

O PODER FAMILIAR NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

Maria Júlia Pimentel Tamassia¹

RESUMO

O poder familiar é direito e dever que os pais assumem sobre os filhos para que a família esteja ajustada, buscando a convivência pacífica entre os seus membros. A sociedade em que vivemos prevê a igualdade entre as pessoas e isto se estende à autoridade dos pais. São poderes conferidos aos pais, sempre com a finalidade de proteger a criança ou adolescente quanto aos perigos que possam vir a existir, bem como para a preparação da vida. A legislação prevê os encargos relacionados aos bens dos menores, bem como casos de extinção do poder familiar. Ainda, os casos de suspensão do poder familiar, que tem caráter temporário e depende de decisão judicial como a perda definitiva deste poder, sempre em cumprimento aos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana como aos princípios do Estatuto da Criança e Adolescente de proteção integral e do melhor interesse para a criança e adolescente.

Palavras-chave: Poder Familiar. Criança e Adolescente. Proteção.

1 INTRODUÇÃO

Poder familiar é o antigo pátrio poder ou *pátria potestas*. Por ser exercido por ambos os pais, a expressão pátrio poder foi substituída por poder familiar no Código Civil de 2002.

Quando se fala em poder familiar, está se falando às relações jurídicas entre pais e filhos. Anteriormente, o poder sobre o filho era absoluto do pai, com imposições e decisões unilaterais, e não mãe. Atualmente, a sociedade onde a legislação prevê a igualdade entre os membros da família e, a autoridade dos pais, e não somente do pai, é reconhecida através de diálogo e explicações. São direitos e deveres que se ajustam para a satisfação de interesses de toda a família, buscando a convivência familiar sincera e pacífica.

Não se trata de decidir qual a posição hierárquica que cada uma possui, mas de estabelecer limites aos filhos, bem como manter a disciplina educacional, e responsabilizar os pais, de suas obrigações, enquanto detentores deste poder. É uma relação de atribuições onde a finalidade é o bem do filho.

O poder familiar é o conjunto de direitos e deveres referentes aos pais com relação a seus filhos e respectivos bens, com a finalidade de protegê-los. É o princípio de um múnus ou encargo, ou melhor, um encaminhamento sobre os filhos e seus bens, sempre no interesse daqueles cuja guarda lhe cabe, impondo uma determinada conduta.

2 OBJETIVO

O propósito deste trabalho foi analisar o poder familiar diante da legislação brasileira, com seus conceitos e características, estudar a titularidade definida bem

¹ Mestre em Direito Constitucional, Garantias e Direitos Fundamentais e Professora do Curso de Direito da Faculdade Eduvale de Avaré.

como as atribuições e obrigações conferidas aos responsáveis, titulares deste poder, além das causas de extinção, suspensão e destituição deste poder.

3 CONCEITO, CARACTERÍSTICAS E TITULARIDADE

Conforme Venosa (2004, p.367)

O pátrio poder, poder familiar ou pátrio dever, nesse sentido, tem em vista primordialmente a proteção dos filhos menores. A convivência de todos os membros do grupo familiar deve ser lastreada não em supremacia, mas em diálogo, compreensão e entendimento.

São poderes conferidos aos pais, sempre com a finalidade de proteger a criança ou adolescente quanto aos perigos que possam vir a existir, bem como para a preparação da vida.

O poder familiar tem como característica, primeiramente de um múnus público, ou encargo, conforme declinamos acima. De acordo com Rizado (2004, p.602)

Ao Estado interessa o seu bom desempenho, tanto que existem normas sobre o seu exercício, ou sobre a atuação do poder dos pais na pessoa dos filhos. No próprio caput do art. 227 da Carta Federal notam-se a discriminação de inúmeros direitos em favor da criança e do adolescente, os quais devem ser a toda evidência, observados no exercício do poder familiar: direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à cultura, à dignidade, entre outros. A incumbência é ressaltada ainda, no art. 229 da mesma Carta, mas genericamente. No Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8069/90), há várias normas de proteção, como a do art. 22, o que também fazia o Código Civil de 1916, no art. 384, e reedita o artigo 1634 do vigente código. [...] Se de um lado a autoridade do Estado não pode substituir a autoridade dos pais, de outro, em especial num país com tantas deficiências culturais como o Brasil, deve impor-se a autoridade do Poder Público em inúmeros setores, como, aliás, o faz a Lei 8069/90.

Estas normas definem quais as responsabilidades dos pais em assegurar os direitos de seus filhos, bem definem o modo como devem atuar, e as consequências da omissão.

Outra característica do poder familiar é que o mesmo é irrenunciável, e os pais não podem transferir este, a não ser em caso de adoção, onde os pais são destituídos do poder familiar, e que às vezes por adesão dos mesmos, contudo este item será ressaltado mais detalhadamente adiante.

O poder familiar é indispensável no próprio cumprimento das atribuições dos pais, sendo de sustento, educação e educação dos filhos, e por isso não podem ser cerceados em determinados atos, como a necessidade de estudos, estabelecimento de ambientes propícios para o bom desenvolvimento, e ainda adquirir capacidade para administrar seus próprios bens.

Ainda, de acordo com Venosa (2004, p.723), o poder familiar é indisponível. “Decorrente da paternidade natural ou legal, não pode ser transferido por iniciativa dos titulares, para terceiros.” Conforme acima, os pais que consentem na adoção não transferem o poder familiar, e sim renunciam. Então, por livre vontade os pais não podem renunciar ao poder familiar, sendo este um elo entre pais e filhos.

Finalmente, o poder familiar é indivisível, somente as incumbências quando os pais são separados e também imprescritíveis, não se extingue, mesmo que

jamais possa ser exercido por alguma circunstância, a não ser dentro das hipóteses legais.

Com relação à titularidade do poder familiar, diz o artigo 226, § 5º da Constituição Federal: “Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher”, então o poder familiar pode ser exercido em igualdade de condições pelos pais.

Ainda, o artigo 21 da Lei 8069/90 declara:

O pátrio poder será exercido, em igualdade de condições, pelo pai e pela mãe, na forma do que dispuser a legislação civil, assegurado a qualquer deles o direito de, em caso de discordância, recorrer à autoridade judiciária competente para a solução da divergência.

O que foi confirmado pelo Código Civil, em seu artigo 1631:

Art. 1631- Durante o casamento e a união estável, compete o poder familiar aos pais; na falta ou impedimento de um deles, o outro exercerá com exclusividade. Parágrafo único. Divergindo os pais quanto ao exercício do poder familiar, é assegurada a qualquer deles recorrer ao juiz para solução do desacordo (BRASIL, 2003).

Então o poder familiar é exercido em igualdade de condições. Quando não houver concordância entre os pais, as dúvidas deverão ser dirigidas ao Poder Judiciário que determinará a solução para a desavença. Após a separação judicial, os genitores prosseguem como titulares do poder familiar, ou seja, ao pai ou mãe que não ficar com a guarda judicial do filho, cumpre-lhe o exercício do poder familiar juntamente com o outro responsável.

Quando o casamento é dissolvido pela morte, o cônjuge sobrevivente é quem exerce o poder familiar, exclusivamente e os atos permitidos aos pais com relação aos filhos podem ser referentes à pessoa e aos bens dos filhos, que ficam sob a administração daqueles.

4 OBRIGAÇÕES E RESPONSABILIDADES DIANTE DO PODER FAMILIAR

Quanto à pessoa do filho, o artigo 1645 do Código Civil, elenca várias obrigações, tais como (BRASIL, 2003):

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 lhe não sobreviver, ou o sobrevivente não puder exercer o poder familiar;
- V – representar-lhes, até aos 16 anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento;
- VI – reclamar-lhes de quem ilegalmente os detenha;
- VII – exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição.

Portanto, esta-se diante de algumas obrigações pertinentes aos pais em relação a seus filhos, e estas irão determinar o futuro de cada um deles. Quando os pais preocupam-se com a educação, criação, companhias, estudos, afazeres diários,

aprendizado, cultura, os mantém sob sua companhia e guarda, estando presentes sempre que necessário, dando o apoio que toda criança e adolescente carecem, sem, no entanto, agir com superproteção, estas crianças e adolescentes irão crescer de maneira saudável e isentas de marcas e dificuldades.

É claro que fala-se de responsabilidades sem o exagero de determinados pais que não atingem o bom senso da educação e proteção. Acompanhar o filho em dificuldades escolares, sem com isso deixar que o mesmo brinque, divirta-se, tenha amigos, pratique esportes, e tudo, de acordo com as possibilidades financeiras dos pais. O que não pode faltar é o essencial.

Os pais devem agir de maneira que a correção seja equilibrada e ponderada, pois a vontade absoluta e o poder tirano já não mais são aceito em nossa sociedade, pois somente trará rancores e mágoas, feridas que irão demorar a cicatrizar. A atuação dos pais deve ser constante, contudo, o castigo por atitudes e condutas fora do padrão exigido, não devem colocar em risco a vida de seus filhos.

Muitas vezes a falta de discernimento, tendência e exemplos, a começar na própria família, que levam ao desatino, rebelião e falta de respeito, gera a necessidade de aplicar uma correção, mas como mencionado acima, sempre com muita cautela e ponderação.

Então quando a lei fala em dirigir-lhes a criação e educação, está falando em regradar condutas, emoldurar o caráter e as idéias, formar o indivíduo de maneira compatível com sua condição sócio-econômica, fazê-lo uma pessoa útil e digna na vida em sociedade. Quando os pais não atendem a estas expectativas, ou seja, não atendem à subsistência dos filhos, cometem o delito de abandono material e intelectual, dispostos nos artigos 244 e 246 do Código Penal.

Tê-los em sua companhia e guarda significa que um filho menor não pode deixar o lar familiar sem a prévia autorização dos pais. O direito de guarda assegura meios para que o filho seja observado quanto ao comportamento, aos relacionamentos, às companhias e atitudes.

Conceder-lhe, ou negar-lhes, consentimento para casarem, quer dizer que a lei determina que os pais sejam as pessoas indicadas para o consentimento ou não do casamento. Se o consentimento for negado, cabe pedido judicial para o suprimento de idade.

Reclamá-los de quem ilegalmente os detenha, significa que quem detém a guarda legal obtém instrumentos, meios para a reclamação, ou seja, através da busca e apreensão de menor. Muitas vezes, depara-se por situações em que o casal, quando não convive, não estabelece a guarda judicialmente, apenas determinam extrajudicialmente quem será o responsável pela criança ou adolescente. Existem casos de juízes entenderem que a guarda é natural e que não existe a necessidade de estabelecê-la para um dos pais em detrimento do outro.

No entanto, se por algum motivo, o pai ou mãe que não ficou com a "guarda" do filho no acordo entre as partes, resolve não mais devolvê-lo ao responsável, não há meios para promover esta busca e apreensão e o adolescente e principalmente a criança acabam ficando em situação de risco e insegurança até que se resolva judicialmente o conflito.

E finalmente, exigir dos filhos obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição é um direito dos pais, onde a obediência é devida durante a menoridade. O respeito é uma atitude moral, que deve ser preservada, não apenas porque está na lei, mas porque é a condição essencial para uma vida em sociedade. Quanto aos serviços próprios, são os compatíveis com a idade, os horários em que

são exercidos, onde o filho coopera com os pais, sem a infração ao que a lei determina.

Com relação aos bens dos filhos, tem-se que estes, quando menores não possuem capacidade para administrar seus próprios bens, pois podem ser advindos de herança, ou ainda por meio de doações. Nestes casos, a princípio os pais são administradores desses bens, e na falta de um, ficará o outro como responsável geralmente ocorrendo quando um dos pais falece, de acordo com o artigo 1689, II do Código Civil. A administração não autoriza a alienação, e tão somente atos como locação, aplicação dos valores, pagamento de impostos, ou seja, aqueles que a lei define como atos de administração.

Para alienação dos bens, há necessidade de autorização judicial, de acordo com o artigo 1691, do mesmo Código.

Quanto ao usufruto dos bens dos filhos, a lei enumera os que são excluídos, no artigo 1693 do Código Civil (BRASIL, 2003):

Art. 1693 - Excluem-se do usufruto e da administração dos pais:

I – os bens adquiridos pelo filho havido fora do casamento, antes do reconhecimento;

II – os valores auferidos pelo filho maior de dezesseis anos, no exercício de atividade profissional e os bens com tais recursos adquiridos;

III – os bens deixados ou doados ao filho, sob a condição de não serem usufruídos, ou administrados, pelos pais;

IV – os bens que aos filhos couberem na herança, quando os pais forem excluídos da sucessão.

Quando os bens do menor não puderem ser administrados pelos pais, deverá ser nomeado pelo juiz um curador para os atos.

5 EXTINÇÃO, SUSPENSÃO E PERDA DO PODER FAMILIAR

A extinção, a suspensão e a perda do poder familiar são reguladas pelo Código Civil.

Dá-se a extinção quando, independentemente da vontade dos pais, a lei expressamente define no artigo 1635 do CC (BRASIL, 2003).

Art. 1635 - Extinguir o poder familiar:

I – pela morte dos pais ou do filho.

II – pela emancipação, nos termos do artigo 5º, § único do Código Civil.

III – pela maioridade.

IV – pela adoção.

V – por decisão judicial, na forma do artigo 1638, quando da perda familiar quando o pai ou mãe castigam imoderadamente o filho ou o coloca em situação de abandono ou o expõe à situação de risco e de imoralidade.

Ainda, quando incidir nas faltas previstas em relação à suspensão do poder familiar.

A morte, sem dúvida, extingue o poder familiar, pois não existe mais o sujeito ativo do direito. Isto somente ocorre quando os dois genitores falecerem, e então teremos a extinção do poder familiar, sendo necessária a nomeação de um tutor para o menor. Caso um deles seja sobrevivente, então o poder familiar concentrar-se-á neste.

A emancipação torna o filho maior de idade. O ato é realizado mediante instrumento público, se por vontade dos pais, e por decisão judicial, ouvido o tutor se

o menor tiver dezesseis anos de idade, e os pais não forem vivos. Existem outras formas de emancipação, tais como colação de grau em nível superior, casamento, exercício de emprego público efetivo, estabelecimento civil e comercial e a existência de relação de emprego desde que o menor possa manter-se economicamente. Atingida a capacidade civil, não há mais falar-se em dependência em relação aos pais.

A maioridade é alcançada aos dezoito anos de idade, momento em que os direitos civis são plenos.

A adoção extingue o poder familiar, que é concedida se os pais renunciarem ao poder familiar ou se houver sentença declarando a perda ou extinção. O poder familiar passa aos pais adotivos.

Ocorre a suspensão do poder familiar quando graves rupturas dos deveres dos pais em relação aos filhos são detectadas. Tem caráter temporário, e como são apresentadas de forma genérica, dependem da decisão judicial, onde o juiz terá grandes parâmetros para decidir de acordo com o caso em concreto.

O artigo 1637 do Código Civil determina que se suspenda o poder familiar quando se verifica o abuso de autoridade, a falta aos deveres pelos pais, por negligência, incapacidade, impossibilidade de seu exercício, omissão habitual no cumprimento, ou ainda, quando há a dilapidação dos bens dos filhos ou condenação pós-sentença irreversível, praticado crime com pena de prisão superior a dois anos. Quando esta é cumprida, restaura-se o poder familiar.

Máxime será motivo de suspensão quando o filho é deixado em estado habitual de vadiagem, mendicância, libertinagem, criminalidade, ou tendo os pais colaborando para tal situação. Mesmo quando eles não se mostrarem capazes de oferecer uma vida de razoável dignidade humana aos filhos; quando se mostrarem também incapazes de proporcionarem um lar ou moradia, a alimentação sadia, ou não emvidarem esforços para mantê-los distantes das más companhias, da desocupação constante e diária, e nem se preocuparem em oportunizar-lhes a matrícula e frequência em estabelecimento de ensino.

O Estatuto da Criança e do Adolescente, ao determinar certas obrigações aos pais, automaticamente abre caminho para a suspensão do poder familiar se desatendidas as mesmas. Assim, os encargos mais primários e singelos, exemplificados no 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. (RIZARDO, 2004, p. 610)

O Estatuto também prevê que a falta de possibilidade material não pode ser motivo para a suspensão ou perda do poder familiar. “Artigo 23: A falta ou carência de recursos materiais não constitui motivo suficiente para a perda ou suspensão do pátrio poder.”

Existem outros motivos que podem desencadear a suspensão do poder familiar, onde o juiz de direito, irá definir se trata de causa para a suspensão do poder familiar ou não. Com a interdição de um dos pais, embriaguez habitual, vício em drogas, prática de crimes contra o patrimônio, declaração de ausência, vadiagem, entre outros, mas que com certeza estarão prejudicando a formação física e emocional dos filhos menores.

Ainda, pode ocorrer a suspensão por determinação judicial quando o filho está institucionalizado. Estamos diante, novamente de situações em que os pais não arcaram com suas obrigações, pois se assim não fosse, estes filhos jamais estariam institucionalizados. Quando uma criança ou adolescente é colocada em instituições

de proteção, é resultado de situações de risco ou abandono, seja físico, emocional ou material.

O procedimento da suspensão do poder familiar deve ser feito através de um pedido que conste a situação do filho, e as atitudes dos pais que foram prejudiciais. É ordinário, e o prazo de contestação é de quinze dias. O Ministério Público deve intervir no processo, e a decisão será proferida pelo juiz.

A sentença que decretar a suspensão do poder familiar deverá ser averbada à margem do registro de nascimento da criança ou adolescente. Se suspenso o poder familiar, os genitores perdem todos os direitos em relação aos filhos e seus bens.

Quando pais infringem de maneira grave em seus deveres diante de seus filhos, ocorre a perda do poder familiar. É o que chamamos de destituição do poder familiar.

O artigo 1638 do Código Civil disciplina a perda quando pais castigarem imoderadamente os filhos. Este castigo não pode ultrapassar as justas medidas exigido para a situação de infração, não se permitindo excessos quanto à integridade física e psíquica da criança ou adolescente. As correções devem ser comedidas, sensatas, o suficiente para que a conduta do filho seja repelida na medida certa. Deixar o filho em abandono, este pode ser material, moral, alimentar, educacional, com relação à saúde, enfim, todo tipo de abandono que venha a prejudicar o crescimento da criança ou adolescente.

Inúmeros são os casos de menores abandonados, sem habitação, vadios, mendigos, liberados, entregues à própria sorte, perambulando pelas ruas e dormindo em locais públicos. Mesmo a instigação à mendicância é motivo de perda do poder familiar, pois significa expor o menor às humilhações e ofensas à dignidade humana.

Maior é a gravidade quando se impõe o convívio com a delinquência, em casas povoadas de marginais, assistindo a prática de crimes, como o consumo e o tráfico de drogas, a prostituição e os constantes atritos físicos e refregas entre os pais (RIZARDO, 2004, p.612).

O Conselho Tutelar, órgão de proteção à criança e ao adolescente, muitas vezes encontra dificuldades para efetivar campanhas diárias em relação à população, pois a mendicância é um fator de grande potencialidade quanto ao risco de crianças e adolescentes. Quando uma pessoa doa um valor em dinheiro para uma criança ou um adolescente no semáforo de uma cidade qualquer, está colaborando para que esta não saia desta situação, quadro constante em diversas cidades.

Quando estas crianças ou adolescentes chegam em casa e entregam os valores recebidos durante o dia de trabalho para seus pais, enquanto que estes ficaram em casas, alimentaram-se, e não sofreram qualquer risco ou humilhação nas ruas implorando por caridade. Estas crianças e adolescentes são explorados diariamente, e muitas vezes para suprir o vício de seus pais, seja com cigarros, bebidas e drogas.

Enquanto a população estiver oferecendo estes valores, existirão crianças e adolescentes nas ruas pedindo, em altas horas da madrugada, perambulando pelas ruas da cidade, pois não têm interesses em retornar para casa, onde seus pais estão embriagados ou drogados, ou ainda, estão acostumadas a uma vida sem qualquer dignidade. Preferem ficar nas ruas, vivendo da mendicância e caridade alheia.

Contudo, está chegando o momento em que ou aplica-se a lei, suspende-se o poder familiar, processam-se criminalmente estes pais, ou jamais terão a noção da responsabilidade de se ter um filho.

Ainda, pode ser imputada perda quando praticar atos contrários à moral e aos bons costumes, incidir, reiteradamente nas faltas de suspensão de poder familiar, já citadas, tais como abuso de autoridade, falta aos deveres pelos pais, por negligência, incapacidade, impossibilidade de seu exercício, ou omissão habitual no cumprimento, ruína ou delapidação dos bens dos filhos e condenação criminal irreversível, com pena de prisão superior a dois anos.

O Estatuto da Criança e do Adolescente enumera ainda outras hipóteses, como o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores. Estes deveres são fundamentais e básicos para a integridade e desenvolvimento de uma criança ou adolescente. A perda do poder familiar em relação a um filho estende-se aos demais filhos da mesma mãe e do mesmo pai. Trata a espécie de perda do poder familiar como encargo em si, e não em função dos fatos relativos a um filho.

Por fim, mesmo com relação à suspensão ou perda do poder familiar, pode haver restrições, não havendo a necessidade de declarar-se a perda ou suspensão total do poder.

Em sede de suspensão ou perda do poder familiar, cabe sempre ao juiz, avaliando a urgência e a necessidade que a situação requer, sempre em prol do que melhor for para o menor, usar de seu poder geral de cautela, determinando medidas provisórias, deferindo e determinando a busca e apreensão e a guarda provisória dos menores a terceiros ou a estabelecimentos idôneos, enquanto a matéria é discutida no curso do processo. Lembre-se de que a suspensão do poder familiar suprime alguns direitos do genitor, mas não o exonera de prestar alimentos (VENOSA, 2004, p. 383).

O procedimento da perda será também no rito ordinário, como a suspensão. Aquele que foi destituído do poder familiar poderá judicialmente requerer a reintegração, quando provado que as medidas tomadas foram cessadas. Na realidade esta é uma situação que deve ser muito bem ponderada e analisada para que não exista prejuízo algum para a criança ou adolescente, visando sempre o seu melhor interesse.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O poder familiar é um instituto consolidado na legislação brasileira. As hipóteses previstas na legislação estão devidamente preenchidas, não restando dúvidas quanto às obrigações e responsabilidades de seus titulares em relação aos seus filhos. Basta que exista uma fiscalização eficaz e que os pais tenham a exata noção destas responsabilidades.

Ainda, a legislação prevê os casos de extinção do poder familiar, bem como os casos de suspensão e perda deste poder. Ou seja, as hipóteses estão especificadas e bem delineadas, sendo possível a atuação dos órgãos responsáveis para a proteção das crianças e adolescentes em qualquer situação de risco, negligência e maus tratos, de acordo com o Estatuto da Criança e Adolescente.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Código civil**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

NOGUEIRA, P. L. **Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1993.

RIZARDO, A. **Direito de família**. 2. ed. Rio de Janeiro:Forense, 2004.

VENOSA, S. S. de. **Direito Civil**. 4. ed. São Paulo:Jurídico Atlas, 2004.