

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

Faculdade de Direito

TUTELA E TUTELA ESPECIAL: RESPONSABILIDADE
PARENTAL COMPARTILHADA

NADJA PORTO FRANÇA

Curso de Mestrado em Direito

Direito de Família

*De acordo
Curitiba - 12/12/2000
Ephraim*

Dissertação apresentada ao curso de Pós Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, da Universidade Federal do Paraná, como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre em Direito.

CURITIBA

2000

TUTELA E TUTELA ESPECIAL: RESPONSABILIDADE PARENTAL
COMPARTILHADA

por

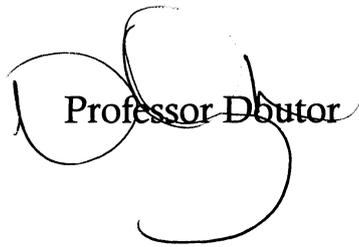
NADJA PORTO FRANÇA

Dissertação aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre no Curso de Pós-Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, da Universidade Federal do Paraná, pela comissão formada pelos professores:

Orientador:


Professor Doutor Eduardo de Oliveira Leite
Setor de Ciências Jurídicas, UFPR

Professor Doutor 


Professor Doutor

Curitiba, 2000

“Entre a resistência viva à transformação e às necessidades que se impõem pelos fatos, o papel a ser exercido, nesse campo, pelos operadores do Direito, poderá antecipar, em parte, aquilo que virá.”

Luiz Edson Fachin
(Elementos Críticos do Direito de
Família)

Aos meus pais e meu irmão, meus
espelhos de dignidade, respeito e
perseverança.

Aos meus filhos Caroline e Pedro
Henrique, razão do meu viver.

SUMÁRIO

RESUMO	vii
ABSTRACT	viii
INTRODUÇÃO	1

PARTE I – A FAMÍLIA

1. NO DIREITO ROMANO	3
2. NO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO	25
3. NO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE	54

PARTE II – RELAÇÕES PARENTAIS

1. RESPONSABILIDADE PARENTAL	94
2. ATRIBUTOS DA RESPONSABILIDADE PARENTAL	112
3. DA EXTINÇÃO, DESTITUIÇÃO E SUSPENSÃO DA RESPONSABILIDADE PARENTAL	132

PARTE III – TUTELA ESPECIAL

1. TRANSFORMAÇÕES SOCIAIS	138
----------------------------------	------------

2.COMPARTILHAMENTO DA RESPONSABILIDADE PARENTAL	144
CONCLUSÃO	151
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	157
ÍNDICE DAS MATÉRIAS	168

RESUMO

A família e suas relações evoluíram do Direito Romano ao Estatuto da Criança e do Adolescente. O pátrio poder perdeu seu caráter despótico, passando a ser entendido com um dever ou como um direito-função dos pais em relação aos filhos. A família de patriarcal, hierarquizada e matrimonializada fundada em valores econômicos, cede espaço à família igualitária, não fundada, necessariamente, no matrimônio e revestida de sentimentos de afeto e companheirismo, onde o casamento e a família existem para o desenvolvimento pessoal de cada integrante, na busca da felicidade. A doutrina jurídica da proteção visa todos os jovens, independentemente da situação jurídica que se encontrem. A legislação atual apresenta como modalidades de família substituta a guarda, a tutela e a adoção. A guarda não confere ao guardião o direito de assistir ou representar o adolescente e a criança; a tutela, aos moldes do Código Civil, é entendida como um sucedâneo do pátrio poder; a adoção desvincula a criança e o adolescente da família natural. Ficam crianças e adolescentes sob o vácuo deixado pelo legislador, para os casos em que não há motivo para serem destituídos do pátrio poder, os pais, que, porém, não podem exercer os atributos do pátrio poder. Em contrapartida, e contraditoriamente, o legislador permite o consentimento dos pais para a colocação em família substituta na modalidade de adoção, o que significa renunciar ao pátrio poder. Já para outros casos, como para o deferimento da tutela, não é permitido o consentimento, é necessária a destituição do pátrio poder. Porém, vislumbra-se em alguns pontos do Código Civil e do Estatuto da Criança e do Adolescente a possibilidade de ser o pátrio poder dos pais compartilhado com terceira pessoa, se esta medida for para atender os interesses da criança e do adolescente. O presente estudo permite determinar a sua necessidade e a sua possibilidade jurídica.

ABSTRACT

The family and its relationships evolved from the Roman Law to the Child and Adolescent Statue. The patriarchal power lost its despotic character, being understood as a duty or as a fatherly responsibility that parents hang to their children. The patriarchal hierarchical and matrimonial family based on economic valves, surrendered to an equal family, not necessarily based on marriage and replete with affection and companionship, where the marriage and the family exist for personal development of their members, in search of happiness. The legal doctrine of protection aims for every young person, independently of the legal position they are. The current law shows as sorts of substitute family, the protectionship, the guardianship and the adoption. The protectionship does not grant to the protector the right to assist or represent both the child or adolescent; the guardianship, according to the Civil Law, may be understood as the substitute of the patriarchal power; the adoption detaches the child and adolescent from their original family. Children and adolescents stand on the void left by the legislator for the cases when there are not reason for being dismissed from the patriarchal power, although the parents who cannot perform the patriarchal power attribute. Otherwise, contradictorily, the legislator allows the parents' agreement with the placement in a substitute family as adoption, what means to resign to the patriarchal power. On the other hand, in cases like the the guardianship granting, the agreement is not allowed and it is necessary the dismissal of the patriarchal power by sentence. However, for some matters, the Civil Law and the Child and Adolescent Statue are likened about the possibility of the patriarchal power be shared with another person, if this step is to respect the child or adolescent interests. This study let us determine its necessity and its legal possibility.

INTRODUÇÃO

O tema que ora apresenta-se, enfoca a necessidade e a possibilidade que tem os pais de compartilharem com uma terceira pessoa, a responsabilidade parental, em situações especiais, que se apresentam face às grandes modificações sociais que vem se configurando, as quais o Direito não vem acompanhando. Para tanto, propõe-se abrir um debate em torno da possibilidade de inserção no ordenamento jurídico pátrio de um novo modelo de tutela no Direito brasileiro: a tutela especial.

Buscou-se perfazer os caminhos por que passaram a família, o pátrio poder e a tutela pelo direito romano, pelo Código Civil até o Estatuto da Criança e do Adolescente, demonstrando as diversas visões sobre as questões relacionadas à família.

Verificou-se que o Estatuto da Criança e do Adolescente, ao abordar a colocação em família substituta, inova posicionamentos e princípios existentes na legislação civil, quanto à guarda e à adoção, porém, no que se refere à tutela, mantém-se atrelado aos preceitos do Código Civil.

O evoluir social, em seu multifacetário espectro, determinou significativas mudanças nas relações familiares. Se houve transformação no modelo familiar codificado, se o modelo familiar contemporâneo e suas relações interpessoais se alteraram, torna-se evidente a necessidade de se considerar, também, um modelo diferente de tutela que atenda às necessidades familiares que acontecem hoje e uma visão de pátrio poder menos arraigada à *patria potestas*.

Hoje, assim como à época da elaboração do Código Civil em 1916, a tutela só é deferida quando a criança ou o adolescente não se encontrarem sob o pátrio poder

dos pais, ou seja, quando forem órfãos, ou quando os pais forem destituídos do pátrio poder. Ocorre que, em muitas situações, se faz necessário que uma pessoa que não é titular da responsabilidade parental, compartilhe com o titular seus deveres no interesse da criança ou do adolescente.

Um novo aspecto passou a ser reconhecido, com a Constituição Federal de 1988, nas relações familiares, o afeto, o companheirismo que dão à família novos contornos jurídicos. Assim, felicidade e afeto demarcam seu espaço nesta nova família, uma “*comunidade de afeto e entre-ajuda*”¹.

Neste passo seguem as relações paterno-filiais, ou seja, o modelo eudemonista também pode ser observado na legislação pós-constituição referente às crianças e adolescentes. Depreende-se tal fato, da determinação que faz o Estatuto da Criança e do Adolescente, que a relação de afetividade deve ser observada, nas medidas de colocação em família substituta, com o intuito de minorar as conseqüências da medida.

Embora tenha sido esta a preocupação do legislador, não cuidou de adequar o instituto da tutela a este novo modelo familiar e à suas necessidades, o que deixa em desabrigo crianças e adolescentes que necessitam de uma família substituta mais completa que a guarda e menos ampla que a adoção, já que, não incorrem os pais em descumprimento das obrigações da responsabilidade parental.

É o que analisaremos no presente trabalho.

¹ OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de; MUNIZ, Francisco José Ferreira. **Direito de família (Direito matrimonial)**, p.11.

CAPÍTULO I

1. NO DIREITO ROMANO

1.1. ORGANIZAÇÃO FAMILIAR

Conhecer, ainda que sucintamente, a evolução que sofreu a família através da história, nos permite compreender o papel que o indivíduo desempenhou nas diversas fases do seu desenvolvimento, e ainda, rever concepções, algumas fundadas em preconceitos e motivações ideológicas; já que “*o tropel dos eventos desmente verdades estabelecidas e desmancha o saber*”². O modelo familiar sempre sofreu grandes influências do poder político, econômico, social e religioso do momento histórico a que estava inserido.³

A família de hoje, apesar de sua evolução conceitual, traz em sua realidade fática seqüelas de modelos de grupos familiares registrados na história da humanidade, e ainda, para que possamos compreendê-la e adequá-la aos preceitos sociais, morais,

² SANTOS, Milton. **A natureza do espaço: técnica e tempo : razões e emoção**, Apud, Luiz Edson Fachin. Elementos críticos de Direito de Família, p. 2.

³ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Escreveu: “Mudam os costumes, mudam os homens, muda a história; só parece não mudar esta verdade, vale dizer, a atávica necessidade que cada um de nós sente de saber que, em algum lugar, encontra-se o seu porto e o seu refúgio, isto é, o seio de sua família.” **Família e casamento em evolução**, In: Revista Brasileira de Direito da Família, vol. 5, p.8.

religiosos, políticos e jurídicos de hoje, imprescindível que tracemos os momentos marcantes de sua transformação e seus tópicos de referência, “*pois o seu estado tal como se apresenta em cada época é o produto e o resumo de todas as suas épocas anteriores. E se cada homem escutar a sua própria alma nela poderá encontrar e distinguir as diferentes épocas e o que cada uma dessas lhe legou*”.⁴

Com a evolução da sociedade, o homem funda a organização familiar num sistema patriarcal⁵, onde o varão detém o poder sobre os componentes deste grupo, os quais estão agrupados por interesses econômicos.⁶

O Direito Romano deu à família uma estrutura peculiar, tornando-a uma unidade jurídica, econômica e religiosa, fundada na autoridade soberana de um chefe. A família romana estruturou-se em cima do poder inatacável do *pater familias*⁷, que nos limites de sua casa detinha todos os poderes de decisão, os quais exercia sobre os filhos e a mulher, não havendo nenhuma possibilidade de o Estado intervir na esfera familiar, que era de natureza estritamente privada.

“A família romana, formada por um conjunto de pessoas e coisas, estava submetida a um chefe, a um senhor, o pater familias. O poder deste que em regra era o mais antigo dos membros da família, é um direito soberano enquanto sua paternidade é original nele como pater familias, ou seja, que não lhe foi concedida por um órgão superior, nem a tem derivada do Estado, como membro da comunidade política. É uma paternidade unitária, como a

⁴ COULANGE, Fustel de. **A cidade antiga: estudo sobre o culto, o direito e as instituições da Grécia e de Roma**, p.19.

⁵ LEITE, Eduardo de Oliveira. “O exemplo mais vigoroso de organização patriarcal nos é revelado pela família romana. Não que Roma tenha detido o apanágio de tal estrutura na história antiga, mas, ao contrário de outras civilizações, os romanos guindaram à hierarquia de princípio normativo, matéria que encontrava natural ambiente no mero terreno dos costumes, da praxe, da aceitação empírica, sem contestação.” **Tratado de direito de família: origem e evolução do casamento**, p.57.

⁶ MARKY, Thomas. “A palavra família no direito romano, tinha vários significados: designava precipuamente o chefe da família e o grupo submetido ao poder dele, mas podia também significar patrimônio familiar ou determinados bens a este pertencentes. Aliás, etimologicamente, família prende-se a *famulus*, escravo, que, em Roma, tinha valor econômico.” **Curso elementar de direito romano**, p. 153.

⁷ LEITE, Eduardo de Oliveira. “Como soberano do grupo, chefe e sacerdote, ele tutela o sagrado (*sacra*) e o privado (*privata*), julgando os filhos (*filiis familias*) e demais membros do grupo familiar, exigindo respeito de todos e exercendo o poder de castigar até a pena de morte (*ius vitae et necis*).” *Obra citada*, p. 60.

soberania que retira sua força e eficácia da autoridade do pater e que se manifesta externamente através dos termos manus (mão) e potestas (poder).”⁸

Nos diz José Carlos Moreira ALVES, que o termo família era empregado em sentido amplo e em sentido estrito, entendendo-se pelo primeiro, aquele grupo de pessoas vinculadas pelo parentesco consangüíneo, tanto na linha reta quanto na linha colateral; e, entendendo-se família em sentido estrito, os cônjuges e os seus filhos.⁹ Sendo que é da família em sentido estrito, que hoje, se ocupa o direito de família.

Assevera Eugene PETIT, que família se apresenta em dois sentidos distintos. Num sentido próprio, entende-se por família, o grupo de pessoas colocadas sob a autoridade ou a *manus* de um único chefe. Compreendendo a família, o *paterfamilias*, que é o chefe; os descendentes que estão submetidos a sua autoridade paternal e a mulher *in manu*, que está em condição análoga de uma filha. Em outro sentido, família compreende o *paterfamilias* e as pessoas colocadas sob sua autoridade paternal, ou sua *manus*, os quais estão unidos entre si pelo parentesco civil, chamado de *agnatio*.¹⁰

Portanto, a constituição da família romana está definida pela característica dominante do regime patriarcal; a soberania do pai e do avô paterno; senhor absoluto das pessoas que estavam sob sua autoridade, o chefe de família coloca as regras segundo sua maneira; podendo excluir seus descendentes pela emancipação, podendo ainda, incluir algum estranho à família pela adoção. Estendendo-se seu poder às coisas, pois todas as aquisições se concentram em um patrimônio único, sobre o qual exerce todos os direitos de proprietário. Enfim, esta organização, que tem por base o poder do pai, não tendo a mãe nenhum papel, perdurou por vários séculos; e não faz

⁸ LEITE, Eduardo de Oliveira, Obra citada, p.60.

⁹ ALVES, José Carlos Moreira. **Direito romano**, p.282.

¹⁰ PETIT, Eugene. “La palabra familia, aplicada a las personas, se emplea en derecho romano en dos sentidos contrarios. 1.En el sentido próprio se entiende por familia o *domus* la reunión de personas colocadas bajo la autoridad o la *manus* de un jefe único. La familia comprende, pues, el *paterfamilias*, que es el jefe; los descendientes que están sometidos a su autoridad paternal y la mujer *in manu*, que esta en una condición análoga a la de una hija (*loco filiae*).(...) 2. El *paterfamilias* y las personas colocadas bajo su autoridad paternal, o su *manus*, están unidos entre ellos por el parentesco civil llamado *agnatio*.” **Tratado elemental de derecho romano**, p. 136-137.

muito tempo que a mãe assumiu ao lado do marido as responsabilidades concernentes à criação e educação dos filhos.

A esposa estava *in manu*¹¹, ou seja, estava a mulher sujeita ao poder do marido¹², enquanto existisse a *affectio maritalis*; os filhos eram considerados incapazes, e os bens, mesmo os adquiridos pelos filhos, pertenciam ao *pater*, exceto aqueles que, mais tarde, no direito pós-clássico, podiam constituir pecúlios.

Segundo Arnaldo WALD, a família romana era definida como o conjunto de pessoas que estavam sob a *patria potestas* do ascendente comum vivo, mais velho. O *pater familias* exercia a sua autoridade sobre os seus descendentes não emancipados, sobre a sua esposa e sobre as mulheres casadas com *manus*, com os seus descendentes.¹³

O ponto fundamental da família natural é o casamento, a união entre um homem e uma mulher, com a intenção de viverem como esposo e esposa, com o objetivo de terem filhos e assim, constituírem uma sociedade. Nesta intenção, nos diz Eduardo de Oliveira LEITE, não há nenhuma forma de consentimento, o que a caracteriza é a continuidade, a convivência, a duração da vida em comum, a intenção de viver como esposa de um determinado homem.¹⁴ Assim, para o casamento, não é exigida forma jurídica¹⁵, as formalidades são de caráter religioso, “o casamento romano é um ato privado, um fato independente da sanção de qualquer poder público”¹⁶ “(...) é um ato essencialmente privado e contratual; existe a partir do momento em que os esposos estão de acordo em serem, daí para o futuro, marido e

¹¹ LEITE, Eduardo de Oliveira. “Para dar continuadores á família do marido, a mulher deve pertencer a ela e, por isso, entra nessa família como se fosse filha do marido – *loco filiae* – separando-se integralmente de sua família de origem. A submissão ao marido processava-se através da *manus* que, embora não fosse norma – já que, inicialmente, o casamento celebrava-se sem nenhuma forma jurídica – ficava garantida e perfeitamente determinada pela *deductio*, ou seja, a intenção da mulher de viver como esposa em casa do marido. Intenção que será logo chamada de *affectio maritalis*, por Justiniano.” Obra citada, p. 58.

¹² MARKY, Thomas. Obra citada, p. 159.

¹³ WALD, Arnaldo. **O novo direito de família**, p.30.

¹⁴ LEITE, Eduardo de Oliveira. Idem, ibidem.

¹⁵ LEITE, Eduardo de Oliveira. “(...) o casamento romano era uma situação de fato dependendo da intenção das partes e marcado por uma cerimônia que produz efeitos de Direito, sem ser portanto um ato jurídico.” Idem, p. 59.

¹⁶ LEITE, Eduardo de Oliveira. Idem, ibidem.

*mulher. Trata-se de uma convenção puramente consensual, despida de qualquer formalismo (...)*¹⁷ Assim, o casamento não era considerado como uma relação jurídica, mas sim como um fato social que tinha conseqüências jurídicas.

A família romana é construída de acordo com os fatos sociais, com o modelo social que à época se apresentavam, isto é, o casal, os filhos, os escravos e os servos, todos sob a autoridade do chefe, do *pater familias*.

No direito romano, a família era entendida como o grupo que estivesse sob a *patria potestas* de um ascendente comum mais velho que ainda vivesse, este exercia sobre todos seus descendentes a sua autoridade, era o *pater familias*. Roberto de RUGGIERO, diz que “o direito romano dava ao termo família duas significações distintas, designando umas vezes o grupo de pessoas submetidas em dado momento à autoridade soberana de um chefe (*familia jure proprio*), ou o grupo de todas aquelas que seriam submetidas a uma autoridade única, se o *pater familias* comum ainda vivesse (*familia jure communi*)”¹⁸.

Portanto, o vínculo familiar reproduz o patriarcalismo, que se instaura sob absoluta submissão “à ‘*patria potestas*’ como ‘*filius familias*’ se produziu como efeito da procriação oriunda de um casamento legítimo por um indivíduo varão da família, quer seja o ‘*pater familias*’, quer o ‘*filius familias*’, mas a noção cara ao patriarcalismo, da certeza genérica, fica assegurada pelo casamento legítimo, pela união da mulher a um só homem e pela sanção a qualquer tentativa de adultério.”¹⁹

De modo geral, a família era constituída, ou por meio de celebrações religiosas, ou por meio de simples convivência como aduz Álvaro Villaça AZEVEDO:

“ (...) a mulher passava a integrar a família de seu marido, pela ‘*conventio in manum*’, sujeitando-se à ‘*manus*’, que era o poder marital, por uma das seguintes formas de constituição familiar: a) pela ‘*confarreatio*’, que consistia em uma cerimônia religiosa, reservada ao patriarcado, com excessivas formalidades, (...); b) pela ‘*coemptio*’, casamento privativo dos plebeus, que implicava a venda simbólica da mulher ao marido, (...); e c) pelo ‘*usus*’, que era o casamento pela convivência ininterrupta do homem e da

¹⁷ GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**, p. 565.

¹⁸ RUGGIERO, Roberto de. **Instituições de direito civil**, p. 12.

¹⁹ LEITE, Eduardo de Oliveira. Obra citada, p.57.

mulher, por um ano, em estado possessório, que, automaticamente, fazia nascer o poder marital, (...).”²⁰

O casamento é, para o Direito Romano, a base da família natural, e Eduardo de Oliveira LEITE, cita Pietro de Francisci, para dizer que segundo o direito romano, casamento é “*a convivência do homem e da mulher com intenção de ser esposo e esposa, de ter filhos e constituir uma sociedade íntima e perpétua.*”²¹

O casamento não requer nenhuma forma jurídica, é um ato privado, informal, “*E um ato essencialmente privado e contratual, existe a partir do momento em que os esposos estão de acordo em serem, daí para o futuro, marido e mulher.*”²²

O autor Guilherme Calmon Nogueira da GAMA, bem coloca o entendimento sobre a *affectio maritalis*:

“Como elemento subjetivo do casamento, os jurisconsultos romanos apontaram a affectio maritalis, de difícil conceituação, mas perceptível por alguns fatores. Assim, a affectio maritalis podia ser identificada pelo tratamento de esposa conferido pelo marido à mulher, associando-a à sua condição social, aos seus costumes, ao seu nome e ao seu modus vivendi. Ademais, no plano mais íntimo das relações humanas, a affectio maritalis era a intenção, o desejo do homem viver com a mulher para sempre, estando aí configurado o animus do casamento. Como elemento objetivo, apontou-se a deductio in domum mariti, ou seja, a transferência da mulher para casa do seu marido.”²³

A mulher entra na família do marido como se filha fosse, *loco filiae*, desligando-se de sua família de origem e submetendo-se ao marido através da *manus*, que mesmo não sendo previsto em nenhuma norma, era garantida pela *deductio*, isto é, a intenção da mulher de viver como esposa do marido; e assim dar continuidade a família do marido. A *deductio*, posteriormente passou a ser chamada de *affectio maritalis*, que é o que realmente caracteriza o casamento; o desejo, a intenção do

²⁰ AZEVEDO, Álvaro Villaça. **União estável antiga forma do casamento de fato**, In: Revista dos Tribunais, vol, 701, p7.

²¹ FRANCISCI, Pietro. apud LEITE, Eduardo de Oliveira, **Tratado de direito de família; origem e evolução do casamento**, p 57.

²² GILISSEN, John. Obra citada, p. 565.

²³ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **O companheirismo: uma espécie de família**, p. 26.

marido em tratar a mulher como esposa. E também a mesma intenção por parte da mulher, o *animus uxoris*, vontade de ser esposa.

Embora havendo a intenção da mulher em ser esposa do marido e de com ele viver em sua casa, não havia nenhuma forma de consentimento, o que era deduzido pela continuidade da convivência.²⁴ “*trata-se de uma convenção puramente consensual, despida de qualquer formalismo, não sendo exigida a coabitação.*”²⁵

É de ressaltar-se que a *affectio* de que aqui se fala, não pode ser confundida com o afeto, ou seja, a vontade de estar e permanecer junto a alguém. A *affectio* era presumida e condicionada à existência de uma situação jurídica reconhecida, portanto, trazia o casamento, em si, a *affectio maritalis*, elemento que daria a continuidade da relação.

Neste sentido preconiza Carlos Alberto BITTAR, que a família romana; “*Finca-se em ‘animus’ próprio (‘affectio maritalis’), manifestado sob compromisso público e solene dos nubentes de manter vida em comum, assistir-se mutuamente e procriar e educar os filhos, realizando, no fundo, um sentimento que anima o ser humano, ou seja, o de continuar a vida através de seus descendentes*”.²⁶

Do que se depreende que, o compromisso de dar continuidade à vida, de comungar da vida em comum, não significa que houvesse, necessariamente, a presença de afeto, mas sim, o *animus*, a vontade de viverem como marido e mulher; “*impende salientar que a affectio maritalis se fazia indispensável não somente no início da relação matrimonial, mas também durante todo o período de duração da união. Assim, acaso deixasse de existir, o casamento não tinha mais razão de ser, exigindo naturalmente a dissolução do matrimônio.*”²⁷

As pessoas da família eram divididas conforme seu estado na organização familiar, *status familiae*, em *sui juris*, categoria que se encontrava o *pater familias*,

²⁴ LEITE, Eduardo de Oliveira. “É a convivência e a duração da vida em comum que concretizam, em nível social, a intenção de viver como esposa de um determinado homem.” Obra citada, p. 58.

²⁵ GILISSEN, John. Obra citada, p 563.

²⁶ BITTAR, Carlos Alberto. **Direito de família**, p.10-11.

²⁷ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Obra citada, p. 26/27.

pois não se submetia a outro poder; e em *alieni juris*, aquelas pessoas que se subordinavam ao poder do *pater familias*.²⁸

Duas modalidades de parentesco eram conhecidas pelos romanos, a *agnatio* e a *cognatio*. A agnação, parentesco de cunho civil, engloba todos os descendentes masculinos do *pater familias*, a mulher *in manu*, os filhos adotados, “enfim, os que se achavam submetidos à ‘potestas’ do chefe do grupo familiar.”²⁹

A cognação fundava-se na consangüinidade, e eram cognados todos os descendentes e ascendentes de um mesmo tronco, em linha reta. Acepção de parentesco que prevaleceu; admitindo ainda o Direito Romano, o parentesco por afinidade, o qual se estabelecia entre um dos cônjuges com os parentes do outro. Com efeito, o parentesco consangüíneo, estabelecia-se também em linha colateral, já a afinidade restringia-se ao segundo grau.

O parentesco romano, portanto, diz Eduardo de Oliveira LEITE:

“(…) não se baseava apenas nos laços de sangue, mas no poder (potestas). Parentes seriam as pessoas que estivessem sob o poder do mesmo pater, ligadas pelo parentesco masculino. Essas pessoas eram chamadas agnadas, e o parentesco daí resultante denominava-se agnatio. O pater e seus descendentes eram agnados entre si. Já o parentesco pelo sangue, com relação à família materna ou paterna, chamava-se cognatio e não produzia efeitos civis. Era um parentesco natural.”³⁰

A família romana, de modelo patriarcal, está calcada no casamento, na convivência entre homem e mulher com intenção de serem esposo e esposa. Todos os membros do grupo familiar se submetem à autoridade do chefe, o *pater familias*, que detém a *potestas*. Alguns integrantes da família romana, quando não submetidos ao pátrio poder do *pater familias*, ficavam sob tutela, dependendo de fatores como sexo e idade, isto é, aqueles que não possuíam capacidade jurídica precisavam de um tutor para a eficácia de determinados atos.

²⁸ SANTOS NETO, José Antonio de Paula. **Do pátrio poder**, p.17

²⁹ GOMES, Orlando. **Direito de família**, p. 37.

³⁰ LEITE, Eduardo de Oliveira. Obra citada, p. 62.

O direito romano distingue a capacidade de direito ou jurídica da capacidade de fato, considerando que, a primeira gera a aptidão para exercer direitos e contrair obrigações em geral; a segunda, é a aptidão pessoal para praticar atos com efeitos jurídicos. Quando coexistem as duas capacidades na mesma pessoa, ela é absolutamente capaz.

O menor impúbere *sui juris*, possui capacidade de direito, podendo ter patrimônio, mas não pode praticar pessoalmente os atos necessários à gestão e alienação. “*Há necessidade de uma interposta pessoa, que o proteja na sua inexperiência, decorrente da idade: tutor (auctoritas tutoris).*”³¹

A incapacidade de direito ocorria por diversos fatores: pela degradação social, religião, profissão e condição social, sendo que estas pessoas estavam sob a proteção de um tutor.

Para a incapacidade de fato interferiam fatores como a idade, o sexo, doenças mentais e prodigalidade.

Assim, a mulher não tinha capacidade de fato, não podia exercer o pátrio poder, ser tutora de menores impúberes, adotar, ser testemunha em testamento, representar terceiros em juízo, contrair obrigações a favor de terceiro. “*A mulher, qualquer que fosse a sua situação civil, estava sempre submetida a um poder; se era solteira alieni juris submetia-se à patria potestas; se era casada, impunha-se-lhe a manus maritalis; sendo solteira, sui juris, ou viúva, ficava sob tutela permanente. Era a tutela perpétua da mulher que só veio a desaparecer no fim do Império.*”³²

Portanto, a incapacidade de fato, resultante da idade ou do sexo, deu origem à instituição da tutela, a fim de proteger a pessoa e os bens do menor e da mulher.

Refere Sílvio A. B. MEIRA, que o objetivo inicial da tutela era salvaguardar os interesses dos possíveis herdeiros do tutelado, os bens das mulheres e dos impúberes que, em virtude de sua fraqueza física, são incapazes de defender por si só contra os ataques e usurpações de terceiros.

³¹ MEIRA, Sílvio A. B. **Instituições de direito romano**. p. 56.

³² MEIRA, Sílvio A. B. Obra citada, p. 58.

*“A tutela é, então, um poder familiar, uma vis ac potestas, como o poder do paterfamilias sobre os alieni juris. O incapaz não pode, sem a colaboração de seu tutor, praticar atos jurídicos, nem propor ações judiciais, que sob o regime das legis ationes, são particularmente perigosas, pois o menor erro importa perda da demanda.”*³³

Esta idéia manteve-se até o final do antigo direito, quando então, surge uma nova concepção de tutela, a qual era destinada a proteger a pessoa que, em razão de sua fraqueza física ou intelectual, não podia se defender. Embora este novo entendimento sobre tutela, tenha implicado numa transformação radical da tutela dos impúberes, o mesmo não aconteceu sobre a das mulheres púberes.

Afirma José Carlos Moreira ALVES que a *tutela mulierum* no direito pré-clássico, se explica pela estrutura familiar primitiva; já no período clássico não se encontra justificativa que não seja especiosa.³⁴

Assim, a tutela dos impúberes não apresenta como característica a proteção da pessoa incapaz que não estivesse sob o pátrio poder, mas precipuamente a proteção de seu patrimônio em favor de seu herdeiro presuntivo. A proteção do menor, associada à proteção do patrimônio, surge mais tarde no direito clássico.

Já, a tutela das mulheres não teve a mesma evolução, pois a *tutela perpétua das mulheres*, como era denominada, tinha como fundamento a proteção dos interesses dos herdeiros presuntivos e não da pessoa da mulher, como afirma J. CRETELLA JÚNIOR, “a tutela das mulheres não se desenvolve, sucessivamente ficando o instituto, mais ou menos como era no início, até que desaparece.”³⁵

Os integrantes desta organização familiar, portanto, estavam sob a autoridade do *pater familias*, que a exercia segundo suas conveniências dentro de seu território familiar; caso não estivessem sob o pátrio poder do ascendente mais velho vivo, estariam sob tutela.

³³ MEIRA, Sílvio A. B. Obra citada, p. 193.

³⁴ ALVES, José Carlos Moreira. Obra citada, p. 396.

³⁵ CRETELLA JÚNIOR, J.. Obra citada, p. 142.

1.2. PATRIA POTESTAS

A característica fundamental da família romana, portanto, funda-se nas relações de poder, onde pode-se perceber com nitidez uma profunda desigualdade entre os indivíduos que compõem o grupo familiar, pois como já visto, as pessoas ou eram *sui iuris* ou eram *alieni iuris*, este, com conseqüente incapacidade de direito, e aquele era exclusivo de um único indivíduo dentro da família, ao qual todos os demais ficam sujeitos; “(...)o *pater familias* era o senhor absoluto do lar. Estavam a ele submetidos todos os entes que integravam o grupo doméstico. Enorme era a gama de poderes a ele conferidos.”³⁶ Por conseguinte, o modelo patriarcal reservou ao *pater familias*, dentro da sociedade doméstica, poderes amplos e ilimitados.

José Carlos Moreira ALVES, doutrina que “a *patria potestas* (*pátrio poder*) é o conjunto de poderes que o *pater familias* tem sobre seus *fili familias*.”³⁷

O instituto do pátrio poder, assevera Clóvis BEVILÁQUA, tinha feições rígidas e severas, que se tornaram tradicionais entre os romanos, sendo que o patriarcado influenciou grandemente para esse resultado.³⁸

Eram dependentes do *pater familias*, os impúberes e as mulheres, pois não tinham capacidade de agir, sendo que esta dependia da idade, do sexo e da sanidade mental perfeita. A capacidade de agir acontecia por ocasião da puberdade, sendo que os varões adquiriam capacidade aos 14 anos e a mulher aos 12 anos, época em que tornam-se núbeis. De modo geral, os púberes tinham completa capacidade de agir e os impúberes não. Os impúberes subdividiam-se em absolutamente incapazes de agir, aqueles com menos de 7 anos; e em restritamente capazes de agir, dos 7 anos até a puberdade.

“O *pater familias*, no direito clássico, a *patria potestas* sobre os filhos e netos, a *dominica potestas* sobre os escravos, a *manus* sobre as mulheres que entraram em sua família em virtude do matrimônio, e o *mancipium* sobre os

³⁶ SANTOS NETO, José Antonio de Paula. Obra citada, p.21.

³⁷ ALVES, José Carlos Moreira. Obra citada, p. 306.

³⁸ BEVILÁQUA, Clóvis. **Direito de família**, p. 363.

*filhos alheios vendidos ou noxae dediti. No direito romano desaparecem a manus e o mancipium. Os poderes do pater familias eram, porém, ainda no direito clássico, muito amplos, (...)”.*³⁹

Não se sujeitava, portanto, o *pater familias*, ao poder de ninguém, dizia-se *sui iuris*, e os demais membros eram *alieni iuris*. Tendo no princípio, o *pater familias*, poderes absolutos, podendo ser comparado a um déspota, segundo os dizeres de José Carlos Moreira ALVES.⁴⁰

No mesmo sentido, são as palavras de Eugene PETIT, que diz que nos primeiros séculos, o pátrio poder do pai fazia do chefe da família um verdadeiro magistrado doméstico, tomando decisões e executando sobre os filhos as penas mais rigorosas, tendo sobre eles poder de vida e de morte.⁴¹

José Virgílio Castelo Branco ROCHA, diz que o “(...) *paterfamilias* foi, a princípio, sacerdote, oficiando em todos os atos do culto doméstico; juiz, resolvendo todas as pendências que ocorriam no grupo familiar e não permitindo a intromissão da justiça da cidade; e, finalmente, chefe e administrador absoluto de seu lar.”⁴² Eram amplos os poderes conferidos ao *paterfamilias* sobre as pessoas e bens de seus dependentes, e como aponta Clóvis BEVILÁQUA, os filhos enquanto débeis, dependem dos pais de modo absoluto, podem ser mortas ao nascer ou vendidas, porém ao atingirem a adolescência, os varões adquirem independência e as mulheres esperam o momento de mudar de patronos.⁴³

San Tiago Dantas, é citado por Guilherme Calmon Nogueira da GAMA, para esclarecer que:

“A patria potestas romana não era um munus, era uma auctoritas, um direito do pater, direito construído do mesmo modo que o domínio, de modo que o pater estava em face do filius como proprietário em face da coisa: ele é

³⁹ CHAMOUM, Ebert. Obra citada, p. 181.

⁴⁰ ALVES, José Carlos Moreira. Obra citada, p. 306.

⁴¹ PETIT, Eugene. “Durante los primeros siglos, la potestad paternal hizo del jefe de familia un verdadero magistrado domestico, rindiendo decisiones sin número y pudiendo ejecutar sobre sus hijos las penas más rigurosas. Tiene sobre ellos poder de vida y de muerte, puede manciparlos a un tercero y abandonarlos.” Obra citada, p.145.

⁴² ROCHA, José Virgílio Castelo Branco. **O pátrio poder**, p. 20.

⁴³ BEVILÁQUA, Clóvis. Obra citada, p.363.

*que é o titular do direito, o interesse protegido é o dele, e o filius está apenas como um paciente da auctoritas, não tem direitos a reclamar, tem uma posição de mera submissão jurídica”.*⁴⁴

O *pater familias* exercia com relação aos seus súditos, um amplo poder punitivo, desde o castigo corporal até a venda ou a morte do dependente. Porém, só tinha o *pater familias* o poder de condenar à morte, direito de vida e de morte, após ter ouvido o conselho de parentes, que se reunia para opinar sobre a aplicação ou não da medida.⁴⁵

A partir do início do período pós-clássico, os poderes que constituem a *patria potestas*, vão se abrandando, “(...)a idéia de potestas é temperada com a noção moral de dever de afeição, officium pietatis, e o Estado começa a imiscuir-se na vida doméstica para exigir do pater o respeito aos seus deveres.”⁴⁶

Com o direito de Justiniano, face às mudanças no ambiente social, alteradas fundamentalmente as funções e a estrutura da família romana, e sobrepujado o parentesco agnático pelo cognático, a *patria potestas* passa a ser entendida de forma bastante diversa, assemelhando-se ao pátrio poder de hoje, com feições educativas e brandamente corretivas, mantendo como características a vitaliciedade e a titularidade. Isto significa que, no direito romano não se conhecia do instituto da maioridade, enquanto fosse vivo o *pater familias*, estariam sujeitos à *patria potestas* seus *filiis familias*. Quanto à titularidade, esta não era exercida pelo pai natural, mas pelo ascendente masculino mais remoto.

*“Em princípio, a patria potestas é vitalícia, isto é, perdura enquanto vive seu titular. Não havia em Roma o instituto da maioridade ou da aquisição da capacidade total por transcurso de um limite de idade. O filius familias libertava-se da patria potestas em regra com a morte do pater. Apenas então é que, tornando-se por sua vez, um paterfamilias, se assenhorava de todos os direitos civis.”*⁴⁷

⁴⁴ DANTAS, San Tiago. Direito de família e das sucessões, apud. GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Obra citada, p. 25.

⁴⁵ ROCHA, José Virgílio Castelo Branco. Obra citada, p. 20.

⁴⁶ CHAMOUN, Ebert. Obra citada, p.182.

⁴⁷ CHAMOUN, Ebert. Idem, p.183.

Por ocasião da morte do *pater familias* ou pela emancipação, os impúberes passavam a condição de *sui juris*, havendo necessidade de colocá-los sob tutela, que é definida como “(...) o instituto de direito civil romano que tem por objetivo a proteção da pessoa e, principalmente, dos bens dos impúberes dos dois sexos e das mulheres púberes *sui juris*.”⁴⁸

A proteção da pessoa tanto do impúbere quanto da mulher é característica que surge com a evolução do instituto. O tutor não exercia nenhuma autoridade ou ascendência sobre suas pessoas à semelhança do poder exercido pelo *pater familias*, somente havia poder sobre os bens daqueles.

Doutrina Sílvio A. B. MEIRA, “*que as atribuições do tutor eram puramente patrimoniais. A proteção à pessoa ficava a cargo da mãe ou de um parente materno, não herdeiro.*”⁴⁹

Portanto, durante a tutela o tutor tem como obrigação, somente gerir o patrimônio do pupilo, sem ligação alguma à pessoa do impúbere. No que concerne a mulher, o tutor não possui nenhum poder, limitando-se a dar autoridade a certos atos.

1.3. TUTELA

A incapacidade é consequência de insuficiências naturais normais ou não, como a idade, o sexo, a loucura e a prodigalidade, incapacidade pode ser suprida colocando-se ao lado do incapaz alguém que o assista em seus atos, o tutor ou curador. Nos interessa aqui a incapacidade em relação à idade, a qual é suprida pelo tutor.

⁴⁸ CRETELLA JÚNIOR, J. Obra citada, p 138.

⁴⁹ MEIRA, Sílvio A. B.. Obra citada, p. 197.

Eugene PETIT, refere que o impúbere tem necessidade de um protetor quando tiver nascido *sui iuris*, fora do matrimônio legítimo, ou, nos casos em que, mesmo que tenha nascido sob a *patria potestas* paterna, tenha saído de seu poder antes de atingir a puberdade; sendo este protetor, denominado de tutor.⁵⁰

No direito romano pré-clássico, a tutela era instituto que não visava a proteção do incapaz, mas sim, a proteção de seus futuros herdeiros, como o tutor; pois, o patrimônio do incapaz, futuramente, seria seu. Com isto, buscavam zelar somente o patrimônio; e este zelo, não era um dever, mas sim, um poder que tinha o herdeiro tutor. Eram tutores os parentes agnados mais próximos do incapaz, ou na falta destes, os *gentiles* mais chegados, ou seja, os seus herdeiros, é o que nos diz José Carlos Moreira ALVES.⁵¹

Comenta CRETELLA JÚNIOR, que o instituto da tutela, nos primórdios do direito romano, não visava a proteção do incapaz, tampouco o seu interesse; dirigia-se no interesse dos *agnatos* e das *gens*, não havia a intervenção do Estado, pois tratava-se de instituto exclusivamente de direito privado. À tutela era dada a noção de força e poder, já que aquele que exercia o encargo de tutor tinha a *potestas*, que antes era exercida pelo *pater familias*.

No mesmo sentido, diz Clóvis BEVILÁQUA que:

*“a tutela parece ter sido criada mais para impedir a dissipação da fortuna, que devia passar para os agnados, sendo como era o direito de tutela intimamente ligado ao de sucessão, (...), os agnados, porém, só eram chamados a gerir a tutela, se o pai por testamento não havia nomeado tutor para seu filho. Subsidiariamente, o pretor nomeava um tutor, que era chamado de atiliano.”*⁵²

Comunga do mesmo posicionamento Roberto de RUGGIERO, ao afirmar que a tutela *impuverum*,

⁵⁰ PETIT, Eugene. “El impúbere tiene necesidad de un protector habiendo nacido *sui iuris*, fuera de matrimonio legítimo, o bien, si nacido bajo la potestad paterna, há salido de ella antes de la puberdad. Este protector se llama tutor.” Obra citada, p. 181.

⁵¹ ALVES, José Carlos Moreira. Obra citada, p.375.

⁵² BEVILÁQUA, Clóvis. Obra citada, p. 394.

“(...)é concebida como poder criado mais por vantagem dos agnados, para a defesa de interesses familiares a para assegurar o direito hereditário do grupo agnaticio, do que para beneficio do pupilo. É um direito do tutor, que lhe confere um poder sobre a pessoa do tutelado, cuja personalidade, mais do que absorvida, é integrada pelo tutor.”⁵³

Hoje, a tutela é uma instituição estabelecida no interesse do menor incapaz patrocinada pelo Estado. *“No direito romano antigo a tutela era instituída no interesse do tutor e refletia interesses absolutamente privados. Todavia, de uma vis ac potestas, ela se transformou, na época clássica, em um munus ou officium, organizado no interesse do incapaz e não do tutor.”⁵⁴*

José Carlos Moreira ALVES, refere que atribui-se ao jurisconsulto clássico Sérvio, a definição de tutela, dizendo que *“A tutela é como define Sérvio, a força e o poder sobre o homem livre, dados e permitidos pelo direito civil, para proteger aquele que, por causa da idade, não se pode defender por si mesmo.”⁵⁵*

A tutela é considerada uma sub-rogação do pátrio poder, pois surge quando da falta do pátrio poder, imitando-o em grande parte; pois assim, como o pátrio poder, a tutela engloba todas as relações pessoais e patrimoniais do menor.

Embora, nos diga Eugene PETIT que o poder concedido ao tutor não seja realmente um poder, pois difere do poder paterno, assim, o tutor não tem o direito de correção nem autoridade sobre a pessoa do pupilo, extinguindo-se a tutela com a puberdade.⁵⁶

Tal concepção evoluiu, e na época clássica, a tutela passou a ser um encargo, exercida pelo tutor, objetivando o interesse do incapaz, a proteção do pupilo.⁵⁷ No direito clássico, a tutela passou a proteger o próprio incapaz, sendo considerado como um encargo público, um *munus publicum*, não havendo, salvo exceções, possibilidade

⁵³ RUGGIERO, Roberto de. Obra citada, p. 207.

⁵⁴ CHAMOUN, Ebert. Obra citada, p.195.

⁵⁵ ALVES, José Carlos Moreira. Obra citada, p.376.

⁵⁶ PETIT, Eugene. “El poder concedido al tutor no es una verdadera potestad, pues difere notabelmente, por varias causas, de la potestad paterna. Así, el impúbero sometido no queda menos sui jurs; el tutor no tiene ni derecho de dorreción ni autoridad sobre la persona del pupilo, terminando la tutela en la puberdade.” Obra citada, p. 181.

⁵⁷ CRETILLA JÚNIOR, J. Obra citada, p. 139.

de recusar ou escusar o seu exercício. Porém, ainda persistem vestígios da concepção pré-clássica, “*assim,, nesse período, há textos jurídicos onde se assevera que o tutor, com relação aos bens do tutelado, se considerava como se fosse seu proprietário (domini loco habetur).*”⁵⁸

Com o tempo, vai-se afirmando a idéia de que o poder conferido para a proteção dos incapazes é ponto relevante, tornando-se um *munus*, passando de direito para dever; é um ônus; e, dada a participação que a autoridade pública tem na organização da tutela, assume o caráter de um dever público, a que não é lícito fugir, salvo casos que prevêm a possibilidade de escusa, a qual é devidamente controlada pelo magistrado.

Porém, este interesse, que a princípio se referia à pessoa e aos bens do pupilo, restringiu-se somente aos bens do pupilo, devendo ser conferida a guarda do pupilo à *mater* ou a outro parente não herdeiro. Cabia ao tutor a permissão ou não, de que o pupilo praticasse atos relativos ao patrimônio do tutelado em pessoa, prestando-lhe somente assistência, ou então, os atos eram praticados somente pelo tutor em seu próprio nome, sem representar o pupilo.

A designação de tutor pode se dar de três formas, como assevera José Carlos Moreira ALVES, por testamento deixado pelo *pater familias*, por um herdeiro legítimo do impúbere, ou por pessoa nomeada pelo juiz competente. Refere o autor, ainda, que foi “*(...) a Lei das XII Tábuas que deu, pela primeira vez, ao pater familias o direito de, em seu testamento, designar pessoa que não fosse heres (herdeira) do incapaz para ser seu tutor, o que destacou a tutela da hereditas (herança). Tutela nesses tempos remotos, era instituto de direito privado não interferindo nelas o Estado.*”⁵⁹

Somente há tutor testamentário, se o testamento deixado pelo *pater familias*, designando uma determinada pessoa para ser tutor, for válido. Admitindo-se porém, sua designação, também em codicilo⁶⁰ confirmado por testamento. Por outro lado,

⁵⁸ ALVES, José Carlos Moreira. Obra citada, p. 376.

⁵⁹ ALVES, José Carlos Moreira. Idem, p. 377.

⁶⁰ ALVES, José Carlos Moreira. esclarece: “O codicilo – isto é, pequeno *codex* (tábuas encerradas, de tamanho reduzido, onde os romanos escreviam cartas ou apontamentos) – é um escrito em que se podiam fazer, fora do testamento, algumas disposições de última vontade.”... “Quer no direito clássico, quer no direito pós-clássico, o codicilo se distingue do testamento. No direito clássico,

quando o testamento for ineficaz ou o testamento for deixado por quem não possui a *patria potestas* sobre o impúbere, via de regra, o magistrado ratifica a designação feita, do tutor, como afirma José Carlos Moreira ALVES.⁶¹

“Na tutela testamentária, é tutor quem for designado pelo pater familias, em testamento, para exercer a tutela sobre o impúbere que, com sua morte, se tornará *sui iuris*.”⁶² Os filhos *alieni iuris* não necessitam de serem postos sob tutela, pois ficam sob a *potestas* do novo *pater familias*.

Também Ebert CHAMOUN assevera que :

“A tutela testamentária era estabelecida pelo paterfamilias em seu testamento para o impúbere que ele tinha em seu poder e que se tornava *sui iuris* com a sua morte. A princípio, sujeitava-se às regras formalistas do testamento, devendo ser feita, necessariamente, após a instituição do herdeiro; na época clássica, desvencilha-se delas, podendo ser realizada em qualquer lugar do testamento, até mesmo em codicilo, e é válida ainda que o testamento se torne ineficaz.”⁶³

No mesmo sentido, Eugene PETIT, refere que, a tutela testamentária é a mais importante de todas, sendo que o direito de nomear tutor por testamento era atributo de quem detinha o pátrio poder, só fazendo uso de tal atributo o pai de família para os seus filhos impúberes, que por ocasião de sua morte ficavam *sui juris*.⁶⁴

porém, a diferença entre eles é mais acentuada, abrangendo a forma (o testamento é ato formal; o codicilo, ato aformal), os efeitos (no testamento e no codicilo confirmado por testamento, as disposições podem produzir efeitos diretos; no codicilo não confirmado por testamento e no codicilo *ab intestato*, só efeitos indiretos, por meio do fideicomisso), o conteúdo e o processo judicial (as disposições contidas em testamento ou em codicilo confirmado por testamento – e que, portanto, é reputado *pars testamenti* – são sancionadas pelo processo formulário, enquanto as constantes em codicilo não confirmado por testamento ou em codicilo *ab intestato* o são apenas pela *extraordinaria cognitio*). No direito pós-clássico, acentuam-se as diferenças: cai a relativa ao processo judicial (e isso em virtude da generalização da *extraordinaria cognitio*, o que ocorreu no direito pós-clássico), mas as outras três subsistem, embora, com referência a uma delas – a forma -, de modo bem esmaecido.” Obra citada, p.528 e 530.

⁶¹ ALVES, José Carlos Moreira. Idem, p.378.

⁶² ALVES, José Carlos Moreira. Idem, ibidem.

⁶³ CHAMOUN, Ebert. Obra citada, p. 196.

⁶⁴ PETIT, Eugene. “El derecho de nombrar tutor tetamentario era su origen atributo de la potestad paterna, pues sólo podía hacer uso de ello el padre de familia, para los impúberos, que, a su muerte, se hacían *sui juris*. Pero en la época clásica se tenía también en cuenta la cualidad de ascendiente o los sentimientos de afecto del testador.” Obra citada, p. 183.

Em não havendo designação de tutor por testamento, a tutela é deferida àquele que na ordem da sucessão é o herdeiro legítimo do impúbere, ou seja, aquele que seria seu herdeiro legítimo se este morresse quando a tutela é deferida, chamada tutela legítima. “Assim, segundo a escala sucessória constante na Lei das XII Tábuas, era tutor legítimo o *adgnatus proximus*, e, na falta dele, os *gentiles*.”⁶⁵

Já, os filhos emancipados, deveria se verificar se ele tinha sido remancipado a seu antigo *pater familias*; em tendo sido remancipado, o *pater familias* seria o tutor legítimo; em não tendo sido remancipado, sua tutela se denominava fiduciária, assumida por um terceiro, *manumissor*. Quanto aos libertos, que não tinham agnados, a interpretação dada pelos jurisconsultos romanos, era de que a tutela sobre eles se concederia ao seu herdeiro presumido, o *patronus*.

No direito Justiniano, foi abolido o parentesco agnático, seguindo a tutela legítima, a escala sucessória estabelecida nas Novelas CXVIII e CXXVII⁶⁶, como assevera José Carlos Moreira ALVES.⁶⁷

Eugene PETIT, ao referir sobre a tutela legítima, a subdivide em tutela legítima dos agnados e tutela legítima dos gentiles. Considerando que, a primeira indica como tutor o agnado mais próximo, e havendo vários em mesmo grau, todos são tutores. Contudo, esta se alterou com a criação de um novo sistema de sucessões *ab intestato*, de Justiniano, onde a tutela e a sucessão são outorgadas ao parente mais próximo, seja ele agnado ou cognado, e é deferida à mãe ou ao avô do impúbere, com preferência aos colaterais. Quanto à tutela dos gentiles, diz que, no direito antigo, em não havendo agnado, passava a sucessão aos *gentiles*, e portanto, devia também a tutela a eles ser concedida.⁶⁸

⁶⁵ ALVES, José Carlos Moreira. Obra citada, p. 378.

⁶⁶ ALVES, José Carlos Moreira. Afirma o autor que Justiniano, em constituição imperial de 530 d.C., reformulou a sucessão *ab intestato* dos libertos, sendo a ordem sucessória, a seguinte: “1. – os descendentes do liberto; 2. – o *patronus* e seus filhos; 3. – os pais, os irmãos e as irmãs do liberto que fossem livres quando de sua morte; 4. – os parentes colaterais do *patronus* até o quinto grau; 5. – os parentes colaterais do liberto até o quinto grau; e 6. – o cônjuge sobrevivente do liberto.” Idem, p. 475.

⁶⁷ ALVES, José Carlos Moreira. Idem, p.379.

⁶⁸ PETIT, Eugene. “Tutela legitma de los agnados – En defecto de tutor testamentario se abre la tutela legitima de los agnados. La ley de las XII tablas indica como tutor al agnado más proximo, y abiendo variosen el mismo grado, son todos tutores. Justiniano, al crear un nuevo sistema de sucesiones *ab intestato*, modificó completamente los principios de esa tutela. La tutela y la

Não havendo tutor testamentário, nem tutor legítimo, nomeava-se um tutor honorário ou também denominado de atiliano ou dativo, termo este, mais conhecido por nós nos dias de hoje. José Carlos Moreira ALVES, diz que a tutela dativa surgiu no século II a.C., a qual se aplicava somente em Roma, seguindo a lei Atilia; mais tarde, com a lei *Iulia et Titia*, a tutela dativa estendeu-se às províncias.⁶⁹

Inicialmente, a nomeação do tutor, em Roma, era feita pelo pretor urbano; nas províncias, pelo governador, mediante proposta dos magistrados.

*“No direito justinianeu, a competência para nomear tutor honorário era em Constantinopla, do praefectus urbi e do pretor; nas províncias, dos defensores ciutatis se os bens dos impúberes não ultrapassassem quinhentos sólidos de outro, e, se superiores, do governador em pessoa ou por meio do defensor ciutatis a quem aquele dava ordem expressa nesse sentido.”*⁷⁰

José Carlos Moreira ALVES, ressalta ainda, a possibilidade de, qualquer pessoa, inclusive o impúbere, de solicitar nomeação de tutor honorário, ao magistrado. Neste caso, podia a mãe do impúbere, para não perder seus direitos sucessórios com relação aos bens do filho, pedir nomeação de tutor para o filho.⁷¹

O tutor, no direito romano, exerce duas atividades distintas; a uma, integra a capacidade do pupilo, “(...)cujá vontade não falta por completo, mas se completa com a do tutor, que interpõe a auctoritas própria dos atos do pupilo,”⁷² a duas, tem a gestão patrimonial, caso em que age sozinho, substituindo o pupilo completamente nos atos relativos aos seus bens.

Diz José Carlos Moreira ALVES que, nos tempos primitivos, quando a tutela existe em favor do tutor, este se comporta em relação aos bens do impúbere, como seu proprietário, *loco domini*, podendo o tutor realizar quaisquer atos, inclusive alienações

sucesión són otorgadas al pariente más proximo, bien sea agnado o cognado, y es deferida a la madre o al abuelo del impubero, com prefrenca a los colaterales. (...). A tutela legitma de los gentiles – (...)y no abiendo agnado, pasaba la sucesión a los *gentiles*, y por tanto, también la tutela debía de serles concedida.” Obra citada, p. 184.

⁶⁹ ALVES, José Carlos Moreira. Obra citada, p. 379.

⁷⁰ ALVES, José Carlos Moreira. Idem, p. 380.

⁷¹ ALVES, José Carlos Moreira. Idem, ibidem.

⁷² RUGGIERO, Roberto de. Obra citada, p. 208.

a título gratuito. Com o evoluir dos tempos, no direito pré-clássico, restrições surgem, e o tutor, ao mover ação contra o pupilo, é designado pelo pretor um outro tutor, a fim de proteger os interesses do impúbere no pleito judicial, chamado *tutor praetorius*. Maiores ficam as limitações do tutor, no direito clássico, pois já não pode mais dispor gratuitamente dos bens do impúbere sem autorização do magistrado. Por fim, com Justiniano, o tutor fica sujeito à vigilância do magistrado, desde atos de gestão de menor importância até atos de gestão mais sérios, como alienação de bens, que necessitava de autorização do magistrado, sendo passível de anulação, requerida pelo pupilo.⁷³

No início da tutela, devia o tutor proceder o inventário dos bens do pupilo, declarando os créditos que tivesse perante ele. Os tutores nomeados e os legítimos, antes de assumir a tutela, deviam prestar caução, para garantir os bens do impúbere, é o que refere Ebert CHAMOUN.⁷⁴

Portanto, o instituto da tutela, em seu início teve como fundamento o patrimônio do pupilo a ser preservado pelo tutor, e mais tarde evoluiu, crescendo-se em seu entendimento, o fato de ter o tutor também a incumbência de zelar pela pessoa do menor impúbere, porém, pode-se perceber facilmente, que, quanto à pessoa do menor impúbere, nada ou quase nada era feito, pois não sendo entendida a tutela romana, como instituto que visasse uma forma de família substituta, não buscava a proteção ampla do menor; o tutor era mais um gestor dos bens pertencentes ao menor, do que seu protetor;

*“a tutela parece ter sido criada mais para impedir a dissipação da fortuna que devia passar para os agnados, sendo como era o direito de tutela intimamente ligado ao de sucessão.(...)Os agnados, porém, só eram chamados a gerir a tutela, se o pai por testamento não havia nomeado tutor para seu filho. Subsidiariamente, o pretor nomeava um tutor, que era chamado atiliano.”*⁷⁵

⁷³ ALVES, José Carlos Moreira. Obra citada, p.386.

⁷⁴ CHAMOUN, Ebert. Obra citada, p. 199.

⁷⁵ BEVILÁQUA, Clóvis. Obra citada, p. 396.

A família romana evoluiu, adquirindo maior independência a mulher e os filhos, e conseqüentemente restringindo-se o poder do *pater*. Muito embora, hodiernamente, a família, bem como as relações entre as pessoas deste grupo, tenham recebido do direito romano características inconfundíveis, possuindo um contorno jurídico, econômico e religioso submissos à autoridade de um chefe, que por um longo período vão denotar diferenças de direitos e deveres entre os sexos. Situação que é emoldurada pelo nosso sistema codificado, como veremos e, mais tarde minimizado com o advento da Carta Magna de 1988. A relação pater-filial também, face a transformação da realidade social, evoluiu, passando de uma relação de autoritarismo para uma relação de autoridade, a qual comporta uma via de duas mãos, com direitos e deveres recíprocos. Sem embargo, da estagnação jurídica frente ao instituto da tutela que permanece inalterado, mesmo diante da inquestionável modificação social por que passamos.

CAPÍTULO II

1. NO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO

2.1. FAMÍLIA E MATRIMÔNIO

Nosso Código Civil foi elaborado, segundo os moldes do Código Civil Francês, de 1804, isto é, adotou o casamento civil como forma de constituição de família legítima, sendo esta, portanto, a única a merecer a proteção do Estado, dispondo sobre normas que superprotegem a instituição jurídica do casamento, colocando à margem da sociedade e do Direito, as relações familiares não fundadas no casamento. Partindo do casamento, como base da estrutura social, disciplinou as relações entre os cônjuges e destes com os filhos, aspecto a ser apreciado neste trabalho.

A família que se apresentava à época da elaboração do Código Civil, fundava-se num modelo autoritário, hierárquico e transpessoal do poder marital e do pátrio poder⁷⁶. inserida num país de estrutura essencialmente ruralista, composta por um grande número de filhos que vinham auxiliar na produção. Afirma Silvana Maria

⁷⁶ No decorrer do trabalho serão utilizados como sinônimo de pátrio poder, as denominações poder parental, autoridade parental, pátrio poder-dever e responsabilidade parental, conforme o

CARBONERA, que o modelo de família codificado, foi construído juridicamente num momento histórico definido, na transição do século XIX para o século XX; onde a sociedade era basicamente rural, “(...)a família funcionava como unidade de produção, o número de componentes era elemento levado em conta, pois a quantidade de pessoas que a compunha se traduzia em força de trabalho e maiores condições de sobrevivência para o grupo.”⁷⁷

A família retratada pelo legislador civilista, estruturava-se num modelo autoritário, hierárquico e transpessoal do poder marital e do pátrio poder pois, como afirma Eduardo CAMBI, “a legislação liberal, dentro desse sentido patriarcal, calcou o eixo do direito civil, inclusive do direito de família, na proteção econômica da propriedade e dos interesses patrimoniais. Sob o viés religioso, a família do Código Civil tinha função procriativa, a qual coaduna-se com o modelo de família rural, onde os filhos deveriam auxiliar na produção.”⁷⁸

No mesmo sentido diz Carlos Alberto BITTAR, que a sociedade era eminentemente patriarcal e rural, à época da edição do Código Civil, “(...)com a mulher afeita a atividade de ordem doméstica, submetida, com os filhos, à direção do marido que, como chefe de família era administrador e representante legal do núcleo.”⁷⁹

Portanto, foram as normas do Código Civil, no que pertine ao direito de família, dirigidas àquele grupo familiar fundado no casamento, com grande número de filhos pois que, face os preceitos religiosos, a família tinha função procriativa, grupo este inserido numa sociedade de características rurais, adotando um modelo patriarcal, hierárquico e transpessoal. Uma família que tinha por objetivo a formação de mão-de-obra, de transmissão do patrimônio, de procriação e de transmissão de uma cultura⁸⁰,

momento histórico, pois o instituto do pátrio poder sofreu transformações de entendimento pelos doutrinadores segundo as transformações sociais que se apresentaram em nossa sociedade.

⁷⁷ CARBONERA, Silvana Maria. **O papel jurídico do afeto nas relações de família**, In: FACHIN, Luiz Edson (coord.), Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo, p. 278.

⁷⁸ CAMBI, Eduardo. **Premissas teóricas da uniões extramatrimoniais no contexto da tendência da personificação do direito de família**, In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, LEITE, Eduardo de Oliveira (org.), Repertório de doutrina sobre direito de família, p. 127.

⁷⁹ BITTAR, Carlos Alberto. Obra citada, p. 20.

⁸⁰ LACAN, Jacques. **A família**. “Entre todos os grupos humanos, a família desempenha um papel primordial na transmissão da cultura. Se as tradições espirituais, a preservação dos ritos, e dos

onde o ter se sobrepõe ao ser. *“A família, como rede de pessoas e conjunto de bens, é um nome, um sangue, um patrimônio material simbólico, herdado e transmitido. A família é um fluxo de propriedades que depende primeiramente da lei.”*⁸¹

A definição de família está intimamente ligada ao casamento, sendo que a família natural, isto é, aquela não calcada no casamento civil, a união livre, era completamente rechaçada pelo legislador, inibindo através de suas regras, atos que de alguma forma pudessem beneficiar a mulher que mantivesse união que não fosse oriunda do casamento.

Carlos Alberto BITTAR nos diz que:

*“o homem e a mulher foram contemplados, no casamento, com estatutos diversos, cabendo ao primeiro a direção da família e os ônus correspondentes, e compensando-se a segunda com regras protetivas individuais, mas que a relegavam a plano inferior em relação ao contexto familiar. O vínculo matrimonial foi definido como indissolúvel, sob interferência da Igreja, prevendo-se apenas, para os casos de rompimento da afeição entre os cônjuges, (...), manifestou o legislador sua inconformidade com as uniões concubinárias, vedando práticas tendentes à contemplação material de concubina por homem casado.”*⁸²

Dentro deste contexto é que se conceituou família, que segundo Pontes de MIRANDA, há uma multiplicidade de conceitos:

*“ora significa o conjunto de pessoas que descendem de tronco ancestral comum, tanto quanto essa ascendência se conserva na memória dos descendentes, ou nos arquivos, ou na memória dos estranhos; ora o conjunto de pessoas ligadas a alguém, ou a um casal, pelos laços de consangüinidade ou de parentesco civil; ora o conjunto das mesmas pessoas, mais os afins apontados por lei; ora o marido e a mulher, descendentes e adotados; ora finalmente, marido mulher e parentes sucessíveis de um e outro.”*⁸³

costumes, a conservação das técnicas e do patrimônio lhe são disputados por outros grupos sociais, a família prevalece na primeira educação, na repressão dos instintos, na aquisição da língua justamente chamada materna.” p. 16.

⁸¹ PERROT, Michele. **Funções da família**. apud., CARBONERA, Silvana Maria, O papel jurídico do afeto nas relações de família. In. FACHIN, Luiz Edson, (coord) Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo, p. 282.

⁸² BITTAR, Carlos Alberto. Obra citada, p.21.

⁸³ MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**, Parte especial, Tomo VII, p.174.

Deste amplo e complexo conceito, interessa para o direito de família, segundo o Código Civil e a Constituição Federal da época, a de 1946, somente os cônjuges e seus filhos.

Clóvis BEVILÁQUA conceitua família como “(...)o conjunto de pessoas ligadas pelo vínculo da consangüinidade”⁸⁴, onde os grupos eram de base econômica, e não se cogitava de tratar-se tais agrupamentos, de lugar de companheirismo e afeto.

Família hoje, apresenta-se com vários conceitos, segundo o ramo de sua procedência, “(...) para a sociologia, a família é um grupo elementar formado de indivíduos que ligam entre si fatos de ordem biológica: união de sexos, procriação, descendência de um procriador comum. Para o direito, é um conjunto de pessoas unidas pelo casamento, ou pela filiação, ou pelo parentesco e afinidade, estes resultando do casamento e da filiação.”⁸⁵

Portanto, podemos conceituar família, em sentido lato e em sentido estrito, sendo que para a primeira significação, família corresponde ao conjunto de pessoas descendentes de um ancestral comum mais os afins, isto é, os cônjuges, os filhos, os colaterais e os parentes por afinidade. As pessoas de um ancestral comum, unidos por laços de parentesco, o que se admite para efeitos sucessórios e dever de prestar alimentos. Para a segunda significação, família é aquela formada pelos cônjuges e seus descendentes; e num sentido mais restrito, é o grupo formado pelos cônjuges e os filhos menores.

Luiz da Cunha GONÇALVES, refere que a palavra família não tem significado constante, podendo ser o grupo composto de pais e filhos com certa unidade de relações jurídicas, podendo também ser os cônjuges, os filhos, os parentes por afinidade, aos quais o chefe de família presta alimentos e tem na sua companhia, e até os criados ou serviçais domésticos.⁸⁶

As normas codificadas estão voltadas para a família constituída pelo casamento, a considerada *legítima*; regulando as relações pessoais e patrimoniais entre

⁸⁴ BEVILÁQUA, Clóvis. Obra citada, p. 16.

⁸⁵ GLANZ, Semy. apud. SANTOS, J. M. Carvalho, **Código civil interpretado**. vol. XXXVI.. p. 96.

⁸⁶ GONÇALVES, Luiz da Cunha. **Princípios de direito civil luso-brasileiro**, p.1141.

os cônjuges. A família legítima, funda-se no casamento, no ato solene instituído pelo Estado para legalizá-la e protegê-la.

*“Assim, a família legítima era aquela integrada pelos pais unidos pelo vínculo do casamento, e pelos filhos daí advindos, ou seja era a família fulcrada única e exclusivamente no casamento e nos efeitos daí decorrentes.(...)De outro lado situava-se a família ilegítima, produto de relações extramatrimoniais, diante da adoção de critério excludente: a família constituída fora do casamento.”*⁸⁷

Faz parte da nossa história a união desapegada às formalidades exigidas pelo Estado. Sempre existiram as uniões livres, uniões extra-oficiais; quer por opção dos conviventes, quer por imposição do Estado, que entendia que uma vez desfeito um casamento, estava a pessoa separada, fadada a viver solitariamente, sem poder constituir nova família.

Até há pouco tempo, era impossível recriar, pelas vias formais, uma nova experiência matrimonial, exceto se houvesse falecimento de um dos cônjuges ou a anulação do casamento. E como afirma João Baptista Villela, mesmo com o advento da Lei do Divórcio, permanecem ainda, limites institucionais à recomposição da vida familiar; do que, o concubinato, sem levar-se em consideração outras razões, desempenhou e continua a desempenhar, ao lado do casamento, o papel de solução alternativa para os que aspiram a uma convivência amorosa estável. E mais adiante ainda assevera que: *“ No contexto de um casamento ainda fortemente marcado por uma tônica de repressão e um divórcio carregado de ambigüidades, o concubinato pode vir a exercer, paradoxalmente, a paradigmática e revigorante função de uma experiência afetiva centrada na liberdade pessoal.”*⁸⁸

O Código Civil raramente se expressa em relação a família ilegítima, a não ser para dar proteção a legítima. *“Tem-se mesmo a impressão de que, por amor à ordem e com certa pudicícia, o legislador antes preferia ignorar o concubinato a discipliná-lo, como realidade inescandível. Com efeito, poucas eram as disposições que se referiam*

⁸⁷ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Obra citada, p. 34/35.

⁸⁸ VILLELA, João Baptista. **Concubinato e sociedade de fato**, In: Revista dos Tribunais, vol. 623, p 19.

à família surgida à margem do casamento, sendo que as mais importantes concerniam à possibilidade de reconhecimento de filho natural.”⁸⁹

Com efeito, a concubina ou a relação concubinária eram vistos como algo ilícito, recebendo a concubina um rótulo estigmatizante e pejorativo de ser “concubina”, de ser tida e mantida por homem casado. Por outro lado, faz importante observação Guilherme Calmon Nogueira da GAMA, ao indagar sobre o concubino, demonstrando que as referências de repugnância, demonstradas à mulher, não aconteciam ao homem:

“(...)a visão doutrinária passada, a destacar apenas a concubina como partícipe da união informal, sem se referir ao concubino – como se fosse possível a existência de uniões sexuais compostas por apenas um dos sujeitos, dada a ilicitude de tais uniões -, estava eivada de valores e princípios estigmatizantes que atribuíam toda e qualquer impureza da relação apenas à mulher, como se o concubino fosse uma vítima de sua consorte e, assim, quanto a ele não haveria qualquer reflexo de ilicitude.”⁹⁰

Rodrigo da Cunha PEREIRA, afirma que concubina é a mulher que tem vida em comum com um homem, ou que, mantém com ele relações sexuais em caráter de permanência. Este é o sentido originário de concubinato, o qual evoluiu com o passar dos tempos⁹¹.

Asseveram José Lamartine Corrêa de OLIVEIRA e Francisco José Ferreira MUNIZ, que o concubinato apresenta as aparências do casamento, pois é uma comunhão de vida em seus elementos espirituais e materiais; é a comunhão de sentimentos inerentes à vida conjugal e familiar; donde prevalecem as relações de sentimentos e de interesses da vida em conjunto⁹². Concubinato é a relação entre homem e mulher em comunhão de vida não fundada no casamento previsto em lei.

Consideram os autores acima mencionados, que são dois os principais

⁸⁹ RODRIGUES, Silvio. **Direito civil**, Vol. 6, p. 9.

⁹⁰ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Obra citada*, p. 95.

⁹¹ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Concubinato – união estável**, In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.) **Direito de família contemporâneo**, p. 514.

⁹² OLIVEIRA, José Lamartine Correa e MUNIZ, Francisco José Ferreira. **Curso de direito de família**, p. 81.

aspectos do concubinato: primeiro “*a comunhão de vida que reclama relações estáveis e contínuas do tipo conjugal. O segundo é a ausência de casamento.*”⁹³ Tendo como características a estabilidade, que se percebe por manifestações exteriores, como a duração de vida em comum, os filhos, a comunhão dos esforços laborativos de cada um partilhando despesas e adquirindo bens. Esses fatores depreendem a intenção do casal de viverem como se casados fossem. A coabitação é manifestação de união afetiva e sexual sem haver casamento.

Contudo, não havia legitimidade social nem legal, tal relação. A união livre entre homem e mulher passou a ser tratada meramente com cunho patrimonial, quando de seu desfazimento, a fim de não prejudicar a concubina, que por anos havia se dedicado àquele companheiro, através de indenização por serviços prestados, o que nos parece um entendimento equivocado, pois a doação de atenção, amor, companheirismo, não são serviços que se prestam. Para o amor não há estipulação de valores monetários. “*Tratava-se de buscar um expediente que amparasse a companheira, desfavorecida pela ausência absoluta de regras de Direito aplicáveis.*”⁹⁴

Os concubinatos, existentes mas não reconhecidos, e portanto, à margem da proteção jurídica, ganham espaço e a pressão social fez com que o legislador passasse a adequá-la legalmente, surgindo aí a união estável, que traz um elemento novo e significativo, o sentimento, a noção de afeto como mola propulsora das relações familiares, aspecto revelador do desejo das pessoas de estarem junto a outra pessoa.

Este fato real, antigo e atual é hoje denominado pela Carta Magna de união estável, conceituando-a como relacionamento entre homem e mulher, público, contínuo, duradouro e com a intenção de viverem como se casados fossem; devendo a proteção do direito de família “*recair sobre a afetividade, decorrente das uniões matrimonializadas ou de convivência ‘more uxorio’, devendo ser repelida a tutela dos vínculos clandestinos que, mesmo calcados no amor, concorrem com relações preexistentes, no sentido substancial, não apenas formal.*”⁹⁵

⁹³ OLIVEIRA, José Lamartine Correa e MUNIZ, Francisco José Ferreira. Obra citada, p.84.

⁹⁴ VILLELA, João Baptista. Obra citada, p. 19.

⁹⁵ CAMBI, Eduardo. Obra citada, p. 131.

No mesmo sentido, refere Heloisa Helena BARBOZA, que “à época do início da vigência do Código Civil afirmava-se que o matrimônio, na sociedade moderna e cristã, era o assento básico da família,(...).”⁹⁶

Muito embora, tenha o legislador fundado a família no casamento, nosso Código Civil não o conceitua; tendo sido o casamento, definido pela doutrina como “(...)o negócio jurídico de Direito de Família por meio do qual um homem e uma mulher se vinculam através de uma relação jurídica típica, que é a relação matrimonial. Esta é uma relação personalíssima e permanente, que traduz ampla e duradoura comunhão de vida.”⁹⁷

Com o casamento, realiza-se a conjugação do corpo e da alma de dois seres, que se escolhem para viver em comunhão, e de tal comunhão, advém a prole e os laços de parentesco recíproco, com os respectivos familiares; “(...) constitui-se a família, (...), por vínculos biológicos, ou naturais, mediante a união matrimonial dos pais, sagrando-se espiritual e materialmente, consoante ditames morais, religiosos, sociológicos e filosóficos que a inspiram”.⁹⁸

Com efeito, o casamento tem por fim, a formação de uma comunhão plena de vida entre os cônjuges, sendo sua natureza um negócio jurídico, e conseqüentemente um ato de autonomia privada⁹⁹, as pessoas escolhem o parceiro com o qual irão se casar ou não as escolhem, e não casam.

*“A liberdade de casar-se corresponde a um direito fundamental do ser humano (direito fundamental da personalidade), pois que tutela interesse fundamental do homem, (...). A liberdade nupcial é um princípio fundamental e de ordem pública, pelo que se considera inadmissível restrição à liberdade pessoal de casar a inserção de cláusula de celibato ou viuvez em determinados contratos ou em testamento.”*¹⁰⁰

⁹⁶ BARBOZA, Helosia Helena. **O direito de família no final do século XX**. In: BARRETO, Vicente (org.), A nova família, p.87.

⁹⁷ OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de. MUNIZ, Francisco José Ferreira. Obra citada, p.121.

⁹⁸ BITTAR, Carlos Alberto. Obra citada, p. 50.

⁹⁹ OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de. MUNIZ, Francisco José Ferreira. “O princípio da autonomia privada está presente em matéria matrimonial na liberdade de casar-se, na liberdade de escolha do cônjuge, e também, vistas as coisas pelo ângulo reverso, na liberdade de não se casar.” Obra citada, p. 122.

¹⁰⁰ OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de. MUNIZ, Francisco José Ferreira. Idem, p.125.

O Código Civil Brasileiro, no que concerne às relações entre os cônjuges, denota uma nítida proteção ao vínculo conjugal¹⁰¹ em detrimento da família, o que se observa do disposto no art. 22: “A nulidade do casamento processar-se-á por ação ordinária, na qual será nomeado curador para que o defenda”. É límpida a intenção do legislador civilista em proteger o casamento, em favor da coesão formal do núcleo familiar, prescindindo de qualquer valoração substancial do legislador quanto à realização pessoal de seus integrantes, ou seja, os cônjuges e seus filhos. A proteção se dá para a instituição “família” e não para os seus integrantes. E mais, esclarece o art. 233¹⁰² que o marido é o chefe da sociedade conjugal, sendo que esta posição de inferioridade ocupada pela mulher, foi amenizada com o Estatuto da Mulher Casada, onde foi dada nova redação ao art. 233 do Código Civil. Embora permanecendo o marido como chefe da sociedade conjugal, ele a exercerá com a colaboração da mulher.¹⁰³

Como afirma Francisco José Ferreira MUNIZ, “*No sistema do Código Civil, a família repousa necessariamente no casamento e na filiação dele decorrente. Constitui-se a partir do casamento (art. 229) que assegura aos filhos concebidos na sua vigência um pai legítimo (art. 337)*”.¹⁰⁴ É, portanto, o casamento a base da família, e somente pelo casamento dos pais, é que é conferida aos filhos a legitimidade, do que se verifica que o Código Civil reconhece na família matrimonializada seu modelo único.

¹⁰¹ BARBOZA, Heloisa Helena. “Sobre o casamento repousava a própria sociedade civil. A República, que há pouco atingira a maioridade, só reconhecia o casamento civil e a orientação adotada pela lei civil, no sentido de ser a família constituída pelo casamento, transformou-se, em 1934, em norma constitucional, princípio mantido na Carta de 1937 e nas Constituições que se seguiram (1946, 1967, 1969).” Obra citada, p.88

¹⁰² Código Civil Brasileiro art. 233 - “O marido é o chefe da sociedade conjugal. Compete-lhe: I- A representação legal da família; II- A administração dos bens comuns e dos particulares da mulher, que ao marido competir administrar em virtude do regimen matrimonial adotado, ou do pacto antenupcial; III- O direito de fixar e mudar o domicílio da família; IV- O direito de autorizar a profissão da mulher e a sua residência fora do tecto conjugal; V- Prover a manutenção da família, guardada a disposição do art. 277”.

¹⁰³ Código Civil Brasileiro art. 233 - O marido é o chefe da sociedade conjugal, função que exerce com a colaboração da mulher, no interesse do casal e dos filhos.

¹⁰⁴ MUNIZ, Francisco José Ferreira. **A família na evolução do direito brasileiro**, In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord), Direito de família e do menor, p.69.

Do casamento surgem dois momentos: o ato do matrimônio propriamente dito, que é o negócio jurídico que celebram os nubentes; e a relação matrimonial, que é a relação jurídica que advém do casamento.¹⁰⁵

O vínculo conjugal se origina da celebração do casamento, a partir daí, os nubentes ficam constituídos no estado de casados¹⁰⁶, do qual se distribuem entre os cônjuges direitos e deveres.

A relação matrimonial se expressa pela noção de comunhão de vida, de comunhão de afetos, de colaboração no comum interesse pessoal, doméstico e econômico. Esta comunhão de vida plena, desejada por ambos os cônjuges, confere à relação matrimonial durabilidade e estabilidade.

Portanto, a plena comunhão de vida, é o efeito do casamento, e deste decorrem direitos e deveres dos cônjuges, os quais estão elencados no art. 231 do Código Civil. O legislador, ao elaborar o referido diploma legal, visou um modelo de família calcado no princípio da unidade de direção. A família possui um chefe, o marido, o qual possui um lugar e funções diferenciadas e hierarquizadas, características da estrutura do grupo familiar.

Rezava o art. 233 que: “O marido é o chefe da sociedade conjugal. Compete-lhe: I- a representação legal da família. II- a administração dos bens comuns e dos particulares da mulher, que ao marido competir administrar, em virtude do regime patrimonial adotado, ou do pacto antenupcial. III- direito de fixar e mudar o domicílio da família. IV- o direito de autorizar a profissão da mulher e a sua residência fora do teto conjugal. V- prover à manutenção da família, guardada a disposição do art. 277”.

Com esta distinção de poderes e deveres, percebe-se efetivamente que a organização do grupo familiar fundava-se na autoridade do marido, numa concepção de direção unitária da família, que se refletia na diferenciação de papéis e funções tendo o marido o poder exclusivo de fixação do domicílio, de administração dos bens

¹⁰⁵ OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de. MUNIZ, Francisco José Ferreira. Obra citada, p.291.

¹⁰⁶ OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de. MUNIZ, Francisco José Ferreira. “O estado de casado é uno e indivisível. A unidade significa que uma pessoa não pode estar casada simultaneamente com duas outras; a indivisibilidade, que uma pessoa não pode ser ao mesmo tempo casada e solteira, por exemplo. Por último, as modificações do estado matrimonial são só aquelas previstas na lei.” Idem, *ibidem*.

comuns e dos particulares da mulher, de exclusividade do marido em prover a manutenção da família e de dar à mesma o seu nome, o que significa que “(...) a unidade jurídica da família está centrada em torno de sua pessoa.”¹⁰⁷

Segue o legislador a concepção de autoridade conferida ao marido, também no que diz respeito à tutela, pois cabe a ele em primeiro lugar a nomeação de tutor aos filhos menores, por testamento ou documento autêntico, seguindo tal direito à mãe, é o que preceitua o art. 407 do Código Civil.¹⁰⁸ Assim, se o pai deixar de nomear tutor por testamento cabe à mãe fazê-lo, regra que, hoje, não mais é aplicável, porquanto não mais persiste qualquer espécie de predominância do papel do pai frente ao da mãe, quanto ao pátrio poder ou outros privilégios.

Quanto às relações com os filhos, o pátrio poder era exercido por ele; pois “(...)era visto como uma decorrência da chefia da família exercida pelo marido: portanto, para garantia da ordem e da unidade da família”¹⁰⁹ Portanto, conferia-se ao pai excessivos poderes, o que determinava uma linha educacional extremamente autoritária, cabendo ao filho somente a sujeição ao poder paterno. Cabia ainda, ao pai a administração legal dos bens dos filhos. No caso de discordância dos pais no consentimento para o casamento do filho, prevalecia a vontade paterna. A mãe só exerceria o pátrio poder nas hipótese de falta ou impedimento do marido para exercê-lo.

Assim, a chefia da família era exercida pelo homem, a ele cabia a direção exclusiva da família com o dever de zelar pela unidade familiar, sendo isto, decorrente de autoridade e poder, cuja origem tinha cunho econômico. Conseqüentemente, a mulher e os filhos, na comunidade familiar, ocupavam uma posição de inferioridade. À mulher, cabia o papel de mãe e esposa e, aos filhos cabia respeitar o pai. “Assim sendo, pode se observar uma família transpessoal, preocupada principalmente com sua continuidade, relegando a segundo plano os interesses de seus membros.”¹¹⁰

¹⁰⁷ MUNIZ, Francisco José Ferreira. Obra citada, p. 70.

¹⁰⁸ Código Civil Brasileiro, art. 407: “O direito de nomear tutor compete ao pai, à mãe, ao avô paterno e ao materno. Cada uma destas pessoas o exercerá no caso de falta ou incapacidade das que lhe antecederem, na ordem aqui estabelecida.”

¹⁰⁹ MUNIZ, Francisco José Ferreira. Idem, p.71.

¹¹⁰ CARBONERA, Silvana Maria. Obra citada, p. 279.

A mulher casada ocupava posição de inferioridade, pois estava elencada no inc. III do art. 6º do Código, como relativamente incapaz enquanto subsistisse a sociedade conjugal; isto é, uma pessoa totalmente submissa ao marido, sem proteção do Estado, pelo fato de inexistir socialmente.

Em 1962, com o Estatuto da Mulher Casada, Lei 4.121, ocorre o primeiro avanço no tocante à situação jurídica da mulher casada, que introduziu importantes modificações no texto do Código Civil, muito embora, não tenha se alterado a organização familiar, que continua apresentando tendências patriarcais. Visão que só será modificada, com a Constituição Federal de 1988, tratando paritariamente homem e mulher.

Um dos avanços mais importantes trazidos pela Lei 4.121, foi a revogação do art. 6º, III do Código Civil, quando então deixa a mulher casada, de ser relativamente incapaz. Fato que contribui para a emancipação psicológica da mulher, levando-a para além das fronteiras do lar, iniciando sua participação no mercado de trabalho, sem necessitar da autorização marital.

“A independência econômica das mulheres até recentemente consagradas aos afazeres domésticos, sem remuneração, além de lhes permitir liberarem-se das uniões insuficientes, aumentou consideravelmente a importância do papel feminino nas relações de poder no interior da família. Essas relações interferem no relacionamento pessoal entre os cônjuges e, decisivamente, na identificação dos filhos aos pais.”¹¹¹

Sem dúvida que a independência econômica da mulher contribuiu para a sua autonomia, garantindo-lhe uma quase igualdade com o marido. Não somente no sentido econômico, mas também quanto a sua auto-estima, mais valorizada, por ela mesma e, também, pelas pessoas que a rodeiam, como os filhos, que passam a ver na figura materna uma pessoa capaz, que assumiu um papel dentro da família.

Mantém o marido o poder de fixar o domicílio, porém abrandado tal poder, pela possibilidade de a mulher recorrer ao juiz nos casos em que lhe houvesse prejuízo. Continua a mulher, ao casar, assumindo o nome do marido; princípio que foi

¹¹¹ LEITE, Eduardo de Oliveira. Obra citada, p. 351.

modificado mais tarde, com a Lei 6.515/1977, que trouxe à mulher a liberdade de acrescentar ou não o apelido do marido.

Fica preservado o princípio da unidade de direção da família, sob a chefia do marido, porém, mitigado pela inserção ao texto da norma, da afirmativa que a chefia seria exercida pelo marido com a colaboração da mulher no interesse comum do casal e dos filhos.

Assim, o poder marital teve seu conteúdo limitado e minimizado, embora tenha sido mantida a idéia de repartição de funções, de hierarquia, já que a mulher não possui igualdade de condições na sociedade conjugal com o marido, sua posição é de colaboradora. Noção que será erradicada com a Carta Magna de 1988, passando a mulher a ter igualdade de condições na sociedade conjugal e nas atribuições da responsabilidade para com os filhos.

Com o advento do Estatuto da Mulher Casada, iniciou-se um processo de democratização da sociedade conjugal, onde algumas discriminações foram abolidas e outras minimizadas. A família moderna¹¹² dá lugar à família contemporânea. As mulheres com suas lutas e as novas condições econômicas¹¹³, passam a desempenhar novas funções na sociedade. O Brasil de rural passou a ser urbano, estando a mulher a fazer parte do novo quadro de trabalhadores; atuando em dupla jornada de trabalho, dentro e fora do lar, contribuindo com o marido para a manutenção da família.

O trabalho não é somente uma forma de contribuir com o marido nas despesas da família, mas também é uma realização pessoal, sentimento que vai se tornando cada vez mais essencial na vida da mulher. “(...)as mulheres optaram por uma atividade

¹¹² LIRA, Ricardo Pereira. Define o autor a família moderna, como aquela perfilada no Código Civil e nas legislações posteriores, até o advento da Constituição Federal de 1988, quando a denomina de contemporâneas, **Breves estudos sobre as entidades familiares**, In: BARRETO, Vicente (org), A nova família, p.27.

¹¹³ LEITE, Eduardo de Oliveira. Esclarece o autor que a independência econômica da mulher trouxe reflexos nas relações interpessoais, tanto entre os cônjuges, como entre os filhos. “A independência econômica das mulheres até recentemente inteiramente consagradas aos afazeres domésticos, sem remuneração, além de lhes permitir liberarem-se das uniões insuficientes, aumentou consideravelmente a importância do papel feminino nas relações de poder no interior da família. Essas relações interferem no relacionamento pessoal entre cônjuges e, decisivamente, na identificação dos filhos aos pais.” Obra citada, p.351.

profissional não exclusivamente por necessidade, mas também como meio de realização e de desenvolvimento da personalidade.”¹¹⁴

Esta nova situação gera uma outra mudança, em relação aos filhos. Estes passam a ser cuidados por outras pessoas, não somente nas camadas sociais de nível econômico elevado, ‘escolinhas’ e ‘creches’ passam a ser a opção das famílias como local de cuidados com os filhos durante a jornada de trabalho.

A opção da mulher pela realização profissional, cria novos valores na relação familiar, que gradativamente são introjetados pelos filhos, que crescem vendo através da figura da mãe, seu modelo de identificação, a importância da realização pessoal no âmbito profissional. *“Para a personalidade receptiva e vulnerável da criança, o que determina sua maneira de encarar as realidades e molda sua sensibilidade são, durante toda a infância, os papéis representados e vividos pelos membros adultos de sua família,(...)”*¹¹⁵

Sem desmerecer o amor pelos filhos a mulher coloca também como prioridade, suas atividades profissionais. Fator em crescente evolução, que gera uma situação social, que como tal deve ser abarcada pelo Direito, qual seja, a necessidade de que tem a família de deixar seus filhos aos cuidados de outrem, por vezes, por períodos longos, havendo a necessidade de conferir a esta pessoa direitos e deveres para exercer com presteza sua função.

As normas codificadas não apresentam solução para esta situação social, elencando somente alternativas que dentro deste quadro não se amoldam, pois, a tutela requer que os menores não estejam sob o pátrio poder.

Assim, o legislador não se ocupa deste novo quadro social, deixando de proteger não só os filhos menores, mas a organização familiar. Somente há a preocupação com aqueles que por orfandade ou abandono estão desabrigados da responsabilidade parental.

O pátrio poder ainda é conceituado como um poder exercido pelo pai em razão do filho, podendo o pai ser privado deste poder somente quando da não observância de

¹¹⁴ LEITE, Eduardo de Oliveira. Obra citada, p. 340.

¹¹⁵ LEITE, Eduardo de Oliveira. Idem, p. 353.

seus atributos. A relação entre pais e filhos se dá pela ascendência e pelos direitos daqueles sobre estes.

Gradativamente estas situações foram se modificando; uma nova concepção jurídica de família foi se construindo; que de desigual, formal e patrimonial passou a ser pessoal e igualitária, tendo como objetivo, a busca da felicidade dos membros do grupo familiar. Com isso houve uma valorização de elementos até então desconsiderados, como a valorização das pessoas, seus interesses e a afetividade. A família tradicional, fincada em objetivos econômicos, políticos, culturais e religiosos, cede espaço para o afeto, respeito e companheirismo. Realidade que, não pode por muito tempo, ser ignorada, tendo o legislador que adequar as normas às novas situações fáticas existentes.

2.2. RELAÇÕES PATERNO-FILIAIS

Originariamente nosso Código Civil atribuía, com exclusividade, ao pai a chefia da família, incluindo-se aí, as relações com os filhos; somente o pai exercia o pátrio poder sobre os filhos, tendo sido conceituado por Clóvis BEVILÁQUA como *“(...) o conjunto dos diversos direitos que a lei concede ao pai sobre a pessoa e bens do filho família”*.¹¹⁶

Estão sob o pátrio poder todos os filhos menores, sem exceção, seja qual for a sua categoria: legítimos, legitimados, legalmente reconhecidos e adotivos; discriminação de categorias que foi abolida com o advento da Constituição Federal de

¹¹⁶ BEVILÁQUA, Clóvis. **Código comentado**, p. 357.

1988, quando o art. 226, § 6º veda qualquer designação discriminatória relativas à filiação.¹¹⁷

Washington de Barros MONTEIRO, esclarece que:

*“Ambos os pais têm o pátrio poder sobre o filho menor. Não se pense que o exercício do pátrio poder pelo pai exclui a mãe desse direito. O pátrio poder cabe em comum aos dois genitores, a ambos deve o filho obediência e respeito. O exercício, sim, é que se desmembra; durante o casamento, normalmente, esse exercício defere-se ao pai. Só na falta ou impedimento deste, é que se transfere à mãe o exercício do pátrio poder. Em outras palavras, o poder é simultâneo, mas o exercício é sucessivo.”*¹¹⁸

Pensamento evoluído para à época, ao considerar a mãe como detentora do pátrio poder, porém de pouca praticidade, pois só pode exercê-lo sucessivamente ao pai, cabendo a este os direitos decorrentes das relações paterno-filiais.

Tal posição modifica-se com o advento da Lei 4.121/1962, que coloca a mulher na posição de colaboradora do marido, mas também de forma supletiva, podendo a mulher agora, recorrer ao juiz quando houvesse divergência entre os pais.

Como assevera Francisco José Ferreira MUNIZ, a revalorização conferida à mulher, na relação com os filhos, ainda é incompleta, porém menos injusta, pois *“(...)assegura à mulher o direito à co-titularidade do pátrio poder. Confere-se, porém, ao pai o privilégio de dizer a última palavra na hipótese de divergência com a mãe no exercício do pátrio poder. Esse poder de decisão atribuído ao pai (embora admitida a interferência judicial a pedido da mulher) é solução que torna vã a afirmação da igualdade entre marido e mulher.”*¹¹⁹

Portanto, não exercia o marido somente o poder marital, mas também o poder paterno, pois os filhos também sentiam este poder a dirigir suas vidas. Os membros do grupo familiar orientavam suas vidas, conforme os interesses da instituição familiar, segundo razões de ordem econômica. Isto permitia que os pais escolhessem as pessoas

¹¹⁷ Constituição Federal art. 226, § 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.

¹¹⁸ MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito civil**, p. 276.

¹¹⁹ MUNIZ, Francisco José Ferreira. Obra citada, p. 76.

com as quais se casariam seus filhos, o chamado popularmente de “casamento arranjado”. O que nos mostra que a escolha era feita sob certa interferência do grupo social ao invés de ser de cunho individual; fator que transmutou-se no decorrer do tempo, com a transformação da família.¹²⁰

Os filhos advindos do casamento ou do companheirismo¹²¹ ficam sob o pátrio poder destes, pois tal exercício decorre da filiação e não da situação jurídica dos pais.

*“O filho cujos pais vivem em concubinato tem, como o filho de pessoas casadas, um vínculo de filiação com sua mãe e um com seu pai. Esse vínculo de filiação, na maioria das vezes, é estabelecido pelo reconhecimento voluntário. O pátrio poder apresenta-se-nos como efeito da filiação (art. 379), e os concubinos têm o direito e o dever de cuidar da pessoa e dos bens dos filhos, pela educação, guarda, vigilância, orientação de sua formação religiosa e profissional, pela representação nos negócios jurídicos e em processos judiciais. Por seu turno, o filho tem, a rigor, os mesmos direitos e os mesmos deveres que os filhos nascidos de casamento.”*¹²²

No mesmo sentido, afirma Edgard de Moura BITTENCOURT, *“no tocante à posse dos filhos comuns, o direito dos concubinos é igual a dos casados, quando reina harmonia entre eles, e, no conflito em torno dessa posse, a questão se decidirá tendo em vista o interesse dos menores.”*¹²³

Conclui-se que, as relações entre os pais e os filhos, independe da situação jurídica daqueles; o exercício do pátrio poder lhes cabe sempre que, de seus relacionamentos, resultarem filhos reconhecidos. Cabendo aos pais direitos quanto à pessoa dos filhos e quanto aos bens dos filhos, direitos que o Código Civil atribuiu

¹²⁰ LEITE, Eduardo de Oliveira. “Enquanto a escolha era feita por razões de ordem econômica, quase sempre vinculadas à propriedade, a intervenção ativa da coletividade se fazia necessária. No momento, porém, em que a escolha é decisão individual, as considerações de ordem econômica e social tendem a desaparecer, subordinando-se exclusivamente ao desejo sexual, atração física e simpatia mútua. O exercício desta liberdade integral, estruturada sobre considerações meramente sentimentais, tendia a arruinar o controle, os motivos de ordem prática, as pressões exercidas pelo grupo.” Obra citada, p. 337.

¹²¹ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Define o autor companheirismo como “a união extramatrimonial monogâmica entre o homem e a mulher desimpedidos, como vínculo formador e mantenedor da família, estabelecendo uma comunhão de vida d’almas, nos moldes do casamento, de forma duradoura, contínua, notória e estável.” Obra citada, p. 97.

¹²² OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa. MUNIZ, Francisco José Ferreira. Obra citada, p.95.

¹²³ BITTENCOURT, Edgard de Moura. **O concubinato no direito**, p. 135.

somente àqueles, não podendo ser conferido a terceira pessoa voluntariamente, ou seja, por consenso das partes, pois o Estado, na proteção do filho menor, intervém no exercício do pátrio poder para controlar e orientar. Assim, o pátrio poder é exercido “*por delegação do Estado no interesse da família.*”¹²⁴

José Virgílio Castelo Branco ROCHA, diz que decorre da relação paterno-filial, o pátrio poder, e que este deriva de imperativo inevitável, que é a ordem social, em razão da qual o pai é investido de autoridade, a fim de dar proteção ao filho menor e não emancipado, sendo que, é a lei que investe o pai de semelhante autoridade e é a lei que traça os seus limites. “*Há um interesse social, que reclama do Estado, a assistência à família. São de ordem pública as disposições sobre a organização da família,(...)*”.¹²⁵

Assim, a responsabilidade, resultante da paternidade, se consubstancia com o pátrio poder, o qual tem vinculações de ordem social, pois o Estado não pode ser indiferente “*(...)a sorte daqueles que ainda não atingiram o desenvolvimento e a maturidade de espírito, que lhes permitam cuidar, por si mesmos, de suas pessoas e bens.*”¹²⁶

Afirma José Virgílio Castelo Branco ROCHA, que o Estado tem legitimidade para interferir nas relações familiares, ressalvando-se a liberdade e as iniciativas individuais, não podendo a autoridade do Estado substituir a autoridade do chefe de família, porém, esta é supervisionada pelo poder público.¹²⁷

Discorda José Antonio de Paula SANTOS NETO, entendendo que, dizer que o pátrio poder é exercido por delegação do Estado, significa ignorar as origens históricas do instituto, cuja gênese, precede a formação das próprias entidades estatais. A organização familiar trouxe inerente, por imposição da própria natureza, a existência de poderes e deveres dos pais em relação aos filhos, que são pré existentes à idéia de Estado.¹²⁸ E segue o autor dizendo que: “*Sendo assim, e sabendo-se que atualmente o Estado realmente delimita e até fiscaliza o exercício do pátrio poder, a conclusão*

¹²⁴ BITTAR, Carlos Alberto. **O novo direito de família**, p.195.

¹²⁵ ROCHA, José Virgílio Castelo Branco. Obra citada, p.47.

¹²⁶ ROCHA, José Virgílio Castelo Branco. Idem, p.48.

¹²⁷ ROCHA, José Virgílio Castelo Branco. Idem, ibidem.

¹²⁸ SANTOS NETO, José Antonio de Paula. Obra citada, p. 53.

mais viável é a de que, por ação imperativa das normas hodiernas de convivência, os genitores cederam, ou antes a entidade estatal lhes retirou, parte daquela primitiva autonomia plena no que concerne ao trato dos filhos.”¹²⁹

Aspecto relevante do qual comungamos, a ingerência estatal existe nas relações paterno-filiais, o Estado fiscaliza o exercício do pátrio poder, com o objetivo de salvaguardar os interesses pessoais e patrimoniais dos menores, para evitar arbitrariedades por parte dos pais, o que não significa que o pátrio poder decorra de delegação do Estado. Tem o Estado o dever de fiscalizar as relações familiares, no intuito de proteger aqueles que não possuem condições de se auto dirigirem, porém, esta ingerência estatal, não pode ultrapassar os limites da esfera privada, se os pais buscam o interesse do menor, procurando evitar que ele se encontre em alguma situação irregular, e para isto, se faz necessário compartilhar com uma terceira pessoa o seu exercício, não pode o Estado impedir.

Pela conceituação legal dada pelo Código Civil, o pátrio poder, no seu exercício, compreende um conjunto de direitos e deveres atribuídos aos pais em relação à pessoa e aos bens dos filhos menores e não emancipados. Regem-nos certos princípios como a irrenunciabilidade, a indivisibilidade, a indelegabilidade do direito em si.

Com efeito, na vigência do Código de Menores de 1927, para suprir as deficiências da lei foi baixada a Portaria nº 555, de 15 de janeiro de 1965¹³⁰, determinando a possibilidade da delegação do pátrio poder em especiais circunstâncias, constituindo a delegação do pátrio poder, para efeito de colocação em lar substituto como um acréscimo, como uma forma intermediária entre a guarda e a tutela, visando atender as necessidades da criança.

Em momento posterior, a Lei 6.697 de 10 de outubro de 1979, institui o Código de Menores, que acompanha o já consagrado pela Portaria 555, e em seu art. 21¹³¹, admite a delegação do pátrio poder, se esta vier para melhor atender as

¹²⁹ SANTOS NETO, José Antonio de Paula. Obra citada, p.54.

¹³⁰ Código de Menores art. 35 – Na delegação de pátrio poder voluntariamente feita pelos pais, por conveniência afetiva ou para prevenir o abandono,(...).

¹³¹ Código de Menores art. 21 – “Admitir-se-á a delegação do pátrio poder, desejada pelos pais ou responsável, para prevenir a ocorrência de situação irregular do menor.”

necessidades do menor. O art. 17¹³² elenca quais são as formas de colocação em lar substituto, sendo a primeira delas a delegação do pátrio poder.

Quiseram estes legisladores, atender às necessidades que comumente aconteciam, pois não raras vezes, os pais, não possuíam condições de ter os filhos sob sua guarda, tampouco de lhes proporcionar o atendimento das necessidades básicas. Porém, não queriam os pais, entregar os filhos à adoção, e a guarda era deferida somente a crianças em situação de abandono; daí a delegabilidade do pátrio poder como forma intermediária de colocação em família substituta, entre a guarda e a tutela ou a adoção.

*“A guarda só é deferida em casos de menor em situação irregular assemelhada ao abandono. A adoção implica assumir obrigações nem sempre desejadas pelos candidatos a cuidar de certo menor, ou não é admitida pelos pais desse menor. O que ocorre quando o menor tem pais, mas estes, impossibilitados de prover sua subsistência, desejam transferir tal encargo a terceiro, sem dar o filho em adoção? A solução é a delegação do pátrio poder. Esse instituto intermediário tem favorecido, na prática dos Juizados a composição dos vários interesses em jogo, especialmente os do menor.”*¹³³

Com o que concordamos, pois os pais como detentores da responsabilidade sobre os filhos, cômicos de suas limitações, com a possibilidade de transferir, não o direito e o dever que tem para com os filhos, mas o seu exercício temporário, para pessoa capaz de exercê-lo, está a atender os interesses dos filhos.

Portanto, o Código de Menores, Lei 6.697 de 1979, revogado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, cuidou acertadamente do assunto prevendo a possibilidade de os pais delegarem, não o direito ao poder paternal, mas ao seu exercício, para evitar que o menor viesse a incorrer em situação irregular, devendo ser esta delegação do exercício do pátrio poder homologada judicialmente.

¹³² Código de Menores art. 17 – “A colocação em lar substituto será feita mediante: I- delegação do pátrio poder; II- guarda; III- tutela; IV- adoção simples; V- adoção plena.”

¹³³ ALENCAR, Ana Valdez N. LOPES, Carlos Alberto de Sousa. **Código de menores**, p.159.

A possibilidade de delegação do pátrio poder era prevista pelo Código de Menores, na seção que tratava da colocação em lar substituto¹³⁴, sendo esta uma de suas formas; na seção que cuidava do pátrio poder¹³⁵, conferia aos pais o direito e o dever de, para evitar que o filho ficasse ao desabrigo dos cuidados pertinentes ao pátrio poder, delegá-lo a quem pudesse cumpri-lo a contento.

A delegabilidade gratuita é um atributo do pátrio poder, não em casos de pura conveniência ou comodidade dos pais, mas para atender aos interesses dos menores; *“não é um ato de disposição dos pais mas uma solução emergencial para dar assistência e proteção aos filhos”*.¹³⁶

A possibilidade de delegar o exercício do pátrio poder, que era conferida aos pais, proporcionava aos filhos uma maior proteção, já que inúmeras são as situações familiares que se apresentam, evitando-se desta forma que ficassem os menores ao desamparo, e mais, que teriam os pais a convicção de que seriam os filhos, protegidos; pois a delegação do exercício da responsabilidade paternal era dirigida a uma pessoa determinada, de confiança daqueles que detém o seu direito.

Assim, *“o pátrio poder é o complexo de direitos e deveres concernentes ao pai e à mãe, fundado no Direito Natural, confirmado pelo Direito Positivo e direcionado ao interesse da família e do filho menor não emancipado, que incide sobre a pessoa e o patrimônio deste filho e serve como meio para manter, proteger e educar.”*¹³⁷

Encontra o poder paternal sua origem no Direito Natural, o qual é exercido no interesse da prole e da família, com a supervisão do Estado, que chama a si a tarefa de evitar abusos e desmandos. O instituto do pátrio poder está mais próximo do indivíduo do que do Estado, muito embora se reconheça a importância para a sociedade, de que o Estado permeie regras de ordem pública nestas relações, buscando o interesse da família e do menor.

¹³⁴ Código de Menores art.17 – “A colocação em lar substituto será feita mediante: I- delegação do pátrio poder”.

¹³⁵ Código de menores art.21 – “Admitir-se-á a delegação do pátrio poder, desejada pelos pais ou responsável, para prevenir a ocorrência de situação irregular do menor.

¹³⁶ MARTINS, Anísio Garcia. **O direito do menor**, p.102.

¹³⁷ SANTOS NETO, José Antonio de Paula. Obra citada, p.54.

Assim, o pátrio poder é um complexo de direitos e deveres conferidos aos pais, pois tais direitos só tomam consistência jurídica e encontram a sua razão de ser, em função daqueles mesmos deveres; a autoridade paterna foi instituída em proveito dos filhos e em função dos seus interesses, se o seu exercício não vier de encontro aos interesses do menor, perde a sua razão de ser, “(...) o poder paterno tem como limite a proteção dos filhos, e , por conseguinte, fora desse limite não há poder paterno justificável”.¹³⁸

A partir de 1990, com o advento do Estatuto da Criança e do Adolescente, esta possibilidade não foi novamente vislumbrada pelo legislador, sendo portanto o pátrio poder, relação decorrente da filiação, instituto que não permite a delegação de seu exercício a terceira pessoa e, não estando os filhos menores e não emancipados, sob o pátrio poder, devem aqueles serem colocados sob tutela, entendido como um instituto sucedâneo¹³⁹ do pátrio poder. Encargo conferido a uma terceira pessoa para administrar e proteger a pessoa e os bens do menor.

2.3. TUTELA

O instituto da tutela está previsto pelo Código Civil Brasileiro, em seus artigos 406 a 445, sendo de caráter essencialmente assistencialista, a tutela dos menores é estabelecida de modo a suprir a falta da proteção paterna; assim, ao tutor foram conferidas atribuições correspondentes às que se encontram no instituto do pátrio

¹³⁸ ROCHA, José Virgílio Castelo Branco. Obra citada, p. 49.

¹³⁹ ESPÍNOLA, Eduardo. “O Código Civil só conhece a tutela dos menores, abrangendo todos aqueles que não estejam sob o pátrio poder, sejam púberes ou impúberes.” p. 588. No mesmo sentido, Roberto João ELIAS, **Guarda, tutela e adoção** diz que: “com referência a menores, trata-se de um sucedâneo do pátrio poder.(...). A tutela supre o poder paternal, tendo um caráter subsidiário, na falta dele.”, p.111.

poder, compreendendo direitos e principalmente deveres atinentes à pessoa e aos bens do menor. *“As normas que a regulam atribuem-lhe, o caráter de instituição de organização rígida, são normas de ordem pública; não podem ser modificadas pelas convenções privadas. A lei estabelece as bases, as atribuições do tutor, a fiscalização de seus atos; mas o tutor não é um órgão do Estado.”*¹⁴⁰

Clóvis BEVILÁQUA define tutela como *“o encargo civil conferido a alguém pela lei, ou em virtude de suas disposições, para que administre os bens, proteja e dirija as pessoas dos menores, que não se acham sob a autoridade de seus pais ou mães, quando a estas competem direitos, que a lei atribui aos pais sobre a pessoa e os bens dos filhos.”*¹⁴¹

Da análise das normas contidas no instituto da tutela, percebe-se uma profunda preocupação do legislador em proteger os bens do menor em detrimento de sua pessoa, é o que nos diz Clóvis BEVILÁQUA: *“o legislador de 1916, ao cuidar da tutela, preocupou-se, principalmente, com o órfão rico, pois, ao disciplinar o tema, teve em vista, em primeiro lugar, a preservação dos seus bens; aliás dos quarenta artigos consagrados ao assunto, apenas um (art. 412) se refere aos menores abandonados.”*¹⁴²

Portanto, o intuito do legislador era proteger, preservar os bens pertencentes ao menor, ficando para segundo plano, a proteção da pessoa do menor que se encontrasse em situação de abandono ou de orfandade.

Também Roberto João ELIAS conceitua tutela como sendo, *“o poder conferido a uma pessoa capaz, para reger a pessoa de um incapaz e administrar seus bens.”*¹⁴³

A estrutura do instituto exige requisitos objetivos, como o compromisso legal, que oficializa o encargo, e a ausência do pátrio poder, *“o tutor ocupa o lugar jurídico deixado pelo vazio da autoridade parental. Apresenta-se na morte dos pais, na suspensão ou na destituição daquela função. Trata-se de um sujeito, titular de direitos*

¹⁴⁰ ESPÍNOLA, Eduardo. Obra citada, p. 589.

¹⁴¹ BEVILÁQUA, Clóvis. **Direito da família**, p.393.

¹⁴² BEVILÁQUA, Clóvis. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado**, p. 395.

¹⁴³ ELIAS, Roberto João. **Tutela civil: regimes legais e realização prática**, p. 5.

e deveres, alçado à condição de assistência e representação de menor que não esteja sob a autoridade dos pais.”¹⁴⁴

Já para o cargo de tutor há a necessidade de requisitos subjetivos, como a capacidade civil, para evitar os atos jurídicos praticados em representação ao tutelado se deixem contaminar pelo vício da nulidade, fato que atinge somente o ato e não a tutela em si.

Prevê o Código Civil três formas de nomeação de tutor, testamentária, legítima e dativa, o que não modifica a natureza da tutela, *“os deveres dos tutores, qualquer que tenha sido seu modo de nomeação , através de documento, por imposição da lei ou por designação judicial, são os mesmos. A tutela é exercida da mesma maneira, independentemente da origem do tutor.*”¹⁴⁵

A tutela testamentária, também denominada por ato de última vontade¹⁴⁶, refere-se ao direito que tem o pai, a mãe, o avô paterno e o avô materno, de nomear tutor por testamento, codicilo ou qualquer documento autêntico, sendo que será a nomeação de tutor, se ao tempo da morte, não detinha o pátrio poder.

A ordem de legitimidade para nomeação de tutor estabelecida pela legislação civil, colocando o pai em ordem de preferência à mãe, não mais existe, face ao princípio constitucional da igualdade dos cônjuges na sociedade conjugal. Quanto a possibilidade de os avós terem legitimidade para nomear tutor aos netos, diz Clóvis BEVILÁQUA, *“é uma reminiscência do direito romano, que não compadece com o estado atual do nosso.*”¹⁴⁷ Assim, não sendo os avós os detentores do pátrio poder, não têm eles legitimidade para nomear aos netos tutor, podem sim, é se constituírem no encargo de tutores legítimos.

Diz Roberto João ELIAS que, deve-se observar que, a nomeação de tutor pelo cônjuge pré-morto, não priva o sobrevivente de exercê-lo, sendo nula portanto a nomeação se o outro pai for vivo.¹⁴⁸

¹⁴⁴ FACHIN, Luiz Edson. **Elementos críticos do direito de família**, p. 250.

¹⁴⁵ CARVALHO, João Andrades. **Tutela, curatela, guarda, visita e pátrio poder**, p.14.

¹⁴⁶ ELIAS, Roberto João Obra citada, p.12.

¹⁴⁷ BEVILÁQUA, Clóvis. Obra citada, p. 397.

¹⁴⁸ ELIAS, Roberto João. Obra citada, p. 13.

A tutela legítima ocorre na falta de nomeação por testamento ou outro documento autêntico, de tutor para os filhos menores, que é deferida aos parentes, segundo a ordem de proximidade em graus, tendo preferência o avô. *“Entre os outros parentes, são preferidos os mais chegados e os mais idôneos: os irmãos, preferindo os bilaterais aos unilaterais, o do sexo masculino ao sexo feminino, o mais velho ao mais novo; os tios, na falta dos irmãos, sendo preferido o do sexo masculino ao do feminino, e o mais velho ao mais moço.”*¹⁴⁹

Esta diferenciação quanto ao sexo é inaceitável nos dias de hoje, pois a Constituição Federal de 1988, não igualou somente os cônjuges dentro da sociedade conjugal, igualou homens e mulheres em direitos e obrigações.

A ordem de convocação que estabelece o legislador civilista, poderá ser contrariada, se for para atender ao interesse do incapaz. *“Admite-se inclusive a nomeação de pessoa estranha à família, desde que ela já o venha criando adequadamente.”*¹⁵⁰

Hoje, face ao Estatuto da Criança e do Adolescente, não é rígida a ordem de convocação, pois o que deve prevalecer é o maior interesse da criança ou adolescente. *“Poderá a autoridade judiciária abandonar a ordem legal e conceder a medida a quem efetivamente possa atender melhor àquela pessoa em fase peculiar de desenvolvimento.”*¹⁵¹

Tutela dativa ocorre na falta de tutor testamentário ou legítimo, apresentando portanto, um caráter subsidiário, que será deferida judicialmente à pessoa idônea residente no local do domicílio do menor.

Assim, a tutela é entendida como um encargo, já que, *“a tutela é um conjunto de poderes e encargos, que a lei confere ao tutor, para que este possa cuidar do incapaz que não está sob o pátrio poder e, também, administrar seus bens, é principalmente um encargo, imposto pelo Estado a alguém capaz, com um fim de interesse público, (...)”*.¹⁵² O encargo revela um sentido de dever, exercendo o tutor um

¹⁴⁹ BEVILÁQUA, Clóvis. Idem, ibidem.

¹⁵⁰ ELIAS, Roberto João. Obra citada, p. 14.

¹⁵¹ PEREIRA, Tania da Silva. Obra citada, p. 247.

¹⁵² ELIAS, Roberto João. Obra citada, p.15.

munus público, pois seu encargo lhe foi delegado pelo Estado, para agir no interesse dos menores que não estão sob a responsabilidade de seus pais.

O encargo de tutela é gratuito, obrigatório, indivisível e pessoal, estas características envolvem a função tutelar. É encargo obrigatório, pois exercendo o tutor um *munus* público, tem o dever de exercê-lo, exceto nos casos previstos expressamente pelo legislador, que conferem a algumas pessoas a possibilidade de escusar-se da tutela.¹⁵³

Não comungamos deste entendimento pois, se tem a tutela o objetivo de atender aos interesses do menor, assegurando-lhe proteção, não sendo somente o fornecimento de coisas materiais que atenderão as necessidades do incapaz, mas “*principalmente a orientação necessária para uma vida sadia e feliz*”,¹⁵⁴ não há como se obrigar alguém a dar carinho, amor, formação moral a quem necessita; são fatores que necessitam de vontade interna e não externa.

A tutela é um encargo pessoal e indivisível pois, é encargo que não passa a herdeiros, além disso, não pode o tutor transferir a terceiro o encargo que recebeu. Como afirma Roberto João ELIAS, somente o tutor se obriga e tem o direito de velar pelo menor e administrar-lhe os bens, sendo que, em alguns casos, sua administração depende de autorização judicial.¹⁵⁵

O instituto da tutela traz em seu bojo, um caráter assistencialista, mas não protetivo. O menor sob tutela, segundo enfoque dado pelo legislador do Código Civil, não encontra guarida para o amor e o afeto, na sua relação com o tutor. Fator que será minimizado mais tarde, com o advento da Lei 8.069/90, onde este instituto passa a ter caráter protetivo¹⁵⁶, sendo visto como uma forma de família substituta.

A tutela cabe quando os titulares do pátrio poder falecerem, forem julgados ausentes, ou suspensos ou destituídos deste exercício. Situação em que ficam as

¹⁵³ Código Civil Brasileiro, art. 414 – Podem escusar-se da tutela: I- as mulheres; II- os maiores de sessenta anos; III- os que tiverem em seu poder mais de cinco filhos; IV- os impossibilitados por enfermidade; V- os que habitarem longe do lugar, onde se haja de exercer a tutela; VI- os que já exercerem tutela, ou curatela; VII- os militares, em serviço.

¹⁵⁴ ELIAS, Roberto João. Obra citada, p.19.

¹⁵⁵ ELIAS, Roberto João. Idem, p. 22.

¹⁵⁶ SILVA, José Luiz Mônaco da. “a tutela é um instituo de caráter nitidamente protetivo (...)”A **família substituta no estatuto da criança e do adolescente**, p.66.

crianças e adolescentes, desprovidos de quem proteja seus interesses. Porém, a doutrina, à época do Código Civil, menciona que o tutor só deverá, no lugar dos pais, cuidar da criação e educação dos menores, representá-los, assisti-los e administrar-lhes os bens. Deixando de mencionar os demais cuidados que a família original prestava aos filhos, como amparo moral, espiritual, psicológico, amor e afeto. É neste sentido que entendemos ser a tutela civilista assistencialista e não protetiva.

O instituto da tutela é considerado um sucedâneo do pátrio poder pois, aquela só é possível quando o menor for órfão, ou quando os seus pais forem julgados ausentes, ou quando eles tiverem sido destituídos do pátrio poder. *“A tutela, na verdade, visa a substituir o pátrio poder, tendo caráter assistencial, constituindo um sucedâneo dele. Caso o pátrio poder ressurja com a adoção ou com o reconhecimento do filho legítimo, a tutela desaparece, posto que o pátrio poder é o mais natural e o melhor meio de proteção.”*¹⁵⁷

Não entendemos que a tutela deva ser um sucedâneo do pátrio poder, ambas podem coexistir se for para atender o melhor interesse da criança e do adolescente. O objetivo do instituto da tutela deve estar imantado de interesses voltados às crianças e adolescentes e não, de interesses dos pais. A situação jurídica existe, e a necessidade fática se faz presente, portanto diante dessa nova feição, afirma Orlando GOMES que *“Para prevenir a ocorrência de situação irregular do menor admite-se a delegação do pátrio-poder, requerida pelo próprio pai. Dá-se, neste caso, a colocação em lar substituto.”*¹⁵⁸

Assim, o posicionamento de ser a tutela um sucedâneo do pátrio poder deixa uma lacuna para a solução de algumas situações que se apresentam no dia-a-dia, face a impedimentos temporários pelos quais passam os pais, que podem deixar os menores em situação irregular, em não havendo motivos que fundamentem a sua destituição.

Tutela denominada de especial à época do Código de Menores, não prevista por este, mas face ao preceituado no instituto do pátrio poder, jurisprudencialmente criou-se esta forma de tutela, ou seja, aquela deferida para atender a determinadas

¹⁵⁷ ELIAS, Roberto João. Idem, p. 16.

¹⁵⁸ GOMES, Orlando. Obra citada, p. 378.

situações peculiares, subsistindo com o pátrio poder dos pais; “(...)a tutela especial, para determinados fins, como para educação, tratamento ou outra finalidade específica, não elide o pátrio poder, mas pode subsistir com o mesmo, só perdendo os pais o exercício, não a titularidade.”¹⁵⁹

Ao tutor incumbe, quanto à pessoa do menor incapaz lhe proporcionar o sustento, a educação e a sua criação; embora se refira a doutrina como sendo a tutela um sucedâneo do pátrio poder, face a semelhança dos dois institutos, o legislador é sucinto ao abordar a questão, já que dos dez artigos que preceituam sobre as obrigações do tutor, apenas dois deles se referem à pessoa do menor, os demais se referem aos bens do menor. Tampouco a doutrina apresenta acréscimos à timidez do legislador, limitando-se a repetir o preceituado pela norma.

Ao tutor cabe a prática de atos de administração ordinária, onde tutor age sem autorização judicial; e atos de administração que necessitam de autorização judicial. Compete-lhe também, representar o menor até os dezesseis anos, nos atos da vida civil, e após esta idade, assisti-lo nos atos em que for parte, suprindo-lhe o consentimento.

Para garantir a incolumidade do patrimônio do menor incapaz, deve o tutor oferecer em hipoteca legal imóveis que garantam os bens que serão confiados à sua administração. Contudo assevera Roberto João ELIAS, que o juiz poderá dispensá-la, se se tratar de pessoa idônea, e por certo será, pois caso contrário, não seria nomeado tutor.¹⁶⁰ Neste sentido também entende Luiz Edson FACHIN, “a exigência quer da garantia real quer da pessoal é faculdade do juiz, que responde pela dispensa da garantia, em virtude dos artigos 420 e 421 do Código Civil. A responsabilidade é pessoal e direta.”¹⁶¹

Conclui-se que o legislador preocupou-se demasiadamente com o patrimônio do pupilo, mesmo tendo tomado as precauções necessárias para nomear tutor pessoa idônea, em detrimento da pessoa do pupilo de seu bem-estar, que fica subordinado ao bom andamento dos negócios.

¹⁵⁹ MARTIN, Anisio Garcia. Obra citada, p. 123.

¹⁶⁰ ELIAS, Roberto João. Obra citada, p. 34.

¹⁶¹ FACHIN, Luiz Edson. Obra citada, p. 258.

Com o advento do Estatuto da Criança e do Adolescente, em 1990, o instituto da tutela é abordado mas não inova ao anteriormente preceituado pelo Código de Menores, pois, de igual forma, se reporta ao Código Civil, no que pertine à matéria. Traz, contudo, uma visão nova, o entendimento de instituto protetivo, porquanto colocado na seção da família substituta. Seguindo os princípios gerais da família substituta, a tutela se reveste de uma nova noção, instituto que dará à criança e ao adolescente, além da representação e da assistência e da administração do patrimônio, uma nova família, na sua mais profunda concepção.

CAPÍTULO III

3. NO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

3.1. FAMÍLIA NATURAL E O DIREITO À CONVIVÊNCIA FAMILIAR

A família contemporânea passou de uma unidade de produção para uma comunidade de ganhos e consumos, isto é, deixou de produzir bens no âmbito doméstico, havendo hoje, uma distinção entre o lar e o local de trabalho. Surge um processo de integração da mulher na sociedade, no mercado de trabalho, dando-lhe maior independência financeira, e com isto, desapareceram muitas funções domésticas exclusivas da mulher, sendo estas, partilhadas entre os cônjuges.

A passagem da família patriarcal para a nuclear é consequência das profundas modificações ocorridas nas estruturas sociais, econômicas, políticas e culturais ocasionadas pela industrialização, pela emancipação feminina e pela inserção da mulher no mercado de trabalho; sendo portanto, alterada a estrutura familiar.

Em consequência de tais transformações, a realidade social nos mostra que o casamento não é mais a única forma de constituição de uma família, que somente a formalidade do vínculo jurídico é insuficiente para a conceituação de família; pois há um elemento novo a fazer parte de sua constituição e definição, o afeto. Há a entidade

familiar, fato social tão nítido que acabou por ser positivado pelo nosso direito em seara constitucional.

A concepção jurídica da família, foi alterada significativamente com a promulgação da Constituição Federal de 1988, tendo esta, reconhecido a importância do mundo fático atribuindo-lhe relevância até então, excluída do mundo jurídico. Portanto, a Constituição de 1988, acompanhando a evolução social que já vinha se apresentando, abriu horizontes no instituto jurídico da família.

Novos princípios constitucionais passam a nortear a proteção da família, como a dignidade, a igualdade e a possibilidade que o indivíduo tem, de tentar a formação de uma nova família tantas vezes quantas necessárias para buscar a felicidade. E ainda reconhecendo como entidade familiar, aquelas uniões familiares que não se fundam no casamento civil. Com efeito, tendo o conceito de família, aspectos de liberdade e igualdade, o vínculo jurídico perde seu espaço para a verdade sócio-afetiva que se apresenta tão evidente. Felicidade e afeto conquistaram seu espaço na noção jurídica de família.

A sociedade chegou ao seu ponto culminante; era necessário que os homens detentores do saber jurídico e de seu poder, alterassem a legislação vigente para atender os anseios da sociedade, e de alguma forma, tentar acompanhar as transformações sociais que se apresentavam há muito tempo, porém, negadas, como se não existissem. O Direito até 1988 ainda contemplava um *“modelo da família patriarcal, caracterizado por uma hierarquia vertical, centrada no matrimônio, a família aparece como um grupo ou comunidade, fundada sobre a homogeneidade das crenças, na divisão dos papéis familiares, preocupada com sua sobrevivência material, biológica e cultural.”*¹⁶²

Estas famílias eram formadas por razões de ordem econômica¹⁶³ e social, sendo muitas vezes, a escolha dos companheiros, feita pelos pais dos futuros nubentes. Ao

¹⁶² LEITE, Eduardo de Oliveira. **Temas de direito de família**, p.17.

¹⁶³ LEITE, Eduardo de Oliveira, “Enquanto a escolha era feita por razões de ordem econômica, quase sempre vinculadas à propriedade, a intervenção ativa da coletividade se fazia necessária. No momento, porém, em que a escolha é decisão individual, as considerações de ordem econômica e social tendem a desaparecer, subordinando-se exclusivamente ao desejo sexual, atração física e simpatia mútua. O exercício desta liberdade integral, estruturada sobre considerações

contrário, hoje, na sua grande parte, as pessoas se escolhem segundo fatores pessoais, havendo uma maior valoração dos sentimentos; onde a busca do companheiro está intimamente ligada aos laços afetivos que os unem.

E como assevera Eduardo de Oliveira LEITE, é com a sobreposição do afetivo sobre o racional, que desaparece a concepção de família de modelo patriarcal e surge a família moderna. O casamento, fonte de procriação, de divisão de papéis, com a ascensão do homem sobre a mulher, dá lugar ao afeto, ao companheirismo, a “linearidade dos sentimentos”. Com efeito, a transformação destas relações denotam a substituição dos valores centrados nas responsabilidades assumidas perante a sociedade, por valores que elevam a felicidade e o desenvolvimento pessoais, aprimorando-se a qualidade do afeto.¹⁶⁴

A Constituição Federal de 1988, reconhece como entidade familiar aquela não fundada exclusivamente no casamento; buscando o legislador, acompanhar os passos da realidade social que se afiguravam. De ressaltar-se que, o legislador nada criou, somente acompanhou as transformações sociais que se apresentavam, isto é, passou a reconhecer a pluralidade de relações familiares existentes, que até então eram negadas, oferecendo-lhes proteção. *“A adequação legislativa feita pela Carta Constitucional acabou revelando novos contornos jurídicos da família contemporânea. Baseada nos desejos de seus membros em satisfazer seus interesses de realização afetiva e crescimento pessoal, a noção de família foi ampliada e a proteção a todas as entidades familiares produziu efeitos benéficos há muito desejados.”*¹⁶⁵

No mesmo sentido, Guilherme Calmon Nogueira da GAMA, refere que a Constituição Federal se modernizou e atendeu aos anseios sociais,

“(...)adequando-se à realidade atual, sem no entanto deixar de adotar como norma principiológica o reconhecimento da família e do casamento como fundamentais no contexto nacional, merecedores de proteção do Estado que, ao contrário do que muitos pregam, deve envidar esforços no sentido de

meramente sentimentais, tendia a arruinar o controle, os motivos de ordem prática, as pressões exercidas pelo grupo.” **Tratado de direito de família: origem e evolução do casamento** p. 337.

¹⁶⁴ LEITE, Eduardo de Oliveira. Obra citada, p.18.

¹⁶⁵ CARBONERA, Silvana Maria. Obra citada, p.290.

*estimular a vida familiar saudável, responsável, independentemente da forma de sua constituição, sempre tendo como norte a busca do engrandecimento moral, material, cultural do organismo familiar e de cada um de os seus integrantes.”*¹⁶⁶

O mesmo autor, menciona que o verbo “reconhecer”, utilizado no art. 226, §3º da CF, possui relevante interpretação, isto é, “(...)a união estável já havia se estabelecido no mundo fático e social, como espécie de família, reparando, o constituinte, um equívoco histórico.”¹⁶⁷

Eduardo de Oliveira LEITE, comunga do mesmo entendimento:

*“Transpostos os princípios à Constituição eles são facilmente percebíveis nos seguintes dispositivos constitucionais: a proteção da família como um todo (art. 226, caput); manutenção do casamento como instituto originador da família (art. 226, § 1º); (...)reconhecimento expresso das uniões estáveis (art. 226, § 3º).” Segue o autor dizendo que, “(...)a palavra família empregada no art. 22, caput, deve ser entendida num, sentido amplo, abrangendo, não somente a família fundada no casamento, (...), mas ainda, as novas, formadas de conjugalidade, como a união de fato, a família natural assente no fato da procriação e a família adotiva (adoção por pessoa não casada).”*¹⁶⁸

Assim, o casamento ainda é o fundamento para a formação do grupo familiar, ressaltando-se que, a transformação da união estável em casamento, deverá ser facilitada.¹⁶⁹ Portanto, a união estável é equiparada à família e não ao casamento:

“(...)a família deixou de ter como fonte única e exclusiva o casamento civil ou o religioso com efeitos civis. O companheirismo, além de comunidade formada por qualquer dos pais e seus filhos, foi finalmente reconhecido como espécie de família. É importante notar que não houve equiparação de tais organismos familiares à família formada através do casamento, pois caso contrário, desnecessária seria a parte final do disposto no § 3º, do art. 226,

¹⁶⁶ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira. Obra citada, p.44.

¹⁶⁷ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Idem, ibidem.

¹⁶⁸ LEITE, Eduardo de Oliveira. **O concubinato frente à nova constituição**, In: PINTO, Teresa Arruda Alvim, Direito de Família: aspectos constitucionais, civis e processuais, p. 97.

¹⁶⁹ Constituição Federal art. 226, § 3º - “Para efeito da proteção do Estado é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar a sua conversão em casamento.”

*da Constituição Federal (que cuida justamente da conversão da 'união estável' em casamento)."*¹⁷⁰

Com a Constituição Federal de 1988, novas modalidades de organização familiar foram abordadas pelo legislador; o da família consangüínea ou biológica, advinda do casamento; o da família civil advinda da adoção; o da entidade familiar, decorrente da união estável entre homem e mulher, e as famílias monoparentais, decorrentes da comunidade formada por qualquer dos pais com seus filhos.

Embora a Constituição tenha alterado a visão de família constituída pelo casamento, não a colocou no mesmo plano das outras entidades familiares, apesar de todas receberem proteção do Estado. *"A distinção feita pela Constituição é veemente e afasta qualquer dúvida que possa pairar com relação ao intuito do constituinte, tanto é que ao se referir à 'família', no art. 226, caput, referiu-se ao 'casamento' e às 'entidades familiares' (união estável - parágrafo terceiro e família monoparental - parágrafo quarto)".*¹⁷¹

Os novos grupos familiares mereceram do Estado sua proteção, quando nos arts. 226 à 230 da CF, foi descentralizada a tutela constitucional, do casamento, para as relações familiares dele decorrentes, *"(...)e que a milenar proteção da família como instituição, unidade de produção e reprodução dos valores culturais, éticos, religiosos e econômicos, dá lugar à tutela essencialmente funcionalizada à dignidade de seus membros, em particular no que concerne ao desenvolvimento da personalidade dos filhos."*¹⁷²

Quis o legislador valorizar a dignidade da pessoa humana, não admitindo mais que a instituição fosse mais valorizada e protegida que seus integrantes. Sem dúvida merecem a proteção do Estado as pessoas que fazem parte do grupo familiar, porém esta proteção não pode ultrapassar o desejo, a vontade, o interesse destas pessoas. Não pode o Estado querer administrar os sentimentos dos indivíduos, quando estes conseguem dar o rumo que considerem conveniente a sua forma de viver.

¹⁷⁰ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Obra citada, p. 48.

¹⁷¹ LEITE, Eduardo de Oliveira. **Famílias monoparentais**, p. 19.

¹⁷² TEPEDINO, Gustavo. **A disciplina civil-constitucional das relações familiares**, In: BARRETO, Vicente (org), A nova família, p. 48.

Neste sentido, diz João Baptista VILELA:

*“toca as raias do ridículo que um país, como o Brasil, que não consegue resolver problemas elementares de segurança nas ruas, de saneamento básico ou de controle das epidemias, cuja previdência social está falida, que não oferece ensino de qualidade nem serviço público eficiente, se proponha agora a invadir o domínio de privacidade das pessoas, para lhes impor regras de organização da vida amorosa.”*¹⁷³

A realidade social hoje, se apresenta com *“uma tendência no sentido de que as pessoas não se queiram impor padrões legais num terreno eminentemente afetivo, pessoal, intimíssimo e, por definição, privado, em que se encontra a opção de se estar com alguém e a continuidade desta opção, ou seja, a escolha de se permanecer com alguém e de com este alguém se formar um grupo familiar.”*¹⁷⁴

O cerne da família moderna e o laço fundamental de sua formação fundam-se em aspectos subjetivos, intrínsecos ao ser humano, que vêm de uma estruturação psíquica entre as pessoas envolvidas, onde cada membro desempenha uma função definida. O direito à felicidade é marcado não pelos aspectos patrimoniais, mas pelo convívio e afeto da vida em comum. Já que a propriedade não é mais, como o era para o Código Civil, valor absolutamente necessário para a realização das pessoas; *“os interesses privados, juridicamente tuteláveis, não devem girar em torno de aspectos patrimoniais, mas, antes, dos aspectos afetivos. O afeto, enfim, deve ser colocado como elemento nuclear das relações familiares.”*¹⁷⁵

A convivência entre homem e mulher, não mais se legitima, exclusivamente, pelo casamento, mas caracteriza-se pela intenção de terem uma vida em comum com objetivos semelhantes, fundada no amor, no companheirismo, na autenticidade, na sinceridade, procurando preservar suas individualidades, pois numa relação de amor, um não pode anular o outro, não há hierarquias. Relação que decorre não do hábito nem de um ato, mas do amor existente entre seres que vivem a necessidade um do

¹⁷³ VILELA, João Baptista. **Família hoje**, In: BARRETO, Vicente (org), A nova família, p. 84.

¹⁷⁴ PINTO, Teresa Celina Arruda Alvim. **Um novo conceito de família – reflexos doutrinários e análise da jurisprudência**, In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo, Direitos de família e do menor, p. 84.

¹⁷⁵ CAMBI, Eduardo. Obra citada, p. 132.

outro, e só assim atingem a tão almejada felicidade de viver um amor, “o qual, por tudo quanto acaba decorrendo, se constituiu assim, em motivação a não ser desconsiderada pelo direito (...)”¹⁷⁶

Com isto, está a se privilegiar a concepção eudemonista de entidade familiar, onde a família é um instrumento para a realização do ser humano. “Tutelar juridicamente a família é, antes, tutelar juridicamente o ser humano, pois é através da proteção à família, enquanto organismo social, que o Estado deve proteger a pessoa humana, dando-lhe dignidade e possibilitando o pleno desenvolvimento de suas virtudes.”¹⁷⁷

Predominam nas relações familiares o interesse de vida em conjunto, onde há uma recíproca valorização, respeito e interesse pelos sentimentos do outro, uma nítida cumplicidade, onde um só pode ser feliz se o outro também o for. Nesta nova família não cabem sentimentos egoísticos, os membros do grupo familiar buscam sua felicidade, através do respeito, do companheirismo, sem se esquecerem que são responsáveis pela felicidade do outro, “(...) só podem conviver pessoas que têm afeição e respeito mútuo, sendo ambos necessários para a continuidade da relação familiar. Somente a existência do afeto faz com que pessoas restrinjam sua esfera de liberdade, renunciando a determinados desejos, para que outras também possam crescer e se desenvolver, pois o desenvolvimento de um produz benefícios a todas.”¹⁷⁸

Diz Eduardo CAMBI que, a função primordial da família é oferecer suporte emocional à pessoa humana, promovendo-lhe o desenvolvimento e realizando seus interesses afetivos e existenciais.¹⁷⁹

“Trata-se, pois, de uma inversão de valores, vez que o casamento e a família não mais existem para a satisfação econômica do grupo familiar, que era a noção em que se baseou o legislador de 1916, que tinha em mente a realidade agrícola e patriarcal existente à época. Hoje, as famílias, constituídas ou não pelo casamento, são calcadas, substancialmente, por

¹⁷⁶ COLTRO, Antônio Carlos Mathias. **A união estável no direito projetado**, In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, LEITE, Eduardo de Oliveira, Relatório de doutrina sobre direito de família, p.130.

¹⁷⁷ CAMBI, Eduardo. Obra citada, p. 132.

¹⁷⁸ CARBONERA, Silvana Maria. Obra citada, p.296.

¹⁷⁹ CAMBI, Eduardo. Idem, p. 133.

*laços de afeto, solidariedade e cooperação: não é mais o indivíduo que existe para a família, mas a família e suas formas de constituição que existem para o desenvolvimento pessoal do indivíduo, em busca de sua aspiração de felicidade.”*¹⁸⁰

A família, hoje, vai além da família como entidade nuclear, isto é, aquela formada pelos pais conviventes do mesmo lar com seus filhos; inclui também a família monoparental¹⁸¹, aquela formada por um dos pais com seus filhos, fato resultante de pais separados, de mães solteiras ou de filhos órfãos.

Com a transformação da sociedade, com a evolução dos costumes, modelos diversos de família se apresentam: família matrimonial, comportamental, concubinária e monoparental; mas o certo é que, nos dias de hoje, o modelo de família predominante é o eudemonista, isto é, “*aquele pelo qual cada um busca na própria família, ou por meio dela, a sua própria realização, seu próprio bem-estar*”.¹⁸²

Este modelo de família não vem, exclusivamente do casamento, pois o paradigma moderno de família está voltado para razões subjetivas como o amor e a busca da felicidade, do que para razões objetivas como família instituição, emoldurada em arquétipos preestabelecidos; do que podemos concluir que família “*é uma estrutura social básica, que se configura pelo entrelaçamento de papéis diferenciados (pai, mãe, filho), entrelaçamento que se constitui o modelo de interação em grupo*”.¹⁸³

Por outro lado, diz Ricardo Pereira LIRA, que família “*é a instituição jurídica e social resultante das justas núpcias, contraídas por pessoas de sexo diferente. Abrange necessariamente os cônjuges, mas para a sua configuração não é essencial a existência de prole*”.¹⁸⁴ Conceito que nos parece equivocado, porquanto a Constituição Federal de 1988, em seu art 226, parágrafo terceiro, já reconhece a união pelo afeto,

¹⁸⁰ CAMBI, Eduardo. Obra citada, p. 133.

¹⁸¹ LEITE, Eduardo de Oliveira. “Uma família é definida como monoparental quando a pessoa considerada (homem ou mulher) encontra-se sem cônjuge, ou companheiro, e vive com uma ou várias crianças”. Cita o autor, John Ermisch, para conceituar monoparentalidade, afirmando que a família monoparental, “é constituída de um genitor e de seus filhos descendentes, quer eles vivam independentemente, quer se integrem no lar de outras pessoas (por exemplo, na casa dos avós).” Obra citada, p. 22.

¹⁸² HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Obra citada, p.8.

¹⁸³ RIVIÈRE, Pichon apud SOIFER, Raquel. **Psicodinamismos da família com crianças**. p. 22.

¹⁸⁴ LIRA, Ricardo Pereira. Obra citada, p. 25.

entre duas pessoas, sem o casamento, como família, o que é entendido por Caio Mário da Silva PEREIRA, “*a família é organismo jurídico ou um organismo natural, no sentido evolutivo. Mais particularmente o é neste outro, de um agrupamento que se constitui naturalmente, e cuja existência a ordem jurídica reconhece.*”¹⁸⁵

Afirma Sérgio Gischow PEREIRA, a família, é conduzida por relações de afeto, amor, companheirismo, evoluindo as relações familiares para um estágio de autenticidade, sinceridade, diálogo e paridade, dando lugar a hipocrisia, a falsidade da família institucionalizada e valorizando as relações grupais fundadas na liberdade, na responsabilidade mútua.¹⁸⁶

Portanto, a família tradicional, ao longo de sua caminhada pelas transformações políticas, sociais e econômicas alterou-se e,

*“(...)nasce a família moderna, com a progressiva eliminação da hierarquia, emergindo uma certa liberdade de escolha; o casamento fica dissociado da legitimidade dos filhos. Começam a dominar as relações de afeto, de solidariedade e de cooperação. Proclama-se a concepção eudemonista da família: não é mais o indivíduo que existe para a família e para o casamento, mas a família e o casamento existem para o seu desenvolvimento pessoal, em busca de sua aspiração à felicidade.”*¹⁸⁷

A noção de afeto, de solidariedade, de liberdade, de igualdade, são elementos essenciais nas relações interpessoais, em especial nas relações familiares, que foram gradativamente galgando espaço no mundo jurídico, através da efetiva valorização e preocupação das pessoas com os membros de seu grupo do que uma preocupação pela instituição família, como no passado acontecia.

Esta mudança que sofreu a família, trazendo em sua formação o afeto, ultrapassa o amor egoísta, aquele em que as pessoas só conseguem ser felizes se unidas pela proximidade física. Esta nova relação enaltece sentimentos de altruísmo, onde o verdadeiro afeto, a sincera preocupação pelo outro prevalecem da convivência

¹⁸⁵ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**, p.18.

¹⁸⁶ PEREIRA, Sérgio Gischow. **Tendências modernas do direito de família**, In: revista dos Tribunais, vol 628, p. 19.

¹⁸⁷ FACHIN, Luiz Edson. **Em nome do pai**, In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord)Direito de família contemporâneo, p. 587.

sob o mesmo teto. Os pais, face a estes sentimentos, transferem a outrem a obrigação de zelar, proteger o filho menor, nos períodos em que estiverem ausentes.

Assim, o afeto, o companheirismo, a cumplicidade não unem somente os casais, mas a todos os integrantes do grupo familiar, pois se necessário, pelo melhor interesse dos filhos, os pais podem delegar suas atribuições a uma terceira pessoa, que as cumprirá da melhor forma, buscando, assim como os pais, o melhor para os filhos. Fato que não prejudica o bom desenvolvimento dos filhos, pois estes sentem o amor recebido dos pais e são capazes de sentir também o afeto e a segurança que será transmitida pela pessoa a quem os pais confiaram a sua proteção.

Nossa legislação atual não permite a delegação do pátrio poder, tendo os pais somente a possibilidade de colocar os filhos em família substituta na forma de guarda, o que muitas vezes não atende as necessidades das crianças e adolescentes. Assevera Antônio CHAVES que é “(...)impostergável a necessidade da delegação do pátrio poder, pois, deste modo, haveria sempre o completo amparo ao menor, se no caso não coubesse adoção, nem legitimidade adotiva. Aliás, a delegação do pátrio poder deveria substituir muitas vezes a guarda e responsabilidade por ser instrumento de melhor política menorista.”¹⁸⁸

Com efeito, esta nova relação centrada no amor, no afeto, na verdade abrangem também os filhos desta relação, muito embora tenha o Estatuto da Criança e do Adolescente identificado à família estes valores, descuidou da possibilidade de terem os pais o direito de verem seus filhos protegidos integralmente por pessoa capacitada, sem que eles fossem destituídos do pátrio poder.

A Constituição Federal de 1988, em seu art. 227, declara como direito fundamental da criança e do adolescente, a convivência familiar e comunitária; regulamentado este princípio pelo Estatuto da Criança e do Adolescente determina que, estes tem o direito de serem criados e educados no seio da sua família, do que se conclui que família natural “(...)é a que encontra o seu ponto de partida na família

¹⁸⁸ CHAVES, Antônio. **Comentários ao estatuto da criança e do adolescente**. p. 133.

*biológica, ou seja, na família constituída de ascendentes e descendentes, unidos por laços de consangüinidade.”*¹⁸⁹

O Estatuto da Criança e do Adolescente procurou ressaltar “(...)a importância da vida em família como ambiente natural para o desenvolvimento daqueles que ainda não atingiram a vida adulta, valorizando esta convivência quer na família natural, quer na família substituta.”¹⁹⁰

Portanto família natural é aquela marcada por relações de sangüinidade, independente da forma pela qual foi constituída, se pelo casamento, se pela união estável, ou se formada por apenas um dos pais com seus filhos, pois a família, “(...)é o lugar normal e natural de se efetuar a educação, de se aprender o uso adequado da liberdade, e onde há a iniciação gradativa no mundo do trabalho. É onde o ser humano em desenvolvimento se sente protegido e de onde ele é lançado para a sociedade e para o universo.”¹⁹¹

Sendo que, a regra é manter, sempre que possível, a criança e o adolescente em sua família natural, retirando-o deste convívio, somente quando outra alternativa não couber. Em não havendo possibilidade de manter a criança ou o adolescente em sua família, sem se estar colocando-o em risco, deve-se recorrer à família substituta. Neste sentido, é o que afirma Wilson Donizeti LIBERATI: “Quando essa família, por algum motivo, desintegra-se, colocando em risco a situação de crianças e adolescentes, surge, então, a família substituta, que, supletivamente, tornará possível sua integração social. Evitando a institucionalização.”¹⁹²

A Constituição Federal de 1988, em seu art. 227¹⁹³, declarou como direito fundamental, a convivência familiar e comunitária para as crianças e os adolescentes, o qual foi regulamentado na Lei 8.069/90, ressaltando, como afirma Tania da Silva

¹⁸⁹ SILVA, José Luiz Mônaco da. Obra citada, p. 6.

¹⁹⁰ PEREIRA, Tania da Silva. Obra citada, p. 153.

¹⁹¹ CINTRA, Maria do Rosário Leite. Comentário ao art. 19 do Estatuto da Criança e do Adolescente, In: CURY, Munir (org), Comentários ao estatuto da criança e do adolescente, p. 84.

¹⁹² LIBERATI, Wilson Donizeti. **Comentários ao estatuto da criança e do adolescente**, p. 24.

¹⁹³ Constituição Federal art. 227 – “É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente com absoluta prioridade, o direito `a vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, `a profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e a convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.”

PEREIRA, a importância da convivência familiar como ambiente natural, para o desenvolvimento das pessoas que ainda não atingiram a vida adulta, seja ela na família natural ou na substituta.¹⁹⁴

Como vimos anteriormente, a definição de família evoluiu, passou por profundas alterações, através das transformações que a sociedade sofreu. Seguiu de uma família de conteúdo patriarcal, hierarquizada, vinculada a laços de sangüinidade e quase sempre fundada no casamento, para a família calcada nas relações de afeto, a qual não há que, necessariamente advir do casamento; hoje se apresentam formas diversas de composição familiar, as quais foram recepcionadas pela Carta Magna. *“Mesmo que o quadro clássico de família: pai, mãe e filho continue a ser apresentado como ideal a ser alcançado, não se pode ignorar as novas formas pelas quais ela está se apresentando como realidade aflorante, nem mesmo deixar de dispensar-lhe cuidados e atenções”*.¹⁹⁵

O art. 226, § 5º da CF/88 contempla a igualdade dos direitos e deveres, que serão exercidos pelo homem e pela mulher na sociedade conjugal. O princípio da igualdade é um dos princípios estruturantes do regime geral dos direitos fundamentais, ou seja, para todos os indivíduos com as mesmas características devem prever-se, através da lei, iguais situações ou resultados jurídicos.

O Estatuto da Criança e do Adolescente regulamenta o dispositivo constitucional referente à igualdade do homem e da mulher dentro da sociedade conjugal, declarando expressamente que o pátrio poder será exercido em igualdade de condições pelo pai e pela mãe.¹⁹⁶

Incumbe aos pais, conforme art. 22 do Estatuto da Criança e do Adolescente, o sustento, a guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhes ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais. *“Este novo “Pátrio-Dever” tem base constitucional quando o art. 227 elenca os Direitos*

¹⁹⁴ PEREIRA, Tania da Silva. Obra citada, p. 156.

¹⁹⁵ COMEL, Nelsina Elizena Damo. **Paternidade responsável**. p. 83

¹⁹⁶ Estatuto da Criança e do Adolescente art. 21 – “O pátrio poder será exercido em igualdade de condições pelo pai e pela mãe, na forma 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.”

*fundamentais da Criança e do Adolescente, incluindo expressamente, a convivência familiar e comunitária.”*¹⁹⁷

Assim, face à igualdade de direitos e deveres dos cônjuges referentes à sociedade conjugal, estabelecida na Constituição Federal de 88, o Estatuto da Criança e do Adolescente dirimiu qualquer dúvida no que concerne a titularidade do pátrio poder, que será exercido em igualdade de condições pelos pais; *“hoje está dissipada a perplexidade gerada pela redação do art. 380, já que o legislador dispõe no art. 21 da Lei 8.069/90, em consonância com o § 5º do art. 226 da Constituição Federal: o pátrio poder será exercido em igualdade de condições, pelo pai e pela mãe,(...)”*¹⁹⁸

Sob esta nova ótica, a situação dos menores modifica-se, prevalecendo sempre o seu direito fundamental de atingir a idade adulta cercado de cuidados e garantias materiais e morais adequadas. *“Deixamos o pátrio poder e caminhamos para o pátrio dever. Temos um conjunto de deveres mais do que direitos, de responsabilidade mais do que de poderes, sendo instituído no interesse dos filhos, não dos pais”*.¹⁹⁹

Considera-se criança a pessoa de até doze anos, e adolescente de 12 anos até 18 anos, como preceitua o art. 2º da Lei 8.069/90. E a estas pessoas se dirigem as normas contidas na referida Lei, por se tratarem de pessoas ainda em desenvolvimento, passaram de objetos passivos, para sujeitos de direitos. Como os adultos, são titulares de Direitos Fundamentais, por isto são sujeitos de direitos, e por se tratarem de pessoas em condições peculiares de desenvolvimento, desfrutam ainda, de direitos especiais.

Afirma Edson SEDA que:

*“(...) os conceitos de infância e adolescência, com seu profundo conteúdo ontológico, foram acolhidos por nosso Direito Positivo. É menor quem não é maior. É maior quem a lei convencionou que pode autodeterminar-se na sociedade. É criança ou adolescente quem, perante a natureza (ontologia) vive a condição infanto-juvenil objetivamente observável no desenvolvimento pessoal de cada um.”*²⁰⁰

¹⁹⁷ PEREIRA, Tania da Silva. Obra citada, p. 173.

¹⁹⁸ CARVALHO, João Andrades. Obra citada, p. 182.

¹⁹⁹ VIANA, Marco Aurélio S. **Da guarda, da tutela e da adoção**, p. 10.

²⁰⁰ SEDA, Edson. **Construir o passado ou como mudar hábitos, usos e costumes tendo como instrumento o estatuto da criança e do adolescente**, p. 25.

A criança e o adolescente, por sua condição de pessoas ainda em desenvolvimento, necessitam para sua formação, de um ponto de referência, de um porto seguro, a ser estabelecido dentro do ambiente familiar, sendo que todos os esforços devem direcionar-se neste sentido, ou seja, proporcionar-lhes a convivência familiar. A Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança de 1989 definiu família como sendo “*grupo fundamental da sociedade e ambiente natural para o crescimento e bem-estar de todos os seus membros, e em particular das crianças, (devendo) receber a proteção e a assistência necessárias a fim de poder assumir plenamente suas responsabilidades dentro da comunidade.*”²⁰¹

A presença da mãe, no início, é fundamental para o desenvolvimento da criança, pois, “*além de proteger o seu bebê de complicações que ele não pode ainda compreender, caberá a ela fornecer significativa parcela do mundo que a criança, através dela, passa a conhecer.*”²⁰²

Também, a relação do pai com o filho é necessária, pois é através dele, no início da vida do bebê, que se inicia a percepção de que existem pessoas diferentes, dois tipos de pessoas no mundo.

*“A importância atribuída à relação mãe-filho no decorrer dos primeiros anos faz com que o papel do pai seja, em geral, menosprezado no contexto familiar. Se, durante o primeiro ano, a presença da mãe ou da figura materna é absolutamente indispensável para a formação das primeiras percepções, ponto fixo que se separa do mundo circundante, a partir do segundo ano o pai traz um princípio de realidade a de pluralidade indispensável.”*²⁰³

A este respeito, Tania da Silva PEREIRA, diz que é incontestável, portanto, o fato de que a criança necessita ver atendidas suas necessidades básicas; sensíveis ao ambiente em que vivem, captam e reagem quase automaticamente ao humor das pessoas que se encontram à sua volta; transmitir segurança é uma das formas de que os pais dispõem para dar amor ao filho.²⁰⁴

²⁰¹ PEREIRA, Tania da Silva. Obra citada, p. 156.

²⁰² PEREIRA, Tania da Silva. Idem, p. 48.

²⁰³ AJURIAGUERRA, J. de. **Manual de psiquiatria infantil**, p. 758.

²⁰⁴ PEREIRA, Tania da Silva. Obra citada, p. 48.

Já a adolescência se caracteriza, por ser uma fase peculiar do desenvolvimento do ser humano, por profundas modificações do corpo, associadas às mudanças psicológicas, que se refletem em seu temperamento, na forma de relacionar-se com a família e com a sociedade, e ainda pela instabilidade emocional. Refere Arminda ABERASTURY que, “*as modificações psicológicas que se produzem neste período, e que são correlatas de modificações corporais levam a uma nova relação com os pais e com o mundo.*”²⁰⁵

O ambiente familiar possui várias funções no sentido de proporcionar à criança e ao adolescente, uma formação emocional, moral educacional adequadas, buscando um adulto seguro e feliz. Assevera Raquel SOIFER que, “*a função institucional da família é servir de reservatório, controle e segurança para satisfação da parte mais imatura ou primitiva, narcisística da personalidade.*”²⁰⁶ Portanto, é na família que se encontram as condições necessárias para lidar com a parte imatura da personalidade infantil, numa intensa e prolongada dependência que o indivíduo infantil estabelece com os adultos, com o objetivo de lutar pela sobrevivência. De ressaltar-se que, a sobrevivência não se refere somente ao aspecto biológico ou fisiológico, mas numa integração do processo biológico com o processo psicológico, servindo-se dos instintos de vida e de morte. Esta luta pela sobrevivência só terá êxito se predominar no indivíduo o instinto de vida.

*“A criança, tão necessitada de seu grupo familiar e tão dependente dele, para quem o processo de maturação constitui exigência vital, procura, como conseqüência desse mesmo processo e para realizá-lo, adquirir as diversas habilidades motoras de que carece e que sua família tem. Vê-se ao mesmo tempo obrigada a desenvolver as noções psíquicas relativas a tais habilidades. Surge então nela, em contraposição à situação narcísica, o imperativo de crescer e transformar-se, por seu turno, em um adulto. Produz-se, assim, em termos de evolução psicológica, a passagem – descrita por Freud – da relação narcísica de objeto para a relação objetual que culmina com a instalação do superego (tardio) e a identificação com os pais ou com seus substitutos. Em outras palavras, uma evolução que vai do egoísmo e do egocentrismo para o amor e a solidariedade.”*²⁰⁷

²⁰⁵ ABERASTURY, Arminda. **Adolescência**, p. 24.

²⁰⁶ SOIFER, Raquel. Obra citada, p. 22

²⁰⁷ SOIFER, Raquel. Obra citada, p. 23.

A família, portanto, considerada como sendo a base da estrutura social, tem como características: o entrelaçamento de papéis, onde cada membro desempenha uma função que inconscientemente foi delegada pelos demais membros do grupo; a convivência por período prolongado em inter-relação com a sociedade, num entrelaçamento de cumplicidade, amor e companheirismo. É neste meio que se desenvolve o indivíduo, entre a necessidade de colocar limites a situação narcísica e transformar-se em um adulto capaz.

Com efeito, o objetivo primordial da família é a defesa da vida, o qual é perseguido através do processo de educação, num sentido abrangente, que vai desde a necessidade dos cuidados físicos, o respeito, o amor, a solidariedade, a capacidade de relacionamento familiar e social, até a transmissão de idéias e ações tendentes a preservar a vida. Tais ensinamentos refletem a idéia de autoridade, pois o fato de saber concede autoridade, *“uma vez que outorga faculdades, e estas por sua vez se originam das ações executadas com a segurança e precisão que sugere conhecimento.”*²⁰⁸

Donde podemos concluir que autoridade do conhecimento constitui o eixo da responsabilidade paternal. Os pais ensinam porque é uma de suas obrigações, porém, através deste ato de transmissão de conhecimento estão exercendo suas autoridades, auxiliando os filhos a distinguirem a realidade da fantasia. Por conseguinte, ao lado da função de transmitir ensinamentos através da autoridade, encontra-se a função de colocar limites, isto é, dar noção de realidade, colocando um limite entre a realidade e a fantasia, entre o que é permitido e o que é negado.

Afirma Tania da Silva PEREIRA que, *“um dos fatores determinantes na convivência familiar, dentro ou fora do casamento, é a figura jurídica do pátrio poder.”*²⁰⁹, instituto a que daremos a devida atenção em outro momento. É neste meio que se desenvolve a criança, num inter-relacionamento pai-mãe-filho, onde se permeiam ensinamentos e amor, também atributos do pátrio poder. Daí a importância da convivência da criança e do adolescente com os pais; figuras imprescindíveis para a formação de um adulto saudável.

²⁰⁸ SOIFER, Raquel. Idem, p.26.

²⁰⁹ PEREIRA, Tania da Silva. Obra citada, p. 169.

Segue-se a idéia primordial do afeto, do amor, do interesse pelo bem-estar de um membro pelo outro, sendo que se os pais são, via de regra, as pessoas que mais interesse possuem em ver o crescimento e desenvolvimento adequados do filho, conclui-se que, são eles as pessoas capazes de apontar quem, em sua falta poderia desempenhar sua função da melhor forma.

A privação da convivência familiar sem dúvida traz conseqüências traumatizantes, porém, por força das circunstâncias, muitas vezes ainda é a alternativa encontrada para crianças e adolescentes, pessoas em desenvolvimento que necessitam de atenção especial, justamente por ainda não terem atingido a maturidade. As famílias substitutas acontecem como exceção, entendendo-se como regra a família natural. É na tentativa de minimizar as conseqüências traumatizantes do término da convivência da família natural para o início da convivência na família substituta, que é primordial levar-se em consideração o interesse da criança e do adolescente, ao ser estabelecida a sua nova família.

Com efeito, não raras vezes, a colocação da criança ou do adolescente em família substituta, acontece, não por terem os pais descumprido com a responsabilidade parental. Nem sempre a família substituta vem para suprir falhas da família natural. Ao contrário, inúmeras são as situações que o cotidiano nos mostra, onde os pais, justamente por terem ciência de suas responsabilidades, é que decidem deixar o filho sob os cuidados de uma terceira pessoa; pessoa esta que já mantém com o menor uma relação de afetividade, fator que, os pais, consideram de relevância, para o bem-estar do filho.

A família substituta, quando escolhida pelos pais, é sempre de grande similitude com a natural, fator que ameniza a separação entre os pais e os filhos. Até porque, se há traumas na separação da criança e do adolescente com a sua família natural, o que não dizer, dos traumas dos pais, que às vezes, por motivo de trabalho, se vêem obrigados a separarem-se dos filhos temporariamente. É também no intuito de amenizar seus próprios sofrimentos, que os pais escolhem ou ao menos teriam o direito de decidir, com quem ficarão os filhos. E mais, qual o alcance dos encargos, que será

conferido à família substituta, no sentido de melhor imitar a família natural; a fim de que sejam amenizados os sentimentos negativos tanto dos filhos quanto dos pais.

Contudo, tal aspecto não é levado em consideração pelo legislador, que ao tratar da família substituta, vislumbra somente situações de orfandade ou de abandono do menor. Permanecendo ao desabrigo legal, ao menos parcial, o menor que não foi abandonado e não é órfão, porém não possui condições de conviver em sua família natural. Restando aos pais que, por não possuírem condições temporárias de cuidar dos filhos, os colocam em família substituta na modalidade de guarda, que, como veremos, não dá a abrangência necessária, para zelar pelos interesses do menor.

3.2. FAMÍLIA SUBSTITUTA

Somente de forma excepcional, é que devem a criança ou adolescente, deixar de conviver com a família natural, para conviverem com outra família, pois sendo possível e aconselhável, o desenvolvimento dar-se-á dentro da família natural, é o que preconiza o Estatuto da Criança e do Adolescente.²¹⁰

Família substituta é aquela que se propõe trazer para dentro de seu ninho, uma criança ou adolescente que, por algum fator relevante foi desprovido da família natural, com o objetivo de que faça parte integrante de seu meio familiar, aquela pessoa ainda por desenvolver-se, proporcionando seu desenvolvimento de forma ampla e completa.

²¹⁰ Estatuto da Criança e do Adolescente art. 19 – “Toda criança ou adolescente tem direito de 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.”

José Luiz Mônico da SILVA refere que a “*família substituta é a que substitui a família natural; é a que vem em segundo plano, logo depois desta última; isso não significa dizer que a família substituta seja inferior, sob ótica moral, religiosa, econômica etc., à família natural.*”²¹¹ Isto significa, que a prioridade da família natural em relação à família substituta, se traduz pela importância da convivência do menor no seio da família de sangue.

São estabelecidos pela Lei 8.069/90, alguns princípios que devem ser respeitados, quando da decisão de colocar em família substituta a criança ou adolescente, visando um desenvolvimento sadio para os mesmos.

A doutrina jurídica da proteção integral²¹², adotada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, declara que a norma se destina a toda criança e a todo adolescente, independentemente da situação jurídica que se encontrem, estejam ou não sob o pátrio poder dos pais ou em situação de risco, ou seja, “*(...)que os direitos inerentes a todas as crianças e adolescentes possuem características específicas devido à peculiar condição de pessoas em vias de desenvolvimento em que se encontram e que as políticas sociais básicas voltadas para a juventude devem agir de forma integrada entre a família, a sociedade e o Estado.*”²¹³

Pelas palavras de Antônio Fernando do AMARAL E SILVA, a doutrina jurídica da proteção integral preconiza que o Estatuto da Criança e do Adolescente não deve se dirigir apenas a um tipo de jovem, mas sim a toda infância e a toda juventude.²¹⁴

Assim, esta doutrina baseia-se na concepção de que todas as criança e todos os adolescente são sujeitos de direitos, não apenas de direitos comuns como os dos adultos, mas especiais, provenientes de sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, que devem ser assegurados pela família, pelo Estado e pela

²¹¹ SILVA, José Luiz Mônico da. Obra citada, p. 8.

²¹² Estatuto da Criança e do Adolescente art. 1º - “Esta lei dispõe sobre a proteção integral à criança e ao adolescente.” e o art. 3º - “A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta lei, (...)”

²¹³ PEREIRA, Tania da Silva. Obra citada, p. 26.

²¹⁴ AMARAL E SILVA, Antônio Fernando. **A criança e seus direitos**, apud PEREIRA, Tania da Silva, Obra citada, p. 27.

sociedade.²¹⁵, portanto, a colocação em família substituta se destina a todos, independentemente da situação jurídica que se encontre o menor. “Ao fazer menção às três modalidades de colocação em família substituta (guarda, tutela e adoção), o art. 28 assevera que cada uma delas será deferida independentemente da situação jurídica da criança ou do adolescente, nos termos do próprio diploma menorista.”²¹⁶

Tania da Silva Pereira diz que, como corolário do “direito de opinião e expressão”, segundo princípio, tem as pessoas em desenvolvimento, o direito de serem ouvidas, sempre que a fase de seu desenvolvimento permitir, acerca de sua colocação em família substituta.²¹⁷ Sendo este dado, um elemento para comprovação dos fatos, o que deve ser levado em consideração pelo juiz ao decidir a questão;

*“a ouvida da criança e do adolescente é sempre recomendável e poderá auxiliar o magistrado nas suas decisões. Embora a sua opinião deva ser devidamente considerada, nem sempre seu desejo poderá ser atendido. Há que se levar em conta todas as circunstâncias de cada caso e, principalmente, o estudo social realizado, que, sem dúvida, se bem elaborado, servirá de guia à solução dado caso em julgamento.”*²¹⁸

Esclarece Eduardo de Oliveira LEITE, que os direitos da criança sempre foram desconsiderados, a exemplo dos dispositivos do Código Civil, que reduz à condição de absolutamente incapaz, sendo encarada com um ser inferior e que “não tem direito a voz”.²¹⁹

Com o decorrer do tempo, a criança e o adolescente assumem a posição de sujeito de direitos e, portanto, merecedores de integral proteção. “Ser sujeito de

²¹⁵ PEREIRA, Tania da Silva. Comenta que: “A Constituição de 88 e o Estatuto revelam três elementos fundamentais que dão novo direcionamento à proteção infanto-adolescência. Como sujeitos de direitos, ou seja, titulares de Direitos Fundamentais, crianças e adolescentes deixam de ser tratados como objetos passivos, passando a ser, como os adultos, titulares de Direitos Fundamentais. Como pessoas em condição peculiar de desenvolvimento, elas desfrutam de todos os direitos dos adultos e que sejam aplicáveis à sua idade e ainda têm direitos especiais.” Obra citada, p. 28.

²¹⁶ SILVA, José Luiz Mônaco da. Obra citada, p. 23.

²¹⁷ PEREIRA, Tania da Silva. Obra citada, p. 229.

²¹⁸ ELIAS, Roberto João. **Comentários ao estatuto da criança e do adolescente**, p. 18.

²¹⁹ LEITE, Eduardo de Oliveira. **A oitiva de crianças nos processos de família**, In: SILVA, Reinaldo Pereira, AZEVEDO, Jackson Chaves de, direitos da família, uma abordagem interdisciplinar, p.29.

direitos significa, para a população infanto-juvenil, deixar de ser tratada como objeto passivo, passando a ser, como os adultos, titular de direitos juridicamente protegidos.”²²⁰

A Lei 8.069/90 ao dizer que “sempre que possível”, a criança ou adolescente deverão ser ouvidos, não se afigura como uma faculdade do magistrado em ouvir ou não a criança e o jovem, nas decisões de colocação em família substituta, mas sim, nas condições destes conforme o estágio de desenvolvimento em que se encontrem, para se manifestarem a respeito da nova família.

Luiz Paulo Santos AOKI, doutrina sobre o tema dizendo que a expressão ‘sempre que possível’,

“informa a frequência com que deve ser adotada a providência de indagar da criança ou adolescente sobre sua opinião a respeito da família a que vai pertencer, isto é, toda vez que houver a possibilidade de eles se manifestarem, deverão sempre ser ouvidos, não se referindo esta possibilidade a atributo pertinente ao juízo ou à ocasião processual, mas à condição de a criança ou o adolescente manifestar-se a respeito de ato que vai diretamente influenciá-los dali em diante.”²²¹

Também J.M. Leoni Lopes de OLIVEIRA, assevera que é recomendável a oitiva da criança e do adolescente, com o objetivo de ouvir a sua opinião sobre pedido de colocação em família substituta, já que certos fatos só podem ser revelados pelo menor, contudo, de ressaltar-se que, a opinião manifestada pela criança e pelo adolescente, não obriga o juiz a acolhê-la.²²²

Assim, a oitiva da criança e do adolescente, mais acertadamente quando estiver na adolescência, pois possui plenas condições de verbalizar seus desejos e preferências, esta, diz Antônio CHAVES, serve como elemento probatório o qual deve ser associado a laudos periciais e depoimentos de testemunhas, para o encaminhamento definitivo da criança ou adolescente para família substituta.²²³

²²⁰ PEREIRA, Tânia da Silva. **O princípio do melhor interesse da criança: da teoria à prática**, In: Revista Brasileira de Direito de Família, vol 6, p. 36.

²²¹ AOKI, Luiz Paulo Santos. **Estatuto da criança e do adolescente comentado**, p. 112.

²²² OLIVEIRA, J. M. Leoni Lopes. **Guarda, tutela e adoção**, p.18.

²²³ CHAVES, Antônio. Obra citada, p. 656.

Dar à criança e ao adolescente o direito de se manifestar quando novas situações que as afetarão diretamente significa “(...)a *lhe atribuir uma existência própria (assim como dar um nome a alguém implica separá-lo de seus semelhantes e ao mesmo tempo fazer dele um ser singular) com as necessidades que se situam no nível do ter e do ser.*”²²⁴

A criança e o adolescente estão ainda em desenvolvimento, contudo não deve esta fase de transição à vida adulta ser definida apenas a partir do que a criança não sabe, não tem condições e não é capaz. Comungamos do posicionamento de Antônio Carlos Gomes da COSTA, quando diz que:

“Cada fase do desenvolvimento deve ser reconhecida como revestida de singularidade e de completude relativa, ou seja, a criança e o adolescente não são seres inacabados, a caminho de uma plenitude a ser consumada na idade adulta, enquanto portadora de responsabilidades pessoais, cívicas e produtivas plenas. Cada etapa é, a sua maneira, um período de plenitude que deve ser compreendido e atacado pelo mundo adulto, ou seja, pela família, pela sociedade e pelo Estado.”²²⁵

Portanto, possui condições de expressar seu desejo, sua opinião crianças e adolescentes, quando se tratar de retirá-los do convívio da família natural, não somente em casos de litígio, onde a criança e o adolescente sofrem diretamente com o não cumprimento da autoridade parental. Mas também naquelas situações em que não há descumprimento dos atributos da responsabilidade parental, onde os pais para prevenir que os filhos venham a sofrer qualquer restrição, os colocam sob os cuidados de outra pessoa temporariamente.

Estabelece ainda, a legislação estatutária, como princípio a ser seguido, o grau de parentesco e a relação de afinidade ou de afetividade, entre a família substituta e o infante ou o jovem, “*no pressuposto de que, na falta dos pais, o grupo familiar deve*

²²⁴ GEBLER, Marie-Josèphe, apud LEITE, Eduardo de Oliveira, Obra citada, p. 32.

²²⁵ COSTA, Antônio Carlos Gomes da. In: CURY, AMARAL E SILVA e MENDEZ. Obra citada, p. 39.

significar um maior laço de afinidade e uma referência afetiva que já faz parte de sua identidade e de sua vida,(...).”²²⁶, porém , a regra do grau de parentesco não é absoluta, pois de relevância é, sopesar a relação de afinidade ou de afetividade entre o pretendente e a criança e, ou jovem.

Cumprido esclarecer que a relação de afinidade a que se refere a Lei, não nos remete a relação de afinidade contida no Código Civil, art. 334, isto é, os parentes do cônjuge. Quis sim, referir-se à identidade de sentimentos, de atitudes, como afirma José Luiz Mônaco da SILVA, “(...)o termo *afinidade* será tomado no seu significado comum, trivial, correspondente à união de duas ou mais pessoas comprometidas por tendências ou idéias comuns, que encontram na afinidade terreno fértil para um bom entrosamento.”²²⁷

Devendo portanto, ser levado em consideração, visando o interesse do menor, o grau de afetividade e de afinidade em detrimento do grau de parentesco, é o que nos diz J. M Leoni Lopes de OLIVEIRA, “(...)mesmo que parentes pretendam uma das modalidades de colocação em família substituta em disputa com outra família que não tem relação de parentesco com o menor, se ficar demonstrado que, no tocante, a esta última, o menor mantém maior relação de afetividade, a esta deve ser deferida a medida pretendida, pois, como esclarece o dispositivo, o que se procura é evitar ou minorar as conseqüências decorrentes da medida.”²²⁸

Pois, tendo em vista, a família natural, a primazia para o desenvolvimento de seus integrantes, este critério deve servir para minorar as conseqüências da medida, porquanto a família substituta deve desempenhar as funções da família natural, ou seja, aquela formada por qualquer dos pais e seus descendentes. Devendo a medida de colocação em família substituta, representar para criança e o adolescente a melhor medida para a sua proteção e desenvolvimento. Em outras palavras significa dizer, buscar os interesses do menor.

Outro princípio, é a conduta moral e psicológica dos requerentes associado ao um ambiente familiar adequado. Não é o suficiente que, aquele que pretende ter sob

²²⁶ PEREIRA, Tania da Silva. Obra citada, p. 231.

²²⁷ SILVA, José Luiz Mônaco da. Obra citada, p. 19.

²²⁸ OLIVEIRA, J. M. Leoni Lopes. Obra citada, p. 20.

seus cuidados uma criança ou adolescente possua conduta ilibada e aspectos emocionais adequados e saudáveis. O meio onde viverá a criança e o adolescente, devem contribuir para seu pleno desenvolvimento moral, físico, psicológico. Ambiente familiar adequado, é aquele *“moralmente sadio, onde se encontrem pessoas comprometidas com um único propósito: criar e educar o menor segundo os princípios ditados pela moral e pelos bons costumes.”*²²⁹

Pondera Roberto João ELIAS, sobre a importância de *“que o menor conviva com pessoas idôneas, sem o que sua formação estará comprometida. Bem mais importante do que as condições materiais é a postura moral daquele que pretende a guarda, tutela ou a adoção. Além daquele que vai se responsabilizar pela criança ou pelo adolescente, é necessário que os demais que habitam seu novo lar não interfiram negativamente no seu desenvolvimento.”*²³⁰

Portanto, reafirma-se a noção de que a substituição familiar se prende à idéia de sua colocação no lugar ou na posição da família natural, desempenhando as mesmas funções, *“(...)a família substituta deve refletir uma linha de continuidade do grupo social ao qual ela pertence, refletindo o direito à convivência familiar e comunitária, fundamental ao seu desenvolvimento.”*²³¹

Assim, a família substituta deve atender as necessidades não só da criança e do adolescente, mas do grupo da família natural. Devem os pais ter como alternativa para a solução de problemas do cotidiano, a possibilidade de entregar os filhos àquele que possa cuidar da melhor forma de seus interesses. A tutela especial confere à criança e ao adolescente, bem como aos pais, maior segurança de que todas as necessidades serão atendidas. A legislação tal como se apresenta, deixa uma lacuna para muitos casos, que não se adequam à guarda, tampouco à tutela e adoção.

A tutela especial como modalidade de família substituta, viria atender o interesse do menor de ser protegido integralmente como se estivesse sob os cuidados de seus pais, que não descumpriram os atributos inerentes à responsabilidade parental,

²²⁹ SILVA, José Luiz Mônaco da. Obra citada, p. 20.

²³⁰ ELIAS, Roberto João. Obra citada, p. 18.

²³¹ PEREIRA, Tania da Silva. Obra citada, p. 236.

e, portanto, não podem ser destituídos do pátrio poder. Por outro lado, a guarda não oferece à criança e ao adolescente toda a proteção de que necessitam.

As medidas de colocação em família substituta, uma vez concedidas, são indelegáveis a terceiros sem autorização judicial, devendo a criança e o adolescente permanecer sob os cuidados do seu titular.

Como pondera Roberto João ELIAS, a responsabilidade advinda de uma decisão judicial não pode ser transferida, devendo o menor permanecer no lar substituto, até que outra decisão judicial advenha.²³²

A finalidade da família substituta é proteger o menor, a qual deve refletir uma continuidade do grupo social a que pertence, refletindo o direito à convivência familiar, fundamental para o seu desenvolvimento.

A colocação de criança ou adolescente em família substituta acontece por três modalidades, ou pela guarda, ou tutela ou adoção²³³, buscando sempre com tais medidas, o que se pode dar de melhor para aquele que, ainda em desenvolvimento, necessita de cuidados físicos, de afeto, de amizade. Sendo que cada modalidade possui características e efeitos próprias, *“o instituto da guarda constitui a modalidade mais simples de colocação em família substituta. Já a tutela é um plus em relação à guarda, perdendo porém em importância para a adoção, esta sim a forma mais autêntica de colocação em família substituta, por quebrar todos os vínculos jurídicos com a família originária.”*²³⁴

²³² ELIAS, Roberto João. Obra citada, p. 18.

²³³ Estatuto da Criança e do Adolescente art. 28 – “A colocação em família substituta far-se-á mediante, guarda, tutela ou adoção, independentemente da situação jurídica da criança ou adolescente, nos termos desta lei.”

²³⁴ SILVA, José Luiz Mônico da. Obra citada, p. 23.

3.2.1. Guarda

O Estatuto da Criança e do Adolescente define a guarda como a prestação de assistência material, moral e educacional à criança ou adolescente.²³⁵ Portanto, a guarda representa para a criança ou adolescente, a possibilidade de referência familiar, de preservação dos vínculos familiares.

Também está a guarda, prevista na Constituição Federal, não de forma clara, mas como assevera Joecy Machado de CAMARGO, *“o instituto da guarda implícito no texto constitucional vem assegurar a toda criança o direito de ter um guardião a protegê-la, prestando-lhe toda assistência na ausência dos genitores, porém não se confunde com o pátrio poder. Apesar de ser da essência deste, nele não se esgota, pois a guarda pode ser exercida isoladamente e o pátrio poder existir sem a guarda.”*²³⁶

José Luiz MÔNACO DA SILVA, define-a como sendo *“(…)o instituto pelo qual alguém, parente ou não, assume a responsabilidade sobre um menor de 21 anos, passando a dispensar-lhe todos os cuidados próprios da idade, além de ministrar-lhe assistência espiritual, material, educacional e moral.”*²³⁷

Não há fundamento para estender-se a guarda até os 21 anos, já que não detém a responsabilidade parental o guardião, e ainda, dispõe a Lei 8.069/90, que suas normas se dirigem à crianças e adolescentes; sendo criança a pessoa de até doze anos e adolescente a pessoa de doze anos até dezoito anos. Somente em casos especiais se dirige o Estatuto da Criança e do Adolescente a pessoas com mais de dezoito anos; como os casos de tutela²³⁸, onde há referência expressa de que esta será deferida à

²³⁵ Estatuto da Criança e do Adolescente art. 33 – “A guarda obriga à prestação de assistência material, moral, e educacional à criança ou adolescente, conferindo a seu detentor o direito de opor-se a terceiros, inclusive aos pais.”

²³⁶ CAMARGO, Joecy Machado de. **Guarda e responsabilidade**, In: WAMBIER. Teresa Arruda Alvim, LEITE, Eduardo de Oliveira (org), Repertório de doutrina sobre direito de família, p. 246.

²³⁷ SILVA, José Luiz Mônaco da. Obra citada, p. 35.

²³⁸ Estatuto da Criança e do Adolescente art. 36 – “A tutela será deferida, nos termos da lei civil, a pessoa de até vinte e um anos incompletos.”

pessoa de até vinte e um anos; e nos casos de adoção²³⁹, onde o adotando deve ter no máximo dezoito anos, exceto se já estiver sob a guarda ou tutela dos adotantes.

Entendimento que tem o mesmo autor em outra obra: *“Embora não haja menção expressa neste dispositivo, releva notar que a guarda não tem a amplitude da tutela ou da adoção, tratando-se de instituto que serve para resolver situações a que chamaríamos de emergenciais. (...) a guarda extingue-se pleno direito a partir do momento em que o menor atinge 18 anos, não havendo nenhum dispositivo legal que a estenda até os 21 anos.”*²⁴⁰

A guarda não implica a prévia destituição ou suspensão do pátrio poder, transferindo ao guardião alguns dos atributos constantes do instituto do pátrio poder previsto pelo Código Civil, fornecendo ao menor os meios necessários à sua subsistência, sendo a guarda um instituto de caráter nitidamente protetivo.

Marco Aurélio S. VIANA, para esclarecer que a guarda não afeta o pátrio poder dos pais naturais, argumenta que *“ a guarda não é da essência , mas da natureza do pátrio poder, podendo ser confiada a terceiro. É direito que admite desmembramento, é destacável, sendo possível que convivam pátrio poder e direito de guarda, aquele com os pais, este com terceiro.”*²⁴¹

Yussef Said CAHALI ao comentar o art. 33 do ECA, refere que a guarda:

*“obriga à prestação de assistência material, moral e educacional à criança ou adolescente (art. 33, primeira parte): a guarda transfere ao guardião, a título precário, atributo constante do art. 384, I, do CC no sentido de que lhe compete exigir que o menor lhe preste obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição (art. 384, VII, CC); no dever de assistência material do menor sob sua guarda, entende-se que o guardião sujeita-se à obrigação legal de alimentos em favor daquele, sem prejuízo da obrigação de prestá-los o titular do Pátrio Poder.”*²⁴²

²³⁹ Estatuto da Criança e do Adolescente art. 40 – “O adotando deve contar com, no máximo, dezoito anos à data do pedido, salvo se já estiver sob a guarda ou tutela dos adotantes.”

²⁴⁰ SILVA, José Luiz Mônaco da. **Estatuto da criança e do adolescente: comentários**, p. 51.

²⁴¹ OLIVEIRA, J. M. Leoni Lopes. Obra citada, p. 38.

²⁴² CAHALI, Yussef Said. comentário ao art. 33 do ECA, In: MUNIR, Cury (org), Estatuto da criança e do adolescente comentado, p. 128.

A guarda pode ser deferida provisoriamente, de forma liminar ou incidental, nos processos de tutela ou adoção; permanente que se destina a atender situações peculiares, onde não se logrou uma tutela ou adoção. E ainda, a guarda peculiar, “*que visa ao suprimento de uma falta eventual dos pais permitindo-se que o guardião represente o guardado em determinada situação.*”²⁴³

A guarda permanente, que se destina a atender situações peculiares, sem o objetivo posterior de tutela ou adoção, é sustentada por alguns, como não mais sendo possível seu deferimento. Porém, como diz J.M. Leoni Lopes de OLIVEIRA, “*tal posicionamento, com a devida vênia, é incorreto, máxime quando se tem em mente o previsto no art. 227, § 3º, VI, da CF, norma inspiradora, diga-se de passagem, do referido art. 34 do ECA.*”²⁴⁴

A outorga judicial da guarda confere ao menor a condição de dependente para todos os fins e efeitos de direito inclusive os previdenciários, “*portanto, o menor que se encontrar sob a guarda de outrem assumirá a condição de dependente usufruindo de todos os benefícios oriundos desta situação.*”²⁴⁵

O Estatuto da Criança e do Adolescente refere que um dos efeitos da guarda é a condição de dependente da criança e do adolescente ao guardião, dando-lhe a possibilidade de, em estando sob guarda, usufruir dos fins previdenciários. Com efeito, não são unânimes os posicionamentos a respeito da possibilidade de ser deferida a guarda com o único propósito de buscar-se os benefícios previdenciários.

J.M. Leoni Lopes de OLIVEIRA, entende como inadmissível a guarda que tem como finalidade usufruir dos benefícios previdenciários do guardião. Argumentando que estes benefícios são uma consequência da guarda, e não o seu objetivo primordial.²⁴⁶

Segue este pensamento CURY, GARRIDO E MAÇUDA, dizendo que “*a condição de dependente para fins previdenciários é efeito e não finalidade do instituto, inexistindo possibilidade de concessão de guarda para fins exclusivamente*

²⁴³ OLIVEIRA, J. M. Leoni Lopes, Obra citada, p.38.

²⁴⁴ OLIVEIRA, J. M. Leoni Lopes, Idem, p. 37.

²⁴⁵ SILVA, José Luiz Mônaco da. **A família substituta no estatuto da criança e do adolescente**, p. 44.

²⁴⁶ OLIVEIRA, J. M. Leoni Lopes de, Idem, p.43.

previdenciários, se o guardião não detiver a posse efetiva da criança ou adolescente.”²⁴⁷

Joecy Machado de CAMARGO posiciona-se favorável à guarda com fins exclusivamente previdenciários, argumentando que:

“não podemos ignorar a precariedade da previdência social, onde sequer os remédios comuns existem para distribuição, onde as pessoas morrem nas filas dos ambulatórios e hospitais por falta de atendimento ou leito hospitalar, onde o atendimento médico e ambulatorial deixa a desejar por falta total de estímulo e respeito ao cidadão.” E segue dizendo que, *“pensando exclusivamente no interesse do menor, nessa situação é de ser deferida a guarda, observando caso a caso, principalmente porque o ECA não proíbe esse tipo de guarda, mas, ao contrário, prevê, no §2º do artigo 33, a excepcionalidade da guarda fora dos casos da tutela e da adoção.”*²⁴⁸

José Luiz Mônico da SILVA, posiciona-se favoravelmente a dita guarda previdenciária, dizendo que:

*“A guarda outorga ao menor a condição de dependente do guardião para todos os fins e efeitos de direito. É o que estabelece, como vimos, o § 3º do art. 33 do Estatuto. Mesmo que o citado § 3º não conferisse ao menor, de modo explícito, tal condição, lido o enunciado normativo (para todos os fins e efeitos de direito), também faria parte das cogitações do legislador. Despicienda, assim, a expressão inclusive previdenciário”*²⁴⁹

Seguimos o posicionamento favorável ao deferimento da guarda para fins previdenciários, pois o Estatuto da Criança e do Adolescente preconiza que um dos princípios a ser seguido sempre que uma medida for tomada em relação à criança e ao adolescente, é o interesse do menor.

E a nominada guarda peculiar, que visa o suprimento de falta eventual dos pais, desvinculada da tutela e da adoção, que permite ao guardião representar ou assistir o menor em determinada situação, representa uma medida de amparo de

²⁴⁷ CURY, GARRIDO & MAÇUDA. **Estatuto da criança e do adolescente anotado**, p. 46.

²⁴⁸ CAMARGO, Joecy Machado de. Obra citada, p. 253.

²⁴⁹ SILVA, José Mônico da.. Obra citada, p. 45.

crianças e adolescentes quando não for o caso de pedidos posteriores de tutela e adoção.

Esta possibilidade de concessão da representação legal na guarda não é plena, tendo em vista somente a prática de determinados atos, os quais deverão ser especificados pelas autoridade judiciária.²⁵⁰ Esta concessão existe para solucionar emergências quando os pais estiverem ausentes do domicílio do menor, e houver a necessidade do exercício do direito de representação para solucionar questões peculiares. Contudo, como preconiza João Andrades de CARVALHO, “situações peculiares” são situações imprevisíveis, que por isso, somente o caso concreto poderá dizer se se trata ou não de uma situação peculiar.²⁵¹

José Luiz Mônico da SILVA argumenta que o guardião é considerado responsável legal do menor de dezoito anos, e não representante legal. A função precípua do guardião é zelar pelo bem-estar do menor, não estando aí abrangidas as atribuições legais de representação e assistência.²⁵²

Portanto, a representação é confiada, como de regra, àquelas pessoas nominadas no art. 84 do Código Civil, pelos pais, tutores ou curadores.²⁵³, dispendo no mesmo sentido o art. 142, caput do Estatuto da Criança e do Adolescente.²⁵⁴

Assim, o guardião assume a condição de responsável pela criança ou adolescente, mas não de seu representante legal, “*ante a falta de previsão legal no Estatuto ou em outro diploma legal,*”²⁵⁵ e como responsável, alguns atos podem ser praticados, como os relacionados à educação do menor.

Com efeito, a guarda, como forma de colocação em família substituta, não confere ao guardião o direito de representação e de assistência da criança e do adolescente, pois este instituto não retira dos pais naturais o pátrio poder. Possui então,

²⁵⁰ CAHALI, Yussef Said, Obra citada, p. 129.

²⁵¹ CARVALHO, João Andrades. **Tutela, curatela, guarda, visita e pátrio poder**, p. 151.

²⁵² SILVA, José Luiz Mônico da. Obra citada, p.40.

²⁵³ Código Civil Brasileiro art. 84 – “ As pessoas absolutamente incapazes serão representadas pelos pais , tutores ou curadores em todos os atos jurídicos; as relativamente incapazes pelas pessoas e nos atos que este Código determinar.”

²⁵⁴ Estatuto da Criança e do Adolescente art.142 – “Os menores de dezesseis anos serão representados e os maiores de dezesseis anos e menores de vinte e um anos assistidos por seus pais, tutores ou curadores, na forma da legislação civil ou processual.”

²⁵⁵ SILVA, José Luiz Mônico da. Idem, ibidem.

o guardião a solução dada pela figura do curador especial.²⁵⁶, isto é, “*o único recurso de que dispõe o guardião é requerer a nomeação de curador especial, com espeque no parágrafo único do art. 142 do diploma menorista, encargo que poderá recair em sua pessoa.*”²⁵⁷

Isto significa que em muitos casos, crianças e adolescentes sob guarda, ficam ao desabrigo das atribuições jurídicas do instituto da representação e da assistência, direito que possuem somente estando sob o pátrio poder dos pais, sob tutela ou adoção. Ocorre que muitas vezes, os pais têm necessidade de se afastarem temporariamente de seus filhos, a serviço ou estudos, por exemplo, deixando-os sob a guarda de uma terceira pessoa; não havendo descumprimento das obrigações do pátrio poder, portanto não ensejando sua destituição. A legislação menorista, não prevendo tais situações, coloca a criança e o adolescente em situação diferenciada dos demais, pois a única alternativa é recorrer novamente à autoridade judiciária para que nomeie para o menor curador especial.

3.2.2. Tutela

Como segunda modalidade de colocação em família substituta, prevê o Estatuto da Criança e do Adolescente a tutela. Que pouco alterou a respeito deste instituto, pois, em seu art. 36 declara que a tutela será deferida nos termos da lei civil.

²⁵⁶ Estatuto da Criança e do Adolescente art. 142, parágrafo único – “A autoridade judiciária dará curador especial à criança ou adolescente, sempre que os interesses destes colidirem com os de seus pais ou responsável, ou quando carecer de representação ou assistência legal, ainda que eventual.”

²⁵⁷ SILVA, José Luiz Mônaco da. Obra citada, p. 41.

Instituto, hoje, de caráter protetivo²⁵⁸, às pessoas menores de 21 anos, que visa substituir a responsabilidade parental, seja por morte dos pais, seja por terem sido destituídos da responsabilidade parental; revestindo-se de um encargo, um *munus* atribuído pelo Estado a alguém. “*A tutela é um conjunto de direitos e deveres que a lei estabelece em relação a uma pessoa, com a finalidade de proteger o menor de vinte e um anos de idade que não esteja sob o pátrio poder.*”²⁵⁹

Apresenta o seguinte conceito de tutela Caio Mário da Silva PEREIRA: “*(...)consiste no encargo conferido a alguém para que dirija a pessoa e administre os bens do menor que não incide no pátrio poder do pai ou da mãe. O menor, normalmente, incorre na tutela, quando os pais são falecidos ou ausentes, ou decaíram da patria potestas.*”²⁶⁰

Silvio RODRIGUES diz que, “*a tutela é um instituto de nítido caráter assistencial e que visa o pátrio poder em face das pessoas cujos pais faleceram ou foram suspensos ou destituídos do poder paternal.*”²⁶¹

Conceitua tutela Orlando GOMES, dizendo que esta, “*(...)é o encargo conferido a alguém para proteger a pessoa e administrar os bens dos menores que não se acham sob o pátrio poder.*”²⁶²

Portanto, a tutela é uma das formas de colocação em família substituta, de caráter protetivo às pessoas com menos de 21 anos de idade; sendo que estes não podem se encontrar sob a responsabilidade parental, é um encargo conferido pelo Estado à pessoa capaz, para que preste todos os cuidados necessários, para o pleno desenvolvimento do tutelado, bem como, administrar-lhe os bens que por ventura possua. De caráter irrenunciável, afora as escusa previstas pelo Código Civil; unipessoal e controlada pelo Poder Público.

Hoje este instituto é entendido de forma diversa daquele por ocasião da

²⁵⁸ OLIVEIRA, J. M. Leoni Lopes de, “No ECA, tem a tutela nitidamente caráter protetivo dos menores que se encontrem em uma das hipóteses do art. 98 do Estatuto, isto é, visa à colocação do menor em família substituta.” Obra citada, p. 104.

²⁵⁹ OLIVEIRA, J. M. Leoni Lopes de, Idem, p. 105.

²⁶⁰ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Obra citada, p. 251.

²⁶¹ RODRIGUES, Silvio. **Direito civil**, vol 6, p. 382.

²⁶² GOMES, Orlando. Obra citada, p. 381.

elaboração do Código Civil; atualmente o fundamento reside na proteção da pessoa do menor de 21 anos, e não na proteção de seus bens. O legislador civilista, deixa claro da análise dos dispositivos concernentes à tutela, que a preocupação era proteger os bens que o menor possuísse, a intenção era dar para o menor um administrador de bens e não uma família, que o receberia em seu lar para lhe amparar e suprir-lhe as necessidades básicas.

Por outra forma, o legislador menorista, apesar de se reportar ao Código Civil, para o deferimento de tutela, face a doutrina jurídica da proteção integral, adotada no art. 1º e face a inserção do instituto na subseção da família substituta, encara-a de forma diversa da original. Considera tal instituto como uma das possibilidades que a criança e o adolescente, desprovidos da família natural, têm, de serem recebidos, criados e educados no seio de uma outra família.

O instituto da tutela não convive com a responsabilidade parental, decorrente da filiação, devendo ser previamente decretada por sentença judicial, a destituição ou suspensão dos pais de suas responsabilidades, para que seja deferida a tutela, sendo que tal procedimento deve orientar-se segundo preceitos estabelecidos pelo Código Civil, aliados àqueles previstos nos artigos 155 à 163 do Estatuto.

No entanto, como afirma Paulo Lúcio NOGUEIRA, em casos excepcionais pode haver o deferimento da tutela especial, para solucionar problemas da vida diária, sem a destituição do pátrio poder dos pais.²⁶³

Segundo este entendimento Nazir David MILANO FILHO e Rodolfo Cesar MILANO dizem que, “(...)admitindo-se a possibilidade do exercício da tutela com o pátrio pode, pois o que ocorre seria a retirada, apenas, de uma parcela deste, para fins especiais, atendendo situações emergenciais, ou ainda, atribuir-se o encargo provisoriamente, até que definitivamente a situação do menor se resolva.”²⁶⁴

Posicionamento que assumimos, porquanto a doutrina jurídica da proteção integral visa a proteção de toda criança e todo adolescente, independentemente de sua situação jurídica, visando o seu interesse, o seu bem-estar. E sem dúvida que a vida

²⁶³ NOGUEIRA, Paulo Lúcio. **Estatuto da criança e do adolescente comentado**, p. 53.

²⁶⁴ MILANO FILHO, Nazir David. MILANO, Rodolfo Cesar. **Estatuto da criança e do adolescente comentado e interpretado**, p. 51.

está repleta de situações irregulares, as quais devem ser regularizadas pela autoridade judiciária competente, e, se não houver solução que melhor atenda aos interesses do menor, deve o juiz nomear tutor especial, parcelando o pátrio poder dos pais e compartilhando-o com terceira pessoa, que irá atender às necessidades da criança ou adolescente.

Divergindo do Código Civil, o Estatuto da Criança e do Adolescente dispensa a hipoteca legal quando o tutelado não possuir bens ou rendimentos ou por qualquer outro motivo relevante. Isto significa que o legislador menorista teve a intenção de:

“facilitar o acesso à tutela, isentando o tutor da oneração de seu patrimônio, para que possa exercer o encargo que lhe fora confiado. Tal atitude é correta e vem mais ao encontro do objetivo da lei do que o direito anterior, pois a tutela, sendo um ‘munus’ exercido de maneira gratuita, difícil seria a obtenção de pessoas que se dispusessem a aceitar o encargo, vez que, de maneira geral, ninguém veria de bom grado a oneração de seus bens.”²⁶⁵

Entende-se que merece acolhida a justificativa acima apontada, contudo, não nos parece ser este o seu ponto determinante. À época da elaboração do Código Civil, o legislador visou, no que diz respeito ao instituto da tutela, proteger o menor órfão ou abandonado que possuísse bens, patrimônio que seria zelado pelo tutor. Hoje, o espírito que move o Estatuto da Criança e do Adolescente, nada mais é do que a pessoa em fase de desenvolvimento que se encontra ao desabrigo do pátrio poder, procurando oferecer-lhe uma família o mais semelhante possível com a família natural, a fim de evitar problemas que venham a afetar o seu pleno desenvolvimento.

Assim, o instituto da tutela é uma medida de amparo à crianças e adolescentes que não estejam sob a responsabilidade parental, agindo o tutor sob controle judicial, dentro da intervenção estatal prevista para a defesa dos interesses do menor, oferecendo-lhes com esta medida uma nova família; formulação que lhe dá um caráter protetivo. O Estado lhe confere a condição de assistente e de representante do adolescente ou da criança, sendo que para o seu deferimento segue-se o preceituado pelo Código Civil Brasileiro.

²⁶⁵ LIBERATI, Wilson Donizeti. Obra citada, p. 28.

3.2.3. Adoção

O instituto da adoção, previsto pelo Estatuto é, das formas de colocação em família substituta, a que mais alcança o objetivo de dar à criança ou adolescente uma “família” em seu sentido mais amplo, pois cria entre o adotante e o adotando, uma relação de filiação, apesar de não haver relação biológica. O que cria tal relação é o desejo dos adotantes de ter o adotando como se filho fosse, situação que juridicamente passa a existir com a sentença.

Estão sujeitos à adoção estatutária as pessoas que não estejam sob a responsabilidade parental, menores de 18 anos, exceto se, ao tempo do pedido de adoção, já estivesse o adotando sob a guarda de fato ou legal, ou sob tutela dos adotantes; nos demais casos a adoção rege-se pelos preceitos estabelecidos pelo Código Civil. Aspecto que não abordaremos, por não ser este o objetivo do presente estudo.

Com o advento da Lei 8.069/90 foi revogado o Código de Menores que previa duas formas de adoção, a simples e a plena, que possuíam características, requisitos e exigências próprias, o que dificultava a colocação de menores em família substituta.

Como refere José Luiz Mônaco da SILVA,

“a partir do momento em que entrou em vigor o Estatuto, a adoção simples e a adoção plena deixaram de existir, ou seja, foram expurgadas do novo texto legal. Hoje em dia, pois, temos duas modalidades de adoção, uma fora do âmbito do Estatuto, regida inteiramente pelas disposições do Código Civil, arts. 368 a 378, outra regulada especificamente nos arts. 39 ‘usque’ do diploma menorista.”²⁶⁶

Assim, com o advento do Estatuto da Criança e do Adolescente, o instituto da adoção passou a obedecer a nova estruturação jurídica, sob mecanismos preventivos e assistenciais controlados por órgãos estatais especializados, não interferindo a situação

²⁶⁶ SILVA, José Luiz Mônaco da. Obra citada, p. 89.

jurídica da criança ou adolescente para o deferimento destas em família substituta na modalidade de adoção.

A adoção é, portanto, “(...)o ato jurídico pelo qual uma pessoa recebe outra como filho, independentemente de existir entre elas qualquer relação de parentesco consanguíneo ou afim.”²⁶⁷

Para José Luiz Mônaco da SILVA, “adoção é o instituto pelo qual alguém estabelece com outrem laços recíprocos de parentesco em linha reta, por força de uma ficção jurídica advinda da lei.”²⁶⁸

Assim, a adoção é um instituto jurídico que imita a filiação natural, embora não tenha vínculo de sangue entre as pessoas, mas uma filiação que decorre de sentença, pois o adotante passa a ser pai e o adotado a ser filho.

J.M. Leoni Lopes de OLIVEIRA cita Jean Carbonier para dizer que “a filiação adotiva é uma filiação puramente jurídica, que repousa na pressuposição de uma realidade não biológica, mas afetiva.”²⁶⁹

Abordagem extremamente coerente, pois a adoção, em especial a prevista pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, além de ser a forma de colocação em família substituta mais autêntica, pois rompe com os vínculos jurídicos da família natural, é principalmente um ato de amor; “é a forma mais genuína de amor, carinho, de dedicação e de solidariedade que alguém devota, sem dúvida nenhuma a outro ser humano.”²⁷⁰

Portanto, não se vislumbram divergências quanto à definição de adoção, havendo uma unanimidade, no sentido de ver na adoção a criação de laços recíprocos de parentesco, advindos da lei, e com os seus conseqüentes efeitos jurídicos.

O instituto da adoção, como já afirmamos, é a forma mais completa de família substituta, pois dá um pai a quem não tem, e um filho, para quem deseja ter especificamente “aquele”, como filho. Constituindo-se a adoção, como refere Carlos Alberto BITTAR, num instituto marcado por sentimentos humanitários, a que o direito

²⁶⁷ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Obra citada, p. 213.

²⁶⁸ SILVA, José Luiz Mônaco da. Idem, p.86.

²⁶⁹ CARBONIER, Jean. apud OLIVEIRA, J.M. Leoni Lopes de, **Guarda, tutela e adoção**. p.147.

²⁷⁰ SILVA, José Luiz Mônaco da. Idem, p. 28.

empresta força vinculante, instituindo o parentesco civil de modo irrevogável entre adotante e adotado e seus familiares.²⁷¹

Este instituto, assim como as demais formas de família substituta, devem apresentar para a criança ou adolescente, vantagens; isto é, a procedência do pedido de adoção deve levar em consideração o interesse do menor, e não daqueles que o pleiteiam. *“Vigora, no sistema do ECA, a primazia do interesse do adotado, interesse este que irá determinar o deferimento ou não do pedido de adoção. Realmente, na adoção do ECA, o que sempre deve prevalecer é o interesse do adotado sobre os outros envolvidos na adoção, isto é, o interesse do adotado deve predominar sobre o interesse dos pais, adotantes, ou de eventuais guardiães.”*²⁷²

Considerado o interesse do menor, deferido então o pedido de adoção, passam adotantes e adotando, a figurarem como pais e filho, porquanto a Constituição Federal de 1988, veda qualquer forma de discriminação entre filiação biológica ou adotiva, bem como, entre os filhos biológicos e os adotivos.²⁷³

O instituto da adoção tem como objetivo, os mesmos que lastreiam o nascimento de uma criança, lhe proporcionar proteção, amor, bem-estar geral, ou seja, *“(...)dar uma família para os desamparados”*.²⁷⁴

Esta nova relação jurídica traz como consequência, ou efeitos, relação idêntica à relação entre pais e filhos biológicos, *“pois a adoção rompe o liame que até então unia pais e filhos consangüíneos e faz com que uns e outros sejam considerados meros estranhos, a não ser para fins exclusivamente matrimoniais.”*²⁷⁵ Decorre de tal relação a responsabilidade parental, os pais passam a ter a responsabilidade pelo bem-estar do seu filho, proporcionando-lhe desenvolvimento pleno, quanto a sua educação, criação, formação moral, emocional, religiosa, enfim, responsáveis por todos os atributos pertinentes à responsabilidade parental, elencada no Código Civil, art.384. Em

²⁷¹ BITTAR, Carlos Alberto. Obra citada, p. 236.

²⁷² OLIVEIRA, J. M. Leoni Lopes de. Obra citada, p. 154.

²⁷³ Constituição Federal 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.”

²⁷⁴ OLIVEIRA, J. M. Leoni Lopes de, Idem, p.153.

²⁷⁵ SILVA, José Luiz Mônaco da. Obra citada, p. 94.

contrapartida, cabe ao filho respeitar e obedecer o pai. Assim estabelece-se a relação paterno-filial. Sendo os adotantes, pais, conseqüentemente a eles é atribuída a responsabilidade parental, com direito e dever de assistência e representação do adotando, ora filho, nos casos em que a lei assim o exigir.

Com o intuito de ver atendido o interesse do menor, o legislador menorista elencou algumas prerrogativas para o adotante e o adotando. Este deve ter até 18 anos, exceto se já estiver sob os cuidados do adotante, sob guarda ou tutela.

Deve, aquele que postula adoção, ser pessoa capaz, possuir dezesseis anos mais que o adotando, não ser ascendente nem irmão do adotando. Teve o legislador, ao elencar tais requisitos para o adotante, a intenção de proporcionar à criança ou adolescente, uma família substituta, o mais semelhante possível da natural, se não da sua, por não ter conhecimento desta, por semelhança da maioria das famílias, com as quais o adotando irá se relacionar.

E mais, possibilitando aos ascendentes ou irmãos, adotarem, estaria se suprimindo um grau de parentesco, que sem dúvida é importantíssimo na formação do ser humano. *“(...) figura dos avós surge como corolário maior do relacionamento entre pais e filhos, como colaboradores indispensáveis na proteção e criação de seus netos.”*²⁷⁶

Exige o Estatuto da Criança e do Adolescente que os pais consentam com a adoção do filho, exceto se forem desconhecidos ou tiverem sido destituídos do pátrio poder. É de se entender que estão os pais neste momento, renunciando à titularidade e ao exercício do “pátrio poder”, embora não haja norma expressa.

Pois, como afirma José Antonio de Paula SANTOS NETO,

*“(...)manteve o Estatuto a possibilidade de renúncia ao pátrio poder, embora sem o dizer expressamente. Impende salientar que, se até a prolação da sentença de adoção, os pais que em audiência, consentiram com a colocação do filho em família substituta, na forma de adoção, ou seja, renunciaram à responsabilidade parental, há a possibilidade de retratação. (...)considerar possível a retratação até a prolação de sentença de primeira instância que decretar a adoção.”*²⁷⁷

²⁷⁶ BARRETO, Marliza Fernandes, apud PEREIRA, Tania da Silva. Obra citada, p. 159.

²⁷⁷ SANTOS NETO, José Antonio de Paula. Obra citada, p. 66.

A adoção constitui-se por sentença judicial irrevogável, ou seja, transitada em julgado a sentença que deferiu pedido de adoção, o adotante não mais ocupa tal posição, mas sim a posição de pai; e se a ele for imputada alguma falta que possa configurar desinteresse pelo filho, deixando de cumprir com os atributos pertinentes à responsabilidade parental, estará sujeito à suspensão ou destituição da responsabilidade parental, mas não a revogação da adoção.

Não exige a Lei 8.069/90 que sejam os adotantes casados, podendo assim, a adoção ser requerida por pessoas que vivem em união estável, porém exige que haja entre os adotantes estabilidade familiar. Isto significa que, a família que irá receber um novo integrante deve ser harmônica, capaz de oferecer à criança ou adolescente um lar digno e feliz.

No dizer de Luiz Edson FACHIN, *“a adoção prevista pelo Estatuto implica integração completa do adotado com o adotante e seu entorno familiar, suprimindo-se a exigência do estado matrimonial. Pessoas solteiras também podem adotar, (...)”*.²⁷⁸

Há ainda a possibilidade, pelo que estatui a Lei 8.069/90, da adoção unilateral, ou seja, pode o cônjuge ou companheiro, adotar o filho de sua esposa ou companheira, de igual forma o reverso, também a adoção póstuma, aquela que pode ser deferida quando no decorrer do procedimento de adoção, falecer o requerente embora já tenha manifestado judicialmente, de forma inequívoca o seu desejo de adotar.

Dispõe o Estatuto da Criança e do Adolescente, que será obrigatório o estágio de convivência quando os adotantes forem estrangeiros, medida admissível somente em casos excepcionais; e assim como nas adoções por brasileiros, deve apresentar reais vantagens para o adotando. Além disso, enquanto não transitar em julgado a sentença que julgou procedente a ação de adoção, não será permitida a saída da criança ou do adolescente do território nacional.

A adoção portanto, confere ao adotando, a condição de filho, em todos os sentidos, com direitos e deveres. Direitos sucessórios, direito de ser tratado sem discriminações em relação aos eventuais filhos biológicos, fato que o desliga definitivamente de sua família natural; ressaltando-se apenas os impedimentos

²⁷⁸ FACHIN, Luiz Edson. **Elementos críticos de direito de família**, p. 217.

matrimoniais com parentes sangüíneos. Deveres de filho, como respeito, obediência, ou seja, cumprir com as responsabilidades próprias de filho, sabendo usufruir das oportunidades que lhe são oferecidas com responsabilidade.

Podemos concluir dizendo que, a finalidade da adoção é responder às necessidades da criança ou adolescente e permitindo que estes encontrem numa nova família, um ambiente afetivo satisfatório e ao mesmo tempo formativo, pois *“o que determina a verdadeira filiação não é a descendência genética, e sim os laços de afeto que são construídos, em especial na adoção.”*²⁷⁹

Assim, a responsabilidade parental decorre da filiação, seja ela biológica ou advinda de uma ficção jurídica, assumindo o exercício de determinados atributos a partir do momento em que se tornam pais.

²⁷⁹ FACHIN, LUIZ Edson. Obra citada, p. 219.

PARTE II

CAPÍTULO I

1. RESPONSABILIDADE PARENTAL

1. 1. DENOMINAÇÃO E NATUREZA JURÍDICA

O conceito de pátrio poder desenvolveu, através do tempo, entendimentos doutrinários bem como denominações diversas, sendo possível se encontrar uma série de posturas diferentes para a sua definição. Hoje encontramos resistência em aceitar a denominação ‘pátrio poder’, por esta trazer em si uma conotação da *potestas* romana, onde o instituto representava para os titulares um poder absoluto sobre os filhos como o direito de expor ou matar o filho (*ius vitae et necis*), o de vendê-lo (*ius vendendi*), o de abandoná-lo (*ius exponendi*), e o de entregá-lo à vítima de dano causado por seu dependente (*ius noxae deditio*).

Tais características foram, gradativamente, sendo abolidas; outras, modificadas com a Lei das XII Tábuas até Justiniano²⁸⁰, onde se reduziu somente para o direito de correção.

Hoje, é entendido como um direito, no sentido de possibilidade de exercer determinadas funções, com o objetivo de buscar para o filho seu pleno desenvolvimento físico, moral, mental, psicológico, espiritual, cultural. Não se trata de direito com sentido de faculdade, de ato em que o titular possa escolher se vai exercer tais funções ou não, mas o direito de ser ele, o titular da responsabilidade parental, o cumpridor de tais atributos.

Com o passar do tempo o “pátrio poder”, “(...)perdeu sua organização despótica inspirada no direito romano, deixando de ser um conjunto de direitos do pai sobre a pessoa dos filhos, amplos e ilimitados, para se tornar um complexo de deveres.”²⁸¹ A responsabilidade, de que estão investidos os pais, deve ser exercida no interesse do filho.²⁸²

Os doutrinadores buscam em seus estudos, denominações e entendimentos, onde uns complementam aos outros ou por vezes, entram em choque. Procuraremos analisar sob o prisma conceitual a evolução do instituto do pátrio poder.

Clóvis BEVILÁQUA, conceitua pátrio poder como sendo “o complexo dos direitos que a lei confere ao pai, sobre a pessoa e os bens dos filhos.”²⁸³, entendimento condizente aos preceitos do Código Civil, que àquela época refletiam uma realidade social, onde ao marido era reconhecida a soberania de chefe de família, e à mulher, menos que subjugada, era irrelevante o seu papel. Porém, é uma definição que caducou, pois que centrada na dimensão do direito paterno, faz do pátrio poder, tão somente, um instrumento de direitos do pai. Além disso, exclui a figura da mãe do

²⁸⁰ FUJITA, Jorge Shiguemitsu. Esclarece o autor que “em Justiniano, esses poderes do *pater familias* já não mais existiam, transformando-se ação despótica do pai a simples direito de correção. Isso ocorreu em função do desaparecimento de crenças supersticiosas, da diminuição da influência religiosa, da extinção do culto dos antepassados e do sentimento crescente de simpatia em prol dos filhos.” **Curso de direito civil. Direito de família.** p. 214.

²⁸¹ GOMES, Orlando. Obra citada, p. 367.

²⁸² GOMES, Orlando, refere que “Entende-se na atualidade, que os poderes outorgados aos pais têm como medida o cumprimento dos deveres de proteção do filho menor.”, *Idem, ibidem.*

²⁸³ BEVILÁQUA, Clóvis. Obra citada, p. 279.

pólo ativo da relação parental, o que, nos dias de hoje, não mais se admite, pois com a promulgação da Carta Magna, a mãe se equipara ao pai, em direitos e obrigações²⁸⁴; associado aos dizeres do Estatuto da Criança e do Adolescente, que refere serem pai e mãe detentores do pátrio poder igualmente²⁸⁵.

Mais tarde, na obra *Direito da Família*, Clóvis BEVILÁQUA, apresenta a seguinte definição: “*O conjunto dos direitos que a lei confere ao pai sobre a pessoa e os bens de seus filhos, legítimos, legitimados, naturais reconhecidos ou adotivos.*”²⁸⁶ Noção que não evoluiu, pois, o autor somente acrescentou a categoria dos filhos sujeitos ao pátrio poder. De igual forma, inaceitável, em nossos dias, face aos preceitos constitucionais, que vedam as discriminações relativas à filiação²⁸⁷.

Eduardo ESPÍNOLA, também define o pátrio poder como o “complexo de direitos”, porém, de maneira mais avançada, pois acresce em sua análise a existência de deveres correlatos, ou seja, os pais têm direitos sobre os filhos mas também possuem deveres em relação a esses.²⁸⁸

Luiz da Cunha GONÇALVES, diz que “*(...)aos pais foi concedida ou atribuída uma função semipública, designada por poder paternal ou pátrio poder, que principia desde o nascimento do primeiro filho, e se traduz por uma série de direitos-deveres, isto é, direitos em face de terceiros e que são, em face dos filhos, deveres legais e morais.*”²⁸⁹

Potestas no sentido do poder que exercem os pais sobre os filhos, a fim de dirigir-lhes a vida enquanto impedidos de praticar os atos da vida civil; o poder de decisão cabe aos pais, buscando proteção dos filhos menores, a fim de promoverem o seu desenvolvimento físico e intelectual, salvaguardando seus interesses materiais e

²⁸⁴ Constituição Federal art. 226, § 5º - “Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.”

²⁸⁵ Estatuto da Criança e do Adolescente art. 21 - “O pátrio poder será exercido, em igualdade de condições, pelo pai e pela mãe, na forma 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.”

²⁸⁶ BEVILÁQUA, Clóvis. **Direito da família**, p.363.

²⁸⁷ Constituição Federal art. 226, § 6º - “Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.”

²⁸⁸ ESPÍNOLA, Eduardo. Obra citada, p. 452.

²⁸⁹ GONÇALVES, Luiz da Cunha. Obra citada, p.1295.

morais. *Manus*, pois tal encargo sofre a fiscalização do Estado, através do Ministério Público, que por meio de vigilância, tem legitimidade para suprimir excessos por parte dos pais, no que diz respeito a correção dos filhos, com sanções repressivas ou preventivas.

O autor ao referir, ser uma função semipública, comunga do pensamento de Clóvis BEVILÁQUA, considerando que tal encargo por estar sujeito à fiscalização do Estado, passa das relações privadas para as relações de direito público, ocorrendo aí uma mescla; privada, por se tratar de uma relação existente às pessoas no âmbito privado, e pública, porque esta relação deve seguir preceitos de ordem pública, sendo o Estado parte legítima para requerer, quando for o caso, a destituição ou a suspensão da função a que estão investidos os pais.²⁹⁰

No mesmo sentido, Roberto de RUGGIERO, define-o como:

*“(...) a autoridade que no grupo pertence aos pais sobre os filhos menores. É uma autoridade que implica em direitos e obrigações; é pois, a um tempo, um potestas e um manus, pois que as faculdades que se tem sobre as pessoas sujeitas não são destituídas de encargo, antes se podendo dizer que elas são atribuídas em vista e com o fim de tais encargos.”*²⁹¹

Nossa realidade social reclamou por uma evolução da idéia de pátrio poder, não podendo mais ser considerado como um direito absoluto e discricionário do pai, mas um instituto em função do interesse do menor²⁹², como assim demonstram os doutrinadores a seguir apontados, por isso o termo correto, é “poder parental” dos pais, e não somente do pai.

Washington de Barros MONTEIRO, define pátrio poder como “(...) o conjunto de obrigações, a cargo dos pais, no tocante à pessoa e bens dos filhos menores.”²⁹³ Inclui o autor a figura materna, ao considerar que as obrigações pertencem aos pais, contudo não refere sobre direitos a estes cabíveis, tanto em relação

²⁹⁰ BEVILÁQUA, Clóvis. Obra citada, p.377.

²⁹¹ RUGGIERO, Roberto de. Obra citada, p. 194.

²⁹² SANTOS NETO, José Antonio de Paula. Obra citada, p. 50.

²⁹³ MONTERIO, Washington de Barros. Obra citada, p.276.

aos filhos como em relação a terceiros, do que não se pode concordar, pois na relação entre pais e filhos existem direitos e deveres recíprocos.

José Luiz Mônico da SILVA, refere que, “ (...) *pátrio poder é um instituto de natureza híbrida, na verdade uma mescla de direitos e obrigações conferidos aos pais pelo ordenamento jurídico, sejam estes solteiros, casados, viúvos, separados ou divorciados, concernentes à pessoa dos filhos menores de 21 anos.*”²⁹⁴ Certamente, tal posição coaduna-se com nossa realidade, ao colocar no pólo ativo o pai e mãe em condições de igualdade, independentemente de sua situação jurídica, incumbidos de direitos e deveres para com os filhos menores de 21 anos.

Comunga do mesmo posicionamento Maria Helena DINIZ, pátrio poder é “(...) *o conjunto de direitos e obrigações quanto à pessoa e bens do filho menor não emancipado, exercido pelos pais, para que possam desempenhar os encargos que a norma jurídica lhes impõe, tendo em vista o interesse e proteção do filho.*”²⁹⁵ Posição mais acertada, pois além de incluir os direitos e as obrigações concernentes aos pais, quanto à pessoa e aos bens dos filhos menores e não emancipados, destaca a autora a necessidade de que tais direitos e obrigações busquem o interesse à proteção do menor.

Entendimento também apresentado por Silvio RODRIGUES, ao dizer que o pátrio poder “(...) *é o conjunto de direitos e deveres atribuídos aos pais em relação a pessoa dos filhos não emancipados, tendo em vista a proteção destes.*”²⁹⁶

Carlos Alberto BITTAR FILHO, concebe “(...) *o pátrio poder – ou poder paternal – como uma missão confiada a ambos os pais para a regência da pessoa e dos bens dos filhos, desde a concepção até a idade adulta. É função exercida no interesse dos filhos; é mais um munus legal do que propriamente poder.*”²⁹⁷ A ingerência estatal existe, e ela existe para salvaguardar os interesses pessoais e patrimoniais dos menores e escoimar o risco de arbitrariedades dos pais, já que o Estado fiscaliza e delimita o exercício do pátrio poder.

²⁹⁴ SILVA, José Luiz Mônico da. Obra citada, p. 156.

²⁹⁵ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**, p. 274.

²⁹⁶ RODRIGUES, Silvio. Obra citada, p. 347.

²⁹⁷ BITTAR FILHO, Carlos Alberto. **Pátrio poder: regime jurídico atual**, In: Revista dos Tribunais, vol. 676, p.80.

José Antônio de Paula SANTOS NETO, aduz que pátrio poder “(...)é o complexo de direitos e deveres concernentes ao pai e à mãe, fundado no Direito natural, confirmado pelo Direito Positivo e direcionado ao interesse da família e do filho menor não emancipado, que incide sobre a pessoa e o patrimônio deste filho e serve como meio para manter, proteger e educar.”²⁹⁸ Acertadamente definiu pátrio poder, o autor, pois tal instituto deriva do vínculo da filiação, o qual foi positivado, abrindo espaço para o poder paternal, que são os direitos e obrigações que competem aos pais não de forma estanque, mas com o objetivo de propiciar a consecução de um fim, ou seja, atender os interesses do menor.

No mesmo sentido, e com propriedade, Roberto João ELIAS define pátrio poder como o “(...) conjunto de direitos e deveres, em relação à pessoa e aos bens dos filhos menores e não emancipados, com a finalidade de propiciar o desenvolvimento integral de sua personalidade.”²⁹⁹

Eduardo de Oliveira LEITE, dá preferência à terminologia “autoridade parental”, por ser o termo “pátrio poder” de conotação romana, onde há o privilégio do pai, fator inadmissível para os dias de hoje.

*“Preferimos o termos ‘autoridade parental’ ao termo ‘pátrio poder’, de conotação romana e que privilegia a ‘potestas’ masculina, inadmissível no atual estágio de evolução do direito brasileiro. Na realidade, hoje é unânime o entendimento de que o pátrio poder é muito mais pátrio dever, mas não só o ‘pátrio’, na ótica do constituinte de 1988, mas sim ‘parental’, isto é, dos pais, do marido e da mulher, iguados em direitos e deveres, pelo art. 226, § 5º, da nova Constituição.”*³⁰⁰

Ou ainda, como sugere Luiz Edson FACHIN, “ Não se trata de ‘pátrio poder nem de poder parental. Inexiste aí poder, há função de autoridade parental, exercida igualmente pelo homem e pela mulher, sob comando constitucional do parágrafo 5º do artigo 226.”³⁰¹

²⁹⁸ SANTOS NETO, José Antonio de Paula. Obra citada, p. 55.

²⁹⁹ ELIAS, Roberto João. **Pátrio poder guarda dos filhos e direito de visitas**, p. 6

³⁰⁰ LEITE, Eduardo de Oliveira. **Famílias monoparentais.**, Nota 17, p. 192.

³⁰¹ FACHIN, Luiz Edson. Obra citada, p. 223.

Carlos Alberto BITTAR, utiliza a denominação “poder paternal”, e assim o denomina:

“Consiste o poder paternal, ou pátrio poder, em um conjunto de prerrogativas legais reconhecidas aos pais – originariamente com exercício apenas pelo pai – para a criação, a orientação e a proteção dos filhos, durante a respectiva menoridade, cessando-se com o implemento da idade ou com a emancipação. Constitui, atualmente, mais um ‘munus’ legal do que propriamente poder paternal, diante da evolução processada na prática.”³⁰²

Embora tenha incluído em seu conceito, o fato de originariamente, ser o poder exercido somente pelo pai, esclarece em sua obra, mais adiante que, atualmente, pertence a ambos os pais o exercício do poder paternal, como denomina, face à paridade de condições, prevista pela Lei 8.069/90, art. 22. Entende também que, com a doutrina jurídica da proteção integral adotada por referida lei, é no interesse dos filhos e na defesa de seus valores básicos que se deve dar o exercício do pátrio poder.

Tem os pais, a responsabilidade de buscar, através de suas atitudes, o bem estar do filho, o seu desenvolvimento integral de forma adequada. Poderíamos dizer que a expressão “poder”, refere-se aos pais exclusivamente biológicos, e, responsabilidade, aos pais que aprenderam a ser pais afetivos, do que há grande distância; pois pais, quase todos podem ser, porém, uma paternidade assumida em sua mais ampla e complexa dimensão, somente alguns conseguem. E é a esta completude de interesses, de preocupações, de anseios no relacionamento entre pais e filhos, que entendemos como responsabilidade.

Portanto, podemos concluir dos apontamentos acima, que o pátrio poder trata da responsabilidade que tem os pais de buscar a formação e a proteção integral dos filhos menores, através do exercício de direitos e deveres em relação à pessoa e aos bens dos filhos, no interesse destes. Direitos no sentido de terem legitimidade para pleitear em nome do filho um direito que lhe pertence, de ter um filho com formação moral, emocional, espiritual, cultural compatíveis para um futuro adulto capaz. E dever no sentido de não negligenciar a busca de tais direitos. A relação jurídica

³⁰² BITTAR, Carlos Alberto. **Direito de família**, p. 245.

existente entre pais e filhos, como diz Roberto de RUGGIERO, é em grande parte, norma ética; pois afeto, assistência e respeito, antes de jurídico são morais, são impostos pela consciência e pelo sentimento íntimo, sendo pois, acolhidos e não criados pela lei.³⁰³

Os pais participam da formação do filho, “*não em situação de igualdade, mas em condições de complementaridade*”³⁰⁴, tais funções não podem ser determinadas matematicamente, justamente porque se completam; “*a paternidade e a maternidade se caracterizam pelo exercício de funções diferenciadas que se completam, no todo, do ponto de vista das necessidades básicas da vida do filho.*”³⁰⁵

É no interesse e na defesa dos valores básicos à proteção integral da criança e do adolescente, que se deve dar o exercício da responsabilidade parental, “*é função exercida no interesse dos filhos*”.³⁰⁶

Os pais geram os filhos, e deste fato decorre a responsabilidade parental. Gerar, no sentido de produzir, de trazer ao mundo uma relação paterno-filial; não somente no sentido de procriar, pois as relações paterno-filiais advindas da lei, como na adoção, também decorre tal responsabilidade. Que também poderia ser chamada de pátrio poder, de autoridade parental, de pátrio dever, contudo, tais denominações nos trazem sempre a idéia de uma certa ascendência dos primeiros sobre os segundos.

Ascendência com traços de autoritarismo, de interesses voltados para os mais fortes (os pais), o que não nos parece ser acertado, pois a relação entre pais e filhos é uma via de duas mãos, porquanto, se os pais geram os filhos, são os filhos que dão a oportunidade de um homem e uma mulher serem pais, e é em relação a este fato que surge a responsabilidade.

Responsabilidade de desempenhar com dignidade o novo papel que foi confiado, justamente por eles os filhos, pessoas que por um longo período, não terão condições de sobreviver sem que alguém lhes proporcione os cuidados básicos necessários ao seu desenvolvimento físico, que precisarão de amor, de afeto para se

³⁰³ RUGGIERO, Roberto. Obra citada, p. 193.

³⁰⁴ COMEL, Nelsina Elizena Damo. Obra citada, p.97.

³⁰⁵ COMEL, Nelsina Elizena Damo. Idem, ibidem

³⁰⁶ BITTAR, Carlos Alberto. Obra citada, p. 246.

sentirem “filhos”, que por outro lado, ou pela outra via, introjetados tais sentimentos, chegará o momento de seu desenvolvimento, em que a retribuição do amor recebido ocorrerá, não só a nível familiar, mas nos relacionamentos sociais que gradativamente este pequeno ser começará a fazer.

Assumimos como entendimento de terminologia mais adequada à “responsabilidade parental”, perante o Estado, que tem legitimidade para fiscalizar o desempenho das atividades dos pais em relação aos filhos, mas também em relação àquele que conferiu a dois seres, que até então eram somente um homem e uma mulher, a responsabilidade de trazer-lhes e ensinar-lhes a buscar a felicidade.

1.2. CARACTERÍSTICAS

1.2.1. Irrenunciável:

A doutrina nacional apresenta a irrenunciabilidade como característica marcante do instituto do pátrio poder, pois não podem os pais renunciá-lo, já que seus direitos e seus deveres lhes foram conferidos em benefício e no interesse dos filhos. Embora possam os pais serem destituídos, a renúncia é ato nulo. É o que nos diz Pontes de MIRANDA: *“O pai e a mãe não podem renunciar ao pátrio poder, pois os direitos, que têm, não lhes foram concedidos por virtude de medida em favor deles, mas em benefício dos filhos ou do filho. O pátrio poder é suscetível de destituição,*

porém, em quaisquer circunstâncias, persiste irrenunciável. E será nulo o pacto pelo qual se renuncie ou se prometa a renúncia.”³⁰⁷

Para Roberto João ELIAS, a irrenunciabilidade é característica fundamental, pois o pátrio poder é um dever-função a cargo dos pais e ainda, pelo fato de os filhos terem direito a um estado de família, não podendo portanto, subtraírem-se os pais de tal cargo.³⁰⁸

José Antonio de Paula SANTOS NETO, discorda de que seja a irrenunciabilidade característica essencial do pátrio poder, considera-a somente como regra, posicionamento o qual nos filiamos, pois como afirma o autor, podemos encontrar em nosso sistema codificado duas hipóteses em que, efetivamente há a renúncia do pátrio poder, nos casos de adoção e da emancipação do filho.³⁰⁹

Nos casos de adoção de pessoas menores de 18 anos, normas previstas pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, dispõe o art. 45, que a adoção depende de consentimento dos pais ou do representante legal do adotando. O consentimento dos pais denota a renúncia destes ao pátrio poder, pois a anuência dos genitores, para a colocação do filho em família substituta, na forma de adoção, dispensa o procedimento de suas destituições do pátrio poder. Renúncia que só produzirá efeitos se for procedente a adoção, caso em que a criança ou adolescente não fiquem por um período sem a proteção dos pais. *“Para fins de adoção, a renúncia ao pátrio poder é admitida pelo Direito brasileiro e que essa renúncia, é um ato jurídico pendente de condição suspensiva (qual seja, precisamente, a concretização da adoção).*”³¹⁰

A emancipação, segundo caso vislumbrado pelo nosso Código Civil, dá aos pais a possibilidade de se verem, antecipadamente, desvinculados da responsabilidade parental, pois através da emancipação, o pátrio poder extingue-se, conforme art. 392, II. A extinção, portanto, através da emancipação, ato voluntário, com o qual, *“estão liberando o filho de seu jugo e, ipso facto, abrindo mão da proeminência legal de que são titulares no respeitante a este último e que poderiam, se quisessem, continuar a*

³⁰⁷ PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*, tomo IX, p. 174.

³⁰⁸ ELIAS, Roberto João. *Pátrio poder, guarda dos filhos e direito de visitas*, p.30.

³⁰⁹ SANTOS NETO, José Antonio de Paula. *Obra citada*, p. 68.

³¹⁰ SANTOS NETO, José Antonio de Paula. *Idem*, p. 65.

exercer até que ele atingisse a maioridade. Existe renúncia, e isto não há como esconder.”³¹¹

Em face do colocado, é de se dessumir que a irrenunciabilidade não faz parte da natureza do pátrio poder, sendo tão somente, em regra irrenunciável; porém, a renúncia é possível sim, nos casos em que a lei contemplou, na adoção e na emancipação.

1.2.2. Indivisível

A posição de indivisibilidade do pátrio poder não encontra contestação, na maioria dos autores, pois entendem que o instituto não pode ser fracionado, é o que nos diz Anísio Garcia MARTIN, “*Quanto à indivisibilidade, não pode o instituto ser fracionado, para ser distribuído entre os progenitores ou com terceiros.*”³¹²

Discordamos deste posicionamento, pois a realidade social que, hoje se nos apresenta, nos demonstra que os fatos assim não ocorrem; na prática os atributos do pátrio poder são fracionados sim, como no caso da guarda; que vai além do fracionamento entre os genitores; prevê ainda a possibilidade de terceira pessoa ter a guarda de menor, embora mantenham os pais a responsabilidade parental.

O art. 384, II do Código Civil, coloca como sendo um dos atributos do pátrio poder, a guarda; porém, nos casos de separação, ficando o filho sob a guarda de um dos pais, não retira do outro a titularidade do pátrio poder. E mais, nos casos de separação, verificada a hipótese de não ser do interesse do menor, ficar sob a guarda

³¹¹ SANTOS NETO, José Antonio de Paula. Obra citada, p.68.

³¹² MARTIN, Anísio Garcia. **Direito do menor**, p. 102.

nem do pai e nem da mãe, o juiz deferirá a guarda do menor, à pessoa idônea³¹³, sem no entanto, que os pais percam a responsabilidade parental dos filhos.

Portanto, sendo o pátrio poder um conjunto de direitos e deveres, é desses aspectos que se compõe o instituto, e esses atributos, conteúdos do pátrio poder podem sim ser divididos, cindidos, o que não se vê possibilidade é de a titularidade da responsabilidade parental ser dividida, “(...)de se concluir que o pátrio poder é divisível enquanto complexo de direitos e obrigações, mas que sua titularidade, esta sim, é indivisível.”³¹⁴

De se concluir que se a guarda, como atributo do pátrio poder, elencada no art. 384, II do Código Civil, pode ser atribuída a uma terceira pessoa, sem que prejudique a titularidade do pátrio poder dos genitores, também as demais atribuições ali elencadas poderiam ser atribuídas a pessoa idônea. Por exemplo, sabendo os pais antecipadamente, de sua ausência do convívio com os filhos, podem, e devem, diligenciar no sentido de conferir a pessoa de sua confiança a guarda judicial de seus filhos. Porque não poderiam eles, diligenciar no sentido de conferir a esta pessoa o atributo elencado no inciso V do mesmo diploma legal, a representação e assistência? Atributo previsto em nosso sistema legal somente aos genitores, ao tutor ou curador; contudo, nem sempre há fundamento para destituir os pais do pátrio poder, por cumprirem com suas obrigações, e assim nomear ao menor um tutor. Ficando a criança e o adolescente, muitas vezes, desprovidos de tal proteção, por não haver na legislação previsão legal, conferindo aos pais o direito e o dever de indicar, judicialmente, uma terceira pessoa que represente ou assista seu filho, durante sua ausência.

³¹³ Lei 6.515/77 art. 10, § 2º - “Verificado que não devem os filhos permanecer em poder da mãe nem do pai, deferirá o juiz a sua guarda a pessoa notoriamente idônea da família de qualquer dos cônjuges.”

³¹⁴ SANTOS NETO, José Antonio de Paula. Obra citada, p. 70.

1.2.3. Intransferível

É vedada a transferência da titularidade do pátrio poder a terceira pessoa, por consenso das partes, só podendo ocorrer por determinação judicial. Diz José Antonio de Paula SANTOS NETO, que os titulares do pátrio poder não possuem a sua livre disposição, quer a título oneroso, quer a título gratuito.³¹⁵

Não há que se confundir a renúncia, possível na adoção como já visto, com a sua transferência; naquela a possibilidade existe pois não há transferência direta do pátrio poder aos adotantes, que só a adquirirão após preenchidos os requisitos legais necessários para que se formalize a adoção. Pode-se dizer que, os pais renunciam a titularidade da responsabilidade parental, e a autoridade judiciária transfere-a aos adotantes.

Ser o titular do pátrio poder é um direito que possui tanto o seu detentor quanto o filho a quem serão dirigidos os atributos; o qual decorre da filiação. Sendo intransferível o pátrio poder vê-se, assim, o detentor dele gravado com o ônus pessoal de intransferibilidade deste direito, devendo este *munus* ser exercido pessoalmente.

1.2.4. Imprescritível e Personalíssima

É personalíssima a responsabilidade parental, pois tal responsabilidade, só pode ser reconhecida ao pai e à mãe, “*somente os genitores, sejam de sangue, sejam adotivos, estão legitimados para exercê-la.*”³¹⁶ A responsabilidade parental, portanto, é

³¹⁵ SANTOS NETO, José Antonio de Paula. Obra citada, p. 70.

³¹⁶ SANTOS NETO, José Antonio de Paula. Idem, p. 74.

decorrente do vínculo de filiação, natural ou legal, que ligam os sujeitos ativos, os pais, e os sujeitos passivos, os filhos menores e não emancipados.

A imprescritibilidade é da essência da responsabilidade parental, como diz Caio Mário da Silva PEREIRA, os genitores não decaem do pátrio poder, pelo fato de não exercê-lo, só podendo perdê-lo, na forma da lei, pela suspensão ou pela destituição.³¹⁷ Ou como afirma Roberto João ELIAS, “*ainda, que por qualquer circunstância, o pátrio poder não seja exercido por seus titulares, é um direito imprescritível*”. E segue dizendo, “*nada impede, todavia, que os pais percam o pátrio poder, temporária ou definitivamente, (...)*.”³¹⁸

Assim, aos pais é conferido o direito de exercer suas responsabilidades em relação aos filhos menores, a qualquer tempo, não há que se falar em prescrição nem em decadência, pois, “*(...)as ações de estado são imprescritíveis, o pátrio poder, enquanto forma-parte do estado familiar e do direito objetivo e subjetivo familiar e, como a instituição se encontra fora do comércio, portanto, de ordem pública, não é prescritível.*”³¹⁹

1.2.5. Indelegável

O Estatuto da Criança e do Adolescente, que revogou o Código de Menores de 1979, não prevê a possibilidade da delegação do pátrio poder por parte dos pais, no que, andou mal o legislador, retrocedeu ao invés de acompanhar as necessidades

³¹⁷ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Obra citada, p. 241.

³¹⁸ ELIAS, Roberto João. Obra citada, p.31.

³¹⁹ CARRIL, López Del. **Patria potestad**. apud. ELIAS, Roberto João. Pátrio poder, guarda de filhos e direito de visitas. p. 31.

sociais. Deixou uma lacuna que o diploma legal anterior abrangia, visando evitar que ficasse a criança ou adolescente em situação irregular.

O Código de Menores de 1979 previa em seu art. 21: “*Admitir-se-á delegação do pátrio poder, desejada pelos pais ou responsável, para prevenir a ocorrência de situação irregular do menor.*” Portanto, tinham os pais, autorização expressa para delegar o pátrio poder, mediante homologação judicial, com o intuito de prevenir que ficassem os filhos em situação irregular.

A respeito da delegação do pátrio poder, José Antonio de Paula SANTOS NETO, cita Adriano Merrey e outros para dizer que, “*esta medida decorre da vontade dos pais ou responsável para prevenir a ocorrência de situação irregular do menor. Assim, no âmbito do Código de Menores, é admitida somente quando comprovada a possibilidade de ocorrência de situação irregular do menor, apurável através de estudo social.*”³²⁰

Esta lacuna deixada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, choca-se com o princípio adotado pelo legislador, da proteção integral, e mais, com o interesse da criança e do adolescente, que não estão sendo visados. Justifica-se tal posicionamento, pelo fato de que, hoje, face às grandes transformações sociais ocorridas nas últimas décadas, não são raras as famílias que, em busca de aperfeiçoamento profissional, de conhecimento se separam temporariamente. Onde os filhos são deixados por seus pais aos cuidados de pessoa de confiança, sem que isto signifique um esfacelamento do grupo familiar, falta de amor ou despreocupação. É justamente ao contrário, por amor, por preocupação com o futuro, é que se vêem os pais diante de situações de provisória separação de seus filhos.

É no interesse da família e do menor, que a delegação do pátrio poder é necessária, a fim de se evitar que crianças e adolescentes se encontrem em situação irregular, agindo os pais antecipadamente, prevenindo tal situação, confiando seus filhos a pessoa idônea com poderes abrangentes, que possam realmente salvaguardar a pessoa do menor.

³²⁰ MARREY, Adriano. **Menores**. apud. SANTOS NETO, José Antonio de Paula, p. 71.

1.2.6. Incompatibilidade com a tutela

Esta característica tem sido apontada por alguns autores, fundando tal posição no fato de ser considerada a tutela um sucedâneo do pátrio poder, que tem por objetivo preencher a lacuna deixada pela ausência do mesmo.

Washington de Barros MONTEIRO diz que:

“(...)o pátrio poder é incompatível com a tutela. Nessas condições, não se nomeia tutor a menor, cujo pai, ou mãe, não foi suspenso ou privado regularmente do pátrio poder. Suspende-se ou tira-se primeiro o pátrio poder ao genitor, para depois dar tutor ao incapaz. Nomear tutor a quem tem pai, ou mãe, no exercício dos seus direitos, não é jurídico, antes aberrante das disposições legais em vigor.”³²¹

Com efeito, tais posicionamentos não refletem o preconizado pelo legislador, pois o art. 394 do CC consente a tutela do filho, legítimo ou ilegítimo, mesmo sem a suspensão total do pátrio poder. Deste consentimento decorre a nomeação de tutor *ad hoc*, cuja finalidade consiste precipuamente em resguardar o pátrio poder. Assim, possível estabelecer tutela concomitante ao pátrio poder, com a inibição parcial deste, sempre que o juiz entender oportuno.

João Manuel de Carvalho SANTOS, ao analisar o art. 394 do Código Civil diz:

“O Código limita-se a dizer que o juiz adotará a medida que lhe pareça reclamada no interesse do menor. O arbítrio do juiz, portanto, é ilimitado, no sentido de ir desde a simples advertência até a suspensão do pátrio poder. Não se cogita de impor a perda do pátrio poder. As medidas que o juiz poderá tomar, quer seja a suspensão, quer meras cautelas ou modificações do pátrio poder, deixam este intato, como direito, recaindo apenas no seu exercício. O que a lei tem em mira é permitir que o juiz possa, com um ato seu, restringir, delimitar, entorpecer, paralisar, no interesse do menor, os poderes e direitos

³²¹ MONTEIRO, Washington de Barros. Obra citada, p. 288.

do pai.”³²²

É nesta situação, que se encontra a possibilidade de nomeação de tutor *ad hoc* para a prática de determinados atos, em que necessite o menor de representação legal e estejam os pais momentaneamente sem condições de exercer o pátrio poder; cabendo ao juiz delimitar as atribuições do tutor.³²³

Acrescenta José Antonio de Paula SANTOS NETO, outro caso em que convivem tutela e pátrio poder, na hipótese do art. 383 do Código Civil. Caso em que a mãe, tendo filho fora do casamento, e não sendo capaz de exercer o pátrio poder, ao filho menor se dará tutor. Não fica a mãe privada da titularidade do pátrio poder, o que ocorre é que, o filho será representado por tutor.³²⁴ Do que se conclui, que convivem também nesta hipótese, prevista pelo Código Civil, o pátrio poder e a tutela, sendo que o tutor *ad hoc*, “(...) não precisa necessariamente se limitar a uma atuação instantânea. Ou seja, poder receber poderes para praticar atos por certo período, determinado ou indeterminado. Enfim, essa tutela deve persistir enquanto permanecer a necessidade que a gerou.”³²⁵

José Virgílio Castelo Branco ROCHA, denominou essa modalidade de tutela, de tutela especial, “(...) o juiz, atendendo a determinadas circunstâncias, pode desmembrar um ou outro atributo do pátrio poder e confiá-lo a um tutor especial. Neste caso, pátrio poder e tutela coexistem, no interesse do menor.”³²⁶

Ora, se têm os pais consciência de que por afastamento temporário, poderá o filho ficar em situação irregular, por não ter quem o represente, podem eles, para prevenir tal situação, nomear tutor especial, para que cuide da pessoa do filho, visando seu interesse, ato que deve ser homologado judicialmente.

Também José Luiz Mônaco da SILVA, segue tal entendimento, ou seja, de que em casos excepcionais, poderá ser deferido tutor ao menor, sem que sejam os pais suspensos ou destituídos do pátrio poder; havendo a possibilidade de se retirar apenas

³²² SANTOS, João Manuel de Carvalho. Obra citada, p. 134.

³²³ SANTOS NETO, José Antonio de Paula. Obra citada, p. 76.

³²⁴ SANTOS NETO, José Antonio de Paula. Idem, ibidem.

³²⁵ SANTOS NETO, José Antonio de Paula. Idem, ibidem.

³²⁶ ROCHA, José Virgílio Castelo Branco. Obra citada, p. 48.

uma parcela do pátrio poder, afim de atender a situações peculiares. Até porque, nem sempre estão sujeitos os pais à sanção de suspensão ou destituição.³²⁷ *“Assim, em hipóteses excepcionais, o juiz poderá nomear tutor independentemente de suspender ou destituir os genitores do pátrio poder.”*³²⁸

Assim, em casos excepcionais, poderá o juiz, homologar pedido dos pais de nomeação de tutor especial, para atender situações peculiares, visando o interesse da criança ou do adolescente. Devendo aquele que estiver no exercício da responsabilidade parental cumprir com os atributos, tanto de ordem pessoal como patrimonial.

³²⁷ SILVA, José Luiz Mônico da. Para esclarecer a possibilidade da tutela especial, ou seja, aquela que coexiste com o pátrio poder, apresenta o autor um exemplo: “Ora, um menor de 19 anos, em vias de se casar, tem interesse em requerer nomeação de tutor especial, sem percorrer o árduo e longo caminho do processo de suspensão ou destituição do pátrio poder. Estando os pais em local ignorado, a solução que melhor atenderá aos fins sociais será sem dúvida, a postulação de nomeação de tutor especial, mantido o pátrio poder, com a finalidade, única aliás, de consentir no casamento do incapaz.” **Questões de direito de família**, p. 189.

Podemos apresentar situação onde ficará mais evidenciada a necessidade de tutor especial: Uma criança de 12 anos, filha de pais que buscam aperfeiçoamento cultural constantemente e decidem fazer curso de Doutorado na Itália. Sendo que permanecerão em estudos por um período de quatro anos, visitando a filha, ao longo deste período, uma vez ao ano, por vinte dias. A solução mais acertada que poderiam tomar estes pais, a fim de preservar os interesses da filha, é nomear judicialmente tutor especial à filha, que durante este período de ausência, além da guarda, terá também os mesmos deveres concernentes ao pátrio poder. Sempre visando o interesse do menor. Neste caso, não há fundamento para suspensão nem para destituição do pátrio poder, segundo o que preceituam os arts. 384 e 395 do Código Civil, pois, são estes pais zelosos e cumpridores de suas responsabilidades em relação à filha; portanto, a solução é a tutela especial.

³²⁸ SILVA, José Luiz Mônico da. *Obra citada*, p.189.

CAPÍTULO II

2. ATRIBUTOS DA RESPONSABILIDADE PARENTAL

O Código Civil Brasileiro, originariamente, no seu art. 383, conferia ao pai a titularidade do pátrio poder; com o advento do Estatuto da Mulher Casada, a nova redação do art. acrescentou que, este seria exercido em colaboração com a mulher. Posteriormente a lei 6.515/77, em seu art. 27, inseriu a mulher também como titular dos encargos referentes a responsabilidade parental. Com a promulgação da Carta Magna, no seu art. 226, § 5º, dispõe de forma clara a respeito da paridade entre os cônjuges no exercício da responsabilidade, o que foi abrigado pela Lei.8.069/90, no art. 21, portanto, *“o pátrio poder será exercido, em igualdade de condições, pelo pai e pela mãe, na forma do que dispuser a legislação civil, assegurado a qualquer deles o direito de, em caso de divergência, recorrer à autoridade judiciária competente para solução de divergência.”*

Por conseguinte, faz parte da história, a condição de inferioridade da mulher, frente à maternidade, em relação ao pai dos seus filhos e em relação a estes. A responsabilidade parental, portanto, decorre não só da paternidade mas também da maternidade, esta nova condição que ocupam ,homem e mulher, lhes confere igualdade de condições no que tange a responsabilidade que ambos têm em relação aos filhos, independente da relação jurídica existente entre eles, ou seja, não mais se

concebe a responsabilidade parental como fator decorrente do casamento, pois os filhos existem, ou podem existir, sejam seus pais casados ou não.

Fator não levado em consideração por Maria Helena DINIZ, ao considerar que “*na constância do casamento, sendo os consortes plenamente capazes, o pátrio poder será exercido, em igualdade de condições, simultaneamente por ambos os pais, exercendo-o o marido com a colaboração da mulher.*”³²⁹ (grifo nosso). Completamente descabido tal entendimento, porquanto, a responsabilidade parental decorre da paternidade e da maternidade e não da situação jurídica dos pais, e mais, não há, em hipótese alguma, a colaboração da mulher, no exercício do pátrio poder, como quer a autora, mas sim, um desempenho conjunto, compartilhado entre os pais.

Pacífico está, então, que cabe aos pais, conjuntamente, a responsabilidade parental sobre os filhos menores de 21 anos, não emancipados, de acordo com o art. 379 do CCB.

Nesta relação, pais-filhos, estes não são objetos da responsabilidade parental, constituem um dos sujeitos da relação derivada da autoridade parental, não como sujeitos passivos, mas sim destinatários do exercício deste direito subjetivo.

Os atributos da responsabilidade parental visam tutelar a pessoa dos filhos menores e não emancipados, art. 384 do Código Civil, bem como seus bens, art.385 do mesmo diploma legal.

2.1. DA PROTEÇÃO À PESSOA DO FILHO

Quanto à pessoa dos filhos, têm os pais, a responsabilidade de dirigir-lhes a educação; tê-los sob sua guarda e companhia; conceder-lhes ou não consentimento

³²⁹ DINIZ, Maria Helena. **Código civil anotado**. p.343, nota 1.

para se casarem; representá-los ou assisti-los; reclamá-los de quem ilegalmente os detenha e exigir que lhes obedçam, respeitem a colaborem com a prestação de serviços, conforme a fase de desenvolvimento a que se encontrem.

2.1.1.Criação e Educação

Reza o art. 384, I do Código Civil, que compete aos pais, quanto aos menores: “*dirigir-lhes a criação e educação*”.³³⁰ A educação e criação não são conceituadas pela legislação, porém são enaltecidas pela Constituição Federal de 1988, art. 229; do que se deve entender que a criação e educação que devem os pais prestar aos filhos, se verifica de forma abrangente, envolvendo todas as situações necessárias para que, como dissemos anteriormente, a criança e o adolescente se tornem um adulto capaz. Ademais, o art. 227 do mesmo diploma legal, enfatiza o direito da criança e do adolescente à vida, à saúde e à alimentação, cabendo não só à família proporcioná-lo, mas também, à sociedade e ao Estado.

Muito embora, o Estatuto da Criança e do Adolescente, em seu art. 23 e seu parágrafo único, disponha que, a falta de recursos materiais não é motivo suficiente para retirar dos pais a responsabilidade parental, pois devem, sempre que possível, as crianças e adolescentes serem mantidas em suas famílias de origem. A falta de recursos materiais a que se refere o Estatuto, diz respeito, àquelas situações em que não concorreram os pais para tal infortúnio, com a vadiagem e o descaso em relação a manutenção dos filhos.

O dever de educar “*(...) implica no atendimento das necessidades intelectuais e morais do menor, propiciando-lhe a oportunidade de se desenvolver nesses níveis.*”

³³⁰ Código Civil Brasileiro: art. 384, I: “Dirigir-lhes a educação e criação.”

*Enquanto isso, o encargo de criar abarca a obrigação de garantir o bem estar físico do filho, proporcionando-lhe sustento, resguardando-lhe a saúde e garantindo-lhe o necessário para a sobrevivência.*³³¹

No mesmo sentido, refere José Virgílio Castelo Branco ROCHA, quando diz que, “(...)criar, ficam entendidos aqueles deveres primários que constituem a manutenção, o vestuário, os cuidados corporais, a alimentação.”³³²

Faz parte da criação, o sustento, a saúde, a habitação e o vestuário, enfim, o atendimento das necessidades físicas a que tem direito a criança e o adolescente. A obrigação de sustentar os filhos é decorrente do pátrio poder, independentemente da situação jurídica dos seus pais, isto é, não importa se casados, separados, divorciados ou vivam em união estável, o relevante é, sendo pai e sendo mãe, existe a obrigação de sustentar. Yussef Said CAHALI diz que:

*“Quanto aos filhos, sendo menores e submetidos ao pátrio poder, não há um direito autônomo de alimentos, mas sim uma obrigação genérica e mais ampla de assistência paterna, representada pelo dever de criar e sustentar a prole; o titular do pátrio poder, ainda que não tenha o usufruto dos bens do filho, é obrigado a sustentá-lo, mesmo sem auxílio das rendas do menor e ainda que tais rendas suportem o encargo da alimentação: a obrigação subsiste enquanto menores os filhos, independentemente do estado de necessidade deles, com na hipótese, perfeitamente possível, de disporem eles de bens (por herança ou doação), enquanto submetidos ao pátrio poder.”*³³³

Os pais tem o dever de prestar educação, sendo que faz parte do processo de educação, a imposição de certos limites, demonstrando ao filho o que é permitido e o que não é, e tal ensinamento pode ser exigido pelos pais, dando-lhes a possibilidade, face a não assimilação por parte dos filhos, de aplicar-lhes, moderadamente, a devida correção. Criar, educar, não significam somente transmitir um conhecimento, mas pela outra via, espera-se a assimilação de tal ensinamento, que justificam a correção e disciplina. A educação, se prende ao atendimento das necessidades intelectuais e morais da criança e do adolescente, propiciando-lhes condições de desenvolvimento, a

³³¹ SANTOS NETO, José Antonio de Paula. Obra citada, p.108.

³³² ROCHA, José Virgílio Castelo Branco. Obra citada, p. 134.

³³³ CAHALI, Yussef Said. **Do direito de alimentos**, p. 378.

fim de torná-lo “(...)um elemento útil à sociedade”. E mais adiante diz: “toda educação tem como alvo necessário ensinar o indivíduo a bastar-se a si mesmo, respeitados os princípios éticos e jurídicos que regem a vida e os interesses da comunidade.”³³⁴

Isto quer dizer que, tem os pais o dever de orientar o filho, de transmitir-lhe experiências e ensinamentos que lhe permitam tornar-se um adulto capaz de viver em sociedade de forma adequada, trazendo crescimento para si e para o meio que está inserido, “(...)porque ao pai cabe fazer de seu filho um homem no verdadeiro sentido da palavra, homem são de corpo, inteligência e de espírito, possuidor de um senso moral completo, que lhe permita se dirigir mais tarde, por si mesmo (...).”³³⁵

2.1.2. Companhia e Guarda

O Código Civil refere que é direito dos pais, tê-los em sua companhia e guarda; contudo, face ao art. 19 do Estatuto da Criança e do Adolescente, concluímos que o direito pertence aos filhos, pois é direito fundamental da criança e do adolescente, serem criados e educados no seio de sua família. Ambos, legislador civilista e menorista, entendem que devem permanecer juntos os pais e seus filhos, porém, o primeiro encara tal fato, como um direito dos pais, e o segundo, como um direito dos filhos. A conclusão é idêntica, isto é, para o bom desenvolvimento das pessoas que necessitam de auxílio moral, material, afetivo, para a sua sobrevivência, necessário se faz que convivam juntos pais e filhos; porém, a premissa é diferenciada. O direito de receber o suporte necessário para o crescimento é dos filhos, como quer o

³³⁴ ROCHA, José Virgílio Castelo Branco. Obra citada, p. 135 e 137.

³³⁵ SANTOS, João Manuel de Carvalho. Obra citada, p. 56

legislador menorista, e não dos pais que, ao nosso entender, tem o dever de corresponder às necessidades dos filhos.

Há diferença no conteúdo da companhia e da guarda, pois aquela, permite ao pai acompanhar o desenvolvimento do filho, orientá-lo e com ele conversar; já na guarda, significa que tem o pai, o filho sob sua vigilância e posse.³³⁶

Faz parte da guarda, também, a vigilância, isto é, a diligência dos pais ao integral desenvolvimento dos filhos, modo pelo qual se perfaz a efetiva criação e educação. Ao reverso, aos filhos cabe respeito e obediência. *“Aí está como implicitamente reconhece o Código o direito de castigar moderadamente os filhos. Pois, sem dúvida, a violação daqueles deveres autoriza os pais a fazer uso do direito de correção.”*³³⁷

Na verdade, como afirma João Manuel de Carvalho SANTOS, são regras de natureza moral, *“(...)pois depende muito dos sentimentos íntimos do filho, devendo a lei civil se contentar com uma tênue aparência ou revelação desse sentimento íntimo.”*³³⁸

Com efeito, mesmo a guarda, um dos atributos da responsabilidade parental, esta pode ser deferida a uma terceira pessoa, sem atingir a titularidade do pátrio poder. É o que se conclui da análise dos arts. 10, § 2º da Lei 6.515/1977 e do art. 33 da Lei 8.069/1990. Quando julgar necessário, a bem dos interesses do menor, o juiz poderá nomear guardião a este, ao guardião é conferido o direito de opor-se aos pais. Isto significa que, embora seja um atributo do pátrio poder, a guarda, pode ser retirada do mesmo e transferida a outra pessoa, sem que haja necessidade de suspender ou destituir do pátrio poder os pais, isto é, sem prejudicar a titularidade da responsabilidade parental.

Por outro lado, vimos anteriormente, que uma das características do pátrio poder é o seu não fracionamento, contudo, o que acontece aqui, outra coisa não é senão o seu compartilhamento; pois, os pais detêm a titularidade da responsabilidade

³³⁶ SANTOS NETO, José Antonio de Paula. Obra citada, p.135.

³³⁷ SANTOS, João Manuel de Carvalho. Obra citada, p.62.

³³⁸ SANTOS, João Manuel de Carvalho. Idem, p. 63

parental e uma terceira pessoa, detém uma parcela desta responsabilidade, que é a guarda.

Muito embora haja autores, como José Leoni Lopes de OLIVEIRA, que sustentem tal situação, pelo fato de a guarda não ser da essência do pátrio poder mas somente de sua natureza. *“Assim, podem os filhos ser confiados à guarda de outrem, sem que isso importe ofensa do pátrio poder. É que a guarda do menor, embora seja um atributo do pátrio poder, não é condição necessária de seu exercício.”*³³⁹

2.1.3. Consentimento para se casarem

É poder dos pais, deliberar sobre o consentimento do casamento do filho ou não, aos titulares da responsabilidade parental, cabe analisar a situação, segundo critérios de conveniência e oportunidade. Porém, prevê o Código Civil em seu art. 188, que se for arbitrária e despótica a decisão negatória dos pais, pode o juiz, por provocação de parte legítima suprir tal consentimento.

A capacidade para se casar inicia para o homem, aos 18 anos e, para a mulher aos 16 anos; porém, necessitam de permissão dos pais para contrair matrimônio, se não completaram ainda, 21 anos. *“Tendo sido outorgado aos genitores o exercício do pátrio poder, caberá a ambos manifestarem o consentimento para o casamento.”*³⁴⁰

Muito embora a lei não seja específica, para caracterizar os motivos que justificam o suprimento do consentimento, *“(…)se pode considerar como injusta, a denegação do consentimento, quando baseada em simples obstinação, mero capricho,*

³³⁹ OLIVEIRA, José Leoni Lopes de. **Curso de direito civil.** p. 397.

³⁴⁰ PEREIRA, Tania da Silva. Obra citada, p.176.

ou manifesto erro de julgamento. Neste caso, os sentimentos do filho não podem sofrer as conseqüências da tirania paterna.”³⁴¹

Em caso de divergência entre os genitores, ou de proibição, caberá a autoridade judicial suprir a autorização. Havendo a proibição dos genitores para o casamento do filho, deverá ser nomeado um curador especial para o adolescente, para que o represente e requeira o consentimento em seu nome, conforme art. 9º do Código e Processo Civil e art. 142, parágrafo único do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Tania da Silva PEREIRA, refere que “*O Brasil ratificou através do Decreto nº 66.605, de 20.05.1970, ‘a convenção sobre o consentimento, idade mínima e registro de casamento’ ONU de 1962, assegurando a liberdade completa na eleição do cônjuge, abolindo totalmente o casamento de crianças e a prática dos esponsais das jovens antes da idade núbil.*”³⁴²

Embora ainda existam jovens que decidem contrair matrimônio ou viver em união estável, em idade precoce, o legislador ao colocar a idade mínima, demonstrou não querer mais ser conivente com a formação de famílias integradas por pessoas que ainda não possuem experiência de vida suficiente, tampouco atingiram uma maturidade física e emocional, para formarem uma família. A diferença reside na capacidade para a prática da vida sexual, entre dezesseis e dezoito anos, e a efetiva maturidade psicológica para enfrentar os desafios de uma vida a dois.

Por isso, a capacidade matrimonial, diz Eduardo de Oliveira LEITE, deve estar mais próxima da maturidade emocional; “*o ideal seria aumentar a idade núbil, nunca diminuí-la, garantindo maior responsabilidade, seriedade e maturidade a um ato que determinará o sucesso ou insucesso de uma nova família, de um novo agrupamento social, de novos seres que interferirão ou não positivamente na sociedade, dependendo do ambiente em que foram gerados, educados e preparados para a vida.*”³⁴³ Cabe aos pais, então, detentores da responsabilidade parental, através dos atributos da criação, da guarda, como vimos anteriormente, orientar, conversar com o filho sobre a conveniência ou não do casamento.

³⁴¹ ROCHA, José Virgílio Castelo Branco. Obra citada, p. 156.

³⁴² PEREIRA, Tania da Silva. Obra citada, p.176.

³⁴³ LEITE, Eduardo de Oliveira. **Temas de direito de família.** p. 45.

2.1.4. Nomear tutor aos filhos

Os pais têm a faculdade³⁴⁴ de nomear tutor para o filho, através de documento autêntico, independente da natureza da filiação, face a equiparação constitucional dos filhos. Tal atributo cabe aos pais pois, “(...) *mais que ninguém, conhecem seus filhos, com mais propriedade, quem melhor poderá deles cuidar.*”³⁴⁵

A nomeação de tutor terá validade somente se não sobreviver a morte do primeiro, o segundo, que deverá seguir na titularidade do pátrio poder; portanto, a nomeação de tutor só terá validade se o menor já for órfão, ou se estiver por qualquer motivo, impedido de exercê-lo. Assim, afirma Maria Helena DINIZ, que a tutela testamentária é cabível “(...) *ante o fato de que a um dos consorte não é lícito privar o outro do pátrio poder, apenas quando o outro cônjuge já tiver falecido ou for incapaz de exercer o poder paternal, sob pena de nulidade*”.³⁴⁶

No mesmo sentido, José Virgílio Castelo Branco ROCHA, diz que “*não vale a nomeação de tutor feita pelo pai, se a mãe do menor sobrevive, porque então compete à mesma o exercício do pátrio poder. Mas se a mãe é interdita, pode o pai destinar alguém para servir como futuro tutor de seus filhos menores.*”³⁴⁷

Esta última hipótese apresentada é outra forma que demonstra poder coexistir o pátrio poder com a tutela; a mãe está impedida de exercer o pátrio poder, mas não foi suspensa nem destituída de tal exercício, pois não há fundamento previsto pelo Código Civil, que autorize tal medida. Então, o filho, embora a mãe detenha o pátrio poder mas não possa exercê-lo, terá um tutor para proteger a sua pessoa e os seus bens.

José Antonio de Paula SANTOS NETO, lembra que:

“em alguns casos a tutela pode coexistir com o pátrio poder. Suponha-se que um dos pais se ache impedido por decisão judicial prolatada com base no

³⁴⁴ ELIAS, Roberto João. **Pátrio poder, guarda dos filhos e direito de visita**. Esclarece o autor que esta faculdade que tem os pais de nomear tutor aos filhos, por documento autêntico, tem em vista o cuidado para com a prole, porém e pouco utilizada entre nós. p. 37.

³⁴⁵ PEREIRA, Tania da Silva. Obra citada, p.176.

³⁴⁶ DINIZ, Maria Helena. Obra citada, p. 274.

³⁴⁷ ROCHA, José Virgílio Castelo Branco. Obra citada, p. 160.

art. 394 do CC de exercer certa parcela da autoridade paternal (que como conjunto de direitos e obrigações, é divisível). Então, mostra-se aceitável que o outro genitor, plenamente capacitado para exercer o pátrio poder em todos os seus aspectos, nomeie tutor para, na sua falta, cuidar dos interesses do menor naquilo para o que não se habilitar o pai sobrevivente.”³⁴⁸

Ademais, para que tenha validade a nomeação de tutor feita pelo pai, é imprescindível que ele esteja, ao tempo de sua morte, no exercício do pátrio poder, isto é, aquele que estiver suspenso ou destituído do pátrio poder, não pode nomear tutor ao filho menor.

Vislumbra ainda, a nossa legislação, a possibilidade de a nomeação de tutor poder ser feita pelos avós, na falta dos genitores, “(...)embora se trate de atributo decorrente do pátrio poder, não é só em razão dele que é possível a nomeação de tutor. O Código Civil faculta, na falta ou incapacidade dos pais, que a realizem o avô paterno ou o materno, o segundo atuando no impedimento do primeiro.”³⁴⁹

Posicionamento a que não concordamos, pois a responsabilidade parental decorre do vínculo de filiação e não do parentesco, “esse direito deve ser considerado a última expressão do pátrio poder, que, em nossa legislação, não compete aos avós.”³⁵⁰

2.1.5. Representação e Assistência

Os filhos, estando sob a responsabilidade parental, necessitam da assistência e representação dos pais, para terem acesso aos atos da vida civil, pelo fato de serem

³⁴⁸ SANTOS NETO, José Antonio de Paula. Obra citada, p.123.

³⁴⁹ SANTOS NETO, José Antonio de Paula. Idem, p. 124.

³⁵⁰ BEVILÁQUA, Clóvis. **Código civil comentado**. vol. II. p. 400.

peças ainda em desenvolvimento, e portanto, sem o conhecimento e a experiência necessária para a realização de determinados atos. Tal atributo nada mais é do que a ratificação do contido no art.5º, I e art. 6º, I, ambos do Código Civil; que preceitua serem absolutamente incapazes para exercer os atos da vida civil os menores de dezesseis anos, e os maiores de dezesseis e menores de vinte e um anos, são relativamente incapazes para a prática de certos atos ou à maneira de os exercer.

Cabe então, aos pais, representarem os filhos até os dezesseis anos em todos os atos jurídicos que devam praticar, e assisti-los, desta idade até os vinte e um anos, suprindo-lhes o consentimento para integrar a sua capacidade jurídica. É o que nos diz João Manuel de Carvalho SANTOS: “*O direito de representação dura enquanto o menor não atinge aos 16 anos, e enquanto o pai está no exercício do pátrio poder. (...) Depois de o menor completar 16 anos, já o pai não terá o direito de representação: deve-lhe somente assistência, para integrar a sua capacidade jurídica.*”³⁵¹

Dispõe o Código Civil, em seu art. 84, que os menores absolutamente incapazes, serão representados pelos pais, tutores e curadores; e os relativamente incapazes pelas pessoas que refere a lei em determinados atos. Portanto, a proteção das pessoas incapazes envolve três institutos, o pátrio poder, a tutela e a curatela. Embora este último, não seja objeto de nosso estudo, pois a curatela se destina às pessoas incapazes com mais de 21 anos.

³⁵¹ SANTOS, João Manuel de Carvalho. Obra citada, p. 60.

2.1.6. Reclamar os filhos de quem ilegalmente os detenha

Tem os pais o direito de buscar o filho que esteja ilegalmente com terceira pessoa, tal direito é corolário do atributo referido no art. 384, II do Código Civil, ou seja o direito a que tem os pais de ter em sua companhia e guarda os filhos.

É em matéria processual que encontramos o modo de satisfazer este direito, com ação de busca e apreensão, a qual deve estar instruída com documento comprobatório de paternidade e maternidade em relação à criança reclamada. Tem sido objeto de discussão o procedimento a ser seguido, se o da cautelar ou do ordinário, porém, *“em razão do bem jurídico que se procura resguardar e da evidente urgência que reveste a medida judicial visando resgatar o menor injustamente subtraído, entendemos não haver dúvida de que o rito a ser imprimido à ação é o do processo cautelar (com a peculiaridade, lembre-se de que a providência pleiteada é satisfativa, de modo que a ação é autônoma.”*³⁵²

2.1.7. Exigir respeito e obediência

Obediência e respeito são fatores importantes na convivência familiar, nada tendo a ver com temor, na verdade, como afirma João Manuel Carvalho SANTOS, trata-se de regra de cunho moral, *“(...)pois depende muito dos sentimentos íntimos do filho, devendo a lei civil se contentar com uma tênue aparência ou revelação desse sentimento íntimo.”*³⁵³

³⁵² SANTOS NETO, José Antonio de Paula. Obra citada, p. 147.

³⁵³ SANTOS, João Manuel de Carvalho. Obra citada, p.63.

Com efeito, obediência e respeito não são devidos aos pais somente enquanto menores, são sentimentos que devem ser cultivados mesmo após a maioridade; é dever que a moral impõe aos filhos em todas as idades. E por ser norma de ordem moral, não há como exigir o seu cumprimento, não se pode exigir juridicamente.³⁵⁴

Dispõem os pais também do direito de poder disciplinar os filhos, embora seja mais um dever dos pais de corrigir os filhos, pois a omissão dos pais frente a um comportamento reprovável dos filhos, é odioso. O amor também é transmitido através da disciplina, da correção, é confortante para o filho, saber que seus pais se preocupam com sua vida, “(...) *é indispensável que a falha seja apontada e corrigida, com a devida admoestação, admitido até o leve castigo corporal, para que o comportamento não se torne rotineiro e o menor desenvolva adequadamente a noção de certo e errado.*”³⁵⁵

2.2. QUANTO AOS BENS DOS FILHOS

Os pais como titulares da responsabilidade parental, têm ainda o dever de preservar o patrimônio dos filhos, administrando-os. O Código Civil estabelece para isto, uma ampla liberdade de ação para os atos da administração, porém o norte desta administração deve ser, a utilidade, o bem-estar do filho, presumindo o legislador que, ninguém é melhor administrador do que os pais.

O legislador não estabeleceu uma definição para “administração”, mas a

³⁵⁴ ROCHA, José Virgílio Castelo Branco. Esclarece o autor, que se trata de um dever moral e religioso, sem consequência jurídica e por conseguinte, sem nenhuma sanção legal. “Lei que não dispõe de sanção, é lei cujo cumprimento não se pode exigir. E lei que não obriga não é lei: é recomendação.” Obra citada, p. 174.

³⁵⁵ SANTOS NETO, José Antonio de Paula. Obra citada, p. 131.

doutrina, nos diz o seu conceito. Luiz da Cunha GONÇALVES conceitua-a como “atos de mera administração são todos os que têm por fim a conservação, o melhoramento e produtividade dos bens do filho, a percepção ou cobrança dos seus frutos ou rendimentos e a colocação rendosa destes, em suma, todos os que a lei não exclui da ação dos pais ou não sujeita à autorização do juiz.”³⁵⁶ Portanto, administrar é prover ao bom andamento do patrimônio dos filhos.

2.2.1. Titularidade

Reza o art. 385 do Código Civil que: “O pai e, na sua falta, a mãe são os administradores legais dos bens dos filhos que se achem sob o seu poder, salvo o disposto no art. 225.” Portanto, o poder de administração compete ao pai com exclusividade, passando a mãe à administração dos bens do filho, somente na falta do pai.

O advento do Estatuto da Mulher Casada, como já dissemos, alterou a redação do art. 380 do Código Civil, o qual reconheceu à mulher a titularidade concorrente com o marido, quanto à responsabilidade parental, embora na condição de colaboradora; por muito tempo se manteve o entendimento de que, quanto à administração dos bens, vigorava o art. 385 do Código Civil, ou seja, cabe ao pai com exclusividade, os atos de administração.³⁵⁷

Arnoldo WALD exemplifica esta situação dizendo que:

“na função patrimonial, o pátrio poder continuou a ser exercido exclusivamente pelo pai, que na sua falta ou ausência será substituído pela

³⁵⁶ GONÇALVES, Luiz da Cunha. Obra citada, p.1301.

³⁵⁷ SANTOS NETO, José Antonio de Paula. Obra citada, 151.

mãe, descabendo ao que parece, a ingerência judicial na hipótese de desacordo entre marido e mulher, no tocante ao modo de administrar os bens dos menores, pois a competência no caso é exclusivamente do pai.”³⁵⁸

Contudo, hoje, não há mais esta exclusividade, em razão do art. 21 da Lei 8.069/90, que coloca pai e mãe em igualdade de condições para o exercício do pátrio poder; ficando derogado o art. 385 do Código Civil. *“Sabendo-se que administração legal do patrimônio dos filhos menores nada mais é do que atributo dessa autoridade, exsurge irrefutável o direito de co-gestão da genitora. Igualdade é um conceito absoluto: ou se é igual, ou não se é.”³⁵⁹*

Enquanto forem menores os filhos, embora sejam sujeitos de direito, não possuem capacidade civil para administrar seus bens, então, aos pais é atribuída a tarefa de administrar-lhes os bens, o que fazem em decorrência do pátrio poder. Esta administração dos bens do filho menor, *“(...)compreende os atos idôneos à conservação e ao incremento do patrimônio do filho, podendo o pai celebrar contratos, contrair obrigações, adquirir bens, e até aliená-los, se não forem imóveis”*.³⁶⁰

Portanto, a titularidade para administrar os bens do filho menor pertence aos pais em igualdade de condições. Em havendo discordância entre os genitores nos atos de administração a serem praticados, podem eles recorrer à autoridade judiciária para dirimir a divergência.

O genitor que ficar viúvo e contrair novo casamento, sem ter feito o inventário do casal e a partilha dos bens aos herdeiros, perderá o usufruto dos bens dos filhos e o direito de administração. Esta é a exceção a que se refere o art. 225 do Código Civil, mencionada pelo legislador no art. 385 do mesmo diploma legal. *“O progenitor, que enviúva, tem a obrigação de fazer inventário dos bens do casal. Se, antes dessa operação e da partilha que a ultima, o viúvo contrair novas núpcias perde o direito de administrar e de usufruir os bens do filho da falecida.”³⁶¹*

³⁵⁸ WALD, Arnoldo. Obra citada, p. 176.

³⁵⁹ SANTOS NETO, José Antonio de Paula. Obra citada, p. 150.

³⁶⁰ GOMES, Orlando. Obra citada, p. 375.

³⁶¹ BEVILÁQUA, Clóvis. **Direito da família**. p. 371.

2.2.2 Tutor especial para administração dos bens

Se ambos os pais se mostrarem negligentes, omissos ou inaptos para a administração, poderá o juiz retirar-lhes o direito de administração e o direito de usufruto, nomeando tutor especial ao menor, que terá como encargo, exclusivamente a administração dos bens do menor.

João Manuel de Carvalho SANTOS opina neste sentido:

“(...)se por incapacidade ou por má-fé, na sua gestão, o pai lesa ou compromete os interesses dos filhos, arruinando seus bens, cabe ao juiz adotar a medida que lhe pareça reclamada pela segurança dos haveres do menor (art. 394), podendo retirar-lhe a administração legal e confiá-la à mãe, ou mesmo investir um terceiro das funções de tutor provisório.”³⁶²

Também, nesta linha de pensamento diz José Virgílio Castelo Branco ROCHA: *“Se o pai se revela inapto, negligente, omissos, poderá o juiz afastá-lo da administração nomeando tutor especial que cuidará dos bens do incapaz. A nomeação do tutor neste caso, é exclusivamente para a administração dos bens do menor.”³⁶³*

A nomeação de tutor especial, para administrar os bens do menor, será fundada no art. 394 do Código Civil, quando estiverem os pais arruinando com o patrimônio do filho, visando o interesse deste. O tutor será nomeado exclusivamente para a administração dos bens do menor, permanecendo os pais, no que diz respeito aos demais atributos do pátrio poder, com sua titularidade.

Este é mais um caso que demonstra haver possibilidade de nomeação de tutor mesmo sem suspender ou destituir do pátrio poder os pais. Nesta hipótese, é retirado dos pais somente o atributo de administrar os bens do menor, sem atingir a titularidade da responsabilidade parental; portanto, coexistem o pátrio poder dos pais com o tutor

³⁶² SANTOS, João Manuel de Carvalho. Obra citada, p. 69.

³⁶³ ROCHA, José Virgílio Castelo Branco. Obra citada, p. 69.

especial, “*este será nomeado em princípio, especificamente para a administração do patrimônio do menor, permanecendo intacto, no mais, o pátrio poder.*”³⁶⁴

Como bem ressalta José Antonio de Paula SANTOS NETO, não há que se confundir a nomeação do tutor especial, a qual será fundada no art. 394, caput do Código Civil, com a nomeação de curador especial. O tutor será nomeado quando os pais estiverem sendo negligentes na administração do patrimônio do filho, arruinando-o. O curador será nomeado com base no art. 387 do mesmo diploma legal, quando houver conflito entre os interesses dos pais e os interesses do menor.³⁶⁵

2.2.3. Usufruto legal

O usufruto está intimamente ligado ao exercício do pátrio poder, da existência deste emana a prerrogativa de usar e fruir dos bens dos filhos menores, seguindo o princípio que norteia o instituto da responsabilidade parental, ou seja, a proteção dos interesses do filho.

O usufruto dos bens é inerente ao exercício da responsabilidade parental, embora tenha “*(...)estrutura análoga ao direito real de usufruto, mas com ele não se confunde inteiramente. É, antes, um instituo do direito de família, com peculiaridades que o distinguem nitidamente do outro. O usufruto paterno constitui-se por determinação legal, ao contrário do usufruto comum, que se estabelece em razão de um negócio jurídico (...).*”³⁶⁶

O usufruto legal emana da lei, abrangendo todo o acervo do filho; enquanto o usufruto comum pode resultar de ato entre vivos ou de disposição testamentária,

³⁶⁴ SANTOS NETO, José Antonio de Paula. Obra citada, p. 152.

³⁶⁵ SANTOS NETO, José Antonio de Paula. Idem, ibidem.

³⁶⁶ GOMES, Orlando. Obra citada, p. 376.

podendo ser particularizado, circunscrevendo-se a bens específicos ou a parcelas do patrimônio.³⁶⁷

Aponta Marco Aurélio VIANA, que o direito de usufruto, se justifica com uma forma de “(...) *compensação ao pai pelos encargos do poder paternal e, partindo da idéia de comunidade doméstica, entende-se que todos devam compartilhar de um mesmo orçamento, sem discriminações das fontes de receita e sem especificação de despesas.*”³⁶⁸

Com o que não concordamos, pois o entendimento que hoje se tem quanto à responsabilidade parental, é que ela é essencialmente moral, afetiva, não se admitindo que alguém seja pago, por serviços prestados aos filhos. Não há serviços prestados, mas sim, atos que importam em deveres e direitos, praticados em benefício dos filhos.

João Manuel de Carvalho SANTOS pondera:

*“Se a instituição visa proteger os filhos, como se conceber que a vantagem pecuniária seja, não a favor do filho, mas a favor do pai ou da mãe? E diante da impossibilidade de harmonizar essa justificativa com os intuitos elevados do pátrio poder, concluem os partidários desta doutrina que devem no conceito do usufruto, ser excluídas as razões econômicas dos deveres do pai de família, considerando-se a instituição apenas baseada em uma idéia puramente moral e como um meio para conseguir a realização dos fins a que visa o exercício do pátrio poder, cuja execução cabe ao pai desempenhar.”*³⁶⁹

Ainda José Virgílio Castelo Branco ROCHA, comunga do mesmo pensamento, “(...) *não nos parece digna a teoria dos que atribuem ao usufruto uma compensação econômica dos encargos, cuidados e deveres do pai para com os filhos, no exercício do pátrio poder. Tais encargos e deveres são inestimáveis economicamente, e resultam da própria paternidade. Atribuir-lhes recompensa econômica, equívale a desnaturar o sentido moral da paternidade mesma.*”³⁷⁰

³⁶⁷ SANTOS NETO, José Antonio de Paula. Obra citada, p. 166.

³⁶⁸ VIANA, Marco Aurélio. **Curso de direito civil.** p. 194.

³⁶⁹ SANTOS, João Manuel de Carvalho. Obra citada, p.107.

³⁷⁰ ROCHA, José Virgílio Castelo Branco. Obra citada, p. 204.

2.2.4. Atos de administração

A administração dos bens dos filhos, habilita os pais a praticarem atos que se destinem à conservação e crescimento desse acervo. Estes atos podem ser de mera administração, comuns, rotineiros, que tem por objetivo, além da conservação o seu melhoramento, os quais independem de autorização judicial.

A lei não determina quais são os atos que os pais podem praticar sem autorização judicial, porém a doutrina, e por exclusão ao contido no art. 386 do Código Civil, se refere àqueles atos que dependem de autorização judicial, para serem praticados. Conclui-se que, os primeiros, referem-se aos bens móveis, como assevera João Manuel de Carvalho SANTOS.³⁷¹

Por outro lado, a legislação civilista impõe a vedação aos pais de alienar (bens imóveis), hipotecar ou gravar de ônus reais os bens dos filhos e, em nome deles, não podem contrair obrigações que ultrapassem os limites da simples administração, exceto por necessidade e evidente utilidade da prole, mediante prévia autorização judicial., pois são atos que excedem a simples administração, são atos de disposição.

Por atos de disposição entende José Antonio de Paula SANTOS NETO, *“alienação, permuta, transação, cessão ou renúncia, e também todos aqueles capazes de importarem em gravames para o acervo do menor, obrigarem ou de qualquer forma onerarem esse patrimônio.”*³⁷²

Estes atos se justificam, quando comprovada a necessidade ou a utilidade para o melhoramento ou conservação do patrimônio do menor, que devem ser levados à autoridade judiciária, para que, averiguando a conveniência do ato, autorize-a. De ressaltar-se que, a utilidade e a necessidade do ato, devem ter como consequência o bem do menor e não dos pais.

Esclareceu Washington de Barros MONTEIRO, *“(...)a autorização para a venda é condicionada à necessidade ou evidente utilidade da prole.”*³⁷³

³⁷¹ SANTOS, João Manuel de Carvalho. Obra citada, p.77.

³⁷² SANTOS NETO, José Antonio de Paula. Obra citada, p. 155.

³⁷³ MONTEIRO, Washington de Barros. Obra citada, p. 232

Cumpra aos pais a administração dos bens dos filhos com ampla liberdade de ação, desde que o norte de suas decisões seja sempre o bem-estar, o interesse do filho, “(...)presumindo, por outro lado, que ninguém possa melhor do que o pai, e com mais vantagem, administrar o que pertence ao menor.”³⁷⁴

Tais atos de administração ou de disposição, competem aos pais igualmente, porém, havendo a separação destes, a atividade da administração ficará a cargo daquele que com a guarda do filho ficar, ressalvando-se os atos de disposição acima mencionados.

*“Desta forma, o genitor-guardião pode isoladamente, praticar todos os atos conservatórios e de administração relativos aos bens do menor. (...)Se o outro genitor levantar dúvidas quanto à extensão e validade do ato praticado pelo genitor-guardião, este último pode sempre recorrer à autorização judicial, comprovando a necessidade, ou evidente utilidade da prole, (...)”*³⁷⁵

Com efeito, podemos concluir que, a responsabilidade parental é instituto de proteção dos filhos menores e de seu patrimônio, sendo que, quando os pais não a exercerem segundo os interesses de seus filhos, agindo ao arrepio do que preceitua a lei, estarão sujeitos à destituição ou suspensão de suas responsabilidades. Perderão o direito, temporariamente ou definitivamente, de contribuir para a transformação de uma criança e um adulto.

³⁷⁴ SANTOS, João Manuel de Carvalho. Obra citada, p. 65.

³⁷⁵ LEITE, Eduardo de Oliveira. **Famílias monoparentais**, p. 217.

CAPÍTULO III

3.DA EXTINÇÃO, DESTITUIÇÃO E SUSPENSÃO DA RESPONSABILIDADE PARENTAL

3.1. DA EXTINÇÃO

A responsabilidade parental, que tem como fim a proteção de pessoas em desenvolvimento, extingue-se³⁷⁶ quando não há mais necessidade de proteção, ou seja, a partir do momento em que deixa de existir o liame jurídico da paternidade, com a morte dos pais ou do filho; também, quando atingida a maioridade ou adquirida a emancipação.

O art. 392 do Código Civil diz: “Extingue-se o pátrio poder: I- pela morte dos pais ou do filho; II- pela emancipação, nos termos do parágrafo único do art. 9º, Parte Geral; III- pela maioridade; IV- pela adoção.” Portanto, o legislador elenca os modos pelos quais, extingue-se a responsabilidade dos pais em proporcionar ao filho, criação, educação, formação moral, suporte emocional, enfim, tudo o quanto necessário para a formação de um adulto capaz de dirigir sua própria vida de forma plena, adequado

³⁷⁶ BITTAR, Carlos Alberto.. “Extinção é a cessação definitiva do poder, ditado por fenômenos naturais ou jurídicos, elencados também na lei”. Obra citada,p. 250.

dentro dos parâmetros de normalidade que a sociedade estabelece.

Roberto de RUGGIERO refere que, “*destinado ao fim de proteção do incapaz, o poder acaba naturalmente quando deixou de existir a necessidade de proteção, isto é, se o filho atingiu a capacidade (...)*”.³⁷⁷

Na hipótese de falecimento de um dos pais, a responsabilidade parental será atribuída de forma exclusiva ao sobrevivente, cessando somente no caso de falecimento de ambos os pais, caso em que, a criança ou adolescente serão colocados sob tutela ou adoção, conforme a situação. No caso de falecimento do filho, “*(...)constitui causa extintiva do pátrio-poder, pela razão intuitiva de que elimina a relação jurídica*”.³⁷⁸ Ou como afirma Carvalho SANTOS, na hipótese de falecimento do filho, há o “*(...)desaparecimento do sujeito passivo, o filho, sem o qual não é possível se conceber o pátrio poder*”.³⁷⁹

A outra hipótese de extinção da responsabilidade parental, se dá pela emancipação, que importa em conferir ao filho a plenitude dos direitos civis, sem a dependência paterna. O art. 9º, § 1º, estabelece as formas pelas quais se dá a emancipação, ou seja, pelo suprimento de idade através de homologação judicial quando atingido os 18 anos; pelo casamento válido; pelo exercício de emprego público efetivo; pela colação de grau em ensino superior e pelo estabelecimento civil ou comercial realizado com economia própria do menor.

Ao atingir a maioridade, isto é, aos 21 anos, o indivíduo está apto para exercer os atos da vida civil, perdendo a razão de ser, a finalidade da responsabilidade parental desaparece, pois aquele indivíduo, que necessitava de certos cuidados, já é capaz de reger sua vida. Muito embora, a extinção da responsabilidade parental, tanto pela emancipação como pela maioridade “*(...)não faz desaparecer, nem mesmo diminuir a intensidade do interesse do pai pelo filho, pelo seu futuro, pela sua sorte, pela felicidade, pelo seu bem-estar. Nem faz desaparecer, da parte do filho para com o pai,*

³⁷⁷ RUGGIERO, Roberto de. Obra citada, p. 202.

³⁷⁸ GOMES, Orlando. Obra citada, p. 377.

³⁷⁹ SANTOS, João Manuel de Carvalho. Obra citada, p. 120.

*o mesmo respeito, a mesma obediência, a mesma veneração, que antes de sua emancipação dedicava àqueles que lhe deram a vida.”*³⁸⁰

A última forma de extinção elencada pelo Código Civil, é pela adoção, quando os adotantes passam a exercer a responsabilidade parental. Em verdade temos que levar em consideração duas possibilidades, a uma quando os pais concordam em colocar o filho sob a adoção, fato em que há a transferência da responsabilidade parental para os adotantes; a duas, quando em procedimento contraditório os pais não concordam com a adoção do filho, o que leva a autoridade judiciária a decretar a perda da responsabilidade parental, fundamentando tal decisão em algum dos casos previstos no art. 395 do Código Civil.

Portanto, entendemos que no primeiro caso não há extinção da responsabilidade e sim a transferência da responsabilidade parental para uma terceira pessoa, os adotantes. *“A adoção retira o filho do poder do pai natural, mas submete-o ao do adotante. Desta sorte, o parentesco civil opera causa translaticia antes que extintiva, pois, examinada a relação pelo lado da criança ou do jovem, ele não se acha em nenhum momento fora do poder parental.”*³⁸¹ Já no segundo caso, sim, há extinção de uma relação jurídica fazendo daí, nascer uma outra, agora entre adotando e adotantes.

3.2.DA SUSPENSÃO E DA PERDA

A responsabilidade parental é uma relação decorrente da paternidade e deve subsistir enquanto perdurar a menoridade civil dos filhos, sempre no interesse destes.

³⁸⁰ SANTOS, João Manuel de Carvalho. Idem, p. 122.

³⁸¹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Obra citada, p. 247.

É um instituto que está impregnado de normas de ordem pública, por isso, está sujeito à fiscalização do Estado, que em casos determinados poderá determinar o afastamento dos pais dela, pela suspensão ou pela destituição do exercício do pátrio poder, conforme art.394, caput e 395 do Código Civil acrescido pelo art. 24 da Lei 8.069/90.

A suspensão e a perda do pátrio poder são medidas aplicáveis aos pais que, dolosa ou culposamente, deixarem de cumprir os atributos, já mencionados anteriormente, exigidos pela lei. A omissão ou o abuso dos pais, em relação aos filhos, deve ser comprovado e fundamentado, face a gravidade da medida, que deverá ser decretada judicialmente.

José Antonio de Paula SANTOS NETO esclarece que:

“(...)deverá fundamentar de maneira completa o cabimento da medida e explicitar as razões de convencimento que o levaram a reconhecer a existência de abuso. Sim, porque o art. 394, caput, do CC só terá aplicação quando ficar demonstrado o exercício abusivo do pátrio poder, que poderá se verificar sempre que o titular da potestade descumprir qualquer das obrigações decorrentes de sua condição, arruinar, ainda que sem culpa, os bens dos filhos, ou desviar-se da finalidade precípua do instituto em tela, criando risco para a pessoa, os interesses ou a fazenda do filho.”³⁸²

Como afirma José Luiz Mônico da SILVA, estas medidas caberão sempre que os genitores, dolosa ou culposamente, deixarem de cumprir as tarefas impostas pelo Código Civil e pelo Estatuto da Criança e do Adolescente.³⁸³

João Andrades de CARVALHO, esclarece que, o liame entre os casos de suspensão e de destituição do pátrio poder é marcado pela ausência ou não da culpa.³⁸⁴ Isto significa que, se o não cumprimento dos atributos decorrentes da responsabilidade parental ocorrerem sem a culpa dos pais, a medida mais acertada será a da suspensão, incorrendo em culpa os genitores, medida mais grave deverá ser aplicada, a da destituição do pátrio poder.

A lei não delimita o tempo da suspensão, porém, o tempo “*será dado pelo que,*

³⁸² SANTOS NETO, José Antonio de Paula. Obra citada, p. 186.

³⁸³ SILVA, José Luiz Mônico. Obra citada, p. 158.

³⁸⁴ CARVALHO, João Andrades. Obra citada, p.178.

*ao ver do julgador, seja conveniente aos interesses do menor. Terminado o prazo, restaura-se aquele exercício, tal como antes.*³⁸⁵ No mesmo sentido, Orlando GOMES diz que, *“o exercício do pátrio poder é suspenso por tempo determinado, restaurando-se com a expiração do prazo.”*³⁸⁶

Muito embora, nosso entendimento seja de que, não basta que tenha o prazo expirado, é necessário que a situação que deu causa à aplicação da medida de suspensão do pátrio poder, tenha comprovadamente, se modificado; o que pode acontecer antes do término do prazo da suspensão. Podendo, inclusive, expirado o prazo, e não comprovando o pai, que a situação que deu causa à suspensão se alterou, ser prorrogado o prazo da suspensão do pátrio poder.

Já a destituição da responsabilidade parental é medida mais drástica, sendo aplicada somente em casos onde haja extremada gravidade, ou seja, *“(...)os genitores somente ficarão privados de seu exercício se em razão de injustificado descumprimento das tarefas que a lei lhes comete com primazia, atentarem contra a saúde, a integridade, a dignidade etc. do filho menor de 21 anos.”*³⁸⁷

O art. 395 do Código Civil, combinado aos arts 22 e 24 do Estatuto da Criança e do Adolescente, nos dá a idéia de que o pátrio poder poderá ser retirado dos genitores que não cumprirem com o dever de sustento, de guarda, de educação, quando descumprirem com as determinações judiciais. Não havendo necessidade de que todas ocorram, basta a verificação e uma dessas situações para que estejam sujeitos os pais, à perda do pátrio poder.

Ressalva-se ainda, a obrigatoriedade do procedimento contraditório nos casos de perda da responsabilidade parental, cujo procedimento está previsto nos arts. 155 e seguintes do Estatuto da Criança e do Adolescente; tendo legitimidade para dar início à ação, o representante do Ministério Público ou qualquer pessoa que tenha legítimo interesse processual.

De ressaltar-se que a perda do pátrio poder é total, isto é, estende-se a todos os direitos inerentes a autoridade parental, já a suspensão, tanto pode ser total como

³⁸⁵ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Obra citada, p. 248.

³⁸⁶ GOMES, Orlando. Obra citada, p. 377.

³⁸⁷ SILVA, José Luiz Mônaco. Obra citada, p. 159.

parcial, ou seja, atingindo somente aos direitos infringidos pelos genitores, pois tais medidas não se destinam a punir os pais pelos atos cometidos, mas sim, preservar os filhos, de comportamentos dos pais, que possam prejudicar os interesses do menor.

Uma vez suspensos ou destituídos da responsabilidade parental, os genitores, serão os filhos colocados sob uma das formas de família substituta, que possibilite à criança e o adolescente serem assistidos ou representados, adoção ou tutela, conforme a situação.

PARTE III

TUTELA ESPECIAL

CAPÍTULO I

1. TRANSFORMAÇÕES SOCIAIS

Não há como se negar as modificações por que passou a estrutura familiar, que segundo Luiz Edson FACHIN, como realidade sociológica, apresenta em seu evoluir histórico, desde a família patriarcal romana até a família nuclear, estreita ligação com as transformações ocorridas na sociedade.³⁸⁸

No direito romano, as relações familiares se estabeleciam segundo os moldes sociais da época, formada pelo casal, filhos, escravos, todos sob a autoridade do *pater familias*. A família era uma unidade jurídica, econômica e religiosa fundada na autoridade soberana do chefe, que exercia sobre a mulher e os filhos a sua autoridade. Aos filhos que não estivessem sob a autoridade do *pater familias* dava-se um tutor,

³⁸⁸ FACHIN Luiz Edson. Obra citada, p.11.

que era exercido segundo interesses econômicos e sem a intervenção do Estado, sendo, portanto, exclusivamente de direito privado. Inicialmente a tutela foi criada com o intuito de preservação do patrimônio, tal concepção evoluiu, e passa a tutela a ter como objetivo, também, a proteção da pessoa do incapaz.

Neste período não havia a intervenção do Estado nas relações familiares, portanto, a família como fato, antecede o direito, só mais tarde é que o Estado chama a si o direito e o poder de regular relações de cunho privado, “*o Direito por assim dizer ‘recria’ a família à luz daquilo que essa cooptação jurídica pretende deixar nas sombras.*”³⁸⁹

O afeto nestas relações era somente presumido, a *affectio maritalis*, sua relevância jurídica consistia em ser tomado como existente, não havendo questionamentos de sua existência, a celebração da união entre um homem e uma mulher deduzia a presença do sentimento.

Nosso Código Civil direcionou suas normas para o modelo familiar, assentado em valores do século XIX, uma sociedade basicamente rural, sendo, portanto, patriarcal, heterossexual, hierárquico e matrimonializado, com a função de procriar, de formar mão-de-obra e de transmitir patrimônio; havendo pouca intervenção estatal “*O Direito positivado emoldura juridicamente um modelo de família que atenda, obviamente, a interesses que sejam congruentes com estruturação do Estado e da sociedade.*”³⁹⁰

Refere Gustavo TEPEDINO que o Direito estava voltado para a proteção do vínculo conjugal e da coesão formal da família, em detrimento da realização pessoal de seus integrantes, a mulher e os filhos, inteiramente subjugados à figura do cônjuge varão, que justificava-se em nome da paz doméstica.³⁹¹ Daí a negação do legislador à existência da concubina, para manter a instituição considerada como célula mãe da sociedade, a família, essencial à ordem pública e modelada sob o paradigma patriarcal, as outras formas de constituição de família não eram aceitas, isto quer dizer, não mereciam do Estado sua proteção, deixando-os à margem da sociedade e do Direito.

³⁸⁹ FACHIN, Luiz Edson. Obra citada, p.17.

³⁹⁰ FACHIN, Luiz Edson. Idem, p. 37.

³⁹¹ TEPEDINO, Gustavo. Obra citada, p. 49.

O que dava legitimidade para a família era o casamento, chegando a serem confundidos os dois conceitos, pois a idéia de família para o Direito brasileiro, *“sempre foi a de que ela é constituída de pais e filhos unidos a partir de um casamento regulado e regulamentado pelo Estado.”*³⁹²

Assim, o sistema codificado exclui de sua seara as relações sem casamento, restringindo a família à dimensão matrimonializada, *“as relações sem casamento eram moral, social e civilmente reprovadas, atingindo diretamente os filhos que eram classificados e conseqüentemente discriminados em função da situação jurídica dos pais.”*³⁹³

O Código civil impunha a preservação da família matrimonial, mediante proibições legais, mesmo em face de evidências. Portanto estavam excluídos da proteção estatal, os relacionamentos sem casamento e os filhos viviam segundo sua classificação discriminatória.

Competia ao marido a chefia da sociedade conjugal, com a atribuição de estabelecer o domicílio conjugal, administrar o patrimônio familiar, além de reger a pessoa e os bens dos filhos menores, pois inicialmente detinha com exclusividade o pátrio poder, denotando uma nítida divisão de papéis segundo a idade e o sexo tendo, sido mitigado com o Estatuto da Mulher Casada, que conferiu à mulher a condição de colaboradora do marido no exercício do pátrio poder.

Ficam sob o pátrio poder os filhos menores, e em não estando, o legislador civilista apresenta o instituto da tutela, para proteger a pessoa e os bens do menor, instituto de caráter assistencialista, que visava precipuamente a proteção patrimonial, legado deixado pelo direito romano.

A estrutura social vai se modificando, segundo Heloisa Helena BARBOZA, impulsionada por sua natural evolução e ainda, pressionado por duas guerras mundiais, pela profunda liberação de costumes ocorridas nas décadas de sessenta e setenta, pelo questionamento e conseqüente declínio do poder religioso, por duas décadas de ditadura, pelo aprofundamento das diferenças sociais; todos estes fatores influenciaram

³⁹² PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito de família: uma abordagem psicanalítica**, p.31.

³⁹³ BARBOZA, Heloisa Helena. Obra citada, p. 90.

sobre a legislação, muito embora não se possa analisar a nenhum deles de forma isolada.³⁹⁴

O Estatuto da Mulher Casada promoveu sua emancipação colocando-a na condição de colaboradora do marido, que mantinha a chefia da sociedade conjugal, resultam disto uma série de alterações nos dispositivos do Código Civil.

A família não permaneceu inalterada, transformando-se e por conseqüência os preceitos jurídicos a acompanharam. A sociedade passa de rural para urbana, seus costumes mudam, o grande número de filhos dá lugar para a família reduzida, e com isto, propicia-se um relacionamento mais estreito entre seus integrantes, advindo então o afeto e a alteração da família até então tradicional.

A mulher entra no mercado de trabalho e passa a colaborar com o marido nas despesas domésticas, modificam-se os papéis e passa a ser sentido a valorizado o afeto e o companheirismo, que começam a afastar aquela família de traços econômicos, políticos, culturais e religiosos.

As uniões fundadas exclusivamente no afeto, eram motivo de preocupação, pois que não eram vislumbradas pelo ordenamento jurídico, e todas as questões relativas a ela, eram dirimidas como se fossem uma sociedade civil, sem merecer do direito de família sua atenção.

A Constituição Federal de 1988, reconhece as mudanças sociais que vinham há tempos se apresentando e, altera o conceito de família, embora continue sendo ela, a base da sociedade e a gozar da especial proteção do Estado. É reconhecida como família aquela fundada fora do casamento, a união estável, e aquela formada por qualquer dos pais e seus descendentes. O afeto passa a fazer parte do conteúdo jurídico, pois reconhecida é a união entre homem e mulher, que embora, convivam sem casamento, são unidos pelo afeto.

Prevê também a igualdade entre o homem e a mulher no exercício dos direitos e deveres referentes à sociedade conjugal, que não mais possui um chefe, o que significa um rompimento com a família patriarcal. Os filhos passam a ter direitos e qualificações iguais, vedada qualquer discriminação.

³⁹⁴ BARBOZA, Heloisa Helena, Obra citada, p.95.

Assim, afirma Silvana Maria CARBONERA que:

*“a moderna concepção jurídica de família, gradativamente construída, deslocou-se do aspecto desigual, formal e patrimonial para o aspecto pessoal e igualitário. Como consequência, a importância dos interesses individuais dos sujeitos da família, isto é, da busca da felicidade como mola propulsora, provocou a valorização de vários elementos anteriormente secundários, dentre os quais se encontra a afetividade.”*³⁹⁵

Ampliou-se o papel do Estado que além de proteger a família, tem o dever de assegurar assistência na pessoa de cada um dos seus integrantes, *“(...) deslocando o objeto de sua atenção para o indivíduo, em lugar da comunidade familiar.”*³⁹⁶

Passa o Código Civil a ter natureza subsidiária à especial, quanto à criança e ao adolescente, os quais passam a ter tratamento apropriado à sua condição, com a Lei 8.069/90, que se funda na doutrina jurídica da proteção integral, preconizando que *“a criança e o adolescente são sujeitos de direitos universalmente reconhecidos, não apenas de direitos comuns aos adultos, mas, além desses, de direitos especiais, provenientes de sua condição peculiar de pessoas em desenvolvimento, que devem ser assegurados pela família, Estado e sociedade.”*³⁹⁷

Acompanhando as transformações sociais, o Estatuto da Criança e do Adolescente modifica o entendimento previsto pelo Código Civil no que se refere a tutela, colocando-a no capítulo das modalidades de família substituta, embora não tenha alterado os preceitos civis, retira-lhe o caráter assistencial para conferir-lhe caráter protetivo.

Com efeito, superado está o modelo da grande família, patriarcal, hierarquizada e matrimonializada, surge o modelo familiar caracterizado por relações de afeto, solidariedade e companheirismo, onde os membros integrantes prevalecem em sua individualidade na busca da felicidade.

Embora constatadas e reconhecidas pelo mundo jurídico tais transformações, permanece quase inalterada a situação ou solução jurídica dada aos filhos menores

³⁹⁵ CARBONERA, Silvana Maria. Obra citada, p. 290.

³⁹⁶ BARBOZA, Heloisa Helena. Obra citada, p. 105.

³⁹⁷ PONTES JÚNIOR, Felício. apud. PEREIRA, Tania da Silva, p. 28.

que, ou estão sob a responsabilidade parental dos pais ou ficam ao desamparo legal, salvo se forem os pais destituídos do pátrio poder, quando então, poderão ser colocados sob tutela ou adoção.

Para situações familiares atuais, como a separação de fato dos pais e dos filhos, sem que isto implique em descumprimento dos deveres pertinentes à responsabilidade parental, são comuns. E ficam os filhos sem representante legal, mesmo que temporariamente. Fato que a doutrina jurídica da proteção integral não abarcou pela Lei 8.069/90.

CAPÍTULO II

2. COMPARTILHAMENTO DA RESPONSABILIDADE PARENTAL

A tutela surge do vazio, deixado pela ausência da responsabilidade parental dos pais, quer dizer que a tutela é entendida como um sucedâneo daquele. O pátrio poder é o conjunto de direitos e deveres atribuídos aos pais no interesse do filho, constituindo-se numa limitação imposta pela lei aos pais, porquanto, o seu descumprimento gera sanções.

Sendo a responsabilidade parental delegada e fiscalizada pelo Estado, visando a família, aquele não permite que os pais possam dispor sobre seus direitos e deveres, ou seja, este conjunto de direitos e deveres na busca do interesse do menor, é indelegável a terceira pessoa, tampouco pode ser compartilhado com outra pessoa alguns de seus atributos.

Somente através da suspensão ou destituição do pátrio poder, é que estarão os pais privados da responsabilidade parental, portanto, punição aos pais

Contradizendo esta situação, temos em alguns momentos da evolução da sociedade e do Direito, posicionamentos diversos do acima colocado, ou seja, entendimentos que permitem a delegação do pátrio poder, ou que permitem a coexistência deste com a tutela.

2.1. MEDIDAS QUE O JUIZ PODE TOMAR

J. M. de Carvalho SANTOS, ao analisar o art. 394 *caput* do Código Civil³⁹⁸, refere que o arbítrio do juiz é ilimitado, face ao preceituado pelo legislador, que o juiz adotará a medida que lhe pareça reclamada no interesse do menor, sem estabelecer qual seja ela, entregando a escolha ao seu prudente arbítrio.³⁹⁹

Refere ainda que “*as medidas que o juiz poderá tomar, quer seja a suspensão, quer meras cautelas ou modificações do pátrio poder, deixam este, intato, como direito, recaindo apenas no seu exercício.*”⁴⁰⁰ Significando que, o intuito do legislador, é conferir poderes ao juiz para que com o seu ato possa restringir, delimitar, paralisar, no interesse do menor, os poderes e direitos do pai.

Pontes de MIRANDA segue a mesma linha de pensamento, “*o art. 394 não autoriza somente a suspensão, mas, igualmente, outras medidas (...), de modificações, restrições, cautelas, quiescências ou quietação do pátrio poder*”.⁴⁰¹ Refere ainda que, no interesse do menor pode o juiz refrear ou restringir os poderes e direitos do titular do pátrio poder, deixando incólume o direito do pai, excluindo-se apenas o seu exercício. Apontando a diferença entre suspensão do pátrio poder e as medidas que não suspendem todo o pátrio poder. A primeira atinge o pátrio poder em si, englobando aí o seu exercício; a segunda, só alcança o seu exercício.⁴⁰²

A suspensão ou a perda total do pátrio poder são medidas máximas que pode adotar o juiz, porém, antes destas, uma gama de providências podem ser tomadas, providências restritivas ou preventivas, suplementares ou complementares, aquela que for necessária para resguardar o interesse do menor.

³⁹⁸ Código Civil 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.”

³⁹⁹ SANTOS, João Manuel de Carvalho. Obra citada, p.134.

⁴⁰⁰ SANTOS, João Manuel de Carvalho. Idem, ibidem.

⁴⁰¹ MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**, vol IX, p. 152.

⁴⁰² MIRANDA, Pontes de. Obra citada, p.153.

A tutela especial é a solução apontada para os casos em que não ocorreu a perda nem a suspensão do pátrio poder, mas somente alguma medida que tenha restringido o seu exercício, *“se apenas se retirou parcela do pátrio poder e é preciso titular para o exercício, com atribuições coextensivas ou inferiores à que foi tirada, nomeia-se tutor especial, coexistindo os dois titulares, (...)”*⁴⁰³

José Luiz Mônaco da SILVA, segue pela mesma esteira, dizendo que como regra geral, a nomeação de tutor importa, preliminarmente, na suspensão ou na destituição do pátrio poder, no entanto, em casos excepcionais, a tutela poderá ser deferida sem que os genitores sejam suspensos ou destituídos do pátrio poder, utilizando-se o entendimento doutrinário e jurisprudencial da tutela especial. *“Assim, em hipóteses excepcionais, o juiz poderá nomear tutor independentemente de suspender os genitores do pátrio poder.”*⁴⁰⁴

Merecem acolhida estes posicionamentos quanto aos seus efeitos, porém, discordamos de suas causas. Esta interpretação do art. 394 do Código Civil, não nos parece acertada por trazer esta possibilidade somente como forma de punição dos pais, já que requerida por algum parente ou pelo Ministério Público, quando o interesse do menor não estiver sendo visado pelos pais.

A possibilidade de o juiz adotar a medida mais acertada na busca do interesse do menor não deve acontecer somente quando os pais descumprirem com suas obrigações, mas também quando estes tiverem ciência de suas limitações, e requererem ao juiz que adote tais medidas, ou seja, restrinja, ou delimite, não o seu direito, mas o seu exercício temporariamente, visando o bem-estar da criança ou adolescente. Se uma terceira pessoa, parentes ou o Ministério Público, tem legitimidade para requererem ao juiz que adote medida cabível a determinados casos, porque o próprio titular do pátrio poder não pode fazê-lo? As medidas que antecedem a suspensão ou a perda, são medidas que não devem servir somente à punição dos pais, mas também, medidas que venham evitar que fiquem a criança e o adolescente desprotegidos.

⁴⁰³ MIRANDA, Pontes de. Obra citada, p. 255.

⁴⁰⁴ SILVA, José Luiz Mônaco da. **Questões de direito de família**, p. 189.

2.2. DELEGAÇÃO DO PÁTRIO PODER

Anterior ao Estatuto da Criança e do Adolescente, vigorava o Código de Menores, Lei 6.697/79, que expressamente previa a possibilidade de delegação do exercício do pátrio poder, se fosse para evitar que o menor ficasse em situação irregular.

A delegabilidade do exercício do pátrio poder foi a alternativa encontrada pelo legislador da época, não como um ato de disposição dos pais por conveniência ou comodidade, mas para soluções emergenciais e assim, atender o interesse do menor.

Era a delegação do pátrio poder uma das formas de colocação em família substituta , “*de caráter voluntário ou de solução negociada, para prevenir situação irregular.*”⁴⁰⁵, como a privação de representação legal. A homologação desta forma de colocação em lar substituto deveria ser fundamentada, no sentido de oferecer sempre todas as vantagens para o menor, pois não se trata de um direito dos pais, mas do menor.

Refere Anísio Garcia MARTINS que a delegação do pátrio poder é medida de caráter transitório, não desonerando os pais de suas obrigações e deveres, pois a delegação não é do pátrio poder, mas do seu exercício direto.⁴⁰⁶

Assim, a delegação do pátrio poder atinge somente o seu exercício, quando situações excepcionais forem constatadas e a transferência de seu exercício for aconselhável, para sanar e prevenir ocorrência de maior gravidade para a formação, educação, subsistência ou condição essencial da vida do menor.

O Código de Menores adotou a doutrina jurídica da situação irregular, ou seja, as normas eram dirigidas a determinadas crianças e determinados adolescentes, somente após a instalação de alguma situação que os deixassem em desamparo é que atuava o Código de Menores, não apresentando dispositivos preventivos.

⁴⁰⁵ MARTIN, Anísio Garcia. Obra citada, p. 105.

⁴⁰⁶ MARTIN, Anísio Garcia. Idem, p.106.

Contudo, acertadamente cuidou das situações em que os próprios pais reconhecem as circunstâncias de suas vidas que, por razões inúmeras, sociais ou econômicas, estão limitadas para atender às necessidades dos filhos, e voluntariamente, antes que a situação do menor ficasse prejudicada, confiavam a uma terceira pessoa o exercício do pátrio poder.

2.3. CONCORDÂNCIA DOS PAIS

Não previu tal situação o Estatuto da Criança e do Adolescente, ao menos de forma expressa, elencando como modalidades de família substituta a guarda, a tutela e a adoção. Preceitua que os pais exercem o pátrio poder em igualdade de condições, cabendo a suspensão e a perda do pátrio poder quando injustificadamente, os pais descumprirem suas obrigações. Desta medida é que cabe a adoção ou a tutela, ou seja, esta só será deferida com a prévia suspensão ou destituição do pátrio poder.

Já para a adoção, não há necessidade de decretar a perda do pátrio poder, pois o legislador previu expressamente a possibilidade de os pais concordarem em colocar o filho em adoção, via de consequência, de perderem os deveres e direitos inerentes ao pátrio poder.

Preceitua o art. 45 do Estatuto da Criança e do Adolescente – “A adoção depende do consentimento dos pais ou representante legal do adotando.” Como vimos anteriormente, a adoção rompe com todos os vínculos jurídicos entre o adotando e sua família natural e de caráter irrevogável, portanto é medida muito mais grave a adoção do que a tutela, já que nesta o vínculo de consangüinidade permanece inalterado.

Também o art. 166, parágrafo único do mesmo diploma legal refere que – “Na hipótese de concordância dos pais, eles serão ouvidos pela autoridade judiciária e pelo representante do Ministério Público, tomando-se por termo as declarações.”

Assim, parece-nos ilógico que para uma medida mais abrangente como a adoção, se aceite a concordância dos pais e para a tutela, que não tem caráter irrevogável, não rompe com o vínculo biológico não se permita o consentimento dos pais para entregar o filho a uma terceira pessoa que, por um determinado período, terá melhores condições de atender o interesse da criança ou do adolescente.

As situações familiares em muito se modificaram; hoje, a mãe não representa mais aquela figura dedicada exclusivamente aos afazeres domésticos, aos cuidados com os filhos. Suas atividades se desenvolvem fora do âmbito doméstico, assim como o pai. Esta família de hoje, possui também como característica, a busca da felicidade, das realizações pessoais, não que isto signifique desamor aos filhos, porém, as atividades culturais e laborativas não são deixadas de lado em função dos filhos, o que buscam estas famílias, é uma solução que acomode esta realidade.

Um casal com filhos menores, se vê diante da possibilidade de, por dois anos, aperfeiçoarem seus estudos no exterior. Que solução mais adequada podem eles dar aos filhos? Deixá-los sob a guarda de uma pessoa de sua confiança poderia ser a solução, no entanto, a guarda não confere ao guardião o direito de representação, o que poderia causar sérios problemas à criança e ao guardião. A tutela, segundo regra geral, só acontece após a perda ou suspensão do pátrio poder, que é decretada como medida de punição aos pais que não cumprirem com os atributos da responsabilidade parental, e não para aqueles pais que querem evitar que os filhos fiquem prejudicados pela sua ausência.

Diante de tais fatos discordamos da postura do legislador, pois se pode haver concordância para abrir mão do direito ao pátrio poder, porque não pode haver concordância para abrir mão somente de seu exercício? Como diz José Luiz Mônaco da SILVA, “*quem pode o mais pode o menos*”.⁴⁰⁷

⁴⁰⁷ SILVA, José Luiz Mônaco da. Obra citada, p. 201.

Assim, quando não estiverem os pais sujeitos às sanções dos arts. 394 e 395 do Código Civil, isto é, não tenham dado causa à perda ou à suspensão do pátrio poder, mas por algum motivo não puderem exercer o pátrio poder satisfatoriamente, visando o interesse da criança ou do adolescente, a autoridade judiciária poderá, ouvidos os pais, nomear tutor que compartilhará do exercício da responsabilidade parental com os pais da criança ou do adolescente.

CONCLUSÃO

Abordamos a evolução por que passou a família e seus integrantes, passando pelo Direito Romano, Código Civil e finalmente no Estatuto da Criança e do Adolescente; as mudanças pelas quais passaram formam um processo histórico evolutivo, demonstrando que as questões familiares são dinâmicas, as necessidades de ontem não são as mesmas de hoje.

Vários aspectos da vida familiar se redimensionaram neste evoluir, onde o Direito, mesmo que as vezes tardiamente, tenta acompanhar seus passos. Os fatos sociais precedem os fatos jurídicos.

A família romana calcada no patriarcalismo, onde todos os membros da família estavam sob o poder soberano do chefe, o *pater familias*, este detinha o direito de reger a vida das pessoas segundo suas conveniências. O casamento acontecia por interesses econômicos, e assim, todas as relações existentes no âmbito familiar giravam em torno desta questão.

Face a sobreposição dos valores econômicos sobre os valores afetivos, não só o casamento estava imantado de aspectos materiais, como também aspectos relacionados aos filhos. Estes quando não estivessem sob a autoridade máxima do *pater familias*, deveria ser colocado sob tutela.

A tutela era dada àquele que tivesse legítimo interesse sobre o patrimônio do menor desabrigado do pátrio poder natural, portanto, visava num primeiro momento, a tutela a proteção dos bens que possuísse o menor, e para esta proteção ninguém melhor que aquele que, na ordem sucessória, seria o herdeiro.

Posteriormente, a tutela romana adquiriu feições de proteção também à pessoa do menor, porém, ainda longe de demonstrar tal proteção uma relação de afeto entre o tutor e o tutelado.

Estes aspectos permanecem com a elaboração do Código Civil brasileiro, o instituto da tutela apresenta-se como um instituto de caráter assistencialista, visando precipuamente a proteção e administração dos bens do menor que estivesse ao desabrigo do pátrio poder. Fator que coaduna-se com a realidade social daquele momento histórico, pois a família ainda patriarcal, hierarquizada e fundada no matrimônio, não vislumbrava o afeto como integrante das relações interpessoais do grupo familiar.

A sociedade ainda ruralista com valores e *modus vivendi*, arraigados ao século passado, estabelece dentro da família papéis e funções diferentes para seus membros, onde o homem é o chefe da família, detentor do pátrio poder, regula a vida dos filhos sem a interferência da mulher, que mais tarde passa a ser sua colaboradora.

Os interesses familiares estão voltados para a manutenção da família enquanto instituição, em detrimento dos interesses individualizados, as manifestações de afeto ainda não são determinantes para a formação da família.

Contudo, a sociedade está constantemente em evolução, a dinâmica familiar a acompanha, e por fatores diversos, que no presente trabalho não nos aprofundamos, pois, nos interessa é o seu resultado e não o que causou tal modificação, a família não mais se funda no casamento, as uniões são calcadas no afeto, no companheirismo, na cumplicidade e na busca da felicidade. Não da família como instituição, aos moldes da família do Código Civil, mas a busca da felicidade por cada um de seus integrantes.

As pessoas não se rendem ao casamento, flui o afeto, a felicidade de cada um em ver o outro feliz, realizado. A família eudemonista ocupa espaço e passa a nortear a formação dos grupos familiares.

O constituinte de 1988 reconhece como entidade familiar a união de pessoas de sexos diferentes pelo afeto, bem como dos grupos formados por qualquer dos pais com seus filhos, e confere a elas o direito de serem protegidas pelo Estado.

A mulher alcança sua independência, e ao seu rastro os filhos. A Constituição Federal confere à mulher igualdade de condições em direitos e obrigações nas relações conjugais; aos filhos é conferida a igualdade, não mais podendo haver discriminações e distinções entre filhos.

É retirado do homem o atributo de chefe de família, junto dele, ao seu lado está a mulher, onde conjuntamente desempenham as funções pertinentes ao pátrio poder, que também evoluiu, passando a ser denominado de pátrio poder-dever, autoridade parental, dever parental ou como preferimos, responsabilidade parental.

As diversas denominações que foram surgindo, na realidade não nos parece que sejam de real importância, pois na verdade, todas estas tentativas não são para se atribuir um novo nome ao pátrio poder, mas para demonstrar que aquele pátrio poder, do Direito Romano ou aquele previsto pelo Código Civil, hoje tem outras feições.

A responsabilidade parental, hoje, está revestida pela busca do interesse da criança ou do adolescente, todas as atitudes a serem tomadas devem estar voltadas para o que melhor venha a atender os anseios do menor, proporcionando-lhe um desenvolvimento adequado.

A criança e o adolescente, dentro deste contexto, passam a ocupar o lugar de sujeitos de direitos, isto significa que, além dos direitos que possuem os adultos, aqueles também possuem direitos especiais, os quais estão voltados para proteger pessoas que ainda não atingiram a maturidade física e emocional.

Têm os pais em suas mãos a responsabilidade de oferecer ao filho tudo o que se fizer necessário para que ele chegue à vida adulta de forma plena, capaz de conviver socialmente enquadrando-se dentro das normas sociais e morais estabelecidas pela sociedade. É mais que um dever dos pais, é de sua responsabilidade tomar todas as providências para amenizar situações que possam prejudicar o desenvolvimento saudável do filho. Muito embora o legislador coloque obstáculos sobre as medidas que entendam os pais como necessárias.

O legislador, ao preceituar sobre o pátrio poder, deixa claro que este é um dever dos pais em relação aos filhos, o qual está sob a fiscalização do Estado, podendo este, puni-los em caso de inobservância do cumprimento dos seus atributos.

Não permitindo-se que os pais renunciem ou compartilhem ou deleguem a responsabilidade que possuem frente aos filhos para uma terceira pessoa, o que de certa forma, denota o pátrio poder como um encargo conferido aos pais pelo Estado, e somente este poderá transferi-lo para outrem, como sanção aos pais. É a sanção que recebem aqueles que, no desenvolver de suas atividades, não buscam o interesse do menor.

Neste sentido o Estatuto da Criança e do Adolescente adota a doutrina jurídica da proteção integral, que visa todos os jovens em desenvolvimento, independentemente da situação jurídica em que se encontrem, apresentando alternativas familiares para as crianças e adolescentes que não tenham condições de conviver dentro da família natural.

A guarda, a tutela e a adoção são substitutos familiares que proporcionam à criança e ao adolescente a possibilidade de conviver num ambiente familiar saudável, o qual imita a família originária.

Convivem pátrio poder e a guarda como forma de família substituta, ou seja, para que as crianças e os jovens desfrutem desta possibilidade, os pais não precisam ser destituídos do pátrio poder. Contudo, esta modalidade de família substituta, não oferece à criança e ao adolescente a proteção integral e que fala a Lei 8.069/90, o guardião não tem, dentre suas incumbências, a possibilidade de assisti-los ou representá-los, o que significa ser a guarda uma medida de efeitos restritos.

A tutela e a adoção proporcionam à criança e ao adolescente proteção integral, a segunda rompe com o vínculo biológico da família natural e confere ao adotando, por uma ficção jurídica, uma nova relação de consangüinidade, onde os adotantes, agora pais, são detentores da responsabilidade parental em tudo igual à família originária.

Já a tutela é deferida somente quando houver o vazio deixado pelo pátrio poder na morte dos pais ou nos casos em que tenham eles sido destituídos, sendo entendida como um sucedâneo do pátrio poder. Demonstrou o legislador de 1990 não ter evoluído, pois remete ao Código Civil para o deferimento da tutela.

Assim, ficam ao desabrigo de uma real proteção integral as crianças e adolescentes cujos pais não estejam sujeitos à punição estatal de serem destituídos do pátrio poder, mas que, por outro lado, não possuem condições temporárias de exercer a responsabilidade parental em sua plenitude, voltando todos os interesses para o menor.

A sociedade, hoje, vive um processo de dinamicidade, onde todos buscam sempre algo a mais, que venha a contribuir, somar para a realização individualizada e por conseqüência a realização do grupo familiar, e mais, é isto que lhe dá suporte para a sua sobrevivência.

A família de hoje está imantada de afeto, as pessoas que fazem parte do grupo familiar não renunciam a seus objetivos em favor dos demais membros, pois a felicidade e a sobrevivência da família depende da felicidade individual. Embora num primeiro momento possa parecer controversa tal assertiva, não o é. A vida levou a família por caminhos diversos do passado, onde a mãe que exercia o papel de cuidar da organização da casa e dos filhos, jamais o deixaria para ir ao encontro de uma realização profissional, ou de uma oportunidade para aperfeiçoar seus estudos. Hoje, lançada a oportunidade de galgar um espaço numa sociedade de concorrências, as mães não titubeiam em deixar os filhos, ou os afazeres domésticos para atingir à realização profissional.

E isto não significa desamor, significa que através das atitudes muito se pode ensinar aos filhos, atitude que é interpretada pela importância e obrigação que todos têm de buscar a felicidade, incluindo-se aí, a colaboração dos outros integrantes da família, que participam e cooperam diante da decisão da mãe, que opta em se ausentar por três anos, para aperfeiçoamento de estudos no exterior.

Nestas situações é que permaneceu o legislador preso ao passado, não vislumbrando as necessidades ocorrentes na atual sociedade. Impedindo que de forma antecipada, para evitar que fiquem os filhos ao desabrigo legal e conseqüentemente encontrem-se em situação irregular, os pais tomem as medidas necessárias.

Esta é uma situação de tantas, que comportam o compartilhamento da responsabilidade parental dos pais com uma terceira pessoa, que de confiança daqueles

irá exercer o pátrio poder sem que sejam os pais afastados de suas responsabilidades, pois não há fato que determine a aplicação de tal sanção.

É o que foi denominado de tutela especial, aquela exercida por pessoa capaz, que tenha fidúcia dos pais, que tenha condições de proporcionar à criança e ao adolescente uma convivência familiar semelhante à convivência familiar original, que possa atender às necessidades e dificuldades por que vier a passar na ausência dos pais.

De forma contraditória o Estatuto da Criança e do Adolescente permite que em medida mais severa como a adoção, os pais consentam na colocação do filho em outra família, com a qual passará a estabelecer vínculo de filiação e seus efeitos. Isto significa que na adoção, há possibilidade de através do consentimento daqueles que detém a responsabilidade parental, os pais, de perdê-la, renunciando-a.

Assim, diante das mudanças sociais ocorridas e que ainda estão por vir, e demonstrado o desimpedimento legal para o compartilhamento da responsabilidade parental com outra pessoa, necessário se faz que o legislador acompanhe estes passos, abrindo mais uma opção a ser alcançada por esta nova família que sobrevive do amor, do companheirismo, da cumplicidade. A tutela especial, que proporcionará a todos e em todas as situações a proteção integral da família e do Estado.

Por conseguinte, nosso posicionamento é favorável ao compartilhamento da responsabilidade parental, surgindo daí a tutela especial, de caráter nitidamente protetivo, com o objetivo de resguardar a pessoa e os bens das pessoas menores de vinte e um anos, desprovidos da presença dos pais e, conseqüentemente de representação legal, o que evitará que fique a criança ou o adolescente à margem do Direito face à sua incapacidade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. ABERASTURY, Armnida. **Adolescência**. Porto Alegre: Artes Médicas, 1980.
2. AJURIAGUERRA, J. de. **Manual de psiquiatria infantil**. 2ª ed., São Paulo: Masson.
3. ALENCAR, Ana Valderez; LOPES, Carlos Alberto de Souza. **Código de menores**. Brasília: Senado Federal, 1982.
4. ALVES, José Carlos Moreira. **Direito Romano**. vol. II, Rio de Janeiro: Forense, 1992.
5. ALVIM Teresa Arruda. **Direito de Família**. vol 1, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.
6. AOKI, Luiz Paulo Santos. **Estatuto da criança e do adolescente comentado**. São Paulo: Malheiros, 1993.
7. AZEVEDO, Álvaro Villaça. **União estável antiga forma do casamento de fato**. In: Revista dos Tribunais, vol. 701, 1994.

8. BARBOZA, Heloisa Helena. O direito de família no final do século XX. In: BARRETO, Vicente [org.]. **A nova família: problemas e perspectivas**. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.
9. BARRETO, Vicente. **A nova família: problemas e perspectivas**. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.
10. BEVILÁQUA, Clóvis. **Direito de Família**. 7ª ed., Rio de Janeiro: Editora Rio, 1976.
11. _____. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado**. 12ª ed., vol. II, Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1960.
12. BITTAR, Carlos Alberto. **Direito de Família**. 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1993.
13. _____. **O Direito de Família e a Constituição de 1988**. São Paulo: Saraiva, 1989.
14. BITTAR FILHO, Carlos Alberto. **Pátrio poder: regime jurídico atual**. In: Revista dos Tribunais, São Paulo, 81, n. 676, p.79-84, fev.1992.
15. BITTENCOURT, Edgard de Moura. **Guarda de filhos**. 3ª ed., São Paulo: Editora Universitária, 1984.
16. _____. **O concubinato no Direito**. Primeiro volume, Rio de Janeiro: Editora Alba, 1961.
17. CHALI, Yussef Said. **Dos alimentos**. 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

18. CAMARGO, Joecy Machado de. Guarda e responsabilidade. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; LEITE, Eduardo de Oliveira [org.]. vol. 4, **Repertório de doutrina sobre Direito de Família**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
19. CAMBI, Eduardo. Premissas teóricas das uniões extramatrimoniais no contexto da tendência da personificação do direito de família. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; LEITE, Eduardo de Oliveira [org.].vol. 4, **Repertório de doutrina sobre Direito de Família**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
20. CARBONERA, Silvana Maria. O papel jurídico do afeto nas relações de família. In: FACHIN, Luiz Edson [org.]. **Repensando fundamentos do Direito Civil brasileiro contemporâneo**. vol. 4, Rio de Janeiro: Renovar, 1998.
21. CARVALHO, João Andrades. **Tutela, curatela, guarda, visita e pátrio poder**. Rio de Janeiro: Aide, 1995.
22. CHAMOUN, Ebert. **Instituições de Direito Romano**. 6ª ed., Rio de Janeiro: Editora Rio, 1977.
23. CHAVES, Antônio. **Comentários ao estatuto da criança e do adolescente**. 2ª ed., São Paulo: LTr, 1997.
24. COLANGE, Fustel de. **A cidade antiga: estudo sobre o culto, o direito e as instituições da Grécia e de Roma**. São Paulo: Hemus, 1975.
25. COLTRO, Antônio Carlos Mathias. **A união estável no Direito projetado**. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; LEITE, Eduardo de Oliveira [org.].

Vol. 4, **Relatório de doutrina sobre Direito de Família**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

26. COMEL, Nelsina Elizena Damo. **Paternidade responsável: o papel do pai na sociedade brasileira e na educação familiar**. Curitiba: Juruá, 1998.
27. CRETELLA, Júnior J. **Curso de Direito Romano e o Direito Civil brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 1998.
28. CURY, Munir; MARÇURA, Jurandir Norberto; PAULA, Paulo Afonso Garrido de. **Estatuto da criança e do adolescente anotado**. 2^a ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
29. DINIZ, Maria Helena. **Código Civil Anotado**. 5^a ed., São Paulo: Saraiva, 1999.
30. _____. **Curso de Direito Civil brasileiro**.- Direito de família, 5^a ed., vol. V, 1989.
31. ELIAS, Roberto João. **Comentários ao estatuto da criança e do adolescente**. São Paulo: Saraiva, 1994.
32. _____. **Tutela civil: regimes legais e realização prática**. São Paulo: Saraiva, 1986.
33. _____. **Pátrio poder: guarda de filhos e direito de visita**. São Paulo: Saraiva, 1999.
34. ESPÍNOLA, Eduardo. **A família no Direito Civil brasileiro**. Rio de Janeiro: Conquista, 1957.

35. FACHIN, Luiz Edson. **Da paternidade – relação biológica e afetiva**. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.
36. _____. **Elementos críticos do Direito de Família**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
37. _____. **Repensando fundamentos do Direito Civil brasileiro contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.
38. _____. Em nome do pai. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. [coord.] **Direito de Família contemporâneo**. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.
39. FRANÇA, Limongi. R. **Manual de Direito Civil**. 2º vol., tomo I., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972.
40. FUJITA, Jorge Shiguemitsu. **Curso de Direito Civil. Direito de Família**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000.
41. GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **O companheirismo: uma espécie de família**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998.
42. GILISSEN, John. **Introdução histórica ao Direito**. 2ª ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1995.
43. GOMES, Orlando. **Direito de Família**. 7ª ed., 2ª tiragem., Rio de Janeiro: Forense, 1990.
44. GONÇALVES, Luiz da Cunha. **Princípios de Direito Civil luso-brasileiro**. Vol III., São Paulo: Max Limonad, 1951.

45. HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Família e casamento em evolução.** In: Revista Brasileira de Direito de Família, vol 5, 2000.
46. LACAN, Jacques. **A família.** Lisboa: Assírio & Alvim, 1987.
47. LEITE, Eduardo de Oliveira. **O concubinato frente à nova Constituição.: hesitações e certezas.** In PINTO, Teresa Arruda Alvim, [coord.]Direito de Família – aspectos constitucionais, civis e processuais, vol. 1, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993
48. _____. **Síntese de Direito Civil. Direito de Família.** Curitiba: JM Editora, 1997.
49. _____. **Tratado de Direito de Família: origem e evolução do casamento.** Curitiba: Juruá, 1991.
50. _____. **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: Editora Revista dos Tribunais, 1997.
51. _____. **A oitiva de crianças nos processos de família.** In: SILVA, Reinaldo Pereira e, e AZEVÊDO, Jackson Chaves de. Direitos da família: uma abordagem interdisciplinar. São Paulo: LTr, 1999.
52. LIBERATI, Wilson Donizeti. **Comentários ao estatuto da criança e do adolescente.** 3ªed., São Paulo: Malheiros, 1995.
53. LIRA, Ricardo Pereira. **Breve estudo sobre as entidades familiares.** In: BARRETO, Vicente, [org.], Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

54. MARKY, Thomas. **Curso elementar de Direito Romano**. 8ª ed., São Paulo: Saraiva, 1995.
55. MARTINS, Anísio Garcia. **O Direito do menor**. São Paulo: Editora Universitária, 1988.
56. MEIRA, Sílvio A. B.. **Instituições de Direito Romano**. 2ª ed., São Paulo: Max Limonad, 1961.
57. MILANO FILHO, Nazir David; MILANO Rodolfo Cesar. **Estatuto da criança e do adolescente comentado e interpretado**. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito, 1996.
58. MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. 4ª ed., vol IX., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1983.
59. _____. **Tratado de Direito Privado**. 2ª ed., vol. VII., Rio de Janeiro: Borsoi, 1956.
60. MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil. Direito de Família**. 5ª ed., São Paulo: Saraiva, 1962.
61. MUNIZ, Francisco José. A família na evolução do direito brasileiro. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo [coord.]. 3ª ed., **Direito de Família e do menor**. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.
62. NOGUERIA, Paulo Lúcio. **Estatuto da criança e do adolescente comentado**. 3ª ed., São Paulo: Saraiva, 1996.

63. OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa; MUNIZ Francisco José. **Curso de Direito de Família**. 2ª ed., 2ª tir., Curitiba: Juruá, 1998.
64. _____. **Direito de Família (Direito matrimonial)**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1990.
65. OLIVEIRA, J. M. Leoni Lopes. **Guarda, tutela e adoção**. Rio de Janeiro: Lumen Juris Ltda, 1997.
66. _____. **Curso de Direito Civil – Direito de Família**. 3ªed., v. 5., São Paulo: Ed. Sugestões Literárias, 1980.
67. PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. 11ª.,Vol. V., Rio de Janeiro: Forense, 1997.
68. PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Concubinato – união estável. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha [coord.], **Direito de Família contemporâneo**. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.
69. _____. **Direito de Família contemporâneo**. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.
70. _____. **Direito de Família uma abordagem psicanalítica**. 2ª ed., Belo Horizonte: Del Rey, 1999.
71. PEREIRA, Sérgio Gischow. **Tendências modernas do Direito de Família**. In: Revista dos Tribunais, vol. 628.
72. PEREIRA, Tania da silva. **Direito da criança e do adolescente: uma abordagem interdisciplinar**. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.

73. _____. **O princípio do “melhor interesse da criança”**: da teoria à prática. In: Revista Brasileira de Direito de Família, vol. 6, 2000.
74. PETIT, Eugene. **Tratado elemental de Derecho Romano**. Buenos Aires: Editorial Albatros.
75. PINTO, Teresa Celina Arruda Alvim. Um novo conceito de família-reflexos doutrinários e análise da jurisprudência. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo [org.].3^a ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.
76. PINTO, Teresa Arruda Alvim. **Direito de Família aspectos constitucionais, civis e processuais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.
77. RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil**. 23^a ed. ver., vol 6, São Paulo: Saraiva, 1998.
78. RUGGIERO, Roberto de. **Instituições de Direito Civil**. 3^a ed., Vol. II., São Paulo: Saraiva, 1972.
79. ROCHA, José Virgílio Castelo Branco. **O pátrio poder**. Rio de Janeiro: Livraria Tupã Editora, 1960.
80. SANTOS, João Manuel de Carvalho. **Código Civil brasileiro interpretado**. 12^a ed., vol VI., Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1989.
81. SANTOS NETO, José Antonio de Paula. **Do pátrio poder**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

82. SEDA, Edson. **Construir o passado ou como mudar hábitos usos e costumes, tendo como instrumento o Estatuto da criança e do adolescente.** São Paulo: Malheiros, 1993.
83. SILVA, José Luiz Mônaco da. **A família substituta no estatuto da criança e do adolescente.** São Paulo: Saraiva, 1995.
84. _____. **Questões de Direito de Família.** São Paulo: Ícone Editora, 1997.
85. SILVA, Reinaldo Pereira e, e AZEVÊDO, Jackson Chaves de. **Direitos da família: uma abordagem interdisciplinar.** São Paulo: LTr, 1999.
86. SOIFER, Raquel. **Psicodinamismos da família com crianças.** Petrópolis: Vozes, 1982.
87. TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. **Direitos de família e do menor.** 3ª ed., Belo Horizonte: Del Rey, 1993.
88. TEPEDINO, Gustavo. A disciplina Civil-Constitucional das relações familiares. In: BARRETO, Vicente, [org.] **A nova família: problemas e perspectivas.** Rio de Janeiro: Renovar, 1997.
89. VIANA, Marco Aurélio. **Curso de Direito Civil: Direito de Família.** vol. 2., Belo Horizonte: Del Rey, 1993.
90. _____. **Da guarda da tutela e da adoção.** Belo Horizonte: Livraria Del Rey, 1991.
91. VILLELA, João Baptista. **Concubinato e sociedade de fato.** In: Revista dos Tribunais, vol. 623, 1987.

92. _____. Família hoje. In: BARRETO, Vicente [org.]. **A nova família: problemas e perspectivas**. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.
93. WALD, Arnaldo. **O novo Direito de Família**. 12ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
94. _____. **Direito de Família**. 9ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.
95. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; LEITE, Eduardo de Oliveira. **Direito de Família aspectos constitucionais, civis e processuais**. Vol. 4, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

ÍNDICE DAS MATÉRIAS

PARTE I – A FAMÍLIA

CAPÍTULO I

1.NO DIREITO ROMANO	3
1.1. ORGANIZAÇÃO FAMILIAR	3
1.2. <i>PATRIA POTESTAS</i>	13
1.3. TUTELA	16

CAPÍTULO II

2. NO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO	25
2.1. FAMÍLIA E MATRIMÔNIO	25
2.2. RELAÇÕES PATERNO-FILIAIS	39
2.3. TUTELA	46

CAPÍTULO III

3. NO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE	54
3.1. FAMÍLIA NATURAL E O DIREITO À CONVIVÊNCIA FAMILIAR	54
3.2. FAMÍLIA SUBSTITUTA	71
3.2.1. Guarda	79
3.2.2. Tutela	84

3.2.4. Adoção	88
---------------	----

PARTE II – RELAÇÕES PARENTAIS

CAPÍTULO I

1. RESPONSABILIDADE PARENTAL	94
1.1. DENOMINAÇÃO E NATUREZA JURÍDICA	94
1.2. CARACTERÍSTICAS	102
1.2.1. Irrenunciável	102
1.2.2. Indivisível	104
1.2.3. Intransferível	106
1.2.4. Imprescritível e Personalíssimo	106
1.2.5. Indelegável	107
1.2.6. Incompatibilidade com a tutela	109

CAPÍTULO II

2. ATRIBUTOS DA RESPONSABILIDADE PARENTAL	112
2.1. DA PROTEÇÃO À PESSOA DO FILHO	113
2.1.1. Criação e Educação	114
2.1.2. Companhia e Guarda	116
2.1.3. Consentimento para se casarem	118
2.1.4. Nomear tutor aos filhos	120
2.1.5. Representação e Assistência	121
2.1.6. Reclamar os filhos de quem ilegalmente os detenha	123
2.1.7. Exigir respeito e obediência	123
2.2. QUANTO AOS BENS DOS FILHOS	124
2.2.1. Titularidade	125

2.2.2. Tutor especial para administração dos bens	127
2.2.3. Usufruto legal	128
2.2.4. Atos de administração	130

CAPÍTULO III

3. DA EXTINÇÃO, DESTITUIÇÃO E SUSPENSÃO DA RESPONSABILIDADE PARENTAL	132
3.1. DA EXTINÇÃO	132
3.2. DA SUSPENSÃO E DA PERDA	134

PARTE III – TUTELA ESPECIAL

CAPÍTULO I

1. TRANSFORMAÇÕES SOCIAIS	138
----------------------------------	------------

CAPÍTULO II

2.COMPARTILHAMENTO DA RESPONSABILIDADE PARENTAL	144
2.1. MEDIDAS QUE O JUIZ PODE TOMAR	145
2.2. DELEGAÇÃO DO PÁTRIO PODER	147
2.3. CONCORDÂNCIA DOS PAIS	148

CONCLUSÃO	151
------------------	------------

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	157
-----------------------------------	------------

ÍNDICE DAS MATÉRIAS	168
----------------------------	------------