

Da instituição do *Poder Familiar*, em perspectiva histórica, moderna e pós-moderna

Carlos Silveira Noronha*

1. NOÇÕES PRELIMINARES

Nas primeiras escaramuças do direito antigo o instituto que estabelece a autoridade paterna em relação à pessoa dos filhos, na história da civilização humana, apresentou feições e atitudes muito severas e rígidas que se tornaram tradicionais, influenciando poderosamente para estabelecer situações de austeridade paterna nas crenças religiosas concebidas pelos nossos antepassados, atrelados com firmeza quase indestrutível, na época.¹

Fustel de Coulanges, em sua obra mais conhecida, fez ressaltar com nitidez a influência da religião acerca da constituição da então *patria*

potestas, quando assim se manifestou: “Nos tempos antigos, o pai não é somente o homem que tem a força, aquele que pode impor a submissão, é também o sacerdote, o herdeiro do lar doméstico, o continuador dos antepassados, o tronco da descendência, o guarda dos ritos misteriosos do culto e das fórmulas sagradas. A religião inteira reside nele”.²

Assim sendo, embora não refletindo exatamente os caracteres da instituição moderna do *poder familiar*, era admitida na Antigüidade Clássica, notadamente em Roma, na figura da *patria potestas*, que visava apenas os interesses do chefe da família, representada pelo *pater familias* enfeixando em seu

* Professor titular na Faculdade de Direito da UFRGS e na Faculdade de Direito São Judas Tadeu de Porto Alegre; mestre e doutor em Direito, pela USP.

1 CLOVIS BEVILAQUA – *Direito de Família*, § 73, p. 462-463, Ramiro M. Costa & Cia. Editores, Recife, 1896.

2 FUSTEL DE COULANGES, *La Cite Antique*, (original), p. 116.

comando tanto os poderes de ordem pessoal como os de ordem patrimonial. No terreno pessoal, o *pater* dispunha sobre o filho do desumano *jus vitae et necis*, direito de vida e de morte, portanto, o direito de matá-lo, o de transferi-lo a outrem *in causa Mancipi* e o de entregá-lo como indenização, mediante o *ius noxae dandi*. No âmbito patrimonial, o filho era equiparado ao escravo, *servus*, sem qualquer bem patrimonial, pois tudo que por ele era adquirido integrava o patrimônio do *pater*.³

No transcurso dos tempos foram se restringindo os poderes do *pater familias*, notadamente os de caráter pessoal, iniciando-se a amenização a partir do governo de Constantino, convertido ao catolicismo no edito de Milão, no ano 313 d.C., e, ao tempo de Justiniano o *jus vitae et necis* fora abolido e bem assim o *ius noxae dandi*, que não passavam de meras recordações históricas.

Na época moderna, a autoridade paterna despiu-se de seu caráter tirânico e egoístico que o impregnava, influenciada notoriamente pelo cristianismo a partir do Concílio de Trento, realizado entre 1545 e 1563, quando alcançou bases nitidamente humanísticas e altruístas.

E nos dias atuais, sob o influxo do novo estágio pós-moderno, a autoridade

paterna foi estendida a ambos os genitores, visando não mais o interesse dos pais, mas dirigindo-se ao interesse dos filhos e da própria família, com enfoque na paternidade responsável, positivada no artigo 226, § 7º, da Constituição Federal, o que pode ser considerada a posição correta.⁴ No entanto, baseado em novas e atuais propostas sociais e judiciárias, mais ousadas, o instituto granjeou avançadas dimensões que chegam até a surpreender os espíritos mais cautelosos e preocupados com a estrutura basilar da família.

2. DO CONCEITO E DAS DENOMINAÇÕES DO INSTITUTO

O conceito romano atribuído à autoridade dos pais em relação aos filhos não deve ser levado em conta, em épocas modernas e pós-romanas, porque o instituto estava então dissociado das versões acolhidas em períodos que àqueles sucederam.

Para Clóvis, primeiro jurista pátrio a definir o instituto, o pátrio poder (atual poder familiar) é o *conjunto de direitos que a lei confere ao pai sobre a pessoa e os bens de seus filhos legítimos, legitimados ou adotivos*,⁵ enquanto Pontes de Miranda, oferece conceito mais completo, nos

3 Ver Nouvo Digesto Italino, verbete Família, nº 4; WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO, *Curso de Direito Civil – Direito de Família*, p. 946-347, 37. ed., Saraiva, S. Paulo, 2004.

4 Ver dentre muitos outros autores, WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO, *idem*, p. 347.

5 CLÓVIS BEVILAQUA – *Direito de Família*, § 73, p. 461-462, Ramiro M. Costa & Cia, Recife, 1896.

seguintes termos: *Pátrio poder (hoje poder familiar) é o conjunto de direitos que a lei concede ao pai, ou à mãe, sobre a pessoa e bens do filho, até a maioridade, ou emancipação desse, e de deveres em relação ao filho.* Continua o luminar autor salientando, em linguagem da época, que o instituto *não tem como pressuposto essencial o nascimento, a filiação, mas a lei ou acordo legal que assim disponha: daí serem submetidos ao pátrio poder, não só os filhos legítimos, legitimados e ilegítimos reconhecidos, como também, os adotivos.*⁶ Todavia, a mais completa definição do instituto está no artigo 264, do Código Civil Argentino, nos seguintes termos: *La patria potestad es el conjunto de deberes y derechos que corresponden a los padres sobre las personas y bienes de los hijos, para su protección y formación integral, desde la concepción de éstos y mientras sean menores de edad y no se hayan emancipado,* abordando no mesmo dispositivo legal as situações dos filhos matrimoniais, a dos filhos de pais separados, a dos filhos de pais mortos, a dos filhos extramatrimoniais reconhecidos voluntariamente pelos pais e a dos filhos declarados como tais judicialmente.⁷

No direito positivo brasileiro, não há uma definição de *poder familiar*, não

se devendo, aliás, levar em consideração tal omissão, de vez que não é papel do legislador definir preceitos jurídicos positivados. Em realidade, nem as Ordenações Filipinas vigentes no Brasil a partir da independência e até a entrada em vigor da nossa primeira codificação civil de 1916, por força da disposição de 20 de outubro de 1823, votada pela Comissão encarregada de elaborar a Constituição Imperial de 1824, definiam o *poder familiar*, na época chamado *poder paternal*. Também Teixeira de Freitas, na sua *Consolidação das leis civis*, de 1859, ao abordar o instituto no artigo 88, nota 17, o definiu de modo semelhante.

De resto, a codificação civil de 1916, que contempla o instituto nos artigos 379 a 395, também não o define, mas, traz regras específicas a respeito dos titulares que podem exercê-lo (arts. 380-383), dos deveres e cuidados especiais em relação à pessoa dos filhos (art. 384), sobre a administração dos bens dos filhos (arts. 385-390) e outros.

De igual modo, a vigente codificação civil de 2002, apesar de alterar a denominação do instituto para *poder familiar*, não o define. Aliás, deve ser registrado que no projeto original pretendia-se manter a nomenclatura anterior de *pátrio poder*. Mas, acatando idéia de Miguel Reale, foi alterada a denominação do instituto para *poder familiar*, para conformar-se com o

6 PONTES DE MIRANDA. *Tratado de Direito Privado*, tomo IX, § 976, p. 110, Ed. Borsoi, Rio, 1971.

7 *Código Civil Argentino*, art. 264, p. 104, Ed. Ricardo de Zavalia, Buenos Aires, 1999.

preceito constitucional que estabelece a plena igualdade de direitos e deveres entre homem e mulher na sociedade conjugal (Const. Art. 226, § 5º), entendimento que foi adotado pelo legislador sob o fundamento de que a denominação anterior privilegiava a situação do pai perante os filhos, dando a impressão, à primeira vista, de que a mãe poderia exercer papel menos importante em relação aos filhos.

No entanto, no sistema pátrio, o conceito de *poder familiar* vem da doutrina, pois na visão originariamente adotada pela codificação civil anterior (art. 380), era a instituição concebida como *o complexo de direitos que a lei confere ao pai sobre a pessoa e os bens dos filhos*.

Mas, com as modificações introduzidas na lei nacional, e especialmente com o chamado Estatuto da Mulher Casada (Lei nº 4121/62), que modificou a redação do pré-citado artigo 380, competia aos pais o então chamado *pátrio poder*, exercendo-o o marido com a colaboração da mulher. É que, também sociologicamente e filosoficamente, não se justificava que a mãe não tivesse iguais direitos e deveres. A lei acabou por reconhecê-los.

Esse conjunto de direitos, a que se refere o conceito acima, tem caráter tutelar e protetivo no direito moderno, visando mais o interesse do filho que, em razão de sua idade precoce, necessita de um orientador ou protetor. Não mais se dirige à tutela de interesse do *pater*, como no direito antigo. A autoridade dos pais sobre os filhos não se

reveste só de conteúdo jurídico, mas também de conteúdo moral e sociológico, pois é emanção de um poder que emerge de um núcleo social, tal como é a família, ou uma entidade familiar, hoje reconhecida pela nossa Carta Política de 1988 (art. 226, §§ 3º e 4º) que abrange não só as uniões de fato estáveis, como a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

Quanto à denominação do instituto do *poder familiar*, ocorreram, no transcurso dos tempos, as mais variadas alterações, a começar por Roma, onde a *patria potestas*, era atribuída ao *Pater familias*, com dessemelhanças quanto à estrutura, objeto e fins da instituição moderna.

No período dos Séculos Mudos (séculos V a XI), decorrente da invasão dos bárbaros e a decadência do Império Romano do ocidente, em 476 d.C., e ainda com o renascimento do direito justinianeu com a Escola de Bolonha, no ano 1088, não se registraram modificações sensíveis na *patria potestas* originária, como, de resto, alterações dignas de nota não ocorreram no período do *utroque jus*, chamado direito universal da humanidade, aplicável onde não houvesse direito foral local.

Nas legislações modernas, alterou-se principalmente o conteúdo dessa instituição familiar, passando-se a conceber nela não mais certas vantagens advindas para os genitores, mas o interesse e proveito dos filhos que também sobremaneira importam os interesses de uma convivência har-

mônica da sociedade familiar e da sociedade como um todo.⁸

Nos tempos modernos, a primeira codificação que abordou o instituto, sob a denominação de *puissance paternelle*, foi o Código Napoleão de 1804, que assim o nominou originariamente nos artigos 371-387, segundo a lição dos Mazeaud,⁹ posteriormente alterada para *autorité parentale*; no direito alemão, foi adotado inicialmente a denominação de *patria potestad* nos §§ 1.626-1.698, para os filhos matrimoniais e nos §§ 1.705-1.717, para os filhos extramatrimoniais, tendo sido alterada para *elterliche Gewalt* ou *cuidado paterno*, ambas na tradução espanhola;¹⁰ no Código Italiano, segundo os textos dos artigos 315-342, o instituto denomina-se *potestà genitoria*, como bem explica Bianca, em sua obra.¹¹ No entanto, há na doutrina italiana autores, como Foschini e Nicolosi, que defendem a denominação *patria potestà*, segundo revela Cunha Gonçalves.¹²

Na legislação civil portuguesa a autoridade dos pais em relação aos

filhos, segundo dispõem os artigos 1.878-1.926, do Código Civil, é denominada *poder paternal*, divergindo flagrantemente do direito romano, no qual a *patria potestas* significava *uma couraça jurídica do pai, a quem o filho ficava sujeito ainda que fosse de maior idade e não carecesse de sua proteção*,¹³ ao passo que em Portugal, era, como hoje, uma instituição tutelar do filho, que apenas ordena e fiscaliza a vida do filho e confere-lhe as benesses da criação, educação e segura orientação.

Nas legislações de países de idioma espanhol, como na própria Espanha, na Argentina, no Uruguai, no Chile, Paraguai e em outros países hispano-americanos, a autoridade paternal recebe a denominação de *patria potestad*. No Código Civil espanhol, encontra-se nominada nos artigos 154-171; na codificação civil argentina, nos artigos 264-310; na lei civil uruguaia, nos artigos 252-301; no Código Civil chileno, nos artigos 243-268 e na legislação civil paraguaia, a instituição

8 CUNHA GONÇALVES. *Tratado de Direito Civil*, vol. II, Tomo I, n° 198, p. 421, Ed. Max Limonad, S. Paulo, 1955.

9 MAZEAUD e MAZEAUD, *Leçons. Tome Premier*, n° 1136-1190, p. 506-542, Ed. Mentchrestien, Paris, 1967.

10 ENNECERUS, KIPPY e WOLFF. *Tratado de Derecho Civil*, Tomo 4° - Derecho de Familia, trad. esp., § 10, p. 76, Ed. Bosch, Barcelona, 1979; HEINRICH LEHMANN - Derecho de Familia, trad. esp., vol. IV, p. 31, Editorial *Revista de Derecho Civil*, Madrid, 1953.

11 MAXIMO BIANCA, *Diritto Civile*, Tomo II - *La Famiglia e lè Successioni*, n° 151, pp. 285-286 Giuffrè editore, Milano, 2001.

12 LUIS DA CUNHA GONÇALVES, *Idem*, *ib.*, p. 421, nota n° 490.

13 LUIS DA CUNHA GONÇALVES, *Idem*, *ib.*, p. 422.

da *patria potestad* encontra-se regulada por lei especial, a Ley nº 903/81, que trata do Código do Menor, segundo dispõe o artigo 248, do Código Civil daquele país.

3. DA ORIGEM E EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA INSTITUIÇÃO

A origem primeira da autoridade parental dos pais em relação aos filhos seus deve recuar aos mais remotos tempos, não se podendo deixar de lembrar, quiçá, ao fato bíblico da criação do homem sobre a terra, nas figuras de Adão e Eva, constante no Livro do Gênesis, que diz: *Faça-se o homem à nossa imagem e segundo a nossa semelhança, para que domine, sobre os peixes do mar, sobre as aves do céu, sobre os animais de toda a terra e sobre todos os répteis que rastejam sobre a terra, dizendo Deus em seguida às suas criaturas: Sede fecundos, multiplicai-vos, enchei a terra e submetei-a.*

E em razão dessa sentença divina, Adão e Eva procriaram, nascendo de sua união Caim e Abel. Sobre eles, à evidência, embora a omissão do registro

bíblico, exerceram os genitores um *primevo poder familiar*, não obstante não haverem conseguido evitar o sacrifício extremo do segundo, pela malevolência do primeiro, que recebeu a reprovação divina.

Com um grande salto histórico, a partir do registro bíblico, deve ser referido que a consubstanciação da autoridade paternal sobre a pessoa do filho, verificou-se já em época pré-romana pelos hebreus, persas, gálatas e em geral pelos povos pré-clássicos, consoante revelações de Aristóteles (*Ethic a Nicômaco*, VIII, 10) e de César (*Commentarii De Bello Gallico*, VI, 19), a que a generalidade dos romanistas se referem.¹⁴

Mas é em Roma, na expressão de Gaio, que a *patria potestas* se apresenta mais aperfeiçoada e institucionalizada, embora existam diferenças notáveis entre a instituição romana e a que experimentou evoluções nos períodos temporais intermediários do direito comum (*utroque jus*), do direito moderno, até alcançar-se o advento da chamada pós-modernidade.¹⁵

Porém, não discordam os tratadistas de que Gaio pretendeu referir-se aos escravos, os quais, segundo o acatado

14 EUGÈNE PETIT. *Tratado Elemental de Derecho Romano*, trad. esp., nº 83, p. 143-144 e nota 2, Editorial Albatroz, Buenos Aires, 1970.

15 É de GAYO, vertida em língua vernácula, a seguinte manifestação: Também estão sob a nossa potestas nossos filhos, isto é, aqueles que procriamos no matrimônio. Este direito é próprio dos cidadãos romanos, pois quase não existem povos que tenham um tal poder sobre seus filhos como o que nós temos, isto é, o que o consagrado Adriano declarou em edito que dirigiu aos que pediam para si e para seus filhos a cidadania romana. Não olvido, todavia, que nação dos gálatas tenha acreditado que os filhos estão sob o poder dos pais. (*Instituciones*, 55, versão bilíngüe latim-espanhol, Editorial Civitas SA, Madrid, 1985).

jurista clássico revela no parágrafo anterior de suas *Institutas*, também estavam sob a autoridade paternal de seus senhores, embora em condições menos vantajosas que a dos *filii familias*.

Dessa situação não dissente a doutrina romanista, isto é, de que *filii* e *servi* submetiam-se ao poder do *pater familias*. Mas, de igual modo, não se discute que na patriarcalidade havia distinções entre a *potestas* e o *dominium* relativamente ao escravo, pois o poder dominial para o último consubstancia-se numa relação de direito patrimonial, na qual o *servus* não era senão um objeto do direito, como qualquer coisa, enquanto perante a potestade era o mesmo figurante de uma relação jurídica que lhe reconhecia a condição humana.¹⁶

Durante os primeiros séculos da idade romana, o poder paternal fez do chefe de família um sacerdote que presidia o culto familiar e um verdadeiro magistrado doméstico, que tomava as mais variadas decisões, sendo-lhe facultado executar sobre seus subordinados as penas mais rigorosas. Eram-lhe permitidos, v.g., o poder *vitae et necis*, o de vendê-los a terceiros e o de abandoná-los a qualquer sorte, ou ainda,

o de entregá-los como indenização *noxae deditio*. Esta situação imperou durante todo o período régio e, embora com moderações, no período republicano, quando o poder do chefe para determinar a morte do filho que estava sob sua potestade, devia contar com os parentes mais próximos ou com pessoas importantes, tais como senadores, consoante o relato de Aulus Gellius (*Noctes Attices*, V, 19) e o testemunho de autores da historiografia do Direito.¹⁷

Todavia, a partir do Principado, foram relaxados muitos abusos do poder paternal, havendo Adriano, que subiu ao trono, no ano 117 d.C., expedido um edito que castigava um *pater* à pena de expatiação, por haver matado seu filho, culpável de adultério com a sogra. E já no final do segundo século da era cristã os poderes do *pater familias* estavam reduzidos a um modesto direito de correção, de tal modo que ensejou uma significativa máxima do jurisconsulto Marciano, inspirada na filosofia estoica: *Nec patria potestas in pietate debet, nec atrocitate consistere*.

Na época de Antonino Caracala, no início do século III da era cristã, foi declarada ilícita a venda dos filhos, havendo Diocleciano (285-305) d.C.)

16 VITTORIO SCIALOJA, *Corso di Istituzioni di Diritto Romano*, p. 265-266, Ed. Anônima Romana Editoriale, Roma, 1934.

17 FUSTEL DE COULANGES, sobre o assunto assim se manifestou: Le père est le premier près du foyer; il l'allume et l'entretien; il en est le pontífice. Dans tous les actes religieux il remplit la plus haute fonction; il égorge la victime; la bouche prononce la formule de prière qui doit attirer sur lui et les siens la protection des dieux. La famille et le culte se perpétuent par lui; il représent à lui seul tonte la série des descendants. Sur lui repose le culte domestique (*La Cité Antique*, p. 94, Édition Hachette, Paris, 1881).

proibido qualquer tipo de alienação dos *fili*, fosse mediante venda, doação ou empenho (garantia). O sucessor deste, Constantino (306-337), influenciado pela doutrina da Igreja Católica do Ocidente, a que se converteu no Edito de Milão, em 313 d.C., decidiu que, em qualquer caso, todo aquele que tivesse mandado matar seu filho, seria castigado como parricida.¹⁸

Todos os componentes da família estavam unidos pelo vínculo da *agnatio*, ou parentesco civil, eis que nos primeiros tempos irrelevante tornou-se o vínculo da *cognatio*, ou parentesco consanguíneo. Esta veio adquirir real importância somente na primeira metade do século IV, com Constantino e sob as instâncias da Igreja, como se viu. Finalmente, com Justiniano (527-565 d.C.), desapareceu, de modo definitivo, a *agnatio*, restando suficiente a *cognatio* para estabelecer os vínculos de família.¹⁹

Destarte, na família romana incluíam-se pessoas estranhas à gênese familiar hoje concebida pelo direito moderno, no que se é levado a concluir que o conceito antigo de *poder familiar* apresentava-se sobremodo discordante em relação ao atual, porquanto é no complexo familiar que se apóia. E há entre tratadistas de tomo a advertência de que *comparando-se o paternal poder na forma como se apresentava*

na antiga Roma, com o mesmo instituto na roupagem que hoje o reveste, nota-se uma tão profunda modificação em sua estrutura, que não se pode acreditar se trate da mesma instituição. Com efeito, a idéia que se tem é a de que o tempo provocou uma evolução tão radical em seu conteúdo, que afetou a própria natureza do poder paternal, segundo doutrinadores pátrios, entre os quais Silvio Rodrigues.²⁰

Na Idade Média, registra-se um conflito entre a orientação transmitida através da legislação justiniana que prevaleceu nos países de direito escrito, de um lado, e de outro, a linha do antigo direito germânico, muito mais branda e inspirada mais no interesse do filho do que no do pai, que vigeu nos países de direito costumeiro. Enquanto o Código Napoleão seguiu a linha germânica, o direito português das Ordenações seguiu a orientação romana, porém, já com os abrandamentos que o instituto sofreu através dos tempos. E é nesse sentido que se caracteriza o *poder familiar* no direito moderno, onde se transformou em instituição de caráter protetivo das pessoas que, tendo vínculo consanguíneo ou civil com outrem que lhes deve proteção, encontrem-se impossibilitadas parcial ou totalmente para dirigir suas vidas e exercitar seus direitos.²¹

18 EUGÈNE PETIT, ob. cit. nº 83, p. 145-147 e notas 4 e 5.

19 GAETANO SCHERILLO, *Corso di Istituzioni di Diritto Romano*, Vol., I, § 13, nºs 29-31, p. 180-201, Edizione La Goliardica, Milano, s/data.

20 SILVIO RODRIGUES – *Direito Civil* – Direito de Família, Vol. 6, nº 172, p. 395, 27. ed. Saraiva, S. Paulo, 2002.

21 SILVIO RODRIGUES, ob. cit., vol. 6, nº 172, p. 397.

No âmbito do direito europeu-conti-
nental, a doutrina francesa, com base nas
disposições do Código napoleônico,
concebeu a então *puissance paternelle*
da seguinte maneira, na tradução portu-
guesa: *O poder paternal é o conjunto*
de poderes e de direitos que a lei con-
fere ao pai e à mãe sobre a pessoa e
bens de seus filhos, para lhes permitir
*satisfazer os próprios deveres.*²² O
instituto do *poder familiar* denomina-
se atualmente no sistema francês
autorité parentale.

Há que se entender que os direitos
representam uma situação conseqüente
aos deveres, mas é certo que no *poder*
familiar, como de resto nos demais
direitos protetivos, a plêiade de deveres
é de maior abrangência que a dos
direitos. Essa é a filosofia adotada pela
lei pátria, recolhida mesmo de mani-
festação dos tribunais, pois já ante-
riormente à edição do nosso primeiro
Código Civil, em julgado de 6 de
novembro de 1909, o Tribunal de Justiça
de São Paulo concebia o *poder*
familiar como o conjunto de direitos e
poderes que a lei concede aos pais,
sobre a pessoa e bens dos filhos
menores, para que possam cumprir os
seus deveres, ocasião em que reputava
conseqüentes aos direitos os deveres.²³

4. DO CONCEITO DE FAMÍLIA E ENTES AFINS

Como registra Fustel de Coulanges,
se nos reportarmos ao pensamento
histórico do passado, encontraremos,
sem dúvida, em cada lar um altar, ao
redor do qual estava reunida a família,
em cada manhã, para realizar suas
preces ao fogo sagrado, e, ainda ao
redor do altar, para as refeições, e à
noite, para invocar a proteção dos
deuses mais uma vez.²⁴

O princípio da família, na Antigüi-
dade Clássica, não era o afeto natural,
pois este, embora existisse no fundo dos
corações, não era relevante para o di-
reito. Deste modo, o que unia os mem-
bros da família antiga era algo mais
poderoso que o nascimento, que o
sentimento, que a força física, mas
primordialmente a religião do fogo
sagrado e dos antepassados, de modo
que a autoridade paterna ou marital
restava longe de ter sido a causa
primeira da constituição da família,
porque esta originou-se da religião.²⁵

Transitou a família e se fez presente
em todos os séculos, não se podendo
olvidar que o seu primeiríssimo gérmen
reside no registro bíblico, no livro do
Gênesis, a criação dos primeiros seres

22 EMMANUEL VERGÉ e GEORGES RIPPERT – *Nouveau Répertoire de Droit*, tome III,
p. 667, Ed. Dalloz, Paris, 1949.

23 PONTES DE MIRANDA, ob. cit., tomo IX, §§ 974-976, p. 105-113.

24 FUSTEL DE COULANGES – *A Cidade Antiga*, trad. port. de Frederico Ozenam Pessoa
de Barros, vol. I, p. 69, Editora das Américas, S. Paulo, 1961.

25 FUSTEL DE COULANGES, ob. cit., p. 70.

humanos nas figuras de Adão e Eva e de seus filhos Caim e Abel, como já se lembrou supra.

Todavia, percorridas largas passadas históricas, vai-se encontrar a família com certa estrutura e organização em Roma, onde teve presença efetiva. E no sistema romano, sob a autoridade do *pater familias*, tinha ela uma constituição complexa, formada pela *cognatio* e pela *agnatio*, resultante a primeira, do parentesco consanguíneo, entre pais e filhos, e a segunda, sem relação de consanguinidade, emergente de um liame estabelecido pelo *jus civile* de pessoas que se agregavam ao *pater*, situação que, na atualidade, pode ser caracterizada como parentesco civil.

Na época moderna, desapareceu a *agnatio* do modelo romano, ainda que seu gérmen esteja configurado no atual instituto da adoção, mas com conteúdo e efeitos bastante diversos daqueles da Antigüidade Clássica.

No estágio em que vive a humanidade, abandonado o modelo da família patriarcal, a família moderna apresenta uma acepção sócio-jurídica, com duas formações distintas. Uma restrita, composta de pais e filhos de qualquer origem, consanguíneos e adotivos, e outra, mais abrangente, constituída pelos pais, filhos consanguíneos e adotivos e, ainda, por todos os parentes ligados por relação de sangue em linha reta e cola-

teral e pelos integrantes do parentesco afim. A primeira composição é, habitualmente, chamada *família nuclear*²⁶ e a segunda será mais adequado denominá-la *família pluriparental*.

De qualquer maneira, a família moderna, sob o modelo restrito, tem como papéis precípuos a preservação de uma moral familiar fundada na sedimentação de sentimentos afetivos e na perpetuação da espécie pela geração da prole. E esta deve ser gerada mediante relações sexuais, enobrecidas por foros de moralidade e dignidade humana para alcançar os demais fins que adornam e enriquecem a personalidade dos seus componentes,²⁷ podendo ainda a filiação ser obtida por meio de procriações artificiais, visando a atender os interesses humanos e sociais daqueles casais que por questões de saúde não podem gerar filhos biológicos.

Filiada à família *Civil Law* do direito europeu-Continental, que é de origem romano-canônica, a nossa legislação apresenta, na configuração da instituição da família, quatro ordens de relações: a *relação conjugal*, a pertencente ao *parentesco por consanguinidade*, a relativa ao *parentesco civil* e, por último, a que diz com o *parentesco afim*.

A *relação conjugal* é a célula-mater composta por marido e mulher, formando o núcleo base da família natural, constituída pelos pais e filhos, porque fundada na

26 É a denominação proposta por CARLOS ALBERTO BITTAR – *O Direito Civil na Constituição de 1988*, p. 61, Ed. Revista dos Tribunais, S. Paulo, 1990.

27 MÁRIO AGUIAR MOURA – *Concubinato*, nº 3, p. 19, 3. ed., Editora Síntese, Porto Alegre.

afinidade entre os cônjuges e na consanguinidade entre estes e a prole. Conquanto não seja a relação conjugal uma relação de sangue, acha-se congregada mediante uma fusão física, espiritual, afetiva, solidária e duradoura, de modo a formar o suporte psicológico e material da família, cercanda de uma relevância tal, no mundo dos valores, que leva a doutrina a recitar, em sua defesa, um hino de louvor, qualificando-a como *núcleo fundamental e irreduzível das nações, manancial perene de virtudes privadas e públicas, miniatura do Estado..., instituição milenária e universal que espíritos insensatos, desvairados e perversos têm procurado dissolver; numa progressiva relaxação, sacrificando ao egoísmo e aos vícios dos indivíduos os superiores interesses da coletividade.*²⁸

O *parentesco consanguíneo* é o vínculo que se estabelece entre pessoas que descendem uma da outra ou todas de um tronco comum, fundando-se numa comunidade de gerações. O primeiro tipo de relação parental constitui o parentesco em linha reta; o segundo, o colateral ou transversal, ou em linha oblíqua. Ambos formam o parentesco consanguíneo.

O *parentesco afim*, que se fixa por determinação da lei (C. Civil, art. 1.295), é o liame jurídico que se opera entre um dos consortes e os parentes consanguíneos do outro, sendo ilimitado na linha reta e restrito na colateral, até o segundo grau (Cód. Civil, art. 1.595 e §§ 1º e 2º). Este não integra a família natural ou biológica.

O *parentesco civil* resulta da adoção e constitui-se no vínculo jurídico que une o adotante e o adotado. Há agora apenas a adoção plena, regulada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90), e pelo Código Civil de 2002 (arts. 1.618 a 1.629), a qual se opera mediante processo e sentença judicial. O filho passa, a partir do ato de adoção, a integrar-se no seio de uma família legítima, ou seja, aquela que se constitui segundo a lei civil.

Além do módulo familiar fundado no casamento civil ou no casamento religioso com efeitos civis, há que se considerar a existência de outros módulos afins à família, aos quais reconhece a lei a categoria de *entidade familiar*, alinhando-os como entes equiparados à família tradicional milenarmente reconhecida e regulada pela ordem jurídica. Tais são a união estável entre homem e mulher, sem impedimentos para o casamento, e a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, consoante as definições contidas nos §§ 3º e 4º do artigo 226 da Constituição Federal, denominadas *entidades familiares*, sendo que a doutrina optou por chamar a última *entidade familiar monoparental*.

Pela composição que apresentam estas, reunindo em seu núcleo os companheiros e a prole eventual, por um lado, ou a comunidade formada por um dos pais e seus descendentes, por outro, pode-se conceber que nestas duas figuras, admitidas pela sociedade e reconhecidas pela ordem jurídica, contêm-

28 LUIS CUNHA GONÇALVES, idem, ibidem, vol. I, tomo I, p. 243.

se os elementos necessários à formação de uma *família natural*, equiparada à que é constituída pelo casamento.

Acresça-se que o ECA (Estatuto da Criança e do Adolescente, artigos 28 a 32) fala em um ente, que denominou *família substituta*. Mas, na verdade, esta não é outra entidade nova, senão a própria família tradicional e os entes a esta equiparados, como a entidade familiar formada por união estável e a entidade familiar monoparental, que recebem uma criança ou adolescente mediante guarda, tutela ou adoção, independentemente da situação jurídica daquele que em qualquer dessas categorias é recebido.

Segundo a dita lei especial (art. 28), é através dos instrumentos da guarda, ou da tutela, ou da adoção plena que se constitui o ente chamado *família substituta*, hábil a abrigar menor carente de família natural ou em estado de abandono.²⁹

De tudo o que se acabou de examinar, há que se concluir, que a família tradicional e as entidades familiares, incluídas nestas a constituída pela *união estável* e a chamada pela doutrina *entidade familiar monoparental*, constituem

os sustentáculos em que basilaramente se apóia, se desenvolve e esse perfectibiliza a instituição do *poder familiar*.

No sistema francês existe o *Conseil de Famille* (Code Civil, arts. 407-416), que se constitui após a morte de um ou de ambos os pais, com a finalidade de opinar acerca das atribuições da *tutela*, que se constitui na falta da *autorité parentale*, na defesa dos interesses do menor, inclusive no que diz com a escolha do tutor, no caso de falecimento dos dois ou de apenas um dos genitores, havendo mais de um ascendente habilitado a exercer a *tutela* (Code Civil, art. 403). Este conselho é composto de quatro a seis membros, escolhidos entre os ascendentes, colaterais e demais pessoas ligadas por estreita amizade à família do menor, dele não participando nem o juiz, nem o tutor (Code Civil, art. 407). Segundo a doutrina, o Conselho de Família francês tem as características de pessoa moral.³⁰ Tendo como fonte o sistema francês, a mesma instituição do Conselho de Família (*Familienrath*) foi acolhido também pela codificação civil alemã.³¹ No direito pátrio, embora fosse objeto

29 Sobre o tema, v. PAULO LÚCIO NOGUEIRA – *Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado*, p. 37 e segs., Saraiva, S. Paulo, 1991.

30 A respeito do Conseil de Famille francês, V. RENÉ SAVATIER – *Cours de Droit Civil*, tomo I, nºs 473-477, p. 241-243, Édition LGD, R. Pichon et R. Durand – Auzias, Paris, 1947.

31 A instituição do Conselho de Família na Alemanha foi regulada no BGB, §§ 1.858 a 1.881, tendo o primeiro, na tradução espanhola, a seguinte redação: § 1.858: Un Consejo de Família debe ser instituído por el Tribunal de Tutelas, si el padre o la madre legitima del pupilo han ordenado la institución V. ENNERCERUS, KIPPY WOLFF – *Tratado de Derecho Civil*, trad. esp., apêndice – *Código Civil Aleman* (BGB), p. 381-385, Bosch Casa Editorial, Madrid, 1955; Heinrich Lehmann – *Derecho de Família*, trad. esp., p. 474-475, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1953.

de algumas cogitações genéricas, a dita instituição não tomou corpo. O Conselho Tutelar, criado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90, arts. 131 a 140) não tem similitude com o Conselho de Família alemão.

5. DOS CARACTERES DO PODER FAMILIAR

O *poder familiar* qualifica-se como situação jurídica de natureza peculiar do ponto de vista técnico, por estar constituído por um complexo de direitos e deveres atribuídos às personagens que nele atuam. Diante dessa perspectiva, apresenta características próprias que o distinguem de outros institutos semelhantes de caráter protetivo.

Em primeiro lugar, não se desenvolve o poder paternal numa relação jurídica com direitos e obrigações correlatos. Embora a faculdade de agir dos pais possa corresponder a um dever do filho, não se estabelece entre eles uma relação do tipo obrigacional, tal qual a que se forma entre credor e devedor, nem nele se pode enxergar, na sua feição moderna, um direito real sobre a pessoa do filho, como inicialmente ocorria no sistema romano. Destarte, o *poder familiar* constitui um *minus* imposto pelo Estado aos pais, que transcende o direito privado e se transfere para o âmbito do direito público. É o *poder*

familiar pela doutrina considerado um *direito-função*, um poder-dever que se colocaria em posição intermédia entre o *poder* e o *direito subjetivo*,³² caracterizando-se, *ab initio* por ser *personalíssimo* em relação à pessoa dos pais e, em consequência, estar protegido por *inalienabilidade*, *irrenunciabilidade*, *imprescritibilidade* e *indisponibilidade ou indelegabilidade*.

Todas essas cláusulas restritivas ao poder-dever dos titulares do *poder familiar* decorrem da natureza da instituição, segundo a qual os pais têm o encargo, que lhes é imposto por lei, de defender com a maior presteza os direitos e interesses de toda ordem dos filhos.

A *imprescritibilidade* quer significar que o *poder familiar* dos pais não decai pelo só fato destes deixarem de exercê-lo por certo tempo, pois, de regra, todos os direitos pertinentes à família são imprescritíveis, ou melhor, não decadenciais, salvo as exceções referidas na lei, entre as quais não se incluem as situações que dizem respeito ao exercício do *poder familiar*.

A *indisponibilidade* do dever dos titulares quanto ao exercício desse poder parental resulta como decorrência necessária e lógica da *inalienabilidade*, restrição que veda aos pais o direito de alienar, hipotecar, ou gravar de ônus real os imóveis dos filhos, nem contrair, em nome deles, obrigações que

32 ORLANDO GOMES – *Direito de Família*, nº 229, p. 368, 7. ed., Forense (4ª tiragem), Rio, 1992.

ultrapassem os limites da simples administração, segundo Pontes de Miranda.³³

No que diz com a *irrenunciabilidade* ao exercício da instituição, já se manifestou a jurisprudência que dela não se pode cogitar, nem mesmo nos casos de separação judicial, divórcio, nulidade ou anulabilidade de casamento, segundo a regra dos artigos 1.583 e 1.584, da codificação atualmente vigente, nem, tampouco, é suscetível de ser objeto de transação, devido à sua *indisponibilidade*.³⁴

A restrição da *indelegabilidade* da instituição do *poder familiar* quer significar que não é permitido aos titulares desse tipo de poder-dever parental, delegá-lo a quem quer que seja, e por qualquer forma admitida em direito para a delegação a outrem de atos ou negócios jurídicos privados e isso pelo fato de representar o *poder familiar* situação que retrata um valor de alta transcendência para os filhos e, ainda, por que a ordem jurídica elege exclusivamente a pessoa dos pais para exercerem esse poder-dever, devido ao liame parental e ao estreito laço afetivo que é interagido entre pais e filhos.

Por fim, o talhe restritivo que caracteriza o *poder familiar* como *personalíssimo* referentemente às pessoas do pai e da mãe, que o exercem com exclusividade. Por tal razão, não é lícito a estes despirem-se, abdicar ou de qualquer modo afastar-se espontaneamente do seu exercício. Em decorrência

de tal restrição, não pode o *poder familiar* ser objeto, nem mediante negócio jurídico privado, nem de sucessão *mortis causa*.

Aliás, no caso de extinção da instituição, por morte do pai e da mãe, também extinto resulta o dito poder parental, hipótese em que é substituído pela figura da *tutela*, segundo as disposições do artigo 1.728 da atual codificação civil, restando os filhos, em tal caso, sob a autoridade de um tutor, nomeado por testamento ou outro documento autêntico dos pais falecidos, na forma do artigo 1.729 e parágrafo único da mesma codificação civil, ou, ainda, mediante intervenção do Ministério Público e sentença judicial.

Em derradeiro, caracteriza ainda o instituto do *poder familiar* o fato de ensinar, entre os personagens que dele participam uma relação de autoridade e de sujeição, pois enquanto os genitores exercem uma atividade de comando, os filhos devem sujeitar-se ao dever de obediência.

6. DOS TITULARES E DOS BENEFICIÁRIOS DO PODER FAMILIAR EM FACE DAS INSTITUIÇÕES QUE LHE SERVEM DE BASE

Relativamente aos sujeitos que integram a relação jurídica de *poder familiar*, cabe referir que nela se agrupam no pólo ativo um ou dois persona-

33 PONTES DE MIRANDA – *Tratado*, tomo IX, § 980, p. 123, Edição Borsoi, Rio, 1971.

34 Ver PONTES DE MIRANDA, *idem*, *ib.*, § 976, p. 113.

gens, pai e mãe, que exercem esse poder-dever, enquanto no pólo passivo um ente humano ou uma pluralidade de entes humanos, que recebem o benefício da atuação dos primeiros, até a maioria plena ou emancipação, devendo-se referir que leis tributárias, especialmente as do imposto sobre a renda, bem como previdenciárias, têm admitido a dependência econômica de filhos matriculados em cursos de ensino superior, até 24 anos, o que não deixa de ser uma *longa manus* parcial do *poder familiar*, em âmbito de proteção econômica.

Destarte, dependendo do elenco de filhos que integram o núcleo familiar, a relação jurídica pode ser *simples* ou *complexa*. *Simples*, se o casal, o pai ou a mãe, tiver apenas um filho; *complexa*, na hipótese inversa, quando os consortes, ou um deles individualmente tiver mais de um descendente. Como se vê, a complexidade opera-se sempre no pólo passivo, porquanto no pólo ativo não pode haver mais de um pai ou de uma mãe.

Deve ser salientado que a complexidade no pólo passivo da relação de *poder familiar* deve-se não à pura e simples pluralidade de filhos, mas à diversidade de modo de ser, de sensibilidades, de aspirações e de graus de afetividade, apontados pela psicologia e até pela antropologia, que cada filho pode manifestar perante os pais, cabendo a estes perscrutar a maneira mais

adequada para resolver as diferenças individuais de cada qual, sem afetar a harmonia do núcleo familiar.

Na vigência da nossa codificação civil de 1916 estava estabelecido no artigo 380, que o exercício do então chamado *pátrio poder* competia aos pais, denotando claro acolhimento da doutrina e legislação francesas, expressadas no artigo 373 do Code Napoleon, que estabelecia competir a titularidade para o exercício do instituto, lá atualmente denominado *autorité parentale*, aos pais em conjunto ou a um deles, em falta do outro.³⁵

A atual codificação civil pátria de 2002, alterou a denominação do instituto para *poder familiar*, como já se registrou supra. Todavia, estabelece que a titularidade dos pais em estado de casados e dos companheiros em união estável é conjunta, abrangendo pai e mãe, salvo na falta e um deles, situação em que o exercício do poder/dever concentra-se na pessoa do remanescente.

Sem dúvida, a base primeira e preponderante em que se apóia a instituição do *poder familiar* está no casamento civil e no religioso com efeitos civis, devido a estabilidade e a segurança de que se reveste a instituição matrimonial, pois esta se acha fundada na afinidade íntima entre marido e mulher e na relação de consangüinidade que provém da geração

35 EMMANUEL VERGÉ e GEORGES RIPPET, ob. cit., tomo III, p. 667, Ed. Dalloz, Paris, 1949. O artigo 372, tem a seguinte redação: *Lês père et mère exercent en commun l'autorité parentale.*

da prole. E deve ser observado que, conquanto não se configure vínculo consanguíneo entre os cônjuges, achasse caracterizado o casamento por uma fusão física, espiritual, afetiva, solidária, vitalícia e tendente à perpetuidade, sendo formadora de verdadeiro suporte básico da família.³⁶

É de se notar que, devido à evolução social, política e cultural verificada nos tempos moderno e pós-moderno, vem a família sendo objeto da contemplação dos Estatutos fundamentais dos Estados da comunidade internacional e também na nossa Constituição, no sentido de introduzir alteração na estrutura, na organização e na manutenção da família, estabelecendo, inclusive, a plena igualdade entre os cônjuges e a paridade de direitos entre os filhos havidos ou não no casamento. E, por conceber o poder político ser a família formada pelo casamento o ente que constitui a célula fundamental em que repousa a estabilidade e a solidez do complexo social como um todo e inclusive o do próprio Estado, é que vem este com ela se preocupando profundamente.

Por tais fundamentos, nada mais razoável, equânime, coerente e justo constituir-se na família matrimonial a base mais serena, sólida e segura do *poder familiar*, objeto deste trabalho.

Mas, como já se referiu acima, os Estatutos políticos e a legislação infraconstitucional vêm também admitindo

outras entidades paralelas e equiparadas à família tradicional formada pelo casamento civil, como o faz a nossa Constituição Federal de 1988. Destarte, afora a relação matrimonial fundada no casamento, que ainda é a regra, encontram-se reconhecidos pela nossa Carta Política (art. 226, §§ 3º e 4º) outros módulos assemelhados à família e denominados *entidades familiares*, que desde muito já conviviam no contexto social, inclusive mediante o beneplácito da jurisprudência, quanto à *relação patrimonial*, mas sem o expresse, reconhecimento da lei, quanto à *relação de natureza pessoal*, como era o caso da *união de fato*, pela doutrina denominada *concubinato puro*. O legislador constitucional, reconhecendo a existência de fato dessa união, desde os mais remotos tempos, tanto no âmbito das sociedades alienígenas, como no seio da nossa sociedade, conferiu-lhe juridicidade, chamando-a de *união estável*, constituída por pessoas de sexo oposto, desimpedidas para o casamento, e caracterizada pela convivência pública, contínua e duradoura (Cód. Civil, art. 1.723 e §§), equiparando-a ao casamento civil.

Pois bem, a segunda base em que se apóia a instituição do *poder familiar* está na entidade familiar formada por um homem e uma mulher, constituindo uma *união estável*, a cujos componentes defere a lei a titularidade para

36 V. CARLOS SILVEIRA NORONHA, artigo de doutrina denominado Fundamentos e evolução histórica da Família na ordem jurídica, in *Revista Direito & Justiça* da Faculdade de Direito da PUC-RS, vol. 20, p. 68-69, Ano XXI, 1979.

exercerem esse poder-dever em relação à pessoa de seus filhos, atuando os companheiros em conjunto, ou um deles com exclusividade, na falta ou no impedimento do outro.

Além dos entes supra mencionados, há que se referir a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, a que a Constituição também reconhece e a categoriza como *entidade familiar*, à qual a doutrina convencionou chamar *entidade familiar monoparental*.

Há que se observar, que essa denominação não é muito feliz, porquanto, havendo a Lei maior se reportado a *descendentes*, pode esta categoria de parentes em linha reta abranger não só os filhos, como estender-se a netos, bisnetos, etc., de vez que o parentesco em linha reta é ilimitado, projetando-se para o infinito. Assim sendo, diante da abrangência da regra constitucional, poderá vir a ocorrer no caso concreto, uma situação de *pluriparentalidade* ao invés de uma *monoparentalidade*, como propõe a dita doutrina.

Mas, de qualquer maneira, o pai ou a mãe, que reunir sob seu amparo descendentes seus, constitui-se titular do exercício do poder/dever em relação aos descendentes, formando, assim, a terceira base em que se ampara o *poder familiar*. No entanto, já que qualquer daqueles o exerce individualmente, se ocorrer a hipótese de perda do poder-dever, por qualquer circunstância, inclusive pelas causas constantes no artigo 1.638 do Código Civil, os descendentes passarão ao regime de *tutela*,

diante da inexistência de outro ascendente para exercer o encargo.

Além da relação matrimonial e das entidades familiares admitidas e tuteladas pela lei, outros entes têm sido, à margem do texto constitucional e da legislação infraconstitucional, proclamados como tais por parcela da doutrina e da jurisprudência, pretextando equipará-los aos modelos familiares contemplados no texto constitucional e na lei civil.

Com efeito, deve-se salientar que as uniões de fato entre pessoas do sexo oposto, ainda que formadas à margem da lei, justificadas pelas correntes doutrinárias e jurisprudenciais pelo seu *caráter afetivo* não estariam, *a priori*, militando em agressão às leis da natureza, porque ocorrem entre pessoas com diversidade de sexo. No entanto, controvertem a ordem jurídica civil, porquanto esta só acolhe e tutela os modelos que se constituem em conformidade com seus princípios e regras. Por outro lado, e com maior razão, estabelecem-se em flagrante agressão, não só às leis da natureza, como também à ordem jurídica, as uniões entre pessoas de mesmo sexo.

Argumentam os adeptos dessa corrente que as uniões, embora alheias e estranhas aos paradigmas legais, constituídas por pessoas de sexo oposto ou até de mesmo sexo, têm sua existência fundada, precipuamente, na *afetividade*, que as atrai a ajustar entre si uma convivência comum. Todavia, é preciso seja o fator afetivo examinado com muita prudência, cautela e responsabilidade, porquanto o mesmo se projeta no mundo

dos valores como atitude pessoal, individual e egoística de alguém que, ao seu talento e mero apetite, desrespeita todos os demais ditames do direito de família que recebe universalmente, através dos séculos, a proteção da ordem social e da ordem pública e se caracteriza pela indisponibilidade do interesse do indivíduo como tal.

Argumentam mais os proclamadores da união de fato fundada na *afetividade* que nem a Constituição Federal, nem a lei civil impõem a diversidade de sexos como requisito para a celebração do casamento, ou para a constituição da união estável, razão por que, argumentam, não poderá a ordem jurídica nacional vedar nem a união constituída por pessoas de sexo oposto, nem a ajustada entre pessoas de mesmo sexo, quando estas duas formas de união estiverem fundadas na *afetividade*.

Ora, a afirmativa dessa corrente posta-se como estranha e surpreendente, pois traz a impressão de que os seus autores, em assim agindo, pretendem traçar o caminho para fugir dos métodos válidos de interpretação da lei, eis que, se por um lado tentam aditar à lei conteúdo que lhe é estranho, por outro, intentam retirar dela conteúdo que lhe é expresso, adotando semântica diametralmente contrária ao texto positivado. E tal entendimento reflete inteiro desrespeito às regras jurídicas e princípios tutelares da família constituída pelo casamento e da entidade familiar formada pela união estável, fazendo, inclusive, vistas grossas e ouvidos moucos aos impedimentos vedatórios das referidas uniões extralegais, pois tais regras e princípios são de ordem pública.

Pretendem também os adeptos dessa corrente, sob o construído e cansado argumento do *preconceito*, afastar não só as regras e princípios jurídicos, mas também os princípios morais e éticos que amparam as uniões legais, como se a moral social comum a todos os cidadãos e a ética individual que cada qual deve observar, pudessem ser pura e simplesmente desprezadas para atender as pretensões individualistas e egoístas em prol de alguém que não quer se sujeitar aos ditames da ordem jurídica estabelecida para todos indistintamente.

E dizem mais os seguidores dessa doutrina que o legislador é também *preconceituoso*, porque vem deixando à margem da lei as mencionadas uniões. Mas não são atentos para o fato de que a lei resulta de um consenso de maioria da sociedade, que entenda ser certo fato ou situação conveniente, favorável, agradável e satisfatório para o convívio social, pois, se não o for, não poderá ser acolhido pela lei, porque esta passaria a agradar uma minoria e desagradar a maioria dos cidadãos a que ela se dirige. Assim sendo, não deve ser esquecido que é princípio e apanágio do Estado democrático de direito que todas as situações e notadamente as leis são discutidas, aprovadas e decididas por consenso da maioria, de modo que a ordem jurídica estatal está também sujeita a essa principiologia. São essas, evidentemente, as razões pelas quais o legislador não conferiu juridicidade às uniões embasadas na *afetividade*, porque elas não gozam, sabidamente, do consenso majoritário da população.

Por outro lado, afirma essa corrente que o juiz, em face da inexistência de

regra jurídica, venha a criá-la. Ora, é preciso ter presente que a atividade jurisdicional criadora de lei inexistente no sistema positivo estatal, está a exercer tarefa que agride, em primeiro lugar, a estrutura organizativa e funcional do Estado de Direito, materializando indevida confusão entre os poderes e acarretando a instabilidade da ordem jurídica. É que o magistrado, em assim agindo, estará editando a lei no presente para regular fato transato, mediante infringência do princípio da irretroatividade da lei. Demais, investindo-se irritantemente nas funções de outro poder, interfere no processo legislativo; interpreta a regra concreta por ele próprio criada; aplica-a ao caso ocorrido no passado; e, ainda, promove a sua execução.

Assim, agrupando sob seu poder as demais funções estatais e exercendo-as sob seu comando pessoal, poderá o magistrado, quiçá sem se aperceber, estar exercendo função arbitrária, significativamente mais exacerbada e autoritária que a praticada pelos monarcas de longínquo passado histórico, porquanto estes, embora promulgassem as leis, não as interpretavam, não as aplicavam pessoalmente e nem as executavam, eis que tais funções eram delegadas a outras autoridades da monarquia, cabendo apenas recurso de natureza extraordinária e excepcional ao monarca, se falhas houvesse na atividade dos delegados.

De outro modo, alegam os doutores defensores da doutrina ora analisada, que o legislador tem se omitido a respeito do disciplinamento e caracterização de uniões extralegais, como as que resul-

tam das fundadas na *afetividade*, formadas entre duas pessoas de sexo oposto ou até de mesmo sexo, porque atua o editor da lei com temor de enfrentar *preconceitos*.

No entanto, essa doutrina labora de forma equivocada no que diz com a exata aferição daquilo que pode ser efetivamente considerado *preconceito*. Na verdade, toda a atitude preconceituosa, deve resultar de um consenso uniforme da maioria da sociedade como um todo, ou seja, só persiste e adquire essa categorização aquela situação de vida que a maioria da população concebe como tal e a repudia. Esse é o método capaz e adequado para aferir-se se determinado comportamento humano pode ser classificado como preconceituoso ou não. Desse modo, não é válida, nem merece a consideração essa situação dita preconceituosa da sociedade, proclamada por uma minoria, quiçá ínfima, insignificante numericamente do tecido social, pois não assiste a essa corrente a faculdade de ignorar que a sociedade, em sua imensa maioria, repudia as uniões extralegais e a ordem jurídica as proscreeve. Assim, também a opção legislativa do legislador situa-se nesse patamar, porque só deve ser positivada na lei determinada situação fática que a população, em sua maioria, entenda ser útil, agradável, benéfica e moralmente aceitável ao seu convívio, não podendo a lei, que é abstrata e geral, agradar uma minoria e desagradar a maioria, eis que tal concepção resulta de princípio fundamental do Estado democrático de direito, no qual todas as situações, inclusive a edição da lei, são

decididas por maioria e esta última por consenso da maioria da população.

Destarte, o pretenso *preconceito* invocado pela corrente de juristas ora analisada, não é válido, nem considerável, pelas razões expostas, devendo-se notar, também, que nesse particular cuida-se de direito de família, em que há severa indisponibilidade, não comportando interpretação extensiva, nem alegada uma analogia radicalmente contrária a regras e princípios legais de ordem pública, que são indisponíveis e inaplicáveis para o atendimento do interesse individualista do particular, como ocorre com as hipóteses aqui tratadas.

Por fim, alegam os defensores da teoria que contempla as uniões pessoais com base na *afetividade* que, não considerados tais casos pela ordem jurídica, poderá ocorrer a situação ilícita do *enriquecimento sem causa*. Também aqui configura-se outra afirmação desconforme com a estrutura do direito de família que está dividido em três setores: *direito pessoal de família*, *direito patrimonial* e *direito protetivo*. Por essa razão, não deveriam mais ser confundidas situações fáticas tuteladas pelo setor do *direito pessoal de família*, como seria o caso das uniões pessoais fundadas na *afetividade*, com o *enriquecimento sem causa*, que diz com a relação patrimonial, decorrente de eventual amealhamento de bens pelos componentes dessas uniões, no ato de desfazimento das mesmas. Esse argumento não pode ser invocado para justificar e atribuir juridicidade às uniões de fato embasadas na *afetividade*, que deveriam, segundo a versão aqui analisada, ser tuteladas pelo *direito pessoal de família* e, mediante o

mesmo argumento, ser invocadas para justificar a preocupação com o *enriquecimento sem causa*, pertinente à *questão patrimonial*, sinalizada pela *afectio societatis*, situação esta que vem desde muito tutelada pela ordem jurídica.

É preciso notar que a divisão setorial do direito de família em *direito pessoal* (artigos 1.511 a 1.638) e em *direito patrimonial* (artigos 1.639 a 1.722), foi realizada com sabedoria e clarividência pelo saudoso professor Clóvis Veríssimo do Couto e Silva, jurista consagrado por seus conhecimentos universais da ordem jurídica, falecido faz 13 anos, cuja vaga de professor titular temos a honra de ocupar, administrativamente, mediante concurso público.

Na verdade, todas as especulações dessa doutrina, acerca das uniões de fato fundadas na *afetividade*, esbarram no texto legal. Embora não esteja expresso no *caput* e nos §§ 1º e 2º, do artigo 226 da Constituição, que o casamento se constitui pela conjunção de pessoas de sexo oposto, deixou o legislador de fazê-lo, por entender que seria dizer o óbvio, já que desde os mais remotos tempos da humanidade não se preocuparam em questionar juristas, sociólogos e antropólogos, que tais uniões se travam entre um homem e uma mulher, fundadas não só em uma fusão física, biológica, espiritual, afetiva, solidária e nos demais deveres recíprocos instituídos na lei, mas também porque assim atendem fundamentalmente as próprias leis da natureza, que objetivam a continuação e perpetuação da espécie. Estranhamente, só agora nuncios proclamadores de mudanças que notoriamente ainda não gozam do

consenso geral e majoritário da sociedade, desejam invocar idéias e pretensões pessoais, individuais e egoísticas, de certas pessoas pertencentes a uma inexpressiva gama social, que só se preocupam em haurir benefícios próprios, ignorando completamente os direitos do outro.

É preciso lembrar que, não obstante haver o legislador se esquivado de dizer o óbvio nas disposições constitucionais supra referidas, revela expressamente no § 3º do mesmo artigo 226, que a união estável se dá entre homem e mulher. E, ao depois, no § 5º, do mesmo artigo 226, da Lei Maior, está a *pedra de toque* que ratifica a exigência da diversidade de sexos para a formação da sociedade conjugal, ao dispor que *os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher*, de modo a definitivamente espancar qualquer tipo de interpretação contrária ao claríssimo texto constitucional. Por fim, há de ser lembrado que, em tema de estrutura da lei, o *parágrafo*, o *inciso* e a *alínea* são explicitativos do *caput*, e, conseqüentemente, com este devem conformar-se, não podendo dispor em sentido contrário.

No mesmo sentido, o Código Civil de 2002, já por questão de hierarquia, prescreve em cerca de 50 (cinquenta) dispositivos a diversidade de sexos para o *casamento* e a *união estável*. E, nos dispositivos legais seguintes, de *modo expresse*, prescreve o Código que essas duas uniões *são formadas por um*

homem e uma mulher: artigos 1.535, parte final; 1.565; 1.567; 1.598; 1.599; 1.600; 1.601; 1.602; 1.608; 1.615; 1.617; 1.622; 1.633; 1.636; inciso I; 1.642; 1.664; 1.689; 1.723; 1.730; 1.774 e seu parágrafo único; e 1.790. Preceituam de modo implícito a diversidade de sexos, no casamento e na união estável, as seguintes disposições civis: artigos 1.523, inciso I; 1.541, inciso III; 1.551; 1.584, parágrafo único; 1.588; 1.589; 1.596; 1.597, incisos I ao V; 1.609; 1.637 e seu parágrafo único; 1.638; 1.736, inciso I; 1.746; 1.775, § 1º.

Assim sendo, diante do que se contém nas disposições constitucionais e civis acima transcritas, resulta inteiramente sepultada, por seu equívoco e descrédito, a afirmação dos adeptos da doutrina neste passo analisada de que nem a Constituição, nem a lei civil exigem a diversidade de sexos para a celebração da união matrimonial e para a da união estável.

Em realidade, tal entendimento, proclamado por poucos sobre o tema, está a refletir uma posição doutrinária subjetivista e individualizada, na tentativa de refugiar-se do real, verdadeiro e expresse conteúdo dos textos legais referidos, não sendo por demais registrar-se que essa posição doutrinária não contribui para alcançar-se a *qualitas* na área jurídica, tão reclamada por muitos juristas de escol, dentre os quais figura com destaque o professor João Baptista Villela, da Universidade Federal de Minas Gerais.³⁷

37 Sobre esse tema, consultar, por todos a entrevista do professor JOÃO BAPTISTA VILLELA, sob o título *Qualitas: um compromisso com a excelência*, publicada na *Revista Del Rey*, ano 8, nº 16, Primeiro Semestre/2006, p. 90-91.

Todos os aspectos aqui tratados no que respeita a admissão de entidade familiar fundada na *afetividade*, acolhida pela corrente doutrinária e jurisprudencial referidas, encontram-se, com riqueza de detalhes, na bem elaborada obra de autoria da desembargadora Maria Berenice Dias, intitulada Manual de Direito das Famílias.³⁸

Como já se afirmou acima, o *poder familiar* tem sua base de apoio nas uniões tuteladas pela lei, representadas pelo casamento e a união estável e como titulares legítimos para o exercício do mesmo os cônjuges componentes da união matrimonial, os companheiros que integram a relação de união estável, em relação à pessoa dos seus filhos e, ainda, por um dos pais que abrigar sob seus cuidados e poder os seus descendentes, em razão do vínculo de parentesco consanguíneo ou civil que os unem.

Todavia, diferentemente é o que ocorre em relação às uniões extralegais de companheirismo, fundadas na *afetividade*, invocadas pela doutrina ora questionada e bem assim as que resultam de união concubinária. Em ambas, o *poder familiar* carece de base de apoio, porque, embora com existência fática, não recebem a contemplação da lei, como instituições jurídicas. Na verdade, em tais casos, a titularidade para o exercício do *poder familiar* relativamente à pessoa dos filhos havidos por relação de consangüinidade, é do pai ou da mãe, ou de ambos, con-

forme seja o reconhecimento de paternidade ou de maternidade realizado por um ou por ambos os genitores. Em hipótese alguma poderia o filho restar excluído do *poder familiar* ou ser submetido ao regime de *tutela*, pelo simples fato da criança ou adolescente ter origem em união extralegal, porque o fundamento primeiro e inafastável do exercício do *poder familiar* é o da filiação consanguínea, e assim, abstraída a extralegalidade da união dos pais, o nascimento do filho com vida, constitui fato ou *suporte fático*, na versão de Pontes de Miranda, que recebe a incidência da ordem jurídica, legitimando o exercício do *poder familiar*, pessoalmente, pelos genitores.

Com efeito, como já se referiu acima, essas uniões extralegais, sejam elas formadas por *mera afetividade* ou em forma de concubinato, vêm recebendo o beneplácito da jurisprudência, quanto à relação de ordem patrimonial, se entre os conviventes se verificar a formação conjunta, e tal ocorre pura e simplesmente para evitar o *enriquecimento sem causa* de um parceiro em detrimento do direito do outro.

Deve ser salientado que nesta hipótese não se está diante de relação pessoal, sob a tutela do direito pessoal de família, mas perante uma relação apenas de ordem patrimonial, regulada pelo direito obrigacional e, quiçá, pelo direito sucessório, cujos efeitos se projetam inteiramente diversos na

38 MARIA BERENICE DIAS – *Manual de Direito das Famílias*, passim, 3. ed., Revista dos Tribunais, São Paulo, 2006.

escala de valores pertinente à relação matrimonial e às entidades familiares acolhidas pela lei.

Por derradeiro, é dever afirmar-se que o fato de não se reconhecer juridicidade e de se negar a categoria de entidades familiares às uniões fundadas em *mera afetividade*, isso não quer significar que se não considere e não se empreste o devido respeito pela contingência da existência fática dessas uniões, de vez que se trata de fato humano que efetivamente ocorre no contexto social, embora sob a reprovação da imensa maioria da sociedade e a não contemplação da ordem jurídica, *quanto aos efeitos pessoais dessa relação*. Todavia, é preciso também afirmar que entre se proclamar o devido respeito a essas uniões, e reconhecê-las juridicamente, vai muita distância.

7. DO CONTEÚDO DO PODER FAMILIAR

Efetivamente, o *poder familiar* envolve um complexo de deveres que a lei atribui aos pais, com o objetivo de proteger em todos os sentidos a pessoa dos filhos, desde o nascimento com vida, até que estes alcancem a maioridade civil aos 18 anos de idade, ou que ocorra a antecipação da mesma, mediante o instituto da emancipação, pelas causas e modos estipulados na lei civil.

E estes encargos devem ser cumpridos pelos genitores na seqüência temporal em que os filhos avançam em idade e em compleição física, e passam a ter necessidades dessa ordem e bem

assim as de ordem comportamental, à medida em que ocorre o seu desenvolvimento vital, a começar, antes de tudo, pelo registro de nascimento, que confere ao filho personalidade civil e existência jurídica no complexo social e do Estado.

Assim sendo, constituem-se deveres dos pais assistir os filhos no que pertine às suas aspirações e necessidades coetâneas ao seu estágio de vida, no que diz com a educação, cultura e formação da personalidade, com os de guarda, de representação e assistência fática e jurídica, quanto aos direitos patrimoniais e outros comuns às crianças e adolescentes em estágio de desenvolvimento, até chegar à idade adulta.

7.1 Do poder familiar quanto à pessoa dos filhos

Na expressão de Savatier, o *poder familiar* reúne em seu contexto um conjunto de deveres que a lei atribui ao pai e à mãe sobre a pessoa dos filhos, no direito moderno. Esses deveres dizem imediatamente com a pessoa e a personalidade do menor, na sua transição de entê humano com compleição biológica, física e orgânica, débeis ou incompletas, com formação moral e psíquica ainda em desenvolvimento e com aspirações, ilusões e comportamentos, que são antes fruto da inconstância do que propriamente a revelação de rebeldia.

O menor, por essas deficiências psíquicas e somáticas peculiares à sua idade, é um ser carente e hipossuficiente

no confronto com o mundo adulto, necessitando, por tais circunstâncias, que a medicina, a sociologia e o direito lhe ofereçam proteção, em razão de não possuir aptidões pessoais para supri-las ou assegurá-las pelo seu próprio agir, senão pela colaboração desprendida e altruística de outrem.

Diante dessa realidade comum e inafastável na vida humana, cria, a ordem jurídica, instrumentos ou modos de suprimento das hipossuficiências vividas pelo menor em seu transitório estágio de vida, pois necessita da assistência e proteção de ordem psicossocial e material dos titulares do *poder familiar*. E se não satisfeitas no momento azado, tais deficiências poderão influir fatalmente no porvir da criança ou do adolescente, resultando em deformidades raras vezes superáveis em sua vida adulta.

Por isso, é dever da pessoa *sui iuris* a quem a ordem jurídica atribuir o *poder familiar*, velar não só pelos direitos fundamentais da criança e do adolescente, mas também implementar-lhe todas as necessidades surgidas em cada estágio de sua evolução biológica, através dos mecanismos da criação, guarda, alimentação, educação, representação e assistência em geral.

7.2 Do dever de criação e educação

Como se viu supra, está na própria expressão legal a titularidade do pai e da mãe para exercerem o poder-dever em relação à pessoa dos filhos menores. O dever de criação revela-se, primor-

dialmente, um fato humano e histórico, que milenarmente antecede a tutela só atribuível ao menor que não estiver sob o *poder familiar*. Para os adeptos e crentes da Igreja Católica, sua fonte original é de direito divino, estando inscrita na passagem do Gênesis, segundo a qual, Deus, após criar o homem e a mulher no paraíso terrestre, teria a ambos determinado: Crescei e multiplicai-vos e enchei a terra. Mas também, não se deve deixar de considerar que o ato de criação do infante está estreitamente ligado ao fato da conservação da espécie e da perenização da *gens* familiar que integram os escopos da Humanidade.

De tal modo, revela-se o ato da criação do descendente, pelos pais, um acontecimento de profundo conteúdo humano, de expressão de amor e de interação social. O dever de criação, por se constituir numa consequência natural da paternidade e da maternidade, recebe especial tutela da ordem jurídica, que o prefigura em primeiro lugar no elenco de deveres dos genitores. Nestes incluem-se todos os meios materiais necessários ao desenvolvimento do menor, tais os deveres de alimentação, de moradia, de preservação da saúde, de vestuário, de acautelamento de acidentes, de ensejar um convívio harmônico e respeitoso, etc., de modo a propiciar aos filhos um crescimento saudável, visando a chegar a uma vida adulta habilitada a dirigir sua pessoa e administrar seus bens com proficiência e segurança.

Pelo dever de educação, que está interado ao dever de criação, cumpre

aos pais iniciar os filhos para a escolha de um modelo espiritual ou de opção religiosa, que venha a implementar os anseios de espiritualidade que estão integrados em todo o ser humano, no sentido do bem, do justo, do virtuoso, do útil e do social.

O dever de educação é antes um dever moral e um dever social, que a ordem jurídica acolheu e sancionou, por reconhecer que os valores que dele promanam concorrem decisivamente para a integração do indivíduo na sociedade e no Estado. Não admite a lei o descuido dos genitores com a instrução formal dos filhos, pois o não cumprimento desse dever pode acarretar aos pais sanções civis, como a perda do *poder familiar* (Cód. Civil, art. 1.638) e sanções penais, se tipificado resultar o crime de abandono material e intelectual do menor (C. Penal, arts. 244 e 246).

Integra-se, de igual sorte, ao módulo educativo do dever paternal o de castigar moderadamente o filho, no sentido de indicar-lhe os malefícios da ação incorreta e as mercês da correta conduta, embora a lei pátria não a preveja expressamente. A doutrina o tem admitido, no que é secundada pela jurisprudência, devendo tal procedimento dos pais ser deveras cauteloso, para não caírem nas sanções civis ou

na situação delituosa decorrente de maus tratos (C. Penal, art. 136).³⁹

Autores há que entendem estar implicitamente admitido na lei civil, a senso contrário do preceito contido, no atual artigo 1.638, o direito dos pais castigar moderadamente os filhos, como complementação do dever de educar.⁴⁰

Integra, por igual, o dever de educação atribuído aos pais, o de exigir obediência e respeito, porque estes constituem fatores de harmonia na convivência social, tanto no contexto familiar, quanto no complexo social externo (C. Civil, art. 1.634, VII).

Ainda, na condução educacional dos filhos, é permitido aos titulares do *poder familiar* exigir daqueles a prestação de serviços que sejam adequados e compatíveis à sua idade e estágio de desenvolvimento físico em que se encontrem (C. Civil, art. 1.634, I). No entanto, há que se observar que a lei trabalhista, no intuito de proteger o menor, veda-lhe o trabalho fora do lar até os 12 anos e o trabalho noturno até os 18 anos (C.L.T. arts. 403 e 404).

7.3 Do dever de guarda

O dever de guarda é um dos atributos mais importantes para o exercício do *poder familiar*, pois é ao lado dos genitores, privando da atmosfera familiar,

39 A respeito do castigo moderado que os pais podem infligir aos filhos, V. WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO – *Curso de Direito Civil – Direito de Família*, p. 359, 37. ed., Saraiva, S. Paulo, 2004.

40 A opinião é de PONTES DE MIRANDA, acerca do artigo 395 da codificação civil anterior, hoje artigo 1.638, do Código Civil vigente. V. *Tratado de Direito Privado*, tomo IX § 979, p. 120.

que os filhos estão mais eficientemente protegidos dos males físicos ou morais que venham afetar-lhes a vida biológica ou a consciência moral. Com tal proximidade, podem os pais exercer mais efetivamente o dever de vigilância sobre a conduta dos filhos no ambiente familiar e no convívio social externo, pois têm melhores condições de aferir o comportamento do menor em tais circunstâncias.

O internamento do menor, em regime de pensionato em estabelecimento de ensino, é considerado extensão do poder de guarda, que pode ser delegado, nesse caso, com as cautelas legais. Nas hipóteses de separação ou divórcio dos genitores, o filho ficará na guarda de um deles, consoante o que se dispuser no processo judicial, de vez que o exercício do *poder familiar* é comum a ambos os consortes (C. Civil, art. 1.632).

Ainda como decorrência do dever de guarda, a lei atribui aos pais o poder de reclamar a posse do menor de quem ilegalmente o detenha (C. Civil, art. 1.634, VI). Esta disposição da nossa lei civil encontra parâmetro no artigo 1.632 do BGB alemão, que preceitua, na tradução espanhola: *El cuidado de la persona del hijo comprende el derecho de exigir la devolución del mismo de cualquiera que antijurídicamente se le detenga al padre.*⁴¹

Discute-se, já há algum tempo, a respeito da ação judicial adequada à solução desse problema, mas a prática

dos tribunais restou por definir ser a busca e apreensão o procedimento hábil para tal.⁴²

7.4 Do dever de representação e de assistência

O atributo de capacidade das pessoas para a exercitação pessoal de atos jurídicos decorre do implemento de idade, de condições de saúde, ou de outros fatores específicos, tais a colação de grau em curso superior, o exercício do comércio com economia própria, o casamento civil, ou o instituto genérico da emancipação, segundo as disposições da teoria geral do direito civil (C. Civil, art. 5° e parágrafo único).

Para os menores sujeitos ao *poder familiar*, todavia, o único fator determinante da incapacidade é o implemento de idade, levando-se em conta a incapacidade absoluta (C. Civil, art. 3°) e a incapacidade relativa (C. Civil, art. 4°). Deste modo, os menores de 16 anos, por serem portadores de incapacidade absoluta, ficam alheios à realização dos atos jurídicos de que sejam titulares, sendo *representados* pelo pai ou pela mãe, enquanto que os menores com idades entre 16 a 18 anos cumpridos, já possuem alguma parcela de capacidade e por isso participam do ato jurídico, mas em razão de sua capacidade não ser ainda plena, são *assistidos* por qualquer dos genitores (C. Civil, arts. 1.634 e 1.690). Em ambos os casos, a represen-

41 ENNECERUS, KIPP y WOLFF, ob. cit., p. 337.

42 SILVIO RODRIGUES – *Direito Civil* – Direito de Família, vol. 6, n° 178, p. 405, 27. ed., Saraiva, S. Paulo, 2002.

tação ou a assistência, são realizadas pelos titulares do *poder familiar*.

7.5 Dos direitos patrimoniais dos filhos

Na esfera patrimonial do instituto do *poder familiar*, há também uma plêiade de direitos e deveres dos pais em relação aos filhos, regulados pela ordem jurídica em cada caso específico. Nesse contexto, a primeira atribuição que a lei confere aos titulares ativos do poder paternal é a administração dos bens dos filhos, sobre os quais gozam os primeiros de *usufruto legal*, que a lei considera inerente ao exercício da própria proteção paternal (C. Civil, art. 1.689, I e II).

Há que se entender que a administração dos bens é deferida pela ordem jurídica aos pais, em razão da situação natural em que se encontram, resultante de uma relação duradoura que os une a seus filhos, e que lhes infunde confiança e segurança no desempenho do encargo. Ressalte-se, com efeito, que os poderes conferidos aos pais são de mera administração, na generalidade dos casos, tais os de zelar pela conservação dos bens, evitar-lhes o desgaste e o perecimento por fato de outrem, pagar-lhes impostos e taxas e outros cometimentos de pura e simples gestão. Em face disso, não é permitido aos administradores assumirem obrigações que no futuro possam comprometer o patrimônio do menor e muito menos exercitar atos de disposição, bem como

gravar de ônus reais os imóveis dos filhos. Não podem os pais, por igual, contrair, em nome do menor, obrigações que ultrapassem os limites da simples administração, salvo nos casos indicados na lei e mediante autorização judicial (C. Civil, art. 1.691).

Toda vez que os sujeitos ativos do *poder familiar* tiverem necessidade de praticar qualquer ato que ultrapasse os limites da pura e simples administração e que esse se justifique, por resultar em benefício da prole, impõe a lei a consulta prévia ao Poder Judiciário (C. Civil, art. 1.691, parte final), mas por medida de cautela, tal procedimento deverá ser observado, sempre que o ato a ser praticado pelos pais situe-se nas fronteiras entre o ato de administração e o de disposição. Há legislações alienígenas que mais minudentemente destrinçam as hipóteses permitidas ou vedadas, como é o caso do sistema italiano, cujo artigo 320 do Código Civil expedido com o Régio Decreto nº 262, de 16 de março de 1942, milita nesse sentido.⁴³

Pode ocorrer que, em determinadas situações, encontrem-se os pais, na administração dos bens dos filhos, em posição tal que faça colidirem os interesses destes com os daqueles. Em tais hipóteses, instala-se um conflito entre os titulares naturais da administração dos bens dos filhos e a pessoa destes. Para a solução desse impasse, há que serem chamados a intervir no ato ou no processo os órgãos tutelares da ordem pública estatal, ordinariamente o Minis-

43 EDUARDO ESPÍNOLA – *A Família no Direito Civil Brasileiro*, nº 246, p. 457-458 e nota nº 20, Edição Gazeta Judiciária, Rio, 1954.

tério Público, bem como a intervenção, por nomeação judicial, de curador especial para velar pelos interesses do menor (C. Civil, art. 1.692, CPC, art. 9º, I).

No particular, o ordenamento civil pátrio seguiu os parâmetros do Código francês que, atualmente, com a reforma constante da Lei nº 75-617, de 11.07.75, passou a disciplinar o assunto no artigo 389-6º; e também do Código italiano (art. 320), fonte direta da norma da mesma espécie inscrita na nossa codificação.⁴⁴

Excluem-se da administração paternal os bens adquiridos pelo filho legítimo, antes do reconhecimento; os adquiridos pelo filho em serviço militar, de magistério, ou em qualquer outra função pública; os deixados ou doados ao filho, sob condição de não serem administrados pelos pais; e os bens que ao filho couberem na herança, (art. 1.816, parágrafo único), quando os pais forem excluídos da sucessão. Nessas hipóteses, a lei exclui os bens do menor da administração e do usufruto paterno mais por razões morais do que propriamente por motivos de ordem patrimonial (C. Civil, art. 1.693).

7.6 Do usufruto legal dos bens dos filhos

O usufruto é direito real sobre coisa alheia (*ius in re aliena*), que era definido pela codificação civil de 1916

(art. 713), segundo a qual *constitui usufruto o direito real de fruir as utilidades e frutos de uma coisa, enquanto temporariamente destacada da propriedade. Mas, para Lafayette, é o direito real de retirar da coisa alheia, durante um certo período de tempo, mais ou menos longo, as utilidades e proveitos que ela encera, sem alterar-lhe a subsistência ou mudar-lhe o destino.*⁴⁵

Perante o direito de família, há esse tipo especial de usufruto que incide sobre os bens patrimoniais do filho sob o poder paternal, em favor dos pais, cujos fundamentos são expressamente pela própria lei fornecidos, ao declará-lo instituição *inerente ao exercício do poder familiar* (C. Civil, art. 1.689, I). Ao pai e à mãe pertencem as utilidades, os frutos e rendimentos produzidos pelos bens dos filhos, situação que encontra sua fundamentação implícita na idéia de que as rendas originadas pelos bens do menor e recebidos pelos genitores compensam-se com as despesas que estes têm com a criação, educação, guarda e representação daqueles, bem como com o elenco de providências e dispositivos armados para oferecer-lhes proteção. Se é verdade que aos pais incumbem, por dever legal, as despesas do filho, quando este não as possa atender, é também justo que os rendimentos produzidos por seus bens sejam utilizados pelos pais, para a cobertura dos ditos dispêndios.

44 EDUARDO ESPÍNOLA, ob. cit., nº 246, p. 457-458 e nota nº 21.

45 LAFAYETTE RODRIGUES PEREIRA – *Direito das Coisas*, vol. I, p. 303, Edição Freitas Bastos, Rio, 1943.

O usufruto dos bens dos filhos sob o *poder familiar* tem suas origens no direito imperial romano, onde, ao tempo de Justiniano, havia quatro espécies e pecúlios: *castrense*, *quase-castrense*, *adventício* e *profético*. O instituto atual promana do *pecúlio adventício*, havendo se conservado no período do *utroque ius* e se disseminado nos costumes de vários povos. O Código Napoleão, admitiu inicialmente o instituto como atributo da *puissance paternelle*, sendo os bens dos filhos administrados sob as regras da *jussance legale*, que atualmente encontra-se definida no artigo 382 e seguintes do Código Civil francês, denominando-se o primeiro na atualidade *autorité parentale*. Daí, espalhou-se pelas legislações ligadas ao sistema *Civil law* ou europeu-continental, a que se filia o nosso sistema.⁴⁶

Esse tipo de usufruto, em virtude de estar vinculado ao direito de família, não está sujeito a algumas regras gerais que o disciplinam no âmbito do direito das coisas, entre as quais, a caução a ser oferecida pelo usufrutuário (Art. 1.400, *caput*), que aqui é dispensada, persistindo, todavia, a hipoteca legal sobre os bens dos ascendentes, para assegurar ao filho não só a devolução dos seus bens ao final da menoridade, como também o ressarcimento de eventuais prejuízos patrimoniais decorrentes de perda ou deterioração dos mesmos, por culpa ou dolo do titular do *poder familiar*.

Além disso, esse usufruto especial não depende de transcrição no registro de imóveis na versão de Pontes de Miranda.⁴⁷ Há que se salientar, ainda, que não estão sujeitas à *prestação de contas* as rendas produzidas pelos bens patrimoniais dos filhos e recebidas pelos titulares ativos do *poder familiar*, porque estes as recebem como próprias suas, por mandamento legal, salvo se forem de alto valor, consoante já decidiu o Tribunal de Justiça de São Paulo, em Acórdão de 17.09.85, no sentido de que *O detentor do pátrio poder está isento da obrigação de prestar contas ao filho que atingiu a maioridade, salvo se os rendimentos forem de alto valor excedendo os gastos presumíveis da criação e educação do menor* (RT 603/189). Neste sentido é também o julgado constante da *Revista dos Tribunais* vol. 231, página 295.

Excluem-se do usufruto legal, além dos bens que são também excluídos da administração paterna, referidos acima (item 7.5), mais os seguintes: a) os bens deixados ou doados com a exclusão do usufruto paterno (art. 1.689, I; b) os bens deixados aos filhos, para fim certo e determinado (art. 1.689, II).

7.7 Dos outros deveres dos pais como titulares do *poder familiar*

No que respeita à *autorização para casamento* de menor sob o *poder*

46 AUBRY et RAU – *Cours de Droit Civil Français*, Tome IX, p. 119-120, Paris, 1917; RENÉ SVATIER – *Cours de Droit Civil*, tome I, nº 228, pp. 126-127, Ed. R. Pichon et R. Durand – Auzias, Paris, 1947; EDUARDO ESPINOLA, ob. cit., nº 246, pp. 457-459 e nota nº 23.

47 PONTES DE MIRANDA – *Tratado de Direito Privado*, tomo IX, § 980, p. 125, Editor Borsoi, Rio, 1971.

familiar, compete aos titulares ativos desse poder/dever conceder ou negar anuência para o matrimônio do filho (Cód. Civil, art. 1.634, III). Assim, quando se tratar de filho menor de 18 anos, oriundo de matrimônio civil, exige a lei o consentimento do pai e da mãe (Cód. Civil, art. 1.517). Havendo divergência entre os consortes, e denegação injusta, ao juiz caberá supri-la (Cód. Civil, art. 1.517, parágrafo único, e art. 1.631, parágrafo único).

Se a lei assim dispõe, aludindo cautelas na autorização para casamento de menor sob o poder paternal, é porque tem em vista constituir o matrimônio um ato de importância transcendente na vida dos novéis consortes, cujos efeitos atinjam até a própria instituição do *poder familiar*, devido à aquisição automática da emancipação do menor, pelo matrimônio, como dispõe o artigo 5º, parágrafo único, II, resultando, destarte, a extinção do *poder familiar*.⁴⁸

Por fim, dispõe a lei civil que dentre os deveres e direitos conferidos aos pais no exercício do *poder familiar*, há a considerar o que diz com a *nomeação de tutor* para o menor, por testamento ou documento público autêntico, no caso dos pais, ou de um deles, não sobreviver à aquisição da maioridade pelo filho.

Essa escolha dos pais, sobre quem deverá exercer o *poder familiar* dos filhos, após a sua morte, é uma facul-

dade especial que a lei confere àqueles que têm a preocupação de bem orientar os destinos de seus filhos. Tal faculdade só é possível quando exercida por um dos genitores, diante da ausência por qualquer motivo do outro.⁴⁹

8. DA SUSPENSÃO DO PODER FAMILIAR

Já se viu que o *poder familiar* constitui um *munus* que o poder público tem o maior interesse em tutelar, por ser um fator de integração da família em prol de sua própria estrutura, da sociedade e do Estado. Por essa razão é que se justifica a vigilância e a interferência estatal, inclusive sobre fatos que se operam no foro interno da família, como ocorre com o exercício desse poder-dever pelos pais.

Efetivamente, verificando-se, por seu comportamento defeituoso, que os pais prejudicam os filhos, reage o ordenamento jurídico, aplicando àqueles *sancções* de menor ou de maior grau, que se consubstanciam, respectivamente, na *suspensão* ou na *destituição* do poder paternal. No primeiro caso, a pena é mais branda, pois é o exercício do encargo *suspensio* por tempo determinado, até que cessem as causas que lhe deram origem; no segundo, a penalização é mais exacerbada, ocorrendo a *destituição*, por prazo indeterminado e, muitas vezes, em caráter definitivo.

48 CLÓVIS BEVILAQUA – *Direito de Família*, ob. cit., vol. II, p. 366.

49 EDUARDO ESPÍNOLA – ob. cit., pp. 457-458, notas nºs 20 e 21.

A *suspensão* pode ocorrer por duas causas: má conduta do pai ou da mãe ou por fatos involuntários. A suspensão por decorrência de fatos involuntários opera-se: a) quando o titular do *poder familiar* é interdito judicialmente; ou b) no caso de ausência, declarada por sentença.⁵⁰ A suspensão pode abranger a totalidade da prole, mas é muito comum acontecer que a causa determinante atinja somente um dos filhos e não os demais, caso em que a suspensão será parcial.

As causas determinantes da suspensão do poder paternal encontram-se genericamente enunciadas na lei civil e dizem respeito ao abuso de poder do pai ou da mãe para com o filho; falta aos deveres paternos; ou a dilapidação dos bens dos filhos, bem como pela condenação de qualquer dos pais, por sentença irrecorrível, por crime cuja pena exceda a 2 anos de prisão (art. 1.635, V; art. 1.637 e parágrafo único; e art. 1.638 e incisos I ao IV).

As disposições do Código Civil, assimilam as contidas no Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90) quanto aos deveres de sustento, guarda e educação dos filhos menores, que dizem com os deveres recíprocos de ambos os consortes para com a prole, acrescentando mais a *obrigação* de cumprir e fazer cumprir, no interesse dos menores, as determinações judiciais (Estatuto, art. 22) e observando que *a falta ou carência de recursos materiais não constitui motivo*

suficiente para a perda ou suspensão do poder familiar (Estatuto, art. 23).

De tal modo, ressalvada a inovação quanto ao dever de cumprimento das determinações judiciais, que parece afirmar o óbvio, o Estatuto não cria outras causas de suspensão ou de destituição deste poder/dever. Inova apenas no que pertine às sanções e penalidades administrativas previstas no artigo 129 da lei especial, entre as quais figura a de *advertência*, imposta aos pais pelo descumprimento de seus deveres.

9. DA DESTITUIÇÃO E EXTINÇÃO DO PODER FAMILIAR

Já se viu acima (item 8), que a *suspensão* do *poder familiar* é a pena mais branda aplicável ao pai ou à mãe, enquanto a *destituição* é a pena mais grave, operando-se por sentença judicial. A destituição não era figura prevista na lei civil, mas era admitida pela jurisprudência (RF. 155/224 e RT. 138/203 e RT 169/650), mas agora acaba de ser contemplada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (artigo 129, X), para ser aplicada ao lado da suspensão, segundo seja a causa mais grave ou menos grave.

A *destituição* é uma medida imperativa que atinge a toda a prole e tende a ser permanente, embora possa ser o exercício do *poder familiar* restabelecido, se desaparecer a causa que a determinou e, transcorridos 5 anos a contar da imposição da sanção, o

50 ORLANDO GOMES – *Direito de Família*, nº 234, p. 376-377, Edição Forense, 1992.

genitor punido provar a sua regeneração. As *causas de destituição* do poder paternal pelo pai ou pela mãe estão alinhadas no artigo 1.638, incisos I ao IV. Mas, além das arroladas na lei civil, a legislação trabalhista prescreve a perda do *poder familiar* para o pai ou à mãe que permitir que o infante ou adolescente trabalhe em locais ou serviços perigosos, ou insalubres, ou prejudiciais à sua moralidade (C.L.T. art., 437 e § único).

Configura-se exaustivo esse elenco de causas determinantes da destituição dos pais desse poder-dever, não se podendo de outras cogitar. Além disso, é preciso que as ditas causas sejam contemporâneos ao pedido de destituição, consoante a jurisprudência, não podendo retroceder a fatos de passado distante, porque o seu estrépito e efeitos maléficos podem já ter sido absorvidos ou superados socialmente.⁵¹ Por outro lado, as causas de destituição arroladas acima poderão ensejar a pena de suspensão, ao invés da destituição, tudo dependendo da maior ou menor

gravidade, que restará à prudente discricção do juiz.

Esses casos de destituição, por seus efeitos, podem ainda redundar em hipóteses de *extinção* do *poder familiar*. É que a carga de eficácia negativa que eles produzem na esfera dos direitos do menor atingido torna-se irretorquível, equiparando-se, desse modo, às causas extintivas, emergentes de fatos e atos contradizentes à ordem jurídica, por ela vedados.

De qualquer maneira, as *causas extintivas* normais da relação de poder paternal encontram-se também delineadas exaustivamente na lei civil, tais como a morte dos pais ou dos filhos, a emancipação, o implemento da idade e o instituto da adoção, segundo dispõe o artigo 1.635, do Código Civil. A primeira e a terceira são causas involuntárias, pois independem da vontade das pessoas intervenientes ativa e passivamente na relação de *poder familiar*; a segunda e a quarta, no entanto, constituem-se em atos voluntários, dependentes da vontade dos pais.

51 V. WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO, ob. cit., p. 286; MARIA HELENA DINIZ, *Direito de família*, vol. 5, p. 452, Edição Saraiva, São Paulo, 2002.