

## A PERDA DO PODER FAMILIAR NO DIREITO BRASILEIRO: UMA ANÁLISE SISTEMÁTICA DA LEGISLAÇÃO VIGENTE

**Anelize Pantaleão Puccini Caminha<sup>1</sup>**

O Direito brasileiro confere especial tutela à entidade familiar, assegurando a igualdade entre os filhos e os cônjuges e coibindo o abuso de direito, mediante a cominação de sanções, dentre elas a suspensão e a destituição do poder familiar.

A Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), estabelece mecanismos de proteção a crianças e adolescentes, a serem adotados, sempre que houver violação ou ameaça de lesão aos seus direitos. Seguindo essa diretriz, a Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), disciplina o

exercício do poder familiar, limitando-o em prol do melhor interesse do menor.

Nesse contexto normativo, a suspensão e a destituição do poder familiar devem ser concebidas como medidas excepcionais, uma vez que implicam privar os pais do exercício de um direito conatural ao vínculo familiar e, nesse sentido, só se justificam nas hipóteses em que “o abuso ou inobservância dos deveres paternos vão ao ponto de atentar contra os valores e os direitos fundamentais dos filhos cuja integridade aos pais incumbia preservar e desenvolver”.<sup>2</sup>

---

1 Advogada especialista em Processo Civil.

2 ELIAS, Roberto João. *Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 134. SPENGLER, Fabiana Marion; MARION JÚNIOR, Nilo. O Poder Familiar e o Seu Conteúdo: da Pessoa ao Patrimônio. *Revista Brasileira de Direito de Família*, n. 40, p. 35.

## 1 A CRIANÇA E O ADOLESCENTE: DO PÁTRIO PODER AO PODER FAMILIAR

### 1.1 A posição do menor no Direito Civil clássico: o pátrio poder

A função originária da família<sup>3</sup> – que outrora girava em torno dos interesses do pai e seu poder sobre os filhos (modelo patriarcal e hierarquizado) – cedeu espaço à ideia de po-

der-dever, em que se sobressaem os deveres daquele em relação a estes. O termo *pater potestas*<sup>4</sup> (com raízes no direito romano) – que antes designava o poder absoluto e ilimitado atribuído ao chefe da organização familiar (pátrio) – foi substituído pelo *poder familiar*<sup>5</sup>, traduzindo o exercício de autoridade<sup>6</sup> (temporária, ou seja, até a maioridade ou a emancipação do menor) pelos pais sobre os filhos no interesse destes.

No Brasil, antes de 1831, vigorou o Direito Civil português, com forte

---

3 “Família” vem do latim *familia* ou o conjunto dos *famuli*, criados, servos ou domésticos. Do ponto de vista filológico, o termo está relacionado aos que compõem a entidade familiar como seus membros; em sentido histórico (Antigo Testamento), abrange tudo que se concebe como elemento necessário à manutenção da vida e da liberdade do clã, e, em uma perspectiva cultural, consiste a célula transmissora de cultura, racionalização e espiritualização de experiências e veículo de aperfeiçoamento de estilos de vida. Juridicamente, é a base da sociedade (art. 226, *caput*, da CRFB), a reunião de pessoas humanas, regida por normas especiais, que compreende “tanto a relação de descendência como a relação de ascendência, bem como o conjunto de pessoas relacionadas, a um casal ou a alguém, por laços de parentesco civil, ou de consanguinidade”. Do ponto de vista legal, é um ente sem personalidade jurídica distinta de seus membros (NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil Comentado*. 9. ed. revista, ampliada e atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 1.283-1.285). Para o Supremo Tribunal Federal, a família é o “espaço usual da mais próxima, topograficamente, e da mais íntima, afetivamente, convivência humana” (STF, 1ª Turma, RE n. 397.762-8/BA, voto-vista do Min. Carlos Ayres Brito, j. 03.06.2008).

4 SANTOS NETO, José Antonio de Paula. *Do pátrio poder*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994, p. 17.

5 Conquanto a expressão “poder familiar” não seja a mais adequada, por realçar a ideia de poder, é melhor do que “pátrio poder”, mantido no Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90) e somente derogado com o advento do novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10/01/2002). (LÔBO, Paulo. *Direito Civil: Família*. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 268.)

6 Juridicamente, *poder* e *autoridade* são conceitos distintos: o primeiro está vinculado à noção de força por meio da qual se obriga alguém a obedecer; o segundo, ao direito de mandar, dirigir, ser ouvido e obedecido. Ao discorrer sobre o tema, Marcos Alves da

influência romana. À época, o pátrio poder era exercido, exclusivamente, pelo pai em relação ao filho de *justas núpcias* – isto é, oriundo de casamento válido – e durava toda a existência (Ordenações Filipinas, Livro IV, título 81, § 3º), embora a Resolução de 31 de outubro de 1831, combinada com a Lei de 22 de setembro de 1828, tenha estabelecido em vinte e um anos a maioridade.<sup>7</sup> Cessava, no entanto, pela morte do pai ou do filho; pela entrada de um ou outro em religião aprovada; pelo casamento do filho; pela carta de emancipação, passada por juiz de órgãos, em virtude de escritura de demissão do pátrio poder voluntariamente concedida pelo pai em favor do filho; pelo exercício de cargos públicos, desde que maior

de vinte e um anos; pela colação de graus acadêmicos; pela investidura de ordens sacras maiores e por sentença transitada em julgado, compelindo o pai a emancipar o filho (quando, por exemplo, afligia-lhe maus tratos, aceitava legado ou herança como condição para emancipá-lo, forçava a filha a prostituir-se ou enfeitava o filho infante ou, em razão dessa exposição ou abandono, ele era criado por terceiro).<sup>8</sup>

A mulher não exercia o pátrio poder, nem mesmo com a morte do marido. Somente com o Decreto de 24 de janeiro de 1980, tal direito foi concedido à viúva, enquanto não casasse novamente.<sup>9</sup>

O Código Civil de 1916, sob forte influência do Código Napoleônico,

---

Silva pondera que “o poder não pressupõe necessariamente uma relação intersubjetiva, enquanto para o exercício da autoridade tal relação é necessária e inafastável” (SILVA, Marcos Alves da. *Do Pátrio Poder à Autoridade Parental: repensando fundamentos jurídicos da relação entre pais e filhos*. São Paulo: Renovar, 2002. p. 4). Já Pontes de Miranda afirma que poder tem o sentido de exteriorização do querer, não de imposição ou violência (MIRANDA, Francisco C. Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954. p. 105).

7 Segundo Pontes de Miranda, Lafaiete Rodrigues Pereira entendia que a norma não contemplava hipótese de emancipação obrigatória, salvo se o filho constituísse economia separada com intenção de viver para si, sem oposição do pai (op. cit., p. 109).

8 PONTES DE MIRANDA, Francisco C. Op. cit., p. 109.

9 O Decreto de 24 de janeiro de 1890 também promoveu alterações nas hipóteses de extinção do pátrio poder pela morte do pai ou da mãe; pela contração de novas núpcias pela mãe; quando o pai ou a mãe, que tivesse filho de matrimônio anterior, se casasse antes de fazer o inventário dos bens do casal; pela maioridade do filho; pela emancipação solene; pelo casamento do filho; pela colação de graus científicos ou outros em cursos superiores, e pela sentença de destituição de autoridade paterna (PONTES DE MIRANDA, Francisco C. Op. cit., p. 110).

conferiu o pátrio poder ao homem como chefe da sociedade conjugal, e, na sua falta, à mulher, de forma supletiva.<sup>10</sup> Em contrapartida, só reconhecia a família originária do casamento. Os filhos nascidos de relacionamentos extraconjugais, considerados ilegítimos, não eram submetidos ao pátrio poder, pois não integravam a família do genitor, ficando sob o poder materno, conforme o disposto no artigo 383.<sup>11</sup>

Em 1949, a Lei n. 883 reconheceu a igualdade de direitos aos filhos ilegítimos, no contexto da ordem jurídico-constitucional vigente desde 1946. Posteriormente, com o adven-

to do Estatuto da Mulher Casada, a Lei n. 4.121/1962, o pátrio poder foi assegurado a ambos os pais, porém continuou sendo exercido pelo marido, com a colaboração da esposa. E, em caso de divergência, prevalecia a vontade dele, restando a ela recorrer à autoridade judiciária para a solução do litígio.

O Código de Menores – Lei n. 6.697, de 10 de outubro de 1979 – foi editado com o objetivo de promover a retirada de menores em situação irregular das ruas.<sup>12</sup>

Nesse panorama normativo, o modelo de família patriarcal e hierar-

---

10 Lei n. 3.071, de 01.01.1916 (Código Civil anterior): “Art. 379. Os filhos legítimos, os legitimados, os legalmente reconhecidos e os adotivos estão sujeitos ao pátrio poder, enquanto menores”; “Art. 380. Durante o casamento, *exerce o pátrio poder o marido, como chefe da família (art. 233), e, na falta ou impedimento seu, a mulher*” (grifei); e “Art. 380. Durante o casamento compete o pátrio poder aos pais, exercendo-o o marido com a colaboração da mulher. Na falta ou impedimento de um dos progenitores, passará o outro a exercê-lo com exclusividade”.

11 Lei n. 3.071, de 01.01.1916 (Código Civil anterior): “Art. 383: O filho ilegítimo não reconhecido pelo pai fica sob o poder materno. Se, porém, a mãe não for conhecida, ou capaz de exercer o pátrio poder, dar-se-á tutor ao menor”.

12 Lei n.º 6.697, de 10.07.1979 (Código de Menores): “Art. 1º. Este código dispõe sobre *assistência, proteção e vigilância a menores*: I. até dezoito anos de idade, *que se encontrem em situação irregular*; II. entre dezoito e vinte e um anos, *nos casos expressos em lei*. Parágrafo único. As medidas de caráter preventivo aplicam-se a todo menor de dezoito anos, independentemente de sua situação”; “Art. 2º. Para os efeitos deste Código, *considera-se em situação irregular o menor*: I. privado de condições essenciais à sua subsistência, saúde e instrução obrigatória, ainda que eventualmente, em razão de: a) falta, ação ou omissão dos pais ou responsável; b) manifesta impossibilidade dos pais ou responsável para provê-las; II. vítima de maus tratos ou castigos imoderados impostos pelos pais ou responsável; III. em perigo moral, devido a: a) encontrar-se, de modo habitual, em ambiente contrário aos bons costumes; b) exploração em atividade contrária aos bons costumes; IV. privado de representação ou assistência legal, pela falta eventual dos pais ou responsável; V. com desvio de conduta, em virtude de gra-

quizado era predominante e caracterizava-se pelo exercício de poder dos pais sobre os filhos.

## **1.2 A submissão do menor ao poder familiar no Direito Civil Contemporâneo**

Com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil

em 1988, a família foi reconhecida como base (inviolável) da sociedade<sup>13</sup>, sendo-lhe conferida especial proteção estatal.<sup>14</sup>

Além disso, adotou-se o princípio da proteção integral à criança e ao adolescente, desde o nascimento até a maioridade ou emancipação<sup>15</sup>, consolidando-se a igualdade entre os filhos (art. 227, *caput*, da CRFB).<sup>16</sup>

---

ve inadaptação familiar ou comunitária; VI. autor de infração penal. Parágrafo único. Entende-se por responsável aquele que, não sendo pai ou mãe, exerce, a qualquer título, vigilância, direção ou educação de menor, ou voluntariamente o traz em seu poder ou companhia, independentemente de ato judicial” (grifei).

13 A Declaração Universal dos Direitos do Homem (de 10 de dezembro de 1948) assegurou à pessoa humana o direito de fundar uma família como o núcleo natural e fundamental da sociedade, a merecer proteção desta e do Estado (art. 16.3).

14 Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB): “Art. 226. *A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado [...]*” (grifei).

15 Lei n. 10.406, de 10.01.2002 (Código Civil): “Art. 5º. A menoridade cessa aos dezoito anos completos, quando a pessoa fica habilitada à prática de todos os atos da vida civil. Parágrafo único. Cessará, para os menores, a incapacidade: I. pela concessão dos pais, ou de um deles na falta do outro, mediante instrumento público, independentemente de homologação judicial, ou por sentença do juiz, ouvido o tutor, se o menor tiver dezesseis anos completos; II. pelo casamento; III. pelo exercício de emprego público efetivo; IV. pela colação de grau em curso de ensino superior; V. pelo estabelecimento civil ou comercial ou pela existência de relação de emprego, desde que, em função deles, o menor com dezesseis anos completos tenha economia própria”; “Art. 9º. Serão registrados em registro público: I. os nascimentos, casamentos e óbitos; II. a emancipação por outorga dos pais ou por sentença do juiz; III. a interdição por incapacidade absoluta ou relativa; IV. a sentença declaratória de ausência e de morte presumida”; e “Art. 1.635. Extingue-se o poder familiar: I. pela morte dos pais ou do filho; II. pela emancipação, nos termos do art. 5º, parágrafo único; III. pela maioridade; IV. pela adoção; V. por decisão judicial, na forma do artigo 1.638” (grifei). Ao comentar o parágrafo único do art. 5º do Código Civil, José Augusto Delgado assinala que a Constituição não concede o poder familiar integral ao juiz no caso de ausência dos pais (Cláusulas gerais e conceitos indeterminados: CC e CF. *Aspectos controvertidos do novo Código Civil*: escritos em homenagem ao Ministro José Carlos Moreira Alves. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 402).

16 Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB): “Art. 227 É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, *com absoluta prioridade*, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à pro-

Ao influxo dessa nova ordem constitucional, a concepção tradicional de família (modelo hierarquizado e centralizado) foi, progressivamente, flexibilizada com a participação mais efetiva da mulher na esfera econômica (emancipação feminina), a transformação do menor de objeto em sujeito de direito nas relações familiares<sup>17</sup> e o predomínio da afetividade<sup>18</sup>, da solidariedade (que inspira as relações de cuidado) e da cooperação. Gradativamente, o casamento foi dissociado da legitimidade dos filhos.<sup>19</sup>

O Estado – antes ausente – passou a intervir de forma mais incisiva no seio familiar, definindo modelos de atuação para seus membros e tutelando os interesses da criança e do adolescente. A proteção estatal tornou-se um direito público subjetivo, sobretudo quando em jogo o interesse social ou público, adquirindo a família *status* de entidade com a posição de sujeito de direitos e deveres e a igualdade entre os gêneros.<sup>20</sup>

Para Paulo Lôbo, a mudança de paradigma transcendeu a mera substi-

---

fissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. [...] § 6º. Os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação”; Lei n. 10.406, de 10.01.2002 (Código Civil): “Art. 1.596. Os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação”, e Lei n. 8.069, de 13.07.1990 (ECA): “Art. 20. 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”.

17 Sobre o tema, SILVA, Marcos Alves da. *Do pátrio poder à autoridade parental: repensando fundamentos jurídicos da relação entre pais e filhos*. São Paulo: Renovar, 2002. p. 3.

18 Segundo Paulo Lôbo, na atualidade as relações familiares pautam-se pela solidariedade (art. 3º, inciso I, da CRFB) como um dos fundamentos da afetividade. Com efeito, “enquanto houver *affectio* haverá família, unida por laços de liberdade e responsabilidade, e desde que consolidada na simetria, na colaboração, na comunhão de vida”. A família possui duas estruturas associadas: os vínculos que podem coexistir ou existir separadamente são os de sangue, os de direito e os de afetividade; a partir destes, formam-se os grupos conjugal, parental (pais e filhos) e secundários (outros parentes e afins) (LÔBO, Paulo. *Direito Civil: Famílias*. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 1-2).

19 NERY JUNIOR, Nelson. *Código Civil Comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 1.287.

20 Para Paulo Lôbo, as funções atribuídas à família (religiosa, política, econômica e procracional) variaram ao longo da História. Na família atual, a religiosa e a política

tuição do poder de um dos ascendentes (pátrio) pelo poder compartilhado de ambos (familiar), uma vez que a própria finalidade de seu exercício deixou de ser a realização do interesse exclusivo dos pais para o do filho como pessoa em formação,<sup>21</sup> a partir de seu reconhecimento como ser humano dotado de dignidade e titular de direitos. O que antes era concebido como poder ilimitado, exercido predominantemente pela figura paterna, transformou-se em poder-dever de ambos os pais em relação à pessoa e aos bens do filho menor não emancipado, com vistas ao desenvolvimento integral de sua personalidade.

Nessa perspectiva, o termo “autoridade parental”, adotado por algumas legislações estrangeiras,<sup>22</sup> afigura-se

mais adequado por expressar uma situação de superioridade do pai em relação filho (conotação relacional), e não um poder físico sobre a sua pessoa e bens. “Autoridade”, no âmbito das relações privadas, designa o exercício de uma função ou *munus*, em um espaço delimitado, no interesse do outro; “parental” realça a relação de parentesco entre pais (ambos) e filhos, sem se referir unicamente à figura paterna (pátrio).

A Constituição da República Federativa do Brasil também enumerou, em seu art. 227<sup>23</sup>, os deveres da família, da sociedade e do Estado (rol mínimo e não exaustivo), assegurando à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao

---

não remanesceram, pelo menos com a mesma intensidade, “na medida em que a rígida estrutura hierárquica foi substituída pela coordenação e a comunhão de interesses e de vida”; já a econômica (que antes justificava a existência de um número maior de membros, principalmente filhos) sofreu grande impacto, uma vez que a família perdeu sua relevância como unidade produtiva e protetiva da velhice (atribuições transferidas para a previdência social), e a procracional, antes influenciada pela tradição religiosa, foi minimizada, com a proliferação do número de casais sem filhos e o favorecimento da adoção (LÔBO, Paulo. Op. cit., p. 2-3).

21 O novo Código Civil brasileiro não incorporou por inteiro a transformação do instituto jurídico, pois manteve, na essência, a disciplina normativa do Código de 1916, com adaptações pontuais (LÔBO, Paulo. Op. cit., p. 268).

22 A Lei francesa de 4 de junho de 1970 introduziu modificações significativas no Direito de Família, ampliadas pela Lei de 4 de março de 2002, adotando o regime da autoridade parental na perspectiva do melhor interesse do filho. O Código Civil Frances, em seu artigo 371-1, conceitua o poder familiar como um conjunto de direitos e deveres que têm por finalidade o interesse do menor (cuidado e proteção) (LÔBO, Paulo. Op. cit., p. 268-269).

lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária. Consagrou, ainda, a solidariedade e o respeito à dignidade de cada membro do seio familiar como fundamentos<sup>24</sup> dos laços paterno-filiais.<sup>25</sup>

A Convenção sobre os Direitos das Crianças, adotada pela Resolução L. 44 (XLIV) da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 20 de

novembro de 1989<sup>26</sup> (aprovada no Brasil pelo Decreto Legislativo n. 28, de 14.09.1990, e promulgada pelo Decreto n. 99.710, de 21.11.1990), reconheceu à criança e ao adolescente o direito a tratamento diferenciado, em razão de sua maior vulnerabilidade (doutrina da proteção integral), preconizando o princípio do melhor interesse com a proteção especial do menor<sup>27</sup> – posicionado no centro

---

23 Ver nota n. 15 *supra*.

24 A dignidade da pessoa humana é mencionada no art. 1º, inciso III, da CRFB, e a solidariedade nos arts. 3º, inciso I, e 227 da CRFB. Ver nota n. 15 *supra*.

25 As críticas à expressão “pátrio poder” variam, desde o extremo de considerá-lo um complexo de direitos que a lei confere ao pai sobre a pessoa e os bens do filho até a concepção de conjunto de obrigações daquele em relação a este. Para Marcos Alves da Silva, o equívoco dessas abordagens reside na redução do conteúdo desse instituto jurídico, pois, fundado em uma relação intersubjetiva, o exercício desse poder/autoridade compreende direitos subjetivos e deveres vinculados a uma mesma ação (SILVA, Marcos Alves da. Op. cit., p. 9).

26 Após proclamar em seu preâmbulo que “o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo”, a Declaração Universal dos Direitos Humanos prescreve, em seus artigos I e XVI, respectivamente: “Artigo I. Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade”; “Artigo XVI 1. Os homens e as mulheres de maior idade, sem qualquer restrição de raça, nacionalidade ou religião, têm o direito de contrair matrimônio e fundar uma família. Gozam de iguais direitos em relação ao casamento, sua duração e sua dissolução. 2. O casamento não será válido senão com o livre e pleno consentimento dos nubentes. 3. A família é o núcleo natural e fundamental da sociedade e tem direito à proteção da sociedade e do Estado” (Coleção Saraiva de Legislação. *Legislação de Direito Internacional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 397-399).

27 Decreto n. 99.710, de 21.11.1990: “Artigo 3º. 1. *Todas as ações relativas às crianças, levadas a efeito por instituições públicas ou privadas de bem-estar social, tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, devem considerar, primordialmente, o interesse maior da criança.* [...]” [e segundo o artigo 1º do referido diploma normativo, “considera-se como criança todo ser humano com menos de dezoito anos, a não ser que, em conformidade com a lei aplicável à criança, a maioria seja alcan-

da relação familiar como sujeitos de direitos.<sup>28</sup>

Acompanhando essa evolução, o Estatuto da Criança e do Adolescente – Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990<sup>29</sup> – promoveu alterações significativas no instituto jurídico, incorporando a noção de proteção em substituição a de dominação.

No tocante às suas características, o poder familiar é *irrenunciável*,

salvo nos casos de adoção; *intransmissível* e *imprescritível*. E o seu exercício persiste, com iguais deveres e direitos, nos casos de separação dos pais, assegurando-se os direitos de visita e de fiscalização de sua manutenção e educação (art. 1.632 do Código Civil).<sup>30</sup>

Os deveres atribuídos aos pais quanto à pessoa do filho estão elencados no art. 1.634 do Código Civil<sup>31</sup>

---

çada antes”] e “Artigo 9º. 1. Os Estados-Partes *deverão zelar para que a criança não seja separada dos pais contra a vontade dos mesmos, exceto quando, sujeita à revisão judicial, as autoridades competentes determinarem, em conformidade com a lei e os procedimentos legais cabíveis, que tal separação é necessária ao interesse maior da criança*. Tal determinação pode ser necessária em casos específicos, por exemplo, nos casos em que a criança sofre maus-tratos ou descuido por parte de seus pais ou quando estes vivem separados e uma decisão deve ser tomada a respeito do local da residência da criança. [...]” e “Artigo 12 1. Os Estados-Partes *assegurarão à criança que estiver capacitada a formular seus próprios juízos o direito de expressar suas opiniões livremente sobre todos os assuntos relacionados com a criança, levando-se devidamente em consideração essas opiniões*, em função da idade e maturidade da criança. 2. Com tal propósito, *se proporcionará à criança, em particular, a oportunidade de ser ouvida em todo processo judicial ou administrativo que afete a mesma, quer diretamente quer por intermédio de um representante ou órgão apropriado*, em conformidade com as regras processuais da legislação nacional” (Coleção Saraiva de Legislação. Op. cit., p. 521-522). [grifei]

28 (SILVA, Marcos Alves da. Op. cit., p. 12).

29 O Estatuto da Criança e do Adolescente – Lei n. 8.069, de 13.07.1990 (ECA) – dispõe sobre o poder familiar no capítulo relativo ao direito à convivência familiar e comunitária (arts. 21 a 24) e no capítulo que disciplina os procedimentos referentes à perda e à suspensão desse poder (arts. 155 a 163), figurando a legislação processual comum de modo supletivo.

30 Lei n. 10.406, de 10.01.2002 (Código Civil): “Art. 1.632. A separação judicial, o divórcio e a dissolução da união estável não alteram as relações entre pais e filhos senão quanto ao direito, que aos primeiros cabe, de terem em sua companhia os segundos”.

31 Lei n. 10.406, de 10.01.2002 (Código Civil): “Art. 1.634. Compete aos pais, quanto à pessoa dos filhos menores: I. dirigir-lhes a criação e educação; II. tê-los em sua companhia e guarda; III. conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem; IV. nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobreviver, ou

e no art. 22<sup>32</sup> do Estatuto da Criança e do Adolescente<sup>33</sup>, dentre eles, o de dirigir a criação e a educação do menor (art. 1.634, inciso I, do CC<sup>34</sup>). A importância desse dever é realçada na Constituição Federal, que, em seu artigo 205, dispõe que a educação, “direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa”, e no Estatuto da Criança e do Adolescente, que, em seu artigo 55, determina que os pais

ou responsáveis devem matricular o menor na rede regular de ensino (pública ou privada), sendo de sua livre escolha o tipo de educação (orientação pedagógica ou religiosa e o modelo escolar mais adequado) a que será submetido.<sup>35</sup>

A extinção do poder familiar pode decorrer de morte dos pais,<sup>36</sup> inclusive presumida com declaração de ausência (arts. 22 e 23 do CC), ou do filho, emancipação (art. 5º, parágrafo único, do CC), maioridade, adoção ou decisão judicial (art. 1.636 do CC).<sup>37</sup>

---

o sobrevivente não puder exercer o poder familiar; V. representá-los, até aos dezesseis anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento; VI. reclamá-los de quem ilegalmente os detenha; VII. exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição”.

32 Lei n. 8.069, de 13.07.1990 (ECA): “Art. 22. Aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhes, ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais”.

33 O Estatuto da Criança e do Adolescente dispõe sobre o poder familiar nos capítulos dedicados ao direito à convivência familiar e comunitária (arts. 21 a 24) e aos procedimentos relativos à sua perda e à sua suspensão (arts. 155 a 163). As regras procedimentais complementam o Código Civil, aplicando-se a legislação processual apenas supletivamente, e as normas de direito material não divergem das normas codificadas (LÔBO, Paulo. Op. cit., p. 272).

34 Ver nota n. 30 *supra*.

35 Carlos Roberto Gonçalves anota que, embora o direito de educar seja intransferível, os pais podem designar pessoa ou instituição para o exercício dessa função, especialmente na sua ausência (GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro: Direito de Família*. v. 6. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 418).

36 O ECA (arts. 36 a 38) prevê a possibilidade de filhos de pais falecidos serem colocados em família substituta, ainda que a permanência em sua família natural ou ampliada constitua direito garantido a toda criança e a todo adolescente (art. 19, § 3º). Já a tutela do Código Civil viabiliza a permanência do órfão no núcleo familiar de onde provieram (o núcleo de sangue ou de outra origem, onde ela nasceu e foi educada, antes da causa que justificou a tutela – art. 1.593), mesmo depois da orfandade.

37 Lei n. 10.406, de 10.01.2002 (Código Civil): “Art. 1.636. O pai ou a mãe que contrai novas núpcias, ou estabelece união estável, não perde, quanto aos filhos do relaciona-

## 2 AS HIPÓTESES DE RESTRIÇÃO AO PODER FAMILIAR NO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO

### 2.1 Da suspensão do poder familiar

A Constituição da República Federativa do Brasil, nos artigos 227<sup>38</sup> e 229<sup>39</sup>, o Código Civil brasileiro, no art. 1.634, e o Estatuto da Criança e do Adolescente, no artigo 22<sup>40</sup>, elencam os deveres que incumbem aos pais, a serem exercidos no interesse da criança ou do adolescente, independentemente de coabitação.<sup>41</sup> Esses deveres existem mesmo quando o menor nasce em um ambiente familiar não estruturado pelo casamento civil, “mas pelo pacto de solidariedade ou contrato de convivência”, que em

nada altera o grau de responsabilidade dos pais.<sup>42</sup>

Existindo ilegalidade ou abuso no exercício de poder familiar, o Estado – notadamente o Estado-juiz – está autorizado a intervir de forma direta, suspendendo-o ou até extinguindo-o, sempre em defesa do menor (caráter sanatório), e não para simplesmente impor uma punição aos pais. Com efeito, em tais circunstâncias, a relação paterno-filial, de natureza tipicamente privada e vivenciada na intimidade do núcleo familiar, torna-se pública, porque, mesmo quando não tenha sido cometido ato ilícito, a atuação dos pais causa danos ao filho (ameaça ou violação a direitos seus)<sup>43</sup> e justifica a atuação estatal. Tanto na hipótese de ato comissivo danoso (falta) como na de omissão (conduta negligente ou negativa em relação ao

---

mento anterior, os direitos ao poder familiar, exercendo-os sem qualquer interferência do novo cônjuge ou companheiro. Parágrafo único. Igual preceito ao estabelecido neste artigo aplica-se ao pai ou à mãe solteiros que casarem ou estabelecerem união estável”.

38 Ver nota n. 11 *supra*.

39 Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB): “Art. 229. Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade”. Com efeito, o constituinte optou por não utilizar a expressão *pátrio poder*, mas atribuir aos pais, sem distinção, os deveres ali elencados.

40 Ver nota n. 19 *supra*.

41 O dever de alimentos, por exemplo, subsiste mesmo em situações de rompimento dos laços de autoridade parental.

42 NERY JÚNIOR, Nelson. Op. cit., p. 1.389.

43 SILVA, Marcos Alves da. Op. cit., p. 7, 109, 113 e 120.

dever legal de agir) ou abuso (atitude indevida ou inércia injustificada<sup>44</sup>), é cabível a adoção de medidas de proteção à criança ou ao adolescente, que extrapolam o campo da mera responsabilidade civil para alcançar outras dimensões mais sensíveis.<sup>45</sup>

A perda ou suspensão do poder familiar não exime os pais da responsabilidade de sustentar ou alimentar o menor (art. 1.634, inciso I, do CC), ainda que ele esteja inserido em família substituta ou sob tutela, pois se trata de dever unilateral, intransmissível, decorrente da filiação.<sup>46</sup> As únicas formas de extinção desse dever

são: a) a adoção, que impõe o corte definitivo com o parentesco original,<sup>47</sup> induzindo ao desaparecimento do poder familiar (artigo 1.635, inciso IV, do Código Civil<sup>48</sup>); e b) a emancipação (renúncia). Na adoção, os pais manifestam sua concordância com a assunção do poder familiar por outrem, mediante declaração escrita ou termo nos autos, ainda que a renúncia não seja espontânea, nem implique transferência direta daquele poder ao adotante;<sup>49</sup> na emancipação, eles reconhecem a desnecessidade de manutenção do exercício do poder familiar, antes da maioridade. De regra, o po-

---

44 SANTOS NETO, José Antonio de Paula. *Do pátrio poder*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994. p. 187.

45 Lei n. 8.069, de 13.07.1990 (ECA): “Art. 98 As medidas de proteção à criança e ao adolescente são aplicáveis sempre que os direitos reconhecidos nesta Lei forem ameaçados ou violados: I. por ação ou omissão da sociedade ou do Estado; II. *por falta, omissão ou abuso dos pais ou responsáveis*; III. em razão de sua conduta.” [grifei]

46 DIAS, Maria Berenice (coord). *Incesto e alienação parental: realidades que a justiça insiste em não ver*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 427. Segundo Carlos Roberto Gonçalves, mesmo na hipótese de perda do poder familiar, o dever de alimentos mantém-se íntegro, ainda que o menor esteja em poder do outro cônjuge, em condições de sustentá-lo. “Não fosse assim, o genitor faltoso seria beneficiado com a exoneração do encargo (que é, antes de tudo, uma punição), que recairia integralmente sobre o outro cônjuge” (GONÇALVES, Carlos Roberto. Op. cit., p. 418).

47 Lei n. 8.069, de 13.07.1990 (ECA): “Art. 41. A adoção atribui a condição de filho ao adotado, com os mesmos direitos e deveres, inclusive sucessórios, *desligando-o de qualquer vínculo com pais e parentes*, salvo os impedimentos matrimoniais. § 1º. Se um dos cônjuges ou concubinos adota o filho do outro, mantêm-se os vínculos de filiação entre o adotado e o cônjuge ou concubino do adotante e os respectivos parentes. § 2º. É recíproco o direito sucessório entre o adotado, seus descendentes, o adotante, seus ascendentes, descendentes e colaterais até o 4º grau, observada a ordem de vocação hereditária.” [grifei]

48 DIAS, Maria Berenice (coord). Op. cit., p. 428.

49 SANTOS NETO, José Antonio de Paula. Op. cit., p. 70.

der familiar é irrenunciável, porém há exceções legais.<sup>50</sup>

O Estatuto da Criança e do Adolescente prevê hipóteses de perda ou suspensão do poder familiar, não mencionadas no Código Civil, as quais estão relacionadas ao descumprimento dos deveres de guarda, sustento e educação dos filhos (arts. 22 e 24<sup>51</sup>). E só são aplicadas quando o fato ensejador é de tamanha magnitude que ponha em perigo permanente a sua segurança e dignidade.

A suspensão do poder familiar como medida menos grave é cabível nas hipóteses previstas no artigo 1.637 do Código Civil Brasileiro:<sup>52</sup> abuso de autoridade, falta aos deveres a ele inerentes, ruína do patrimônio do filho e condenação judicial por crime cuja pena exceda a dois anos de prisão (sentença transitada em julgado). Ressalve-se, contudo, que a condenação criminal por prática de ilícito

pode não ensejar a suspensão do poder familiar, se esta não for a melhor solução para o menor.

Para Pontes de Miranda, há algumas situações que caracterizam a falta de deveres dos genitores inerentes ao poder familiar, podendo fundamentar a suspensão, tais como: a) os maus-tratos que não se enquadram no conceito de castigo imoderado; b) as restrições prejudiciais, como privações de alimentos ou de cuidados indispensáveis, que ponham em perigo a saúde do filho; c) a exigência de prestação de serviços excessivos ou impróprios; d) o emprego em ocupações proibidas ou manifestamente contrárias a moral e aos bons costumes, ou que envolvam risco à saúde, à vida ou à moralidade; e) a não reclamação do filho de quem o detenha ilegalmente; f) o desleixo, abuso ou descuido; g) a indução ao mal, por incitar, favorecer ou produzir o estado em que se acha, ou

---

50 SANTOS NETO, José Antonio de Paula. Op. cit., p. 70.

51 “Art. 22. Aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhes ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais”; “Art. 24. A perda e a suspensão do poder familiar serão decretadas judicialmente, em procedimento contraditório, nos casos previstos na legislação civil, *bem como na hipótese de descumprimento injustificado dos deveres e das obrigações a que alude o art. 22.*” [grifei]

52 Lei n. 10.406, de 10.01.2002 (Código Civil): “Art. 1.637. Se o pai, ou a mãe, abusar de sua autoridade, faltando aos deveres a eles inerentes ou arruinando os bens dos filhos, cabe ao juiz, requerendo algum parente, ou o Ministério Público, adotar a medida que lhe pareça reclamada pela segurança do menor e seus haveres, até suspendendo o poder familiar, quando convenha. Parágrafo único. Suspende-se igualmente o exercício do poder familiar ao pai ou à mãe condenados por sentença irrecurável, em virtude de crime cuja pena exceda a dois anos de prisão.”

possa achar-se o filho, ou de qualquer modo concorrer para sua perversão ou para torná-lo alcoólatra ou viciado em drogas; e h) o abandono do filho em estado habitual de vadiagem, mendicidade, libertinagem ou criminalidade.<sup>53</sup>

A interferência do juiz pode ser provocada por qualquer um dos interessados nominados no artigo 155 do ECA.<sup>54</sup>

## 2.2 Da destituição do poder familiar

A interrupção definitiva do poder familiar conduz a sua extinção nas hipóteses previstas no artigo 1.635 do Código Civil<sup>55</sup> (a morte dos pais ou do filho, a emancipação, a maioridade, a adoção ou a perda do poder fami-

liar)<sup>56</sup>, excluídos os casos de divórcio ou outra situação similar.<sup>57</sup>

A perda ou destituição do poder familiar constitui medida imperativa, que se legitima quando há infringência a um dever mais relevante e o convívio familiar torna-se inviável.<sup>58</sup> É cabível nos casos previstos no artigo 1.638 do Código Civil Brasileiro<sup>59</sup> ou, ainda, quando for cometido crime doloso contra o filho, punido com pena de reclusão, ou seja, fatos graves que se mostram incompatíveis com o poder familiar.

A primeira hipótese do artigo 1.638<sup>60</sup> é o castigo imoderado.

Para Paulo Lobô,<sup>61</sup> ao vedá-lo, o legislador admitiu, implicitamente, o castigo moderado, porém, na dicção

---

53 PONTES DE MIRANDA, Francisco C. Op. cit., p. 154.

54 Lei n. 8.069, de 13.07.1990 (ECA): “Art. 155. O procedimento para a perda ou a suspensão do poder familiar terá início por provocação do Ministério Público ou de quem tenha legítimo interesse”.

55 Lei n. 10.406, de 10.01.2002 (Código Civil): “Art. 1.635. Extingue-se o poder familiar: I. pela morte dos pais ou do filho; II. pela emancipação, nos termos do art. 5º, parágrafo único; III. pela maioridade; IV. pela adoção; V. por decisão judicial, na forma do artigo 1.638”.

56 Ver nota n. 14 *supra*.

57 Ver nota n. 36 *supra*.

58 DIAS, Maria Berenice (coord). Op. cit., p. 429.

59 Lei n. 10.406, de 10.01.2002 (Código Civil): “Art. 1.638. Perderá por ato judicial o poder familiar o pai ou a mãe que: I. castigar imoderadamente o filho; II. deixar o filho em abandono; III. praticar atos contrários à moral e aos bons costumes; IV. incidir, reiteradamente, nas faltas previstas no artigo antecedente”.

60 Ver nota n. 59 *supra*.

61 LÔBO, Paulo. Op. cit., p. 282.

do artigo 227 da Constituição Federal,<sup>62</sup> a família deve proteger o filho contra qualquer violência,<sup>63</sup> o que, na perspectiva do princípio da dignidade humana,<sup>64</sup> abrange tanto a agressão física como a moral. Nessa linha, o castigo físico – que, na concepção tradicional de pátrio poder era admitido – não pode ser tolerado na dimensão constitucional atual.

Todavia, não é só a violência física que pode configurar castigo imoderado; em alguns casos, a tortura psicológica é tão cruel quanto à física. Logo, cabe ao magistrado, com o apoio técnico de profissionais especializados (psiquiatra e assistente social), avaliar se a criança ou o adolescente está sofrendo algum trauma psicológico provocado pelo

exercente do poder familiar, e a gravidade dos fatos, para decidir de que forma irá intervir no núcleo familiar.

Já o inciso III do art. 1.638 do Código Civil<sup>65</sup> dispõe sobre a prática de atos contrários à moral e aos bons costumes, visando a evitar a influência prejudicial de certos atos sobre a personalidade da criança ou do adolescente. Esses atos nocivos podem não ter sido praticados pelos titulares do poder familiar, basta que exponham o menor a tanto.

Outra causa ensejadora da perda do poder familiar é a prática de crime doloso, sujeito à pena de reclusão, contra o filho.<sup>66</sup> Consoante o disposto no artigo 93 do Código Penal,<sup>67</sup> nesses casos é vedada a retomada do exercício do poder familiar. Entretanto, em

---

62 Ver nota n. 15 *supra*.

63 Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB): “Art. 227. [...] § 4º. A lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente”.

64 Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990 (ECA): “Art. 18. É dever de todos velar pela dignidade da criança e do adolescente, pondo-os a salvo de qualquer tratamento desumano, violento, aterrorizante, vexatório ou constrangedor”.

65 Ver nota n. 59 *supra*.

66 Decreto-Lei n. 2.848, de 07.12.1940 (CP): “Art. 92. São também efeitos da condenação: [...] II. a incapacidade para o exercício do pátrio poder, tutela ou curatela, nos crimes dolosos, sujeitos à pena de reclusão, cometidos contra filho, tutelado ou curatelado; [...] Parágrafo único. Os efeitos de que trata este artigo não são automáticos, devendo ser motivadamente declarados na sentença”.

67 Decreto-Lei n. 2.848, de 07.12.1940 (CP): “Art. 93. A reabilitação alcança quaisquer penas aplicadas em sentença definitiva, assegurando ao condenado o sigilo dos registros sobre o seu processo e condenação. Parágrafo único. A reabilitação poderá, também, atingir os efeitos da condenação, previstos no art. 92 deste Código, *vedada reintegração na situação anterior, nos casos dos incisos I e II do mesmo artigo*”. [grifei]

alguns casos o poder familiar pode ser restabelecido, sempre visando o melhor para a criança e o adolescente.

O Código Penal tipifica outras condutas que atentam contra a assistência familiar e, especificamente, o poder familiar.<sup>68</sup>

A perda do poder familiar, sempre imposta por ato judicial, após a ampla defesa e o contraditório, deve observar o mesmo procedimento adotado para sua suspensão, consoante o disposto nos arts. 24 e 155 do Estatuto

da Criança e do Adolescente.<sup>69</sup> Tem legitimidade para propor a ação um dos genitores frente ao outro, qualquer parente do menor ou do Ministério Público, inclusive por iniciativa do Conselho Tutelar, que, apesar de não ser parte legítima para ingressar em juízo pode representar ao órgão ministerial, de acordo com artigo 136, inciso XI, do Estatuto da Criança e do Adolescente.<sup>70</sup>

O menor deve ser ouvido sempre que possível e razoável. Durante a

---

68 Decreto-Lei n. 2.848, de 07.12.1940 (CP): “Art. 245. Entregar filho menor de 18 (dezoito) anos a pessoa em cuja companhia saiba ou deva saber que o menor fica moral ou materialmente em perigo: Pena: detenção de 1 (um) a 2 (dois) anos. § 1º. A pena é de 1 (um) a 4 (quatro) anos de reclusão, se o agente pratica delito para obter lucro, ou se o menor é enviado para o exterior. § 2º. Incorre, também, na pena do parágrafo anterior quem, embora excluído o perigo moral ou material, auxilia a efetivação de ato destinado ao envio de menor para o exterior, com o fito de obter lucro”. “Art. 247. Permitir alguém menor de dezoito anos, sujeito a seu poder ou confiado à sua guarda ou vigilância: I. frequente casa de jogo ou mal-afamada ou conviva com pessoa viciosa ou de má vida; II. frequente espetáculo capaz de pervertê-lo ou de ofender-lhe o pudor, ou participe de representação de igual natureza; III. resida ou trabalhe em casa de prostituição; IV. mendigue ou sirva a mendigo para excitar a comisseração pública: Pena: detenção, de um a três meses, ou multa.” “Art. 248. Induzir menor de dezoito anos, ou interdito, a fugir do lugar em que se acha por determinação de quem sobre ele exerce autoridade, em virtude de lei ou de ordem judicial; confiar a outrem sem ordem do pai, do tutor ou do curador algum menor de dezoito anos ou interdito, ou deixar, sem justa causa, de entregá-lo a quem legitimamente o reclame: Pena: detenção de um mês a um ano, ou multa.” “Art. 249. Subtrair menor de dezoito anos ou interdito ao poder de quem o tem sob sua guarda em virtude de lei ou de ordem judicial: Pena: detenção de dois meses a dois anos se o fato não constitui elemento de outro crime. § 1º. O fato de ser o agente pai ou tutor do menor ou curador do interdito não o exime de pena, se destituído ou temporariamente privado do pátrio poder, tutela, curatela ou guarda. § 2º. No caso de restituição do menor ou do interdito, se este não sofreu maus-tratos ou privações, o juiz pode deixar de aplicar pena.”

69 Ver nota n. 54 *supra*.

70 Lei n. 8.069, de 13.07.1990 (ECA): “Art. 136. São atribuições do Conselho Tutelar: [...] XI. representar ao Ministério Público para efeito das ações de perda ou suspensão

tramitação do processo, ele é mantido em instituição ou família substituta.

Em qualquer hipótese, a medida extrema só poderá ser aplicada em casos mais graves, em que existe risco à segurança ou à dignidade do menor, estando o núcleo familiar completamente desestruturado.

No ordenamento jurídico brasileiro, o antigo Código de Menores de 1927, em seu artigo 45, contemplava a possibilidade de reintegração do poder familiar àquele que fora dele destituído, desde que preenchidos determinados requisitos. Atualmente, a legislação silencia a respeito, exceto em relação ao cometimento de infração penal. Todavia, em sendo a perda do poder familiar medida de extrema gravidade, a sua recuperação só poderá ser admitida em caráter excepcional e dependerá de ato judicial, com

a manifestação do Ministério Público visando ao melhor interesse do menor.

### **3 AS RESTRIÇÕES AO PODER FAMILIAR EM UMA PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL**

#### **3.1 A constitucionalização do Direito de Família**

Com o intuito de estabelecer as bases comuns da regulamentação jurídica das relações privadas, a Constituição contém disposições de conteúdo civilista, aplicáveis no âmbito das relações jurídicas privadas, e normas fundamentais relativas à forma de organização e funcionamento da coletividade, às quais é reconduzido o Direito Privado.<sup>71</sup> Nessa perspectiva, as

---

do poder familiar, após esgotadas as possibilidades de manutenção da criança ou do adolescente junto à família natural”.

71 Ao discorrer sobre a influência da Constituição no Direito Privado, Ricardo Luis Lorenzetti identifica dois modelos. “O primeiro é o da Constituição minimalista, que contém um projeto de garantias básicas, elementares, sobre as quais há pleno consenso. Disto segue-se a noção restrita de Constituição, como organização das competências do Estado e das garantias do cidadão. São as clássicas Constituições liberais [...], em que o conteúdo de Direito Privado é reduzido, e de caráter declarativo. Um segundo modelo é o das constituições mais atuais, que regulamentam decididamente temas de Direito Privado. Nesta tendência podemos notar, também, gradações. Alguns modelos contentam-se com o desenho de um programa básico de direitos, deixando ao Direito privado a tarefa da especificação. Um modelo maximalista consiste em incorporar dentro do texto da Norma Fundamental regras operativas de Direito comum. Na América Latina, as Constituições afirmam-se na tendência de incorporação de direitos fundamentais e normas de conteúdo privado” (LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos do Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 255).

normas de cunho principiológico estruturaram o modo de atuação do legislador e dos particulares, e exercem funções integradora e interpretativa.<sup>71</sup>

Como resultado da interação entre o público e o privado, o Direito Civil é afetado por normas constitucionais e, ao mesmo tempo, ascende progressivamente, conferindo caráter fun-

damental a algumas de suas normas, dando origem ao fenômeno da “constitucionalização do Direito Civil”.<sup>72</sup>

A despeito do notório distanciamento entre o Direito Privado clássico – formalmente neutro e voltado a um ser impessoal, “praticamente inatingível e com pretensões à perecibilidade”<sup>74</sup> – e as relações fáticas da

---

72 Afora a função fundante das normas constitucionais (que consiste em conferir fundamento de validade às normas delas derivadas e assegurar a unidade e a coerência do ordenamento jurídico), elas exercem “uma função interpretativa, porque servem para orientar a “interpretação correta”, adequando-a aos fundamentos do Direito Privado. Do mesmo modo, o intérprete pode valer-se delas para buscar os fins do Direito num determinado conflito de interesses.” As normas constitucionais também constituem limites à atuação do legislador e do juiz, e cumprem uma função integradora, “já que são um instrumento técnico para preencher uma lacuna do ordenamento jurídico” (LORENZETTI, Ricardo Luis. Op. cit., p. 281). Não há como aplicar uma norma codificada, sem considerar a totalidade do Direito.

73 Ao analisar o fenômeno da descodificação do Direito Privado, Ricardo Luis Lorenzetti salienta que, para alguns autores, o surgimento de leis especiais provoca a desintegração do sistema, com o aparecimento de fissuras na ordem axiomática fundada no Código e na estrutura hierárquica das normas; para outros, trata-se de um processo de descodificação e recodificação civil, dentro dos limites do próprio Código. Para ele, o “Código, como tal, vai se ampliando, ao dar guarida a novos problemas e microssistemas; suas normas internas vão se distendendo mediante a interpretação, até um ponto culminante que termina por transformá-las [...] ocorre uma ampliação nas fronteiras do Código concebido como lei estatal. [...] As fronteiras da descodificação são estabelecidas pelo próprio sistema que se autorregula, e que cresce até um nível de saturação”. Os pontos de instabilidade multiplicam-se, tornando-o mais complexo. “Os microssistemas se comportam como ‘estruturas dissipativas’ e se convertem em fontes de uma nova ordem”, criando um novo sistema, com novas estruturas adaptativas. Para que a sociedade funcione, é necessário que existam regras e que estas assentem em algumas bases, sejam essas um oráculo, máximas transmitidas historicamente ou precedentes judiciais; tem de haver um ou vários dogmas fundamentais, considerados como inquestionáveis. A partir daí a dogmática trabalha como uma opinião jurídica racionalizada, determinando as regras aplicáveis aos casos concretos. A solução tem sido sempre recorrer a uma “ordem superior” ((LORENZETTI, Ricardo Luis. Op. cit., p. 77-79 e 253).

74 No sistema jurídico clássico, o homem era idealmente livre e dono de suas circunstâncias, titular de uma dignidade jurídica formal e capaz de submeter ao seu domínio o objeto, as coisas e a própria natureza (FACHIN, Luis Edson. Limites e possibilidades

vida, a doutrina e alguns operadores do Direito ainda hoje apegam-se ao valor supremo da segurança jurídica e da pureza conceitual. Todavia, as novas exigências da convivência social da atualidade (limitação à autonomia privada, formulação da noção de função social do contrato etc.) e a real dimensão dos problemas reclamam uma remodelação (ou repersonalização) dos estatutos jurídicos essenciais, voltada à sua utilidade e à reordenação de seus fundamentos.<sup>74</sup>

Essa concepção do ordenamento jurídico permite a compreensão aberta do âmbito normativo das normas de Direito de Família, que apresentam uma progressiva referibilidade ao público, e o desenvolvimento plural de todo o sistema jurídico.<sup>75</sup> As questões pertinentes às relações familiares têm hoje implicação constitucional, pois deixaram de ser disciplinadas, exclusivamente, por normas de Direito Privado, atuando as normas consagradas na Constituição<sup>76</sup> como substrato nor-

---

da nova teoria geral do direito civil. *Revista de Estudos Jurídicos*, v. II, n. 1, ago. 1995, p. 99-100).

74 Segundo Luis Edson Fachin, o sistema jurídico então engendrado “atribuiu a si próprio o poder de dizer o direito, e assim o fazendo delimitou com uma tênue mas eficaz lâmina o direito do não direito”, excluindo o que a ele não interessava. E, mesmo nos casos em que o ingresso da relação de fato impunha-se, isso ocorreria por uma das vias que o próprio sistema escolhia (p. ex. o concubinato). A realidade contemporânea, contudo, reclama a repersonalização ou reetização do direito, com a superação do tecnicismo e do neutralismo (FACHIN, Luis Edson. Op. cit., p. 100-104).

75 Superada a ideia outrora vigente de ordenamento jurídico como mero somatório de disposições normativas geometricamente organizadas no espaço, prevalece, atualmente, a concepção dinâmica do fenômeno jurídico, a refletir-se na estruturação e na funcionalidade de seus elementos. Incorporada a noção de força normativa da Constituição – motivadora e ordenadora da vida do Estado e da sociedade –, construída por Konrad Hesse, é inequívoca a correlação entre a ordem jurídica e a realidade social e a interação da Constituição com a legislação infraconstitucional, de modo a formarem um complexo de normas que engendram, em sua dinâmica, uma estrutura pautada pela unidade, coerência e consistência, asseguradas por mecanismos eliminadores de antinomias (HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Porto Alegre: Fabris, 1991).

76 Seguindo as tendências mais modernas do constitucionalismo, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 pôs em relevo os direitos fundamentais da pessoa humana, garantindo, em sua essência, a dignidade e a igualdade. Não se limitou a regular a organização do Estado, tendo contemplado disposições sobre direitos da personalidade, da propriedade e da família. Com isso, pretendeu exercer o papel unificador do sistema, em seus aspectos civilísticos e publicísticos, assumindo a função de garantir a unidade de todo ordenamento jurídico. Nesse contexto, o Código Civil per-

mativo na construção de soluções jurídicas,<sup>77</sup> por envolverem direitos e interesses de natureza indisponível, cuja relevância transcende as fronteiras do núcleo familiar.<sup>78</sup> Segundo Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery, “A família é espaço de preservação da vida e da liberdade de seus membros que, em situações emblemáticas da existência humana, precisam de suporte para a sobrevivência”.<sup>79</sup>

Como já assinalado em capítulos anteriores, as inovações mais relevantes, promovidas pela Constituição de 1988, são: a igualdade entre os cônjuges (art. 226, § 5º, da CRFB<sup>80</sup>) e entre os filhos (art. 227, § 6º, da CRFB<sup>81</sup>) e a ampliação do conceito de entidade familiar, com o reconhecimento, para fins de proteção estatal, da união estável entre o homem e a mulher e da família monoparen-

---

deu a sua tradicional centralidade, passando a exercer os direitos fundamentais, influência decisiva no Direito Privado. A positivação de direitos fundamentais representou a incorporação no ordenamento jurídico de direitos inatos e inalienáveis do indivíduo. (CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000. p. 371).

77 A categoria de “fundamentalidade” indica a outorga de especial dignidade à proteção dos direitos num sentido formal e num sentido material. A fundamentalidade formal assinala dimensões relevantes: o grau superior das normas que consagram os direitos fundamentais no ordenamento jurídico; a maior dificuldade e complexidade do processo de modificação; e a sua caracterização como limite material à própria reforma constitucional e parâmetro material de escolha, decisão, ação e controle dos órgãos legislativo, administrativo e jurisdicional, dada a sua vinculatividade imediata dos poderes públicos. A fundamentalidade material está relacionada à ideia de que o conteúdo dos direitos fundamentais é constitutivo das estruturas básicas do Estado e da sociedade (CANOTILHO, J. J. Gomes. *Op. cit.*, p. 373).

78 “As famílias que se erigem em meio à violência não possuem condições de ser base de apoio e desenvolvimento para os seus membros; os filhos daí advindos dificilmente terão condições de conviver sadicamente em sociedade, daí a preocupação do Estado em proteger especialmente essa instituição, criando mecanismos como a LMP (Lei Maria da Penha n. 11.340/2006), para esse desiderato” (trecho do voto proferido pela Min. Jane Silva, relatora do REsp 1.050.276/DF, STJ, 6ª Turma, j. 23.09.2008, DJU 24.11.2008).

79 NERY JÚNIOR, Nelson. *Op. cit.*, p. 1.389.

80 Vide nota n. 13 *supra*.

81 CRFB, art. 226, § 6º: “O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio”.

82 Além de assegurar a igualdade entre os filhos (art. 227, § 6º, da CRFB), a Constituição de 1988 ampliou a abrangência jurídica do fenômeno gerador da família, reconhecendo a união estável (art. 226, § 3º, da CRFB) e a comunidade formada por qualquer

tal<sup>82</sup> (art. 226, §§ 3º e 4º, da CRFB<sup>83</sup>). Com isso, foram priorizados os laços socioafetivos (ou emocionais) à luz da dignidade da pessoa humana e da função social da família.<sup>84</sup> Os “laços afetivos e a expectativa de segurança e proteção suscitada pelo convívio afetivo familiar criam também laços jurídicos capazes de impor deveres e

obrigações e de gerar direitos e poderes entre os membros do grupo familiar que cultivaram laços de família”. A ampliação desse espectro decorreu, em grande parte, da semiabertura do sistema de Direito Privado pela inserção de cláusulas gerais, conceitos legais indeterminados e conceitos legais determinados pela função (me-

---

dos pais e seus descendentes (art. 226, § 4º, c/c art. 227, § 6º, da CRFB). O sistema anterior reconhecia somente a sociedade biparental, formada pelos filhos de pai e mãe, fundada em um modelo patriarcal e hierarquizado (Código Civil de 1916). A família monoparental compreende “a situação de quem se encontra sem cônjuge ou companheiro, e vive com uma ou mais crianças”, ou, ainda, a família constituída por um dos genitores e seus filhos descendentes (sem especificação de um limite etário), “quer eles vivam independentemente quer se integrem no lar de outras pessoas, como, por exemplo, na casa dos avós”. Adverte, Nelson Nery Júnior, que “Mesmo as estruturas de convívio constituídas por quem não seja parente, mas que tenha crianças ou adolescentes sob sua guarda, podem receber a mesma denominação. Basta haver diferença de gerações entre um de seus membros e os demais e que não haja relacionamento de ordem sexual entre eles para se ter configurada uma família monoparental”. A tendência é o alargamento do conceito constitucional para alcançar situações que não envolvam relações de parentesco, como, por exemplo, “a vida em economia comum”. Nessa linha, a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal que, conferindo ao art. 1.723 do Código Civil interpretação conforme a Constituição, reconheceu a união homoafetiva como entidade familiar (outrora concebida pela jurisprudência como sociedade de fato, com efeitos jurídicos mais restritos) (ADPF n.º 132/RJ e ADI n.º 4.477) (NERY JÚNIOR, Nelson. Op. cit., p. 1.285 e 1.287-1.288).

83 CRFB, art. 226, §§ 3º e 4º: “Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento” e “Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes”.

84 Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery salientam que, em diversos julgados versando sobre temas de direito de família, o Supremo Tribunal Federal reconheceu como implícito na Constituição o direito à busca da felicidade, inerente a todo ser humano (do voto do Ministro Celso de Mello, destaca-se: “[...] o postulado constitucional da busca da felicidade, que decorre, por implicitude, do núcleo de que se irradia o princípio da dignidade da pessoa humana, assume papel de extremo relevo no processo de afirmação, gozo e expansão dos direitos fundamentais, qualificando-se, em função de sua própria teleologia, como fator de neutralização de práticas ou de omissões lesivas, cuja ocorrência possa comprometer, afetar, ou até mesmo, esterilizar

canismos hermenêutico-integrativos) no ordenamento jurídico.<sup>85</sup>

Observam, Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery, que, por implicar a família monoparental interdependência pessoal, deve-se emprestar “a uma comunidade pessoal de afetos, sob o mesmo teto, com interdependência moral e material, a mesma consequência jurídica que decorre das relações familiares”.<sup>86</sup> Na realidade, com a noção de entidade familiar (mais ampla do que a de família), a Constituição contempla um

novo modelo de amparo à família, voltado ao “acolhimento integral do ser humano no seio dessa célula afetiva, vital para a civilização”.<sup>87</sup>

Nessa perspectiva, Maria Celina Morais<sup>88</sup> adverte que:

a instituição familiar recebe a proteção legal se e enquanto mantém seu caráter de instrumento para o pleno desenvolvimento de aspectos existenciais, que dizem respeito à personalidade de seus membros, em detrimento das relações de dependência econômica, hoje não mais prioritariamente tuteladas.

---

direitos e franquias individuais” - STF, Pleno ADPF n.º 132/RJ, recebida como ADI n.º 4.277/DF, Rel. Min. Carlos Ayres Britto, j. 05.05.2011, DJe 13.05.2011) (NERY JÚNIOR, Nelson. Op. cit., p. 1.289).

85 Nelson Nery Júnior menciona, como exemplo, um caso em que uma ação de investigação de paternidade foi julgada improcedente, porque, apesar da existência de laço biológico entre as partes, o autor já havia sido reconhecido jurídica e afetivamente como filho por outro homem: “A paternidade socioafetiva é a decorrente do relacionamento típico entre pai e filho em que existe a confiança, o amor e o afeto, não podem ser simplesmente supridas pela constituição de um novo vínculo, o biológico; a força da natureza não pode ser deixada para trás, mas não tem o condão de revogar a filiação já existente, uma vez que esta é oriunda de vínculo muito mais significativo e digno de ser preservado” (Ação n.º 00108796104, Juíza Jucelana Lurdes Pereira dos Santos, j. 26.12.2003) (NERY JÚNIOR, Nelson. Op. cit., p. 1.287).

86 Em inúmeros dispositivos, a Constituição de 1988 emprega o termo “família”, adotando o critério econômico de sua formação, e não exclusivamente o critério do parentesco: o direito ao salário-família (art. 7º, inciso XII), a proteção do domicílio (art. 5º, inciso XI), a impenhorabilidade da propriedade trabalhada pela família (art. 5º, inciso XXVI), o direito do preso à comunicação do fato à família (art. 5º, inciso LXII), a usucapião especial (arts. 191 e 201, § 7º, inciso II), o objetivo da assistência social de favorecer a família (art. 203, inciso I), a outorga do título de domínio do imóvel desapropriado, para fins de reforma agrária, ao homem ou a mulher, independentemente do estado civil (art. 189, parágrafo único), a fiscalização dos programas de rádio e televisão (art. 220, § 3º, inciso II) etc. (NERY JÚNIOR, Nelson. Op. cit., p. 1.286).

87 NERY JÚNIOR, Nelson. Op. cit., p. 1.286.

88 MORAES, Maria Celina B. A Caminho de um Direito Civil Constitucional, Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial, São Paulo, v. 17, n. 65, p. 29, jul./set., 1993. p. 29.

A par disso, a busca pelo melhor interesse do menor, em detrimento do interesse dos genitores, impõe-se em decorrência da opção do constituinte pela priorização da tutela daquele que se mostra mais vulnerável (art. 227 da CRFB).<sup>89</sup>

A aplicação do Direito não é uma atividade puramente mecânica, nem se reduz a mera operação de subsunção a uma norma do caso concreto. A análise dos fatos, não raras vezes, é realizada sob diferentes prismas e exige do operador jurídico o domínio da lógica do sistema, pois a norma ordinária deve ser interpretada à luz da norma constitucional que lhe confere validade. A exigência de que, na aplicação da lei, o juiz atenda aos fins sociais e ao bem comum (art. 5º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro),<sup>90</sup> abre caminho para a inserção de valores constitucionais na legislação civil.

Além disso, o posicionamento da Constituição no centro do sistema jurídico viabiliza a coordenação dos diferentes microssistemas que compõem o Direito Civil e o fenômeno denominado “diálogo das fontes”, a que se refere Cláudia Lima Marques - no caso, a interação entre as disposições do Código Civil e as do Estatuto da Criança e da Adolescente (além de acordos internacionais) que dispõem sobre o poder familiar. Eventuais conflitos normativos não são resolvidos pelos critérios tradicionais - anterioridade, especialidade e hierarquia -, que, de regra, conduzem à exclusão de uma delas, mas pela coordenação funcional de normas e convivência dos paradigmas, ou seja, pela “aplicação simultânea, coerente e coordenada das plúrimas fontes legislativas convergentes. ‘Diálogo’ porque há influencia recíprocas”. Segundo a referida Professora,<sup>91</sup>

---

89 Constituição Federal (CRFB): “Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, *com absoluta prioridade*, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. [...]”. [grifei]

90 Decreto-Lei n. 4.657, de 04.09.1942 (com alterações da Lei n. 12.376, de 2010): “Art. 5º. Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum.”

91 Ainda segundo a professora Cláudia, a expressão “diálogo das fontes” é empregada por Érik James, para designar a coordenação flexível e dútil das normas em conflito, “a fim de se restabelecer a sua coerência, isto é, uma mudança de paradigma: da retirada simples (revogação) de uma das normas em conflito do sistema jurídico (ou do “monólogo” de uma só norma possível a “comunicar” a solução justa) à convivência

[...] diante do atual “pluralismo pós-moderno” de um direito com fontes legislativas plúrimas, ressurge a necessidade de coordenação entre as leis no mesmo ordenamento jurídico, como exigência para um sistema jurídico eficiente e justo. Efetivamente, cada vez mais se legisla, nacional e internacionalmente, sobre temas convergentes. A pluralidade de leis é o primeiro desafio do aplicador da lei contemporâneo.

### **3.2 O poder familiar na visão dos Tribunais**

A análise dos precedentes dos Tribunais pátrios denota a ausência de uniformidade na interpretação e aplicação da legislação que disciplina as hipóteses de restrição ao exercício do poder familiar, em parte pela relevância das circunstâncias fáticas, naturalmente variáveis, na solução do litígio e pela necessidade de preenchimento (casuístico) de cláusulas gerais pelo julgador.

Para ilustrar, cumpre destacar algumas decisões judiciais emblemáticas.

#### ***Castigar imoderadamente o filho***

Dentre os deveres inerentes ao exercício do poder familiar, o art. 1.634, I, do Código Civil,<sup>92</sup> prevê o de educar os filhos.

A possibilidade de os pais infligirem castigos moderados aos filhos é controvertida na doutrina, em face da existência de vedação constitucional expressa a qualquer espécie de violência física ou moral contra a criança e o adolescente (art. 226, § 8º, e art. 227, § 4º, ambos da CRFB).<sup>93</sup>

A despeito dessa discussão, é fato que, não raras vezes, na atuação dos pais, ocorrem excessos que resultam em lesões corporais nos filhos, não sendo admitida, na jurisprudência, a agressão física como forma de educar:

DIREITO DE FAMÍLIA. DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR.

---

destas normas, ao diálogo das normas para alcançar a sua ratio, à finalidade “narrada” ou “comunicada” em ambas” (MARQUES, Cláudia Lima e outros. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2004. p. 24-26).

92 Lei n. 10.406, de 10.01.2002 (Código Civil): “Art. 1.634. Compete aos pais, quanto à pessoa dos filhos menores: I. dirigir-lhes a criação e educação”.

93 Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB): “Art. 226. [...] § 8º. O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações” e “Art. 227. [...] § 4º. A lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente”.

RELATOS DE MAUS TRATOS E ABUSO SEXUAL CONFIRMADOS. PREVALÊNCIA DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA. DESPROVIMENTO.

1. Recurso contra sentença de procedência que destituiu o poder familiar dos genitores; 2. Os relatos da rede de apoio que cerca a menor confirmam os maus tratos impingidos; 3. É imperativo que se dê oportunidade de a criança encontrar uma família substituta que lhe propicie um desenvolvimento pleno e sadio; 4. Desproviamento do recurso.

(TJRJ, 11ª Câmara Cível, Apelação Cível n. 0000495-51.2010.8.19.0014, Relator Des. ADOLPHO ANDRADE MELLO, j. 25/07/2012, DJ 01/08/2012)

APELAÇÃO CÍVEL. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. ADOÇÃO. DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR. SITUAÇÃO DE RISCO. DESCUMPRIMENTO DOS DEVERES INERENTES AO PODER FAMILIAR. Evidenciado o descumprimento dos deveres inerentes ao poder familiar, consubstanciado na perpetração de castigos imoderados e agressões físicas contra a criança, que culminaram na condenação penal da genitora pelo crime de tortura, e tendo em vista que preenchidos os requisitos exigidos em lei para a adoção, além de se mostrar a medida mais adequada para a preservação do bem-estar físico e psicológico da menor, que já possui forte vínculo com a família substituta, impõe-se a destituição do poder familiar e colocação da criança em adoção por família substituta. APELAÇÃO

DESPROVIDA. (SEGREDO DE JUSTIÇA).

(TJRS, 7ª Câmara Cível, Apelação Cível n. 70029253697, Rel. Des. André Luiz Planella Villarinho. Julgado em: 08/07/2009.)

APELAÇÃO. DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR. ADEQUAÇÃO. De rigor destituir a mãe biológica do poder familiar sobre a filha, porquanto comprovada a extrema violência, abuso e maus-tratos perpetrados pela mãe contra a menina. NEGARAM PROVIMENTO.

(TJRS, 8ª Câmara Cível, Apelação Cível n. 70039658083, Rel. Des. Rui Portanova. Julgado em: 31/03/2011.)

No esforço para coibir tais práticas foi sancionada a lei n. 13.010, de 26 de junho de 2014, estabelecendo um limite aos castigos dos pais em relação aos filhos. A proposta, contudo, encontrou grande resistência da população em geral, notadamente na definição do limite entre o moderado e o imoderado. Alguns defenderam que qualquer tipo de agressão física pode contribuir para a formação de uma personalidade agressiva e violenta; outros sustentaram que a disciplina legal do tema implicaria intromissão desproporcional na privacidade da família.

O tema é polêmico, porque, se, de um lado, a violência não pode fazer parte do processo de educação e desenvolvimento sadio do indivíduo, devendo ser reprimida pela lei, de outro, pretender que o Estado tome a di-

reção dos lares e diga o que e como a educação deve ser conduzida, é atentar contra a liberdade familiar e colocar em mãos estranhas o destino que se pretende dar a prole.<sup>94</sup>

### *Abandono material ou intelectual*

O art. 1.638, inciso II, do Código Civil, dispõe que é motivo para a perda do poder familiar deixar o filho em abandono. Entretanto, a situação de abandono é de difícil configuração na realidade fática, porque não se subsume a uma simples ausência, nem pode ter seu significado alargado. Com efeito, o magistrado deve atentar-se às circunstâncias de cada situação concreta, não sendo suficiente o afastamento temporário do pai ou da mãe de sua prole.

Ademais, não se pode confundir a falta de condições financeiras com o abandono, uma vez que a pobreza, por si só, não justifica a destituição familiar. Tal solução seria desproporcional e acarretaria um caos na sociedade, porque um mero dissabor financeiro

não traduz a falta de cuidado e preocupação com o bem-estar do menor.

Em outra senda, o simples fato de o pai não visitar regularmente o filho não é motivo para privá-lo do poder familiar, devendo-se levar em conta a situação fática da família. Em alguns casos, o afastamento ocorre por motivos pessoais, sabendo o pai que seus filhos estão bem aparados, aos cuidados do outro genitor ou de algum parente. Portanto, para a caracterização do abandono, os pais devem estar ausentes durante toda a vida do menor.<sup>95</sup>

Em casos excepcionais, o padrasto ou a madrasta tem legitimidade para ajuizar ação de adoção, cominada com a destituição de poder familiar. Entretanto, o pedido deve estar fundado em uma das hipóteses elencadas no artigo 1.638 do Código Civil, e o seu acolhimento pressupõe a existência inequívoca de risco social e pessoal de a criança ou o adolescente vir a sofrer lesão a seus direitos.<sup>96</sup> A par disso, deve ser comprovado que o pai ou a mãe biológicos não tem condições psicológicas e morais para a criação do filho, e há reais

---

94 SOUZA, Bianca Silva de; LACERDA, Thone Roberto Nunes. Correção física: há necessidade de lei antipalmada?. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 18, n. 3548, 19 mar. 2013. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/24008>>. Acesso em: 13 maio 2013. Leia mais: <<http://jus.com.br/revista/texto/24008/correcao-fisica-ha-necessidade-de-lei-antipalmada#ixzz2TEK4pWMR>>.

95 NERY JÚNIOR, Nelson. Op. cit., p. 1.395.

96 Idem.

vantagens para o adotando e não um mero capricho do novo companheiro (REsp n. 1207185/MG).

**APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE ADOÇÃO CUMULADA COM DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR.** Não merece reparo a decisão que destituiu o poder familiar e concedeu a adoção da menor, já que os apelados possuem a guarda da menina há mais de dois anos, esta os reconhece como seus pais, que estão devidamente habilitados, e o laudo social é favorável à adoção. Apelação desprovida, de plano.

(TJRS, 7ª Câmara Cível, Apelação Cível n. 70047056478, Rel. Des. Jorge Luís Dall’Agnol. Julgado em: 28/03/2012.)

O alargamento do conceito de abandono é ilustrado pelo precedente a seguir ementado, no qual era pleiteada a destituição do poder familiar do pai, por ter permanecido longo tempo sem visitar os filhos.

**APELAÇÃO CÍVEL. DESTITUIÇÃO DE PODER FAMILIAR.** A prova dos autos, em especial a produzida em sede de diligências no segundo grau, demonstra não ser possível a destituição do poder familiar em relação ao pai, pois, apesar de ter ficado certo tempo sem manter contato com os filhos (justamente no período em que os filhos eram severamente

negligenciados pela mãe), hoje possui os filhos sob sua guarda, desempenhando normalmente seu dever de pai. **DERAM PROVIMENTO.** (Tribunal de Justiça do RS, 8ª Câmara Cível, Apelação Cível nº 70043575232, Rel. Des. Rui Portanova. Julgado em: 27/09/2012.)

Para o Desembargador Gilberto Gomes de Oliveira, do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, “o abandono que justifica a destituição do poder familiar, consabido, há que ser aquele em que o pai deixa o filho à mercê da própria sorte, ainda que com terceira pessoa, mas que não tenha condição alguma de atendê-lo”.<sup>97</sup>

A hipótese prevista no art. 1.638, inciso III, do Código Civil – praticar atos contrários a moral e aos bons costumes –, é o que comporta o maior alargamento. O conceito de moral e bons costumes é muito amplo e muitas vezes pode ser alargado pela jurisprudência. Portanto, deve-se ter muito cuidado ao destituir o poder de um pai com base nesse fundamento. Existindo provas concretas de que o filho está sujeito à negligência e ao convívio em um ambiente hostil e inapropriado a sua idade, o magistrado deve interferir com o auxílio de Conselho Tutelar e do Ministério Público. A jurisprudência colacionada abaixo é um

---

97 Apelação Cível n. 2011.051137-0, de Laguna. Relator: Des. Subst. Gilberto Gomes de Oliveira.

exemplo claro de que os pais submetiam os filhos a um ambiente de prostituição e drogas.

APELAÇÃO CÍVEL. DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR. NEGLIGÊNCIA E INAPTIDÃO DA GENITORA PARA PROVER A SUBSISTÊNCIA DO FILHO. PROSTITUIÇÃO. SITUAÇÃO DE ABANDONO DO MENOR PELO PAI. DESCUMPRIMENTO DOS DEVERES INERENTES AO PODER FAMILIAR. Comprovação nos autos de violação e infringência dos deveres inerentes à paternidade. Comprovado nos autos conduta negligente da genitora para com o filho, assim como reiterada prática de atos contrários à moral e aos bons costumes, e ampla negligência e desinteresse pelo pai em relação ao menor, resta configurada situação grave de risco e abandono a autorizar a destituição do poder familiar, possibili-

tando a inserção da criança família substituta ou à adoção. APELAÇÃO DESPROVIDA. (Tribunal de Justiça do RS, 7ª Câmara Cível, Apelação Cível n. 70024466039, Rel. Des. André Luiz Planella Villarinho. Julgado em: 16/07/2008.)

Um dos argumentos invocados pelo ilustre colegiado é o de que não faltam apenas condições materiais aos pais, mas também condições psicológicas e maturidade para criar e bem educar o menor, tanto que nunca mais procuraram o juízo para obter informações sobre ele e sequer contestou a ação, apesar de devidamente citado em audiência.

Diante dessas circunstâncias, é impossível deixar o filho sob os cuidados dos genitores, que não se importam com ele, devendo ser assegurado o melhor interesse deste.

## REFERÊNCIAS

AMARAL NETO, Francisco dos Santos. A autonomia privada como princípio fundamental da ordem jurídica: perspectiva estrutural e funcional. *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial*, São Paulo, v. 12, n. 46, p. 7-26, out./dez. 1988.

AZAMBUJA, Maria Regina Fay de. *Violência sexual intrafamiliar: é possível proteger a criança?* Por-

to Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000.

DELGADO, José Augusto. Cláusulas gerais e conceitos interminados - CC e CF. *Aspectos controvertidos do novo Código Civil: escritos em homenagem ao Ministro José*

- Carlos Moreira Alves. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 393-420.
- DELMANTO, Celso; DELMANTO, Roberto; DELMANTO JUNIOR, Roberto; DELMANTO, Fábio Machado de Almeida. *Código Penal Comentado*. 8. ed. Rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010.
- DIAS, Maria Berenice (coord). *Incesto e alienação parental: realidades que a justiça insiste em não ver*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.
- ELIAS, João Roberto. *Pátrio Poder: guarda dos filhos e direito de visita*. São Paulo: Saraiva, 1999.
- \_\_\_\_\_. *Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.
- FACHIN, Luis Edson. Limites e possibilidades da nova teoria geral do direito civil. *Revista de Estudos Jurídicos*, v. II, n. 1, ago./95, p. 99-107.
- FREITAS, Juarez. Prefácio. In: SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 2. ed. Rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 15.
- GOMES, Orlando. A Caminho dos Micro-Sistemas. In: *Estudos em homenagem ao professor Caio Mário da Silva Pereira*. Rio de Janeiro: Forense, 1984. p. 160-170.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro: Direito de Família*. v. 6. 9.ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- LÔBO, Paulo. *Direito Civil: Família*. São Paulo: Saraiva, 2008.
- LOPES, José Reinaldo de Lima. *O Direito na História: lições introdutórias*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2008.
- \_\_\_\_\_. Uma conversa sobre Filosofia do Direito com o professor José Reinaldo de Lima Lopes. *Revista da Associação dos Juízes Federais de São Paulo e Mato Grosso*, n. 4, ano I, São Paulo: Editora Revistas Oficiais, 2001.
- LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos do Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.
- MARTINS-COSTA, Judith. O Direito Privado como um “Sistema em Construção” (as cláusulas gerais no Projeto do Código Civil). *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, Porto Alegre, v. 15, p. 129-154, 1998.
- \_\_\_\_\_. As Cláusulas Gerais como fatores de mobilidade do Sistema Jurídico. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, n. 112, p. 13-32, out./dez. 1991.
- MORAES, Alexandre. *Direito Constitucional*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2001.
- \_\_\_\_\_. *Direitos Humanos Fundamentais*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2011.
- MORAES, Maria Celina B. A Caminho de um Direito Civil Constitucional. *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial*, São Paulo, v. 17, n. 65, p. 21-32, jul./set., 1993.

- NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil Comentado*. 9. ed. Revista, ampliada e atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco C. *Tratado de Direito Privado: Parte Especial. Direito de Família: Direito Parental e Direito Proctivo*. Tomo IX. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983.
- SANTOS NETO, José Antonio de Paula. *Do pátrio poder*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994.
- SOUZA, BiancaSilva de; LACERDA, Thone Roberto Nunes. Correção física: há necessidade de lei antipalmada? *Jus Navigandi*, Teresina, ano 18, n. 3548, 19 mar. 2013. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/24008>>. Acesso em: 13 maio 2013. Leia mais: <<http://jus.com.br/revista/texto/24008/correcao-fisica-ha-necessidade-de-lei-antipalmada#ixzz2TEK4pWMR>>.
- SILVA, Marcos Alves da. *Do pátrio poder à autoridade parental: repensando fundamentos jurídicos da relação entre pais e filhos*. São Paulo: Renovar, 2002.
- VENOSA, Sílvio. Sílvio. *Código Civil Interpretado*. São Paulo: Atlas, 2010.