOS DA SEPARAÇÃO – AUTORIDADE PARENTAL E O FRACIONAMENTO DE SEU EXERCÍCIO

A Constituição de 1988 consagrou um novo regime de filiação. Congruente com a concepção pluralista de família e suas multiformes expressões e com o princípio da inocência dos filhos, estabeleceu o regime único de filiação.<sup>106</sup> Desatrelou-se, assim, a filiação do matrimônio. A relação paterno-filial recebe amparo legal como um valor jurídico em si, e não mais como decorrência da proteção da família matrimonializada, conforme o modelo do Código de 1916.

Em consonância, por esse novo tratamento dado à relação paterno-filial, no âmbito lógico-formal, é plenamente possível apartar a relação entre os pais da relação paterno-filial. Seguindo esta linha de idéias, conclui Silvana CARBONERA: “A relação jurídica em tela é a paterno-filial. Desta sorte, independente da ligação existente entre os pais, o vínculo de filiação é que indicará a existência da autoridade parental, que via de regra perdurará até a aquisição da capacidade plena

---

<sup>106</sup> Tal foi a contundência da Constituição quanto a esta matéria, que Gustavo Tepedino asseverou: “O art. 227, § 6º, da Constituição Federal de 1988, portanto, põe fim a uma longa história de discriminações, e a rigor poderia evitar maiores investigações em tema de igualdade, encerrando o debate doutrinário, tal a clareza do Texto.” (TEPEDINO, Gustavo. *A disciplina jurídica da filiação*, 1993, p. 228)

por parte do filho.”<sup>107</sup> De fato, se se pode falar em evolução do Direito de Família,<sup>108</sup> o regime de filiação constitucionalizado veio a estabelecer inquestionável divisor histórico.

A partir de outro prisma, e sob outras luzes, todavia, não se pode nem se deve negar que os laços familiares são deveras intrincados. Não é possível desatar a teia de relações, isolando a falta de afeição e desencontros havidos entre os pais, que acabaram impondo sua separação, das relações que estes mantêm com seus filhos. O rompimento do vínculo entre cônjuges ou conviventes refletirá sempre, em alguma medida, na relação paterno-filial.

No campo jurídico, porém, pode operar algo diverso. Parte-se da presunção que a relação paterno-filial guarda autonomia em face da relação dos genitores entre si. Se, por um lado, tal presunção merece irrefutável acolhimento, por outro, a realidade faz da ficção jurídica uma ficção de fato.

Rompida a união de fato ou a sociedade conjugal, a relação entre pais e filhos sofre necessárias alterações, que variam de caso a caso. Não se está a negar a dimensão prospectiva e o papel pedagógico que a lei pode exercer. O que se põe em questão é que a autoridade parental não se confunde com sua titularidade.

#### A) Entre lei e realidade

O enunciado do art. 381 do Código Civil faz parecer que a autoridade parental, com o advento da separação ou divórcio dos pais, permanece incólume, exceto quanto a um de seus elementos, a guarda.<sup>109</sup> A realidade, contudo, não se

---

<sup>107</sup> CARBONERA, Silvana Maria. **Guarda de filhos na família constitucionalizada**, 2000, p. 68.

<sup>108</sup> Michelle Perrot, com acerto, registra que “a história da família é longa, não linear, feita de rupturas sucessivas.” (PERROT, Michele. **O nó e o ninho**, 1993, p. 75)

<sup>109</sup> **CC**, Art. 381: “O desquite não altera as relações entre pais e filhos senão quanto ao direito, que aos primeiros cabe, de terem em sua companhia os segundos (artigos 326 e 327).” No mesmo sentido o art. 1.579 do Projeto do Código Civil: “O divórcio não modificará os direitos e

amolda à formalidade da lei. Inegável é que o cônjuge desprovido da guarda do filho, após a separação, perde, também, parcela significativa da autoridade parental. Essa perda é admitida até por doutrinadores mais aficcionados à literalidade da lei.<sup>110</sup> Prevaecem, assim, a ficção da titularidade de um lado e o seu efetivo exercício de outro.

Na abstração tem insistido a dogmática clássica,<sup>111</sup> afirmando, também, ser irrenunciável o “pátrio poder”.<sup>112</sup> Para uma melhor análise desta matéria parece imprescindível a compreensão do que seja a guarda, seu objetivo e abrangência.

Orlando GOMES vislumbra diferenciação entre *guarda material* e *guarda jurídica*. A primeira consistiria em, simplesmente, ter a criança em companhia, vivendo com ela sob o mesmo teto, em exercício de vigilância e posse. A segunda, isto é, a guarda jurídica, implicaria “o direito de reger a pessoa dos filhos, dirigindo-lhes a educação e decidindo todas as questões do interesse superior deles”.<sup>113</sup> A guarda, no Estatuto da Criança e do Adolescente, tem a amplitude do que Orlando Gomes chamou de *guarda jurídica*. A respeito observou Luiz Edson FACHIN:

---

deveres dos pais em relação aos filhos. *Parágrafo único*. Novo casamento de qualquer dos pais, ou de ambos, não poderá importar restrições aos direitos e deveres previstos neste artigo”. Note-se que, no Projeto, nem sequer há a ressalva quanto à guarda, por certo em razão da possibilidade de ser esta compartilhada.

<sup>110</sup> Yussef Cahali pondera: “Conquanto diga o art. 381 do CC que a separação judicial não altera as relações entre pais e filhos senão quanto ao direito, que aos primeiros cabe de terem em sua companhia os segundos, é certo que esta simples circunstância, com seus consectários naturais, faz com que o genitor privado da guarda do filho se sujeite a um enfraquecimento de seus poderes paternos.” (CAHALI, Yussef Said. *Divórcio e separação*, 2000, p. 957)

<sup>111</sup> Orlando Gomes, por exemplo, insiste: “Da circunstância de ser confiada à mulher a guarda dos filhos, não se segue que passa a exercer com exclusividade o pátrio-poder. É de se admitir, contudo, que não tenha apenas a *guarda material*, mas também a *guarda jurídica*, isto é, que tenha o direito a reger a pessoa dos filhos, dirigindo-lhes a educação e decidindo todas as questões do interesse superior deles. Nesses casos, o pai tem unicamente o direito de fiscalizar as deliberações da mãe, reclamando ao juiz se considera que são contrárias aos interesses dos filhos. Nem por isso se deve afirmar que ficou suspenso o pátrio-poder, que é exercido normalmente pelo pai.” (Grifamos) (GOMES, Orlando. *Direito de família*, 2000, p. 269-270). No mesmo sentido, registra Caio Mário da Silva Pereira: “Ocorrendo separação, poderá o acordo ou a sentença destacar do pátrio poder a guarda do filho. Neste caso, o pai poderá conservar o primeiro sem embargo de o filho estar ‘legalmente’ na companhia do outro cônjuge, ou de algum parente, ou mesmo de um estranho.” (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*, v. 5, 1999, p. 25)

<sup>112</sup> José Virgílio Castelo Branco Rocha é categórico: “É ponto pacífico em doutrina e em jurisprudência que o pátrio poder é, em regra, irrenunciável.” (ROCHA, José Virgílio Castelo Branco. *O pátrio poder*, 1960, p. 49)

<sup>113</sup> GOMES, Orlando. *Direito de família* ..., p. 270.

“Principiando pela vigilância que encontra no reverso a responsabilidade dos pais pelos atos dos filhos, tal como modelada no âmbito do Código Civil brasileiro, a guarda caminha em direção à proteção, sob a égide da prestação de assistência material, moral e educacional à criança ou ao adolescente na esteira do ECA”.<sup>114</sup> Partindo desta concepção de guarda, parece inequívoco que o seu exercício importa numa sobreposição em relação à quase totalidade dos atributos caracterizadores da autoridade parental propriamente dita.

Nos estritos termos da lei, o conjunto de faculdades que remanesce com o cônjuge ou companheiro que não obtém a guarda dos filhos, após a separação — isto é, o direito de visita, o de ter o filho, esporadicamente, em sua companhia e o de fiscalizar sua manutenção e educação<sup>115</sup> — revela o estreitamento de sua autoridade parental. Além da restrição resultante da lei ocorre, em não poucos casos, que o pai, separando-se da mãe, ausenta-se igualmente dos filhos. Em tais situações, a perda *de fato* da autoridade parental ainda mais se evidencia.

As reflexões sobre a guarda conjunta, desenvolvidas nos últimos anos, lançam luz sobre o que se está a argumentar. Esta não se confunde com a guarda alternada, que tem sido desaprovada em virtude de não atender aos interesses da criança.<sup>116</sup> A guarda conjunta nada mais é que o efetivo exercício da autoridade parental, simultaneamente, pelo pai e pela mãe, após o rompimento de sua união, seja ela conjugal ou de fato. A guarda *strictu sensu*, se os pais, estão separados jamais poderá ser conjunta. Por isso, esclarece Eduardo LEITE que “com efeito, na ‘guarda conjunta’, não é a guarda, mas os outros atributos da autoridade parental que são exercidos em comum”.<sup>117</sup>

---

<sup>114</sup> FACHIN, Luiz Edson. **Elementos críticos do direito de família**, 1999, p. 241.

<sup>115</sup> Estabelece o art. 15, da **Lei 6.515/77**: “Os pais, em cuja guarda não estejam os filhos, poderão visitá-los e tê-los em sua companhia, segundo fixar o juiz, bem como fiscalizar sua manutenção e educação”.

<sup>116</sup> Anota Eduardo de Oliveira Leite que “a nível pessoal o interesse da criança é prejudicado porque o constante movimento de um genitor a outro cria uma incerteza capaz de desestruturar mesmo a criança mais maleável e a mudança constante de guarda, certamente, provocará eventuais conflitos sobre a criança que precisa de segurança e estabilidade”. (LEITE, Eduardo de Oliveira. **Famílias monoparentais: a situação jurídica de pais e mães solteiros, de pais e mães separados e dos filhos na ruptura da vida conjugal**, 1997, p. 259)

<sup>117</sup> Idem, p. 264. Essa realidade é tão evidente que Eduardo Leite noticia que a Lei francesa

Neste sentido caminhou a legislação francesa. Com a reforma operada em 1987, o art. 373-2 do Código Civil francês passou a dispor: “Se o pai e a mãe são divorciados ou separados de corpo, a autoridade parental é exercida quer em comum pelos dois, quer por um dentre eles a quem o tribunal confiou o filho, ressalvado neste último caso, o direito de visita e de controle do outro (...)”.<sup>118</sup> Vê-se, portanto, que, no direito francês, há uma nítida distinção entre autoridade parental e direito de visita e de fiscalização da atuação do cônjuge guardião, o que parece acertado.

Se no sistema civil brasileiro a autoridade parental subsiste incólume, após a separação, quando a guarda é imputada somente a um dos ex-cônjuges ou dos ex-companheiros, exceto quanto à peculiaridade do exercício desta, poder-se-ia concluir que, no Brasil, a regra é a guarda conjunta,<sup>119</sup> o que, absolutamente, não é verdadeiro. Ocorre, na generalidade dos casos, o contrário: “o detentor da guarda passa a exercer o essencial das prerrogativas decorrentes daquela autoridade, enquanto o outro genitor vê-se reduzido ao exercício de um direito de visita e de fiscalização”.<sup>120</sup>

Por ora, mister se faz registrar apenas que das considerações até aqui desenvolvidas reforçada fica a noção enunciada, no início, de que a autoridade parental não se confunde com sua titularidade. Com o fracionamento da comunhão de vida, somente será possível a manutenção da autoridade parental, se a despeito da separação, ela for exercida, em comum, pelos pais separados, o que se convencionou chamar guarda conjunta ou compartilhada.<sup>121</sup> Fora desses casos,

---

nº 87.570 de 1977, que alterou o regime de filiação naquele país, substituiu o termo *guarda* por *autoridade parental*, “com a nítida intenção de realçar uma autoridade que compete ao casal, aos pais.”

<sup>118</sup> “Art. 373-2: “*Si les père et mère sont divorcés ou séparés de corps, l'autorité parentale est exercée soit en commun par les deux parents, soit par celui d'entre eux à qui le tribunal l'a confiée, sauf, dans ce dernier cas, le droit de visite et de surveillance de l'autre...*”

<sup>119</sup> Afirma Eduardo Leite: “A guarda conjunta atribui aos dois cônjuges a guarda jurídica.” Ou, como expressou o juiz Tourigny: “A guarda conjunta é, finalmente, aplicação prática do princípio do exercício conjunto da autoridade parental no caso de fragmentação da família.” (*Apud* LEITE, Eduardo de Oliveira. **Famílias monoparentais ...**, p. 268)

<sup>120</sup> LEITE, Eduardo de Oliveira. **Famílias monoparentais ...**, p. 213.

<sup>121</sup> Foge aos limites do presente trabalho uma inserção de maior profundidade quanto a esta matéria. Sobre o tema: (GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda Compartilhada: um novo modelo de**

embora o nosso sistema legal não admita, há uma perda, de fato, de parcela significativa da autoridade parental.

Oportuno se faz o diálogo com a doutrina portuguesa a respeito do fracionamento da autoridade parental, em razão da separação dos pais. A evolução do direito português, quanto a este aspecto, guarda peculiaridades que podem lançar luzes à reflexão encetada.

## B) A experiência portuguesa

Na vigência do Código Civil português de 1966, de matiz conservadora, sobretudo quanto à matéria de família, parcela significativa da autoridade parental era atribuída ao pai, como a representação do filho, a administração de seus bens, a direção de sua educação e instrução, a autorização para o exercício de profissão e o consentimento para emancipação.<sup>122</sup> A mãe tinha, quanto a estas questões, apenas o direito de ser ouvida.

Nos casos de separação, uma situação paradoxal se estabelecia, segundo noticia Maria Clara SOTTOMAYOR. A mãe geralmente obtinha a guarda dos filhos, especialmente dos de pouca idade, mas ao pai os Tribunais ressaltavam o poder de representá-los, de decidir sobre sua educação e de administrar os seus bens.<sup>123</sup> Tal situação revelava-se, indubitavelmente, ambígua e contraditória.

---

responsabilidade paterna, 2000; CARBONERA, Silvana Maria. **Guarda de filhos na família constitucionalizada**, 2000; LEITE, Eduardo de Oliveira. **Famílias monoparentais: a situação jurídica de pais e mães solteiros, de pais e mães separados e dos filhos na ruptura da vida conjugal**, 1997; NICK, Sérgio Eduardo. **Guarda compartilhada: um novo enfoque no cuidado dos filhos e pais separados ou divorciados**, 1977, p. 127-168).

<sup>122</sup> Da versão original do *caput* do art. 1.881 do Código Civil português de 1996, constava: "Compete especialmente ao pai, como chefe de família: ...." (Grifamos) Comentando a Reforma de 1977, Antunes Varela pondera: "em consequência da nova concepção da relação matrimonial, aboliram-se as atribuições específicas do pai e da mãe, dentro do instituto igualitário e homogêneo do poder paterno, eliminando-se as antigas disposições dos art. 1881º e 1882º." (LIMA, Pires de; VARELA, Antunes. **Código civil anotado**, v. 5, 1995, p. 341)

<sup>123</sup> SOTTOMAYOR, Maria Clara. **A introdução e o impacto em Portugal da guarda conjunta após o divórcio**, p. 52-53, jan./mar. 2001.

A reforma operada no Direito Civil português, em 1977, acolhendo postulado da doutrina que criticava o Código de 1966, atribuiu o “poder paternal” ao progenitor a quem o filho fosse confiado após o divórcio, geralmente a mãe, e isso com fundamento na doutrina da tenra idade<sup>124</sup> e, também, tomando-se em consideração o afastamento da culpa, no divórcio, como critério para a fixação da guarda.<sup>125</sup> Ressalvavam-se ao outro cônjuge apenas os direitos de visita e de vigilância quanto à educação, além do dever de prestar alimentos. Coincidentemente, no mesmo ano de 1977, no Brasil, a Lei do Divórcio estabelecia a culpa como critério para atribuição da guarda.<sup>126</sup>

SOTTOMAYOR considera que a opção do legislador de 1977 pela atribuição do “poder paternal” a apenas um dos cônjuges se deveu ao fato de que, àquela época, o divórcio, em Portugal, era ainda um evento raro e marcadamente conflituoso, “o que fazia supor a dificuldade de entre ex-cônjuges se estabelecer uma relação amigável que permitisse o exercício conjunto do poder paternal”.<sup>127</sup>

Em 1995, operou-se nova reforma no regime do “poder paternal” em casos de divórcio, admitindo a possibilidade de seu exercício conjunto, caso, neste aspecto, os pais chegassem a um acordo. Não sendo possível o consenso, o “poder paternal” era atribuído ao cônjuge a quem fosse deferida a guarda. Por fim, em 1999, foi aprovada a Lei nº 59/99, que, alterando o Código Civil, acabou por privilegiar o exercício conjunto do “poder paternal”, estabelecendo que, se o acordo não for obtido, o juiz decretará seu exercício unilateral, mas mediante decisão

---

<sup>124</sup> A doutrina da tenra idade encontra expressão normativa na **Declaração dos Direitos da Criança de 1959**, que em seu princípio 6º estabelece: “A criança de tenra idade não pode, salvo circunstâncias excepcionais, ser separada da mãe.”

<sup>125</sup> O art. 1906º, nº 1, com a reforma de 1977, “estipulava que o poder paternal é exercido pelo progenitor a quem o filho foi confiado, sendo este progenitor, em regra, a mãe, devido à doutrina da tenra idade e ao abandono da culpa no divórcio como critério de atribuição da guarda dos filhos.” (SOTTOMAYOR, Maria Clara. **A introdução** ..., p. 53)

<sup>126</sup> Dispõe o art. 10 da **Lei 6.515/77** que na separação judicial litigiosa, fundada na atribuição de conduta desonrosa ou violação dos deveres do casamento, os filhos menores ficarão com o cônjuge “inocente”.

<sup>127</sup> (SOTTOMAYOR, Maria Clara. **A introdução** ..., p. 54). A despeito da Lei, notícia a referida autora que os Tribunais, excepcionalmente, homologaram acordos que estabeleciam o exercício conjunto do “poder paternal.”

fundamentada.<sup>128</sup>

Esta rápida demarcação da evolução do direito português em matéria da atribuição da autoridade parental, nos casos de separação dos pais, parece indicar que a solução d'além mar está mais rente à realidade que a presunção legal, vigente no Brasil, de que independente de estarem unidos ou não os pais a autoridade parental é exercida igualmente por ambos, exceto no que se refere à guarda. Isto porque a autoridade parental não tem suporte em uma mera titularidade, mas funda-se e mantém-se a partir de uma relação existencial.

Da reflexão até aqui desenvolvida tem-se que: (i) o ordenamento jurídico pátrio, através de uma abstração, preserva intacta a autoridade parental para ambos os pais após a separação, muito embora apresente ressalva quanto à guarda; (ii) se a ressalva referir-se à guarda meramente material (a faculdade de ter o filho em companhia), o filho permanecerá sob guarda compartilhada, exercendo ambos os pais a plena autoridade parental em relação à criança ou adolescente; (iii) se a ressalva referir-se à guarda jurídica ("o direito de reger a pessoa dos filhos, dirigindo-lhes a educação e decidindo todas as questões do interesse superior destes"<sup>129</sup>), ao cônjuge ou companheiro não-guardião deferir-se-á tão-somente o simples direito de visita e de fiscalização. Ainda que, neste caso, tendo em conta o sistema positivo brasileiro, não se possa afirmar ocorrência de perda da autoridade parental, parece inequívoco o desvanecimento de tal autoridade para o não detentor da guarda jurídica; (iv) conclui-se, pois, que a guarda jurídica encampa a quase totalidade dos atributos da autoridade parental<sup>130</sup>, especialmente, no que se refere à pessoa do

---

<sup>128</sup> **Código Civil Português**, art. 1906º: "(Exercício do poder paternal em caso de divórcio, separação judicial de pessoas e bens, declaração de nulidade ou anulação do casamento) 1. Desde que obtido o acordo dos pais, o poder paternal é exercido em comum por ambos, decidindo as questões relativas à vida do filho em condições idênticas às que vigoram para tal efeito na constância do matrimônio. 2. Na ausência de acordo dos pais, deve o tribunal, através de decisão fundamentada, determinar que o poder paternal seja exercido pelo progenitor a quem o filho for confiado. 3. No caso previsto no número anterior, os pais podem acordar que determinados assuntos sejam resolvidos entre ambos ou que a administração dos bens do filho seja assumida pelo progenitor a quem o menor tenha sido confiado. 4. Ao progenitor que não exerça o poder paternal assiste o poder de vigiar a educação e as condições de vida do filho. (Lei n.º 59/99, de 30 de Junho)". (Grifamos)

<sup>129</sup> GOMES, Orlando. **Direito de família** ..., p. 270.

<sup>130</sup> Nesta direção, acórdão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Do voto do Des. revisor se colhe a seguinte ponderação: "Revendo o Código Civil em matéria de pátrio poder, nota-se com clareza que a companhia e a guarda do inc. II do art. 384 são elementos substanciais, são elementos

filho, mas com esta não se confunde, visto que há peculiaridades da autoridade parental, como a representação ou a administração dos bens dos filhos que não dizem respeito, diretamente, à sua guarda.

### C) Superação da culpa e castigo — o melhor interesse da criança

Nos termos da legislação infraconstitucional, a atribuição da guarda jurídica — que, em verdade, concentra a quase totalidade dos atributos da autoridade parental — nos casos de separação ou divórcio litigioso, tem a culpa como critério fundamental.<sup>131</sup> Tal diretriz, contudo, colidia frontalmente com o princípio constitucional da especial proteção da criança,<sup>132</sup> pois o critério para a fixação da guarda era exógeno ao seu interesse. Assim, pode-se afirmar que o art. 10 da Lei 6.515/77 está derogado em razão de inconstitucionalidade superveniente, ou que as suas disposições sequer foram recepcionadas pela nova ordem constitucional. O Projeto do Código Civil, na última versão do Senado, ainda mantinha a culpa, na separação litigiosa, como critério básico para a atribuição da guarda. Numa ação de socorro implementada pela Câmara dos Deputados, à última hora, inclusive com a alteração do Regimento Interno daquela Casa Legislativa, o Projeto do Código,

---

que eu chamaria úteis do pátrio poder. Aquele que tem uma criança ou um adolescente sob sua responsabilidade e dependência para todos os efeitos de direito, inclusive previdenciário, pode protegê-la convenientemente. Os outros elementos do pátrio poder são elementos distantes, remotos, em relação ao elemento útil, imediato que é a guarda e a companhia.” (MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Ag. 127.355/6 – 4ª Câm. – j. 25.02.1999 – Rel. Des. Reynaldo Ximenes Carneiro – DOMG 15.09.1999). (RT, v. 772, a. 89, p. 343-345, fev. 2000.)

<sup>131</sup> Esta é a dicção do art. 10 da Lei 6.515: “Na separação judicial fundada no *caput* do art. 5º, os filhos menores ficarão com o cônjuge que a ela não houver dado causa. § 1º. Se pela separação judicial forem responsáveis ambos os cônjuges, os filhos menores ficarão em poder da mãe, salvo se o juiz verificar que de tal solução possa advir prejuízo de ordem moral para eles.”

<sup>132</sup> O princípio da proteção especial da criança — ou, como ficou consagrado no direito anglo-saxônico, o princípio do melhor interesse da criança (*The best interest of the child*) — foi explicitado no *caput* do art. 227 da Constituição Federal: “É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.”

neste aspecto, foi alterado, para banir a culpa como critério de estabelecimento da guarda da criança. No Projeto, segundo a última redação da Câmara, caso não haja acordo dos pais quanto à guarda, deverá esta ser confiada àquele que melhor condições tiver para exercê-la.<sup>133</sup>

O modelo fundado na culpa encontrava sua matriz numa concepção contratualista das relações familiares, onde os filhos eram vistos como pouco mais que objetos. Tendo um dos cônjuges dado causa à resolução do contrato de casamento, deveria arcar com o ônus de seu inadimplemento, o que incluiria a perda da autoridade parental. Mas, como se vê, a última redação dada, pela Câmara dos Deputados, ao Projeto do Código Civil, insere, para a fixação da guarda, outro critério: o do genitor que melhores condições tem para exercê-la.

A determinação do melhor interesse da criança, há que se admitir, constitui um princípio de vital importância, mas, por outro lado, deixa margens a amplo subjetivismo. Sem pretender a simplificação da decisão judicial a critérios restritos, ao menos algum balizamento e reflexão sistemática sobre o tema fazem-se necessários.

A verificação do genitor em melhores condições de exercer autoridade parental parece ser um dos critérios para apurar o atendimento do melhor interesse da criança. A questão é estabelecer o que sejam as *melhores condições*. Excluído dessa referência deve ser, desde logo, o fator econômico.<sup>134</sup> Maria Clara SOTTOMAYOR sustenta que “parece mais correto e conforme ao interesse da criança, é que esta seja confiada à pessoa que cuida dela no dia-a-dia, o chamado *Primary Caretaker*, ou a figura primária de referência, um critério neutro em relação ao sexo, criado pela jurisprudência americana”.<sup>135</sup>

---

<sup>133</sup> Art. 1.584, *caput* (Texto Proposto e Consolidado pelo Relator Geral na Câmara - Dep. Ricardo Fiúza — incluindo as adequações constitucionais e legais feitas ao texto aprovado pelo Senado, conforme determinado pelo art. 1º da Resolução nº 01 de 2000 – CN) “Decretada a separação judicial ou o divórcio, sem que haja entre as partes acordo quanto à guarda dos filhos, será ela atribuída a quem revelar melhores condições para exercê-la.”

<sup>134</sup> Neste sentido, o art. 23 do ECA: “A falta ou a carência de recursos materiais não constitui motivo suficiente para a perda ou a suspensão do pátrio poder”.

<sup>135</sup> SOTTOMAYOR, Maria Clara. **Regulação do exercício do poder paternal nos casos de**

Tomar a *figura primária de referência* da criança, para o estabelecimento do exercício efetivo da autoridade parental, após a separação dos pais, apresenta um duplo benefício: primeiro, oportuniza a continuidade do processo educacional da criança e de suas relações e carências afetivas mais evidentes e, segundo, o progenitor mais habilitado para a realização desses cuidados, e com quem, certamente, a criança está mais estreitamente vinculada em termos emocionais dará seguimento àquela relação, minorando os traumas do rompimento.<sup>136</sup>

A considerar a realidade brasileira, a aplicação desse critério importaria, em significativo número de casos, na concessão do exercício da autoridade parental à mãe. Isto porque a distribuição de papéis na família traz ainda as nítidas marcas de um modelo cultural em que às mães se confia o cuidado direto dos filhos, cumprindo ao pai desempenhar a função mais distante de provedor do lar. Nem sempre, todavia, as circunstâncias se apresentam com esta nitidez.

Mesmo em famílias estruturadas com distribuição tradicional de papéis entre os sexos, depois de uma certa idade, os laços vitais que unem pais e filhos não mais permanecem atrelados à dependência de cuidados básicos, mas se estabelecem a partir de uma complexa teia de atribuições simbólicas. A figura do pai, mesmo que não exerça ele o cuidado direto dos filhos<sup>137</sup>, poderá, em determinadas situações de fato, ter maior importância para o desenvolvimento do filho, com vistas à conquista de sua autonomia, do que a da mãe. Logo, o critério do *Primary Caretaker* é interessante como ponto de partida, mas não pode ser absolutizado.

Nestes casos, assim como naqueles em que ambos os progenitores podem ser caracterizados como "*figura primária de referência*", para seguir usando a expressão de Sottomayor, necessário se faz que o juiz ouça a criança ou o

---

**divórcio:** de acordo com as alterações ao Código Civil introduzidas pela Lei 84/95, de 31 de agosto, 1998, p. 38.

<sup>136</sup> Idem, ibidem.

<sup>137</sup> A visão simplista da distribuição de papéis entre pai e mãe é recorrente nas decisões dos tribunais, ao fixarem a guarda de crianças na faixa de 0 a 7 anos. Muitas vezes o clichê transparece nos próprios estudos desenvolvidos pela equipe de psicólogos e assistentes sociais. (MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Ap. 152. 240/8 – 1ª Câmara. – j. 17.08.1999 – Rel. Des. Garcia Leão – DOMG 08.02.2000. RT, v. 782, a. 89, p. 358-360, dez. 2000).

adolescente<sup>138</sup>, tendo, porém, o cuidado de não lhe imputar a decisão ou a última palavra, pois constituiria responsabilidade excessiva, numa situação na qual muito mais sofre do que intervém.

Não tendo o juiz clareza a respeito de qual dos pais seria a *figura primária de referência*, SOTTOMAYOR entende que “deve dar-se preferência àquele que promove o desenvolvimento da personalidade e das potencialidades da criança e que permite o crescimento desta em ordem à conquista de uma progressiva autonomia”.<sup>139</sup>

De qualquer sorte, é de se ter claro que este critério não tem por fim punir o progenitor que, por qualquer motivo, mas especialmente os de ordem profissional, vê-se obrigado a estar mais distante dos filhos.<sup>140</sup> O critério base será sempre o melhor interesse da criança. Por isso, nos casos em que os pais separados têm vívido interesse pelo cuidado dos filhos e acompanhamento de seu desenvolvimento físico, intelectual, moral, religioso, e não o têm por motivos egoísticos, como instrumental de ataque ao ex-cônjuge, o exercício da autoridade parental conjunta parece ser medida adequada ao atendimento do melhor interesse da criança.

Em muitos casos, contudo, a relação paterno-filial não é partilhada pelos genitores da criança, razão por que o estudo da autoridade parental nas famílias estruturadas em base monoparental requer consideração apartada.

---

<sup>138</sup> A oitiva da criança em matéria de definição de guarda, especialmente, através do trabalho de equipes interdisciplinares, formadas por psicólogos e assistentes sociais, tem constituído relevante parâmetro para o Judiciário. Em significativo número de casos tal manifestação se torna elemento decisivo na formação do convencimento do juiz. Neste sentido, manifestou-se o Desembargador Franciulli Netto: “Ouida a criança, em inexistindo forte motivo em sentido contrário, não há como deixar de considerar sua vontade, o que se coaduna com o disposto no art. 161, § 2º, do Estatuto da Criança e do Adolescente.” (SÃO PAULO, Tribunal de Justiça. Ap. Civ. 26.951.4/4-00 – 9ª Câ. – j. 16.09.1997 – Rel. Des. Franciulli Netto. (RT, v. 747, a. 87, p. 253-254, jan. 1998).

<sup>139</sup> Idem, p. 39

<sup>140</sup> Neste sentido, salienta Maria Clara Sottomayor que o “critério da figura primária de referência não é equivalência à preferência maternal, pois, não contém em si a mensagem de que o cuidado dos filhos cabe, por força da natureza, à mãe, evitando a perpetuação de modelos e a desvalorização do papel do pai. Por outro lado, não discrimina os homens. Antes compensa aqueles que, durante a constância do casamento, investiram no cuidado dos filhos, contribuindo, assim, para incentivar os pais a colaborar mais ativamente nestas tarefas.” (SOTTOMAYOR, Maria Clara. *Divórcio, poder paternal e realidade social*: algumas questões, t. 2, 1997, p. 166).

## 2 O LUGAR DE UMA AUSÊNCIA – AUTORIDADE PARENTAL E A MONOPARENTALIDADE

Na busca de *re-compreender* a autoridade parental a partir do marco constitucional da pluralidade das expressões de entidades familiares, mister se faz deitar atenção sobre as chamadas famílias monoparentais. Muito embora seja do senso comum que significativo número de famílias, hoje, não se estruture a partir de vínculos permanentes entre um homem e uma mulher, a legislação infraconstitucional ignora a existência destas. O anacrônico Projeto de Código Civil, que ora tramita no Congresso Nacional, desafinado com a Constituição, nenhuma linha sequer endereça à matéria das famílias monoparentais.

Considerações sobre este tipo de família interessam às reflexões até aqui entabuladas, na medida em que a autoridade parental é exercida em um *locus* totalmente diverso daquele que serviu de moldura para as codificações que nos legaram a concepção de “pátrio poder”. O novo se expõe com maior facilidade quando a angulação da mirada se altera. O estudo das famílias monoparentais certamente constitui campo fértil para repensar o sentido da autoridade parental.

Os fatores determinantes da monoparentalidade não são passíveis de enumeração exaustiva, pela razão mesma das multifacetadas formas de seu estabelecimento.<sup>141</sup> Sua origem pode residir em um projeto de vida pensado, enquanto reação ou alternativa à família tradicional: um homem solteiro ou viúvo entende por bem adotar uma criança; uma mulher faz-se mãe, por inseminação natural ou artificial, mas conserva-se solteira. Também, pode a monoparentalidade resultar do fracasso de uma união conjugal ou de uma união de fato. Ou, ainda, ser fruto de uma gravidez indesejada, conseqüência de encontro desatrelado de um projeto de vida em comum. Os exemplos podem multiplicar-se.<sup>142</sup>

---

<sup>141</sup> Sobre o tema (LEITE, Eduardo de Oliveira. **Famílias monoparentais** ..., p. 32-62).

<sup>142</sup> Em razão das mudanças de concepção em relação aos papéis parentais, hoje, ainda que raro, já não é uma aberração encontrar homens que assumem o cuidado integral de um filho. Por ser

Pode-se, contudo, afirmar, a partir de uma certa perspectiva, que existem dois tipos de famílias monoparentais. De um lado, estão aquelas em que o outro genitor é conhecido e figura no registro de nascimento, porém, com o filho não mantém qualquer relação, e, de outro, estão as chamadas famílias unilineares,<sup>143</sup> nestas apenas um dos genitores é conhecido.

Como a filiação, a partir da Constituição de 1988, restou desvinculada de quaisquer considerações quanto à matrimonialidade da união dos pais, hoje, pouco importa se os filhos são frutos de uma relação fundada em casamento, de uma união estável, de uma união passageira, ou, ainda, de nenhuma união<sup>144</sup>. A diferença que todavia prevalece diz respeito ao fato de ser a relação paterno-filial estabelecida com ambos os pais ou, tão-somente, com um deles.

A ausência de um dos pais na estrutura familiar sugere a pergunta pelos papéis que representam na intrincada trama em que se desenvolve o drama de ser humano. Não somos naturais. Para além do mundo *in natura*, criamos o mundo da cultura. Uma teia de fios invisíveis envolve pais e filhos de forma complexa e completamente diversa daqueles vínculos meramente instintivos, resultado da programação biológica impregnada, como uma sina, no corpo dos outros animais. O mundo da cultura não é regido pelas leis inexoráveis da natureza. Sendo o *mundo humano* fundamentalmente cultural e, portanto, histórico, não admite de si uma

---

ainda a exceção, este tipo de família não tem a mesma relevância social da família formada por mãe e filhos, que constitui, no Brasil, a maior expressão da monoparentalidade. Assim, por uma opção metodológica e em razão dos objetivos do presente estudo, as considerações que neste passo são equacionadas cingem-se ao tipo de família monoparental que mais se evidencia neste momento histórico.

<sup>143</sup> Gérard Comu, citado por Eduardo de Oliveira Leite, esclarece: "A família unilinear é aquela na qual a criança, na sua origem, só descende de uma linha, porque ela só se encontra vinculada a seu pai, ou, mais freqüentemente, a uma só mãe (sic). Assim, o filho natural, cuja filiação não ficou legalmente estabelecida, a criança adotada por uma só pessoa solteira, etc. (...) À primeira vista, esta criança parece estar na mesma situação de outra criança educada por seu pai isolado (p. ex., por uma mãe divorciada) (...) mas, por sua natureza, os dois casos são radicalmente diferentes. A criança que vive com um dos pais isoladamente (pai e mãe) tem ou teve seus dois pais. Sua ascendência é completa. Esta situação dita monoparental é de estrutura biparental (...) Ao contrário na família unilinear a criança encontra-se sem mãe (se adotada por um homem solteiro, p. ex.) ou sem pai (se fruto de uma inseminação artificial de uma mulher solteira, p. ex.) desvinculada de qualquer relação jurídica em relação à linha de parentesco que lhe falta." (*Apud* LEITE, Eduardo de Oliveira. **A família monoparental como entidade familiar**, v. 2, 1995, p. 52)

<sup>144</sup> Ainda que mitigada, ressalve-se, a presunção "*pater is est*" é aplicada tão somente àqueles filhos nascidos das uniões matrimonializadas.

análise essencialista.

Não existem papéis predeterminados, “naturalmente”, a serem desempenhados pela mãe e pelo pai. Fundamental para quebrar o preconceito que se cristalizou em torno do pai provedor, competitivo, emblemático do mundo exterior, e da mãe abnegada, encarregada da nutrição dos filhos e do cuidado do mundo interior, isto é, doméstico, foi a obra de Elisabeth BADINTER: *Um amor conquistado – o mito do amor materno*.<sup>145</sup> Demonstra que somente a partir do final do século XVIII é que o amor materno impõe-se como um “valor natural”. Tributa a Rousseau a sistematização das idéias que formataram a família moderna fundada no amor materno.

Elisabeth Badinter traz volumosas e expressivas informações históricas para demonstrar que, antes do último terço do Século XVIII, havia verdadeira indiferença em relação à criança e, também, ao exercício da maternagem.<sup>146</sup> Ressalta, contudo, que foi nos séculos seguintes, XIX e XX, que não mais se economizaram adjetivos e superlativos para enaltecer a *função materna*. Passa a mãe a ser a “mentora por excelência”, “o primeiro e mais necessário educador”, a educação moral vem a ser “sua tarefa mais elevada”, sua “missão providencial”, “sua obra-prima absoluta”.<sup>147</sup>

O que era e continua sendo uma construção histórica, isto é, cultural, foi tomado pela ciência do século XIX como um dado, como essência do ser humano. Assim, a partir de considerações sobre a historicidade e a contingência das formas do relacionamento paterno-filial, Badinter dispara seus argumentos contra os postulados freudianos: “ao examinar as três características essenciais da personalidade feminina (passividade, masoquismo e narcisismo), Freud descartou, com a mesma leviandade (sic), a hipótese cultural e social. As três características

---

<sup>145</sup> Badinter, já no prefácio de seu livro, sinaliza a historicidade como marco teórico da reflexão a que se propõe. Emblemático que comece indicando uma data, o ano de 1.780. (BADINTER, Elisabeth. **Um amor conquistado: o mito do amor materno**, 1985, p. 19).

<sup>146</sup> O sufixo – *agem* tem sido um recurso usado pelos psicólogos, na criação de neologismos em português, para exprimirem um estado. A palavra *maternagem* é equivalente à palavra *mothering*, do verbo *to mother*.

<sup>147</sup> BADINTER, Elisabeth. **Um amor conquistado: o mito do amor materno**, 1985, p. 257-258.

enunciadas não só lhe parecem constitucionais, como representam a norma do bom desenvolvimento feminino”.<sup>148</sup>

O modelo histórico que Freud tomou como critério, de fato, estabelece de forma estanque os papéis do pai e da mãe. O pai, física ou simbolicamente, dever-se-á interpor entre a díade originária mãe/filho — necessária ao surgimento da vida e indispensável para a sobrevivência do bebê após o parto — para erigir o filho enquanto sujeito e indivíduo, sob pena daquela união originária entre mãe e filho tornar-se patológica, em virtude de um prolongamento excessivo.

Esta interposição paterna muito mais simbólica que efetiva — explica BADINTER — “deve fazer compreender à criança que a mãe lhe é proibida porque pertence a outro, e que, para superar a angústia de castração, ela deve se resignar à renúncia do desejo incestuoso. É só quando interioriza a lei paterna que a criança pode ter um ‘eu’ autônomo e se experimentar como um sujeito independente, capaz de enfrentar o mundo exterior”.<sup>149</sup>

O fato é que, a partir dos anos 60 do século XX, ocorre um refluxo do modelo que imperou por mais de dois séculos, o que impõe uma re-flexão sobre o que estava aparentemente cristalizado. As mudanças comportamentais e conceituais se operam numa relação dialética com as transformações estruturais da sociedade. E por certo as transformações da família não fogem à regra.<sup>150</sup>

Certamente, não vêm de hoje os fatores determinantes das novas formas de constituição familiar, experimentadas contemporaneamente. Razões culturais, políticas e econômicas serão encontradas já nos albores da idade moderna.

---

<sup>148</sup> BADINTER, Elisabeth. **Um amor conquistado: o mito do amor materno**, 1985, p. 334. Badinter equipara o equívoco de Freud ao de Rousseau: “Mais uma vez, o adquirido era declarado inato, e Freud repetia o erro metodológico cometido por Rousseau no *Émile*. Ambos pensavam descrever a natureza feminina e, na realidade, não faziam mais do que reproduzir a mulher que tinham diante dos olhos. A sentimental do século XVIII ou a castrada do século XIX passavam por imagens do eterno feminino.” (Idem, *ibidem*)

<sup>149</sup> Idem, p. 319.

<sup>150</sup> Segundo Adorno e Horkheimer, “a família não apenas depende da realidade social em suas sucessivas concretizações históricas como também é socialmente mediatizada até em suas estruturas mais íntimas” (HORKHEIMER, Max; ADORNO, Theodor. **Sociologia da família**, 1982, p. 213)

Segundo Michelle PERROT, "as rupturas que assistimos hoje são a cumulação de um processo de dissociação iniciado há muito tempo. Ele está ligado, em particular, ao desenvolvimento do individualismo moderno no século XIX. Um imenso desejo de felicidade, essa felicidade que o revolucionário Saint-Just considerava uma idéia nova na Europa - ser a gente mesmo, escolher sua atividade, sua profissão, seus amores, sua vida - apoderou-se de cada um".<sup>151</sup>

Sem embargo de reconhecer esta verdade, pode-se afirmar, também, que outro fator determinante para a transformação operada nas estruturas familiares diz respeito à saída da mulher da casa paterna ou do núcleo familiar, ingressando no mercado de trabalho. Na análise de Eduardo de Oliveira LEITE, "o acesso das mulheres ao mercado e à atividade remunerada fora do lar garantiu-lhes uma recuperação da defasagem social, na qual se encontravam há vários séculos".<sup>152</sup> As mudanças, contudo, não se precipitam, mas se constroem na longa e contraditória via da História, pois, como acentuou Luiz Edson FACHIN, "a mulher passa a produzir, e isso a faz gerar-se como sujeito. Prenúncios que se inscreveram no século XX e arrombaram portas ainda fechadas às vésperas do terceiro milênio".<sup>153</sup>

À inserção no mercado de trabalho somam-se vários fatores importantes que deram outro norte para a estruturação da família, como, por exemplo, o surgimento dos contraceptivos, que permitiram o planejamento familiar. E, claro, acoplada a estes "determinantes" econômicos e àqueles desencadeados pela evolução científica está a questão ideológica de uma tomada de consciência feminista.

A *re-significação* dos papéis do pai e da mãe em relação aos filhos se impõe como tarefa inadiável, quando se considera o número cada vez mais expressivo de famílias que se estabelecem de forma monoparental. A prevalecer o modelo iconizado de família, objeto da teoria freudiana, continuaremos a estereotipar a feminilidade e a pensar como patológicas todas as famílias monoparentais, visto que, em sua expressiva maioria, especialmente se considerada a realidade

---

<sup>151</sup> PERROT, Michelle. **O nó e o ninho**, 1993, p. 78.

<sup>152</sup> LEITE, Eduardo de Oliveira. **Famílias monoparentais: a situação jurídica de pais e mães solteiros, de pais e mães separados e dos filhos na ruptura da vida conjugal**, 1997, p. 61.

<sup>153</sup> FACHIN, Luiz Edson. **Da paternidade: relação biológica e afetiva**, 1996, p. 108.

brasileira, são constituídas por mãe e filho, sendo o genitor um ausente.

A questão que surge, necessariamente, diz respeito ao direito da criança. Se nesta virada de milênio *o melhor interesse da criança*<sup>154</sup> foi erigido ao patamar de princípio basilar, com reflexos tanto na esfera privada como na pública, há que se perguntar se o direito ao pai lhe é fundamental,<sup>155</sup> e mais, o que significa o direito ao pai nas famílias onde este é uma ausência. A seguir esta ordem de idéias, indispensável se faz uma reflexão prévia sobre os papéis parentais.

Muito embora não tratem especificamente dos papéis dos pais na família monoparental, Arthur e Libby COLMAN, em *O pai – mitologia e reinterpretação dos arquétipos*, usando imagens arquetípicas da mitologia e de textos antigos, propõem alternativas ao modelo sedimentado no ocidente moderno.<sup>156</sup> Partindo da mitologia grega, hebraica, egípcia, chinesa, hindu, e de outras, apresentam estes autores uma série de arquétipos de pai. Ressaltam que “as imagens do pai-céu têm dominado o pensamento e a estrutura social do mundo praticamente desde que há registros da história de nossa espécie.” Este arquétipo parental requer uma contraparte, a mãe-terra. O trabalho do pai-céu processa-se no mundo exterior, identifica-se ele pelas funções de provedor e protetor, vive na fronteira e não no coração da família. “Um dos mais importantes papéis do pai-céu, antigo e moderno, é fornecer a ponte entre o mundo interior da mãe e o mundo exterior da comunidade. Essa função começa na mais tenra infância, quando se interpõe entre mãe e filho, para iniciar a passagem

---

<sup>154</sup> O art. 6º do ECA, ao estabelecer os critérios hermenêuticos daquela Lei, ressalta que “a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento” há de ser levada sempre em consideração. Gustavo Tepedino, comentando este artigo da Lei 8.069/90, sublinha que de sua leitura se percebe o deslocamento da “proteção primordial do Estado, antes dirigida à ‘família-instituição’ para a ‘família-instrumento’ de proteção e desenvolvimento da personalidade dos seus componentes.” (TEPEDINO, Gustavo. **A disciplina jurídica da filiação na perspectiva constitucional**, 1997, p. 575) No *caput* do art. 19 do ECA se lê: “Toda criança ou adolescente tem direito a ser criado e educado no seio da sua família.”

<sup>155</sup> Luis Edson Fachin fala do “pai fragmentado” e do “pai plural”: “Árvores sem raízes e raízes sem troncos: duas faces de uma mesma história seccionada pela vida e seus desencontros que perguntam e demandam respostas nos sentimentos dos filhos que procuram pelos seus pais. (...) Da paternidade obstada pela lei codificada da exclusão à paternidade revelável a qualquer meio, vai tomando corpo um pai juridicamente fragmentado na travessia da relação unitária à conformação plural da família.” (FACHIN, Edson Luiz. **Paternidade e ascendência genética**, 2000, p. 168-169).

<sup>156</sup> COLMAN, Arthur; COLMAN Libby. **O pai: mitologia e reinterpretação dos arquétipos**, 1995.

da fusão para a separação e a individualidade”.<sup>157</sup>

Existem outros mitos, exaustivamente, citados pelos autores referidos, em que se ressaltam as imagens do pai-terra. São imagens de “homens inequivocamente masculinos que se envolvem na nutrição, senão, de modo específico no cuidado das crianças”.<sup>158</sup> Porém, reconhecem que “o cisma tradicional das funções parentais em pai-céu/mãe-terra resiste muito. O pai-terra é uma anomalia numa cultura que se choca e se embaraça quando um homem chora”.<sup>159</sup> Arthur e Libby COLMAN propõem como alternativa o *pai diádico*. “A paternagem diádica significa o compartilhamento de papéis-terra e papéis-céu por ambos os parceiros”.<sup>160</sup> De forma que

os pais diádicos parecem iguais aos olhos dos filhos por um longo tempo (...) Nos primeiros anos de vida, todas as crianças se afastam da órbita-terra dos pais. Os filhos de pais diádicos fazem isso de uma maneira diversa daquela que a teoria psicológica costuma sugerir. Ela [a criança] emerge de uma simbiose inicial que inclui ambos os pais, como parte do eu. Ela pode perceber sua distinção com respeito aos pais antes de perceber as diferenças entre eles.<sup>161</sup>

Sem prejuízo do fato de que os autores citados se reportem apenas às famílias constituídas por ambos os parceiros, a reflexão por eles desenvolvida lança luzes, também, sobre as monoparentais.

A mãe que sai de casa cedo, deixa os filhos na creche, ou com uma avó, ou, ainda, com a vizinha ou empregada e vai para o mundo exterior (o mundo-céu) trabalhar, não é a mesma mulher passiva, masoquista, e narcísea descrita por Freud.

---

<sup>157</sup> (Idem, p. 65). Os autores fazem referência a uma cerimônia praticada por alguns povos africanos que sublinha este papel do pai. Nessas sociedades “cabe ao pai escolher o nome do filho. Ele o sussurra no ouvido do recém-nascido. Nem a mãe nem outra pessoa qualquer pode ouvi-lo. Esse nome é o símbolo da individualidade da criança. Quando chegar à idade apropriada, ele se separará da mãe. Alcançará consciência, aprenderá seu nome e saberá quem é.” Enumeram os autores uma série de ritos de passagem, realizados na adolescência, que também evidenciam a função do pai-céu. (Idem, p. 66).

<sup>158</sup> Idem, p. 52.

<sup>159</sup> Idem, p. 54.

<sup>160</sup> Idem, p. 90.

<sup>161</sup> Idem, p. 252-254.

Um aspecto interessante assinalado por Badinter é que a psicanálise evidenciou ser o pai muito mais simbólico que concreto. A existência rarefeita do pai, na dimensão do concreto, ressalta o fato de que sua autoridade não promana do vínculo genético ou de uma titularidade, mas de uma relação na qual se apresenta como um Outro significativo, que se interpõe entre o filho e a mãe, podendo ou não ser o genitor da criança. Nas famílias monoparentais, o pai muitas vezes será o tio, o avô, o namorado da mãe. Não são raros os casos em que o avô é tratado por *pai* pelo neto que tem mãe solteira, ou que o companheiro da mãe é chamado de *pai* pelo filho dessa.

Quem nestes casos exerce a autoridade parental? Será privilegiada a relação existencial que “fundou” um pai para a criança? Tem o direito a flexibilidade necessária para abarcar essas situações fluídas? Cumprindo a progenitora os papéis de pai e de mãe, poderá excluir de todo a autoridade parental do pai meramente biológico? Como nesses casos se distinguirá entre os efeitos patrimoniais da paternidade e a efetiva paternidade que nada mais é que o exercício daquilo que, juridicamente, é referido como autoridade parental?<sup>162</sup>

Na via da construção de um novo direito de filiação, as experiências de famílias monoparentais desafiam um repensar da autoridade parental, que a dogmática havia sedimentado, tendo como referência a família matrimonializada.

Se, por um lado, os caminhos não estão bem demarcados e somente é possível distinguir algumas trilhas ainda pouco exploradas, por outro, é certo que as fórmulas engessadas dos conceitos jurídicos herdados do século XIX são insuficientes e impróprias. O que ora se constata, a partir da análise das famílias monoparentais, ainda apresenta maior verticalidade, quando se tem em perspectiva as implicações da investigação de paternidade.

---

<sup>162</sup> Frisa Luiz Edson Fachin que “a paternidade se faz inter vivos e não apenas para surtir efeitos *mortis causa*. O legado verdadeiro do testamento paterno-filial se dá em vida, precisamente quando pai e filho crescem mutuamente sob a lei mais relevante que é a do amor, na qual um para o outro faz a diferença.” (FACHIN, Luiz Edson. **Paternidade e ascendência genética** ..., p. 170)

### 3 O VÍNCULO BIOLÓGICO – AUTORIDADE PARENTAL E A INVESTIGAÇÃO DA PATERNIDADE

O Código Civil de 1916, ao estruturar-se, tendo a família matrimonializada como única base jurídica de referência, acabou, inevitavelmente, por estabelecer classes distintas de filiação. No sistema do Código, temos os filhos legítimos, aqueles nascidos de “justas núpcias”;<sup>163</sup> os legitimados, aqueles que muito embora à época do nascimento não tivessem pais casados entre si, mas que, contraindo matrimônio *a posteriori*, puderam “regularizar” a filiação; os ilegítimos, que podem ser subdivididos em filhos naturais, aqueles havidos de pais que poderiam ser casados mas não o eram; e os espúrios que representavam a última classe, subdividida em adúlteros e incestuosos. Num segmento à parte, desvinculados da consangüinidade, estavam os adotivos que, de qualquer sorte, não se equiparavam aos legítimos e legitimados.

Este modelo que se construiu a partir da filiação *standard*, isto é, a legítima, estava fundado na paternidade presumida: “*Pater is est quem justae nuptiae demonstrat*”. A presunção na qual se funda a filiação jurídica sofre significativo abalo com o desenvolvimento de tecnologias que permitem o estabelecimento da ascendência genética da pessoa.

A presunção da paternidade dos filhos havidos do matrimônio ainda prevalece. Mas, após a promulgação da Constituição de 1988, com o Estatuto da Criança e do Adolescente (1990) e a Lei 8.560 de 1992, abriu-se gradativamente o leque de possibilidades de afastamento<sup>164</sup> da referida presunção.

---

<sup>163</sup> Esta expressão, fortemente conotativa e consagrada na dogmática tradicional, remete ao sentido de casamento válido ou realizado em conformidade com a lei.

<sup>164</sup> O Código de 1916 estabeleceu apertados limites à contestação da presunção da paternidade (art. 340 e *caput* do art. 342). Com precisão acerca do tema ponderou-se que a enumeração taxativa destes artigos “conferia à presunção de paternidade natureza de presunção intermédia, uma vez que, sem excluir ou impedir prova em contrário, só a admitia em condições determinadas. É uma subespécie de presunção. É mais do que presunção relativa (*iuris tantum*), e menos do que presunção absoluta (*iuris et de iure*). Ou seja, é presunção que não admite toda e qualquer prova em contrário, mas somente aquelas especificamente indicadas no texto legal.” (FACHIN, Luiz Edson (Coord.). **Averiguação e investigação da paternidade extramatrimonial: comentários à Lei 8.560/92**, 1995, p. 32)

O art. 27 do Estatuto da Criança e do Adolescente<sup>165</sup> veio consagrar um verdadeiro direito de personalidade, qual seja, o do filho conhecer sua real identidade genética, sua origem biológica. Os novos instrumentos ofertados pelas ciências biomédicas e a abertura legal para a contestação da presunção da paternidade extramatrimonial implicaram em verdadeira revolução<sup>166</sup> do sistema albergado pelo Código de 1916.

A autoridade parental surge e é exercitada em consequência da relação de parentesco entre pais e filhos. Logo, a determinação da paternidade está diretamente vinculada ao exercício da autoridade parental, pois habilitados a exercê-la estão os pais. “Os filhos legítimos, os legitimados, os legalmente reconhecidos e os adotivos estão sujeitos ao pátrio poder, enquanto menores”, dispunha o art. 379 do Código Civil, em parte revogado em razão da discriminação entre espécies de filiação,<sup>167</sup> ou, como consta do art. 1.630 do Projeto do Código Civil: “Os filhos estão sujeitos ao poder familiar, enquanto menores.”

Em face da relevância jurídica que tomou a investigação da paternidade, nos últimos anos — um sem número de ações dessa natureza abarrotam os tribunais — surgem, em decorrência lógica, questões atinentes ao tema da autoridade parental. Uma das questões fundamentais é se o direito à perquirição sobre ascendência biológica, com o consequente estabelecimento da paternidade, gera efeitos em relação ao exercício da autoridade parental. Dito de outra forma, importa perguntar se a sólida prova da paternidade biológica tem o condão de estabelecer os laços da autoridade parental, independente, de qualquer outro fator.

Já no próprio sistema do Código de 1916 estava subjacente a dúvida a

---

<sup>165</sup> **ECA**, Art. 27: “O reconhecimento do estado de filiação é direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, podendo ser exercitado contra os pais ou seus herdeiros, sem qualquer restrição, observado o segredo de justiça.”

<sup>166</sup> Como bem assevera Maria Christina de Almeida, “a perquirição da ascendência biológica põe o sistema de presunções legais em crise, tornando plenamente justificada a indagação sobre a paternidade genética.” (ALMEIDA, Maria Christina de. **Investigação de paternidade e DNA: aspectos polêmicos**, 2001, p. 49).

<sup>167</sup> A aludida revogação parcial ocorreu em face do disposto no § 6º, do art. 227, da Constituição Federal: “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.”

respeito do surgimento automático dos vínculos da autoridade parental, como fruto da sentença prolatada em ação de investigação de paternidade.<sup>168</sup>

Ocorre que, geralmente, o demandado opõe verdadeira resistência à pretensão do autor da ação. Nesses casos, a decisão judicial, ao final, não fornece um pai ao filho. A confirmação do diagnóstico do exame biomédico pela sentença, de regra, gera apenas efeitos na esfera patrimonial: direito a alimentos, direito à sucessão, mas não, necessariamente, direito ao pai. Na expressão do professor Luiz Edson FACHIN, os investigantes acabam por ser reconhecidos como “filhos do laudo”.<sup>169</sup>

Paradoxalmente, a derrocada da presunção *pater is est* – a paternidade ficta do modelo do Código – pela via da apuração biológico-científica da paternidade, engendrou outra ficção, não menos danosa que a anterior. Revelado o genitor, não se encontra, necessariamente, o pai. A realidade é ilusória.

Esta análise sobre o estabelecimento da paternidade implica consequência para o estudo da autoridade parental, que não decorre, necessariamente, do liame biológico, mas antes da posse de estado de filho, que é a expressão jurídica para designar a paternidade sócioafetiva.<sup>170</sup>

A exegese isolada do art 21 do Estatuto da Criança e do Adolescente<sup>171</sup>

---

<sup>168</sup> Dispõe o art. 366 do **Código Civil**: “A sentença, que julgar procedente a ação de investigação, produzirá os mesmos efeitos do reconhecimento; podendo, porém, ordenar que o filho se crie e eduque fora da companhia daquele dos pais, que negou esta qualidade.” Ao comentar este artigo, observava Clovis Bevilacqua: “Proferida a sentença a favor do filho, a sua posição fica definida: é filho natural reconhecido; tem o direito de usar o apelido do pai; de ser por ele alimentado e educado (art. 379); e de lhe suceder (art. 1.605); enfim de ser tratado como se fosse filho legítimo. Todavia, atentando a que o processo de investigação tenha podido criar sentimentos de animadversão do pai para com o filho, o juiz poderá, se as circunstâncias o exigirem, decretar, na sentença condenatória do pai, que o filho menor seja criado e educado fora da companhia dele. Se a mãe for viva, é direito dela ter o filho consigo. Se não for, será designado quem lhe deva substituir, ou será escolhido um estabelecimento de educação, onde seja colocado o menor.” (BEVILAQUA, Clovis. **Código civil dos Estados Unidos do Brasil comentado**, v. 2, 1917, p. 819-820). A redação do art. 1.616 do Projeto do Código Civil é praticamente idêntica: “A sentença que julgar procedente a ação de investigação produzirá os mesmos efeitos do reconhecimento; mas poderá ordenar que o filho se crie e eduque fora da companhia dos pais ou daquele que lhe contestou essa qualidade.”

<sup>169</sup> FACHIN, Luiz Edson. **Da paternidade: relação biológica e afetiva**, 1996, p. 74.

<sup>170</sup> Idem, p. 36-37.

<sup>171</sup> **ECA**, Art. 21: “O pátrio poder será exercido, em igualdade de condições, pelo pai e pela

poderia sugerir que da autoridade parental se revestiria o genitor investigado, tão logo fosse declarada a paternidade, mesmo que tenha impugnado veementemente a pretensão do autor. Em numerosos casos tal solução se revelaria absurda e verdadeiro contra-senso, em face dos interesses díspares que entre genitor e gerado afloram no curso do processo.<sup>172</sup>

Plausível parece, portanto, sustentar que a autoridade parental pode não derivar da paternidade biológica mesmo que reconhecida, mas da posse de estado de filho. A autoridade parental não é um dado, mas um construído,<sup>173</sup> uma teia de relações afetivas e solidárias que principia já antes do nascimento do filho. Razão por que conceder autoridade parental a alguém, que se quer estranho ao filho, assim se comporta e se mantém, resultaria em contra-senso inaceitável.

Se a autoridade parental encontra seu fundamento mais na *posse de estado* e menos na paternidade biológica, antes de avançar na demonstração desta assertiva, faz-se necessário delinear, ainda que em largos traços, o que se tem entendido por *posse de estado de filho*.

A noção de posse de estado não é de todo estranha ao sistema do Código Civil de 1916. Como lembra Luiz Edson FACHIN, a posse de estado tem lugar no Código enquanto matéria de prova do casamento.<sup>174</sup> Contudo, a posse de estado de filho não fazia sentido, naquele sistema, no que diz respeito à paternidade, em razão da centralidade da presunção *pater is est*.

---

mãe, na forma do que dispuser a legislação civil, assegurado a qualquer deles o direito de, em caso de discordância, recorrer à autoridade judiciária competente para a solução da divergência.”

<sup>172</sup> A conclusão nº 27 da monografia de José Antonio de Paula Santos Neto aponta em sentido diverso: “O reconhecimento voluntário ou forçado gera pátrio poder, mas, no segundo caso, a sentença poderá limitar o exercício deste.” (SANTOS NETO, José Antonio de Paula. *Do pátrio poder*, 1994, p. 203).

<sup>173</sup> Bem sublinha Maria Christina de ALMEIDA que “o elo paterno-filial não se consubstancia na simples consideração da hereditariedade sangüínea, mas é formado pelos laços afetivos, história pessoal de cada membro pautada por alegrias e tristezas, ligações de parentesco, apoio, comprometimento, solidariedade e influência do ambiente familiar e social, que a realidade dos testes científicos da descoberta da paternidade não pode levar em consideração.” (*Op. Cit.*, p. 158-159).

<sup>174</sup> (FACHIN, Luiz Edson. *Da paternidade...*, p. 62). O art. 206 do CC dispõe: “Na dúvida entre as provas pró e contra, julgar-se-á pelo casamento, se os cônjuges, cujo matrimônio se impugna, viverem ou tiverem vivido na posse do estado de casados.”

Na dogmática civil brasileira, a posse de estado de filho nunca passou de um simples meio de prova suplementar. Assinala, por exemplo, Caio Mário da Silva PEREIRA que, “não obstante o silêncio da lei civil, a prova resultante da posse de estado é admitida pela nossa doutrina e jurisprudência, embora com reserva. (...) e não gera a aquisição do direito (usucapião do estado de filho), porém se invoca, supletivamente, quando falta a prova específica, e nos casos previstos”.<sup>175</sup> A posse de estado de filho permaneceu, assim, reduzida a meio de prova suplementar, previsto no art. 349 do Código Civil, para suprir falta ou defeito do termo de registro de nascimento. Somente nas reformas operadas no direito de alguns países da Europa é que a noção de posse de estado será recuperada, ganhando conteúdo e aplicação no âmbito das relações paterno-filiais.<sup>176</sup>

Não é o caso de estabelecer um conceito de posse de estado de filho, porque, antes que um instituto jurídico, a posse de estado de filho é um fato social complexo, do qual podem ser deduzidas conseqüências jurídicas.<sup>177</sup> Apenas a título indicativo das características básicas desse estado, pode ser mencionada a trilogia clássica: *nomen*, *tractus* e *fama*. Como observam Lamartine de OLIVEIRA e Francisco MUNIZ, a *nominatio* é de somenos importância, pois o uso dos apelidos da mãe ou do pai não é elemento decisivo na caracterização da posse de estado, mas um mero indicador. De outro lado, destacam que os dois outros elementos são de grande relevância, especialmente o *tractatio*, que diz respeito ao contínuo tratamento do filho, na condição de filho, e o recíproco tratamento em relação ao pai. Vale dizer, chamar o filho de *filho*, dele cuidar e educá-lo como tal, bem como aceitar que o filho o chame de pai e o trate como tal. A *reputatio* (ou fama) diz

---

<sup>175</sup> (PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**, v. 5, 1999, p. 177). Em sentido semelhante, manifesta-se Orlando Gomes: “A *posse do estado de filho* deveria ser considerada excelente modo de prova da filiação legítima, na falta ou defeito do assento de nascimento, porque constitui um reconhecimento contínuo, perseverante, quotidiano, público e notório da filiação, mas nenhuma referência direta a ela se encontra na lei. Permitida é, no entanto.” (cf. GOMES, Orlando. **Direito de família**, 2000, p. 325)

<sup>176</sup> FACHIN indica que a idéia de posse de estado de filho foi elevada a um patamar de “indisfarçável importância” em reformas legislativas da França, Portugal e Bélgica. (**Da paternidade ...**, p. 63).

<sup>177</sup> *Idem*, p. 70.

respeito à notoriedade que a relação paterno-filial assume no meio social.<sup>178</sup>

Importa ressaltar que esses elementos — comuns a qualquer posse de estado e não só à de filho — são apenas indicativos de um fato que não pode ser apreendido por conceitos previamente formulados, pois que complexo e dinâmico.<sup>179</sup>

Falar em posse de estado é tratar de uma relação intersubjetiva, pois dela surge um conjunto de deveres para pais em relação ao filho, mas, ao mesmo tempo, corresponde a um direito deles próprios, para satisfação da necessidade psicológica — como ensinam José Lamartine e Francisco Muniz — de “estar presente ao desenvolvimento da personalidade do filho, fiscalizá-lo e protegê-lo”.<sup>180</sup> Desta forma, inevitável concluir que a intersubjetividade marca, também, a noção de autoridade parental.

Lamentavelmente, o Projeto do Código Civil brasileiro nem sequer tangenciou o tema. Na América Latina, timidamente, a noção de posse de estado de filho começa a ter espaço na legislação,<sup>181</sup> contudo, ainda titubeiam os civilistas ao tratarem a matéria. A posse de estado é vista como uma prova débil. Ao mesmo tempo em que é citada como prova viva, “de carne e osso”, reconhecem os argentinos BOSSERT e ZANNONI, avaliando a produção dogmática sobre o tema, que o objeto último da perquirição do juiz deve ser a realidade biológica.<sup>182</sup>

---

<sup>178</sup> OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de; MUNIZ, Francisco José Ferreira. **Direito de família: direito matrimonial**, 1990, p. 46-47.

<sup>179</sup> Bem assenta Sérgio Gischkow Pereira que “a paternidade é um conceito não só genético ou biológico, mas psicológico, moral, sócio-cultural. Em grande número de ocasiões, o vínculo biológico não transcende a ele mesmo e revela-se completo e patológico fracasso da relação de paternidade sob o prisma humano, social e ético. Em contrapartida, múltiplas situações de ausência de ligação biológica geram e mostram a relação afetiva, em nível de paternidade saudável, produtiva, responsável”. (PEREIRA, Sérgio Gischow. **Tendências modernas do direito de família**, p. 295-328, 1989, p. 296)

<sup>180</sup> *Op. Cit.*, p. 31.

<sup>181</sup> Na Argentina, com a reforma do regime de filiação estabelecido pela Lei 23.264 de 1985, que alterou o Código Civil daquele País, a posse de estado de filho, desde que fixada em juízo, equívale ao reconhecimento. No entanto, ressalva a Lei que a prova biológica, em contrário à posse de estado de filho, invalida esta última. Dispõe expressamente o art. 256 do Código Civil argentino: “*La posesión de estado debidamente acreditada en juicio tendrá el mismo valor que el reconocimiento expreso, siempre que no fuere desvirtuado por prueba en contrario sobre el nexo biológico.*” A primazia do fator biológico sobre a posse de estado é inquestionável.

<sup>182</sup> Ponderam: “*En este sentido, sostuvo Borda que ‘en esta materia el juez tiene una*

O estabelecimento da paternidade através da ação de investigação revela facetas importantes daquilo que a lei ainda segue denominando *pátrio poder*. O “pátrio poder” não pode ser reduzido a mera responsabilidade parental.<sup>183</sup> Fosse assim, problema algum resultaria atribuir o “pátrio poder”, em sua plenitude, sem maiores perquirições, ao pai revelado pela investigação promovida pelo filho. Ele somente teria que cumprir determinados deveres em relação ao filho, reconhecido forçosamente. Todavia, assim não é. Mais que uma responsabilidade, este atributo dos pais em relação aos filhos se revela como *munus*, com prerrogativas próprias de quem está investido de uma autoridade. O dever de criar e educar estabelece para os pais uma gama de *poderes discricionários*, para fazer uso da linguagem do direito administrativo, o que é peculiar a quem exerce autoridade.<sup>184</sup> São os pais que definem as diretrizes da educação dos filhos na primeira infância; são eles que imprimem no caráter dos filhos os primeiros valores éticos, filosóficos e religiosos; são eles que ordenam e administram a vida dos filhos até certa idade, com a gradativa participação destes; são eles que elegem a escola para matricular os filhos; enfim, aos pais é cometida uma série de atribuições que trazem ínsita a idéia de autoridade.

Tanto é assim, que ninguém há de negar que seria de todo injusto submeter o

---

*amplísima facultad de apreciación. Si la prueba de la posesión de estado es tal que le permita formar la convicción de que la filiación es verídica, puede prescindir de otras pruebas’.(...) Sin embargo, el autor citado recalca que ‘lo que se procura esclarecer es la realidad biológica’, con lo cual, en los hechos, relativizaba el valor de la posesión de estado o, por lo menos, permitía que el juez la dejase de lado.” (cf. BOSSERT, Gustavo A.; ZANNONI, Eduardo. **Régimen legal de filiación y patria potestad**, 1992, p. 149)*

<sup>183</sup> Divergimos, portanto, de Nadja Porto França que sustenta ser a expressão “*responsabilidade parental*” o melhor designativo para substituir “pátrio poder”. (FRANÇA, Nadja Porto. **Tutela e tutela especial: responsabilidade parental compartilhada**. Curitiba, 2000. Dissertação (Mestrado) — Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná. p. 102.)

<sup>184</sup> A analogia entre áreas tão distintas do Direito pode parecer imprópria e, de fato é limitada. Porém, revela um aspecto interessante: o poder dos órgãos administrativos, como o dos pais, sofre restrições bem demarcadas. Vários princípios informam e limitam o exercício da administração pública, que deve atuar não em seu próprio interesse, mas para atender ao interesse do povo. Ensina Hely Lopes Meirelles: “O poder tem para o agente público o significado de dever para com a comunidade e para com os indivíduos, no sentido de que quem o detém está sempre na obrigação de exercitá-lo. (...) É que o Direito Público ajunta ao poder do administrador o dever de administrar”. (MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**, 1997, p. 89). Nem por isso pode-se negar que os órgãos da administração estejam investidos de autoridade. Assim, também, os pais, conquanto lhes atribua a lei uma série de deveres em relação aos filhos, deles se desincumbem, no exercício do que se está a chamar de autoridade parental.

filho à autoridade daquele que, de forma perversa, o abandonou e rejeitou, e que, somente pela via judicial, contra sua vontade, viu estabelecida a paternidade do filho. No entanto, aqueles que reduzem o denominado “pátrio poder” a um mero dever chegam a conclusão diversa.<sup>185</sup>

De fato, se a sentença na ação de investigação produz os mesmos efeitos do reconhecimento (art. 366 do Código Civil), e se os filhos legalmente reconhecidos estão sujeitos ao “pátrio poder”, enquanto menores (art. 379 do Código Civil), parece lógica a conclusão de que o investigador estará sujeito à autoridade parental do investigado, tão logo transite em julgado a sentença.

Como já anteriormente referido, o próprio Código de 1916, antevendo que a aplicação desta lógica formal poderia trazer sérios gravames ao filho, ressaltou que, na sentença que julgar procedente a investigação, poderá ser ordenado pelo juiz seja o filho criado e educado fora da companhia daquele que lhe negou a qualidade de pai ou de mãe (art. 366 do Código Civil, segunda parte).

Criar e educar são os elementos nucleares da autoridade parental. Se o juiz, consideradas as circunstâncias, pode ordenar que o filho se crie e se eduque fora da companhia do investigado, isto é, sem a sua ingerência, revelar-se-ia aqui uma forma indireta de destituição da autoridade parental.

Não há destituição propriamente. Ocorre é que a autoridade parental sequer chega a surgir, porque esta deriva antes da posse de estado de filho que do conhecimento da ascendência genética de alguém.<sup>186</sup> Se o pai não tem como filho seu o investigador, é inconcebível que, de um momento para o outro, sem que antes

---

<sup>185</sup> Em que pese o sempre abalizado magistério de Caio Mário da Silva Pereira, quanto a esta matéria, não se pode aquiescer à posição assumida pelo ilustre civilista, para quem o “moderno conceito de pátrio poder” (reduzido a deveres) torna factível a submissão do filho ao pátrio poder do pai que fora investigado. (PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Reconhecimento de paternidade e seus efeitos**, 1997, p. 205). No mesmo sentido: ROCHA, José Virgílio Castelo Branco. **O pátrio poder: estudo teórico-prático**, 1960, p. 96-98.

<sup>186</sup> Na formulação de Luiz Edson Fachin, “o papel deferido à posse de estado não se liga à prova, mas sim à consolidação daquilo que o próprio ato do nascimento atesta. É na reunião dos três elementos clássicos (*nomen, tractatus, fama*) que começa a se formar a conjunção suficiente de fatos para indicar a real existência de relações familiares, em especial entre pai e filho.” (FACHIN, Luiz Edson. **Da paternidade: relação biológica e afetiva**, 1996. p 126).

se estabeleçam reais laços afetivos, seja revestido de uma autoridade, supostamente, derivada de um fato que negou.

Sustentamos, portanto, para dizê-lo na linguagem típica da dogmática, que o fato jurídico que tem como efeito o surgimento da autoridade parental não é a identificação, por sentença, da origem genética do investigante, mas, sim, a posse de estado de filho. A autoridade parental não é, pois, corolário necessário da investigação de paternidade. Vários direitos e deveres podem exsurgir do estabelecimento da paternidade, através da investigação, como os relativos a alimentos e sucessão, não, obrigatoriamente, a autoridade parental.

Se, hoje, em virtude da sistemática vigente, não pode o juiz declarar, em sentença prolatada em sede de ação de investigação de paternidade, que o estabelecimento desta não tem por efeito o reconhecimento da autoridade parental ao investigado, deveria o Judiciário, por outro lado, em sendo o caso, valendo-se do art. 366 do Código Civil, especificar e delimitar a extensão da autoridade do genitor sobre o gerado, ainda que não tenha sido tal delimitação requerida pelas partes. Esse cuidado, por parte do juiz, reduziria a distância entre a ficta presunção jurídica de uma automática investidura de autoridade parental do investigado e a realidade mesma dos fatos da vida, na qual inexistente tal autoridade ou é indesejável.

No curso desta linha de idéias, *de lege ferenda*, parece recomendável, em face dos milhares de ações de investigação de paternidade, acumuladas nas varas de família, em todo País, que o legislador estabelecesse, por meio de cláusula geral, diretrizes para que o juiz definisse, em cada caso, os efeitos da investigação da origem genética, prevendo que, em determinadas circunstâncias, a identificação do ascendente não tivesse o efeito de cometer ao investigado a autoridade parental e, em casos específicos, nem sequer o reconhecimento de parentesco.<sup>187</sup>

---

<sup>187</sup> Neste sentido, pronuncia-se João Baptista Villela: "Tem-se manifestado insistentemente na cena jurídica, pedindo reconhecimento e reclamando posituação, o chamado *direito ao conhecimento da própria ascendência*." O referido autor dá notícia de que na doutrina e especialmente na jurisprudência alemã tem-se consagrado o direito ao conhecimento da própria ascendência, sem que tal identificação da origem genética gere qualquer efeito em termos de relação de parentesco (VILLELA, João Baptista. **O modelo constitucional da filiação: verdades & superstições**, p. 141, jul./set. 1999). Luiz Edson FACHIN, por sua vez, levanta uma série de interrogações a respeito dessa matéria, ressaltando a importância da filiação fundada na verdade

O direito ao conhecimento da ascendência, como bem salientou João Baptista Villela, na ordem jurídica nacional e ao nível da Constituição, teria sua *sedes materiae* não no Capítulo relativo à família, mas, no Capítulo I, do Título II (Dos Direitos e Garantias Fundamentais), reconhecido por ele como “a matriz dos direitos da personalidade”.<sup>188</sup>

#### 4 DEVER E AUTORIDADE PARENTAL

Categóricas afirmações da doutrina tradicional, quanto à autoridade parental, devem ser revistas ou repensadas. Habitados e acomodados à abstração dos conceitos e à *manualística* indiferente à realidade, não faltam autores a pontificar que o “pátrio poder” é intransferível, indelegável, imprescritível, de exercício obrigatório, etc.<sup>189</sup>

As reflexões até aqui encetadas apontam em sentido diverso. Em muitas circunstâncias, a autoridade parental sequer chega a constituir-se, em outras, como na separação dos pais, pode ocorrer desvanecimento significativo desta e, em não poucos casos, sua total perda de fato. Esta ordem de idéias é indicativa da urgência de se construir uma distinção entre deveres oriundos do vínculo genético e a autoridade parental propriamente dita.

---

sócioafetiva, por um lado, mas, por outro, questiona: “Isso significaria ocultar a verdade biológica? Ou poderia o legislador permitir revelá-la para apenas saber a origem genética? Há quem defenda, nessa via, a graduação da paternidade, dela excluindo qualquer seqüela jurídica quando revelada a verdade biológica apenas para conhecimento. Mas, é razoável, para o filho, essa solução? Será o magistrado, diante de cada caso concreto, na falta de lei regulamentadora, quem decidirá se a revelação pode ou não pode ser concedida para tal fim?” E, mais adiante, conclui: “O momento está mais para interrogações que para respostas, embora cada questão contenha, em si mesma, o gérmen de sua própria redarguição.” (**Da paternidade...**, p. 55-56). Em outro texto, o mesmo autor sustenta que os efeitos da revelação da ascendência genética, em face da insuficiência ou ausência normativa, deverão ser fixados, em cada caso concreto, com a integração da lacuna pelo julgador, tendo como pano de fundo o que Francisco José Ferreira Muniz chamou de “um direito judicial dos princípios constitucionais do direito de família”. (FACHIN, Luiz Edson. **A tríplice paternidade dos filhos imaginários**, v. 2, 1995, p. 184.)

<sup>188</sup> VILLELA, João Baptista. **O modelo constitucional...**, p. 141.

<sup>189</sup> Carlos Alberto Bittar Filho, por exemplo, caracteriza o “pátrio poder” como: irrenunciável, inalienável, imprescritível, incompatível com a tutela. (BITTAR FILHO, Carlos Alberto. **Pátrio poder:**

Exemplificativas da necessidade de se distinguir entre autoridade parental e deveres decorrentes do vínculo genético são as observações de Eduardo de Oliveira LEITE sobre a Lei 8.560/90, que regula a investigação de paternidade dos filhos havidos fora do casamento. “No Direito francês [...] a ocorrência da ação para fins subsidiários permite que o pai, com que a mãe manteve relações sexuais (pai somente biológico), seja compelido a participar da manutenção da criança (alimentos) sem qualquer pretensão ao exercício da autoridade parental.”<sup>190</sup> A referida Lei brasileira é silente quanto à matéria. A tendência da prática forense é admitir que o reconhecimento da paternidade, mesmo que forçado, faz surgir para o genitor a titularidade do “pátrio poder”, por inferência lógica da aplicação do contido no art. 379, do Código Civil, que dispõe: “Os filhos legítimos, os legitimados, os legalmente reconhecidos e os adotivos estão sujeitos ao pátrio poder, enquanto menores”.

Se o dever de sustento e amparo material é inerente ao exercício da autoridade parental,<sup>191</sup> por outro lado, não é de sua essência. O dever de prestação de alimentos é extensivo aos parentes e, também, é recíproco entre pais e filhos.

Esta distinção, ora apontada como necessária, não é de toda nova. Ela já existia subjacente no Código de 1916. O art. 405 do Código Civil, hoje, revogado em face de sua inconstitucionalidade superveniente<sup>192</sup>, previa que, nos casos de casamento nulo, provada a “filiação espúria”, a paternidade seria reconhecida tão somente para o efeito da prestação de alimentos.

Também, nos casos de destituição da autoridade parental, o pai faltoso não fica exonerado do dever de prestar alimentos ao filho. Como, acertadamente, pondera Tânia da Silva PEREIRA, “não há que se beneficiar o pai faltoso com a

---

regime jurídico atual, p. 80, fev. 1992)

<sup>190</sup> LEITE, Eduardo de Oliveira. **Famílias monoparentais** ..., p. 245.

<sup>191</sup> Estabelece inciso IV, do art. 231 do **Código Civil**, que são deveres de ambos os cônjuges o sustento, guarda e educação dos filhos.

<sup>192</sup> Dispõe o § 6º do art. 227 da CF: “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”.

dispensa de seu dever de alimentar”,<sup>193</sup> pois, este dever não decorre do “pátrio poder”, mas sim da necessidade do filho.

De outro lado, a extinção da autoridade parental em razão da maioridade dos filhos não gera, *ipso facto*, a exoneração dos pais do dever de sustentá-los,<sup>194</sup> muito embora, quanto a essa matéria, repetidos equívocos e confusões conceituais têm sido cometidos pelos Tribunais.<sup>195</sup>

Inevitável, portanto, concluir, corroborando argumento sustentado alhures, que o *munus* da autoridade parental distingue-se dos meros deveres de sustento que os pais têm em relação aos filhos. E, ainda que a autoridade parental vise a

---

<sup>193</sup> PEREIRA, Tânia da Silva. **Direito da criança e do adolescente**: a convivência familiar e comunitária como um direito fundamental, 1997, p. 666.

<sup>194</sup> Neste sentido, aresto do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro: “ALIMENTOS – PÁTRIO PODER – OBRIGAÇÃO ALIMENTAR – MAIORIDADE DO ALIMENTANDO – EXONERAÇÃO – Exoneração de Alimentos. Pátrio poder. Maioridade de filho. Improcedência. Não exonera do dever de alimentar o filho a insípida alegação de extinção do pátrio poder em face da maioridade do alimentando. Apelo improvido. (ABF) (TJRJ – AC 644/2000 – (22052000) – 9ª C.Cív. – Rel. Des. Jorge Magalhães. DJ, 4 abr. 2000)”.

<sup>195</sup> A confusão entre as noções de autoridade parental e o dever de prestação de sustento dos pais em relação aos filhos é recorrente na jurisprudência. A título de exemplo, cite-se alguns julgados dos Tribunais de Justiça de São Paulo e do Rio de Janeiro: “INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE – Cumulação com alimentos – Elementos de convencimento constantes dos autos – Conjunto probatório que conduz à certeza moral quanto ao estado de perfilhação – Exame hematológico que não exclui a paternidade – Ademais, o sustento dos filhos menores é dever natural dos pais, decorrente do pátrio poder, só cessando com a maioridade – Recurso não provido nessa parte. (TJSP – AC 125.464-4 – Jaboticabal – 7ª CDPPriv. – Rel. Des. Leite Cintra – J. 15.12.1999 – v.u.)” e “ALIMENTOS – Fixação – Um filho maior de 21 anos e três filhos menores – Prestação fixada em 40% dos rendimentos líquidos do alimentante – Exclusão do filho maior por extinção do pátrio poder – Redução para 30% dos rendimentos líquidos – Recurso parcialmente provido. (TJSP – AC 107.290-4 – SP – 9ª CDPúb. – Rel. Ruitter Oliva – J. 14.09.1999 – v.u.)” “ALIMENTOS – MAIORIDADE DO ALIMENTANDO – EXONERAÇÃO DA OBRIGAÇÃO ALIMENTAR – JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE – CERCEAMENTO DE DEFESA – INOCORRÊNCIA – RECURSO DESPROVIDO – Julgamento antecipado. Provas inócuas. Cerceamento de defesa inócua. Ao direito de ampla defesa contrapõe-se o dever do Juiz de indeferir as provas inócuas e as diligências inúteis ou meramente protelatórias, em prol da celeridade processual. E tal é o caso de produção de prova oral a pretexto de esclarecer questões já demonstradas nos autos. O julgamento antecipado da lide é dever do Juiz quando não há necessidade de produção de provas. Alimentos. Diferença entre obrigação alimentar decorrente do pátrio-poder e a decorrente da relação de parentesco. Extinto o pátrio-poder, cessa de pleno direito a obrigação alimentar dos pais, dele decorrente, em relação aos filhos. Se estes necessitarem de alimentos, poderão pleitear com base na relação de parentesco, provada, todavia, a possibilidade do alimentante e a necessidade do alimentado. Desprovidimento do recurso. (MSL) (TJRJ – AC 1.628/98 – Reg. 100898 – Cód. 98.001.01628 – RJ – 2ª C.Cív. – Rel. Des. Sérgio Cavalieri Filho – J. 21.05.1998)” (Grifamos). O dever de prestar alimentos não decorre do exercício da autoridade parental, mas da necessidade do filho e da possibilidade do pai.

atender o interesse prioritário da criança,<sup>196</sup> insofismavelmente, não se reduz a simples dever.

---

<sup>196</sup> Dispõe o *caput* do art. 4º da Lei 8.069/90: “É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do Poder Público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.”

### III. O ABUSO DA AUTORIDADE PARENTAL – A QUESTÃO PATOLÓGICA

Depois de focar a questão da autoridade parental, a partir das situações de separação entre pais e filhos, importa, agora, voltar a atenção àquelas circunstâncias em que, muito embora não haja uma ruptura aparente, esta autoridade revela-se patológica. A degeneração de seu exercício, como se tentará demonstrar, pode ser tão mais nociva ao desenvolvimento dos filhos que a sua ausência.

Não há o propósito nem é o caso de se fazer uma análise casuística, com a enumeração de notórios exemplos de abuso da autoridade parental. Antes, o presente capítulo está orientado para a construção — o quanto possível sistemática — de uma reflexão sobre as circunstâncias em que o direito (subjeto) se desvirtua. Partindo de algumas considerações sobre a teoria do abuso do direito e tendo como pano de fundo o caso paradigmático da relação de Kafka com o seu pai, intenta-se identificar os limites e possibilidades da tutela jurídica nos casos de abuso de autoridade parental.

#### 1 O ABUSO DE DIREITO

Conquanto a autoridade parental não possa ser reduzida a um mero direito subjetivo dos pais em face dos filhos, nos termos do *conceitualismo lógico-formal*, é certo que o seu exercício, como antes já demonstrado, revela uma dimensão subjetiva. Admitindo-se a autoridade parental como um direito subjetivo<sup>197</sup> — com todas as ressalvas que tal discussão impõe — uma meditação, ainda que elementar,

---

<sup>197</sup> A partir de perspectivas diversas, Duguit e Kelsen negam a existência do direito subjetivo. O primeiro, representante destacado do positivismo sociológico, por entender que a ciência do direito se constrói a partir da “observação dos fatos, pelo que o direito consistiria nas decisões dos tribunais, não em figuras imaginárias como a do direito subjetivo”; o segundo, mentor do positivismo normativista, por considerar que “o conceito de direito subjetivo é metajurídico, carregado de significados jusnaturalistas e ideológicos, o que contraria a pureza da norma jurídica considerada sob o ponto de vista formal”. (AMARAL, Francisco. **Direito civil**: introdução, 2000, p. 187)

sobre o abuso do direito<sup>198</sup> apresenta-se impreterível, considerados os fins do presente trabalho.

A teoria do abuso do direito vem-se consolidando nos últimos tempos,<sup>199</sup> ganhando, inclusive, foros de lei.<sup>200</sup> Adota-se, aqui, como marco teórico, as lições de Antunes VARELA — que retoma as reflexões, entre outros, de Giorgianni, Castanheira Neves e Cunha de Sá — para quem a idéia de abuso de direito está assentada em uma concepção axiológica do direito subjetivo, que deixou “de ser considerado como um *poder formal absoluto* entregue à vontade *onipotente e incontrolável* do respectivo titular e passou a compreender, como *componente essencial*, o elemento *valorativo* capaz de justificar a sua atribuição”.<sup>201</sup>

A dogmática teve grande dificuldade de emoldurar o abuso de direito. Para os doutrinadores aferrados a uma lógica formal, se há abuso não pode haver direito, e, de outro lado, havendo direito este não pode constituir-se um abuso.<sup>202</sup> Tentou-se

---

<sup>198</sup> Sublinha Sessarego que “*para un replanteo de la tradicional temática atinente a la naturaleza del abuso del derecho se debe partir de los datos que nos proporciona la experiencia jurídica, en el sentido de que el derecho no puede concebir ni tratar al ser humano como un ente aislado, solitario y ecerrado en sí mismo, dotado de derechos absolutos. (...) El ser humano, como se ha hecho notar, es un ‘ser-en-el-mundo’, que se halla en relación coexistencial con los demás, por lo que al derecho le concierne establecer no sólo las facultades, prerrogativas y poderes que se le atribuyen, sino también prescribir los correlativos deberes. El ejercicio de un derecho subjetivo debe tener en consideración el interés de los demás.*” (SESSAREGO, Carlos Fernández. **Abuso del derecho**. Buenos Aires: Astrea. 1992. p. 33)

<sup>199</sup> Uma releitura sistemática e aprofundada das teorias sobre o *abuso de direito* pode ser encontrada em dissertação de mestrado ainda não publicada: PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. **O abuso do direito e as relações contratuais**. Curitiba, 2000. Dissertação (Mestrado) — Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná.

<sup>200</sup> O novo Código Civil, que está para ser aprovado, incorporou a noção de *abuso de direito*, porém, equivocadamente, a situou sob o título dos “atos ilícitos.” Dispõe o art 187 do Projeto do Código Civil: “Comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”. O “novo” Código Civil, em descompasso com a doutrina mais autorizada, nega autonomia teórica ao abuso de direito, enquadrando-o, simplesmente, como ato ilícito.

<sup>201</sup> VARELA, Antunes. **O abuso do direito no sistema jurídico brasileiro**, p. 53, jun. 1982. (grifos no original)

<sup>202</sup> Com precisão, observou Rosalice Fidalgo PINHEIRO que “nesta perspectiva, apresenta-se a tese de Planiol, que se fundamenta na contrariedade lógica do abuso de direito. Sua doutrina repousa sobre a insuficiência de sua linguagem, ao taxá-lo de uma ‘logmaquia’, propiciada pela contradição entre ‘abuso’ e ‘direito’. Planiol justifica a incompatibilidade mencionada, pelo argumento de que um ato não pode ser, ao mesmo tempo, conforme e contrário ao direito. Se há exercício deste último, não pode haver qualquer responsabilidade por isso, já que se trata de um ato lícito. No entanto, se o agente ultrapassa o exercício de um direito, verifica-se um excesso, de modo que passa a atuar sem direito.” (*Op. Cit.*, p. 52).

minimizar o impasse, concebendo o abuso de direito como falta de direito, fraude à lei, ou ato ilícito, mas essas soluções não são satisfatórias, porque não ferem o “elemento específico do abuso de direito”.<sup>203</sup>

A linha de investigação que toma o *fundamento axiológico-normativo* do direito subjetivo como critério de análise do abuso de direito é apontada por Antunes Varela como caminho a ser aprofundado pelos pesquisadores das diversas áreas do Direito Civil.<sup>204</sup> Para os autores que sustentam esse enfoque de análise, o abuso de direito consiste “na *contradição* existente entre o respeito das estruturas *formais* do direito subjetivo e a violação *concreta* do *real fundamento axiológico-normativo* em que esse direito repousa. Há, por conseguinte, no *abuso do direito* uma simples *aparência* de direito, uma *ausência* real do direito”.<sup>205</sup> Logo, para Antunes Varela, o que caracterizaria o abuso de direito, fornecendo a possibilidade de um tratamento dogmático autônomo desta matéria, seria precisamente a contradição entre a observância da estrutura formal do direito, descrita na lei, e a violação concreta do fundamento axiológico daquele mesmo direito.

Decorrente, pois, a conclusão de que o direito subjetivo é integrado por um elemento formal ou estrutural e por um elemento funcional ou axiológico. Basta a ofensa ao elemento formal para caracterizar-se uma ilegalidade, por outro lado, ainda que observado o elemento formal do direito subjetivo, havendo afronta ao fundamento axiológico daquele direito, estar-se-ia diante de um abuso de direito.

Esta linha de idéias, certamente, constitui interessante instrumental teórico para ordenar a reflexão sobre o abuso da autoridade parental, pois, em variadas circunstâncias, o exercício deste direito estará circunscrito à nebulosa *zona do abuso de direito*, onde a ilegalidade não se expressa, mas também onde o direito não faz ouvir, eficazmente, sua voz.

A aplicação da teoria do abuso de direito, em seu início, teve incidência sobre

---

<sup>203</sup> VARELA, Antunes. *O abuso do direito...*, p. 52.

<sup>204</sup> *Idem*, p. 58.

<sup>205</sup> *Idem*, p. 54.

os direitos reais, especialmente, os direitos de vizinhança,<sup>206</sup> e nesse prisma estava, indubitavelmente, vinculada à função social da propriedade. Como a funcionalização, rapidamente, se transmutou para a seara dos contratos, converteu-se esta em um interessante campo de teste para a referida teoria. Por fim, ocorreu “a expansão da repressão ao abuso dos direitos subjetivos para a temática das situações extrapatrimoniais, mercê de longo trabalho doutrinário”.<sup>207</sup> Será no âmbito das relações extrapatrimoniais que o estudo do abuso de direito terá relevância para a reflexão a ser desenvolvida neste capítulo.

Como existe, na literatura universal, um caso paradigmático de abuso de autoridade parental — trata-se da conhecida “*Carta a meu pai*” de Kafka — parece oportuno, a esta altura, arejar o Direito com uma interlocução interdisciplinar,<sup>208</sup> para, após, tecer algumas ponderações sobre a aplicação da teoria do abuso do direito ao caso específico do exercício da autoridade parental.

## 2 O PAI DE KAFKA

*Carta ao meu pai*<sup>209</sup> foi escrita em novembro de 1919. Segundo relatam os biógrafos de Kafka, ele não a entregou ao pai, mas pediu a sua mãe que o fizesse. A carta jamais chegou às mãos de seu destinatário. Vendo a mãe que seria um gesto inútil, devolveu-a mais tarde ao filho.<sup>210</sup>

---

<sup>206</sup> É conhecido o caso francês “do proprietário que construiu no seu imóvel uma falsa chaminé com o notório propósito de retirar a luz ao prédio vizinho”. (VARELA, Antunes. **O abuso do direito...**, p. 45).

<sup>207</sup> TEPEDINO, Gustavo. **A disciplina jurídica da filiação**, 1993, p. 240.

<sup>208</sup> Talvez, intuitivamente, se tenha buscado, com este capítulo, superar a falha metodológica apontada por Jean Carbonnier: “*Los juristas, sobre todo los de Derecho civil, se forjan una idea muy estrecha del secreto de las familias, mucho más estrecha que la de los médicos. Habitados a buscar la verdad sólo en los papeles desplegados por los litigantes, les falta la curiosidad inquisitiva, que mediante la utilización de cartas íntimas y de conversaciones privadas renueva las biografías.*” (CARBONNIER, Jean. **Derecho flexible: para una sociología no rigurosa del derecho**, 1974, p. 178.)

<sup>209</sup> KAFKA, Franz. **Carta a meu pai**, [s.d.].

<sup>210</sup> KONDER, Leandro. **Kafka: vida e obra**, 1979, p. 24.

A carta é uma confissão aberta, reveladora de uma relação paterno-filial patológica, marcada pelo abuso da autoridade parental. O tema, em determinada altura, é expressamente enunciado pelo autor: “[...] relações com os filhos, sobre o que, afinal, trata toda essa carta”.<sup>211</sup>

Esse texto permite diversas leituras e certamente desperta interesse especial para as áreas da psicologia e da psicanálise. Aos fins deste estudo interessa na medida em que expõe as sutilezas do abuso de direito, revelando suas trágicas conseqüências.

Pode-se dizer que Franz Kafka reconhece ter seu pai jamais cometido uma infração da lei, no que diz respeito ao exercício de sua autoridade como pai. A carta é um impiedoso libelo acusatório da primeira à última linha.<sup>212</sup> No entanto, em nenhum momento, o autor assaca contra seu pai a acusação do cometimento de uma ilegalidade. Diz, por exemplo: “Não posso me (sic) lembrar de você ter abusado de mim diretamente e em termos abusivos baixos. Nem era isso necessário; você tinha tantos outros métodos [...]”.<sup>213</sup> Em outro trecho afirma: “É verdade que você raramente me batia. Mas os gritos, a maneira como o seu rosto enrubescia, o desabotoar apressado dos suspensórios, deixando-os preparados sobre o encosto da cadeira, tudo isso era ainda pior para mim”.<sup>214</sup>

A despeito de não haver no texto a indicação da prática de ilegalidade no exercício do direito subjetivo inerente à autoridade parental — vale dizer, se

---

<sup>211</sup> *Op. Cit.*, p. 53.

<sup>212</sup> Começa refletindo sobre a razão do medo que o pai lhe infundia e termina reconhecendo que até com aquela própria carta o pai o estava afligindo.

<sup>213</sup> (*Idem*, p. 20). Na seqüência deste parágrafo acresce: “Aqui é também o lugar para mencionar as ameaças sobre as conseqüências da desobediência. Quando eu começava a fazer alguma coisa que você não gostava e você me ameaçava com a perspectiva de fracasso, a minha veneração pela sua opinião era tão grande que o fracasso se tornava inevitável, muito embora talvez acontecesse somente bem mais tarde. Perdi a confiança em minhas próprias ações.” (p. 21)

<sup>214</sup> (*Idem*, p. 25). Da constatação o autor extrai a seguinte ilação: “É como se alguém vai ser enforcado. Se realmente o for, então estará morto e tudo acabado. Mas se tiver que passar por todas as preliminares antes de ser enforcado e só vem a saber da suspensão temporária de sua sentença quando o laço está pendurado diante do seu rosto, pode vir a sofrer disso durante toda a vida. Além do mais, das muitas vezes em que eu, segundo a sua opinião claramente expressa, merecia uma surra que foi suspensa no último momento pela sua benevolência, só acumulei uma tremenda sensação de culpa.” (p. 25-26).

reconhece não ter havido ofensa ao elemento formal ou estrutural do direito, para usar a nomenclatura referida por Antunes Varela — por outro lado, a crua e implacável descrição dos abusos de direito traz à tona uma realidade que não é estranha a significativo número de famílias.

Da lancinante narrativa de Kafka algumas facetas do abuso de direito, no exercício da autoridade parental, podem ser vislumbradas. Não se pretende, aqui, uma enumeração exaustiva, mas apenas certa organização descritiva dessas manifestações de abuso.

No truncado relacionamento de Franz Kafka com seu pai, o que primeiro se evidencia é a dessimetria entre ambos. O agigantamento do pai, física e intelectualmente (inteligência prática),<sup>215</sup> reduzia o filho a um ser insignificante. Algumas passagens da *Carta ao meu pai*, pela peculiar forma de descrever a percepção desse fato, merecem ser transcritas: “Eu teria sido feliz em tê-lo como amigo, como chefe, como tio, avô... Apenas como pai você tem sido forte demais para mim [...]”. Depois de descrever-se como uma pessoa fraca, tímida e hesitante, Kafka projeta a figura do pai tal se lhe apresentava: “Você, por outro lado, um verdadeiro Kafka na força, na saúde, no apetite, na altura da voz, na eloquência, na auto-satisfação, no domínio mundano, na resistência, na presença de espírito, no conhecimento da natureza humana, no modo particular de fazer as coisas em grande escala [...]”.<sup>216</sup>

Essa diferença que o massacrava não é apresentada por Kafka como uma simples contingência, mas como resultante de uma postura, de um modo de agir do pai, que o reduzia a um ser insignificante. Depois de fazer este paralelo, apontando as diferenças físicas entre ambos, abre um eloqüente parágrafo para descrever as características intelectuais do pai:

Você tinha se (sic) elevado tanto na vida por suas próprias energias somente, e como

---

<sup>215</sup> Leandro KONDER assim descreve o pai de Franz Kafka: “Aos olhos do filho, Hermann Kafka — com toda a sua energia e com toda a sua eficiência — é um tipo de homem visceralmente identificado com um mundo abominável de frieza, calculismo, arbitrariedade e competição comercial”. (*Op. cit.*, p. 25-26).

<sup>216</sup> *Idem*, p. 11.

resultado adquiriu uma confiança ilimitada em sua opinião. Isso não foi ainda tão fascinante para mim como criança como mais tarde para o menino que crescia. Da sua poltrona você dirigia o mundo. A sua opinião era correta, todas as outras más e anormais. A sua autoconfiança era na verdade tão grande que você não precisava ser consistente e mesmo assim nunca deixava de ter razão [...] Para mim você havia adquirido a qualidade enigmática que possuem todos os tiranos cujos direitos estão baseados na sua pessoa e não na razão.<sup>217</sup>

As conseqüências da atitude e da postura paterna são expostas na Carta, sem rodeios. Kafka detecta “um resultado muito natural: perdi a capacidade de falar”:

Ouso dizer que não me teria tomado uma pessoa muito eloqüente de nenhuma outra maneira, mas teria, afinal, adquirido a fluência usual da linguagem humana. Mas muito cedo na vida você me proibiu de falar. A sua ameaça: ‘Nem uma palavra de contradição!’ e a mão erguida que a acompanhava têm estado comigo desde então. O que obtive de você (...) foi uma maneira de falar hesitante, gaguejante, e até isso era demais para você, e finalmente fiquei calado, a princípio talvez a título de desafio e depois porque eu não podia nem pensar nem falar na sua presença.<sup>218</sup>

Na complexa relação paterno-filial, o abuso de direito pode revelar-se na omissão do afeto, que constitui um dos fundamentos axiológicos da autoridade parental. O seu exercício será abusivo se ausente o afeto. Na narrativa kafkiana, essa peculiaridade é descrita de forma pungente. Dizia ao seu pai: “Você tem um jeito particularmente bonito e muito raro de sorrir, silencioso, alegre e aprovatoriamente, um jeito de sorrir que pode fazer completamente feliz a pessoa a quem se dirige. Não me lembro de isso ter expressamente acontecido comigo em minha infância”.<sup>219</sup> Os sentimentos de rejeição e de culpa, conseqüências dessa atitude paterna, evidenciam-se fartamente no texto sob análise.<sup>220</sup>

---

<sup>217</sup> Idem, p. 14-15.

<sup>218</sup> Idem, p. 19.

<sup>219</sup> idem, p. 24.

<sup>220</sup> Em determinada altura, diz Kafka, por exemplo: “Eu havia perdido a minha autoconfiança no que lhe dizia respeito, e em seu lugar adquiri uma sensação de culpa sem limites.” (Idem, p. 36). Analisando as razões de nunca haver-se casado, descarta os motivos superficiais, para concluir que o fato deveu-se à “pressão geral da ansiedade, da fraqueza e do auto-desprezo”. (Idem, p. 51). Kafka chega mesmo a concluir: “Os meus escritos eram todos a seu respeito; tudo o que eu fazia, afinal de contas, era chorar o que eu não podia chorar contra o seu peito. Era intencionalmente uma despedida demorada de você, e entretanto, embora forçada por você, ela seguiu o seu curso na direção determinada por mim”. (Idem, p. 41).

Este rápido olhar sobre a “*Carta a meu pai*” desvela intrincados laços da relação paterno-filial, pondo à mostra os trágicos resultados do abuso de direito, no exercício da autoridade parental.<sup>221</sup> Uma questão, todavia, permanece em aberto e diz respeito à possibilidade do Direito capturar a realidade dessa relação notadamente patológica, que não deixa de ser uma relação jurídica. Para dizer o mesmo, utilizando-se das categorias dogmáticas: resta pendente a reflexão sobre os efeitos jurídicos do abuso de direito, no exercício da autoridade parental.

### 3 ONDE O DIREITO NÃO ALCANÇA

Não é possível definir com precisão a margem de discricionariedade outorgada aos pais, no exercício da autoridade parental, mesmo porque se houvesse tal definição não se trataria mais de discricionariedade. E é nessa órbita que o abuso de direito encontra terreno propício para sua manifestação, especialmente, por ser o tipo de relação jurídica em que a sujeição de uma das partes em relação à outra é notória.

Segundo concepção privatista em que se fundava o Código Civil de 1916, se os pais não praticassem nenhum ato caracterizador de ilícito, que autorizasse a suspensão ou a destituição do “pátrio poder”, não poderia o Estado imiscuir-se naquela relação, que era essencialmente doméstica e portanto privada. Estavam sob controle estatal tão-somente os atos ilícitos atentatórios à dignidade e à personalidade do filho, pois, o que hoje se considera abuso de direito chegava a confundir-se com a margem de discricionariedade que tinham os pais, no exercício da autoridade parental.

---

<sup>221</sup> Conveniente é ressaltar que a personalidade do filho não resulta pura e simplesmente do tratamento recebido dos pais. Kafka fez questão de frisar esse aspecto, ao ressaltar, ainda que de forma contraditória: “Não vou dizer, é claro, que me tornei o que sou somente como resultado da sua influência. (...) É bem possível que mesmo se eu tivesse sido criado inteiramente livre da sua influência ainda não poderia me tornar uma pessoa que lhe fosse cara. Provavelmente ainda me teria tomado uma pessoa fraca, tímida, hesitante... mas mesmo assim bem diferente do que realmente sou e poderíamos ter relações excelentes um com o outro.” (Idem, p. 10-11).

Na elaboração do Estatuto, o legislador cuidou de atentar para a proteção da criança e do adolescente, também, nas circunstâncias em que não se verifica cometimento de ato ilícito, mas, nas quais fica caracterizado o abuso de direito por parte dos pais ou responsáveis.

O ECA estabeleceu medidas de proteção à criança e ao adolescente sempre que forem ameaçados ou violados os seus direitos. Previu o Estatuto (inciso II, do art. 98) a adoção das referidas medidas, em casos de ilícitos comissivos ou omissivos praticados pelos pais ou responsáveis, e incluiu, igualmente, o *abuso de direito* como fato autorizador para sua aplicação.<sup>222</sup> Como bem percebeu Gustavo TEPEDINO, a utilização das expressões *falta*, *omissão* e *abuso* sugere a tipificação de três situações distintas. A *falta* é indicativa de ato comissivo, praticado pelos pais ou responsáveis, trata-se, portanto, de comportamento positivo e danoso ao desenvolvimento da personalidade do filho. Já a *omissão* refere-se ao comportamento negligente, isto é, negativo em relação ao dever legal de agir, é a ausência danosa do comportamento exigido pela lei, com vistas ao desenvolvimento satisfatório do filho. “A terceira razão justificativa da intervenção estatal, a ocorrência de ‘abuso’ do pai (sic) ou responsável (...), refere-se à hipótese de abuso de direito”.<sup>223</sup>

Pertinentes e acertadas são as considerações de Gustavo Tepedino, pois, interpretar a expressão *abuso*, em seu sentido coloquial, implicaria confusão com a *falta*, que se refere a qualquer ato ilícito comissivo praticado pelos pais. O abuso de direito — para reafirmar a linha de entendimento, anteriormente assumida neste trabalho — diz respeito à contrariedade existente entre observância formal da estrutura do direito subjetivo e a afronta concreta ao fundamento axiológico-normativo em que este mesmo direito se assenta.

Essa hermenêutica do inciso II do art. 98 do ECA abre, ao menos teoricamente, um amplo leque de possibilidades de intervenção estatal, com vistas

---

<sup>222</sup> ECA, art. 98: “As medidas de proteção à criança e ao adolescente são aplicáveis sempre que os direitos reconhecidos nesta Lei forem ameaçados ou violados: (...) II – por falta, omissão ou abuso dos pais ou responsáveis”.

<sup>223</sup> TEPEDINO, Gustavo. *A disciplina jurídica da filiação*, 1993, p. 239.

ao saneamento de relações paterno-filiais que se tornem patológicas, em virtude de abuso de direito, no exercício da autoridade parental. Por certo, nesses casos, o princípio do *melhor interesse da criança* constitui-se vetor convergente. Não poderiam os pais ou responsáveis escudar-se no formal cumprimento ou não-afronta à lei, para impossibilitar tutela do direito da criança e do adolescente, que se encontram, quase sempre, em situação de inegável vulnerabilidade.

Importa registrar que as medidas de proteção, especificadas no ECA, não têm natureza punitiva, mas, sim, sanatória. Além do que a fixação de tais medidas deve levar em conta as necessidades pedagógicas, dando preferência àquelas que melhor concorram para o fortalecimento dos vínculos familiares e comunitários.<sup>224</sup> Vê-se que as conseqüências do reconhecimento do abuso do direito no exercício da autoridade parental extrapolam o campo da mera responsabilidade civil, para alcançar outras dimensões mais sensíveis da vida, que não se convalescem ou se compensam com reparações de ordem patrimonial. Neste sentido, as pertinentes considerações de Sílvio RODRIGUES: “A teoria do abuso do direito extravasou dos lindes da responsabilidade civil e se espalhou por outros campos do direito. De modo que o ato abusivo pode gerar não apenas o dever de reparar, como também outras conseqüências, tais como a reposição das partes ao estado anterior e recusa de proteção legal ao autor do ato abusivo”.<sup>225</sup>

O Estatuto não enumera, exaustivamente, as medidas que podem ser adotadas, se verificado o abuso de direito por parte dos pais, mas, dentre outras, merecem destaque: “orientação, apoio e acompanhamento temporários”, “inclusão em programa comunitário ou oficial de auxílio à família, à criança e ao adolescente”, “requisição de tratamento médico, psicológico ou psiquiátrico, em regime hospitalar ou ambulatorial”, “inclusão em programa oficial ou comunitário de auxílio, orientação e tratamento a alcoólatras e toxicômanos”, “colocação em família substituta”.<sup>226</sup> Medidas semelhantes podem ser aplicadas aos pais, conforme dispõe o art. 129 do

---

<sup>224</sup> ECA, art. 100.

<sup>225</sup> RODRIGUES, Sílvio. *Direito civil aplicado*, v. 1, 1982, p. 259.

<sup>226</sup> ECA, Art. 101, incisos II, IV, V, VI e VIII, respectivamente.

ECA.<sup>227</sup>

Há casos de abuso de direito facilmente identificáveis, como, por exemplo, ocorre na proibição de visita dos avós. É inegável que os pais têm a prerrogativa de dirigir a criação dos filhos, de tê-los em sua companhia e de reclamá-los de quem quer que injustamente os detenha (art. 384 do Código Civil). No exercício deste direito, entretanto, não poderão os pais proibir que seus filhos sejam visitados pelos avós. Sílvio RODRIGUES, em um de seus pareceres, sublinha que o direito de visitar o neto conferido aos avós “deflui não só da solidariedade familiar e da presumida afeição que os avós têm por seus netos, como também e principalmente da idéia de que o pátrio poder é um direito suscetível de *abuso*. Assim, por exemplo, se o titular do pátrio poder, no exercício das prerrogativas dele derivadas, por mero espírito de emulação, impede que os avós visitem o neto, exerce seu direito de maneira abusiva”.<sup>228</sup>

Note-se que para a caracterização do abuso, em circunstâncias tais, necessária se faz a verificação de um elemento subjetivo: a emulação, isto é, a intenção de exercitar o direito, simplesmente, por rivalidade, com o fim de satisfazer sentimentos inferiores e infligir vexame a outra pessoa. Se, por outro lado, o titular da autoridade parental tiver legítimas razões para limitar as visitas dos avós, ou até para suprimi-las, o ato proibitivo desmerecerá qualquer censura.

---

<sup>227</sup> “Art. 129. São medidas aplicáveis aos pais ou responsável: I - encaminhamento a programa oficial ou comunitário de promoção à família; II - inclusão em programa oficial ou comunitário de auxílio, orientação e tratamento a alcoólatras e toxicômanos; III - encaminhamento a tratamento psicológico ou psiquiátrico; IV - encaminhamento a cursos ou programas de orientação; V - obrigação de matricular o filho ou pupilo e acompanhar sua freqüência e aproveitamento escolar; VI - obrigação de encaminhar a criança ou adolescente a tratamento especializado; VII - advertência; VIII - perda da guarda; IX - destituição da tutela; X - suspensão ou destituição do pátrio poder.

Parágrafo único. Na aplicação das medidas previstas nos incisos IX e X deste artigo, observar-se-á o disposto nos arts. 23 e 24.”

Registrou Tânia da Silva Pereira que “preocupado em que os pais e responsáveis atendam às necessidades básicas das crianças, o legislador estatutário fixou no art. 129 medidas pertinentes aos pais e responsáveis, aplicáveis pela autoridade judiciária e pelos Conselhos Tutelares nos vários âmbitos da relação familiar.” (PEREIRA, Tânia da Silva. *Direito da criança e do adolescente: a convivência familiar*, 1997, p. 664). De fato, o abuso de direito, praticado pelos pais, pode dar ensejo à adoção das medidas inclusas nos incisos I a VII, do art. 129 do ECA, pelos próprios Conselhos Tutelares, independentemente de intervenção judicial, conforme autoriza o art. 136, inciso II, do mesmo Estatuto.

<sup>228</sup> RODRIGUES, Sílvio. *Direito civil aplicado* ..., p. 258.

Outra hipótese de abuso de direito, por parte dos pais em relação aos filhos, que, também, não apresenta maiores dificuldades para detecção, diz respeito à proibição de procedimentos médicos. Por motivos de ordem religiosa, alguns pais negam autorização para que seus filhos recebam transfusão de sangue ou transplante de órgãos. Nesses casos, não está presente propriamente a emulação, mas dá-se um conflito de direitos subjetivos.

Ainda que assista aos titulares da autoridade parental o direito de *liberdade religiosa* e de *pensamento*, haverá de prevalecer, sobretudo, a proteção à *dignidade da pessoa humana* e ao *melhor interesse da criança*, pois, na precisa assertiva de Eroulths CORTIANO JUNIOR, “o centro nuclear do direito civil é a pessoa humana (...). O próprio direito encontra sua razão de existir na noção de pessoa humana, que é anterior à ordem jurídica. Esta, construindo a noção de personalidade, o faz com base num dado pré-normativo, que é, ao mesmo tempo, ontológico (a pessoa é) e axiológico (a pessoa vale)”<sup>229</sup>.

Insistindo os pais na negativa da autorização, caracterizado ficará o abuso de direito, em razão da evidente contrariedade entre a estrutura formal do direito subjetivo a eles atribuído e o fundamento axiológico deste mesmo direito, enunciado especialmente nos arts. 3º e 4º do ECA.

Há, todavia, um campo das relações paterno-filiais em que o abuso de direito dos pais em relação aos filhos apresenta maior dificuldade de apuração. Note-se que nos dois exemplos acima mencionados houve o comparecimento e a intervenção de terceiros: os avós e o médico, respectivamente. Em grande parte das vezes, pela sutileza do abuso de direito e, principalmente, por estarem desprovidos da presença e do amparo de um terceiro, sofrerão os filhos, em silêncio, as conseqüências de tal ato. Apesar de se reconhecer *munus publicum* às prerrogativas e deveres atribuídos aos pais, o caráter de intimidade desta relação não pode ser negado. Mesmo com a significativa publicização do Direito de Família, a ambiência da intimidade doméstica apresenta certas resistências às intervenções

---

<sup>229</sup> CORTIANO JUNIOR, Eroulths. **Alguns apontamentos sobre os chamados direitos de personalidade**, 1998, p. 41.

exógenas.

Paradigmático é o caso de Franz Kafka. O abuso da autoridade parental lhe foi tão traumático que, ainda depois de adulto, permaneceu em eloqüente silêncio, revelado em uma carta, cujo único destinatário era o próprio remetente. Há lugares, efetivamente, que o direito não alcança. O autoritarismo, a indiferença, o desprezo, a rispidez, sem que constituam ato ilícito, podem tornar-se componentes de uma relação patológica de resultados imprevisíveis. Mesmo com esta consciência, os princípios da *dignidade humana* e do *melhor interesse da criança* nortearam o legislador para criar, no ECA, mecanismos com vistas a coibir, até onde for possível, o abuso de direito praticado no exercício da autoridade parental.

#### IV. O CONTROLE DA AUTORIDADE PARENTAL – A QUESTÃO ESTATAL E SOCIAL

Tendo sido a matéria examinada a partir de peculiares situações, nas quais se verifica o rompimento dos laços de autoridade parental, conveniente, agora, enfocar o tema por outro viés. Partindo de ponderações sobre a indefinida fronteira entre o público e o privado, quando se trata de relações familiares, encaminha-se a perquirição pela complexa senda da relação entre família e Estado e sociedade. O mesmo tema. Um olhar pelo reverso.

Passam em revista questões como: (i) as atinentes à intercorrência de autoridades, visto que as políticas públicas de atendimento dos direitos da criança e do adolescente, de alguma maneira, concorrem com a autoridade parental; (ii) as que dizem respeito à adoção de medidas de proteção que podem implicar direta ingerência no exercício da autoridade parental; (iii) as relativas à colocação da criança em família substituta, considerando, especialmente, a adoção; e, por fim, (iv) as que implicam a suspensão ou até a destituição da autoridade parental.

Qualquer reflexão sobre a autoridade parental que não tome em conta a publicização das relações entre pais e filhos, mormente a partir da Constituição Federal (1988) e do Estatuto da Criança e do Adolescente (1990), pecará, no sentido de ancorar-se em conceitos da dogmática clássica, que não mais se sustentam em face das paradigmáticas mudanças que se operaram. Em metáfora, pode-se dizer que o senil “pátrio poder” foi sepultado com a promulgação da Constituição Federal de 1988, para que ressuscitasse dela e do Estatuto da Criança e do Adolescente outra concepção jurídica da relação com os filhos e do *munus* que aos pais é atribuído para sua criação e educação, a autoridade parental.

##### 1 ENTRE O PÚBLICO E O PRIVADO

Das notícias históricas trazidas na primeira parte desta dissertação resultou

sublinhada inferência, no sentido de que quanto mais ausente o Estado, tanto mais se avulta a arbitrariedade no exercício da autoridade parental. As reminiscências da idéia da família, como um pequeno estado, que precede ao próprio Estado, dotada de soberania própria, personificada no *pater famílias*, alimentaram o modelo que se perpetuou, em sua essência, quase intacto, durante séculos.<sup>230</sup> Contudo, a instituição da família enquanto espaço tipicamente privado é resultado do ideário burguês.

Fazendo reflexão histórica e crítica da opinião pública, HABERMAS dá notícia de que a nobreza urbana da capital francesa, que se constituía protótipo para o resto da Europa, em meados do século XVIII, não tinha a experiência da *intimidade da vida familiar burguesa*. Os privilégios da ordem genealógica, da sucessão hereditária garantiam-se pelo nome de família, sendo dispensável até o domicílio comum do casal. Os familiares “se encontravam mais vezes na esfera extrafamiliar dos salões do que no âmbito da própria família. (...) as relações flutuantes (embora estritamente convencionalizadas) da ‘vida social’ só raramente permitem uma esfera privada no sentido burguês do termo”.<sup>231</sup>

Com o gradual predomínio do modelo burguês, dá-se um processo de privatização da casa. Esse processo tornou-se visível até pelas mudanças arquitetônicas que se operaram. Os grandes salões cederam lugar a espaços

---

<sup>230</sup> Pertinentes, neste sentido, as observações de Adorno e Horkheimer: “No coração de um ordenamento global determinado pela troca e, por conseguinte, pela racionalidade individual das pessoas singulares em seu trabalho, a família continua a ser uma instituição essencialmente feudal, fundada no princípio do ‘sangue’ e do parentesco natural; ela perpetua, assim, um elemento irracional no interior da sociedade industrial, orientada ao contrário para ordenações racionalistas, para o domínio exclusivo do princípio da calculabilidade de todas as relações, e que não tolera outro parâmetro de controle que não o da demanda e da oferta. Diante disso, a família burguesa conserva-se sempre, em certo sentido, como algo anacrônico: mas, precisamente por isso, pôde operar como instância do processo de adaptação a essa sociedade, já que só a autoridade irracional que tomava corpo na família foi capaz, no curso do tempo, de levar os homens a realizar os esforços indispensáveis para reproduzir, nas condições de assalariados separados da propriedade dos meios de produção, a sua força de trabalho e, com isso, a sua vida. Só a família podia fazer com que surgisse nos indivíduos a identificação com a autoridade, idealizada como ética do trabalho, que sucedeu funcionalmente o poder imediato sobre os servos na anterior era feudal.” (ADORNO, Theodore. W.; HORKHEIMER. *Sociologia da família*, 1982, p. 215)

<sup>231</sup> HABERMAS, Jürgen. *A família burguesa e a institucionalização de uma esfera privada referida à esfera pública*, 1982, p. 226.

maiores para os cômodos íntimos.<sup>232</sup> Restou apenas a sala de visitas, como uma reminiscência, sem maior importância, do grande espaço público das casas da aristocracia.

Essa intimidade da vida familiar, fruto do *modus vivendi* burguês, não se verifica nem mesmo nas grandes famílias que viveram, notadamente, no campo. Ainda que em torno desses *quase clãs* agrários gravitasse toda a vida social, nessas famílias, pré-burguesas — que certamente sobreviveram aos séculos XVIII e XIX — não é possível verificar a exata distinção entre “público” e “privado”,<sup>233</sup> que na família moderna é tão saliente.

A interiorização dos indivíduos no seio familiar é justificada por Adorno e Horkheimer como um fenômeno da modernidade. A família passou a cumprir a específica função de adestramento para a adequação social. A relação com o pai, temido e amado ao mesmo tempo, projeta-se para uma esfera mais ampla, possibilitando a harmonização da relação capital-trabalho.<sup>234</sup>

A privatização da casa foi, em âmbito jurídico, referendada pela noção de inviolabilidade do domicílio familiar. As constituições modernas, invariavelmente, a ela se referem. A norma é reveladora de um sentir referente à necessidade de tutela da privacidade e está vinculada, certamente, aos direitos fundamentais do ser humano, guardando relação com os direitos de personalidade. A casa é como que extensão da própria pessoa. A idéia de sagrado inviolável<sup>235</sup> está de tal maneira

<sup>232</sup> HABERMAS, Jürgen. *A família burguesa* ..., p. 228.

<sup>233</sup> *Idem*, p. 227.

<sup>234</sup> “Para não desesperar no duro universo do trabalho assalariado e da sua disciplina e chegar a cumprir nele o próprio papel, não bastava mais a mera obediência ao *pater familias*: era preciso também querer a obediência. ‘Temer e amar’, ordena simultaneamente Lutero. (...) A criança — que forjava a partir da força paterna suas próprias instâncias morais e, portanto, sua própria consciência — para aprender finalmente a respeitar e amar o que se oferecia ao seu intelecto como efetivamente existente, aprendia também a relação burguesa com a autoridade, e não apenas no referente à esfera parcial da família. A família se tornara uma entidade em cujo seio a sociedade agia: lugar de adestramento para a adequação social. Na família, era racionalizado o elemento irracional da força, cujo poder não podia dispensar a razão”. (*Op. Cit.*, p. 216-217).

<sup>235</sup> A idéia de sagrado inviolável foi incorporada à Constituição uruguaia, que em seu art. 11 dispõe: “*El hogar es un sagrado inviolable. De noche nadie podrá entrar en él sin consentimiento de su jefe, y de día, sólo de orden expresa de Juez competente por escrito y en los casos determinados por la ley.*”

impregnada na mentalidade moderna ocidental,<sup>236</sup> que é tida como um dado natural, embora culturalmente construída, como claramente se vê.

Para atender ao modelo liberal-burguês, a família foi concebida como instituição, sendo a ela atribuído um superior interesse, para além das aspirações particulares de seus membros. Ao cumprir sua finalidade, a família, enquanto corpo social privado, gozaria de certa “imunidade” de que fala Pietro PERLINGIERI: “‘Imunidade’ significa uma tendencial subtração das vicissitudes internas da família do controle do Estado: o poder normativo do ordenamento jurídico, a sua força de afirmação dos valores sobre os quais se funda, paralisar-se-ia diante da família, vista como comunidade autônoma, em um certo modo portadora de sua própria subjetividade[...]”<sup>237</sup>

O encerramento na intimidade, demarcada pelas paredes da casa, guarda ambigüidades sem limites. Ao mesmo tempo que a família moderna, genericamente, chamada burguesa, fechou as portas da residência, consagrando-a como espaço distinto do público, viu-se impotente para resolver os conflitos internos, e com freqüência seus membros buscaram socorro na esfera pública. Logo, o controle da família não provém tão-somente de um interesse externo, antes, constitui anseio que brota, também, de seu interior. A respeito, bem ponderou Michelle PERROT: “[...] é freqüente que a família seja cúmplice [da intervenção] e, presa de suas próprias dúvidas ou confrontada com suas dificuldades e conflitos internos, solicite a polícia. De tal forma que o controle social não consiste apenas no peso de um olhar exterior e na eficácia intensificada do panoptismo, mas é também um jogo infinitamente mais complexo de desejos e queixas.”<sup>238</sup>

Paradoxalmente,<sup>239</sup> a superação da concepção da família como instituição por

---

<sup>236</sup> A par da garantia contra a violação do domicílio, a intimidade foi elevada ao patamar de direito da personalidade. Neste sentido posiciona-se Elimar Szaniawski: “O direito à intimidade, conforme já afirmamos, objetiva resguardar a vida íntima e privada das pessoas, independentemente da invasão do domicílio”. (SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos de personalidade e sua tutela**, 1993, p. 129)

<sup>237</sup> PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**, 1997, p. 248.

<sup>238</sup> PERROT, Michelle (Org.). **História da vida privada**, v. 4, 1991, p. 116.

<sup>239</sup> O paradoxo reside no fato de que os doutrinadores que sustentavam não pertencer o

uma visão funcionalizada<sup>240</sup> da mesma é que vai possibilitar ao Estado uma maior ingerência nos núcleos familiares, especialmente para a proteção dos membros mais vulneráveis, como é o caso da criança. Em variadas circunstâncias, rompe-se o sagrado inviolável, e o privado se desvela como público.

Em torno da indefinida e imperceptível linha de fronteira entre o público e o privado,<sup>241</sup> gravitam as questões atinentes à intervenção estatal no exercício da autoridade parental. Ainda que nas demais partes do texto esta temática tenha sido sempre recorrente, entendeu-se por bem tratar, de forma sistemática, em capítulo apartado, os mecanismos de intervenção estatal na esfera familiar.

## 2 POLÍTICAS PÚBLICAS DE PROTEÇÃO À CRIANÇA – INTERCORRÊNCIA DE AUTORIDADES

O protagonismo assumido pela criança e pelo adolescente, no cenário jurídico brasileiro, no último quadrante do século XX, é fato insofismável. Especialmente, durante o processo constituinte, amplos setores da sociedade civil organizada<sup>242</sup>

---

Direito de Família ao Direito Privado, mas que constituía ramo autônomo, muito mais próximo do Direito Público, o faziam com fundamento na concepção de família enquanto organismo assemelhado ao Estado, norteados por objetivos que transcendiam aos interesses particulares dos seus integrantes. Sobre a crítica a essa concepção "supra-individualista" de família ver: (OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de; MUNIZ, Francisco José Ferreira. **Direito de família: direito matrimonial**, 1990, p. 15 e ss. )

<sup>240</sup> A funcionalização da noção de família foi pioneiramente sustentada, no Brasil, por José Lamartine Corrêa de Oliveira e Francisco José Ferreira Muniz: "A família transforma-se no sentido de que se acentuam as relações de sentimentos entre os membros do grupo, valorizam-se as funções afetivas da família, que se torna refúgio privilegiado das pessoas contra a agitação da vida nas grandes cidades e das pressões econômicas e sociais. (...) Assim, a concepção eudemonista da família progride à medida que ela regride ao seu aspecto instrumental. E, precisamente por isso, a família e o casamento passam a existir para o desenvolvimento da pessoa — para a realização dos seus interesses afetivos e existenciais." (*Op. Cit.*, p. 11).

<sup>241</sup> Embora entenda, por diversas razões, que o Direito de Família pertence ao âmbito do Direito Privado, quando se opta pela hipótese da distinção entre Direito Público e Direito Privado, Luiz Edson Fachin pondera que "[na especialização racionalista] diante das peculiaridades chegaria a sustentar-se como ramo quase autônomo, nem público nem privado. Mais que isso, no mesmo horizonte, haveria o Direito Público de Família e o Direito Privado de Família, semicircunferências, partes de um todo, distintas mas congruentes, separadas porém interagindo." (FACHIN, Luiz Edson. **Elementos críticos de direito de família**, 1999, p. 248.)

<sup>242</sup> Das discussões e do processo constituinte participaram ativamente a Conferência

mobilizaram-se em defesa de um novo tratamento jurídico-legal a ser dispensado à criança e ao adolescente.

Muito embora o Brasil fosse signatário da Declaração Universal dos Direitos da Criança de 1959, em nenhuma de suas Constituições anteriores houve a preocupação com o estabelecimento de princípios relativos a esses direitos. Certamente, existia regramento relativo aos direitos das crianças e adolescentes, mas estava adstrito ao Direito de Família ou atinha-se à questão do “menor em situação irregular”.<sup>243</sup> Com a Carta Magna de 1988, na expressão de Tânia da Silva Pereira, *novos paradigmas* de proteção à criança e ao adolescente são estabelecidos. Emergem como “sujeitos de direito, pessoas em fase peculiar de desenvolvimento, destinatários de prioridade absoluta.”<sup>244</sup>

A partir do novo ordenamento constitucional, a criança e o adolescente comparecem como sujeitos de direito de *per se*. O princípio da *proteção integral da criança e do adolescente*<sup>245</sup> tem conseqüência de primeira ordem: a tutela que o Poder Público está obrigado a prestar-lhes independe de estarem as crianças sob o abrigo da família ou expostas à dureza e crueldade das ruas. À pessoa, em peculiar

---

Nacional dos Bispos do Brasil (CNBB), a Sociedade Brasileira de Pediatria (SBP), a Federação Nacional das Sociedades Pestalozzi (FENASP), o Movimento Nacional de Meninos e Meninas de Rua, a Frente Nacional de Defesa dos Direitos da Criança (FNDDC), o Serviço Nacional Justiça e Não-Violência. Em conjunto, após amplo debate, estas organizações, em junho de 1987, apresentaram à Assembléia Nacional Constituinte a Emenda Popular “CRIANÇA, PRIORIDADE NACIONAL”. Desta emenda, acolhida em sua essência pelo constituinte, constava a previsão de um futuro Código Nacional da Criança e do Adolescente, em substituição ao Código de Menores, o que veio a consolidar-se em 1990, com a promulgação do ECA. (CHAVES, Antônio. **Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente**, 1997, p. 43)

<sup>243</sup> O primeiro Código de Menores, de 1927, conhecido como Código Mello Mattos, autor do projeto, estabelecia como objeto daquela lei o atendimento ao “menor abandonado” e ao “menor delinqüente”. O mesmo se diga com respeito ao Código de Menores de 1979, visto que se assenta na denominada doutrina de proteção ao menor em situação irregular. Na dicção de Tânia da Silva Pereira: “a lei de menores era instrumento de controle social da infância e do adolescente, vítimas da omissão da Família, da Sociedade e do Estado em seus direitos básicos.” (PEREIRA, Tânia da Silva. **Infância e adolescência: uma visão histórica de sua proteção social e jurídica no Brasil**, 1993, p. 309-312)

<sup>244</sup> PEREIRA, Tânia da Silva. **Infância e adolescência** ..., p. 312.

<sup>245</sup> “A Doutrina Jurídica da Proteção Integral passou a vigorar em nosso país a partir da Constituição Federal de 1988, mas teve as suas bases no movimento de mobilização do início da década de 80, que fora marcado por um intenso debate sobre os diversos aspectos da proteção da infanto-adolescência. De acordo com esta Doutrina, a população infanto-juvenil, em qualquer situação, deve ser protegida e seus direitos garantidos, além de terem reconhecidas prerrogativas idênticas às dos adultos.” (PEREIRA, Tânia da Silva. **O “melhor interesse da criança”**, 1999, p. 14)

fase de desenvolvimento, é direcionada a proteção integral.

Esse novo *lugar jurídico*, ocupado pelas pessoas em fase de desenvolvimento, implicou desdobramentos que foram regulamentados pelo Estatuto da Criança e do Adolescente. A partir da diretiva constitucional — que dividiu entre a família, a sociedade e o Estado o dever de assegurar às crianças e aos adolescentes, com absoluta prioridade, os seus direitos fundamentais, e de protegê-los contra a negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão — foram estabelecidas, no próprio Estatuto, as diretrizes para uma política pública de atendimento dos direitos da criança e do adolescente.

Com a entrada em vigência do ECA, ocorreu uma inegável publicização<sup>246</sup> das relações familiares, especialmente, da relação entre pais e filhos. Neste sentido, observou Luiz Edson FACHIN: “Num certo paradoxo, se a família ‘perdeu suas funções públicas e passou a ter apenas funções privadas’, deixando de ser uma instituição para chegar à informalidade, a etapa estatutária da proteção dos interesses dos menores (crianças e adolescentes) é uma prova da publicização desse múnus em diversas hipóteses, com fundamento na Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990”.<sup>247</sup>

A reflexão que ora se impõe, em face do objeto da presente dissertação, direciona-se no sentido de perceber em que medida as diretrizes para as políticas públicas de atendimento dos direitos das crianças e adolescentes e sua aplicação afetam a autoridade parental, que antes do Estatuto era exercida singularmente pelos pais. Trabalha-se, aqui, com a sugestão ou idéia-hipótese de que, a partir da vigência do ECA, há uma intercorrência de autoridades, em razão do estabelecimento das já referidas políticas públicas.

---

<sup>246</sup> Necessária se faz a ressalva de que publicização não se confunde com institucionalização. Constitui-se orientação explícita e, também, subjacente a todo ordenamento estatutário que a criança e o adolescente têm direito à convivência familiar e somente em casos excepcionais e transitórios é que será encaminhada a abrigos. A valorização da família, enquanto “comunidade de afeto e entre-ajuda”, indispensável ao desenvolvimento saudável da criança e do adolescente, é a cada passo sublinhada no texto do Estatuto (*vide* a relevante norma contida no art. 23 do ECA).

<sup>247</sup> FACHIN, Luiz Edson. *Elementos críticos de direito de família*, 1999, p. 248.

Havendo políticas públicas, não apenas para atendimento das crianças e adolescentes abandonados ou “menores delinqüentes” — na repudiada expressão pré-estatutária — mas, sim, direcionadas a todas as crianças, necessariamente, a autoridade parental, antes exercida no privado espaço doméstico, recebe o influxo de fatores externos.

Indicado o percurso, cabem, de imediato, rápidas considerações sobre a política de atendimento aos direitos da criança e do adolescente, que foi definida como “um conjunto articulado de ações governamentais e não-governamentais, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios”.<sup>248</sup> Insere-se, portanto, a referida política na linha de orientação que perpassa toda a Constituição de 1988, a *democracia participativa*.

As balizas fincadas pela Constituição indicam a superação do isolamento da sociedade civil, pois a democratização pressupõe sua participação direta nas decisões políticas. A gestão democrática e participativa foi o caminho sinalizado. Para a resolução das questões sociais, não se fia nem na burocracia do Estado, nem tão pouco nas leis do mercado, como apregoa a cartilha neoliberal.<sup>249</sup> Nesta esteira é que a Constituição Federal, e, em seguida, o ECA estabeleceram mecanismos de participação da sociedade civil na gestão da “res-pública”, para atendimento e defesa dos interesses e direitos das crianças e adolescentes.

A formação de conselhos<sup>250</sup> tem-se revelado o mecanismo de participação

---

<sup>248</sup> ECA, Art. 86: “A política de atendimento dos direitos da criança e do adolescente far-se-á através de um conjunto articulado de ações governamentais e não-governamentais, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.”

<sup>249</sup> Hebert de Souza, em artigo publicado no Jornal do Brasil e citado por Tânia da Silva Pereira, dizia com a clareza e a força que lhe eram próprias: “Trocar a fé estatal pela fé no mercado é parte da mesma e perigosa insanidade” e concluía, quanto ao modelo político, propondo “a busca de formas novas, criativas e responsáveis de gestão democrática como uma solução viável. A democracia é a saída para frente. O resto é desvio de rota que não leva a nada, a não ser ao pior.” (Apud PEREIRA, Tânia da Silva. *Direito da criança e do adolescente: uma proposta interdisciplinar*, 1996, p. 583)

<sup>250</sup> A respeito assentou Tânia da Silva Pereira: “Buscando uma real aprendizagem de participação, os Conselhos de Direito devem refletir uma nova imagem do poder público, desta vez incluindo a sociedade civil como parte integrante de uma responsabilidade coletiva pelo bem comum. Se conquistamos o *status* de sociedade politicamente organizada, falta-nos, ainda, a capacidade de nos mobilizarmos. Vivemos, ainda, uma cidadania fictícia. Sem excluir o Estado de seus deveres constitucionais, a efetiva atuação dos Conselhos de Direito significa uma nova concepção ético-social

popular mais relevante. Constitui diretriz fixada pelo ECA a criação de conselhos municipais, estaduais e nacional dos direitos da criança e do adolescente.<sup>251</sup>

Os conselhos dos direitos das crianças e adolescentes, nas três esferas do Poder Público, são órgãos de natureza deliberativa e controladores das ações do Estado, e, na sua composição, é assegurada a participação popular paritária, por meio de organizações representativas. Leis municipais, estaduais e federal,<sup>252</sup> por força de norma estatutária, devem instituir os respectivos conselhos.

O fato de a criança e o adolescente constituírem o foco de atenção de uma política pública de atendimento de seus direitos, por si só, implica certa intercorrência de autoridades. A criação e a educação das crianças, mesmo sendo um *munus* privilegiado dos pais, passam a integrar uma área de concentração das políticas públicas. A demonstrar esse campo de interseção estão as linhas de ação da referida política. A título de exemplo podem ser mencionadas: “proteção jurídico-social por entidades de defesa dos direitos da criança e do adolescente”, “serviços especiais de prevenção e atendimento médico e psicossocial às vítimas de negligência, maus-tratos, exploração, abuso, crueldade e opressão”.

Não menos importante, para a análise em foco, é a diretriz constitucional<sup>253</sup> que determina a municipalização e a descentralização da política de proteção dos direitos da criança. O governo local é aquele que guarda maior proximidade com os cidadãos. É no município que a participação popular, nas tomadas de decisão, pode ser mais facilmente implementada.<sup>254</sup> Sublinha Paulo Caetano CARVALHO que “a

---

em relação à infância-adolescência em nosso país.” (PEREIRA, Tânia da Silva. **Direito da criança e do adolescente...**, p. 588.)

<sup>251</sup> Como se explicitará mais adiante, os conselhos dos direitos da criança e do adolescente não se confundem com os conselhos tutelares, que têm atribuições específicas e existem tão-somente na esfera municipal.

<sup>252</sup> O Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente – CONANDA – foi criado pela Lei 8.242, de 12 de outubro de 1991.

<sup>253</sup> CF, art. 227, § 7º e art. 204.

<sup>254</sup> Propunha o sociólogo Hebert de Souza uma “descentralização democratizante que pode levar-nos a construir uma pátria diversa, autônoma e livre (...) onde cidade e cidadania se confundem num projeto comum de construir uma cidade para todos e um país comum (...) O Brasil será muito melhor quando a cidade for mais importante do que o Estado e o Estado mais importante que a União.” (Apud PEREIRA, Tânia da Silva. **Direito da criança e do adolescente...**, p. 589.)

Constituição Federal ampliou de forma considerável a competência e as responsabilidades das cidades e das comunidades, restringindo o papel da União. (...) A municipalização é uma forma de ampliar a democratização da sociedade brasileira porque descentraliza as decisões e permite a participação ativa da comunidade nos planos e gastos locais”.<sup>255</sup>

Ao menos em tese,<sup>256</sup> a implementação dos mecanismos de gestão participativa aproxima a comunidade e a cidade da família, possibilitando que a sociedade civil, também, assuma seu papel constitucional de assegurar à criança e ao adolescente os seus direitos fundamentais<sup>257</sup>. Tal democratização importa, como já antes assinalado, em uma salutar influência do público na esfera privada, com sensíveis reflexos no exercício da autoridade parental.

### 3 MEDIDAS DE PROTEÇÃO À CRIANÇA E AO ADOLESCENTE E MEDIDAS PERTINENTES AOS PAIS – CONFLITO DE AUTORIDADES

Avulta-se, aqui, uma das mais importantes inovações do Estatuto, a instituição do Conselho Tutelar, órgão permanente, autônomo, não jurisdicional, de âmbito municipal, formado por cidadãos eleitos pela comunidade local, e que tem por objetivo “zelar pelo cumprimento dos direitos da criança e do adolescente”,<sup>258</sup> definidos no ECA.

Constitui-se o Conselho Tutelar um dos mais autênticos meios de exercício da

---

<sup>255</sup> CARVALHO, Paulo Caetano. **A família e o município**, 2000, p. 198-199.

<sup>256</sup> Como ressalva Paulo Caetano Carvalho, ainda “vivemos o momento de criação concreta desses mecanismos de controle social, momento em que as atribuições nem sempre estão muito claras e no qual são fundamentais a articulação, o debate e a quebra de sectarismos.” (*Op. Cit.*, p. 202)

<sup>257</sup> Na contra-mão da história, portanto, o acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo, que julgou não ter legitimidade para requerer a determinação de vacinação de menor o pretendente à sua guarda. Diz, expressamente, o relator, adotando o parecer do Ministério Público: “Os impetrantes, como simples pretendentes à guarda, não têm legitimidade para ajuizar a ação mandamental em defesa do direito do menor.” (SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. MS. 14.857-0/8 – C. Esp. – j. 04.07.1992– rel. Des. Yussef Cahali). (RT, v. 693, p. 116-117, jul. 1993.)

<sup>258</sup> ECA, Art. 131.

democracia participativa. Ainda que seja um órgão da administração,<sup>259</sup> em relação a esta, guarda certa autonomia. Primeiro, porque os seus membros têm cargo eletivo; segundo, porque o Conselho não está organicamente vinculado à administração municipal. Ainda que, para o seu funcionamento, o município forneça-lhe a estrutura física de uma das suas secretarias, como a Secretaria da Infância e Adolescência, por exemplo, o Conselho não está hierarquicamente submetido a nenhum órgão do Executivo municipal.

O Conselho Tutelar tem como função o atendimento das denominadas *situações de risco*, adotando, nestes casos, a medida protetiva que entender mais adequada, sendo-lhe facultado aplicar, também, medidas dirigidas aos pais e responsáveis.

Se as políticas de atendimento dos direitos da criança e do adolescente, em alguma medida, já implicam a interferência estatal e da sociedade no âmbito do exercício da autoridade parental, com as medidas de proteção e as chamadas medidas pertinentes aos pais ou responsáveis, tem-se verdadeira ingerência nesta esfera.

O Estatuto, em seu art. 101, elenca uma série de medidas de proteção,<sup>260</sup> que podem ser adotadas caso se verifique qualquer uma das hipóteses enumeradas no art. 98<sup>261</sup> daquela mesma Lei. Se a medida, por exemplo, compreender “orientação,

---

<sup>259</sup> Ressalta Elisabeth Maria Velasco Pereira que “o Conselho Tutelar é órgão municipal permanente do Poder Executivo, criado por lei, sujeito às normas de Direito Administrativo e de Direito Público...” (VELASCO, Elisabeth Maria. **O conselho tutelar como expressão de cidadania: sua natureza jurídica e apreciação de suas decisões pelo Poder Judiciário**, 2000, p. 562.)

<sup>260</sup> **ECA**, Art. 101: “Verificada qualquer das hipóteses previstas no art. 98, a autoridade competente poderá determinar, dentre outras, as seguintes medidas: I - encaminhamento aos pais ou responsável, mediante termo de responsabilidade; II - orientação, apoio e acompanhamento temporários; III - matrícula e frequência obrigatórias em estabelecimento oficial de ensino fundamental; IV - inclusão em programa comunitário ou oficial de auxílio à família, à criança e ao adolescente; V - requisição de tratamento médico, psicológico ou psiquiátrico, em regime hospitalar ou ambulatorial; VI - inclusão em programa oficial ou comunitário de auxílio, orientação e tratamento a alcoólatras e toxicômanos; VII - abrigo em entidade; VIII - colocação em família substituta.

Parágrafo único. O abrigo é medida provisória e excepcional, utilizável como forma de transição para a colocação em família substituta, não implicando privação de liberdade.”

A colocação em família substituta constitui medida que está excluída das atribuições do Conselho Tutelar (**ECA**, art. 136, inciso I)

<sup>261</sup> **ECA**, Art. 98: “As medidas de proteção à criança e ao adolescente são aplicáveis sempre

apoio e acompanhamento temporários”, o Conselho Tutelar, ainda que, provisoriamente, estará chamando a si prerrogativas inerentes à autoridade parental. Da mesma forma se a medida implicar em “matrícula e frequência obrigatórias em estabelecimento oficial de ensino fundamental”. Todas elas, em maior ou menor grau, importam em ingerência no campo da autoridade parental.

O Estatuto foi mais longe, as medidas que atribuiu ao Conselho Tutelar não se direcionam tão-somente às crianças e adolescentes, mas, também, podem ser cominadas aos pais ou responsáveis.<sup>262</sup> Sendo uma instância da administração pública, os atos do Conselho Tutelar são atos administrativos, e, portanto, as medidas por ele adotadas têm caráter deliberativo. Não tendo o Conselho Tutelar atribuição jurisdicional, não lhe compete aplicar sanção punitiva. Em caso de descumprimento de suas deliberações, por quem quer que seja, inclusive pais de crianças e adolescentes, deve o Conselho Tutelar noticiar o fato ao Ministério Público, e, conforme o caso, ao Judiciário,<sup>263</sup> para que sejam tomadas as medidas cabíveis.

Nenhuma instância administrativa terá poderes para revogar decisões do Conselho Tutelar. Essas somente serão reformadas, revisadas ou anuladas pelo Poder Judiciário.<sup>264</sup> Desta forma, eventuais conflitos entre a autoridade dos pais e as decisões do Conselho Tutelar serão sempre dirimidos pelo juízo competente, através de ação própria, intentada por quem tenha legítimo interesse.

Analizadas as atribuições do Conselho Tutelar, fica evidenciado que a sua

que os direitos reconhecidos nesta Lei forem ameaçados ou violados: I - por ação ou omissão da sociedade ou do Estado; II - por falta, omissão ou abuso dos pais ou responsável; III - em razão de sua conduta.”

<sup>262</sup> **ECA**, Art. 129: “São medidas aplicáveis aos pais ou responsável: I – encaminhamento a programa oficial ou comunitário de proteção à família; II – inclusão em programa oficial ou comunitário de auxílio, orientação e tratamento a alcoólatras e toxicômanos; III – encaminhamento a tratamento psicológico ou psiquiátrico; IV encaminhamento a cursos ou programas de orientação; V - obrigação de matricular o filho ou pupilo e acompanhar sua frequência e aproveitamento escolar; VI – obrigação de encaminhar a criança ou adolescente a tratamento especializado; VII – advertência; VIII – perda da guarda; IX – destituição da tutela; X – suspensão ou destituição do pátrio poder.” O art. 136, inciso II, limita as atribuições do Conselho à aplicação das medidas contidas nos incisos I a VII. As demais, evidentemente, são de competência exclusiva do Poder Judiciário.

<sup>263</sup> **ECA**, Art. 136, inciso V; e Art. 148, VII.

<sup>264</sup> **ECA**, Art. 137.

atuação implica sensível interposição em situações jurídicas, que antes estavam circunscritas à exclusiva autoridade dos pais. Sublinhe-se, novamente, que o ECA superou a distinção que os “códigos menoristas” faziam entre “menores” em situação irregular e “menores” em situação regular, sendo que somente os primeiros eram objeto daquelas legislações. Para o Estatuto, em *situação de risco*, tanto pode estar aquela criança ou o adolescente que permanece sob autoridade parental, como o abandonado ou o adolescente infrator.

A presença do Estado se faz sentir com maior intensidade, também, nos casos de colocação da criança e do adolescente em família substituta, especialmente, através do mecanismo da adoção. Preside o Estado Juiz o rompimento e o estabelecimento de laços entre pais e filhos. É do que se passa a tratar.

#### 4 A COLOCAÇÃO EM FAMÍLIA SUBSTITUTA - A ADOÇÃO

A imprescindibilidade da família para o melhor desenvolvimento das crianças e adolescentes é assumida como orientação na sistemática estatutária. Tânia da Silva PEREIRA tributa esta diretiva, em parte, a uma reação à “herança amarga de gerações de jovens criados em internatos, sem referência afetiva e familiar.”<sup>265</sup>

Norteados por esta diretriz, o legislador estabeleceu o direito fundamental da criança ao convívio familiar,<sup>266</sup> dando preferência à criação e educação no seio da família natural, isto é, a sangüínea, ou em família substituta, através da guarda,

---

<sup>265</sup> Agrega a referida autora que “gerando massificação, despersonalizando e prejudicando o senso crítico, a criatividade e a iniciativa e, sobretudo, deslocando a autoridade dos pais para outro tipo de poder próprio das instituições, este sistema passou a ser questionado entre nós a partir da década de 70, o que levou o legislador estatutário a destacar uma nova proposta de atuação do Estado e da sociedade no atendimento de crianças desassistidas ou em estado de abandono.” (PEREIRA, Tânia da Silva. *Direito da criança e do adolescente: a convivência familiar*, 1997, p. 664).

<sup>266</sup> ECA, Art. 19: “Toda criança ou adolescente tem direito a ser criado e educado no seio da sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente livre da presença de pessoas dependentes de substâncias entorpecentes”.

tutela ou adoção.

Tal foi a preocupação com o direito ao convívio familiar, que ao estabelecer os princípios que devem balizar as atividades das organizações que desenvolvam programas de abrigo para crianças e adolescentes, o ECA preconiza, entre outros: a *preservação dos vínculos familiares, a integração em família substituta, quando esgotados os recursos de manutenção na família de origem e, ainda, o não-desmembramento de grupos de irmãos.*<sup>267</sup>

Remarcada a importância que o Estatuto imputou ao direito à convivência familiar, convém, de início, referir algumas peculiaridades da colocação da criança em família substituta, para estabelecer as imbricações do tema — tendo em conta, especialmente, a adoção — com as situações de rompimento dos laços de autoridade parental.

Ao enunciar o art. 28 do ECA que “a colocação em família substituta far-se-á mediante guarda, tutela ou adoção”, aduz que o procedimento se realiza “independentemente da situação jurídica da criança ou adolescente”. A interpretação desta última expressão apresenta certa dificuldade. Para Tânia da Silva PEREIRA “significa que cabe o procedimento em qualquer circunstância, estando ou não sob o Pátrio Poder dos pais ou em situação de risco. O art. 98, ECA determinará apenas o critério de competência do Juiz”.<sup>268</sup>

Poder-se-ia objetar que a tutela é incompatível com a autoridade parental.<sup>269</sup>

---

<sup>267</sup> ECA, Art. 92.

<sup>268</sup> (PEREIRA, Tânia da Silva. *Direito da criança ...*, p. 676). No mesmo sentido, alinha-se Marco Aurélio Viana, ao insistir que “o Estatuto não distingue entre o menor em situação regular e situação irregular, em termos gerais, estatuidando, no art. 28, que a colocação em família substituta se faz independentemente da situação jurídica da criança ou adolescente.” (VIANA, Marco Aurélio S. *Da guarda, da tutela e da adoção*: no Estatuto da Criança e do Adolescente, 1993).

<sup>269</sup> Há, todavia, quem sustente a compatibilidade da coexistência da tutela, ainda que especial, e o “pátrio poder”. Edgard de Moura Bittencourt admite que entre as medidas facultadas ao juiz adotar, nos termos do art. 394 do CC, estaria a possibilidade de nomeação de tutor *ad hoc*, para resguardar o próprio “pátrio poder”. (BITTENCOURT, Edgard de Moura. *Guarda de filhos*, 1984, p. 28). Nos casos do art. 394 do CC, a autoridade parental é suspensa, logo, não chega, propriamente, a coexistir com a Tutela. José Antonio de Paula Santos Neto assinala outra possibilidade da referida coexistência, nos casos de mãe, menor incapaz, de filho de pai desconhecido. Entende o referido autor que, em casos tais, não seria legítimo privá-la da autoridade parental, que conviveria com a tutela que se haveria de dar à criança, nos termos do art. 383 do Código Civil. (SANTOS NETO, José

Não é o caso, entretanto, de se fazer uma interpretação restritiva.<sup>270</sup> O sentido da expressão, portanto, pode ser assim declinado: sendo necessária, a colocação em família substituta se efetivará, estando ou não a criança sob autoridade parental. Evidentemente, sob tutela somente serão postos crianças e adolescentes, cujos pais faleceram ou que, depois de procedimento próprio,<sup>271</sup> tenham sido destituídos da autoridade parental.

Tanto a guarda, como a tutela e a adoção sofreram radical remodelação sob o influxo do ECA. Do modelo da vigilância e correspondente responsabilidade dos pais, a guarda do Código Civil direciona-se no sentido da *proteção integral da criança e do adolescente*, segundo os princípios estatutários.<sup>272</sup> Da mesma forma, a tutela, nesse processo, passa por inegável publicização, assumindo a natureza de encargo público, sujeito não somente à fiscalização judicial, como já ocorria, mas, também, à do Conselho Tutelar,<sup>273</sup> e a adoção, por sua vez, transitou do modelo chamado *simples* para a *plena*.

A adoção apresenta-se como sugestivo viés para a reflexão sobre o tema da autoridade parental, sob duas ordens de idéias. A primeira incide sobre o rompimento dos laços com a família originária e a segunda refere-se ao estabelecimento dos novos vínculos de autoridade parental com o adotante. Duas faces indissociáveis de uma mesma realidade.

O re-direcionamento da motivação, do sentido e do alcance jurídico da adoção constitui, certamente, um dos campos do Direito Civil em que, de forma mais

---

Antonio de Paula. *Do pátrio poder*, 1994. p. 76.)

<sup>270</sup> Insustentável é a restritiva interpretação de Antônio Chaves: “Não será, é claro ‘independentemente’ daquela situação que se fará a colocação em família substituta, pois na normalidade dos casos as crianças e adolescentes não serão objeto dessa medida: o dispositivo refere-se aos que se encontrarem em situação de abandono.” (CHAVES, Antônio. *Comentários Estatuto da Criança e do Adolescente*, 1997, p. 142).

<sup>271</sup> Liminar ou incidentalmente, durante o processo de destituição da autoridade parental, poderá o juiz deferir a guarda, para atender situações peculiares, nos termos do § 2º, do art. 33 do ECA.

<sup>272</sup> FACHIN, Luiz Edson. *Elementos críticos* ..., p. 241.

<sup>273</sup> *Idem*, p. 259

clara, se percebe o que já foi, metaforicamente, denominado *Virada de Copérnico*.<sup>274</sup> Basta uma vista d'olhos pela história da adoção, no ordenamento jurídico pátrio, para se constatar que a tábua axiológica que informa a medida estabelecida no Estatuto é completamente outra que aquela inspiradora da codificação de 1916. Este percurso, que sublinha as discrepâncias dos modelos, deve ser pontuado, ainda que apenas tangencialmente.

A adoção do Código Civil, chamada simples, tem natureza negocial, "é um ato de vontade. Requer o consentimento das duas partes. Se o adotado é maior e capaz comparece em pessoa; se incapaz, é representado pelo pai, ou tutor, ou curador".<sup>275</sup> Sendo um negócio jurídico, que chegou a ser identificado como contrato, por um número expressivo de juristas,<sup>276</sup> supõe possibilidades de dissolução através do distrato ou resilição, e, também, pela resolução. Convindo às partes, os vínculos da adoção podem ser rompidos, a qualquer momento. Ao adotado menor ou incapaz é facultado desvincular-se da adoção, unilateralmente, contanto que o faça até um ano depois que recobrou a capacidade ou que atingiu a maioridade. O adotante, por sua vez, pode requerer a resolução da adoção, na ocorrência das hipóteses em que é admitida a deserção.

De outro lado, as limitações impostas à adoção pelo Código Civil eram diversas. Somente podia adotar quem tivesse mais de 30 anos de idade. Se casado, havia de sê-lo há mais de 5 anos. Não se admitia a adoção por duas pessoas, se não fossem entre si casadas. O parentesco que surgia da adoção restringia-se ao adotante e adotado, exceto no que se refere aos impedimentos matrimoniais. Se o adotante tivesse outros filhos, o adotado ficaria excluído da sucessão hereditária. Os vínculos com a família de origem ainda permaneciam, exceto em relação à autoridade parental, que era transferida ao adotante.

---

<sup>274</sup> FACHIN, Luiz Edson (Coord). **Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo**, 1998, p. 317.

<sup>275</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**, v. 5, 1999, p. 214.

<sup>276</sup> Caio Mário da Silva PEREIRA enumera entre os autores que admitem a adoção como contrato: "Espíndola, Colin et Capitant, Laurent, Josserand, Planiol, Surville, Huc..." (Idem, p. 214). Mesmo fazendo ressalvas e ponderações preliminares, conclui, também, Orlando Gomes: "[...] pode-se afirmar que a adoção é contrato de direito familiar ainda nos sistemas que exigem a homologação judicial." (GOMES, Orlando. **Direito de família**, 2000, p. 372)

No intento de superar as múltiplas limitações do sistema codificado, a Lei 4.655, de 2 de junho de 1965, inaugurou uma nova modalidade: a *legitimação adotiva*. Permitia-se, por este instrumento, à semelhança do que ocorria com a prole nascida antes do casamento, que o adotado fosse legitimado como filho, daí o designativo, que não passou incólume de críticas, até que, com o Código de Menores de 1979, que revogou aquela Lei, consagrou-se a denominação *adoção plena*. Sérias restrições, todavia, prevaleciam, ainda à época da vigência do Código de Menores. Apenas, para citar um exemplo, somente menores de sete anos podiam ser adotados pelo sistema denominado menorista.

O significativo câmbio, nesta matéria, opera-se com a Constituição Federal de 1988 e com o Estatuto da Criança e do Adolescente. A primeira questão que aflorou dizia respeito à vigência ou não da adoção simples, nos moldes do Código Civil, em concomitância com a adoção estatutária. Ainda que se admita que a adoção simples sobrevive — o ECA estabelece como requisito que o adotado tenha, à época do pedido, não mais que dezoito anos de idade<sup>277</sup> — certo é que esta perdeu seu caráter “contratualista”. Dispôs o § 5º do art. 227 da CF que a adoção será assistida pelo Poder Público. Deixou, portanto, de ser um mero ato negocial entre particulares. Não têm razão aqueles que entendem regular a adoção de maior de 18 anos pelas estritas regras do Código Civil. Após a promulgação da Constituição Federal, é inadmissível a adoção por mera escritura pública. Sem a homologação judicial, não terá validade por vício de forma.

Mais importante é que a Constituição instituiu o regime único da filiação, de sorte que veda a discriminação de qualquer natureza entre os filhos havidos ou não da relação matrimonial, entre estes e os adotivos, tendo todos iguais direitos.<sup>278</sup> Forçoso concluir que as limitações de parentesco, as possibilidades de revogação

---

<sup>277</sup> ECA, Art. 40: “O adotado deve contar com, no máximo, 18 (dezoito anos) à data do pedido, salvo se já estiver sob a guarda ou tutela dos adotantes.” A adoção de crianças e adolescentes, por força do art. 39 do ECA, rege-se-á, obrigatoriamente, pelas regras daquela Lei.

<sup>278</sup> CF, Art. 227, § 6º: “Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.”

da adoção,<sup>279</sup> <sup>280</sup> a exclusão do direito sucessório,<sup>281</sup> características da adoção *simples* do Código Civil, ficaram, de plano,<sup>282</sup> afastadas com o novo regime de filiação constitucional.<sup>283</sup> Logo, o que do Código Civil resta é a possibilidade de adoção do maior de 18 anos. Quanto à forma e aos efeitos, por analogia, deve ser adotado o regramento do ECA, no que for aplicável,<sup>284</sup> resultando de qualquer sorte plena a adoção.

Essas alterações reforçam a tese da publicização das relações entre pais e filhos. O ato negocial, que antes era realizado entre particulares, presidido pela autonomia da vontade das partes, e, notadamente, para atender ao interesse daqueles que não tinham filhos, transmutou-se em um ato complexo, no qual são imprescindíveis a presença do Estado Juiz e a fiscalização e atuação do Ministério Público, sendo sua finalidade precípua o atendimento ao *melhor interesse* do

---

<sup>279</sup> Sobre a impossibilidade de revogação de adoção, merece especial estudo o lúcido e bem fundamentado acórdão relatado pelo Des. Cezar Peluso, em um caso de conhecido banqueiro brasileiro. (SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Al. 176.494-1/7 e 176.567-1/0 – 2ª Câmara. – j. 16.03.1993 – Rel. Des. Cezar Peluso). (RT, v. 699, p. 57-66, jan. 1994).

<sup>280</sup> De forma equivocada, a nosso ver, decidiu a 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, ao admitir a revogação de adoção, realizada antes da vigência da Constituição e do ECA, ao fundamento do princípio *tempus regit actum*. (MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Ap. 156.935-9/00 – 2ª Câmara. – j. 04.04.2000 – Rel. Des. Lúcio Urbano.) (RT, n. 783, a. 90, p. 390-392, jan. 2001). Em sentido diametralmente oposto caminhou a 3ª Câmara daquele mesmo Tribunal, ao sustentar que independente da averbação da adoção no registro de nascimento do adotado, se a abertura da sucessão deu-se já na vigência da Constituição Federal de 1988, há de prevalecer a vedação de qualquer tipo de discriminação quanto à filiação. (MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Al. 22.822-3 – 3ª Câmara. – j. 12.03.1992 – Rel. Des. Lúcio Urbano.) (RT, v. 684, p. 156-157, out. 1992). A Constituição sepultou a filiação contratual, de modo que o tratamento igualitário para todos os filhos há de impor-se, independente dos moldes em que foi realizada a adoção.

<sup>281</sup> A exclusão do adotado da sucessão hereditária somente é admitida, se a abertura sucessória deu-se antes do advento da Constituição Federal de 1988. Nesses casos, poderia ser aplicado o contido no art. 377 do CC. No mesmo sentido, julgado da 6ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de São Paulo (SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Ap. 107.362.4/6 – 6ª Câmara. – j. 26.10.2000 – Rel. Des. Testa Marchi.) (RT, n. 787, a. 90, p. 228-229, maio 2001.)

<sup>282</sup> A respeito, com precisão, anotou Gustavo Tepedino: "A isonomia dos filhos, mais do que simplesmente igualar direitos patrimoniais e sucessórios (...), traduz nova tábua axiológica, com eficácia imediata para todo o ordenamento, cuja compreensão faz-se indispensável para a correta exegese da normativa aplicável às relações familiares." (TEPEDINO, Gustavo. **A disciplina jurídica da filiação na perspectiva civil-constitucional**, 1997, p. 550)

<sup>283</sup> Não comungamos com aqueles que sustentam que a adoção do Código Civil, para o caso de maiores de 18 anos, está em plena vigência.

<sup>284</sup> Com as ressalvas sempre cabíveis, foi o que acabaram por fazer as emendas ao Projeto do Código Civil. Ver art. 1.618 a 1.629 do texto consolidado pelo Relator da Câmara dos Deputados, Dep. Ricardo Fiúza.

adotado,<sup>285</sup> com vistas à sua integração plena em uma família.<sup>286</sup>

## 5 A SUSPENSÃO, AS RESTRIÇÕES E A PERDA DA AUTORIDADE PARENTAL

Antes da promulgação da Constituição Federal de 1988 e da vigência do Estatuto da Criança e do Adolescente, a forma pela qual mais se evidenciava a intervenção do Estado na esfera do exercício da autoridade parental dizia respeito às situações limites, em que, provocado, o Estado Juiz restringia, suspendia ou destituía a autoridade parental. Das considerações anteriormente referidas se depreende que, hoje, a presença do Estado e da sociedade civil não fica adstrita às situações extremas. Este tipo de intervenção, de qualquer sorte, deve ser relido a partir dos princípios constitucionais e estatutários que informam toda relação jurídica entre pais e filhos.

As disposições constantes do ECA, referentes à perda e suspensão da autoridade parental, são, nitidamente, de natureza processual, tanto assim que estão declinadas em capítulo intitulado: “Dos Procedimentos”.<sup>287</sup> O Estatuto, quanto ao direito material, faz sempre remissão à legislação civil,<sup>288</sup> ainda que, de forma esparsa, estabeleça princípios e regras de natureza substancial.

---

<sup>285</sup> A respeito dispõe o *caput* do art. 21 da Convenção sobre os Direitos da Criança (ONU): “Os Estados Partes que reconhecem ou permitem o sistema de adoção atentarão para o fato de que a consideração primordial seja o interesse maior da criança. Desta forma, atentarão para que: ...”

<sup>286</sup> Lamentavelmente, ainda há magistrados que não entenderam o sentido e a extensão destes princípios. É o que se verifica, por exemplo, em declaração de voto vencido, em julgado do Tribunal de Justiça de Santa Catarina. A mãe havia requerido autorização judicial para aceitar a adoção de sua filha, menor impúbere, por seu companheiro, já que o pai da criança de que se separara, estava, desaparecido há muitos anos. Denegado o pedido em primeira instância, foi acolhido em sede de apelação, com fundamento no art. 380 do CC e no art. 45 do ECA. Aferrado ao formalismo assim pronunciou-se o autor do voto vencido: “O pátrio poder só se perde por sentença nos casos previstos em lei ou por adoção. É verdade que o pai da menor, citado por edital, desde 1981 não presta qualquer assistência à filha. Seu paradeiro é ignorado. Mas a perda do pátrio poder é fato de extrema gravidade e deve necessariamente preceder à adoção. (SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. Ap. 1.536/90 – 1ª Câm. – j. 30.10.1990 – Rel. Des. Carlos Alberto Menezes Direito). (RT, v. 674, p. 176-177, dez.1991.)

<sup>287</sup> ECA, Arts. 155–163.

<sup>288</sup> ECA, Arts. 21, 24.

Em seqüência, para ordenar a linha de discussão que, a esta altura, se pretende desenvolver, optou-se por partir da análise do regramento do Código Civil, cotejando-o com o Projeto, em vias de converter-se em Código, tomando sempre em conta a hermenêutica jurisprudencial da matéria, num intento de aferir o Direito com a vida.

#### A) Restrições e suspensão da autoridade parental

Hipóteses de suspensão ou de estabelecimento de restrições ao exercício da autoridade parental estão descritas no art. 394 do Código Civil.<sup>289</sup> Nesse dispositivo legal, a palavra abuso não tem a conotação técnica de abuso de direito, já analisada no capítulo antecedente. O abuso do “pátrio poder”, no caso, está, claramente, especificado como omissão do cumprimento dos deveres (“faltando aos deveres paternos”) ou como ação que implique na depauperação do patrimônio dos filhos (“arruinando os bens dos filhos”).

Por isso, entende Caio Mário da Silva PEREIRA que “as causas de suspensão vêm mencionadas um tanto genericamente no Código Civil (...) para que se veja o juiz munido de certa dose de arbítrio, que não pode ser usado a seu capricho, porém sob a inspiração superior do interesse do menor”.<sup>290</sup> Pode-se dizer que os fatos autorizadores da suspensão da autoridade parental dizem respeito às manifestações de negligência dos pais, tanto em relação à pessoa dos filhos, quanto ao que se refere ao patrimônio destes.

---

<sup>289</sup> CC, Art. 394: “Se o pai, ou mãe, abusar do seu poder, faltando aos deveres paternos, ou arruinando os bens dos filhos, cabe ao juiz, requerendo algum parente, ou o Ministério Público, adotar a medida que lhe pareça reclamada pela segurança do menor e seus haveres, suspendendo até, quando convenha, o pátrio poder.”

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

<sup>290</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*, v. 5, 1999, p. 248.

Como bem percebeu Pontes de MIRANDA, “o art. 394 não autoriza somente a suspensão, mas igualmente outras medidas, que precisam ser apontadas. Não se trata de perda (art. 395), nem só de suspensão (art. 394), mas de *modificações, restrições, cautelas e quiescências* ou *quietação* do pátrio poder”.<sup>291</sup> Esta compreensão é confirmada pela letra da lei: “cabe ao juiz, requerendo algum parente, ou o Ministério Público, adotar a medida que lhe pareça reclamada pela segurança do menor e seus haveres [...]” (Grifamos). A suspensão obedecerá a critérios de conveniência, determinados pelas circunstâncias.

O Projeto do Código Civil, praticamente, repetiu o art. 394 do Código de 1916, substituindo apenas a expressão “pátrio poder” por “poder familiar”. Não atentaram os revisores do vetusto Projeto para o fato de que o Estatuto da Criança e do Adolescente havia ampliado o rol dos legitimados a requerer, em juízo, a adoção de medidas restritivas, a suspensão e até a destituição da autoridade parental. Segundo o art. 155 do ECA,<sup>292</sup> terão andamento os procedimentos para perda ou suspensão da autoridade parental, que se originarem de provocação do Ministério Público, como os de iniciativa “*de quem tenha legítimo interesse*”.

Entrando em vigência o “novo” Código Civil, a antinomia estará estabelecida. Contudo, certo é que deverá prevalecer a legitimidade fixada pelo ECA, em virtude do princípio do *melhor interesse da criança* e de sua *proteção integral*. Parece evidente que os detentores da guarda — mesmo provisória, em família substituta, ainda que da criança não sejam parentes — têm legitimidade para pleitear, em juízo, suspensão, restrição ou destituição da autoridade parental. Em face do contido no art. 4º do ECA,<sup>293</sup> plausível é sustentar que qualquer organização civil que trabalhe no atendimento de crianças ou mesmo vizinhos e amigos da família tenham a referida legitimidade de postular em juízo.

---

<sup>291</sup> MIRANDA, Pontes. **Tratado de direito de família**, v. 3, 1947. p. 153-154. (grifos no original).

<sup>292</sup> ECA, Art. 155: “O procedimento para a perda ou a suspensão do pátrio poder terá início por provocação do Ministério Público ou de quem tenha legítimo interesse.”

<sup>293</sup> ECA, Art. 4º, *caput*: “É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do Poder Público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.”

À questão sob análise seria inaplicável a regra segundo a qual a lei posterior revoga a anterior. A resolução da antinomia apontada terá como fundamento a inconstitucionalidade<sup>294</sup> da “nova” Lei Civil, visto que a limitação da legitimidade, acima referida, afronta diretamente o disposto no *caput* do art. 227 da Constituição Federal, que atribui à família, à sociedade e ao Estado diversos deveres em relação à criança e ao adolescente. Tais deveres revelam-se como *munus*, como direito público subjetivo e, para todo direito, necessariamente, haverá correspondente ação que o assegure. Logo, há de prevalecer a regra estatutária que está em perfeita e absoluta sintonia com a Constituição Federal.

A suspensão da autoridade parental há de ser informada por princípios e critérios que estão alocados fora do Código Civil e do Projeto do “novo” Código. De extrema relevância é o princípio da *preferência pela família originária*. Quando o ECA assegura à criança o direito à convivência familiar, estabelece que, somente em casos excepcionais, será criada e educada em família substituta.<sup>295</sup> Decorre deste princípio a regra do art. 23 do Estatuto, pela qual se veda a suspensão ou a destituição da autoridade parental, com fundamento unicamente na falta ou carência de recursos materiais para criação dos filhos.

Pela sistemática do Código Civil suspende-se a autoridade parental, em casos de interdição do pai ou da mãe, ou em casos de declaração de ausência. Nessas circunstâncias, opera-se a suspensão, por tempo indeterminado, independente da realização de procedimento próprio.<sup>296</sup> A suspensão decorre da incapacidade dos pais ou de um deles.<sup>297</sup>

---

<sup>294</sup> Sobre o tema da *inconstitucionalidade axiológica* de todo o Projeto do Código Civil ver: **Revista Trimestral de Direito Civil**, a. 2, v. 6, abr./jun. 2001.

<sup>295</sup> Neste sentido dispõe o art. 19 do ECA: “Toda criança ou adolescente tem direito a ser criado e educado no seio da sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente livre da presença de pessoas dependentes de substâncias entorpecentes”. Também, tratando da colocação em família substituta, definiu o § 2º do art. 28 do Estatuto: “Na apreciação do pedido levar-se-á em conta o grau de parentesco e a relação de afinidade ou de afetividade, a fim de evitar ou minorar as conseqüências decorrentes da medida.”

<sup>296</sup> ECA, Art. 155 e ss.

<sup>297</sup> Neste sentido: SANTOS NETO, José Antonio de Paula. **Do pátrio poder**, 1994, p. 188.

Outra modalidade de suspensão compulsória da autoridade parental está referida no parágrafo único do art. 394 do Código Civil, e dá-se em virtude de condenação a cumprimento de pena privativa da liberdade, excedente de 2 (dois) anos. Como não poderia ser diferente, cessa a suspensão, *ipso facto*, com o cumprimento da pena ou com a extinção da punibilidade.

Há, ainda, circunstâncias autorizadoras da suspensão da autoridade parental previstas nos arts. 24 e 22 do ECA. Dizem respeito à falta dos pais no dever de sustento, guarda e educação dos filhos, assim como o descumprimento de obrigação decorrente de determinação judicial, estabelecida no interesse destes.

Merecem, por fim, atenção algumas situações peculiares, nas quais, mesmo não ocorrendo suspensão ou destituição da autoridade parental, a vida em sua dinamicidade impõe aos tribunais decisões que extrapolam a ortodoxia doutrinária e legal.

A máxima “pai é quem cria”, apesar de sua carga maniqueísta, que de resto afeta os provérbios em geral, reflete uma intuição forjada no meio popular e, em alguma medida, também, revela facetas de uma verdade complexa. O dito popular sugere uma compreensão da realidade, que o formalismo jurídico reluta em aceitar. De tal sorte que a análise de situações, em que os pais ou um deles entrega o filho para ser criado por terceira pessoa, torna-se instrumento interessante para a busca da identificação dos novos traços do desenho jurídico da autoridade parental.

A seguir pela cartilha da dogmática clássica, e mesmo pelos estritos termos do Código Civil, poder-se-ia afirmar que a autoridade parental é imprescritível, indelegável<sup>298</sup> e incompatível com a tutela. E, mais, aos pais, em razão do “pátrio poder”, assiste o direito de reclamar os filhos de quem ilegalmente os detenha (Código Civil, art. 384, inciso VI). A vida, em sua dinâmica desassossegada, tem, contudo, desmentido as regras e as concepções cristalizadas.

Se o pai e a mãe são titulares da autoridade parental, parece inequívoco que

---

<sup>298</sup> A delegação do “pátrio poder” era autorizada pelo Código de Menores de 1979, como uma das modalidades de colocação em “lar substituto”.

exercçam o direito de ter em sua companhia e guarda os seus filhos, assim como o direito de dirigir-lhes a educação, reivindicando-os da mão de quem quer que os detenha. Mas, especialmente, quando se tem como princípio norteador, para a interpretação das relações jurídicas paterno-filiais, *o melhor interesse da criança*, a conclusão pode ser diversa.

Em várias situações, os tribunais têm referendado entendimento, mesmo sem enunciá-lo com todas as letras, no sentido de que a autoridade parental pode experimentar o fenômeno da caducidade e, também, que é delegável. Assim, em casos que não são poucos, se a mãe entende não ter condições de criar o filho, e o entrega voluntariamente a terceiros, que o criam, pode perder a autoridade parental mesmo que não ocorra, formalmente, a “*destituição do pátrio poder*”, nem tão pouco o processo de adoção.<sup>299</sup> Isto porque a guarda de terceiro pode representar verdadeiro exercício da autoridade parental. De tal forma que, em última *ratio*, a autoridade parental não é uma prerrogativa inerente à pessoa que goza do *status* ou da titularidade de pai ou mãe, constante do registro de nascimento, mas de quem efetivamente exerce a função correspondente.

Em razão de sua clareza, ementa de aresto do Tribunal de Justiça do Paraná, que corrobora a linha de pensamento que se vai enunciando, merece ser transcrita:

**BUSCA E APREENSÃO — Entrega a terceiros — Menor impúbere —** Se o menor foi entregue voluntariamente pela mãe a terceiros, sob o argumento de que não tinha condições de criá-lo, e estando o menor em excelente ambiente, com ótimas condições de desenvolvimento, não há que se retirá-lo do novo lar para entregá-lo novamente à mãe biológica. Sendo assim, sua permanência sob a guarda desta terceira é de todo aconselhável, facultando à mãe biológica o direito de visitá-lo. (TJPR – Ap. 494/88 – 1ª CC – Rel. Des. Oto Luiz Sponholz – j. 23.8.88 – v.u.)<sup>300</sup>

Tão evidente, no caso deste julgado, estava o tema da autoridade parental e não a mera guarda de fato, que o desembargador relator em seu voto consignou: “A

---

<sup>299</sup> De qualquer sorte, importa consignar que os tribunais têm entendido ser possível cumular pedidos de destituição da autoridade parental com o de adoção. (SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. AI 15.254.0/3 – C. Esp. – j. 03.09.1992 – Rel. Des. Sabino Neto.) (RT, v. 692, p. 58-59, jun. 1993.)

<sup>300</sup> ALVIM, Tereza Arruda (Coord.). **Repertório de jurisprudência e doutrina sobre direito de família**, v. 2, 1995, p. 516.

submissão do pátrio poder ao controle da autoridade jurisdicional constitui um dos traços mais avançados da socialização do direito e é indiscutível que para o bom exercício deste controle deve o magistrado atentar, preferencialmente, para o bem-estar da criança, destinatária maior de sua decisão.<sup>301</sup> À medida em que à mãe biológica foi concedido apenas o direito de visita ao filho, evidencia-se uma destituição tácita da autoridade parental. As prerrogativas fundamentais da autoridade parental foram transferidas a terceiros.

O que se opera é uma ficção. Como os fatos que podem dar causa à destituição da autoridade parental têm sido entendidos como *numerus clausulus*, enunciados de forma restritiva no Código Civil,<sup>302</sup> na impossibilidade de afastá-la peremptoriamente, os tribunais têm encontrado formas de neutralizá-la.<sup>303</sup>

Expressivo, neste sentido, é um aresto do Tribunal de Justiça de São Paulo. Trata-se de apelação interposta de sentença que denegou pedido de busca e apreensão ajuizado pela mãe, viúva, em face de outros filhos que detinham a guarda de fato de irmãos menores. Negou-se provimento ao recurso, ao argumento de que a guarda dos adolescentes deveria permanecer com o irmão mais velho, “pois em tal hipótese, a exclusividade do pátrio poder deferido à mãe perde força diante da necessidade jurídica e social de manter os irmãos como verdadeira família, que floresceu à custa da fraternidade e da superação de graves problemas pessoais.”<sup>304</sup>

---

<sup>301</sup> Idem, p. 517.

<sup>302</sup> CC, Art. 395: “Perderá por ato judicial o pátrio poder o pai, ou a mãe: I – que castigar imoderadamente o filho; II – que o deixar em abandono; III – que praticar atos contrários à moral e aos bons costumes.”

<sup>303</sup> Neste sentido aresto do Tribunal de Justiça do Paraná: “Busca e apreensão – Guarda – Mãe que faleceu – Tendo a mãe falecido, e o menor estando sob a guarda dos avós maternos, com quem vem tendo convívio prolongado, que lhe provêm as necessidades para uma formação sadia, não se concede busca e apreensão ao pai. Deve o juiz atender aos interesses da criança, sem que para tanto haja a necessidade de que se destitua o pai do pátrio poder.” ( TJPR — Ap. 1.493/83 – 1ª CC – Rel. Des. Osiris Fontoura – j. 18.10.88 – v.u.) (Grifamos) (ALVIM, Tereza Arruda (Coord.). **Repertório...**, p. 518)

<sup>304</sup> SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Ap. 162.618.4/8 – 3ª Câ. – j. 07.11.2000 – Rel. Des. Ênio Santarelli Zuliani. RT, v. 786, ano 90, p. 268-270, abr.2001. (Grifamos) No caso destes autos, a mãe havia abandonado a família bem antes da morte de seu ex-marido. Com o falecimento deste, pretendeu passar a exercer a autoridade parental sobre os filhos mais novos. Concluiu, porém, o relator que os “membros (irmãos) agrupam-se em um núcleo que se tornou ainda mais coeso com a morte do pai, chegando próximo da indivisibilidade. Formam eles uma entidade familiar independente e que, mesmo com a falta da figura feminina central (a mãe), conseguiram superar os desafios típicos

Não parece, portanto, desarrazoado falar em um “poder” que se “enfraquece” para o seu titular, à medida que não mais corresponde a uma efetiva e vital relação familiar.

São conhecidas, também, as diversas situações em que os pais, mesmo não sendo destituídos formalmente da autoridade parental, ficam privados até de terem em sua companhia os filhos que estão sob a guarda de terceira pessoa<sup>305</sup>.

## B) Destituição da autoridade parental

O Projeto, numa tentativa de tratar a matéria com melhor técnica, incluiu a destituição do “poder familiar” entre suas formas de extinção,<sup>306</sup> assim, a extinção da autoridade parental se daria pela morte dos pais ou do filho, pela emancipação, pela maioridade, pela adoção e, acresceu-se, por decisão judicial. Mas, o legislador seguiu usando, impropriamente, o verbo *perder*,<sup>307</sup> quando o melhor seria falar em *destituição*.

A destituição da autoridade parental, por certo, é medida mais grave que a suspensão ou a mera restrição parcial do seu exercício. Da simples leitura da lei infere-se que, transitada em julgado a sentença que a decretou, e não sendo cabível ação rescisória, não há possibilidade da restauração da autoridade da qual se decaiu. O Código de Menores de 1927, em seu art. 45, admitia a reintegração no

---

da difícil adaptação e convivência, alcançando um nível de solidariedade que repudia a fragmentação.”

<sup>305</sup> Decidiu a 3ª Câmara do Tribunal de Justiça do Mato Grosso que, muito embora se assegure à mãe o direito de visitar o filho que está sob a guarda dos avós, “somente deve ser permitida sua saída para a residência da mãe, quando não ocorrer clima prejudicial à sua formação, saúde, educação e outros atributos (sic) necessários à sua criação” (MATO GROSSO. Tribunal de Justiça. Agln. 9.051 – 3ª Câm. – j. 24.02.1999 – Rel. Des. Manoel Ornellas de Almeida.) (RT, v. 767, a. 88, p. 333-335, set. 1999)

<sup>306</sup> **Projeto do Código Civil**, Art. 1.635: “Extingue-se o poder familiar: I – pela morte dos pais ou do filho; II – pela emancipação, nos termos do art. 5º, parágrafo único; III – pela maioridade; IV – pela adoção; V- por decisão judicial, na forma do artigo 1638.”

<sup>307</sup> **Projeto do Código Civil**, Art. 1.638: “Perderá por ato judicial o poder familiar o pai ou a mãe que: I - castigar imoderadamente o filho; II - deixar o filho em abandono; III - praticar atos contrários à moral e aos bons costumes; IV - incidir, reiteradamente, nas faltas previstas no artigo antecedente.”

“pátrio poder”. O ECA é, absolutamente, silente a respeito. Ponderável, entretanto, é que se admita a ação<sup>308</sup> de reintegração de autoridade parental, vez que se ao Estado Juiz é facultado o poder de colocar a criança ou o adolescente em família substituta, através da guarda, da adoção ou da tutela, com maior razão poderá fazê-lo em relação à sua própria família, desde que cessada e superada a causa da medida anteriormente adotada.

Entendem alguns autores<sup>309</sup> e magistrados<sup>310</sup> que as hipóteses que podem dar causa à destituição da autoridade parental estão taxativamente enumeradas no art. 395 do Código Civil, sendo estas: (i) o castigo imoderado; (ii) o abandono; (iii) a prática de atos contrários à moral e aos bons costumes. É certo, porém, que o Estatuto da Criança e do Adolescente ampliou ou flexibilizou este rol de fatos jurídicos (*lato sensu*) que podem dar causa à destituição da autoridade parental. É explícito, neste sentido, o art. 24 do ECA ao dispor que a perda e a suspensão do “pátrio poder” serão decretadas, tanto nos casos previstos “na legislação civil, como “nas hipóteses de descumprimento injustificado dos deveres e obrigações” declinadas no art. 22 daquele Estatuto.

Impõe-se a conclusão de que as faltas dos pais, no dever de sustento, guarda e educação dos filhos, ou no cumprimento das obrigações oriundas de determinações judiciais, podem dar ocasião tanto à suspensão da autoridade parental como à sua destituição, dependendo da gravidade ou das circunstâncias do caso, ao arbítrio do juiz, sempre informado pelo *melhor interesse* da criança ou do adolescente.

---

<sup>308</sup> “A todo o direito corresponde uma ação, que o assegura.” (CC, Art. 75).

<sup>309</sup> Carlos Alberto Bittar Filho, referindo-se ao art. 394 do CC, sustenta: “A relação legal é considerada como taxativa.” (BITTAR FILHO, Carlos Alberto. **Pátrio poder**: regime jurídico atual, p. 83, fev. 1992)

<sup>310</sup> Em acórdão prolatado em Recurso Especial, o Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira pronunciou-se a respeito: “As hipóteses contempladas no art. 392 são, portanto, de extinção do pátrio poder, que não se confundem com as do art. 395, que são de destituição. Estas são exaustivas e dependem de procedimento próprio, previsto nos art. 155/163 do Estatuto, consoante dispõe o art. 24 daquele diploma normativo...” (Grifamos) (REsp 158.920-SP, 4ª T. – j. 23.03.1999. rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira – DJU 24.05.1999). (RT, v. 768, a. 88, p. 190, out. 1999). Em que pese o entendimento de que as hipóteses do art. 395 do Código Civil sejam exaustivas, e que, portanto, era desprovido de fundamento legal o pedido de destituição da autoridade parental, a decisão, no caso deste recurso especial — tomando em conta os superiores interesses da criança — foi no sentido de

Afora as hipóteses do Código Civil e do Estatuto, também, o art. 437 da CLT,<sup>311</sup> em perfeita consonância com o ECA, dispõe sobre a destituição da autoridade parental ou da tutela, nos casos em que os pais ou tutores infringirem as normas de proteção ao direito do menor trabalhador ou aprendiz, ou negligenciarem seus deveres, ou, ainda, concorrerem para que os filhos ou pupilos trabalhem em lugares perigosos, insalubres ou prejudiciais à sua moralidade.

O elastecimento das causas que podem fundamentar a destituição da autoridade parental aponta no sentido da superação da idéia de taxatividade. Consideradas as cláusulas gerais estabelecidas, especialmente, no ECA, caberá ao juiz, no caso concreto, verificar o cabimento de mera advertência, imposição de obrigações, restrição, suspensão ou destituição.

Nesta ordem de idéias, desmerece acolhida a posição assumida por José Antônio de Paula SANTOS, para quem, “verificada a efetiva existência de qualquer uma das três possibilidades arroladas no art. 395 do CC, obrigatoriamente haverá a destituição do responsável (...) do pátrio poder.”<sup>312</sup> Sílvio RODRIGUES há muito já assumia posição diversa: “A perda do pátrio poder é sanção de maior alcance e corresponde à infringência de um dever mais relevante, de modo que, embora não se revista de inexorabilidade, não é como a suspensão, medida de índole temporária”.<sup>313</sup>

A exemplificar a não inexorabilidade da destituição da autoridade parental — para usar a expressão de Sílvio Rodrigues — está aresto do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, prolatado em sede de apelação, pelo qual a mãe buscava ver destituída a autoridade parental do pai de seus filhos, com fundamento no inciso II

manter a guarda dos recorrentes, remetendo-os ao procedimento próprio, a adoção.

<sup>311</sup> CLT, Art. 437: “O responsável legal do menor empregado que infringir dispositivo deste capítulo, ou deixar de cumprir os deveres que nele lhe são impostos, poderá, além da multa em que incorrer, ser destituído do pátrio poder ou da tutela.

Parágrafo único. Perderá o pátrio poder ou será destituído da tutela, além da multa em que incorrer, o pai, mãe ou tutor que concorrer, por ação ou omissão, para que o menor trabalhe nas atividades previstas no § 1º do artigo 405.”

<sup>312</sup> SANTOS NETO, José Antonio de Paula. **Do pátrio poder**, 1994, p. 189. (Grifamos)

<sup>313</sup> RODRIGUES, Sílvio. **Direito civil**, v. 6, 1995. p. 351. (Grifamos)

do art. 395 do Código Civil.

Entendeu-se que muito embora o pai tivesse se separado de sua companheira, e não prestasse assistência material aos filhos, vivendo na Europa, não era o caso de aplicar-lhe a medida extrema, porque, pelas circunstâncias do caso, a intencionalidade do abandono não estava presente. Primeiro, porque viviam os filhos em ótimas condições, na companhia da mãe, apelante, que era médica; segundo, porque a motivação do pedido podia se depreender da inicial, residia no temor da visita do pai, que havia anunciado à apelante possível viagem ao Brasil. O pedido de destituição da autoridade parental foi rejeitado. Concluindo seu voto, assentou o desembargador relator: “embora o pai seja negligente, distante e desamoroso para com os filhos, a extinção do pátrio poder nenhum benefício traria a eles”.<sup>314</sup>

A destituição da autoridade parental não se dá pela simples subsunção dos fatos ao preceito legal, o critério último para sua decretação, mormente, sob o influxo da Constituição Federal e do ECA, será sempre o atendimento ao *melhor interesse da criança*.

Vê-se, portanto, que não se trata de mera apologia a uma maior intervenção estatal no domínio doméstico. Esta rápida passagem de olhos sobre os mecanismos que permitiram tal ingerência da sociedade e do Estado aponta para uma mudança paradigmática que, ainda, encontra dificuldade de infiltrar-se em determinados círculos mais reticentes, especialmente da “comunidade jurídica”. Em questão se põe a construção de uma sociedade, efetivamente, democrática, da qual o projeto parental não pode estar alienado. O novo modelo que da Constituição e do ECA se remete para a família do século XXI inclui a autoridade parental na utopia<sup>315</sup> de uma

---

<sup>314</sup> (Ap. 6.816/97, 9ª Câm. – j. 06.08.1998 - rel. Des. Laerson Mauro – DORJ 12.11. 1998). RT, v. 761, a. 88, p. 370, mar. 1999.

<sup>315</sup> *Utopia*, aqui, tem o sentido que lhe emprestou Ernest Bloch, não constituindo meramente “um *topos* idealizado ou projetado, como era para Platão e para os filósofos do Renascimento (Thomas Morus, Capanella, Bacon); a utopia é, em primeiro lugar, um *topos* da atividade humana orientada para um futuro, um *topos* da consciência antecipadora e a força ativa dos sonhos diurnos.” (MÜNSTER, Arno. **Ernest Bloch**: filosofia da praxis e utopia concreta, 1993, p. 25.) Às categorias como “otimismo militante”, “consciência antecipadora”, Bloch vinculou a noção de “sonho diurno”. Sobre esta última escreveu: “*El mundo es como una ducha de agua fría para el sueño. El mundo se*

nova *polis*. Esta reflexão foi o que se quis prencunciar.

---

*regula mediante fuerzas de oposición procedentes del ayer y del anteayer. Para empeorar la situación, lo viejo no quiere desaparecer y lo nuevo no desea llegar a ser. En esta situación, el sueño se convierte en un simple sueño en el sentido más desafortunado de la palabra; y si lo consideramos en un sentido peyorativo, el sueño no es más que una utopía. Ese es el destino ordinario del sueño. Pero una cosa es reconocer este hecho y otra completamente distinta no querer alejarlo, sino, por el contrario, rendirse ante él. Como decía Goethe: 'La terrible duda de los pensamientos cobardes ni aleja la miseria ni nos hace libres'." (BLOCH, Ernest. **El hombre como posibilidad**, 1973. p. 61)*

## V. AUTORIDADE PARENTAL E DEMOCRACIA – A QUESTÃO DA CIDADANIA

O redesenho da noção jurídica de autoridade parental pressupõe, por um lado, a percepção do novo *lugar* e condição ocupados pela criança e pelo adolescente, e, por outro, uma *desconfiança metodológica* dos lugares comuns da linguagem jurídica, que reduziram as crianças e adolescentes a não-sujeitos, impingindo-lhes uma genérica incapacidade. À medida em que se sobressaem os direitos das crianças, necessariamente, a sua condição de sujeito toma relevo e, de conseqüência, o estatuto da incapacidade relativa ou absoluta comparece à pauta dos temas sob revisão.

A emergência da criança como novo sujeito na trama das relações sociais mereceria especial consideração, que, todavia, transborda os limites e objetivos do presente trabalho. Indispensável, porém, sinalizar que o século XX foi marcado por uma gradativa tomada de consciência, em nível mundial, da necessidade de se dispensar especial atenção à criança. Da Declaração de Genebra, de 1924, à Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança, aprovada pela Assembléia Geral das Nações Unidas, em 1989, e ratificada pelo Brasil, em 1990, têm-se plasmado princípios como o da *proteção integral*, responsabilizando não tão-somente os pais, mas o Estado e a sociedade em geral pelo cuidado das crianças.

Paradoxalmente, ao lado das intenções e tratados internacionais, sobretudo nos países do Terceiro Mundo, como é o caso do Brasil, durante esse mesmo século e, especialmente, no seu último quarto, assistiu-se ao crescente aviltamento dos direitos da criança e do adolescente.<sup>316</sup> Em decorrência de sistema econômico marcado pelo signo da exclusão, um sem número de crianças e adolescentes encontra-se à margem das condições de acesso a uma vida com o mínimo de

---

<sup>316</sup> Apenas a título de exemplo, dados do IBGE referentes à década de 1980 são indicativos do aumento do trabalho infantil, especialmente, na indústria de transformação. “Foi este ramo de atividade que apresentou o maior crescimento na participação dos menores no período 81/86, da ordem de 39,2%, tendo sido este aumento mais intenso no grupo de 10 a 14 anos (70,1%).” A mesma pesquisa revela que “do total de empregados na faixa de 10 a 17 anos, apenas 26% tinham carteira de trabalho assinada pelo empregador em 1986.” (IBGE – **Perfil estatístico de crianças e mães no Brasil**, 1988. p. 39).

dignidade. Encontram-se eles num *lugar* de não-direito.<sup>317</sup>

Consideradas estas ressalvas quanto aos limites e possibilidades do direito positivado, importa passar à análise de normas que têm a criança como centro de preocupação. A Convenção Internacional sobre os Direitos das Crianças é, nesse sentido, emblemática. Nela está subjacente um novo olhar para a criança. Superando a diretriz meramente protecionista dos outros diplomas internacionais sobre o tema, a Convenção, ao lado da proteção e do cuidado especial, que devem ser dispensados à criança, dá especial relevo aos direitos da personalidade<sup>318</sup> que lhe são inerentes, isto é, o direito de expressão, de religião, de privacidade, etc. Congruentes com a mais avançada doutrina internacional foram, também, a Constituição Federal de 1988 e o Estatuto da Criança e do Adolescente.

Este novo quadro, que vai-se esboçando, traz, conseqüentemente, outras demarcações à autoridade parental. São mudanças tão significativas que, de *per se*, impõem um repensar dessa autoridade exercida, agora, em face de uma criança ou de um adolescente que se insere no grupo familiar como autêntico sujeito de direito.

## 1 INCAPACIDADE – RELATIVIZANDO O ABSOLUTO

O “pátrio poder”, na sistemática do Código Civil de 1916, está umbilicalmente vinculado à questão da incapacidade do filho.<sup>319</sup> Inscrita no quadro de preocupações com a certeza e segurança dos atos jurídicos, a capacidade não é pensada como

---

<sup>317</sup> A noção de *não-direito* foi desenvolvida pela Sociologia Jurídica, que se apercebeu de que “o direito é uma espuma na superfície das relações sociais ou interindividuais”. Por todos, ver Jean Carbonnier, que analisa em profundidade situações de não-direito, demarcando a superação do que denominou panjurismo. Introduce tal discussão a partir da constatação de que “*los juristas dogmáticos piensan que todo es derecho o, por lo menos, que el derecho tiene vocación para estar en todas partes, para envolverlo todo y para sostener, como un dios, todo el universo habitado.*” (CARBONNIER, Jean. *Derecho flexible: para una sociología no rigurosa del derecho*, 1974, p. 33)

<sup>318</sup> STANCIOLI, Brunello. **Sobre a capacidade de fato da criança e do adolescente: sua gênese e desenvolvimento na família**, p. 40, jul./set. 1999.

<sup>319</sup> Sublinha Sílvio Rodrigues que “pela maioria extingue-se o pátrio poder, pois presume a lei que, atingidos os 21 anos, o indivíduo não mais precisa da proteção conferida aos incapazes”. (RODRIGUES, Sílvio. *Direito civil*, v. 6, 1995, p. 355)

um processo, antes, surge, observou Brunello STANCIOLI, como um *fiat*. Dorme-se incapaz e acorda-se capaz.<sup>320</sup>

É do senso comum que a aquisição da capacidade, na *vida real*, não se dá assim, como que no termo *ad quem* de um lapso de prescrição aquisitiva. Em verdade, a autoridade parental é exercida, com vistas ao desenvolvimento da criança que, num longo processo pedagógico, vai adquirindo capacidades crescentes. Sustentar, sem ressalvas, que o menor de 16 anos é absolutamente incapaz, certamente, implica negar-lhe a qualidade de sujeito.

Não se deve esquecer que o sistema jurídico por muito tempo reduziu “a mulher a objeto ou a um ser menor, incapaz”.<sup>321</sup> O sistema elege alguns e pretere outros das titularidades dos direitos que institui. Uma releitura crítica do direito civil recomenda atenção aos mecanismos de exclusão. Entre eles, sem dúvida, está a presunção legal da incapacidade cominada aos menores de 21 e, especialmente, aos menores de 16 anos.

A assertiva pura e simples da incapacidade tem seus fundamentos abalados, quando a criança passa a protagonizar o papel de sujeito em relações intersubjetivas, especialmente, no recesso familiar. Com a Constituição de 1988 e, mais especificamente, a partir da promulgação do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), Lei 8.069/90, à criança foram atribuídos direitos personalíssimos.<sup>322</sup>

Dispõe o art. 15 do ECA que “a criança e o adolescente têm direito à

---

<sup>320</sup> STANCIOLI, Brunello. **Sobre a capacidade** ..., p. 38.

<sup>321</sup> (FACHIN, Luiz Edson. **Em nome do pai**: estudo sobre o sentido e o alcance do lugar jurídico ocupado no pátrio dever, na tutela e na curatela, 1997, p. 588-589). E, mais adiante, referindo-se às mulheres e às crianças, observa “a presença dessas pessoas no Direito é, a rigor, a história de uma ausência”.

<sup>322</sup> Elucida Luiz Edson Fachin que o apego extremo às generalizações, que marcou a formulação do Código Civil de 1916, acabou por elevar as categorias jurídicas a um patamar de centralidade, em detrimento do sujeito. No entanto, as codificações, gradativamente, foram abrindo “capítulos para selar direitos subjetivos que não se confundiam com direitos objetivos, classicamente emoldurados, e nem com o direito potestativo, para disciplinar e garantir os chamados direitos personalíssimos, direitos estes que são de dupla face: São direitos que têm uma feição privada por dizerem respeito a um particular, mas a garantia é pública”. (FACHIN, Luiz Edson. **Teoria crítica do direito civil**, 2000, p. 102-103)

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 o legislador entendeu por bem fixar o conteúdo do direito à liberdade, ao especificar, no artigo seguinte, entre outras, a liberdade de opinião e expressão; de crença e culto religioso; de participar da vida familiar e comunitária, sem discriminação; de buscar refúgio, auxílio e orientação.

Se a criança tem direito à liberdade de expressão e opinião, em alguma medida, fica relativizada sua incapacidade absoluta, estabelecida pelo art. 5º do Código Civil.<sup>323</sup> Liberdade de expressão e opinião são direitos de tal ordem, que só podem ser exercidos pelo titular. A representação e a assistência, em tais casos, seriam elementos acessórios e secundários. As decisões fundamentais de sua vida, muito embora sejam da inteira responsabilidade de seus pais, devem ser mediadas pela sua participação, e esta será cada vez mais efetiva, à medida que a criança cresce e se desenvolve.

Seria incoerente negar-lhe a capacidade de pessoalmente exercer certos direitos se a ela, criança, é assegurado o direito à educação, que visa ao desenvolvimento de sua pessoa e ao seu preparo para o exercício da cidadania e qualificação para o trabalho.<sup>324</sup> Antipedagógico, portanto, proporcionar-lhe as condições para o aperfeiçoamento de sua personalidade, mas, ao mesmo tempo, negar-lhe qualquer capacidade.

Nos termos do ECA, a criança passa a ter voz nos tribunais. Aquela que somente dizia por boca de seus representantes legais passa a falar por si. Por exemplo, se a perda ou suspensão da autoridade parental importar na perda da

---

<sup>323</sup> Dispõe o art. 5º do **Código Civil**: “São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil: I - Os menores de 16 anos (...)”.

<sup>324</sup> Estabelece o art. 53 do **ECA**: “A criança e o adolescente têm direito à educação, visando ao pleno desenvolvimento de sua pessoa, preparo para o exercício da cidadania e qualificação para o trabalho, assegurando-se-lhes: I - igualdade de condições para o acesso e permanência na escola; II - direito de ser respeitado por seus educadores; III - direito de contestar critérios avaliativos, podendo recorrer às instâncias escolares superiores; IV - direito de organização e participação em entidades estudantis; V - acesso a escola pública e gratuita próxima de sua residência.

Parágrafo único. É direito dos pais ou responsáveis ter ciência do processo pedagógico, bem como participar da definição das propostas educacionais.”

guarda, obrigatoriamente, deverá ser ouvida a criança, exceto se sua oitiva se mostrar desaconselhável.<sup>325</sup>

Tal é a relativização da noção de incapacidade absoluta das crianças, que Gustavo Tepedino demonstra certa perplexidade com a inclusão da palavra *consentimento* no art. 45, § 2º, do ECA. É que, para o aperfeiçoamento do ato jurídico que resulta na adoção de maior de 12 anos, o seu *consentimento* constitui requisito de validade do próprio ato.<sup>326</sup> Assevera o referido autor que “o art. 45 § 2º é algo inusitado e provavelmente polêmico (...) Assim sendo, uma vez em vigor o art. 45 § 2º, criou-se uma exceção ao princípio milenar da incapacidade absoluta, admitindo o legislador que, neste caso específico, tenha condições o incapaz de discernir, sendo essencial o seu consentimento, não obstante incapaz para a prática dos demais atos da vida civil”.<sup>327</sup>

Evidentemente, não há que se cogitar da superação da presunção da incapacidade da criança. A presunção jurídica é erigida em seu próprio benefício e proteção. Por outro lado, tal presunção não pode ostentar caráter absoluto. Como demonstrado, a própria lei admite exceções significativas.

Brunello STANCIOLI, com lastro nos ensinamentos de João Batista Villela, propõe a distinção entre capacidade negocial e capacidade de entendimento. A capacidade negocial é fixada em lei por critérios objetivos e se presume, *a priori*. Logo, o maior de 21 anos é plenamente capaz, até prova em contrário, não cabendo perquirir o seu grau de conhecimento, maturidade, ou entendimento. “Por oposição, tem-se a capacidade de entendimento, que denota o domínio cognitivo e a habilidade decisional, ou ‘poder de avaliar, julgar’. (...) Não apresenta critérios

---

<sup>325</sup> Assim estabelece o § 2º do art. 161 do ECA: “Se o pedido importar em modificação de guarda, será obrigatória, desde que possível e razoável, a oitiva da criança ou adolescente”.

<sup>326</sup> ECA, Art. 45: “A adoção depende do consentimento dos pais ou do representante legal do adotando.

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

§ 2º. Em se tratando de adotando maior de doze anos de idade, será também necessário o seu consentimento”.

<sup>327</sup> TEPEDINO, Gustavo. *A disciplina jurídica da filiação*, 1993, p. 238.

objetivos, mas deve ser avaliada de forma situacional. Em outras palavras, busca-se analisar se o indivíduo tem capacidade para uma determinada tarefa”.<sup>328</sup>

Esta distinção pode constituir instrumental técnico interessante para que os aficionados à formalidade da letra do Código Civil não façam menoscabo dos avanços assegurados às crianças, que implicam em sua gradual participação nas decisões que irão determinar o seu futuro.<sup>329</sup>

O deslocamento da criança de um lugar jurídico marcado pela incapacidade para um *tópos* de estímulo ao exercício de sua cidadania, isto é, do exercício efetivo de seus direitos, suscita intrigantes questões quanto à autoridade parental.

O primeiro atributo da autoridade parental, enumerado no art. 384 do Código Civil, diz respeito à competência dos pais para dirigir a criação e educação dos filhos menores. Se se admite que as crianças adquirem, gradualmente, capacidade de entendimento, e que esta, sendo uma capacidade de fato, tem significativos efeitos jurídicos, há que se admitir a relativização da autoridade parental, enquanto direito unilateral de dirigir a criação e educação dos filhos.

Da relativização do conceito de “incapacidade dos menores”<sup>330</sup> desdobram-se ao menos duas ordens de conseqüências relevantes para o presente estudo: a democratização das relações paterno-filiais e a funcionalização da autoridade parental, que encontrará sua razão de ser num processo pedagógico

---

<sup>328</sup> STANCIOLI, Brunello. **Sobre a capacidade** ..., p. 39.

<sup>329</sup> O Superior Tribunal de Justiça ao decidir sobre a colocação de criança em família substituta, através da tutela, entendeu que a opinião desta afastaria a ordem de preferência dos tutores, prevista no art. 409 do Código Civil. Do julgado consta citação do parecer do Ministério Público do seguinte teor: “Com efeito, ao dizer que ‘sempre que possível’ a criança ou adolescente deverá ser previamente ouvido e a sua opinião devidamente considerada’, o § 1º do ECA 28 confere ao Juiz outros parâmetros além do que existia no CC 409.” (BRASÍLIA. Superior Tribunal de Justiça. REsp. 68.433-SP – 3ª T. – j. 17.06.1997 – Rel. Min. Nilson Neves – DJU 15.09.1997.) (RT, v. 747, a. 87, p. 228-230, jan.1998).

<sup>330</sup> Menor constitui designativo impróprio para referência genérica às crianças e adolescentes. Merece acolhida, neste sentido, a reflexão de Edson Seda: “É menor quem não é maior. É maior quem a lei convencionou que pode se autodeterminar na sociedade. É criança quem, perante a natureza (ontológica), vive a condição infanto-juvenil objetivamente observável no desenvolvimento pessoal de cada um (...) o ordenamento jurídico brasileiro acolheu crianças e adolescentes para um mundo dos direitos e dos deveres: o mundo da cidadania.” (Apud FARIA, Camila Renault Pradez. **Educação como direito fundamental**: sua estrutura política e econômica em face das novas regras constitucionais e legais, 2000, p. 211.)

constitucionalmente assinalado.

## 2 A CASA SE FAZ "POLIS" – DEMOCRATIZANDO A INTIMIDADE

A democratização política do País refletiu, indubitavelmente, nas relações privadas, mesmo naquelas que têm o acento da intimidade. Perceptível é, sem maior esforço, que os novos ares que revitalizaram a Nação, com a Constituição de 1988, fizeram, também, ventilar a casa.<sup>331</sup> A democratização da intimidade não se dá, automaticamente, como resultante de um câmbio nas estruturas formais do Estado. Ela advém de lentos processos, mediados por fatores culturais, econômicos, políticos e jurídicos.

Desde a perspectiva jurídica, tal democratização das relações domésticas encontra sua razão de ser na radical mudança do vértice axiológico, que alinha toda abordagem do novo direito civil, em gestação. O princípio da dignidade da pessoa humana,<sup>332</sup> enunciado como um dos fundamentos da República,<sup>333</sup> passa a ser a base do que se tem chamado repersonalização do direito civil.<sup>334</sup> Na medida em que a família deixa de ser tutelada em razão do papel institucional, eminentemente patrimonialista, que desempenhava no modelo liberal burguês, e passa a ser valorada como instrumento de proteção e desenvolvimento da personalidade de seus componentes,<sup>335</sup> instauram-se as condições para a redemocratização das

---

<sup>331</sup> A título de exemplo, basta citar o desdobramento do princípio geral da igualdade (CF, Art. 5º, inciso I) em outro princípio, o da igualdade entre os cônjuges (CF, Art. 226, § 5º).

<sup>332</sup> Neste sentido, Eroulths Cortiano Junior sustenta: "O centro nuclear do direito civil é a pessoa humana. Todo e qualquer instituto jurídico tem razão de ser a partir do momento em que exista (e seja considerado) em função do homem." (CORTIANO JUNIOR, Eroulths. **Alguns apontamentos sobre os chamados direitos de personalidade**, 1998, p. 41)

<sup>333</sup> CF, Art. 1º, inciso III.

<sup>334</sup> Sobre a construção de um novo direito civil, conclui Francisco Amaral: "O direito reafirma-se como uma categoria ética e como uma prática social. E o civilista surge como um intelectual crítico, empenhado, não mais na defesa da classe burguesa, mas da pessoa e dos seus interesses inalienáveis". (AMARAL, Francisco. **Racionalidade e sistema no direito civil brasileiro**, p. 81, 1994)

<sup>335</sup> A concepção jurídica de família que transparece na Constituição de 1988, segundo Gustavo Tepedino, aponta "o ocaso da família tutelada em si mesma, como núcleo indissolúvel, a ser preservado ainda quando já se houvessem dissipados os liames de afeto entre seus membros,

relações paterno-filiais.

Se as crianças devem ser formadas com vistas ao pleno exercício da cidadania, o processo que permite trazê-las a esta condição ideal não pode contradizer seu próprio fim. A autoridade parental será, portanto, exercida numa ambiência em que os filhos têm participação ativa, com “voz e voto” — a casa deve ser um ensaio para a praça.

A democratização das relações paterno-filiais encontra seu fundamento no princípio constitucional que imputa à família, à sociedade e ao Estado o dever de assegurar à criança e ao adolescente, entre outros, o direito à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.<sup>336</sup> Será, porém, o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), Lei 8.069/90, que explicitará e dará maior concretude ao princípio constitucional.

Tomando em conta as peculiaridades da idade, o art. 15 do ECA dispõe: “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”. Conforme, anteriormente, registrado, vê-se que o legislador fez questão de enunciar o que se devia entender por liberdade. Especificou, além de outros, os aspectos da liberdade de opinião e expressão, de crença e de culto religioso e a de participar da vida familiar e comunitária, sem discriminação.<sup>337</sup>

À criança e ao adolescente, nas suas múltiplas relações — o que inclui a relação com os pais — é assegurado o direito de construir opinião própria e de expressar seu pensamento com liberdade. Aquilo que poderia ser tido como meramente retórico por alguns, na verdade, está a indicar um novo *lugar* para o filho. Da condição de mero objeto da incidência do “pátrio poder” o filho passa a ter acento

---

prestigiando-se sempre a autoridade do chefe – de modo a mantê-la coesa – e a ancestralidade, motor da perpetuação patrimonial no mesmo tronco familiar, biologicamente concebido.” (TEPEDINO, Gustavo. **A disciplina jurídica da filiação na perspectiva civil constitucional**, 1997, p. 575)

<sup>336</sup> CF, Art. 227, *caput*.

<sup>337</sup> ECA, Art. 16.

na assembléia dos que detêm a titularidade de direitos.

Seu direito de opinião ganha tal concretude, que o Estatuto é expresso ao dispor que a criança e o adolescente, no seu processo educacional, têm “direito de contestar critérios avaliativos, podendo recorrer às instâncias escolares superiores”.<sup>338</sup> Evidentemente, a liberdade a que alude a lei deverá ser entendida com a devida parcimônia. Aliás, a própria Lei 8.069/90, sempre que se refere aos direitos das crianças e adolescentes, o faz reportando-se à sua condição de pessoas em desenvolvimento.<sup>339</sup> A liberdade da criança não pode dar ocasião a que — em razão de sua imaturidade — lesione o seu próprio direito.

O exercício da autoridade, portanto, inscreve-se, nesse contexto, como um processo de ensino-aprendizagem da liberdade, isto é, da condição de ser sujeito. Os laços da autoridade parental deverão ser aos poucos afrouxados até que, por fim, se desatem completamente. Esta democratização da relação paterno-filial traz consigo a gradativa responsabilização daquele que, em casa, vai-se fazendo cidadão. Exemplificativa, neste sentido, é a reflexão de Gustavo TEPEDINO, para quem a interpretação do art. 116 do ECA, em sintonia com o Código Civil, implicará na conclusão de que “o patrimônio do menor, acima de 12 anos, responde pelos danos causados a terceiros, solidariamente com o patrimônio dos pais, como já ocorria, anteriormente, para os maiores de 16 anos, nos termos do art. 156, combinado com o art. 1.518, parágrafo único do Código Civil”.<sup>340</sup>

### 3 RELAÇÃO PEDAGÓGICA – EDUCANDO PARA A AUTONOMIA

O exercício da autoridade parental constitui-se, antes de tudo, e,

---

<sup>338</sup> ECA, Art. 53, inciso III.

<sup>339</sup> Bem observou Gustavo TEPEDINO que na interpretação das prerrogativas que o ECA estabelece à criança e ao adolescente deve-se tomar em consideração, “de um lado, a própria situação de incapacidade jurídica, e, de outro, o fato de a criança, as mais das vezes, não dispor de elementos avaliativos suficientes, em razão da pouca experiência de vida.” (A disciplina jurídica da filiação..., p. 578)

fundamentalmente, em um mister pedagógico. O próprio Código Civil, ao enunciar os atributos do titular do “pátrio poder”, em primeiro lugar, faz sobressair que compete aos pais dirigir a criação e a educação dos filhos.<sup>341</sup> No sistema do Código Civil, este poder-dever de dirigir a educação dos filhos ainda tem um caráter nitidamente privado. Somente em casos extremos, o Estado interviria no exercício desta autoridade, que era confiada especificamente ao pai.<sup>342</sup> A participação do Estado e da sociedade em geral tinha caráter meramente excepcional. Ressalve-se que, há muito, a instrução das crianças recebe especial valoração social, tanto é assim que, cioso de tipificar penalmente os comportamentos mais repugnantes à sociedade, o legislador elevou ao patamar de ilícito penal a conduta que qualificou como abandono intelectual.<sup>343</sup>

A Constituição Federal de 1988, entretanto, estabeleceu novas diretrizes para a educação, as quais, insofismavelmente, têm incidência direta sobre o exercício da autoridade parental. A responsabilidade pela educação dos filhos transpõe as fronteiras da casa, para ser atribuída, também, à sociedade e ao Estado. Nos termos do art. 227 da Constituição Federal, constitui dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, entre outros, o direito à educação.

E ao tratar da educação, o texto constitucional assevera ser esta um direito de todos, atribuindo ao Estado e à família o dever de promovê-la e incentivá-la, com a colaboração da sociedade. E, ainda, fixa como objetivos da educação: (i) o pleno

---

<sup>340</sup> Idem, p. 579.

<sup>341</sup> Dispõe o art. 384, inciso I, do **Código Civil**: “Compete aos pais, quanto à pessoa dos filhos menores: I — dirigir-lhes a criação e educação”. O novo Código Civil traz idêntica disposição no art. 1.646.

<sup>342</sup> Em seu Comentário ao inciso I, do art. 384, do Código Civil, anotou Bevilacqua: “O direito de dirigir a educação do filho é também um dever do pai. Compete-lhe dar uma educação ao filho, para que este seja uma pessoa digna da sociedade e útil ao seu país. Se o pai não se desempenha desta missão sagrada, não somente infringe preceito da moral, como, ainda ofende direitos do filho. Por isso, embora não deva intervir, senão em casos graves e manifestos, porque é da maior conveniência cultivar-se o afeto da família, o direito se mantém vigilante pela sorte dos filhos.” (BEVILAQUA, Clovis. **Código civil dos Estados Unidos do Brasil comentado**, v. 2, 1917, p. 366)

<sup>343</sup> A criminalização de condutas foi e segue sendo, para os setores mais retrógrados da inteligência jurídica, a panacéia dos males sociais. Assim é que o crime de abandono intelectual está previsto no art. 246 do **Código Penal**: “Deixar, sem justa causa, de prover a instrução primária de filho em idade escolar: Pena - detenção, de 15 (quinze) dias a 1 (um) mês, ou multa.”

desenvolvimento da pessoa; (ii) seu preparo para o exercício da cidadania; (iii) sua qualificação para o trabalho.<sup>344</sup>

A Constituição especifica as responsabilidades. O dever imediato da educação dos filhos incumbe aos pais.<sup>345</sup> Estes, porém, devem exercer o seu *munus*, atendendo as diretrizes constitucionais relativas à educação. Note-se que entre as finalidades da educação, definidas, constitucionalmente, está em primeiro plano o desenvolvimento da pessoa, segundo, seu preparo para o exercício da cidadania e, em último lugar, a sua qualificação técnica para o exercício de uma profissão. Esta ordem de prioridades não desprestigia a habilitação profissional, mas, por outro lado, é indicativa de uma inversão que aponta para a superação do modelo de ensino tecnicista, que se implantou no País, durante o regime militar.<sup>346</sup> Ao estabelecer o desenvolvimento da pessoa e o seu preparo para o exercício da cidadania como objetivos primordiais da educação, a Constituição está a indicar que esta não deve revestir-se de um caráter puramente utilitário, isto é, apenas a formação de mão-de-obra.<sup>347</sup>

A diretriz constitucional é integralmente incorporada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, pois, também, este, ao tratar sobre o direito à educação, dá especial relevo ao processo educativo como meio para desenvolvimento da

<sup>344</sup> CF, Art. 205: "A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho."

<sup>345</sup> CF, Art. 229: "Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade." E o ECA, por sua vez, em dispositivo assemelhado expressa: "Art. 22. Aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhes ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais."

<sup>346</sup> A Lei 5.692/71 (Lei de Diretrizes e Bases para o ensino de 1º e 2º graus) foi a expressão jurídica da tendência pedagógica tecnicista. Sobre esta tendência ponderou Saviani: "A partir do pressuposto da neutralidade científica e inspirada nos princípios de racionalidade, eficiência e produtividade, essa pedagogia advoga a reordenação do processo educativo de maneira a torná-lo objetivo e operacional. De modo semelhante ao que ocorreu no trabalho fabril, pretende-se a objetivação do trabalho pedagógico." (SAVIANI, Demeval. **Escola e democracia: teorias da educação, curvatura da vara, onze teses sobre educação e política**, 1989. p. 23)

<sup>347</sup> A dogmática civil, também, quando tratava sobre a responsabilidade dos pais pela educação dos filhos, muitas vezes, contentou-se em repetir brocardos, reduzindo a educação a um conceito utilitarista: "A educação consiste, em última análise, no emprego de meios tendentes a tomarem o indivíduo útil à sociedade", ensinava José Virgílio Castelo Branco ROCHA (**O pátrio poder**, 1960, p. 135).

pessoa.<sup>348</sup> O Estatuto, escapando à lógica do modelo individualista<sup>349</sup> de conformar as relações jurídicas, tendo de um lado o titular de um direito, e, de outro, o devedor de uma obrigação, deu significativo passo, ao estabelecer o direito à educação como direito público subjetivo.<sup>350</sup> Não é apenas o indivíduo (a criança ou o adolescente) que tem um direito subjetivo em face de seus pais ou em face do Estado para ver assegurado seu acesso ao ensino obrigatório e gratuito, antes, desse direito é titular toda a sociedade. O interesse pela educação das crianças não mais se circunscreve a uma prerrogativa do titular da autoridade parental.

O direito fundamental à educação, estabelecido na Constituição, ganha, no ECA, contornos que devem, aqui, ser remarcados. O art 55 do Estatuto estabelece a obrigação dos pais ou responsáveis de matricular seus filhos ou pupilos na rede regular de ensino. Esta é uma obrigação não só em face do filho, mas em face da sociedade e do Estado, isto é, tal obrigação atende uma parcela da complexa relação jurídica que enfaixa o “direito público subjetivo” ao ensino obrigatório e gratuito.

A participação da sociedade evidencia-se, especialmente, pelas funções que foram atribuídas pela Lei aos Conselhos Tutelares da Criança e do Adolescente. Os diversos conselhos que foram criados, após a promulgação da Constituição de 1988, constituem uma forma de participação direta da sociedade civil organizada<sup>351</sup> na

---

<sup>348</sup> A primeira parte do *caput* do art. 53 do ECA reflete o art. 205 da CF, ao dispor: “A criança e o adolescente têm direito à educação, visando ao pleno desenvolvimento de sua pessoa, preparo para o exercício da cidadania e qualificação para o trabalho ...”

<sup>349</sup> Elizabeth Jones, numa leitura atenta do texto constitucional, ressaltou o caráter individualista da norma contida no inciso V do art. 208 da CF. Se para os níveis fundamental e médio de ensino, a igualdade material é a regra, para o acesso aos níveis mais elevados, o critério traz subjacente os pressupostos do individualismo liberal. Diz expressamente: “...encontramos uma ‘pérola’ de efeito meramente retórico-literário no inciso V do artigo 208, onde se debita à ‘capacidade de cada um’ a possibilidade de ter acesso ‘aos níveis mais elevados do ensino, de pesquisa e da criação artística’. A conquista da igualdade de oportunidades sociais por uma de suas vias — a educação — é atropelada pelo individualismo liberal, ao situar somente no sujeito a possibilidade de ascensão”. (JONES, Elizabeth. **Constituição e educação: um panorama visto da ponte**, p. 187, 1º sem. 1989.

<sup>350</sup> Dispõe o § 1º do art. 54 do ECA: “O acesso ao ensino obrigatório e gratuito é direito público subjetivo.”

<sup>351</sup> A criação de conselhos foi um dos instrumentos para arquitetar a incipiente democracia brasileira, que ainda está em fase de construção, pois como, acertadamente, sustenta Claude Lefort, “a democracia é invenção porque, longe de ser a mera conservação de direitos, é a criação

gestão das políticas públicas,<sup>352</sup> que envolvem direitos fundamentais. A educação não diz respeito, exclusivamente, aos que exercem a autoridade parental, nem tão pouco fica limitada ao controle da escola que, em última instância, não deixa de ser parte do aparelho estatal, se for pública.

O ECA prevê expressamente que, esgotados os recursos escolares para resolver problemas de reiteração de faltas injustificadas, de evasão escolar e elevados níveis de repetência, os dirigentes dos estabelecimentos de ensino fundamental devem comunicar estes fatos ao Conselho Tutelar.<sup>353</sup> Por meio dos Conselhos, a sociedade exercerá seu papel e assumirá sua parcela de responsabilidade pela educação das crianças, e aos atos do Conselho Tutelar foi outorgada certa força coercitiva<sup>354</sup> sobre os pais e responsáveis, pois de nada adiantaria conferir-lhe uma gama de atribuições, sem dotá-lo do instrumental necessário para fazer efetiva sua atuação.

A quota de responsabilidade do Estado pela educação das crianças, também, não foi minimizada pelo ECA, pois o não-oferecimento do ensino obrigatório ou sua oferta irregular poderá resultar na responsabilização da autoridade competente. O Estado, igualmente, foi responsabilizado pelo recenseamento dos alunos do ensino fundamental, com o encargo de zelar, junto aos pais, tutores ou guardiães, pela

---

ininterrupta de novos direitos, a subversão contínua do estabelecido, a reinterpretação permanente do social e do político.” (LEFORT, Claude. **A invenção democrática: os limites do totalitarismo**, 1983, p. 11).

<sup>352</sup> Sublinha Elisabeth Maria Velasco Pereira que “a instituição Conselho Tutelar é sinônimo de maturidade democrática, pois funciona de acordo com as necessidades locais, tendo como características básicas para seu funcionamento a leveza e agilidade de suas decisões, abominando práticas burocratizantes. O Conselho é um instrumento para assegurar que se cumpram os preceitos da política de proteção aos direitos da criança e do adolescente no Município.” (PEREIRA, Elisabeth Maria Velasco. **O Conselho Tutelar como expressão de cidadania: sua natureza jurídica e a apreciação de suas decisões pelo Poder Judiciário**, 2000, p. 562)

<sup>353</sup> ECA, Art. 56: “Os dirigentes de estabelecimentos de ensino fundamental comunicarão ao Conselho Tutelar os casos de: (...) II - reiteração de faltas injustificadas e de evasão escolar, esgotados os recursos escolares; III - elevados níveis de repetência.”

<sup>354</sup> Entre as infrações administrativas, o ECA estabeleceu: “Art. 249. Descumprir, dolosa ou culposamente, os deveres inerentes ao pátrio poder ou decorrentes de tutela ou guarda, bem assim determinação da autoridade judiciária ou Conselho Tutelar: Pena - multa de três a vinte salários de referência, aplicando-se o dobro em caso de reincidência.” (Grifamos).

freqüência escolar.<sup>355 356</sup>

Pode-se sustentar, portanto, que parcela significativa da autoridade parental — a que se refere à educação dos filhos — transpõe as estritas fronteiras de um direito subjetivo privado para integrar uma situação jurídica complexa, caracterizada por um direito público subjetivo.

Por outro lado, a educação, que na Constituição e no ECA se projeta, tende a dar autonomia ao educando, à medida em que este se desenvolve. Poder-se-ia, a partir desta premissa, afirmar que toda instituição educativa — o que inclui, entre outras, a família e a escola — traria uma contradição ínsita: o seu fim último é fazer com que o educando dela não necessite, porque o preparou suficientemente bem para fazer suas próprias aquisições, para desenvolver pensamento próprio, enfim, para aprender por si mesmo.

Georges SNYDERS muito bem apontou a precariedade desta conclusão simplista, que pressupõe que “o tempo escolar seria o oposto da idade adulta, a criança submissa o oposto do adulto autônomo” e, mais adiante, esclarece: “Principalmente o adulto nunca prescinde de mestres: ele se fia num determinado jornal, confia-se à determinada igreja, adere à determinada corrente de sua época, inclusive o ceticismo, o indiferentismo e a abstenção, que são posições tão nítidas quanto as outras.”<sup>357</sup>

Com maior razão, pode ser aplicada ao âmbito específico da educação dos filhos, pelo exercício da autoridade parental, a reflexão que Snyders desenvolve, tendo em conta mais especificamente a escola. Cada um, na idade adulta, continuará sendo aprendiz, irá “filiar-se” a determinada tendência ideológica, modo de vida, partido (institucional ou não). Parafraseando Snyders, é possível dizer que a autonomia para a qual deve apontar o exercício da autoridade parental não implica

---

<sup>355</sup> Cf, art. 54, §§ 2º e 3º, do ECA.

<sup>356</sup> Tal especificação se quis dar à responsabilidade do Estado, que o constituinte, no art. 60 dos ADCT, fixou porcentagem que o Poder Público deveria aplicar, durante dez anos, na erradicação do analfabetismo e na universalização do ensino fundamental.

<sup>357</sup> SNYDERS, Georges. **Alunos felizes**: reflexões sobre a alegria na escola a partir de textos literários, 1993, p. 115.

prescindir dos primeiros mestres — os pais — mas, sim, fundamentar o preparo da criança e do adolescente a fim de melhor escolher os mestres, voluntariamente, na maturidade.

A educação para a autonomia do filho há de se processar por intermédio de uma relação dialógica, na qual está implícita a confiança no outro. Ao tratar da centralidade do diálogo, em sua concepção educacional, concluía Paulo FREIRE: “Ao fundar-se no amor, na humildade, na fé nos homens, o diálogo se faz uma relação horizontal, em que a *confiança* de um pólo no outro é conseqüência óbvia. Seria uma contradição se, amoroso, humilde e cheio de fé, o diálogo não provocasse este clima de confiança entre seus sujeitos. Por isto inexistente esta confiança na antidualogicidade da concepção ‘bancária’ da educação”.<sup>358</sup> Numa relação que se estabeleça a partir desses fundamentos, os filhos gradativamente se sentirão sujeitos de seu próprio pensar e de sua visão do mundo.

O mundo do filho — educando — se plasma na dinamicidade da palavra intercambiada, até vir o momento em que a presença concreta da autoridade parental é dispensável.<sup>359</sup> Se o momento ímpar do exercício da autoridade parental, em seu viés educacional, for bem *vivido*, certamente resultará em um imorredouro<sup>360</sup> benefício para a vida adulta, mesmo muito depois de desatados os laços da autoridade parental.

---

<sup>358</sup> FREIRE, Paulo. **Pedagogia do oprimido**, 1983, p. 96.

<sup>359</sup> A palavra pedagogia tem sua raiz etimológica no grego “*παιδαγωγος*”, uma combinação dos substantivos “*παις*” (criança), “*παιδεια*” (educação) e do verbo “*αγω*” (conduzir). Pedagogo era o escravo que conduzia a criança à escola. A partir de determinada idade, a atividade desse escravo, preceptor da criança, era dispensada.

<sup>360</sup> Bem percebeu Rubem Alves: “Ensinar é um exercício de imortalidade. De alguma forma continuamos a viver naqueles cujos olhos aprenderam a ver o mundo pela magia da nossa palavra. O professor, assim, não morre jamais [...]” (ALVES, Rubem. **A alegria de ensinar**, 1994, p. 2)

## CONCLUSÃO

Com os olhos voltados ao princípio e ao percurso, ainda que em nenhum momento assim se tenha formulado, percebe-se que a abordagem do tema partiu e seguiu pela orientação de Heráclito, no sentido de que o vir-a-ser é o dado último e que nenhuma realidade é imóvel e idêntica a si, posto que nada escapa ao inexorável devir.

Da análise de situações hodiernas de rompimento dos laços de autoridade parental, sem desprezar as raízes históricas em que se funda a concepção jurídica desse *munus* desempenhado pelos pais, buscou-se *retratar* um instante dessa realidade em perene movimento.

Diferentemente daqueles que supõem da pesquisa resultar a apreensão e o domínio do objeto do conhecimento, ao final desta incursão ao estudo da autoridade parental, o que se colhe são apenas ângulos, traços, nuances e sombras de um quadro inacabado. Este resultado não decorre tão-somente do atual estágio do Direito de Família, marcado por radicais mutações, mas, antes, e, fundamentalmente, do caminho pelo qual se optou. Recusados os atalhos fáceis da redução do Direito a equações lógico-formais e à mera exegese da lei, a trilha pelos complexos espaços das relações vitais que ligam e desatam pais e filhos e sua apreensão na esfera jurídica não permitem conclusões peremptórias.

Sem embargo dessas observações preliminares, mister sumariar o que se viu, ainda que de forma pontual e sem a pretensão de, aqui, repetir todas as parciais conclusões, eventualmente, enunciadas nas paradas do percurso.

A noção<sup>361</sup> de autoridade parental constitui provisória síntese que se constrói das raízes fincadas nos dialéticos momentos da História, na intenção de que a

---

<sup>361</sup> Ainda que se advogue a adoção da expressão *autoridade parental*, enquanto *nomen iuris*, em substituição ao arcaico "*pátrio poder*", por todas as razões expostas na presente dissertação, mais relevância tem o entendimento de seu sentido e alcance. Entretanto, não se deve desprezar a lição de Wittgenstein, segundo a qual: "Os limites de minha linguagem denotam os limites de meu mundo." – Enunciado 5.6 – (WITTGENSTEIN, Ludwig. *Tractatus logico-philosophicus*, 1968, p. 111)

remissão ao pretérito exorcize o fetiche dos conceitos estáticos. Da família, enquanto estado (clã), anterior ao próprio Estado, na qual a *patria potestas* importava a disposição de vida e de morte sobre a pessoa do filho, passa o "pátrio poder" por uma funcionalização, em razão do papel institucional que a "entidade familiar" ocupou no modelo liberal-burguês, até que, na configuração da "*família-plural*" contemporânea, a *autoridade parental* se desenhasse como direito-dever dos pais em relação aos filhos, direcionado, fundamentalmente, para o desenvolvimento destes últimos, numa ambiência em que a afetividade e a realização pessoal de cada um dos membros do núcleo familiar têm lugar privilegiado.

Na "nova" família, a autoridade parental menos que uma titularidade, constitui-se e mantém-se pelos efetivos e afetivos laços que unem pais e filhos. A Constituição de 1988 fixou marco referencial em matéria de direito de filiação. Desatrelada do matrimônio, a relação paterno-filial foi tutelada como um bem em si. As diversas circunstâncias que impõem a separação entre pais e filhos, as possibilidades de investigação de paternidade e a pluralidade de formas de constituição de entidades familiares apontam na direção de que a autoridade parental não é um dado, mas um construído. Logo a autoridade parental não deriva meramente de um título de registro de nascimento, nem tão pouco do simples reconhecimento de vínculo genético entre progenitor e gerado, decorrendo, antes e sobretudo, da real existência da posse de estado de filho.

Como corolário do que se acaba de afirmar, tem-se que a autoridade parental distingue-se dos meros deveres oriundos do vínculo genético. Ainda que os deveres de sustento em relação aos filhos sejam ínsitos à autoridade parental, com esta não se confundem, isto porque a autoridade parental constrói-se, fundamentalmente, em razão de uma comunhão de vida entre pais e filhos, que não comporta sua redução a meros deveres.

O exercício da autoridade parental tornou-se passível de um maior e mais ostensivo controle externo. Especialmente, a partir da promulgação da Constituição de 1988 e do Estatuto da Criança e do Adolescente (1990), ao Estado e à sociedade civil organizada foram atribuídos encargos em relação às crianças e aos

adolescentes, não importando o fato de estarem ou não sob a autoridade parental. Os princípios do *melhor interesse da criança* e o de sua *proteção integral* tomaram tal relevo que a intervenção estatal não ficou mais restrita somente ao atendimento daquelas crianças e adolescentes “em situação irregular”, para usar a linguagem pré-estatutária. As políticas públicas, a instituição de Conselhos de Direitos da Criança e do Adolescente, do Conselho Tutelar, as formas de colocação em família substituta, especialmente, a nova natureza da adoção, os mecanismos de suspensão e de destituição da autoridade parental deram nova feição a este direito, que sustentamos, ainda, ser um direito subjetivo dos pais.

Por outro lado, verificou-se constituir a noção de *abuso de direito* referencial teórico adequado para o trato jurídico daquelas situações sensíveis em que o exercício da autoridade parental desvirtua-se, mesmo não implicando o cometimento de qualquer ato ilícito. Os princípios constitucionais e estatutários apresentam-se como balizas para a aferição do exercício da autoridade parental. O abuso se salienta sempre que há contrariedade entre a estrutura formal do direito subjetivo atribuído aos pais e os fundamentos axiológicos dessa mesma autoridade parental, os quais emanam, especialmente, da Constituição e do ECA. Ressalva-se, todavia, que, não raras vezes, o abuso da autoridade parental escapa à “apreensão jurídica”, seja em razão de sua sutileza, seja em razão do caráter de intimidade que ainda marca, profundamente, a relação entre pais e filhos.

A autoridade parental sofre demarcação clara em razão do papel protagônico que os filhos — crianças e adolescentes — passam a exercer. Tal mudança põe em questão a noção de “incapacidade do menor”, a qual tem seus fundamentos abalados, pelo fato da criança e do adolescente, em circunstâncias da maior relevância, se despontarem, no novo cenário, como sujeitos de direitos. Essas alterações implicaram o que foi chamado, neste estudo, de “*democratização da intimidade*”.

Por fim, importa mencionar que a autoridade parental revela-se, fundamentalmente, como uma relação pedagógica direcionada à autonomia dos filhos. O acesso à educação não se reduz, porém, a um direito subjetivo em face dos pais ou do Estado, mas constitui uma situação jurídica complexa, caracterizada pelo

ECA como direito público subjetivo, de tal sorte que, sendo a função educativa a finalidade última da autoridade parental, experimenta esta, também, notória publicização.

Estes são, em síntese, os traços mais evidentes do novo perfil de uma realidade que à medida que se revela, também, se esconde, posto que encerra os mistérios do ser e do fazer-se humano. E o que haverá de mais humano do que a relação entre pais e filhos? As palavras de Michelle PERROT expressam com eloquência os limites do presente trabalho e a provisoriedade de suas conclusões: "Os segredos que constituem as famílias e o mistério dos indivíduos persistem e se modificam. É isso que teríamos de captar mas conseguimos apenas entrever".<sup>362</sup> Com esta consciência é que se ousa colocar um ponto, que não é final, ao fim destas páginas de uma investigação apenas preambular.

---

<sup>362</sup> PERROT, Michelle. *História da vida privada*, v. 4, 1991, p. 119.

## REFERÊNCIAS

- 1 ADORNO, Theodore. W.; HORKHEIMER. Sociologia da família. In: CANEVACCI, Massimo (Org.). **Dialética da família**. 2. ed. São Paulo: Brasiliense, 1982. p. 213-222.
- 2 ALMEIDA, Maria Christina de. **Investigação de paternidade e DNA: aspectos polêmicos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.
- 3 ALVES, José Carlos Moreira. **Direito romano**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1972. v. 2.
- 4 ALVES, Rubem. **O suspiro dos oprimidos**. São Paulo: Paulinas, 1984.
- 5 \_\_\_\_\_. **A alegria de ensinar**. São Paulo: Ars Poética, 1994.
- 6 ALVIM, Tereza Arruda (Coord.). **Repertório de jurisprudência e doutrina sobre direito de família**. São Paulo: RT, 1995. v. 2.
- 7 AMARAL, Francisco. Racionalidade e sistema no direito civil brasileiro. Separata de: **Revista O Direito**, Rio de Janeiro, a. 126, v. 1-2, p. 63-81, 1994.
- 8 \_\_\_\_\_. **Direito civil: introdução**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- 9 ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. São Paulo: Abril Cultural, 1973. (Os pensadores).
- 10 ARONE, Ricardo. **Propriedade e domínio: reexame sistemático das noções nucleares de direitos reais**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- 11 AUSUBEL, Nathan. Conhecimento judaico. In: **Biblioteca de cultura judaica**. Rio de Janeiro: Tradição, 1967.
- 12 AZEVEDO, Plauto Faraco. **Crítica à dogmática e hermenêutica jurídica**. Porto Alegre: Fabris, 1989.
- 13 BADINTER, Elisabeth. **Um amor conquistado: o mito do amor materno**. 5. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1985.
- 14 BERMAN, Marshall. **Tudo o que é sólido desmancha no ar: a aventura da modernidade**. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.
- 15 BEVILAQUA, Clóvis. **Código civil dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1960. v. 2.
- 16 \_\_\_\_\_. **Código civil dos Estados Unidos do Brasil comentado**. São Paulo: Francisco Alves, 1917. v. 2.
- 17 \_\_\_\_\_. **Direito de família**. 8. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, [s. d.].
- 18 BITTAR FILHO, Carlos Alberto. Pátrio poder: regime jurídico atual. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 676, p. 79-84, fev. 1992.
- 19 BITTENCOURT, Edgard de Moura. **Guarda de filhos**. 3. ed. São Paulo: Universitária de Direito, 1984.
- 20 BLOCH, Ernest. El hombre como posibilidad. In: BLOCH, Ernest *et alli*. **El futuro de la esperanza**. Salamanca: Sígume, 1973. p. 59-76.

- 21 BONFANTE, Pietro. **Corso di diritto romano**. Milano: Giuffrè, 1963. v. 1.
- 22 BOSSERT, Gustavo A.; ZANNONI, Eduardo. **Régimen legal de filiación y patria potestad**. Buenos Aires: Astrea, 1992.
- 23 BRASÍLIA. Superior Tribunal de Justiça. REsp. 68.433-SP – 3ª T. – j. 17.06.1997 – Rel. Min. Nilson Neves – DJU 15.09.1997. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 747, a. 87, p. 228-230, jan.1998.
- 24 \_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. REsp 158.920-SP, 4ª T. Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira. 23 mar. 1999. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 768, a. 88, p. 190, out. 1999.
- 25 CAHALI, Yussef Said. **Divórcio e separação**. 9. ed. São Paulo: RT, 2000.
- 26 CARBONERA, Silvana Maria. **Guarda de filhos na família constitucionalizada**. Porto Alegre: Fabris, 2000.
- 27 CARBONNIER, Jean. **Derecho flexible: para una sociología no rigurosa del derecho**. Madrid: Tecnos, 1974.
- 28 CARVALHO, Orlando. **Teoria geral da relação jurídica: seu sentido e limites**. 2. ed. Coimbra: Centelha, 1981.
- 29 CARVALHO, Paulo Caetano. A família e o município. In: PEREIRA, Tânia da Silva. **Melhor interesse da criança: um debate interdisciplinar**. Rio de Janeiro: Renovar. 2000. p. 155-207.
- 30 CHAVES, Antônio. **Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente**. 2. ed. São Paulo: LTr., 1997.
- 31 COLMAN, Arthur; COLMAN, Libby. **O pai: mitologia e reinterpretação dos arquétipos**. 10. ed. São Paulo: Cultrix, 1995.
- 32 CORTIANO JUNIOR, Eroulths. Alguns apontamentos sobre os chamados direitos de personalidade. In: FACHIN, Luiz Edson (Coord.) **Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 31-56.
- 33 \_\_\_\_\_. O direito de família no Projeto do Código civil. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; LEITE, Eduardo de Oliveira (Coord.) **Repertório de doutrina sobre direito de família: aspectos constitucionais, civis e processuais**. São Paulo: RT, 1999. v. 4. p. 222-243.
- 34 COSSIO, Carlos. **La teoría egologica del derecho y el concepto juridico de libertad**. 2. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1964.
- 35 COULANGES, Fustel de. **A cidade antiga: estudos sobre o culto, o direito e instituições da Grécia e de Roma**. São Paulo: Américas, 1967. v. 1.
- 36 FACHIN, Luiz Edson. A tríplice paternidade dos filhos imaginários. In: ALVIM, Teresa Arruda (Coord.) **Repertório de jurisprudência e doutrina sobre direito de família: aspectos constitucionais, civis e processuais**. São Paulo: RT, 1995. v. 2. p. 170-185.
- 37 \_\_\_\_\_. (Coord.). **Averiguação e investigação da paternidade extramatrimonial: comentários à Lei 8.560/92**. Curitiba: Gênese, 1995.
- 38 \_\_\_\_\_. **Da paternidade: relação biológica e afetiva**. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

- 39 \_\_\_\_\_. Em nome do pai: estudo sobre o sentido e alcance do lugar jurídico ocupado no pátrio dever, na tutela e na curatela. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord). **Direito de família contemporâneo: doutrina, jurisprudência, direito comparado e interdisciplinaridade**. Belo Horizonte: Del Rey, 1997. p. 585-604.
- 40 \_\_\_\_\_. (Coord.) **Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.
- 41 \_\_\_\_\_. **Elementos críticos do direito de família**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- 42 \_\_\_\_\_. Paternidade e ascendência genética. In: LEITE, Eduardo de Oliveira (Coord.). **Grandes temas da atualidade: DNA como meio de prova da filiação**. Rio de Janeiro: Forense. 2000. p. 163-176.
- 43 \_\_\_\_\_. **Teoria crítica do direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- 44 \_\_\_\_\_. **Estatuto jurídico do patrimônio mínimo**. Rio de Janeiro: Renovar. 2001.
- 45 FACHIN, Rosana Amara Girardi. **Em busca da família do novo milênio: uma reflexão crítica sobre as origens históricas e perspectiva do direito de família brasileiro contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- 46 FARIA, Camila Renault Pradez. Educação como direito fundamental: sua estrutura política e econômica em face das novas regras constitucionais e legais. In: PEREIRA, Tânia da Silva. **O melhor interesse da criança: um debate interdisciplinar**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 209-252.
- 47 FOHRER, Georg. **História da religião de Israel**. São Paulo: Paulinas, 1982.
- 48 FRANÇA, Nadja Porto. **Tutela e tutela especial: responsabilidade parental compartilhada**. Curitiba, 2000. Dissertação (Mestrado) - Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná.
- 49 FREIRE, Paulo. **Pedagogia do oprimido**. 14. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1983.
- 50 GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1995.
- 51 GOMES, Orlando. **Raízes históricas e sociológicas do Código civil brasileiro**. Salvador: Universidade da Bahia, 1959.
- 52 \_\_\_\_\_. **Direito de família**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.
- 53 GONÇALVES, Luiz da Cunha. **Tratado de direito civil em comentário ao Código civil português**. São Paulo: Max Limonad, 1955. v. 2, t. 1.
- 54 GRISARD FILHO, Waldyr. Guarda compartilhada. **Repertório de doutrina sobre direito de família: aspectos constitucionais, civis e processuais**. São Paulo, v. 4, p. 414-447, 1999.
- 55 \_\_\_\_\_. **Guarda compartilhada: um novo modelo de responsabilidade paternal**. São Paulo: RT, 2000.
- 56 HABERMAS, Jürgen. A família burguesa e a institucionalização de uma esfera privada referida à esfera pública. In: CANEVACCI, Massimo (Org.) **Dialética da**

- família. 2. ed., São Paulo: Brasiliense, 1982. p. 226-234.
- 57 HOBBS, Thomas. **Leviatã ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil**. 3. ed., São Paulo: Abril Cultural, 1983.
- 58 HOLANDA, Sergio Buarque de. **Raízes do Brasil**. Rio de Janeiro: José Olympio, 1936.
- 59 HORKHEIMER, Max; ADORNO, Theodor. Sociologia da família. In: CANEVACCI, Massimo (Org.). **Dialética da Família**. São Paulo: Brasiliense, 1982. p. 213-222.
- 60 IBGE – **Perfil estatístico de crianças e mães no Brasil – Sistema de acompanhamento da situação sócio-econômica de crianças e adolescentes 1981 – 1983 – 1986**. Rio de Janeiro: IBGE, 1988.
- 61 JONES, Elizabeth. Constituição e educação: um panorama visto da ponte. **Revista Educação Brasileira**, Brasília, CRUB, 11 (22), p. 181-196, 1. sem. 1989.
- 62 KAFKA, Franz. **Carta a meu pai**. São Paulo: Nova Época, [s.d.].
- 63 KONDER, Leandro. **Kafka: vida e obra**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1979.
- 64 LEITE, Eduardo de Oliveira. A família monoparental como entidade familiar. In: ALVIM, Tereza Arruda (Coord.). **Repertório de jurisprudência e doutrina sobre direito de família**, São Paulo, v. 2, 1995. p. 40-70.
- 65 \_\_\_\_\_. **Famílias monoparentais: a situação jurídica de pais e mães solteiros, de pais e mães separados e dos filhos na ruptura da vida conjugal**. São Paulo: RT, 1997.
- 66 LEFORT, Claude. **A invenção democrática: os limites do totalitarismo**. São Paulo: Brasiliense, 1983.
- 67 LENOIR, Yves. Didática e interdisciplinaridade: uma complementaridade necessária e incontornável. In: FAZENDA, Ivani Catarina Arantes (Org.). **Didática e Interdisciplinaridade**. Campinas: Papyrus, 1998.
- 68 LIMA, Pires de; VARELA, Antunes. **Código civil anotado**. Coimbra: Coimbra, 1995. v. 5.
- 69 LÔBO, Paulo Luiz Netto. Contrato e mudança social. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 722, p. 40-45, dez. 1995.
- 70 LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo**. 3. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1983. (Os pensadores).
- 71 MARKY, Thomas. **Curso elementar de direito romano**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.
- 72 MATO GROSSO. Tribunal de Justiça. AgIn. 9.051 – 3ª Câmara. – j. 24.02.1999 – Rel. Des. Manoel Ornellas de Almeida. **Revista dos Tribunais**, São Paulo. v. 767, a. 88, p. 333-335, set. 1999
- 73 MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 22. ed., São Paulo: Malheiros, 1997.
- 74 MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. AI. 22.822-3 – 3ª Câmara. – j. 12.03.1992 – Rel. Des. Lúcio Urbano. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 684, p. 156-157, out. 1992.

- 75 \_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça. Ag. 127.355/6 – 4ª Câmara. – j. 25.02.1999 – Rel. Des. Reynaldo Ximenes Carneiro – DOMG 15.09.1999. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 772, a. 89, p. 343-345, fev. 2000.
- 76 \_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça. Ap. 152. 240/8 – 1ª Câmara. – j. 17.08.1999 – Rel. Des. Garcia Leão – DOMG 08.02.2000. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 782, a. 89, p. 358-360, dez. 2000
- 77 \_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Ap. 156.935-9/00 – 2ª Câmara. Rel. Des. Lúcio Urbano. 4 abr. 2000. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 783, a. 90, p. 390-392, jan. 2001.
- 78 MIRANDA, Pontes. **Tratado de direito de família**. 3. ed. São Paulo: Max Limonad, 1947. v. 3.
- 79 MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil: direito de família**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1964. v. 2.
- 80 MÜNSTER, Arno. **Ernest Bloch: filosofia da praxis e utopia concreta**. São Paulo: Universidade Estadual Paulista, 1993.
- 81 NICK, Sérgio Eduardo. Guarda compartilhada: um novo enfoque no cuidado dos filhos e pais separados ou divorciados. In: BARRETO, Vicente (Org.). **A nova família: problemas e perspectivas**. Rio de Janeiro: Renovar, 1977. p. 127-168.
- 82 OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de; MUNIZ, Francisco José Ferreira. **Direito de família: direito matrimonial**. Porto Alegre: Fabris, 1990.
- 83 PARANÁ. Tribunal de Justiça. Busca e apreensão – Guarda – Mãe que faleceu. Ap. 1.493/83 – 1ª CC. Rel. Des. Osiris Fontoura – j. 18.10.88 – v.u.). In: ALVIM, Tereza Arruda (Coord.). **Repertório de jurisprudência e doutrina sobre direito de família**. São Paulo: RT, 1995. v. 2.
- 84 \_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. Busca e apreensão. Entrega a terceiros. Menor impúbere. Ap. 494/88 – 1ª CC. Rel. Des. Oto Luiz Sponholz – j. 23.8.88 – v.u. In: ALVIM, Tereza Arruda (Coord.). **Repertório de jurisprudência e doutrina sobre direito de família**. São Paulo: RT, 1995. v. 2.
- 85 PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Reconhecimento de paternidade e seus efeitos**. 5. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1997.
- 86 \_\_\_\_\_. **Instituições de direito civil**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. v. 5.
- 87 PEREIRA, Elisabeth Maria Velasco. O Conselho Tutelar como expressão de cidadania: sua natureza jurídica e a apreciação de suas decisões pelo Poder Judiciário. In: PEREIRA, Tânia da Silva. **O melhor interesse da criança: um debate interdisciplinar**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 551-574.
- 88 PEREIRA, Lafayette Rodrigues. **Direito de família**. 5. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1956.
- 89 PEREIRA, Tânia da Silva. Infância e adolescência: uma visão histórica de sua proteção social e jurídica no Brasil. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. **Direitos de família e do menor**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1993. p. 299-317.
- 90 \_\_\_\_\_. **Direito da criança e do adolescente: uma proposta interdisciplinar**. Rio de Janeiro: Renovar. 1996.

- 91 \_\_\_\_\_. Direito da criança e do adolescente: a convivência familiar e comunitária como um direito fundamental. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito de família contemporâneo: doutrina, jurisprudência, direito comparado e interdisciplinaridade**. Belo Horizonte: Del Rey, 1997. p. 639-694.
- 92 \_\_\_\_\_. O "melhor interesse da criança". In: PEREIRA, Tânia da Silva (Coord.). **O melhor interesse da criança: um debate interdisciplinar**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 1-101.
- 93 PEREIRA, Sérgio Gischo. Tendências modernas do direito de família. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia**, v. 18, n. 1-2, p. 295-328, 1989.
- 94 PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.
- 95 PERROT, Michelle. **História da vida privada**. São Paulo: Companhia das Letras, 1991. v. 4.
- 96 \_\_\_\_\_. O nó e o ninho. **Veja 25 anos: reflexões para o futuro**. São Paulo: Abril, 1993.
- 97 PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. **O abuso do direito e as relações contratuais**. Curitiba, 2000. Dissertação (Mestrado) - Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná.
- 98 REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 1982.
- 99 **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, a. 2, v. 6, abr./jun. 2001.
- 100 RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. Alimentos. Pátrio poder. Obrigação alimentar. Maioridade do alimentando. Exoneração. AC. 644/2000. 9ª C.Cív. Rel. Des. Jorge Magalhães. 22 maio 2000. **DJ**, 4 abr. 2000.
- 101 \_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça. Alimentos. Maioridade do alimentando. Exoneração da obrigação alimentar. AC. 1.628/98. 2ª C.Cív. Rel. Des. Sérgio Cavalieri Filho. 21 maio 1998.
- 102 \_\_\_\_\_. Ap. 6.816/97, 9ª Câmara. Rel. Des. Laerson Mauro. 6 ago. 1998. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 761, a. 88, p. 370, mar. 1999.
- 103 ROCHA, José Virgílio Castelo Branco. **O pátrio poder: estudo teórico-prático**. Rio de Janeiro: Tupã, 1960.
- 104 RODRIGUES, Sílvio. **Direito civil aplicado**. São Paulo: Saraiva, 1982. v. 1.
- 105 \_\_\_\_\_. **Direito civil**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. v. 6: direito de família.
- 106 ROSA, João Guimarães. **Grande sertão: veredas**. 20. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986.
- 107 SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. Ap. 1.536/90 – 1ª Câmara. – j. 30.10.1990 – Rel. Des. Carlos Alberto Menezes Direito. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, v. 674, p. 176-177, dez.1991.
- 108 SANTOS NETO, José Antonio de Paula. **Do pátrio poder**. São Paulo: RT, 1994.

- 109 SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. MS. 14.857-0/8 – C. Esp. – j. 04.07.1992 – Rel. Des. Yussef Cahali. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 693, p. 116-117, jul. 1993.
- 110 \_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça. AI 15.254.0/3 – C. Esp. – j. 03.09.1992 – Rel. Des. Sabino Neto. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 692, p. 58-59, jun. 1993.
- 111 \_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça. AI. 176.494-1/7 e 176.567-1/0 – 2ª Câmara. – j. 16.03.1993 – Rel. Des. Cezar Peluso. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 699, p. 57-66, jan. 1994.
- 112 \_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça. Ap. Civ. 26.951.4/4-00 – 9ª Câmara. – j. 16.09.1997 – Rel. Des. Franciulli Netto. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 747, a. 87, p. 253-254, jan. 1998.
- 113 \_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça. Investigação de paternidade. Cumulação com alimentos. AC. 125.464-4 – Jaboticabal. 7ª CDPPriv. Rel. Des. Leite Cintra. 15 dez. 1999.
- 114 \_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça. Alimentos. AC. 107.290-4. 9ª CDPúb. Rel. Rüter Oliva. 14 set. 1999.
- 115 \_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça. Ap. 107.362.4/6 – 6ª Câmara. Rel. Des. Testa Marchi. 26 out. 2000. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 787, a. 90, p. 228-229, maio 2001.
- 116 \_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça. Ap. 162.618.4/8 – 3ª Câmara. – j. 07.11.2000 – Rel. Des. Ênio Santarelli Zuliani. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 786, ano 90, p. 268-270, abr.2001.
- 117 SAVIANI, Dermeval. **Escola e democracia: teorias da educação, curvatura da vara, onze teses sobre educação e política**. 21ª ed. São Paulo: Cortez. 1989.
- 118 SESSAREGO, Carlos Fernández. **Abuso del derecho**. Buenos Aires: Astrea. 1992.
- 119 SNYDERS, Georges. **Alunos felizes: reflexões sobre a alegria na escola a partir de textos literários**. São Paulo: Paz e Terra, 1993.
- 120 SOTTOMAYOR, Maria Clara. A introdução e o impacto em Portugal da guarda conjunta após o divórcio. **Revista Brasileira de Direito de Família**, Porto Alegre, n. 8, p. 52-53, jan./mar. 2001.
- 121 \_\_\_\_\_. **Regulação do exercício do poder paternal nos casos de divórcio: de acordo com as alterações ao Código Civil introduzidas pela Lei 84/95, de 31 de agosto**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998.
- 122 \_\_\_\_\_. Divórcio, poder paternal e realidade social: algumas questões. Separata de: **Direito e Justiça**. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa**, Coimbra v. 11, t. 2, p. 161-172, 1997.
- 123 STANCIOLI, Brunello. Sobre a capacidade de fato da criança e do adolescente: sua gênese e desenvolvimento na família. **Revista Brasileira de Direito de Família**, Porto Alegre, v. 2, p. 37-42, jul./set. 1999.
- 124 SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos de personalidade e sua tutela**. São Paulo:

RT, 1993.

125 TEPEDINO, Gustavo. A disciplina jurídica da filiação. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. **Direitos de família e do menor**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1993. p. 225-241.

126 \_\_\_\_\_. A disciplina civil-constitucional das relações familiares. In: BARRETTO, Vicente (Org.). **A nova família: problemas e perspectivas**. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 47-69.

127 \_\_\_\_\_. A disciplina jurídica da filiação na perspectiva civil constitucional. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **Direito de família contemporâneo: doutrina, jurisprudência, direito comparado e interdisciplinaridade**. Belo Horizonte: Del Rey, 1997. p. 547-583.

128 VARELA, Antunes. O abuso do direito no sistema jurídico brasileiro. **Revista de Direito Comparado Luso - Brasileiro**, Rio de Janeiro, a. 1, n. 1, p. 37-59, jun. 1982.

129 VELASCO, Elisabeth Maria. O conselho tutelar como expressão de cidadania: sua natureza jurídica e apreciação de suas decisões pelo Poder Judiciário. In: PEREIRA, Tânia da Silva. **Melhor interesse da criança: um debate interdisciplinar**. Rio de Janeiro: Renovar. 2000. p. 551-574.

130 VIANA, Marco Aurélio S. **Da guarda, da tutela e da adoção: no Estatuto da Criança e do Adolescente**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.

131 VILLELA, João Baptista. O modelo constitucional da filiação: verdades & supertições. **Revista Brasileira de Direito de Família**, Porto Alegre, v. 1, n. 2, p. 121-142, jul./set. 1999.

132 WIEACKER, Franz. **Historia del derecho privado de la edad moderna**. Madrid: Aguilar, 1957.

133 \_\_\_\_\_. **História do direito privado moderno**. 2ª ed. Lisboa: Calouste Gulenkian, 1993.

134 WITTGENSTEIN, Ludwig. **Tractatus logico-philosophicus**. São Paulo: Nacional, 1968.

## ÍNDICE

<b>RESUMO .....</b>	<b>VI</b>
<b>ABSTRACT .....</b>	<b>VII</b>
<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>1</b>
<b>I. GÊNESE E EVOLUÇÃO DA AUTORIDADE PARENTAL – A QUESTÃO HISTÓRICA .....</b>	<b>9</b>
1 <i>Notícias da Antigüidade .....</i>	<i>11</i>
2 A "PATRIA POTESTAS" ROMANA .....	15
3 O <i>Medievo – confluência de sistemas .....</i>	<i>18</i>
4 <i>Razão, liberdade e lei – os postulados jusnaturalistas .....</i>	<i>21</i>
5 O "pátrio poder" no direito "brasileiro" pré-codificado .....	26
6 O "locus" do "pátrio poder" no sistema codificado brasileiro .....	29
7 Do "pátrio poder" à construção de uma nova noção: a "autoridade parental" .....	36
<b>II. AUTORIDADE PARENTAL FRACIONÁRIA – A QUESTÃO DA SEPARAÇÃO ENTRE PAIS E FILHOS .....</b>	<b>39</b>
1 <i>Filhos da separação – autoridade parental e o fracionamento de seu exercício .....</i>	<i>39</i>
A) Entre lei e realidade .....	40
B) A experiência portuguesa .....	44
C) Superação da culpa e castigo — o melhor interesse da criança .....	47
2 O lugar de uma ausência – autoridade parental e a monoparentalidade .....	51
3 O Vínculo biológico – autoridade parental e a investigação da paternidade .....	59
4 Dever e autoridade parental .....	68
<b>III. O ABUSO DA AUTORIDADE PARENTAL – A QUESTÃO PATOLÓGICA .....</b>	<b>72</b>
1 O abuso de direito .....	72
2 O pai de Kafka .....	75
3 Onde o Direito não alcança .....	79
<b>IV. O CONTROLE DA AUTORIDADE PARENTAL – A QUESTÃO ESTATAL E SOCIAL .....</b>	<b>85</b>
1 Entre o público e o privado .....	85
2 Políticas públicas de proteção à criança – intercorrência de autoridades .....	89
3 Medidas de proteção à criança e ao adolescente e medidas pertinentes aos pais – conflito de autoridades .....	94
4 A colocação em família substituta - a adoção .....	97
5 A suspensão, as restrições e a perda da autoridade parental .....	103
A) Restrições e suspensão da autoridade parental .....	104
B) Destituição da autoridade parental .....	110
<b>V. AUTORIDADE PARENTAL E DEMOCRACIA – A QUESTÃO DA CIDADANIA .....</b>	<b>115</b>
1 Incapacidade – relativizando o absoluto .....	116
2 A casa se faz "polis" – democratizando a intimidade .....	121
3 Relação pedagógica – educando para a autonomia .....	123
<b>CONCLUSÃO .....</b>	<b>130</b>
<b>REFERÊNCIAS .....</b>	<b>134</b>