

Considerações sobre o Poder Familiar

Fernando Campos Scaff¹

SUMÁRIO: 1 Da Autorictas ao Munus. 2 A Natureza Jurídica do Poder Familiar. 3 O Conteúdo do Poder Familiar. 4 A Suspensão e a Extinção do Poder Familiar. 5 Conclusões. Referências

1 Da *Autorictas* ao *Munus*

A noção do poder familiar, ao longo dos séculos e das gerações, alterou-se paulatinamente, o que se fez de modo a acompanhar as próprias redefinições admitidas acerca de dos conceitos de igualdade e de hierarquia estabelecidos em relação aos membros de uma família formal ou de uma das uniões a ela equiparadas.

Inicialmente, é preciso compreender a estrutura peculiar existente no âmbito dessa situação fundamental do direito. A primeira observação deve ser dirigida ao relacionamento estabelecido entre os cônjuges. A segunda, ao vínculo mantido pó esse cônjuge com os filhos oriundos dessa relação.

Tais especificidades decorrem, em grande medida, dos limites evidentes observados quanto á eficácia da própria lei no trato questões que caracterizam o relacionamento mantido entre os pais – reconhecidos como pessoas aptas e maduras para agir em sociedade – e os filhos, enquanto submetidos a uma condição de incapacidade decorrente da própria juventude.

Realmente, é de fácil constatação que as relações jurídicas originadas da filiação estão ancoradas em um substrato ético que já num primeiro momento as qualificam e, um cenário mais amplo, suplantam-nas. Como ensina autorizadamente Roberto de Ruggiero, “há deveres, como os mútuo afeto, respeito e assistência, que antes de jurídicos são marais, são impostos pela consciência e pelo sentido íntimo, sendo pois acolhidos e não criados pela lei”.²

Surge daí uma necessidade evidente: incube aos pais, de modo preferencial, zelar pela proteção devida aos filhos nos anos iniciais de suas vidas. Os contornos e a extensão desses cuidados e dos meios para que possam ser exercidos são objetos, porém, de uma contínua transformação.

De fato, a atual situação de igualdade entre o marido e a mulher – e não mais de predominância do homem em relação á sua esposa ou companheira – estabelece conseqüências diretas quanto ao exercício do poder familiar e que deverá ser cumprido, em regra, de modo conjunto e absolutamente igualitário por ambos os pais.

Assim, o que se chama hoje de poder familiar já foi designado, pó longo período, de pátio poder, tradução da figura que existia no Direito Romano e que lá se denominava *patria potestas*. Mais do que um poder-dever ou uma função, remetia esse conceito á noção de um

¹ Professor Associado do Departamento de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Livre- Docente em Direito pela USP. Advogado.

² Instituições de direito civil, v. II. 3. Ed. Revista e atualizada, São Paulo: Saraiva, 1972. P. 193.

verdadeiro direito reconduzido á titularidade exclusiva do pai e que se exercia diretamente sobre as pessoas dos filhos, dotado assim de enorme amplitude. Ademais, era instituto consolidado, englobando em seu conteúdo faculdades determinadas como *jus vitae et necis*, bem como a possibilidade de transferir o domínio sobre o filho para outra pessoa, *in causa Mancipi*, e ainda de dá-lo como pagamento de indenização *noxae deditio*.³

Sob a égide tal *potestas*, cabia ao pai – e não aos pais, note-se – resolver quais bens deveriam ser atribuídos a cada um dos filhos, que educação e profissão deveriam ter, com quem iriam se casar. Chegava-se enfim até ao extremo de se permitir, no universo desse poder, a tomada de decisões acerca da vida e da morte dos descendentes.

Como esclarece San Tiago Dantas, “a pátria *potestas* era uma *auctoritas*, tal qual a que tinha o proprietário sobre a coisa de que era dono”.⁴

A transformação dessa ideia de *auctoritas* para aquela de um *munus*, ou seja, de um efetivo encargo, não se realizou de modo rápido,⁵ assim como não foi imediata a expansão da possibilidade de exercício desse poder-dever á mãe. Contudo e ao final dessa evolução, ocorreu a transformação do até então chamado *pátrio poder* naquilo que se hoje denomina poder *familiar*,⁶ buscando representar essa mudança de denominação acerca da titularidade e do modo de exercício desse poder.

Esse encaminhamento deu-se, como aponta Orlando Gomes, visando respeitar três princípios. O primeiro, no sentido de que se estabelecesse uma limitação temporal para vigência desse poder; o segundo, criando limites para o seu exercício; o último, no sentido de possibilitar que o Estado interviesse para garantir que finalidades buscadas com o reconhecimento dessa modalidade de função pudessem ser efetivamente alcançadas.⁷

O seu exercício reparte-se, já numa primeira visada, em dois caminhos: um que envolve as relações pessoais e outro vinculado ás questões de cunho predominantemente patrimonial.

³ Nesse ponto, conf. Washington de Barros Monteiro. Curso de direito Civil. V. 2. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 1992. p. 275.

⁴ Direito de família e das sucessões. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991. p. 308.

⁵ Aubry e Rau (Droit civil français, v. IX, 5. Ed. Paris: Marchal et Billiard, 1917. p. 108) mantiveram, ainda no século XIX, essa perspectiva atenuada – já que estendia á mãe as atribuições do pai – que se poderia dizer romana de tal poder, compreendendo como a dita *puissance parternelle* “l’ensemble des droits qui appartiennent au père et à mère sur la personne et des biens de leurs enfants”.

⁶ Esse movimento, em nosso ordenamento jurídico, é semelhante áquele previamente verificado na Itália, realçando, também nesse ponto, a similitude entre o nosso atual Código Civil e a legislação daquele país. É o que esclarecem Andrea Torrente e Piero Schlesinger (Manuale di Diritto Privato, 15. ed. Milão: Giuffrè, 1997. p. 861: “La riforma há soppresso la ‘patria potestà’, sostituendola com la ‘potestà dei genitori’ (art. 316, comma 1), cui il figlio é soggetto fino al raggiugimento della maggiore età o al matrimonio [...]”).

⁷ Direito de família. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987. p. 367.

Cumprirá aos pais, pois, estabelecer o modo de criação que se oriente pela prevenção dos interesses fundamentais de seus filhos, educando-os, provendo os meios de sua subsistência digna, tanto do ponto de vista mental e espiritual como economicamente, de acordo com os valores éticos maiores e que encontram repercussão na vida em sociedade.

Em suma, ocorreu uma evidente mudança quanto ao foco dos interesses a serem privilegiados, que deixou de ser aquele dos agentes do poder para os seus destinatários.

Por aí se justifica a importância de se identificar corretamente a natureza jurídica desse conceito, o que surge como consequência dessa real necessidade de se dar um dimensionamento coerente aos valores e aos interesses que devam aí prevalecer.

2 A Natureza Jurídica do Poder Familiar

Há nos contornos poder *familiar* um princípio fundamental e que surge como uma verdadeira ordem colocada pela Natureza: incumbe aos pais a criação dos filhos. Essa norma que nos animais se exterioriza, por exemplo, nos comportamentos que se dirigem a prover a alimentação, a criar situações que amenizem as rudezas do clima ou que aumentem as chances de sobrevivência dos recém-nascidos em relação aos riscos impostos pelos seus predadores naturais, sofisticando na espécie humana.

Assim, não só aquelas necessidades consideradas básicas, mas outras de caráter mais complexo, vinculadas fundamentalmente ao conceito amplo de educação, compõem os deveres genéricos atribuídos aos pais em favor não só de seus filhos, mais sim ao conjunto da sociedade.

Nesse sentido, os primeiros contatos com a civilização e, daí, com as regras admitidas como sendo aquelas próprias á boa conduta e também com os valores considerados adequados pela coletividade processam – se, ordinariamente, no universo e no ambiente da família.

Ordinariamente, portanto a família é considerada uma célula social básica e fundamental que, em conjunto com outras a ela semelhantes, cria uma estrutura mais ampla, representada pela vida em sociedade.

Não há dúvida que essas finalidades educativas, controladoras e organizadoras que são próprias á família elevam esse instituto, portanto, a um papel preponderante na história da civilização.

Constatada essa realidade, o ordenamento jurídico preocupou-se em formalizar a legitimidade do exercício do poder de alguns indivíduos sobre outros, dotando-os meios necessários para que valores possam ser preservados, com o que se garante a própria agregação dos integrantes de uma comunidade qualquer.

Já se mencionou que, em tempos idos, esse predomínio fundava-se naquilo que existia estritamente como sendo um *direito*, com faculdades em certa medida comparáveis àquelas próprias ao instituto da *propriedade*. Assim, ao pai competia dispor a pessoa do filho de modo amplo, estando centrada nos seus próprios interesses a lógica dessa situação.

Observa-se, contudo, que com o passar dos tempos ocorreu um efetivo deslocamento quanto à centralidade dos interesses que devam prevalecer nesse cenário, passando da pessoa do pai – ou mesmo dos pais – ou mesmo dos pais – para a figura dos filhos. Essa alteração de referências decorre do reconhecimento daquilo que se tem como real e genérico princípio de justiça: tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais.

Assim, aquele que mais necessita de proteção deverá merecer, por parte do ordenamento jurídico, maior atenção e respaldo. Em suma, fragilidade reconhecida na figura do filho que não atingiu uma determinada idade determinará o espírito norteador do exercício do poder familiar.

Nesse mesmo sentido, certas situações anteriormente reconhecidas como qualidades ou defeitos serviram para, em determinado período da História, graduar a própria intensidade com que se exercia o poder familiar. Com efeito, em relação aos filhos ditos naturais, adulterinos ou incestuosos, o grau de compromisso e de responsabilidade imposto aos pais era mínimo, limitando-se, em geral, ao cumprimento de determinadas prestações alimentares.

Suprimida essa classificação, hoje reputada social e juridicamente como odiosa, observa-se quanto ao dito poder *familiar* caráter que é próprio a uma verdadeira *função* a ser exercida pelos pais em relação aos filhos, estejam eles inseridos no cenário de uma família matrimonial ou não.

Coloquem-se as idéias, portanto, em sua correta perspectiva: reconhece-se a necessidade da atribuição e do exercício do poder *familiar*, de modo a regular a criação, a educação e a adequada inserção dos filhos na sociedade. É, pois um poder limitado e com finalidade clara, determinada e insubstituível: pretende garantir que os filhos menores tenham a proteção e a educação necessárias, o que ocorrerá não só em seu próprio e primeiro benefício, mas também em favor da sociedade como um todo.

Por esse motivo é que tal poder, além de ser dirigido a uma finalidade específica, é exercida com notáveis restrições, sendo possível a qualquer tempo e em benefício do incapaz haver a intervenção do Estado, no nosso caso representado pelo Ministério Público e pelo Poder Judiciário, aos quais se atribuiu a incumbência de zelar pela recolocação dos interesses em confronto em adequada posição.

Além disso, havendo disputa entre os pais e sempre visando garantir a prevalência dos melhores interesses dos filhos menores, poderá o juiz estabelecer, em detrimento do que pretenda um dos pais ou ambos, qual solução deverá prevalecer, o que demonstra claramente a opção do legislador no trato desse assunto.⁸

Parece-nos, portanto e com essas considerações, que o dito poder *familiar* possui a natureza jurídica de uma verdadeira *função*, ou seja, de um *poder vinculado a uma finalidade específica*. É, em suma e como esclarece Fábio Konder Comparato, “um poder de agir sobre a esfera jurídica alheia, no interesse de outrem, jamais em proveito do próprio titular”.⁹

3 O Conteúdo do Poder Familiar

Como já mencionado, o poder *familiar* é ordinariamente exercido pelos pais em conjunto, tanto em relação à pessoa dos filhos menores como também no tocante ao patrimônio de cada um deles.

A sua primeira e mais evidente manifestação é aquela que se vincula à atribuição concedida aos pais de zelarem pela criação e educação dos filhos menores. Para tanto, têm a faculdade de estabelecer, de acordo com padrões éticos e morais que sejam admissíveis socialmente, a forma e o conteúdo desse aprendizado que será imposto aos filhos, o que abrange, de maneira ampla, as regras de conduta e de comportamento que lhes devam ser ensinadas em seu próprio benefício.

Assim, não só a educação formal, mas também a religião, as práticas esportivas, os comportamentos no lazer, o consentimento para casarem, por exemplo, compõem o alcance desse aprendizado e devem ser definidos em conjunto pelos pais em relação aos seus filhos menores.

⁸ Conf. O parágrafo único do art. 1.631 do código civil.

⁹ Direito empresarial. São Paulo: Saraiva, 1990. p. 9. Com isso parece concordar Miguel Reale (conf. Lições preliminares de direito, 12. ed. São Paulo: Saraiva, 1985. p. 259), ao ressaltar que o pátrio poder não é exercido “no interesse dos pais, mas sim em benefício da prole e da sociedade”, o que implica nessa idéia específica de *função*, mais do que um mero e genérico poder.

São os pais, enfim, que assumem as funções de representantes legais dos filhos até os 16 anos e de seus assistentes dos 16 aos 18 anos no que se relaciona à prática dos atos jurídicos em geral (art. 1.690 do Código Civil), o que dá boa imagem da extensão dos poderes conferidos.

Além disso e para tomar tais decisões efetivas, dispõem os pais, também em conjunto, da possibilidade de inibir comportamentos indesejáveis dos filhos, o que se poderá fazer mediante a aplicação de castigos moderados, desde que vinculados e limitados de modo estrito à eficácia da boa educação que se pretenda garantir.

De fato, a justificativa para tanto é a mesma que respalda determinadas restrições estabelecidas em relação a menores de idade no tocante a não poderem frequentar certos eventos ou ambientes, a deverem se recolher a partir de determinadas horas da noite ou ainda de serem proibidos de desempenhar atividades que não seriam próprias à idade, tais como trabalhos, esportes perigosos, ingestão de bebidas alcoólicas ou do fumo etc.

O que se poderia considerar, nesses casos, como limites à liberdade individual não representa prestigiar indesejáveis proibições mas, pelo contrário, justifica-se na medida em que se afigurem como verdadeiros cuidados necessários à preservação dos interesses fundamentais de pessoas que não detêm, presumivelmente pela idade, discernimento para realizarem as melhores escolhas, nem para avaliarem adequadamente os riscos de uma ou de outra conduta.

Nesse sentido, as liberdades de "ir e vir", de "associação" ou de "reunião" não se aplicam de maneira genérica e indistinta ao conjunto das pessoas, cabendo ao Estado e aos pais, fundamentalmente, o encargo de zelarem de maneira preferencial e realmente mais intensa pelo cuidado devido a esses menores de idade, o que pode legitimar a negativa de acesso a determinados ambientes, facultados àqueles que já detêm capacidade jurídica plena e, presumivelmente, maturidade física e psicológica.

Para cumprir com tais objetivos, podem também os pais usar dos meios necessários para ter seus filhos sob a sua companhia e guarda. No caso de casais que respeitem o dever da coabitação como característica própria do matrimônio ou da união estável, o problema é de mais fácil solução. Assim, os filhos estarão com os pais de modo permanente, todos convivendo em situação normal da vida em família.

Os problemas maiores surgem quando esse ambiente não mais existe ou quando jamais tenha mesmo sido criado. Nesses casos, haverá a necessidade de regular o regime de guarda e

de visita dos filhos, o que em última análise demandará a intervenção judicial e do Ministério Público, incumbidos pelo legislador em buscar estabelecer o modo pelo qual os interesses dos filhos menores estarão sendo mais adequadamente respaldados, uma vez que não possam os pais exercer tais faculdades conjuntamente.

Assim, os regimes de guarda exclusiva ou as outras modalidades de guarda alternada ou compartilhada, bem como o contraponto das visitas a serem feitas pelo genitor ou mesmo outro ascendente ao qual não foi atribuída essa guarda, visam sobretudo à prevalência dos interesses dos filhos em dispor das melhores condições possíveis para seu desenvolvimento.¹⁰

São essas situações que não se ajustam a fórmulas legais preestabelecidas, demandando do juiz a avaliação do caso concreto e que podem mesmo ser alteradas a qualquer tempo, desde que se vislumbre que os interesses dos filhos serão atendidos de modo mais adequado sob um outro regime de guarda ou de visitas, num outro momento e em novas circunstâncias. Não há aqui, portanto, ao se estabelecer regime de guarda e de visitas, aquilo que os processualistas denominam a *coisa julgada material*.

¹⁰ De fato, caso a guarda seja mais bem exercida por outra pessoa, que não os próprios pais, cumpre ao juiz fazer essa atribuição. É o que já reconheceu o Superior Tribunal de Justiça, por mais de uma ocasião. Num dos julgados, asseverou que “a prevalência do melhor interesse da criança impõe o dever aos pais de pensar de forma conjugada no bem estar dos filhos, para que possam os menores usufruir harmonicamente da família que possuem, tanto materna, quanto a paterna, sob a premissa de que toda criança ou adolescente tem direito de ter amplamente assegurada a convivência familiar, conforme linhas mestras vertidas pelo art. 19 do ECA. É inerente ao poder familiar, que compete aos pais, quanto à pessoa dos filhos menores, tê-los em sua companhia, nos termos do art. 1.634, II, do CC/02, ainda que essa companhia tenha que ser regulada pelo direito de visitas explicitado no art. 1.589 do CC/02, considerada a restrição contida no art. 1.632 do CC/02, quando colhido o casal pela separação judicial, divórcio ou dissolução da união estável” (REsp 1032875/DF, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 28.4.2009, DJe 11.5.2009). Em outro julgado, remeteu à avó o direito, entendendo-se que “sob a tônica da prevalência dos interesses da pessoa em condição peculiar de desenvolvimento deve-se observar a existência da excepcionalidade a autorizar o deferimento da guarda para atender situação peculiar, fora dos casos de tutela e adoção, na previsão do art. 33, §2º, do ECA. A avó busca resguardar situação fática já existente, por exercer a posse de fato da criança desde o nascimento, com o consentimento dos próprios pais, no intuito de preservar o bem-estar da criança, o que se coaduna com o disposto no art. 3, § 1º, do ECA. Dar-se preferência a alguém pertencente ao grupo familiar – na hipótese a avó – para que seja preservada a identidade da criança bem como seu vínculo com os pais biológicos, significa resguardar ainda mais o interesse de menor, que poderá ser acompanhado de perto pelos genitores e ter a continuidade do afeto e a proximidade da avó materna, sua guardiã desde tenra idade, que sempre lhe destinou todos os cuidados, atenção, carinhos e provê sua assistência moral, educacional e material. O deferimento da guarda não é definitivo, tampouco faz cessar o poder familiar, o que permite aos pais, futuramente, quando alcançarem estabilidade financeira, reverter a situação se assim entenderem, na conformidade do art. 35 do ECA” (REsp 993.458/MA, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 7.10.2008, DJe 23.10.2008).

Certo é que a definição acerca de qual dos pais separados deverá exercer a guarda de filhos não significa, por si só, eliminação ou suspensão do poder familiar daquele ao qual não se atribua essa função.¹¹

Já no que se refere à esfera patrimonial, o poder familiar engloba a generalidade de atos de administração dos bens dos filhos menores e de usufruto que sobre tais bens possa ser exercido.

Propriamente quanto à gestão de tais bens, nota-se em nosso sistema jurídico evidente evolução em comparação ao que havia no cenário do dito Direito Roma- no primitivo, quando "a família romana representava uma unidade patrimonial absoluta".¹²

Hoje, não é isso que ocorre, havendo sim a possibilidade de patrimônios se- parados, um para cada pessoa, bem como limites aos poderes atribuídos aos pais em relação aos bens sob a titularidade dos filhos, que se verificam tanto de ordem temporal- ou seja, estão sujeitos a uma condição resolutiva que se realizará com a maioria civil -, como na sua própria extensão, uma vez que é vedada, por exemplo, a alienação ou oneração dos bens dos filhos menores, a menos que precedida de autorização judicial (art. 1.665 do Código Civil brasileiro).¹³

Já quanto ao usufruto, ainda mantido em nosso sistema jurídico (art. 1.689, inciso I, do Código Civil), representa a conservação daquilo que representavam os pecúlios – pequenos patrimônios independentes, destacados ao longo do tempo do patrimônio familiar -, em especial os chamados *bona adventitia* que, na época romana, eram justamente deixados à disposição do *pater familias*, em usufruto.¹⁴

¹¹ É o que determina o art. 1.632 do Código civil brasileiro. Nesse mesmo sentido, conf. Maria Helena Diniz. Curso de direito civil brasileiro. v. 5, 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 521

¹² Conf. San Tiago Dantas, ob. cit., p. 406.

¹³ O Superior Tribunal de Justiça já teve oportunidade de reforçar tal entendimento restritivo acerca do alcance das atribuições dos pais no trato dos bens dos filhos, inclusive com intuito de impor á eventual má-gestão dos pais as devidas conseqüências, próprias á responsabilidade civil. Assim, por exemplo, já decidiu aquela corte que "ato que extrapola a simples gerência e conservação do patrimônio do menor – Autorização judicial – Imprescindibilidade" (AgRg no REsp 1052334/MG, Ral. Ministro Massami Uyeda, Terceira Turma, julgado em 2.6.2009, DJe 16.6.2009).

¹⁴ Idem, p. 406.

Tais faculdades, naturalmente, serão exercidas não em favor dos pais, mas sim no interesse dos filhos, pelo que eventuais excessos ou atos de gestão ruínoza devem ser coibidos e resultarem na imposição de suficiente ressarcimento.¹⁵

4 A Suspensão e a Extinção do Poder Familiar

O poder familiar é dotado de caráter personalíssimo, cabendo indistintamente ao pai e à mãe, tendo como destinatários os filhos.

Será exercido em relação aos filhos menores de idade nascidos na constância do matrimônio, aqueles adotados ou então aqueles nascidos fora do casamento e em relação ao qual ocorra o reconhecimento da filiação.

Como consequência de seu caráter, o poder familiar é indelegável e irrenunciável. Por outro lado, busca resguardar os interesses de pessoas qualificadas como incapazes em razão da idade, pelo que é poder que se exerce por prazo determinado, deixando de se justificar com a cessação da incapacidade.

A morte dos pais ou dos filhos, bem como a adoção deles por outrem, são causas, pois, de extinção do poder familiar, como serão também aquelas situações já referidas que determinem a extinção da menoridade, isto é, quando alcançarem os filhos a idade de 18 anos ou quando forem emancipados pelos pais, após os 16 anos de idade.

Contudo, observando-se o seu exercício defeituoso ou que suas finalidades não sejam alcançadas, poderá haver a suspensão ou até mesmo a extinção desse poder, sendo que essas possibilidades são reconhecidas formalmente no direito positivo.¹⁶

Já se afirmou que uma das características do poder familiar – que ostenta, como já observamos, mais propriamente a natureza jurídica de uma *função* – encontra-se na possibilidade de que ocorra a intervenção do Estado na defesa e proteção dos interesses daqueles que efetivamente necessitam dessa ajuda, situação a que sujeitam em regra todas as

¹⁵ Para esse mesmo sentido convergem, como mencionado, outros procedimentos do superior Tribunal de Justiça. Num deles afirmou-se o seguinte: “o Código Civil, apesar de outorgar aos pais amplos poderes de administração sobre bens dos filhos, não autoriza atos que extrapolem a simples gerência e conservação do patrimônio do representado. Se o representado legal assume, sem prévia autorização judicial, contrato de prestação de serviços advocatícios em nome da filha, sendo o valor fixado dos honorários desproporcional (30% do valor total da causa), com conseqüente comprometimento do patrimônio da representada, deve avocar para si a obrigação, ainda mais se considerada que, no caso concreto, os advogados contratados prestaram mais serviços ao representante do que á representada” (AgRg no Ag 1065953/SP, Rel. Ministro Sidnei Beneti, Terceira Turma, julgado em 7.10.2008, DJe 16.6.2009).

¹⁶ Arts. 1.637 e 1.638 do Código Civil brasileiro.

peessoas até que atinjam uma presumida maturidade, trazida com o tempo, e daí uma também presumida - admitindo prova em contrário - aptidão para zelar pelos próprios interesses de maneira autônoma.

Por conta dessa perspectiva, delegou-se ao juiz a possibilidade de suspender ou de extinguir o poder familiar em situações tidas como anômalas, ou seja, quando as suas finalidades não estejam sendo alcançadas ou quando se evidencie risco à integridade física e mental ou aos interesses mais importantes do menor de idade, eventualmente desrespeitados por seus pais.

Apesar de serem situações que se imaginam excepcionais, concedeu-se ao Estado um enorme alcance de atuação nos casos em que se evidencie ou mesmo se suspeite de negligência quanto à criação dos filhos, não havendo um elenco taxativo que tenha sido determinado pela lei quanto às situações em que pode haver a modificação das situações de poder familiar.

Desse modo, evidenciando-se uma situação de risco ou de dano iminente ou real aos interesses dos menores de idade, causados por ação ou omissão dolosa ou culposa de algum ou de ambos os pais, impõe-se sobretudo ao Estado-juiz, tal como um verdadeiro e próprio *dever*, a necessária alteração desse cenário, a se fazer na intensidade, no período e na forma como sejam concretamente e da melhor forma atendidos os interesses que devem prevalecer e que são, justamente, aqueles dos filhos incapazes em função da idade.

Para tanto e também sob a perspectiva processual, deverá se reconhecer nessas situações flexibilidade de formas e de prazos, tal como se admite em relação aos procedimentos de jurisdição voluntária, uma vez que independentemente de sanções de natureza civil¹⁷ ou penal, há uma finalidade essencial que deve nortear a restrição, suspensão ou extinção do poder familiar e que é justamente a tutela de interesses de incapazes, não sujeita às fórmulas estritas e próprias dos processos de jurisdição contenciosa.

¹⁷ A despeito dos possíveis efeitos nocivos no tocante à relações de afeto e respeito, a responsabilização civil do pai ou mãe negligentes no exercício do poder familiar podem ser reconhecidas, no sentido da reparação do dano moral ou material causado ao filho menor. Contudo, nesse ponto já houve posicionamento contrário do Superior Tribunal de Justiça, nos seguintes termos: “A indenização por dano moral pressupõe a prática de ato ilícito, não rendendo ensejo à aplicabilidade da norma do art. 159 do Código Civil de 1916 o abandono afetivo, incapaz de reparação pecuniária” (REsp 757.411/MG, Rel. Ministro Fernando Gonçalves, 4ª Turma, julgado em 29.11.2005, DJ 27.3.2006, p. 299). Talvez, contudo, esse precedente se sujeite à revisão por outros julgados daquela Corte, consideradas as visões atuais que estabelecem, de modo mais amplo e genérico, a obrigação de ressarcimento de danos causados, provenham donde provierem.

Enfim, a presença do Estado no trato dessas questões é permanente e sua intervenção, mais do que possível, é mesmo necessária e imposta ao Poder Público, podendo gerar, inclusive e no caso de omissão indevida, a responsabilização civil do Estado e do agente público inadimplentes.

Nessas circunstâncias, eliminado ou suspenso o poder familiar sob a titularidade de um dos pais, recairá integralmente sobre o outro. Caso a restrição alcance a ambos, haverá a necessidade da nomeação de um tutor, que exercerá a administração dos bens e zelará pelo cuidados devidos aos menores de idade até que alcancem eles plena capacidade jurídica.

5 Conclusões

Observamos que em relação ao poder familiar, determinadas questões parecem ter alcançado uma solução definitiva, mas outras estão longe desse estágio.

A igualdade atribuída aos pais, por exemplo, ou a centralidade dos interesses dos filhos menores, instituídas como regras que devem pautar a interpretação e a valoração das faculdades e do conteúdo desse poder, parecem ser, de fato, concepções que já alcançaram uma compreensão definitiva e pacífica do ponto de vista legal, doutrinário e jurisprudencial.

Por outro lado, não se atingiram, até o momento, conclusões muito claras acerca do confronto de valores envolvendo a proteção devida aos filhos menores e a garantia acerca dos seus direitos individuais, em especial quanto ao alcance da liberdade de que devem usufruir.

Não é essa, de fato, uma questão de simples solução. Vivemos em uma sociedade na qual a autonomia pessoal, por vezes levada às raias do egocentrismo e de um individualismo exacerbados, tornou-se um valor caro à maioria das pessoas.

No caso, contudo, não se resolve o problema a partir da imposição desse postulado. Não há dúvida que a liberdade é um valor, mas que deve ser visto com a devida ponderação, critério e discernimento especialmente no que diz respeito às crianças e jovens que dependem, na fase inicial de suas vidas, do cuidado, do exemplo e da orientação que provêm sobretudo de seus pais, ou seja, das pessoas que deveriam ser as primeiras interessadas em garantir as melhores condições de evolução àqueles que foram por eles criados.

Desse modo, o exercício pleno e consciente do poder familiar – e não a sua negação, atuação deficiente ou desidiosa - e que representa, em última instância, efetiva restrição à liberdade do incapaz, estabelece-se como fator de coesão social, de respeito ao próximo e a si

mesmo, ganhando o mais fértil terreno justamente no vínculo que une pais e filhos, preferencialmente no universo de uma família ou de uma entidade familiar.

Por outro lado, não sendo cumprido esse objetivo, impõe-se que formas alternativas se estabeleçam - e nesse ponto a atuação organizada do Estado surge como uma necessidade =, no sentido de que aqueles cuidados e garantias devidos aos menores de idade possam ser, ainda assim, prestados da melhor forma e em atendimento dos interesses daqueles que mais necessitam dessa atenção preferencial.

Estabelecer os graus e elementos corretos dessa equação constitui, portanto, um desafio ainda não superado.

Referências

AUBRY; RAU. *Droit civil français*. 5. ed. Paris: Marchal er Billiard, 1917. v. IX.

BARROS MONTEIRO, Washington de. *Curso de direito civil*. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 1992. v. 2.

COMPARATO, Fábio Konder. *Direito empresarial*. São Paulo: Saraiva, 1990.

DANTAS, San Tiago. *Direito de família e das sucessões*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

DE RUGGIERO, Roberto. *Instituições de direito civil*. 3. ed. revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 1972. v. II.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 5.

GOMES, Orlando. *Direito de família*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

RAU; AUBRY. *Droit civil français*. 5. ed. Paris: Marchal et Billiard, 1917. v. IX.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 1985.

SCHLESINGER, Píero; TORRENTE, Andrea. *Manuale di diritto privato*. 15. ed. Milão: Giuffrè, 1997.

TORRENTE, Andrea; SCHLESINGER, Piero. *Manuale di diritto privato*. 15. ed. Milão: Giuffrè, 1997.