

*Revista*

**ESASP**

**Escola Superior de Advocacia da OAB SP**

**Edição: Direito de Família e das Sucessões**

“Aprimore seus conhecimentos com quem é referência”

**OABSP**  
Ordem dos Advogados do Brasil  
Seção São Paulo

---

## **DIRETORIA**

Presidente: Luiz Flávio Borges D'Urso

Vice-Presidente: Marcos da Costa

Secretário-Geral: Sidney Uliris Bertolato Alves

Secretário-Geral Adjunta: Clemencia Beatriz Wolthers

Tesoureiro: José Maria Dias Neto

Diretora Adjunta: Tallulah Kobayashi de Andrade Carvalho

Diretor de Cultura: Umberto Luiz Borges D'Urso

Diretor da ESA: Rubens Approbato Machado

## CONSELHO SECCIONAL

AILTON JOSE GIMENEZ  
AMERICO DE CARVALHO FILHO  
AMILCAR AQUINO NAVARRO  
ANNA CARLA AGAZZI  
ANTONIO CARLOS DELGADO LOPES  
ANTONIO CARLOS RODRIGUES DO AMARAL  
ANTONIO FERNANDES RUIZ FILHO  
ANTONIO JORGE MARQUES  
ARMANDO LUIZ ROVAI  
CARLOS ALBERTO EXPEDITO DE BRITTO NETO  
CARLOS ALBERTO MALUF SANSEVERINO  
CARLOS BARBARÁ  
CARLOS FERNANDO DE FARIA KAUFFMANN  
CARLOS JOSE SANTOS DA SILVA  
CARLOS PINHEIRO  
CARLOS ROBERTO FORNES MATEUCCI  
CID ANTONIO VELLUDO SALVADOR  
CID VIEIRA DE SOUZA FILHO  
CLAUDIO BINI  
CLAUDIO PERON FERRAZ  
DANIEL BLIKSTEIN  
DARMY MENDONCA  
EDSON COSAC BORTOLAI  
EDSON ROBERTO REIS  
EDUARDO CESAR LEITE  
ELI ALVES DA SILVA  
ESTEVAO MALLET  
EURO BENTO MACIEL  
FABIO MARCOS BERNARDES TROMBETTI  
FABIOLA MARQUES  
FERDINANDO COSMO CREDIDIO  
FERNANDO JOSE DA COSTA  
FLAVIO JOSE DE SOUZA BRANDO  
GABRIEL MARCILIANO JUNIOR  
GILDA FIGUEIREDO FERRAZ DE ANDRADE  
GISELE FLEURY CHARMILLOT GERMANO DE LEMOS  
GUSTAVO FLEICHMAN  
HELENA MARIA DINIZ  
HORACIO BERNARDES NETO  
JAIRO HABER  
JAMIL GONCALVES DO NASCIMENTO  
JARBAS ANDRADE MACHIONI  
JOAO BAPTISTA DE OLIVEIRA  
JOAO CARLOS RIZOLLI  
JOAO EMILIO ZOLA JUNIOR  
JORGE ELUF NETO  
JOSE EDUARDO TAVOLIERI DE OLIVEIRA  
JOSE LEME DE MACEDO  
JOSE VASCONCELOS  
LAERTE SOARES  
LUIZ RICARDO MARCONDES MARTINS  
LUIZ CARLOS PEGAS  
LUIZ DONATO SILVEIRA  
LUIZ EDUARDO DE MOURA  
MANOEL ROBERTO HERMIDA OGANDO  
MARCELO FERRARI TACCA  
MARCIO APARECIDO PEREIRA  
MARCO AURELIO VICENTE VIEIRA  
MARTIM DE ALMEIDA SAMPAIO  
MAURICIO FERNANDO ROLLEMBERG DE FARO MELO  
MAURICIO SILVA LEITE  
MOIRA VIRGINIA HUGGARD-CAINE  
NELSON ALEXANDRE DA SILVA FILHO  
ODINEI ROGERIO BIANCHIN  
RICARDO LOPES DE OLIVEIRA  
RICARDO LUIZ DE TOLEDO SANTOS FILHO  
ROBERTO DELMANTO JUNIOR  
ROMUALDO GALVAO DIAS  
ROSANGELA MARIA NEGRAO  
ROSSANO ROSSI  
RUI AUGUSTO MARTINS  
SERGIO ROXO DA FONSECA  
SIDNEI ALZIDIO PINTO  
UMBERTO LUIZ BORGES D´URSO  
YARA BATISTA DE MEDEIROS

### Membros Suplentes:

ADIB KASSOUF SAD  
ADRIANA GALVÃO MOURA  
ALEXANDRE TRANCHO  
ANTONIO CARLOS ROSELLI  
ANTONIO ELIAS SEQUINI  
ANTONIO HERCULES  
ANTONIO OLIVEIRA JUNIOR  
ANTONIO RICARDO DA SILVA BARBOSA  
ARISTEU JOSE MARCIANO  
ARLEI RODRIGUES  
CESAR AUGUSTO MAZZONI NEGRAO  
EDGAR FRANCISCO NORI  
FATIMA PACHECO HAIDAR  
FERNANDO CALZA DE SALLES FREIRE  
FERNANDO LUCIANO GARZAO  
GENILDO LACERDA CAVALCANTE  
GEORGE AUGUSTO NIARADI  
JORGE LUIZ CARNITI  
JOSE FABIANO DE QUEIROZ WAGNER  
JOSE MEIRELLES FILHO  
JOSE RODRIGUES TUCUNDUVA NETO  
LIVIO ENESCU  
LUCIA MARIA BLUDENI  
LUIZ AUGUSTO ROCHA DE MORAES  
LUIZ CARLOS RIBEIRO DA SILVA  
LUIZ CELIO PEREIRA DE MORAES FILHO  
LUIZ FERNANDO AFONSO RODRIGUES  
LUIZ TADEU DE OLIVEIRA PRADO  
MARCELO GATTI REIS LOBO  
MARCELO SAMPAIO SOARES  
MARCO ANTONIO MAYER  
MARCOS ANTONIO DAVID  
MAURICIO SCHEINMAN  
OSCAR ALVES DE AZEVEDO  
OTAVIO AUGUSTO ROSSI VIEIRA  
PAULO JOSE IASZ DE MORAIS  
ROBERTA CRISTINA ROSSA RIZARDI  
SIDNEY LEVORATO  
STASYS ZEGLAITIS JUNIOR  
VITOR HUGO DAS DORES FREITAS

### Membros Natos:

ANTONIO CLAUDIO MARIZ DE OLIVEIRA  
CARLOS MIGUEL CASTEX AIDAR  
JOSÉ DE CASTRO BIGI  
JOSÉ EDUARDO LOUREIRO  
JOSÉ ROBERTO BATOCHIO  
JOÃO ROBERTO EGYDIO DE PIZA FONTES  
MARCIO THOMAZ BASTOS  
MARIO SERGIO DUARTE GARCIA  
RUBENS APPROBATO MACHADO

### Membros Efetivos Paulistas no Conselho Federal:

ARNOLDO WALD FILHO  
GUILHERME OCTAVIO BATOCHIO  
MARCIA REGINA MACHADO MELARE

### Membros Suplentes Paulistas no Conselho Federal:

NORBERTO MOREIRA DA SILVA  
TALLULAH KOBAYASHI DE A.CARVALHO

---

## **DIRETORIA**

Diretor: Rubens Approbato Machado

Vice-Diretora: Anna Carla Agazzi

Assessor Especial da Diretoria: Laerte Soares

## **Conselho Curador**

Presidente: Estevão Mallet

Vice-Presidente: Helena Maria Diniz

Secretário: Anis Kfourri Júnior

### **Conselheiros:**

Carlos Fernando de Faria Kauffmann

Roberto Delmanto Júnior

Umberto Luiz Borges D'Urso

### **Representantes do Corpo Docente:**

Adilson Sanchez

Claudia Campas Braga Patah

Rodrigo Cunha Lima Freire

### **Representante de Curso de Especialização Lato Sensu:**

Sônia Maria D'Elboux

### **Representante do Corpo Discente:**

Ageu Fellengger de Almeida

## Índice

Diretoria	Pág. 02
Conselho Secional	Pág. 03
Conselho Curador	Pág. 04
Editorial	Pág. 05
Apresentação	Pág. 06
Sobre a Revista	Pág. 53

## Artigos

<b>Artigo 1 - LIMITES AO EXERCÍCIO DO PODER FAMILIAR.</b>	
Edgard Audomar Marx	Pág. 08
<b>Artigo 2 - GUARDA DE FILHOS E A NOVA PERSPECTIVA DE IMPOR SANÇÕES POR VIOLAÇÕES AO DIREITO DE TER O FILHO EM SUA COMPANHIA OU DE VISITÁ-LO, COMO ESTABELECIDO.</b>	
Ênio Santarelli Zuliani	Pág. 16
<b>Artigo 3 - PODER FAMILIAR: CRÔNICA DE UM CONCEITO.</b>	
Marcos Fábio Morsello	Pág. 22
<b>Artigo 4 - REPERCUSSÕES PATRIMONIAIS DA RELAÇÃO ADULTERINA NA VISÃO DOS TRIBUNAIS.</b>	
Regina Beatriz Tavares da Silva Laura Souza Lima e Brito	Pág. 34
<b>Artigo 5 - APONTAMENTOS SOBRE A AUTONOMIA DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE E O INTERESSE DE AGIR EM JUÍZO.</b>	
Viviane Girardi	Pág. 42
<b>Artigo 6 - A GUARDA COMPARTILHADA.</b>	
Vitor Kumpel	Pág. 50

Editorial

Expediente

Resumo

Revista Científica Virtual da Escola Superior de Advocacia da OAB-SP

ISSN - 2175-4462

[http:// www.oabsp.org.br/esa](http://www.oabsp.org.br/esa)

Presidente da Ordem dos Advogados do Brasil - Seção de São Paulo  
Luiz Flávio Borges D'Urso

Presidente do Conselho Curador da Escola Superior de Advocacia da Ordem dos Advogados do Brasil - Seção São Paulo  
Estevão Mallet

Diretor da Escola Superior de Advocacia da Ordem dos Advogados do Brasil - Seção São Paulo  
Rubens Approbato Machado

Conselho Editorial

Anna Carla Agazzi

Anis Kfour

João Virgílio Tagliavini

Luís Geraldo Sant'Ana Lanfredi

Otávio Augusto de Almeida Toledo

Renata Soltanovith

Rodrigo da Cunha Lima Freire

Equipe Editorial

Coordenadora de Edição  
Regina Beatriz Tavares da Silva

Coordenadora Técnica  
Ellen Maria Pereira Caixeta

Projeto Gráfico e Desenvolvimento Web  
Caio Fernando Ribeiro Moraes  
Raul Carbonari Fernandes

Revisora  
Arleide Santana Felipe

Jornalista responsável  
Santamaria Nogueira Silveira

Endereço para correspondência  
Largo da Pólvora, 141 - Sobreloja Liberdade - São Paulo/SP  
CEP:701501-000 ou através do endereço eletrônico - revista@esa.oabsp.org.br  
telefone para contato: 011 3346 6800

Ficha Catalográfica  
Revista Científica Virtual da Escola Superior de Advocacia da OAB-SP - Vol. 1, n.3 (Verão 2010.)  
São Paulo: OAB/SP, 2010.

Revista Científica Virtual da Escola Superior de Advocacia da OAB-SP

Publicação Trimestral

ISSN - 2175 - 4462. Direito - Periódicos. Ordem dos Advogados do Brasil

## Revista Virtual sobre Direito de Família da ESA – OAB/SP

**A** Revista Virtual é mais uma atividade de sucesso da ESA – OAB/SP, que atende às necessidades dos Advogados e de outros Operadores do Direito nos dias atuais, contemplando, ao mesmo tempo, praticidade e fácil acesso, sem perder a qualidade da informação.

Muito honra esta Coordenadora do Curso de Especialização em Direito de Família e Direito das Sucessões da ESA – OAB/SP - coordenar esta edição sobre Direito de Família da Revista Virtual.

Esta edição da Revista é, de certa forma, a continuidade de outros projetos bem sucedidos, como o Curso de Especialização em Direito de Família e Direito das Sucessões, que está sendo ministrado pela segunda vez e de maneira consecutiva. Curso esse em que a ESA – OAB/SP foi precursora em pós-graduação lato sensu nessas duas áreas. Além disso, com o mesmo sucesso, em meados de 2009, ofereceu curso sobre Grandes Temas de Direito de Família e das Sucessões, em que foram colocados em debate os assuntos mais polêmicos e atuais, com a presença de juristas de vários estados do país.

Os professores convidados para escrever nesta edição da Revista Virtual tiveram a liberdade de escolher os assuntos que tratariam em seus artigos. Em feliz coincidência, o melhor interesse do menor é o tema mais versado nesta edição, reforçando a idéia de que o cuidado com a criança e com o adolescente traduz-se em um dos principais valores do Direito de Família atual.

Em razão das necessárias reflexões sobre as distinções entre as relações de família e as relações adulterinas, este tema também merece tratamento nesta Revista Virtual.

Professor da Universidade Federal de Minas Gerais, Edgard Audomar Marx Neto, com o artigo Limites ao exercício do poder familiar, destaca as mudanças por que vêm passando o significado e os contornos das relações entre pais e filhos, com relevantes conseqüências no âmbito jurídico. Além disso, ilumina com destreza a delicada questão do conflito de interesses entre pais e filhos e a possibilidade de sua solução na esfera judicial.

Com sua vasta experiência como Desembargador do Tribunal de Justiça de São Paulo, o renomado Doutrinador e Professor Ênio Santarelli Zuliani contempla a Revista Científica Virtual com artigo sobre Guarda de filhos e a nova perspectiva de impor sanções por violações ao direito de ter o filho em sua companhia ou de visitá-lo, tratando de tema da maior relevância, em que destaca a responsabilidade civil entre pais e filhos. Também traz à tona as principais questões processuais do tema, oferecendo aos leitores valiosa contribuição ao exercício da profissão.

**Magistrado, Professor e Doutrinador de destaque, Marco Fábio Morsello apresenta artigo intitulado Poder familiar: crônica de um conceito. Em interessantíssima fuga da dogmática jurídica tradicional, o autor traz ao conhecimento dos leitores da Revista Virtual referências de clássicos da Teoria Geral do Direito, das Ciências Sociais e da Filosofia, traduzindo-se em valiosa lição de história do poder familiar. Contudo, não só oferece essa lição propedêutica, como também aproveita a oportunidade para dar ao poder familiar a perspectiva principiológica que o Direito de Família atual exige.**

**O Magistrado Vitor Kumpel, Professor e Doutrinador que também se dedica com proficiência aos estudos de Direito de Família, no artigo A guarda compartilhada, contribui por meio de esclarecedor conceito pautado na co-responsabilidade parental. Em meio à situação que o autor diagnostica de pouca atenção ao tema por parte da legislação e da doutrina e de grande incidência nos casos concretos levados ao Poder Judiciário, dá ao leitor importantes subsídios para enfrentar o problema na esfera prática.**

**Dedicada aos estudos e obras sobre os direitos da criança e do adolescente, a Advogada e Professora Viviane Girardi, especialista em adoção, cuida, no artigo Apontamentos sobre a autonomia da criança e do adolescente e o interesse de agir em juízo, de conciliar direito constitucional com direito processual como meio de concretização dos direitos dos menores. Dessa forma, trata de constitucionalizar o regime das incapacidades com o objetivo de dar maior efetividade à tutela dos interesses existenciais da criança e do adolescente.**

**Por fim, a Advogada e Professora Regina Beatriz Tavares da Silva, Coordenadora desta Revista Virtual, em co-autoria com a Pesquisadora e Advogada Laura Souza Lima e Brito, tratam de tema também de grande relevância, embora em seara diversa dos demais artigos. As repercussões patrimoniais da relação adulterina na visão dos Tribunais contêm a defesa da especial proteção que o Estado deve dar à Família, com as necessárias distinções das relações concubinárias ou adulterinas. Como exposto nesse artigo, essas relações de concubinato não podem gerar efeitos de Direito de Família, embora possam ter efeitos patrimoniais no âmbito do Direito das Obrigações, pautados principalmente na vedação geral do enriquecimento sem causa.**

**Dessa forma, a ESA – OAB/SP leva ao público, por meio desta edição de Direito de Família da sua Revista Científica Virtual, estudos que visam à valorização da Família.**

**Regina Beatriz Tavares da Silva  
Coordenadora**

# LIMITES AO EXERCÍCIO DO PODER FAMILIAR

## SUMÁRIO

01. Apresentação do problema;
02. Caracterização do poder familiar;
03. Direitos das crianças e adolescentes submetidos ao poder familiar;
04. Capacidade natural;
05. Autonomia não é auto-suficiência;
06. Ouvir a criança;
07. Possibilidades;
08. Referências bibliográficas.

---

**EDGARD AUDOMAR MARX** - Professor na Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Mestre e Doutorando pela UFMG. Advogado.

---

**PALAVRAS-CHAVE:** poder familiar; participação de crianças e adolescentes; capacidade natural; autonomia.

## 01. Apresentação do problema

O relacionamento entre pais e filhos tem passado por inúmeras modificações ao longo do tempo. Com a alteração dos modelos de autoridade dentro da família e a progressiva abertura para participação do menor, crianças e adolescentes passaram a ocupar cada vez mais posições de destaque.

Assim, natural que surjam divergências nos modelos de representação dos filhos menores pelos pais, tanto horizontal (pais entre si) como verticalmente (pais e filhos).

Na hipótese de conflito entre os pais no exercício do poder familiar, assegura o Código Civil que possam submeter o caso à apreciação jurisdicional (art. 1.631, parágrafo único).

Porém, como conciliar as funções inerentes ao exercício do poder familiar com a proteção dos interesses legítimos dos filhos menores?

Reconhecida aos filhos menores a legitimidade extraordinária para questionar em juízo as decisões dos pais que lhes digam respeito (generalizando-se, por exemplo, a possibilidade de suprimento judicial da denegação injusta para casar-se – art. 1.519, Código Civil), é preciso, além disso, identificar novo regramento jurídico para as relações paterno-filiais contemporâneas.

## 02. Caracterização do poder familiar

No Brasil, a entrada em vigor do novo Código Civil substituiu a expressão pátrio poder por poder familiar. Preserva-se, ao menos na linguagem, a caracterização como poder, enquanto as legislações estrangeiras tendem a preferir autoridade parental. Quanto ao conteúdo, deixa de ser um poder estrito sobre a pessoa para se tornar um feixe de direitos condicionados por deveres (interesse e proteção da criança), ou seja, uma função. Quanto à sua atribuição, deixa de marcar a onipotência do pai para ser exercido em conjunto, com fundamento na liberdade, pelos pais.

Mesmo antes da edição do primeiro Código Civil brasileiro em 1916, Lafayette já conferia ao pátrio poder sentido que em nada deve às modernas concepções: “Esta nobre missão a natureza confiou ao

pai e a mãe. Presupõe elle tanto em um como em outro, certos direitos sobre a pessoa e bens do filho. Estes direitos em seu complexo constituem o que se chama pátrio poder. Tem elle por fundamento a incapacidade do menor; consiste no direito de educá-lo, de defender-lhe a pessoa, e de guardar e zelar-lhe os bens; compete tanto ao pai como a mãe”.

Caracterizando a mudança por que passou o instituto, Regina Beatriz Tavares da Silva sintetiza: “Há muito tempo o poder familiar não é mais tido como um direito absoluto e discricionário do pai, mas sim como um instituto voltado à proteção dos interesses do menor, a ser exercitado pelo pai e pela mãe, em regime de igualdade”.

Como atributo do poder familiar, a representação e assistência dos filhos menores constituem um poder e também um dever, com a atribuição de responsabilidade aos pais por esses atos. Essa atuação deve ser realizada em harmonia com seu objetivo (proteção e promoção dos interesses do filho) e vinculada a seu fundamento (desenvolvimento integral da criança).

Sob o aspecto patrimonial, o exercício do poder familiar garante aos pais o usufruto sobre os bens dos filhos menores (art. 1.689, Código Civil). A proteção dos bens da criança acaba tomando uma posição acessória em relação à proteção de sua pessoa, mesmo porque somente uma parcela muito pequena da população infantil tem uma patrimônio considerável e sujeito aos riscos da administração familiar.

O usufruto pelos pais dos bens dos filhos induz uma espécie de pacto entre gerações: “os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade” (art. 229, Constituição de 1988, em redação que sugere a substituição de menor por incapaz). Aos responsáveis incumbe a guarda e o sustento das crianças, podendo então servir-se do patrimônio que possuam. Não se pode olvidar, porém, que o usufruto reconhecido aos pais os dispensa da prestação de contas sobre os frutos auferidos, sendo responsáveis somente pela preservação do principal (art. 1.400, Código Civil).

1. PEREIRA, Lafayette Rodrigues. Direitos de Família. Anotações e adaptações ao Código Civil por José Bonifácio de Andrada e Silva. Rio de Janeiro: Virgílio Maia & Comp. Editores, 1918, p. 233.

2. TAVARES DA SILVA, Regina Beatriz. Art. 1.630. In: FIUZA, Ricardo (Coord.). Novo Código Civil Comentado. 3. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2003:1489-1490, p. 1489.

3. Cf. MOREIRA, Sônia. A Autonomia do Menor no Exercício dos Seus Direitos. Separata de Scientia Iuridica. [S. l.], t. L, n. 291, set.-dez. 2001:159-193, p. 166.

Por isso, os pais, na administração dos bens dos filhos menores, somente podem praticar atos de simples gerência ou administração, necessitando de autorização judicial para a prática de atos que extrapolem essa realidade <sup>4</sup>. Nesse sentido, preciso é o acórdão do REsp 292.974-SP, julgado em 2001:

“Recurso Especial. Indenização por danos materiais e morais. Transação extrajudicial celebrada pelo pai, em nome dos filhos menores. Recebimento de direitos indenizatórios por atos ilícitos relativos. Quitação geral. Pátrio poder. Poderes de administração dos bens dos filhos. Ato que extrapola a simples gerência e conservação do patrimônio dos menores. Autorização judicial. Imprescindibilidade. Intervenção do Ministério Público. Obrigatoriedade. Art. 82, II, do CPC.

- O Código Civil outorga aos pais amplos poderes de administração sobre os bens dos filhos, mas estes não abrangem os atos que extrapolem a simples gerência e conservação do patrimônio do menor” <sup>5</sup>.

No mesmo sentido do julgado, assentou-se a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça que “são indispensáveis a autorização judicial e a intervenção do Ministério Público em acordo extrajudicial firmado pelos pais dos menores, em nome deles, para fins de receber indenização por ato ilícito” <sup>6</sup>.

A visão do pátrio poder como poder-sujeição (“ao pai cabiam as decisões, à mãe ser ouvida, ao filho obedecer”) tornou-se insustentável “numa família onde a autoridade justa e estável dos pais passou a ser fomentada pela solidariedade, mútuo respeito e participação entre todos os seus membros” <sup>7</sup>. Assim, o modelo contemporâneo de autoridade familiar passa pela construção consensual do consentimento dentro do núcleo familiar. “É [...] no categórico reconhecimento do menor como interlocutor dentro da família que se traduz a mais profunda alteração no tradicional quadro de valores que definia as relações entre pais e filhos” <sup>8</sup>.

### 03. Direitos das crianças e adolescentes submetidos ao poder familiar

Analisar a estrutura dos direitos das crianças e adolescentes passa, necessariamente, pela investigação dos poderes jurídicos que lhes são atribuídos. “De todo modo, os menores, desde o início, têm uma personalidade própria, autônoma, que inclusivamente os próprios pais têm o dever de respeitar e promover no exercício do seu poder-dever de educação. [...] em qualquer caso, as incapacidades são instituídas fundamentalmente no interesse dos menores e para a tutela da sua personalidade” <sup>9</sup>.

Os responsáveis por uma criança lidam com uma pessoa-a-ser (person-to-be), inserida em um processo de desenvolvimento, com fases determinadas no tempo e um fim pré-estabelecido, a vida adulta <sup>10</sup>.

Há, por certo, sentido na gradual aquisição de poderes jurídicos pelas pessoas em razão de seu desenvolvimento, compreendido como um conjunto de mudanças progressivas ao longo do tempo. O recém-nascido é totalmente dependente; somente com o tempo tomará ciência de si mesmo e do mundo que o cerca, aprendendo a gestão da própria vida – começando pelo cuidado autônomo da própria higiene – e os mecanismos de interação social.

Pelo nascimento, e mesmo antes dele, a pessoa adquire a aptidão genérica para ser titular de relações jurídicas. Essa capacidade de gozo não significa, porém, que pode agir por conta própria, “trata-se de uma incapacidade de exercício, ditada pela natureza das coisas” <sup>11</sup>. Assim, é a própria possibilidade fática de agir que condicionaria a possibilidade de atribuição de efeitos jurídicos, artificialmente submetida aos critérios rígidos da incapacidade segundo a idade.

A fixação etária da maioridade atrela-se à realização das necessidades de segurança jurídica e se funda na presunção legal de que as pessoas possuem discernimento para a prática de todos os atos da vida civil.

4. STJ, 3ª T., REsp 1.052.334-MG, Rel. Min. Massami Uyeda, j. 02.06.2009; no mesmo sentido: STJ, 3ª T., AgRg no Ag 1065953-SP, Rel. Min. Sidney Beneti, j. 07.10.2008.

5. STJ, 3ª T., REsp. 292.974-SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 29.05.2001.

6. STJ, 2ª S., EREsp 292.974-SP, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 12.02.2003.

7. MOREIRA. A Autonomia..., cit., p. 165.

8. VILLELA, João Baptista. *Liberdade e Família*. Belo Horizonte: Movimento Editorial da Revista da Faculdade de Direito da UFMG, 1980, p. 32.

9. CAPELO DE SOUSA, Rabinadrath V. A. *O Direito Geral de Personalidade*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995, p. 170.

10. Cf. JONAS, Hans. *The Imperative of Responsibility: In Search of an Ethics for the Technological Age* [Das Prinzip Verantwortung: Versuch einer Ethik für die technologische Zivilisation]. Trans. by Hans Jonas & David Herr. Chicago – London: The University of Chicago Press, 1984, p. 134.

11. MENEZES CORDEIRO, António. *Tratado de Direito Civil Português I: Parte Geral, Tomo III: Pessoas*. Coimbra: Almedina, 2004, p. 385.

Além disso, a opção legal pela fixação de idades se justificaria porque “é necessário proteger o menor contra a sua própria incapacidade e é impossível averiguar caso a caso se o menor possui discernimento para entender as consequências jurídicas (muitas vezes, económicas) dos seus actos”<sup>12</sup>.

#### 04. Capacidade natural

O desenvolvimento das crianças tem um objetivo bem definido: “a independência do indivíduo, que inclui essencialmente a sua capacidade para a responsabilidade”<sup>13</sup>. E a identificação do cumprimento desse objetivo não é uma faculdade dos educadores, mas uma solução legal, esteja o trabalho pronto ou não.

A maturidade determina, quando a responsabilidade parental cessa, uma oportunidade indelével, “a oportunidade da vida autônoma em cometer os próprios pecados”<sup>14</sup>.

Como esclarece Hans Jonas, com a maioridade o objeto prévio da responsabilidade dos pais se torna um sujeito de responsabilidades. Nesse momento a atuação dos pais ou responsáveis deixa de se configurar como uma tarefa e passa a ser vista somente em retrospecto, ou seja, a única possibilidade é analisar se esse trabalho foi ou não bem feito ou resultou em bons frutos<sup>15</sup>.

A atuação dos pais ou responsáveis não se faz, todavia, sobre uma página em branco ou inerte. A criança objeto de cuidados é também um sujeito, apto a responder, de sua maneira, aos estímulos recebidos e modular o exercício da autoridade.

“Os bebês não escolhem a partir de uma série de opções. Eles simplesmente aceitam ou rejeitam o que o mundo lhes oferece. O mesmo acontece com as crianças pequenas. ‘Você quer suco?’, ou ‘Quer ir ao parque?’, ou ‘Quer ir no escorregador?’ – os pais perguntam às crianças, que respondem sim ou não. De repente, então, geralmente quando as crianças já são capazes de se comunicar, os pais passam a perguntar: ‘Você quer suco de maçã ou de laranja?’, ou ‘Quer ir no escorregador ou no balanço?’. Agora responder sim ou não já não basta”<sup>16</sup>.

A questão que se põe, então, é verificar como o direito brasileiro trata da possível atribuição de alguns poderes aos menores. Afora a hipótese da mudança de um regime de representação para outro de assistência na passagem da incapacidade absoluta para a relativa aos dezesseis anos, aos incapazes toca a prática isolada de poucos atos.

Aos menores relativamente incapazes o Código Civil somente autoriza a prática livre e autônoma de três atos: ser testemunha (art. 228, I), ser mandatário (art. 666) e fazer testamento (art. 1.860, parágrafo único). O elemento que vincula as três hipóteses é a baixa possibilidade de produzirem repercussão na vida e no patrimônio de seu autor.

Mais abrangente é a hipótese prevista no § 107 do BGB, que prevê: “Para uma declaração de vontade, por meio da qual não obtenha simplesmente uma vantagem, necessita o menor do consentimento de seu representante legal”. Ou seja, se o ato é puramente benéfico o consentimento do responsável é dispensado. Deve-se atentar que, segundo o BGB, a regra aplica-se aos maiores de sete anos (§ 106), limite bastante inferior aos dezesseis anos previstos na legislação brasileira.

Além das hipóteses legalmente previstas, é comum se verificar o reclame por novas balizas de atuação, mais flexíveis que o sistema codificado, pelo recurso à idéia de capacidade natural. Um dos sentidos, como propõe Moreira Alves, seria a desconsideração da capacidade de fato para a prática de alguns atos semelhantes a negócios jurídicos, como a ocupação, uma vez que para satisfazer “a natureza da vontade que exigem” bastaria a “capacidade natural do agente”<sup>17</sup>. Esse abrandamento do requisito de capacidade encontraria amparo no artigo 185 do Código Civil, que determina a aplicação, “no que couber”, do regramento dos negócios jurídicos aos atos jurídicos lícitos. Assim, seria suficiente a consciência da prática do ato, ainda que o agente “não tenha vontade qualificada para celebrar validamente um contrato”<sup>18</sup>.

Sob outra perspectiva, mais comuns são as referências à capacidade natural como elemento genérico de legitimação sub-etária para a prática de toda sorte de atos, incluindo os negócios jurídicos, levando-se em conta o amadurecimento psíquico dos sujeitos.

12. MOREIRA. A Autonomia..., cit., p. 161.

13. JONAS. The Imperative..., cit., p. 108.

14. JONAS. The Imperative..., cit., p. 108.

15. Cf. JONAS. The Imperative..., cit., p. 108.

16. SCHWARTZ, Barry. O Paradoxo da escolha: por que mais é menos [The paradox of choice]. Trad. Fernando Santos. São Paulo: A Girafa, 2007, p. 171.

17. MOREIRA ALVES, José Carlos. Negócios Jurídicos. Revista do Advogado, São Paulo, n. 20, mar. 1986:46-51, p. 48.

18. MOREIRA ALVES. Negócios..., cit., p. 47.

"A maioria adquire-se, de direito e de facto, cada vez mais cedo. E, em muitos aspectos, o respeito da pessoa humana leva a que esta 'maioridade' seja natural, não dependendo da idade"<sup>19</sup>.

Permanecendo a criança sob o poder familiar, esse seria limitado pela possibilidade de expressão válida das inclinações naturais do representado. "À medida que a criança se torna capaz de entender e de querer, ela se torna um interlocutor ativo para seus pais"<sup>20</sup>. Segundo Villela, a irrupção desse novo interlocutor marca a "derrocada da velha ordem familiar"<sup>21</sup>.

Destaque-se, por fim, que a marca da capacidade natural dependeria da configuração de um estado duradouro, reflexo do desenvolvimento das crianças e adolescentes.

### 05. Autonomia não é auto-suficiência

Os reclames pelo reconhecimento da capacidade natural dos menores encontram amparo na idéia do reconhecimento e promoção de sua autonomia, conforme reconhecido no art. 17 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

O problema que se põe, então, é verificar o que essa autonomia significa.

A alteridade determina que autonomia seja compreendida no âmbito de uma relação de reciprocidade. "A autonomia seria construída na heteronomia, e não no sentido liberal excludente"<sup>22</sup>. "Assim, a autonomia mais perfeita não seria aquela obtida pelo isolamento mais completo e auto-suficiente, mas, sim, aquela promovida pela inclusão de um ser emancipado"<sup>23</sup>. A lógica é da autonomia, não da independência; da solidariedade, e não do individualismo<sup>24</sup>.

Uma percepção estritamente negativa da autonomia, compreendida como ausência de limites, conduz à redução simplista que a identifica como a deliberação autônoma da escolha de marcas na prateleira de um supermercado. "Considera-se, também, [...] que o conceito liberal de autonomia como auto-suficiência, no sentido de realização em si do ser humano, deve ser revisto em favor de uma acepção que atribua à autonomia uma natureza que se desenvolva através da socialidade e que se realize nessa condição"<sup>25</sup>.

Sob o viés estritamente negativo da autonomia, fazer ou deixar de fazer se resume às escolhas entre as opções disponíveis, sem que represente o produto de uma determinação consciente e temporalmente localizada ou se considere, no processo decisório, a complexidade das relações sociais envolvidas.

"A essência da autonomia é que as crianças tornem-se aptas a tomar decisões por si mesmas. Mas a autonomia não é a mesma coisa que a liberdade completa. A autonomia significa levar em consideração os fatos relevantes para decidir agir da melhor forma para todos. Não pode haver moralidade quando se considera apenas o próprio ponto de vista. Quando uma pessoa leva em consideração os pontos de vista das outras, não está mais livre para mentir, quebrar promessas e ser leviano"<sup>26</sup>.

Observa-se também que sob o rótulo do incremento na autonomia nas deliberações pessoais pode se esconder a "criação de necessidades artificiais", em decorrência da inserção em uma sociedade de consumo que estimula desejos<sup>27</sup>. A ilusão dos novos espaços de autonomia acaba por corresponder a deliberações que antes não se faziam necessárias, ou, como esclarece Lipovetsky, "quanto mais o hiperconsumidor detém um poder que lhe era desconhecido até então, mais o mercado estende a sua força tentacular; quanto mais o comprador está em situação de auto-administração, mais existe extradeterminação ligada à ordem comercial"<sup>28</sup>.

De fato, quanto mais se reivindica o pleno poder sobre a vida, mais se ampliam as possibilidades de intervenção exterior. "À medida que se afirma o princípio de soberania pessoal sobre o corpo, o indivíduo confia sua sorte à ação de substâncias químicas que modificam seus estados psicológicos 'de fora', sem análise nem trabalho subjetivo, apenas importando a eliminação imediata dos dissabores (fadiga, insônia, ansiedade), a eficácia mais rápida possível, o desejo de produzir estados afetivos 'sob encomenda'<sup>29</sup>. Desse modo, a ilusão do aumento do poder decisório acaba por determinar a redução das possibilidades de atuação, porque limitadas a algumas possibilidades disponíveis no mercado.

19. CAMPOS, Diogo Leite de. Lições de Direito da Família e das Sucessões. Coimbra: Almedina, 1990, p. 319.

20. BUSNELLI, Francesco Donato & GIARDINA, Francesca. Rapport italien. In: TRAVAUX DE L'ASSOCIATION HENRI CAPITANT. La protection de l'enfant: Journées Egyptiennes, Tome XXX, 1979. Paris: Economica, 1981:129-139, p. 134.

21. VILLELA. Liberdade..., cit., p. 29.

22. JUSTIN, Miracy B. S. Das Necessidades Humanas aos Direitos: Ensaio de Sociologia e Filosofia do Direito. Belo Horizonte: Del Rey, 1999, p. 217 (grifos no original).

23. JUSTIN. Das Necessidades..., cit., p. 31 (grifos no original).

24. Cf. RENAULT, Alain. A Libertação das Crianças: A Era da Criança Cidadã: Contribuição filosófica para uma história da infância [La libération des enfants]. Trad. Ana Rabaça. Lisboa: Instituto Piaget, 2002©, p. 305

25. JUSTIN. Das Necessidades..., cit., p. 31 (grifos no original).

26. KAMII, Constance. A autonomia como finalidade da educação: Implicações da Teoria de Piaget. In: KAMII, Constance. A Criança e o Número: Implicações Educacionais da Teoria de Piaget para a Atuação com Escolares de 4 a 6 anos [Number in preschool and kindergarten]. Trad. Regina A. de Assis, 33. ed. São Paulo: Papirus, 2005:103-124, p. 108.

27. Cf. LIPOVETSKY, Gilles. A felicidade paradoxal: Ensaio sobre a sociedade de hiperconsumo [Le bonheur paradoxal: Essai sur la société d'hyperconsommation]. Trad. Maria Lúcia Machado. São Paulo: Companhia das Letras, 2007, p. 35-36.

28. LIPOVETSKY. A felicidade..., cit., p. 15.

29. LIPOVETSKY. A felicidade..., cit., p. 56.

Tenha-se ainda que à medida que o número de opções aumenta, também cresce o esforço para tomar uma decisão e, por conseqüência, a possibilidade de insatisfação com o resultado. Em outros termos, a energia demandada para a tomada de decisão diminui o bem-estar subjetivo com o resultado. Esquemáticamente, "o acréscimo no número de opções e possibilidades de escolha tem três efeitos desastrosos afins: significa que as decisões exigem um esforço maior. Toma os equívocos mais prováveis. Agrava as conseqüências psicológicas dos equívocos"<sup>30</sup>.

Imagine-se alguém confrontado com duas portas, atrás de uma delas está uma dama formosa e de outra um tigre. Ninguém desejaria o aumento de opções se detrás da nova porta não estivesse outra dama, mas outro tigre<sup>31</sup>.

Nesse panorama, algumas deliberações que contam com menos possibilidades, embora possam ser compreendidas como mais restritivas da autonomia, importam melhores resultados subjetivos, uma vez que o investimento de recursos é menor.

É falsa a idéia de que ter mais alternativas é melhor que ter menos, porque o aumento das possibilidades de opção determina o correlato aumento dos custos envolvidos para tomar decisões. Quanto mais alternativas, maior a responsabilidade decorrente.

Diz-se que Henry Ford ofereceu a seus consumidores a escolha da cor dos automóveis, desde que fossem pretos. Diante das opções atuais do mercado isso pode parecer restritivo, mas o consumidor da época não precisava questionar o preço de revenda, a preferência do cônjuge, a segurança em estradas ou se o veículo ficaria sujo com facilidade. Logo a falta de opções não era, de fato, um problema<sup>32</sup>.

Em alguns âmbitos, todavia, não se duvida que o aumento de possibilidades de opção seja positivo. A escolha do cônjuge e de permanecer ou não casado, por exemplo. Ou, mais corriqueiro, a determinação do que se vai comer ou se deseja o prato apimentado ou não. Aumentar opções pode significar o aumento da probabilidade que a pessoa satisfaça seus desejos, ou que se satisfaça pelo simples exercitar a escolha, ou mesmo aprender um pouco sobre si por meio da deliberação. Porém não há provas de que ter opções seja intrinsecamente valioso. "O que tem valor intrínseco não é ter opções, mas ser reconhecido como o tipo de criatura que é capaz de fazer escolhas".

Ou seja, é o reconhecimento pelo outro como pessoa e merecedor de igual respeito e dignidade. "Mas, naturalmente, que ser intrinsecamente melhor ser uma criatura que faz escolhas não implica que é sempre uma melhora ter mais [escolhas]"<sup>33</sup>.

"Na infância, a criança vive o mundo em que se funda sua possibilidade de converter-se num ser capaz de aceitar e respeitar o outro a partir da aceitação e do respeito de si mesma. Na juventude, experimenta-se a validade desse mundo de convivência na aceitação e no respeito pelo outro a partir da aceitação e do respeito por si mesmo, no começo de uma vida adulta social e individualmente responsável"<sup>34</sup>. Assim, antecipar escolhas para crianças e adolescentes pode se revelar medida contrária ao seu desenvolvimento saudável, porque insatisfeita a pertinência etária entre o poder decisório e a capacidade de lidar com ele.

## 06. Ouvir a criança

O art. 12 da Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança, ratificada pelo Decreto 99.710, de 21 de novembro de 1990 (em momento posterior à promulgação do Estatuto da Criança e do Adolescente) estabelece que: "1. Os Estados Partes assegurarão à criança que estiver capacitada a formular seus próprios juízos o direito de expressar suas opiniões livremente sobre todos os assuntos relacionados com a criança, levando-se devidamente em consideração essas opiniões, em função da idade e maturidade da criança. 2. Com tal propósito, se proporcionará à criança, em particular, a oportunidade de ser ouvida em todo processo judicial ou administrativo que afete a mesma, quer diretamente quer por intermédio de um representante ou órgão apropriado, em conformidade com as regras processuais da legislação nacional".

Mais recente, a nova redação do art. 28 do Estatuto da Criança e do Adolescente determinada pela Lei 12.010, de 13 de agosto de 2009, prevê: "§ 1º Sempre que possível, a criança ou o adolescente será previamente ouvido por equipe interprofissional, respeitado seu estágio de desenvolvimento e grau de compreensão sobre as implicações da medida, e terá sua opinião devidamente considerada. § 2º Tratando-se de maior de 12 (doze) anos de idade, será necessário seu consentimento, colhido em audiência".

30. Cf. SCHWARTZ. O Paradoxo..., cit., p. 97.

31. Cf. DWORKIN, Gerald. *The Theory and Practice of Autonomy*. Cambridge: Cambridge University Press, 1988, p. 65.

32. Cf. DWORKIN. *The Theory...*, cit., p. 66-67.

33. DWORKIN. *The Theory...*, cit., p. 80.

34. MATURANA, Humberto. *Emoções e linguagem na educação e na política [Emociones y lenguaje en educación y política]*. Trad. de José Fernando Campos Fortes. Belo Horizonte: Editora UFMG, 1998, p. 29.

No mesmo sentido, o art. 13 da Convenção sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças (Convenção de Haia), de que o Brasil é signatário, excepciona o imediato retorno da criança ao país de onde foi ilegalmente deslocada se a autoridade local “verificar que esta se opõe a ele e que a criança atingiu já idade e grau de maturidade tais que seja apropriado levar em consideração as suas opiniões sobre o assunto”.

A discussão sobre a abrangência desse último dispositivo chegou ao Supremo Tribunal Federal, em caso fartamente noticiado pela imprensa. Na hipótese prevaleceu a decisão da primeira instância que determinou o retorno do menino de nove anos aos Estados Unidos, onde vive o pai.

Em todas as hipóteses, embora a legislação não reconheça à criança a palavra final, sua manifestação adquire cada vez mais valor jurídico no procedimento de tomada de decisão.

## 07. Possibilidades

A tensão entre interesse da criança e interesse dos responsáveis precisa ser resolvida por uma solução de equilíbrio entre a autoridade e direção de quem possa e a capacidade da criança em se posicionar frente ao mundo. Nesse sentido, o melhor interesse da criança estaria preservado no art. 5 da Convenção Internacional, que prevê: “Os Estados Partes respeitarão as responsabilidades, os direitos e os deveres dos pais ou, onde for o caso, dos membros da família ampliada ou da comunidade, conforme determinem os costumes locais, dos tutores ou de outras pessoas legalmente responsáveis, de proporcionar à criança instrução e orientação adequadas e acordes com a evolução de sua capacidade no exercício dos direitos reconhecidos na presente convenção”.

A procura de solução não pode se limitar às posições antagônicas, paternalista (protecionista) ou autonomista (libertacionista). Se por um lado o pensamento corrente já não admite a objetivação das crianças nas relações familiares, como se estivessem à espera da maioria para que então compreendessem como as decisões paternas foram acertadas; por outro não se pode abandonar a estrutura da proteção dos menores em favor de um modelo de aprender fazendo.

O argumento principal dos autonomistas é de que ter o direito de fazer não implica dever de fazer

corretamente, mesmo porque os adultos não são imunes ao seu cometimento. Porém, a possibilidade de cometer erros não desobriga da tentativa de fazer o melhor possível. E não é outra a obrigação do responsável que tentar realizar o melhor interesse da criança, concedendo ou tolhendo poderes dentro da função pedagógico do poder familiar. “Se é certo que a vulnerabilidade da criança a sujeita a perigos reais, também é certo que mantê-la sob uma proteção e dependência prolongadas pode ser prejudicial para o seu desenvolvimento”<sup>35</sup>. Conforme indica Jonas, “com cada criança recém-nascida a humanidade começa novamente, e nesse sentido a responsabilidade pela continuação da humanidade está envolvida”<sup>36</sup>.

Em síntese, reconhecer o direito das crianças à participação não significa outorgar-lhes a deliberação final. Por certo um juízo de aprovação infantil abre o caminho para as demais avaliações de oportunidade do responsável; enquanto uma negativa da criança teria maior força vinculativa. “Os pais devem exercer seus direitos apenas onde a criança não é competente para entender completamente as consequências dos seus actos ou onde não intervir possa pôr a criança em risco ou possa interferir com os direitos dos outros”<sup>37</sup>. Isso não quer dizer que se deve forçar a criança a decidir ou diminuir a autoridade paterna, mas reconhecer que a criança deve exprimir o que pensa. Esse é um direito seu, e não um favor dos pais.

35. MOREIRA. A Autonomia..., cit., p. 179.

36. JONAS. The Imperative..., cit., p. 134.

37. MOREIRA. A Autonomia..., cit., p. 174.

## 08. Referências bibliográficas

BUSNELLI, Francesco Donato & GIARDINA, Francesca. Rapport italien. In: TRAVAUX DE L'ASSOCIATION HENRI CAPITANT. La protection de l'enfant: Journées Egyptiennes, Tome XXX, 1979. Paris: Economica, 1981:129-139.

CAMPOS, Diogo Leite de. Lições de Direito da Família e das Sucessões. Coimbra: Almedina, 1990.

CAPELO DE SOUSA, Rabinadrath V. A. O Direito Geral de Personalidade. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

DWORKIN, Gerald. *The Theory and Practice of Autonomy*. Cambridge: Cambridge University Press, 1988.

GUSTIN, Miracy B. S. *Das Necessidades Humanas aos Direitos: Ensaio de Sociologia e Filosofia do Direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

JONAS, Hans. *The Imperative of Responsibility: In Search of an Ethics for the Technological Age* [Das Prinzip Verantwortung: Versuch einer Ethik für die technologische Zivilisation]. Trans. by Hans Jonas & David Herr. Chicago – London: The University of Chicago Press, 1984.

KAMII, Constance. *A autonomia como finalidade da educação: Implicações da Teoria de Piaget*. In: KAMII, Constance. *A Criança e o Número: Implicações Educacionais da Teoria de Piaget para a Atuação com Escolares de 4 a 6 anos* [Number in preschool and kindergarten]. Trad. Regina A. de Assis, 33. ed. São Paulo: Papirus, 2005:103-124.

LIPOVETSKY, Gilles. *A felicidade paradoxal: Ensaio sobre a sociedade de hiperconsumo* [Le bonheur paradoxal: Essai sur la société d'hyperconsommation]. Trad. Maria Lúcia Machado. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

MATURANA, Humberto. *Emoções e linguagem na educação e na política* [Emociones y lenguaje en educación y política]. Trad. de José Fernando Campos Fortes. Belo Horizonte: Editora UFMG, 1998.

MENEZES CORDEIRO, António. *Tratado de Direito Civil Português I: Parte Geral, Tomo III: Pessoas*. Coimbra: Almedina, 2004.

MOREIRA ALVES, José Carlos. *Negócios Jurídicos*. *Revista do Advogado*, São Paulo, n. 20, mar. 1986:46-51.

MOREIRA, Sónia. *A Autonomia do Menor no Exercício dos Seus Direitos*. *Separata de Scientia Iuridica*. [S. I.], t. L, n. 291, set.-dez. 2001:159-193.

PEREIRA, Lafayette Rodrigues. *Direitos de Família. Anotações e adaptações ao Código Civil por José Bonifácio de Andrada e Silva*. Rio de Janeiro: Virgílio Maia & Comp. Editores, 1918.

RENAUT, Alain. *A Libertação das Crianças: A Era da Criança Cidadã: Contribuição filosófica para uma história da infância* [La libération des enfants]. Trad. Ana Rabaça. Lisboa: Instituto Piaget, 2002©.

SCHWARTZ, Barry. *O Paradoxo da escolha: por que mais é menos* [The paradox of choice]. Trad. Fernando Santos. São Paulo: A Girafa, 2007.

TAVARES DA SILVA, Regina Beatriz. Art. 1.630. In: FIUZA, Ricardo (Coord.). *Novo Código Civil Comentado*. 3. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2003:1489-1490.

VILLELA, João Baptista. *Liberdade e Família*. Belo Horizonte: Movimento Editorial da Revista da Faculdade de Direito da UFMG, 1980.

# **G**UARDA DE FILHOS E A NOVA PERSPECTIVA DE IMPOR SANÇÕES POR VIOLAÇÕES AO DIREITO DE TER O FILHO EM SUA COMPANHIA OU DE VISITÁ-LO, COMO ESTABELECIDO.

## SUMÁRIO

- 1. Guarda compartilhada. Limites, forma e critérios.**
  - 1.a. Sujeitos.**
  - 1.b. Tutela antecipada.**
  - 1.c. O melhor guardião.**
  
- 2. Sanções.**
  - 2a. Liminares.**
  - 2.b. Multas.**
  - 2.c. Reduzir prerrogativas e a questão do não pagamento de prestações alimentícias.**
  
- 3. Modificação de guarda.**
- 4. Reparação de danos.**

**ÊNIO SANTARELLI ZULIANI** Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Professor de Direito Civil nas Faculdades COC, de Ribeirão Preto, na GV/law – Programa de Educação Continuada e nos Cursos Marcato.

## 1. Guarda compartilhada. Limites, forma e critérios.

Segundo o art. 1583, do CC, é quando pais separados se responsabilizam, de forma conjunta, pelo exercício dos direitos e deveres decorrentes da companhia e da autoridade dos filhos. Evidente que uma convivência com esse regime acarreta uma série de implicações para os guardiões que, a partir da assunção do encargo, continuam unidos no empenho para que os filhos alcancem perfeito desenvolvimento do físico, do psíquico e da completa integração social. Um compromisso dessa magnitude exige doação do tempo para cuidados básicos e complementares e perfeita aceitação do gerenciamento dúplice, o que recomenda delegar poderes, aceitar sugestões e, principalmente, quando necessário, ratificar medidas indicadas pelo ex-cônjuge ou sugerir outras melhores e que possam ser endossadas sem desenvolvimento de crises.

A guarda compartilhada é excelente para impedir que os filhos se sintam abandonados, um sentimento que o distanciamento de corpos imposto pela separação ou divórcio dos pais provoca no espírito das crianças e adolescentes, porque os pais, pelo compartilhamento da guarda jurídica e física, permanecem presentes sem que se obrigue o filho a escolher com quem ficar, uma decisão difícil. Os problemas decorrem da execução desse sistema, sabido que o compartilhamento não está restrito a uma fase preliminar, devendo ser duradouro e forte para vencer todos os desafios que não tardarão a ocorrer. Os pais devem tomar decisões harmoniosas para que os filhos não lembrem da separação, evitando atitudes e gestos que importem invasão de privacidade, o que recomenda inserção de regras que evitem o trânsito livre deles pelas novas residências, meio de inúmeros conflitos entre os ex-cônjuges.

Os pais ganham, com isso, divisão dos momentos prazerosos e repartem, da mesma forma, os encargos das tarefas do cotidiano, o que é salutar para uma isonomia entre eles. Serão companheiros e, ao mesmo tempo, fiscais dos estudos, das regras de comportamento, dos horários e dos limites que são essenciais para o desenvolvimento dos filhos. As regras são necessárias para estruturação do regime, sendo que a interpretação será maleável ou elástica, sem a burocracia de prévia autorização judicial.

Os pernoites não seguem um modelo rígido e serão alterados de acordo com o melhor interesse da criança. Para isso deverá existir um planejamento que não prejudique as atividades dos guardiões, sob pena de inviabilizar o compartilhamento. Porém é obrigatório estabelecer uma referência territorial ou uma residência principal para que o menor saiba que possui uma casa, seu porto seguro.

Não existe dúvida de a guarda compartilhada ser a melhor estratégia contra o que se denomina de síndrome de alienação parental. Se os pais estão empenhados com a melhor das intenções, o aspecto confiança é primordial, de modo que nesse clima de paz serão eliminadas as rugas que indubitavelmente induzem os filhos a tomarem partido pela criação de imagem negativa de um dos pais por reclamações e opiniões que integram o jogo sujo antepõe filho contra um dos cônjuges. Uma situação corriqueira decorre quando um dos pais inicia um relacionamento amoroso e desperta intolerância do outro; é mister cuidado e cumpre ao juiz alertar e advertir os interessados sobre sanções aplicáveis em virtude do egoísmo e da falta de compromisso com os direitos dos menores.

A primeira questão que coloco para debate é a seguinte: estabelecida a guarda compartilhada por consenso e homologada a separação, é possível que um dos cônjuges mude de domicílio para outro Estado da Federação mais distante (ou para o exterior) e leve, consigo, o filho? Essa pergunta é formulada em decorrência da posição tomada pelo TJ-SP (AgIn. 650.476-4/1) em virtude de decisão que, atendendo a pedido formulado pelo pai, estabeleceu obrigação negativa (não promover a mudança de domicílio do filho sem autorização judicial), provocando recurso da mulher sob fundamento de constrangimento do seu direito de ir e vir. A Corte confirmou a decisão e revelou coerência com o aspecto bilateral da guarda compartilhada.

Outro ponto de reflexão diz respeito ao modo de constituição da guarda compartilhada. Será permitido obrigar um dos cônjuges a aceitar, contra sua vontade, o compartilhamento da guarda? Sim é a resposta, tendo ocorrido, data vênua, equívoco no julgamento da Ap. 546.959-4/2, ao negar o compartilhamento devido à dissidência da mãe.

Não há impossibilidade jurídica para acolher o pedido, e o juiz deverá recorrer a laudos (equipe interdisciplinar de apoio) para construir uma solução adequada (§ 2º, do art. 1584). Acredita-se que o receio que abre divergência sobre a solução está na questão de alimentos, pois alguns consideram que partilhar casa e tempo em favor dos filhos dispensaria prestação alimentar, o que não é verdadeiro. O juiz deverá impor regras claras e atribuir, de acordo com o art. 1694, § 1º, do CC, os encargos de cada um. As despesas de hospedagem e alimentação poderão ser rateadas. Outras sem conexão com o compartilhamento físico terão destino diverso e não se descarta, se for bom para todos, eliminar a pensão mensal, como ocorreu nos Embargos infringentes 490.792-4/0.

Evidente que prevalece, sempre, o melhor interesse para a criança. O TJ-SP negou guarda compartilhada formulada por mãe e deixou a criança com o pai. Verifica-se da leitura do voto condutor da Ap. 597.162-4/3 ter a mãe entregue o filho ao pai para ela “organizar sua vida após a separação” e não ter tomado iniciativa para recuperar a guarda. Somente após o pai ingressar com ação para obter, de direito, guarda unilateral, é que a mãe sugeriu a guarda compartilhada. Confirmou-se, contudo, que o menino estava feliz e bem integrado na companhia paterna e que a pretensão da mãe não era convincente, pois foi apurado que em um determinado fim de semana em que lhe competia exercer a visita, ela preferiu passar os dias com o namorado e sequer se avistou com o filho.

É permitido ao juiz utilizar critérios variados para tentar a melhor solução (guarda compartilhada) o que não impede de radicalizar para evitá-la, como sucedeu no julgamento do AgIn. 597.352-4/0, pelo TJ-SP. Os pais trabalhavam na mesma empresa e em horários diferentes e optaram pela guarda compartilhada para que não prejudicassem suas jornadas e, não obstante estivessem de acordo com o propósito de preservarem o emprego, não criaram o ambiente familiar favorável, pois se provou a hostilidade prejudicial. O TJ-SP decidiu que a criança ficaria na guarda da mãe e não consta terem sido tentadas medidas que viabilizassem a preservação da guarda compartilhada inicialmente projetada.

O caso prova que a guarda compartilhada não serve para manter emprego, mas, sim, para criar melhor filhos de pais separados.

Em situação de perigo para a filha diante de tentativas de abuso sexual pelo pai, o juiz é livre para revogar a guarda compartilhada, como se deu na Ap. 608.278-4/5. O TJ-SP manteve a decisão que afastou a guarda compartilhada assumida em acordo homologado judicial, diante do que constou nos autos, e embora o Acórdão tenha declarado que a denúncia de abuso não se confirmara (constou o relato da criança) entendeu-se prudente alterar a guarda para a mãe e permitir a visita aos sábados e domingos alternados (sem pernoite) e sempre na companhia da avó paterna (das 13 às 18 horas), o que prova o bom senso da velha máxima: antes prevenir do que remediar.

#### 1.a. Sujeitos.

A guarda, como pressuposto do poder familiar (art. 1630, do CC), é, na maioria dos casos, e regulamentada pelos pais quando da separação. Poderão ocorrer situações atípicas, como na espécie submetida ao exame do TJ-SP e que proporcionou a guarda compartilhada entre o tio materno e o pai da criança (AgIn. 515.337.4/2). A mãe padecia de doença incurável e pretendeu estreitar o relacionamento do filho com o irmão dela, tio materno. O Juiz pesquisou e constatou que a criança desejava permanecer com o tio, que lhe dedicava cuidados. A mãe morreu e foi prestigiada, de forma provisória, a guarda compartilhada entre o tio e o pai, para verificar se atenderia às expectativas do melhor proveito para o menor. A mesma orientação deve pontuar o regime entre pais e avós para que com a morte ou separação não se privem os netos da convivência com familiares que eram próximos.

#### 1.b. Tutela antecipada.

É possível emitir tutela antecipada para efeito de impor guarda compartilhada? Não há impeditivo para a aplicação do art. 273, do CPC (o que o TJ-SP confirmou no AgIn. 622.418-4/8). O que parece interessante discutir é a perspectiva de proveito desse sistema quando os pais não se entendem e sequer são capazes de um consenso sobre regras de pernoite da criança com um deles. A guarda compartilhada que se executa com rigor e vigilância do Estado-juiz

certamente não vingará nesse contexto, salvo se os ânimos se arrefecerem, o que parece improvável em curto prazo ou por imposição judicial. Porém não se permite excluir o direito de postulação pelo prognóstico sombrio, porque, por conta da insistência, surge uma solução equilibrada para compor os interesses da criança. As tentativas sempre serão válidas, desde que monitoradas. O mesmo TJ-SP negou a tutela antecipada pleiteada inaudita altera parte (AgIn. 615.735-4/8) e cabe enaltecer essa decisão, exatamente por não ser adequado decidir essa questão sem o contraditório (art. 5º, LV, da CF), salvo se existir perigo (*periculum in mora*) em relação aos direitos da criança.

### 1.c. O melhor guardião.

Quem é o melhor guardião? Essa é uma boa pergunta para a hipótese de reversão da guarda compartilhada para a unilateral e sempre se imagina que a posição financeira poderá pesar para escolher com quem a criança deverá permanecer.

Interessante debate, nesse sentido, foi travado no Resp. 964.836 BA, relatado pela Ministra Nancy Andrighi, em que foi apurado que o pai, militar reformado e portador de ótima capacidade financeira, não se revelava o mais ajustado para receber a missão de conduzir o destino dos filhos, no que diz respeito a fatores como amor, carinho, educação, comportamento moral e ético adequado, urbanidade e civilidade. A eminente Ministra pretendeu inverter a guarda para transferi-la à mãe, o que ficou prejudicado em virtude do julgamento da questão na Corte Estadual, sem recurso e ficou transparente que a sugestão seria a de aproveitar a boa condição econômica para bem arbitrar a prestação alimentar suficiente às necessidades. No julgamento do Resp. 916.350 RN, a Ministra Nancy teve condições de expor sua convicção e manter a guarda com a mãe.

## 2. Sanções.

Não se pode confiar na boa vontade dos cônjuges sobre a execução da guarda compartilhada e, por isso, o sistema prevê conseqüências para reprimir as infrações. A primeira regra explícita está no art. 1584, § 4º, do CC: "A alteração não autorizada ou o descumprimento imotivado de cláusula de guarda,

unilateral ou compartilhada, poderá implicar a redução de prerrogativas atribuídas ao detentor, inclusive quanto ao número de horas de convivência com o filho".

Penalidades representam respostas da ordem jurídica ao ilícito e convém, desde logo, entender que somente serão devidas as sanções concretizadas em processo justo (art. 5º, LV, da CF). O agente tido como infrator deverá ser cientificado das denúncias que lhe são dirigidas para exercer direito de defesa, devendo o juiz criar o contraditório célere, ainda que de maneira incidental (no próprio processo em que a guarda foi constituída) ou em outro autônomo, se assim for manifestado. A gravidade do fato poderá justificar, em virtude do melhor interesse da criança, decisões emergenciais e provisórias baseadas no juízo da verossimilhança e do *periculum in mora* (arts. 798 e 273, do CPC).

### 2.a. Liminares.

Algumas situações exigem decisões drásticas, como a suspensão abrupta do direito dos pais e os juizes devem agir com firmeza para adotá-las, porque dúvidas ou incertezas poderão servir como fundamentos de uma decisão definitiva e não para adiar uma liminar, por ser indiscutível que a permanência do menor em contato com o perigo poderá ser fatal ou de impossível reparação em termos de recuperação de valores íntimos.

Evidente que as denúncias de maus tratos, de abusos sexuais, de violência física ou psíquica, de extravio da criança, serão sopesadas com severidade pelo juiz encarregado de decidir, sendo aconselhável conceder prioridade absoluta na tramitação de expedientes dessa natureza inclusive expedindo imediato mandado de constatação *in loco*. Na dúvida e para não privar o inocente do convívio, convém impor regras de segurança, como visitas monitoradas ou supervisionadas pelo Conselho Tutelar, porque, em princípio, não é relevante o direito do pai (suposto infrator), mas, sim, do filho (provável vítima). Lógico que, se for constatada malícia da denunciante na elaboração de quadro irreal para prejudicar o pai, a guarda deverá ser revertida, e a sanção aplicada, a quem, de má-fé, criou o falso em nome de suposta proteção ao filho (art. 187, do CC).

Os pais que exerçam, em razão de seus atos ou de sua conduta, nociva influência no espírito dos filhos, devem perder a guarda e o direito de visita em caso de culpa grave. Deslizes que são toleráveis ou, no mínimo, justificáveis pelas circunstâncias de vida dos envolvidos, como atrasos na hora marcada para receber o filho ou para devolvê-los e ou faltas esporádicas para com os compromissos assumidos, serão avaliados e julgados de acordo com o índice de repetição da conduta. Um pai desidioso não se emendará com ligeiras admoestações e, certamente, será um eterno ausente e irresponsável, o que recomenda impor uma restrição de envergadura capaz de persuadi-lo, pois, se não se importar com a sanção aplicada, é porque realmente não possui interesse algum em estreitar relacionamento com o filho. A sensibilidade do Magistrado deve conduzir a uma reflexão sobre oportunidades ou chances para que o infrator recupere a aptidão, de modo que, se for convencido de que os propósitos da retomada da convivência íntima estão claros, não custa tentar a reaproximação que interessa para o filho. Estudos para essa finalidade serão importantes para subsidiar a melhor decisão e o juiz não pode dispensá-lo para tutelar os interesses dos menores.

## 2.b. Multas.

A multa é uma aliada forte para conscientizar os pais sobre a obrigação de bem cumprir os compromissos assumidos, porque o sujeito somente age bem com receio de lhe pesar o bolso em caso de inadimplemento. Importante, pois, a fixação de multas quando os pais são personagens com patrimônio que permita pagamentos de sanções pecuniárias. As cláusulas penais são importantes para que os contratos sejam cumpridos a contento porque estimulam o adimplemento voluntário. Não existe impedimento para que as partes celebrem acordos prevendo incidência de multas para penalizar as infrações, competindo ao juiz recomendar a inserção delas quando da audiência prevista no § 1º, do art. 1584, do CC.

## 2.c. Reduzir prerrogativas e a questão do não pagamento de prestações alimentícias.

Diz o art. 1584, § 4º, do CC: "A alteração não autorizada ou o descumprimento imotivado de

cláusula de guarda, unilateral ou compartilhada, poderá implicar a redução de prerrogativas atribuídas ao seu detentor, inclusive quanto ao número de horas de convivência com o filho".

Reduzir prerrogativas é diminuir as atribuições dos pais que infringem regras da convivência saudável. Não se restringe, obviamente, a reduzir horas de convivência, como consta do texto. O juiz goza de livre arbítrio para escolher a medida adequada para tentar corrigir o infrator ou proteger o menor dos dissabores de um convívio livre, o que será realizado com cuidado para que a restrição não se transforme em algo que retraia os interesses do pai e ou desperte no filho o sentimento de indiferença ou revolta. Visitas monitoradas ou fiscalizadas, em locais demarcados, são experiências criticadas pela inutilidade e são descartáveis, salvo se forem absolutamente necessárias. O ideal seria o juiz, seguindo técnicas de especialistas, criar roteiros de convivência entre pais e filhos, estabelecendo programas acessíveis ao potencial econômico e social dos interessados, uma proposta de interação, sempre que possível. Não basta, contudo, elaborar roteiros, pois o que importa é que as etapas de um convívio produtivo sejam cumpridas com prazer e afeição.

Cabe perguntar: poderá ser imposta ao pai que não honra as prestações alimentícias restrição ou exclusão do direito de visita? Essa é uma pergunta de difícil resposta e deve ser analisada em razão da dificuldade do pai de cumprir o encargo financeiro. Quando o inadimplemento injustificado está associado ao exercício de um direito de visita para cumprir formalidades, como aquele que visita quando quer ou quando for conveniente no aspecto social, não há dúvida em afirmar que caberia ao juiz restringir ou impedir o pai de exercer a visita. Não custa lembrar que as visitas são atos que demandam providências, como preparação para o dia e horário, com frustração de planos alternativos para ocupação e não parece correto cumprir tudo isso para que pai irresponsável contracene para si ou para a sociedade no papel de pai atencioso e dedicado. Melhor restringir e advertir o pai da seriedade do direito de visita e da guarda exclusiva da mãe, um sinal de que poderá se arrepende caso não altere seu insensato proceder. O juiz pode estabelecer novas regras ou condicionar a visita ao pagamento das prestações em aberto. Caso se apure que o filho necessita do contato com o pai inadimplente, parece importuno excluir o direito de visita, sob pena de o filho ser penalizado pela inadimplência financeira paterna, o que soa como inadmissível.

### 3. Modificação de guarda.

O juiz poderá, sempre que for para o bem dos filhos, regular de maneira diferente, a guarda, assegura o art. 1586, do CC. A sentença que homologa a guarda não transita em julgado (cláusula rebus sic stantibus) e será disciplina de acordo com a melhor situação do momento. Resulta que cabe alterar a guarda, por motivos graves ou não e desde que, em qualquer hipótese, a modificação venha para beneficiar o menor. O instituto da modificação da guarda sempre foi empregado em razão do melhor interesse da criança e não para penalizar os pais que descumprem obrigações da guarda unilateral ou compartilhada. Evidente que a modificação, com inversão do detentor da guarda, é uma providência que se revela adequada no interesse da criança, inclusive quando os pais não se comportam de maneira ajustada, conforme disposto no § 5º, do art. 1584: "Se o juiz verificar que o filho não deve permanecer sob a guarda do pai ou da mãe, deferirá a guarda à pessoa que revele compatibilidade com a natureza da medida, considerados, de preferência, o grau de parentesco e as relações de afinidade e afetividade".

Não há preclusão para investigação que busque definir o que é melhor para os interesses da criança diante de fatos atuais ajustando a permanência ao momento ou à realidade social vivenciada entre os mundos pesquisados. O princípio do melhor interesse do menor é de ordem pública e obriga atuação diligente e contemporânea, sem perder de vista que as modificações que invertem a titularidade são sempre ditadas por oportunidade para a criança e não para punir pequenas infrações ou de baixo potencial. Privar pai ou mãe de ter o filho em sua companhia, apesar de reunir as condições legais para tal, é uma ofensa aos direitos da paternidade e ao próprio filho, que merece a convivência nos termos do art. 227, caput, da Constituição Federal.

### 4. Reparação de danos.

Embora não conste do rol de medidas para tutela das vítimas do ilícito que se comete no exercício ou pelo não exercício da guarda (unilateral ou compartilhada), não é permitido dispensar a indenização do dano injusto como providência de inegável valor individual e de ordem coletiva.

A responsabilidade civil é o instituto sociológico e evolui de acordo com as transformações sociais e as necessidades vitais dos sujeitos de direitos.

A reparação patrimonial reconstitui o patrimônio desfalcado pela ilicitude, enquanto a compensação do dano moral atua como lenitivo para as dores morais deflagradas pelas lesões a direitos de personalidade.

Os guardiões que negligenciam seus deveres e que humilham ou menoscabam os filhos com seguidas e injustificadas faltas aos seus compromissos legais, deverão sofrer sanção legal (restrição de horas de convívio, afastamento e outras penalidades permitidas) sem prejuízo de suportarem condenações pecuniárias. Os filhos sofrem com o descaso e o abandono e, embora esses efeitos decorram do desamor, não são assimiláveis a quem confiou nas expectativas de que a guarda não ficaria somente no papel. Descumprir promessas de convívio é algo sério e os efeitos nocivos perturbam a vida dos envolvidos.

Jurídico considerar serem os filhos que amargam com esses dissabores, vítimas de um fato objetivo (negligente conduta), de modo que se a frustração vier a provocar abalo psíquico ou alguma deformidade moral patenteada por perícia ou provada pelo estado de desconforto do menor, cabe indenização (art. 5º, V e X, da CF). O art. 186, do CC, autoriza a providência e não se pode cogitar de condenar por não amar, mas, sim, compensar a vítima de ação que humilha e reduz a baixo estima do ser humano indefeso.

Da mesma maneira, cabe provocar o Judiciário contra o detentor da guarda que se opõe ao direito de visita ou ao êxito da guarda compartilhada e que atua em desconformidade com as regras estabelecidas no divórcio ou na separação. Essas práticas não são condutas assumidas com transparência, mas, sim, sub-reptícias, iniciadas com comentários supostamente despretensiosos e que ganham força para desprestígio do outro guardião, o que inviabiliza visitas e a própria convivência. A síndrome da alienação parental é algo que parece inofensivo, mas que constrói um verdadeiro abismo de intolerância e incompatibilidade entre pessoas que deveriam ter relacionamento contínuo e amoroso. Os gestos, as palavras, os sinais e as opiniões desfavoráveis se avolumam e são introduzidos no espírito da criança de maneira a fazer com que se transformem em vilões os pais perseguidos pela maledicência, resultando em tratamento indiferente e hostil, com grande chance para atingir o estágio de ódio irreversível. Uma vez provada a ocorrência dessa estratégia alucinógena e que envolve verdadeira lavagem cerebral das crianças, justifica-se aplicar as sanções previstas contra o alienador, inclusive a indenização, por ser evidente o dano moral *in re ipsa*.

# P

## ODER FAMILIAR: CRÔNICA DE UM CONCEITO.

---

**MARCO FÁBIO MORSELLO** - Professor na Escola Superior de Advocacia (ESA). Professor no Centro de Extensão Universitária- Instituto Internacional de Ciências Sociais (IICS) e na Escola Paulista da Magistratura. Juiz de Direito em São Paulo. Doutor em Direito Civil pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

---

## 1. Sumário.

A realidade cotidiana pós-moderna revela paradigmas fulcrados em sociedade de hiperconsumo, cujos efeitos se refletem, à saciedade, nas famílias, nomeadamente nas crianças.

Nesse contexto, aliado à multiplicidade de grupos sociais, fragmentação, dispersão e justaposição de valores, relativismo, hipercomplexidade e competição corrosiva, ínsitos ao paradigma pós-moderno, observa-se, como preconiza Gary Minda, a inexistência de valores compartilhados (*shared values*), fundamentais à concretização da solidariedade social tão propalada.<sup>1</sup>

De fato, o influxo permanente de estímulos que promanam do sistema social ao sistema jurídico é realidade inequívoca, tendo em vista a inserção deste último como um sistema de segunda ordem, em caráter análogo ao sistema nervoso nos seres vivos.

Ora, diante dos *inputs* que promanam do sistema social, a célula familiar e, nomeadamente, os genitores são os arautos da esperança ética no desenvolvimento da personalidade dos infantes, propiciando-lhes efetivo *output* dirigido ao corpo social, com o escopo de concretizar o princípio fundante da dignidade da pessoa humana e correlata convivência em sociedade justa e solidária, elidindo que as normas em comento sejam transformadas em meros pedaços de papel (*Stück Papier*), desprovidos de efetividade.

Para tal desiderato, como ressalta Erich Fromm, o amor dos pais se afigurará essencial, aliado à premissa de que, *"para que seja capaz de amar, o ser humano deve ser colocado em seu lugar supremo. A máquina econômica deve servi-lo, em vez de servir-se dele (...). Ter fé na possibilidade do amor como fenômeno social, e não apenas excepcional-individual, é uma fé racional baseada em penetração na própria natureza do homem."*<sup>2</sup>

Referido entendimento, aliás, é plenamente consentâneo com a visão contemporânea da projeção horizontal das relações familiares e proeminência do afeto, amálgama daquelas, impondo-se para tal desiderato, a análise da perspectiva evolutiva do denominado poder familiar.

2. Palavras-chave: poder familiar; autoridade parental; evolução histórica da família e do poder familiar; princípios iluminantes; direito civil constitucional; filiação; proteção; afeto; melhor interesse da criança e adolescente.

## 3. Introdução e esboço histórico evolutivo.

Como é cediço, o direito é a ordem de convivência humana, sob a exigência da Justiça, ordem que numa determinada comunidade jurídica se torna vinculante a cada momento na perspectiva histórica.<sup>3</sup>

Deveras, o direito, enquanto experiência, é, como se sabe, uma realidade histórico-cultural, na qual o mundo dos fatos e o mundo dos valores, por assim dizer, caminham, lado a lado, na unidade de um *processus*, conforme ensinamento de Miguel Reale, à luz de sua conhecida teoria tridimensional.<sup>4</sup>

Nesse contexto, como preconiza Antonio Junqueira de Azevedo, atento à natureza do direito como sistema de segunda ordem vinculado ao sistema social, *"é preciso não confundir todo o direito com a lei. Esta é apenas uma parte do direito e, embora, no nosso sistema romano-germânico, ela forme o esqueleto da ordem jurídica, a vida a este esqueleto vai ser dada pela doutrina, pela jurisprudência e, principalmente, pelo espírito do povo, fonte última da própria lei, da doutrina e da jurisprudência"*.<sup>5</sup>

Como corolário da assertiva supra, a experiência histórica revela-se fundamental para a análise da autoridade parental, como cerne da instituição social família e mudanças correlatas, desde sua acepção maximalista, com paulatina concepção reducionista, formadora do conceito de família nuclear e perspectivas minimalistas, sem prejuízo da preponderância de um direito geral de personalidade caracterizado como fundamental, fomentador da proeminência do aspecto afetivo, quando cotejado com aquele patrimonial.

Deveras, referida realidade fática propiciou papel de escol aos vínculos sócio-afetivos, elidindo a exclusividade de outrora, permeada naqueles consanguíneos.

1. Cf. *Postmodern Legal Movements: Law and Jurisprudence at Century's End*. New York: New York University Press, 1995. No mesmo diapasão, vide: Antonio JUNQUEIRA DE AZEVEDO. O direito pós-moderno e a codificação. Estudos e pareceres de Direito Privado. São Paulo: Saraiva, 2004. pp. 55-63; José Renato NALINI. Ética e família na sociedade pós-moralista. A revisão do Direito de Família. Estudos jurídicos em homenagem ao centenário de Edgard de Moura Bittencourt (Coord. Antônio Carlos Mathias Coltro). Rio de Janeiro: GZ Editora, 2009. pp. 384-418.

2. Cf. *A arte de amar* (trad. Milton Amado). Belo Horizonte: Itatiaia, pp. 157-158.

3. Nesse sentido: Karl LARENZ. Metodologia da Ciência do Direito (trad. José Lamego). 3ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. p. 599; Jean CARBONNIER. Droit Civil. Introduction. Les personnes. La famille, l'enfant, le couple. v. I. Paris: PUF, 2004. pp. 35-47.

4. Cf. *O Direito como experiência*. São Paulo: Saraiva, 1980. pp. 111-113.

5. Cf. *Negócio Jurídico: existência, validade e eficácia*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 77.

Nesse contexto, malgrado inviável a obtenção de uniformidade absoluta do instituto em comento, máxime tendo em vista o amplo espectro de civilizações ao redor do mundo e peculiaridades correlatas<sup>6</sup>, emergem alguns aspectos que permitem observar, no seio da civilização ocidental, a analogia do aspecto religioso como dinamizador de ritos e relações familiares, no âmbito das civilizações indo-européia, grega e romana, com as consequências correlatas na formação da família e papel central do pater, na seara de relações familiares hierarquizadas e verticais.<sup>7</sup>

De fato, na Babilônia, a autoridade parental pertencia ao pai, cujos direitos eram amplos, muito embora não ilimitados. Nesse aspecto, conforme observa Jean Gaudemet, diversos contratos evidenciaram a frequência da venda de infantes, bem como o abandono de recém-nascidos. No entanto, emerge distinção importante, quando cotejada com o direito romano, na medida em que ao pai não é dado o poder de vida e morte em relação aos filhos, além do que, a deserção destes somente poderá ocorrer por motivos graves.<sup>8</sup>

No Egito antigo, muito embora verificada a necessidade de descendentes para o culto aos antepassados, prática, aliás, adotada por diversos povos da Antiguidade, observa-se, como peculiaridade, a inexistência de recém-nascidos expostos, e a importância do afeto e educação extensivos à integralidade da prole.<sup>9</sup>

Dentre os povos hebreus, a figura do pai gozava de grande autoridade. No entanto, não havia exemplo de exercício arbitrário de dispor acerca da vida e morte dos membros da família. Sobreleva acrescentar, por oportuno, que o propalado sacrifício de Isaac apresentava caráter cultural e simbólico, máxime tendo em vista a proibição da referida prática aos deuses reputados falsos. Por fim, vedava-se a punição arbitrária dos filhos, ainda que escudada em insubordinação, exigindo-se, previamente, aos pais que submetessem a problemática ao Tribunal dos Anciãos.<sup>10</sup>

No período clássico da História de Atenas, deduz-se que a família representava um elemento essencial da cidade antiga, o que já era ressaltado por Aristóteles na relevância da relação entre família e *polis*. O termo "família", à época, já

não era unívoco, preponderando, no entanto, aqueles concernentes aos grupos familiares por vezes extensos (anchisteia e genos). De qualquer modo, a cidade interessava-se por ambos, fixando-lhes limites, direitos e obrigações.<sup>11</sup>

A figura paterna destacava-se na seara da autoridade parental, com amplos poderes em relação aos filhos, destacando-se a possibilidade de acolhê-los ou enfeitá-los por ocasião do nascimento, de modo que o casamento legítimo não se afigurava como condição suficiente para tal desiderato, já que se impunha ato sucessivo e autônomo de indicação expressa de que o pai reconhecia o filho como seu. Tratava-se de ato solene, atrelado a cerimônias religiosas, que ocorriam dias após o nascimento.

Observa-se, outrossim, a prática da adoção na hipótese de inexistência de descendentes, com o escopo de manutenção do culto aos deuses lares.

6. Para maiores detalhes acerca da formação dos diversos sistemas jurídicos e suas origens correlatas, vide Dário Moura VICENTE. *Direito Comparado. Introdução e Parte Geral*. v. I. Coimbra: Almedina, 2008, obra na qual o autor discorre de modo minudente acerca da família romano-germânica, do sistema da common law, da família jurídica muçulmana, dos sistemas jurídicos africanos e dos direitos hindu e chinês.

7. Nesse sentido: Numa Denis Fustel de COULANGES. *A cidade antiga* (trad. Aurélio Barroso Rebello e Laura Alves). Rio de Janeiro: Ediouro, 2003. p. 117-119, explicitando, com acuidade, que "a natureza fala bem alto e por si mesma; exige que a criança tenha um protetor, um guia, um mestre. A religião concorda com a natureza: determina que o pai seja o chefe do culto e que o filho apenas o ajude nas funções sagradas. Porém, a natureza só exige tal subordinação durante um certo número de anos; a religião exige mais. A natureza confere ao filho a maioridade jamais concedida pela religião. Segundo os antigos princípios, o Lar é indivisível, assim como a propriedade; os irmãos não se separam após a morte do pai; por uma razão ainda mais forte, não podem se desligar do pai enquanto este viver. No rigor do direito primitivo, os filhos permanecem ligados ao lar do pai e, consequentemente, submetidos à sua autoridade; enquanto o pai viver, serão todos menores. Compreende-se que esta regra perdurou apenas enquanto a velha religião doméstica esteve em pleno vigor. Em Atenas, essa sujeição permanente do filho em relação ao pai logo desapareceu. Em Roma, a antiga regra foi conservada escrupulosamente: enquanto o pai vivesse, o filho jamais poderia manter um Lar próprio; embora casado e com filhos, continuava sob a tutela do pai. De resto, acontecia com o poder paterno o mesmo que com o poder marital: tinha por origem e condição o culto doméstico. Graças à religião doméstica, a família era um pequeno corpo organizado, pequena sociedade com o seu chefe e o seu governo. Naqueles tempos antigos, o pai não era apenas o homem forte que protegia e que também detinha o poder de fazer-se obedecer: era o sacerdote, o herdeiro do fogo sagrado, o continuador dos ancestrais, a estirpe dos descendentes, o depositário dos ritos misteriosos do culto e das fórmulas secretas da prece. Toda religião reside no pai. O próprio nome que o designa, pater, contém curiosos ensinamentos. A palavra é a mesma em grego, latim e sânscrito, donde se pode concluir que data do tempo em que os antepassados de helenos, italianos e hindus ainda viviam juntos na Ásia Central. Qual seria o seu significado, e que idéia sugeriria à mente dos homens daqueles tempos? É possível sabê-lo, pois conservou o seu primitivo significado nas fórmulas do linguajar religioso e jurídico(...). Também na linguagem jurídica, o título de pater ou de pater familias podia ser atribuído a um homem sem filhos, não casado, ou que nem estivesse em idade de contrair matrimônio. Portanto, a idéia de paternidade não estava ligada a essa palavra. A língua antiga conhecia outra palavra para designar propriamente o pai e que, tão antiga quanto pater, se encontra também nos idiomas dos gregos, dos romanos e dos hindus: gâñitar, genitor. A palavra pater tinha outro significado. Em linguagem religiosa, era aplicada a todos os deuses; na linguagem forense, a qualquer homem que não dependesse de outro e possuísse autoridade sobre uma família e sobre um domínio, pater familias. Os poetas mostram-nos que era empregada em relação a todos aqueles a quem se quisesse reverenciar. O escravo e o cliente aplicavam-na ao seu senhor. Era sinônima da palavra rex. Não encerrava a idéia de paternidade, mas sim a de um poder, autoridade, dignidade majestosa. Com certeza é bastante significativo que tal palavra tenha sido aplicada ao pai de família até se tornar pouco a pouco a sua denominação mais usual, e isso se revelará importante para quem quiser conhecer as antigas instituições. Basta a história dessa palavra para termos uma idéia do poder que por muito tempo o pai exerceu na família, bem como do sentimento de veneração que lhe era devotado, como pontífice ou soberano".

8. Cf. *Institutions de L'Antiquité*. Paris: Sirey, 1967. p. 43. No mesmo diapasão, vide Uwe WESEL. *Geschichte des Rechts*. 2ª ed. München: C.H. Beck Verlag, 2001. pp. 76-77.

9. Nesse sentido: Jean GAUDEMET, op. cit., p. 61; Uwe WESEL, op. cit., pp. 97-98.

10. Cf. Jean GAUDEMET, op. cit., pp. 121-122.

11. Idem ibidem, p. 205

Por fim, muito embora o direito de vida e morte não apresentasse comprovação, este ocorria, ainda que, por via oblíqua, por ocasião do ato de necessário reconhecimento ou rejeição do recém-nascido, conforme alhures mencionado. Nesse contexto, havia a prática disseminada da rejeição, mormente em relação a crianças mal constituídas e meninas, o que era considerado absolutamente normal por Platão visando assegurar o equilíbrio demográfico na cidade ideal.<sup>12</sup>

No que concerne à Roma antiga, depreende-se que a família romana era solidamente organizada, cabendo aos filhos total submissão à figura do pater, efetivo sacerdote, magistrado do lar e responsável pela consecução dos sacrifícios propiciatórios aos deuses lares, impondo-se a existência de descendentes visando o culto aos antepassados.

Tratando-se, aliás, de sacerdote da família, à luz das amplas atribuições à figura em comento, poderia ser o pater de sua mulher, ou até mesmo de sua mãe. Por via de consequência, é o juiz de todos os membros da família, tendo sobre estes direito de vida e de morte (*ius vitae et necis*), consubstanciado na Lei das XII Tábuas.<sup>13</sup>

Além disso, é o único proprietário de seus bens. A mulher está posta sob a autoridade do marido. Igualmente, os filhos estão sob a autoridade do pater, que poderá expô-los e vendê-los. O *pater* conserva seus direitos até a morte, à menos que proceda à emancipação de seu filho por venda três vezes repetida. Naturalmente, com o progresso da civilização, os poderes do pater sofreram limitações.<sup>14</sup> Nesse contexto, observe-se que, desde o nascimento, referido poder era inconteste, máxime à luz do denominado *dies lustricus*, que representava cerimônia solene de reconhecimento, na qual o pai erguia o recém-nascido do solo, manifestando assim seu desejo de criá-lo, atribuindo-lhe seu nome no nono dia após o nascimento para os meninos e oitavo dia para as meninas. Na referida ocasião, a criança era purificada, derivando a partir disso o nome *dies lustricus*.<sup>15</sup>

Em nosso país, com esquite na vigência das Ordenações do Reino, oriundas da metrópole<sup>16</sup>, com menção expressa às fontes do Direito Romano, observava-se relação vertical nas relações familiares, sob a autoridade paterna.

12. Cf. Jean GAUDEMET, *op.cit.*, pp. 207-208.

No entanto, cumpre acrescentar a tendência local ao denominado *cunhadismo*, que alargava o espectro do conceito de família e laços de parentesco correlatos, sendo uma dentre as causas fomentadoras de redes sociais associadas ao clientelismo.<sup>17</sup>

No entanto, consoante arguta observação de Sérgio Buarque de Holanda, "*nos domínios rurais é o tipo de família organizada segundo as normas clássicas do velho direito romano-canônico, mantidas na Península Ibérica através de inúmeras gerações, que prevalece como base e centro de toda a organização. Os escravos das plantações e das casas, e não somente escravos, como os agregados, dilatam o círculo familiar e, com ele, a autoridade imensa do pater.*"

13. Nesse sentido: Henri BORNECQUE e Daniel MORNET. Roma e os romanos (trad. Alceu Dias Lima). São Paulo: EDUSP, 1976. pp. 84-85; Fernanda CARRILHO. Dicionário de Latim Jurídico. Coimbra: Almedina, 2006. p. 470, transcrevendo a integralidade das XII Tábuas e informando que o *ius vitae et necis* estava previsto na Tábua IV; José Carlos Moreira ALVES. Direito Romano. v. II. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. pp. 266-267; Silmara Juny CHINELATO. Comentários ao novo Código Civil. Do Direito de Família (Coord. Antônio Junqueira de Azevedo). v. XVIII. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 215, anotando, com acuidade, que, "embora haja controvérsia a respeito de qual Constituição o tenha revogado – se a de Constantino, em 323, segundo Bonfante, ou se em 318, conforme Albanese, ou se de acordo com a maioria, somente em 365, com uma Constituição dos imperadores Valentiniano e Valente, conforme Cod. Th. 9, 13, 1, Albanese demonstra que o *ius vitae ac necis*, como outros institutos, desaparecia quase despercebidamente. As Constituições vieram para ratificar o desuso social desta prática"; José Antonio de Paula SANTOS NETO. Do pátrio poder. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. pp. 21-22, observando, com percucinação, que, "talvez absoluto em épocas mais remotas, consagrado pela Lei das XII Tábuas, este poder, ao que parece, desde logo deixou de ser aplicado arbitrariamente, ao sabor dos caprichos do pater, intervindo o Conselho de Parentes. Gradualmente mitigado pelas leis do período imperial, em especial a partir do séc. II d. C, o *ius vitae et necis* existia ainda no tempo de Constantino, que o menciona como instituição vigente. Abusivo que era, paradoxalmente este poder conviveu com o Cristianismo dos primeiros tempos, já então religião oficial do Império. Sabe-se que seu emprego se deu em caso de dúvidas quanto à paternidade, parto monstruoso ou à guisa de punição aplicada ao filho em falta. Aboliu-o, definitivamente Valentiniano I, conjuntamente com Valêncio (em 374 d.c), que fortaleceu o monopólio da Justiça pelo Estado, declarando a competência dos Juizes para castigar os *filii familias* por faltas graves. Na época de Justiniano, pois, o direito de vida e morte já se havia transformado em simples direito de correção (*ius domesticæ emendationis*). E mesmo esse direito de correção ou castigo, sentia já, ainda nos tempos do Império, a interferência estatal."

14. Nesse sentido, Henri BORNECQUE e Daniel MORNET, *op. cit.*, pp. 84-85; Jean CARBONNIER, *op. cit.*, p. 866; José Carlos Moreira ALVES, *op. cit.*, p. 267.

15. Nesse sentido, Henri BORNECQUE e Daniel MORNET, *op. cit.*, pp. 142-143. Referidos autores elucidam, por oportuno, que, "após ter sido infans (ao pé da letra, "o que não fala"), até os sete anos e depois puer, o jovem romano torna-se aos dezessete anos, *adulescens*. É o momento em que ele atinge a maioridade, ocasião de uma cerimônia celebrada a 17 de março, dia das festas de Baco. Ele depõe diante do Lar da casa as insígnias da infância, bula e a toga pretexta; veste o traje ordinário. Depois de um sacrifício aos deuses domésticos, ele vai, acompanhado de um cortejo de parentes e amigos, inscrever-se na tribo. O novo cidadão sobe então ao Capitólio para agradecer aos deuses. A festa termina com um grande banquete".

16. Nesse sentido, para obtenção de dados minudentes acerca das Ordenações, vide Nuno J. Espinosa GOMES DA SILVA. História do Direito Português. Fontes de Direito. 4ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2006. pp. 299-431.

17. Nesse sentido, Darcy RIBEIRO. O povo brasileiro. São Paulo: Companhia das Letras, 2008. p. 72, elucidando que: "a instituição social que possibilitou a formação do povo brasileiro foi o cunhadismo, velho uso indígena de incorporar estranhos à sua comunidade. Consistia em lhes dar uma moça índia como esposa. Assim que ele a assumisse, estabelecia, automaticamente, mil laços que o aparentavam com todos os membros do grupo. Isso se alcançava graças ao sistema de parentesco classificatório dos índios, que relaciona, uns com os outros, todos os membros de um povo. Assim é que, aceitando a moça, o estranho passava a ter nela seu *temericó* e, em todos os seus parentes da geração dos pais, outros tantos pais ou sogros. O mesmo ocorria em sua própria geração, em que todos passavam a ser seus irmãos ou cunhados. Na geração inferior eram todos seus filhos ou genros".

*Esse núcleo bem característico, em tudo se comporta como seu modelo da antiguidade, em que a própria palavra família, derivada de famulus, se acha estreitamente vinculada à idéia de escravidão, e em que mesmo os filhos são apenas os membros livres do vasto corpo, inteiramente subordinando ao patriarca, os liberi. Dos vários setores de nossa sociedade colonial, foi sem dúvida a esfera da vida doméstica aquela onde o princípio de autoridade menos acessível se mostrou às forças corrosivas que de todos os lados atacavam. Sempre imerso em si mesmo, não tolerando nenhuma pressão de fora, o grupo familiar mantém-se imune de qualquer restrição ou abalo. Nesse ambiente, o pátrio poder é virtualmente ilimitado e poucos freios existem para sua tirania. O quadro familiar torna-se, assim, tão poderoso e exigente, que sua sombra persegue os indivíduos mesmo fora do recinto doméstico.*"<sup>18</sup>

Por outro lado, na evolução histórica, dessume-se que o pátrio poder, paulatinamente, afastou-se da subserviência ao manifesto despotismo paterno, para se constituir em instrumento de proteção e promoção dos interesses da família, concomitantemente à gradativa equiparação da mãe ao pai quanto ao seu exercício, com a correlata generalização do controle desse exercício pelo Poder Judiciário.<sup>19</sup>

Por via de consequência, a própria estruturação das famílias apresentou mudanças sensíveis no contexto histórico, desde as denominadas máxi-famílias, atreladas à autoridade do *pater*, até o advento contemporâneo das mini-famílias, também denominadas nucleares, ou seja, fulcradas no arquétipo que engloba o pai, a mãe e os filhos, sendo de início restrita à família conjugal, complementada posteriormente com o advento dos filhos, passando, então, a ser também denominada família paterno-filial.<sup>20</sup>

18.Cf. Raízes do Brasil. 17ª ed. Rio de Janeiro: José Olympio Editora, 1984. pp. 49-50. No mesmo diapasão, mas com maior ênfase aos matizes jurídicos do instituto em comento, em cotejo com a perspectiva histórica de nosso país, vide: José Antonio de Paula SANTOS NETO, op. cit., pp. 41-44; Denise Damo COMEL. Do poder familiar. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. pp. 23-25; José Virgílio Castelo Branco ROCHA. O pátrio poder. São Paulo: Leud, 1978. pp. 20-38.

19.Nesse sentido: Regina Beatriz TAVARES DA SILVA (Coord.). Código Civil Comentado. 6ª ed. rev. e at. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 1777. José Antonio de Paula SANTOS NETO, op. cit., p. 201.

20.Nesse sentido, Ney de Mello ALMADA. Família: dissertação conceitual. A revisão do Direito de Família.. Estudos jurídicos em homenagem ao centenário de Edgard de Moura Bittencourt (Coord. Antônio Carlos Mathias Coltro). Rio de Janeiro: GZ Editora, 2009. pp. 420-421, asseverando que "parece superado o paradigma familiar insito nos institutos compendiados pelo Código Civil ab-rogado, peculiar a uma sociedade agrária, patrimonialista porque exaltava o direito de propriedade, num círculo que concebia a família como unidade de produção. Hodiernamente, sente-se presente a repersonalização das relações familiares, caracterizada pelo afeto, a estabilidade e a ostensibilidade". Referido autor aponta, outrossim, para a existência além da família nuclear adrede elencada, à "família-linhagem, que compreende todas as pessoas ligadas por vínculos de casamento, parentesco, afinidade e adoção e vínculos convencionais, no caso brasileiro em que a união estável viu-se guindada à categoria de entidade familiar na Constituição Federal de 1988". Também aponta a existência da família-lar, atrelada ao grupo de pessoas que convivem sob um teto comum.

De fato, como preconiza Jean Carbonnier, o círculo familiar apresentou redução ao longo do tempo, criando-se a família nuclear, oposta às máxi-famílias de outrora, fulcradas na *gens* patriarcal do direito romano, atreladas à linhagem dos costumes, que englobava todas as pessoas descendentes de um ancestral comum, de modo a abranger colaterais, até mesmo de graus longínquos. No entanto, muito embora hodiernamente prepondera a família nuclear, esta não descarta características peculiares, abarcadoras, e.g., daquelas monoparentais, recompostas ou fulcradas em laços socioafetivos.<sup>21</sup>

Ademais, o sentido maximalista de outrora (*grande famille*) ainda subsiste como uma área de proteção à família nuclear, nomeadamente na seara da sucessão legítima e testamentária, razão da formulação, por Carbonnier, da teoria dos círculos concêntricos entre ambas.<sup>22</sup>

No que concerne à autoridade parental, como já mencionado alhures, a nova perspectiva é voltada à proteção integral da criança e adolescente e ao atendimento ao seu melhor interesse, sob forma qualitativa, princípios transformados em efetivas cláusulas gerais, cuja força normativa constitucional, consubstanciada no art. 227 da Constituição Federal de 1988, denota função iluminante, que se irradia para todo o sistema jurídico, o que analisaremos detidamente no próximo tópico.<sup>23</sup>

Tal entendimento é consentâneo com o amplo desenvolvimento do denominado direito geral de personalidade, cujo princípio fundante é a dignidade da pessoa humana, de modo a dar proeminência à individualidade de cada um de seus membros.<sup>24</sup>

#### 4. Função à luz dos novos princípios de Direito de Família.

A evolução histórica da família como instituição social que precede ao Estado revela mudança de paradigma no sistema jurídico.

21. Cf. op. cit., pp. 758-759.

22.Cf. op. cit., p. 758.

23.Nesse sentido: Silmara Juny CHINELATO, op. cit.; Rolf MADALENO. Curso de Direito de Família. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 508, observando que, além da força normativa constitucional provinda do art. 227 da Constituição Federal vigente, não há que se descurar "as diretrizes acompanhadas no Brasil pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, em seus arts. 3º e 4º, consubstanciando-se em uma declaração de princípios, como preâmbulo da Convenção Internacional dos Direitos da Criança, adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas, em 1989, e com a finalidade de por a salvo os fundamentais direitos dos menores e adolescentes".

24.Nesse sentido: Silmara Juny CHINELATO, op. cit., p. 96, aludindo à desbiologização, em que demonstra que "a família deixa de ser uma unidade de caráter econômico, social e religioso para se caracterizar como um grupo de afetividade e companheirismo. Essa transformação certamente repercutiu no desprestígio da paternidade tão-só biológica".

Este, aliás, como é cediço, não denota caráter autopoietico, na medida em que, como mencionado alhures, caracteriza-se como um subsistema ou sistema de segunda ordem, que, muito embora apresente autonomia operacional, está subordinado ao sistema social.

Tecidas referidas digressões, conjuntamente com a importância incontestada do denominado direito civil constitucional e repersonalização das relações jurídicas, com espeque no princípio fundante da dignidade da pessoa humana, amplo arquétipo de direitos fundamentais e menção expressa à importância da família como instituição a ser protegida visando o amplo desenvolvimento da personalidade de cada um de seus membros, à luz do afeto, como novo amálgama das relações em comento, depreende-se que a relação vertical com perspectiva na supremacia da vontade do pai foi deslocada para a perspectiva de proteção integral ao menor e atendimento ao seu melhor interesse, a ser aquilatado qualitativamente.<sup>25</sup>

Desse modo, como preleciona Gustavo Tepedino, “a família atualmente é vista como instrumento para o desenvolvimento da personalidade de seus membros, com fundamento nas alterações axiológicas introduzidas pela Constituição Federal (art. 226§ 3º e art. 1º, III).”<sup>26</sup>

Assim, da leitura, e.g., do art. 227 da Constituição Federal, como bem preconiza Paulo Luiz Netto Lôbo, “extrai-se o conteúdo mínimo de deveres cometidos à família, a fortiori do poder familiar, em benefício do filho, enquanto criança e adolescente, a saber: o direito à vida, à saúde, à alimentação (sustento), à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar. Evidentemente, tal conjunto de deveres deixa pouco espaço ao poder. São deveres jurídicos correspondentes a direitos cujo titular é o filho.”<sup>27</sup>

Dessume-se, portanto, que a nova perspectiva ensejou a incidência direta dos princípios constitucionais no direito de família, especialmente a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF de 1988), a solidariedade social (art. 3º, I, do mesmo diploma legal) e a igualdade substancial (art. 3º, III). Referidos princípios, aliás, conforme ensinamento de Gustavo Tepedino, levam “o intérprete, em primeiro lugar, a separar dogmaticamente as situações jurídicas patrimoniais das situações jurídicas existenciais e assim, conseqüentemente, a lógica da vida comunitária familiar, destinada à formação e

desenvolvimento da personalidade. Tais objetivos da República e princípios fundantes do ordenamento informam, legitimam e dão maior densidade normativa aos princípios inseridos nos arts. 226 e ss., que integram o Capítulo VII da própria Constituição, em matéria de família. A família torna-se assim, por força de tal contexto axiológico, pluralista, locus privilegiado para a comunhão do afeto e afirmação da dignidade humana, funcionalizada para a atuação dos princípios constitucionais da igualdade, solidariedade, integridade psicofísica e liberdade”.<sup>28</sup>

Como corolário da assertiva supra, referidas disposições constitucionais protagonizaram mudança no cerne do direito de família, tendo o condão, com sua força normativa, de iluminar todo o sistema de direito privado, aplicando-se, conforme preconiza a doutrina germânica, a denominada interpretação da lei conforme a Constituição.<sup>29</sup>

Nesse contexto, como é curial, houve necessidade, inclusive, de revisão da expressão “pátrio poder”, já que, sendo ínsita ao paradigma pretérito mencionado, propiciava inteligência imediata acerca do poder do pai sobre os filhos, em desconformidade com o princípio da igualdade entre os cônjuges, vulnerando, outrossim, a doutrina de proteção integral dos filhos como sujeitos de direitos.<sup>30</sup>

Desse modo, ou seja, forte nas noções de autoridade pessoal e patrimonial dos pais, o novo Código Civil inseriu a denominação “poder familiar”.

No entanto, perfilhando entendimento liderado por Paulo Lôbo e Silmara Juny Chinelato, referida denominação não revela adequação, na medida em que mantém a ênfase no poder, termo este que não se coaduna com a nova perspectiva das relações familiares. Deveras, como preleciona o primeiro autor mencionado, inclusive, com sucedâneo no Direito de Família francês e americano, “o conceito de autoridade nas relações privadas traduz melhor o exercício de função ou de munus, em espaço fundado na legitimidade e no interesse do outro”.<sup>31</sup>

25. Para análise minudente acerca da influência do denominado direito civil constitucional, nomeadamente no bojo das relações familiares, vide livro e artigo de Gustavo TEPEDINO, respectivamente: Temas de Direito Civil. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. pp. 1-22 e 347-366; A disciplina da guarda e autoridade parental na ordem civil-constitucional. [www.idcivil.com.br/pdfbiblioteca8.pdf]. Acesso em: 20.11.2009; José Sebastião de OLIVEIRA. Fundamentos constitucionais do direito de família. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. pp. 361-363.

26. Cf. Temas de Direito Civil, pp. 347-366.

27. Cf. Do poder familiar. Direito de Família e o novo Código Civil (Coord. Maria Berenice Dias e Rodrigo da Cunha Pereira). 4ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 156.

28. Cf. A disciplina da guarda e autoridade parental na ordem civil-constitucional.

29. Nesse sentido: Konrad HESSE. Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland. 16ª ed. Heidelberg: C. F. Müller Verlag, 1988. pp. 29-30; José Joaquim Gomes CANOTILHO. Direito Constitucional e teoria da Constituição. Coimbra: Almedina, 1998. pp. 1099-1100.

30. Nesse sentido, Rolf MADALENO, op. cit., p. 508.

31. Cf. Do poder familiar, op. cit., p. 146, bem como Direito Civil: Famílias. São Paulo: Saraiva, 2008. pp. 268-269.

Ademais, corroborando seu entendimento, depreende-se que o termo "familiar" se encontra deslocado de contexto, pois, à luz da experiência social haurida até o presente, poderia levar a crer verossimilmente que os avós e irmãos também estariam imbuídos da referida função.

Silmara Juny Chinelato, por sua vez, observa, com percuciência, que *"poder familiar sugere ampliação de titulares detentores de um poder bastante esvaziado de conteúdo. A evolução do instituto do pátrio poder, mais centrado em deveres, bem demonstra a impropriedade da expressão poder. O adjetivo "familiar" também não me parece oportuno. O poder-dever, ou, mais propriamente, a autoridade, é dos pais, por isso parental, e não familiar. Família indica conceito lato que ultrapassa a pessoa dos pais. Por tais razões, considero duplamente imprópria a expressão "poder familiar". Não é poder e não é familiar. Melhor seria a expressão "autoridade parental", que indica a tônica interativa de diálogo entre poderes e deveres e limita os titulares verdadeiros a quem a autoridade compete: os pais, e não a família."*<sup>32</sup>

Destarte, depreende-se que as profundas modificações ocorridas na instituição social família, na seara do compartilhamento da autoridade parental e no bojo da filiação, permitem concluir que a autoridade parental será o dinamismo que impulsionará a realização dos interesses proeminentes dos menores em estágio de formação para a vida adulta, de modo a garantir-lhes, para tal desiderato, plena higidez física, moral, emocional e psíquica.<sup>33</sup>

##### 5. Natureza jurídica e definição.

Inicialmente, emerge como fato incontroverso, aferível pelas máximas de experiência, que os filhos necessitam da proteção e dos cuidados dos pais, porquanto nascem indefesos e dependentes, razão pela qual, ao mesmo tempo, emerge, na autoridade parental, um dever e um interesse natural dos pais, com o escopo de propiciar as melhores condições aos filhos, nomeadamente atrelados à educação e formação, instrumentalizados por ampla gama de interesses físicos, morais, sociais, intelectuais e afetivos.<sup>34</sup>

Nesse contexto, a doutrina contemporânea não discrepa do entendimento da proeminência dos superiores interesses dos filhos menores e não emancipados, atrelados à realidade incontestada de interesse total e incondicional no desenvolvimento da personalidade destes, de modo que resta

configurado um efetivo conjunto de direitos e deveres em interação permanente visando referido escopo em benefício da prole.<sup>35</sup>

José Antonio de Paula Santos Neto preconiza que, *"quanto à sua natureza jurídica, o pátrio poder é um instituto bifronte: poder-dever instrumental em face dos filhos e direito subjetivo perante terceiros."*<sup>36</sup>

No ordenamento jurídico, sob sua ótica, consistiria no complexo de direitos e deveres concernentes aos genitores, escudado no Direito Natural, confirmado pelo Direito Positivo e direcionado ao interesse da família e do filho menor não emancipado, que incide sobre a pessoa e o patrimônio deste filho e serve como meio para o manter, proteger e educar.<sup>37</sup>

Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery afirmam, ademais, que a autoridade parental *"é o conjunto de direitos e deveres que o Estado comete aos pais, como munus público, de velar pela pessoa e bens de seus filhos menores. Os pais têm de zelar pela formação moral, material e intelectual dos filhos, criando-os em ambiente sadio, o exemplo dos pais é fator preponderante na criação e na educação dos filhos, pois estes seguramente os seguirão, o descumprimento desse poder-dever pode caracterizar os crimes de abandono material e intelectual (CP 244 a CP 246), além de ensejar a suspensão e extinção do poder familiar."*<sup>38</sup>

Antonio Carlos Mathias Coltro, por outro lado, assevera que, na realidade contemporânea, a autoridade parental transmudou-se em dever de proteção, emoldurando situação jurídica peculiar, de modo que, com fulcro em definição proposta pelo Conselheiro Armando Leandro, preconiza, com acuidade, que a autoridade parental, denominada "poder familiar" à luz do novo Código Civil, revela *"uma situação jurídica complexa, em que avultam poderes funcionais, ao lado de puros e simples deveres. Não um conjunto de faculdades de conteúdo egoísta e de exercício livre, ao arbítrio dos respectivos titulares, mas um conjunto de faculdades de conteúdo altruísta que tem de ser exercido de forma vinculada, de harmonia com a função do direito, consubstanciada no objetivo primacial de proteção dos interesses do filho, com vista ao seu desenvolvimento integral."*<sup>39</sup>

31.Cf. Do poder familiar, op. cit., p. 146, bem como Direito Civil: Famílias. São Paulo: Saraiva, 2008. pp. 268-269.

32.Cf. op. cit., p. 219.

33.Nesse sentido: Rolf MADALENO, op. cit., p. 509.

34.Nesse sentido: Rolf MADALENO, op. cit., p. 509.

35.Nesse sentido: Rolf MADALENO, op. cit., pp. 509-510; Regina Beatriz TAVARES DA SILVA, op. cit., p. 1777.

36.Cf. op. cit., p. 201.

37.Nesse sentido, José Antonio de Paula SANTOS NETO, op. cit., p. 201.

38.Cf. Código Civil comentado e legislação extravagante. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 1052.

Por derradeiro, à luz da evolução do instituto em comento, Silmara Juny Chinelato observa, em síntese, que o esquema do pátrio poder visto como poder-sujeição está em crise, razão pela qual a legislação francesa substituiu o termo "poder", escudado em paradigma pretérito, para o termo "autoridade", fulcrado em função que a lei investe aos pais, em verdadeira reciprocidade de direitos e deveres dos pais para com os filhos, em "diálogo" permanente, atendidos os interesses dos menores.<sup>40</sup>

## 6. Titularidade do poder familiar

Como já mencionado no item três supra, no arquétipo da realidade contemporânea, forte no princípio da igualdade dos cônjuges na chefia da sociedade conjugal, ex vi do que preceitua o art. 226, § 5º, do ordenamento constitucional vigente, com alcance abarcador da união estável e demais entidades familiares, transmudou-se a realidade de outrora, fulcrada em disparidade no exercício da autoridade parental, porquanto ainda subsistia a supremacia da decisão paterna.<sup>41</sup>

Com fulcro na referida premissa, a legislação infraconstitucional também amoldou-se ao novo statu quo, com fundamento no art. 21 do Estatuto da Criança e do Adolescente, e art. 1631 do Código Civil em vigor, predispondo ser dos pais o poder familiar durante o casamento e a união estável, exercendo um deles, com exclusividade, a autoridade parental somente na falta ou impedimento do outro, e se houver divergência entre si, assegurando-se que, nessa hipótese, eventual desacordo possa ser dirimido pelo juiz, que sempre deverá levar em conta a proteção integral do menor, aliada aos seus melhores interesses, aferíveis qualitativamente.<sup>42</sup>

Nesse contexto, impende ressaltar, por oportuno, que, mesmo à luz da separação judicial, inexistente supressão da autoridade parental do genitor destituído da guarda física dos filhos.<sup>43</sup>

## 7. Conteúdo do poder familiar. A representação dos filhos. Retenção indevida de filho.

Como já analisado anteriormente, com fundamento na interpretação da lei conforme a Constituição, bem como na força normativa desta e função iluminante correlata, dessume-se, *primo ictu oculi*, que o conteúdo da autoridade parental tem sua gênese nos ditames consubstanciados no art. 229, da Constituição Federal de 1988, dispositivo que menciona expressamente como deveres inerentes aos

pais a assistência, criação e educação dos filhos menores.

Referidas diretrizes encontram-se robustecidas no art. 22, do Estatuto da Criança e do Adolescente, cujo núcleo do tipo estabelece de modo clarividente ser incumbência dos pais o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, premissa corroborada pelo art. 1634 do novo Código Civil, que impõe aos pais amplo rol de deveres, conforme se dessume da mera leitura dos sete incisos inculpidos no referido dispositivo legal, sendo fundamental o comentário pontual de alguns dentre estes.

Nesse contexto, por proêmio, emerge como dever prioritário e fundamental o amplo dever de assistência, na seara do mais amplo e integral dever de proteção, de modo a abranger não só a função alimentar, como também o dever de guarda, segurança, com o zelo consequente pela integridade física, psíquica e moral do menor, visando propiciar-lhe o substrato fundamental ao completo desenvolvimento da personalidade e posterior independência para inserção social cidadã. Em contrapartida, exsurge o dever de obediência por parte dos filhos.

39. Cf. Do pátrio poder ao poder familiar: o novo Código Civil. Família e Sucessões - Reflexões atuais (Coord. João Batista Amorim de Vilhena Nunes). Curitiba: Juruá Editora, 2009. p. 96.

40. Cf. op. cit., pp. 216-218.

41. No que concerne ao princípio da igualdade dos cônjuges, vide Carlos Dias MOTTA. Direito Matrimonial e seus princípios jurídicos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. pp. 292-304. No mesmo diapasão, segue o entendimento de Nelson NERY JÚNIOR e Rosa Maria de Andrade NERY, op. cit., p. 1052. Para maiores detalhes acerca da evolução do instituto em comento, com exercício conjunto da autoridade parental, sem qualquer proeminência hierárquica, vide Silmara Juny CHINELATO, op. cit., pp. 224-230.

42. Nesse sentido: Rolf MADALENO, op. cit., p. 510; Silmara Juny CHINELATO, op. cit., pp. 224-230; Regina Beatriz TAVARES DA SILVA, op. cit., pp. 1777-1778; Antônio Carlos Mathias COLTRO, op. cit., p. 98.

43. Observe-se, como assevera Rolf MADALENO, op. cit., p. 511, que, muito embora mantida a autoridade parental, na realidade vivida, "com a separação dos pais termina o ascendente guardião chamando para si as decisões mais imediatas da vida dos filhos sob a sua custódia fática ou legal, e ficando para os pais decidirem em conjunto as questões de maior porte e relevância, mas só sendo isso possível se houver efetivo diálogo entre o casal separado. Faltando aos pais separados condições harmoniosas de entendimento a benefício dos seus filhos comuns, àquele privado da companhia da prole, só restam as visitas de esporádica companhia, e o direito de fiscalizar a manutenção e a educação realizada pelo titular da guarda, podendo recorrer ao juiz em caso de desacordo (art. 1631, parágrafo único)". No mesmo diapasão, segue o escólio de Gustavo TEPEDINO, A disciplina da guarda e a autoridade parental na ordem civil-constitucional, anotando que: "A peculiaridade da autoridade parental do ordenamento brasileiro, no entanto, situa-se na disciplina da autoridade parental, que permanece inalterada, como se viu, após a separação, o divórcio e a dissolução da união estável, carregando um conjunto de deveres imputados aos pais independentemente da atribuição da guarda, esta limitadíssima no que tange a consequências jurídicas, na experiência brasileira. O exame da autoridade parental, nesta perspectiva, oferece resultados animadores para o intérprete. O art. 1634 do Código Civil, enumera uma série de atribuições, decorrentes da responsabilidade para com a educação e desenvolvimento da personalidade, que se mantêm inalteradas após a separação, divórcio, ou dissolução da união estável, nos termos do art. 1632, à exceção do inciso II, que se refere ao dever de guarda e companhia. Associando-se tais dispositivos ao Estatuto da Criança e do Adolescente, verifica-se que tais garantias vinculam prioritariamente os pais na vida familiar, sendo certo que o art. 129 prevê inúmeras medidas a serem postas em ação pelo Judiciário, com a participação ativa do Ministério Público, para a efetividade de uma formação consentânea com a doutrina da proteção integral. O legislador especial preocupou-se com função promocional do direito, prevendo, ao lado das sanções repressivas a serem aplicadas em casos extremos, medidas de educação e estímulo aos pais, visando à assunção de suas responsabilidades, próprias da autoridade parental. Assim é que o Ministério Público e a Magistratura, além de sua atuação junto aos menores, têm efetivamente promovido junto aos pais reuniões, seminários, cursos, colóquios com o apoio de psicólogos, no intuito de dar efetividade social à autoridade parental, como munus privado de realização da personalidade do filho".

Observe-se que, com fundamento nos ditames consubstanciados no art. 1634 do Código Civil, o dever de criação e educação dos filhos, mormente nos dias atuais, não se coaduna, à evidência, com suposta e exclusiva abundância material, mas, sobretudo, com a transmissão de valores aptos ao crescimento sadio, razão pela qual asseveramos, inicialmente, a função efetivamente promocional da autoridade parental, diante dos estímulos contrários provindos do sistema social inserto no paradigma pós-moderno do turboconsumidor.

Nessa quadra, à evidência, cumpre assegurar à prole a efetivação dos direitos à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, preceitos elencados nos arts. 227 da Constituição Federal e 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente.<sup>44</sup>

Por via de consequência, o dever de sustento é fundamental, já que deriva do munus consubstanciado na autoridade parental, bem como da solidariedade familiar ilimitada, como ressalta Rolf Madaleno.<sup>45</sup>

Outro dever que reputamos essencial, sendo o cerne do amplo desafio de transmissão de princípios éticos, à luz da justaposição de valores e ética indolor que grassam no paradigma pós-moderno, é o de educar o filho para o exercício futuro de sua independência pessoal, qualificando-o para a vida profissional e convivência comunitária, efetivando o escopo elencado no art. 3º do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Nesse contexto, também é dever dos pais ter os filhos sob sua companhia e guarda, pois a presença, vigília e proteção contínuas propiciarão a convivência essencial à orientação futura, além de possibilitar a partilha do afeto. Não se olvide, porém, que a mera presença física ou compensação material não se erigem a substitutivo da efetiva convivência qualitativa ínsita à transmissão de valores hauridos da experiência de

44. Nesse sentido: Rolf MADALENO, op. cit., pp. 511-512; Válder Kenji ISHIDA. Estatuto da Criança e do Adolescente. 8ª ed. São Paulo: Atlas, 2007. pp. 6-7.

45. Cf. op. cit., p. 512. Outrossim, cumpre anotar, consoante importante ensinamento do eminente autor, que o dever fundamental de sustento de filhos menores transmuda-se com "a maioridade em obrigação alimentar, sendo assente na doutrina que o dever alimentar tem origem distinta da obrigação de sustento, o primeiro vinculado ao poder familiar sobre os filhos menores e incapazes. No dever alimentar há ilimitada solidariedade familiar entre pais e filhos menores de dezoito anos, não emancipados, levando ao extremo de ser exigida a venda de bens pessoais dos pais para assegurar por todas as formas, o constitucional direito à vida, envidados todos os esforços dos genitores para atenderem as necessidades dos filhos ainda menores ou incapazes. A maioridade civil não obsta de os filhos prosseguirem como credores de alimentos, só não mais pelo poder familiar, e com a presunção absoluta de necessidade dos alimentos, mas, doravante, gerando uma obrigação condicional de alimentos, decorrente da relação de parentesco e da permanência da necessidade alimentar, provavelmente porque estudam na busca do preparo profissional."

vida, cimentando as relações afetivas, o que não resta elidido, sequer, por ocasião das separações judiciais, já que inconfundíveis com a supressão da autoridade parental.

Deveras, a nosso ver, o ascendente não guardião não poderá descurar-se do dever de participação efetiva da vida afetiva e sentimental de seu filho, pois a formação deste não se confunde com o insucesso da vida conjugal pretérita e as mágoas consequentes. Do mesmo modo, ao cônjuge guardião, à luz da não rara síndrome de alienação parental, caberá dever de conduta leal, ínsito ao padrão exigível no âmbito da boa-fé objetiva, de modo a não obstaculizar referida participação, máxime tendo em vista que não é o detentor exclusivo do munus da autoridade parental. Com efeito, a boa-fé objetiva como regra de conduta, ora erigida a efetiva cláusula geral em nosso sistema, robustece e densifica, no campo da vida jurídica, a diretriz constitucional da solidariedade social, espriando-se, inclusive, para o Direito de Família. Por via de consequência, a nosso ver, mesmo após a separação judicial, fixa deveres de lisura e colaboração, que caracterizam *standard* de conduta exigível independentemente da vontade dos pais, atendida a cláusula geral do melhor interesse do menor, a ser avaliada qualitativamente.

No que concerne à representação dos filhos, nos precisos termos elencados no art. 1.690 do Código Civil, os pais os representam até os dezesseis anos, e a partir dessa idade os assistem até atingirem a maioridade aos dezoito anos, ressalvada a emancipação prévia.<sup>46</sup>

Referido dispositivo não gera maiores controvérsias, o que, por outro lado, não elide a necessidade de mencionar hipóteses nas quais existem alguns atos praticados pelos filhos sem a assistência dos pais, e que, no entanto, são reputados válidos e eficazes, como, e.g., o ato de testar aos dezesseis anos, votar a partir dessa mesma idade, servir como testemunha, e, finalmente, requerer curador especial quando seus interesses colidirem com aqueles dos pais.<sup>47</sup>

No que se refere à retenção indevida de filho, consoante o escólio de Denise Comel, os pais podem exigir o retorno do filho ilegalmente retido por terceiro, em desconformidade com a guarda estabelecida judicialmente, apontando, com tal desiderato, duas hipóteses para fins da devolução judicial.

46. Nesse sentido: Regina Beatriz TAVARES DA SILVA, op. cit., pp. 1780-1781; Sílvio de Salvo VENOSA. Direito Civil: Direito de Família. São Paulo: Atlas, 2003. p. 294.

47. Nesse sentido, Rolf MADALENO, op. cit., p. 514.

A primeira delas decorre do afastamento do próprio filho ao abandonar a casa dos pais, o que possibilita, por parte desses, a imediata busca e apreensão, contando, inclusive, com reforço policial, se necessário.<sup>48</sup>

A segunda hipótese coaduna-se com a retenção do filho por terceiro contra a vontade dos pais, seja com espreque em força física ou persuasão psíquica. Em situações deste jaez, como preconiza corretamente Denise Comel, têm os pais não só o direito, mas o dever de exigir a devolução do filho contra a pessoa que o retenha de forma indevida, fazendo uso da ação de busca e apreensão com caráter satisfativo, aplicável, outrossim, nas hipóteses de retenção pela escola e por parte dos avós ou parentes colaterais.<sup>49</sup>

## 8. A extinção e a suspensão da autoridade parental.

O Código Civil em vigor elenca três hipóteses concernentes à perda do exercício da autoridade parental, conforme se depreende da leitura do art. 1635, a saber, a extinção, a suspensão e a perda da autoridade parental.

No que concerne à extinção, é curial que a morte de ambos os pais ou do filho inviabilizam o exercício do *munus* mencionado, com fundamento nos arts. 1635, I, e 6º, do Código Civil.

Cumprido esclarecer, tão-somente, que, com a morte de um dos genitores, a autoridade parental recairá no supérstite, salvo se declarado incapaz, destituído ou suspenso do *munus* correlato.

Por outro lado, à evidência, exsurge que, com o falecimento dos pais, o filho órfão menor de idade será submetido ao instituto protetivo da tutela.

Outra causa relevante apta a ensejar a extinção do poder familiar é a emancipação do filho, ex vi do que preceitua o art. 5º, parágrafo único, do Código Civil, a qual deverá ser concedida pelos pais, sem qualquer preponderância entre os sexos, como ocorria outrora. Outrossim, cumpre anotar seu caráter irrevogável.

48. Cf. op. cit., p. 112. Nessa hipótese, por outro lado, cumpre trazer à baila a percuente observação de Rolf MADALENO, op. cit., p. 516: "Mas nem sempre esta solução de busca e apreensão é aconselhável, especialmente quando se trata de filho de pais separados, em que o menor decide, por sua livre vontade, morar com o outro genitor não guardião, mesmo sob o influxo da insistência e da nefasta influência do genitor que o levou a tomar essa decisão, quer por promessas, quer tenha sido atraído por curiosidade e por necessidades pessoais de conhecer e experimentar a convivência com o outro genitor. O livre exercício da vontade efetiva do filho em querer experimentar viver com o seu genitor não guardião deve ser respeitado, conquanto se trate de desejo real, livre e não viciado do menor, cujo interesse deve prevalecer sobre o permeável precedente acordo judicial que estabeleceu a guarda judicial do filho. É natural queira um dia na vida o filho viver a experiência de morar e conviver com o outro genitor, não existindo jamais, qualquer defensável argumento de caso julgado acerca da custódia judicial da prole, cujos valores se identificam com a felicidade pessoal do filho e não com os secundários interesses de seus pais."

Nesse contexto, exsurgem outras hipóteses acerca da extinção da autoridade parental, que, por si sós, não geram acentuadas controvérsias, a saber: o exercício de emprego público efetivo; a colação de grau em curso de ensino superior; o estabelecimento de atividade civil e comercial indicando a casa ou lugar em que a pessoa se estabelece, ou com gênese em relação de emprego, desde que, em função deles, o menor com dezesseis anos completos tenha economia própria.

A adoção evidencia outra hipótese de perda da autoridade parental, sendo exigível, no entanto, a renúncia ou destituição do *munus* como pressuposto do novo vínculo e autoridade parental consequente entre adotante e adotado.<sup>50</sup>

Sobreleva ressaltar, por oportuno, a existência de hipóteses atinentes à perda da autoridade parental, por ato judicial, nas hipóteses de castigo imoderado do filho, ou seu abandono. Também são elencadas como causas de perda do referido *munus* a prática de atos contrários à moral e os bons costumes, abuso de autoridade, além da infração aos deveres inerentes à autoridade parental, com espreque na cláusula geral do melhor interesse da criança, aquilatável qualitativamente.

Insta observar que, malgrado a psicologia infantil moderna, de forma absolutamente inequívoca, apresente dados acerca da inconveniência pedagógica dos castigos físicos, expressamente proibidos, e.g., em qualquer grau no instituto protetivo da tutela, na seara da autoridade parental, há menção à sanção ao castigo imoderado, tão-somente avaliável, em nossa opinião, pela realidade social em sua evolução histórica, cabendo ao Judiciário aquilatar condutas, com esteio nos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, sem descurar de efetiva função promocional como dinamismo de civilidade nas relações familiares apoiadas na pedra basilar do afeto.

Nesse contexto, como ressalta Rolf Madaleno, a sanção em comento será aplicável "*à correção inconseqüente, brutal, senão criminosa, sobremodo quando a Carta Federal proclama o dever do Estado, da sociedade e dos pais, de por o menor a salvo de toda violência, crueldade e opressão (art. 227).*"<sup>51</sup>

49. Cf. op. cit., pp. 112-113.

50. Anote-se, por oportuno, como preconiza Antônio Carlos Mathias COLTRO, op. cit., pp. 113-114, acerca da adoção, que "a penúltima hipótese indicada como de extinção do poder familiar e referente à adoção, seja qual for a modalidade pela qual efetuada, não tem, na verdade, a natureza referida pelo CC, pois, como advertido por Venosa, ela transfere o poder familiar para o adotante, não se cuidando, portanto, de forma de extinção de tal poder. Destarte, embora os pais naturais percam o direito de exercê-lo, passa ele a ser praticado pelo adotante. Entende Carvalho Santos, todavia, que a adoção extingue o pátrio poder original e dá ensejo ao nascimento de outro, ocorrendo, na verdade, uma sucessão de direitos, observação que, ao contrário do ponto de vista que esposa, parece reforçar a de Sívio Venosa, pois não há como se falar em sucessão no tocante a um direito que se tenha extinto, sendo de melhor acatamento, portanto, a tese do último de tais autores".

51. Cf. op. cit., p. 518.

Regina Beatriz Tavares da Silva anota, com acuidade, em hipóteses deste jaez, que, *"admite-se que os pais possam castigar os filhos, quando necessário e de forma moderada, em razão do poder familiar. No entanto, devem-se evitar quaisquer agressões físicas ou psíquicas restringindo-se o castigo apenas a proibições de certos privilégios, especialmente relacionados ao lazer, pois o objetivo do exercício do pátrio poder deve ser sempre o de propiciar o pleno desenvolvimento da personalidade do menor e isso não se consegue com brutalidades"*.<sup>52</sup>

Outra hipótese de suma importância, nomeadamente à luz das máximas de experiência hauridas do sistema social e paradigma pós-moderno, com destaque do crepúsculo do dever, coaduna-se com a figura nociva do abandono, concretizado não só na privação material, como também naquela moral, obstaculizando, e.g., o direito fundamental de eficácia plena do menor à convivência familiar e comunitária, base do arquétipo de sua formação e desenvolvimento saudável dos direitos da personalidade.<sup>53</sup>

Como corolário da assertiva supra, ainda que falhos, porquanto humanos, os pais, imbuídos do munus da autoridade parental, deverão estar plenamente cientes do papel de paradigma que representam para a prole, máxime tendo em vista que o lar é a base fundamental da construção de arquétipo de valores que emoldurarão a personalidade dos filhos, permitindo, quiçá, efetividade promocional diante da justaposição daqueles e ética indolor que permeiam o sistema social contemporâneo, razão pela qual diversas hipóteses de abuso da autoridade parental, lesivas à proteção integral e melhor interesse do menor, impõem medidas interventivas, céleres e efetivas com tal desiderato.

Por outro lado, a suspensão da autoridade parental fulcra-se na norma insculpida no art. 1637 do Código Civil, fixadora de hipóteses atreladas ao abuso de autoridade por parte do pai, ou da mãe, bem como se descumprirem os deveres inerentes ao referido *munus*, ou praticarem atos que culminem na ruína dos bens da prole.

O mesmo se diga no que concerne à condenação de um dos genitores por sentença irrecorrível, em virtude de prática delitiva, cuja pena exceda a dois anos de prisão.

Doutra banda, cumpre observar que a suspensão não se afigura como medida exclusiva para as hipóteses supra elencadas, já que, ao magistrado, no âmbito de sua discricionariedade controlada, à luz das cláusulas gerais de proteção integral e melhor interesse do menor, a ser aquilatado qualitativamente em cada caso, faculta-se a tomada de medida diversa, inclusive de caráter cominatório, com imposição de astreintes, ex vi do que preceituam os arts. 287, 461, § 4º, e 461-A, § 3º, todos dispositivos elencados no Código de Processo Civil.

Nesse contexto, sobreleva acrescentar, por oportuno, o amplo alcance das medidas em comento, como preleciona Rolf Madaleno, de modo que, *"dentro do amplo raio de ação da jurisdição familista, podem os juízes impor sanções pecuniárias, inclusive progressivas, como medidas de exceção, como por exemplo, aplicar pesada multa ao ascendente guardião que inibe o exercício do direito de visitas do outro genitor, em notória prática de abuso de direito de comunicação do filho em relação ao seu ascendente não-guardião"*.<sup>54</sup>

Destarte, as hipóteses elencadas no art. 1637 do Código Civil não revelam rol taxativo para fins de intervenção judicial, sendo relevante observar, outrossim, a existência de amplo rol de direitos analisados pela prática jurisprudencial, que permitem caracterizar situações de risco de exposição à vida, à saúde, ao lazer, à profissionalização, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária e quaisquer outros direitos fundamentais.<sup>55</sup>

Tendo em vista a premissa de que a suspensão não denota perpetuidade, é curial que, uma vez cessada a causa que a originou, retoma o ascendente a autoridade parental.

Por derradeiro, cumpre anotar que a carência de recursos não caracteriza causa de suspensão nem tampouco de perda da autoridade parental, ex vi do que preceitua o art. 23 do Estatuto da Criança e do Adolescente, impondo-se a inclusão da família carente em programas oficiais de auxílio, nos termos do parágrafo único do mesmo dispositivo legal.

54. Nesse sentido, op. cit., p. 521.

55. Nesse sentido, Rolf MADALENO, op. cit., p. 522.

56. Nesse sentido, segue a jurisprudência pátria, a saber: "Poder familiar. Destituição. Inadmissibilidade. Falta ou carência de recursos materiais que não é suficiente para a adoção da medida, Imaturidade anterior para assumir a maternidade que não deve ser usada contra a mãe, mormente se existe entre a criança e a genitora natural vínculo afetivo" (RT 783/258).

52. Cf. op. Cf. op. cit., p. 1785.

53. Nesse diapasão, destacando, nomeadamente, o abandono no aspecto moral, vide Regina Beatriz TAVARES DA SILVA, op. cit., pp. 1785-1786.

Tal entendimento, aliás, coaduna-se com a premissa da repersonalização do Direito de Família, no qual o afeto, verdadeiro amálgama das relações familiares, é sua pedra angular.

Ademais, pelas máximas de experiência, aliadas ao materialismo ínsito ao turboconsumidor pós-moderno, não se antevê nexos causal automático entre plenitude de recursos e afeto, o qual sempre deverá preponderar diante daquela, atrelado ao melhor interesse do menor, premissa esta que não é quantitativa, mas, insistimos, aquilatável qualitativamente.<sup>56</sup>

## BIBLIOGRAFIA CONSULTADA

ALMADA, Ney de Mello. Família: dissertação conceitual. A revisão do Direito de Família. Estudos jurídicos em homenagem ao centenário de Edgard de Moura Bittencourt (Coord. Antônio Carlos Mathias Coltro). Rio de Janeiro: GZ Editora, 2009. pp. 417-445.

ALVES, José Carlos Moreira. Direito Romano. v. II. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Negócio Jurídico: existência, validade e eficácia. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 77.

\_\_\_\_\_. O direito pós-moderno e a codificação. Estudos e pareceres de Direito Privado. São Paulo: Saraiva, 2004. pp. 55-63.

BORNECQUE, H; MORNET, D. Roma e os romanos. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1976.

BUARQUE DE HOLANDA, Sérgio. Raízes do Brasil. Rio de Janeiro: Livraria José Olympio Editora, 1984.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e teoria da Constituição. Coimbra: Almedina, 1998.

CARBONNIER, Jean. Droit Civil. Introduction. Les personnes. La famille, l'enfant, le couple. v. 1. Paris: PUF, 2004. I.

CHINELATO, Silmara Juny. Comentários ao novo Código Civil. Do Direito de Família (Coord. Antônio Junqueira de Azevedo). v. XVIII. São Paulo: Saraiva, 2004.

COLTRO, Antônio Carlos Mathias. Do pátrio poder ao poder familiar: o novo Código Civil. Família e Sucessões - Reflexões atuais (Coord. João Batista Amorim de Vilhena Nunes). Curitiba: Juruá, 2009.

COMEL, Denise Damo. Do poder familiar. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

COULANGES, Numa Denis Fustel de. A cidade antiga (trad. Aurélio Barroso Rebello e Laura Alves). Rio de Janeiro: Ediouro, 2003.

FROMM, Erich. A arte de amar. Belo Horizonte: Itatiaia, 1995.

GAUDEMET, Jean. Institutions de L'Antiquité. Paris: Sirey, 1967.

GOMES DA SILVA, Nuno Espinosa. História do Direito Português. 4ª. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2006.

HESSE, Konrad. Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland. 16ª ed. Heidelberg: C. F. Müller Verlag, 1988.

ISHIDA, Válder Kenji. Estatuto da Criança e do Adolescente. 8ª ed. São Paulo: Atlas, 2007.

LARENZ, Karl. Metodologia da Ciência do Direito (trad. José Lamego). 3ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Direito Civil: Famílias. São Paulo: Saraiva, 2008.

\_\_\_\_\_. Do poder familiar. Direito de Família e o novo Código Civil (Coord. Maria Berenice Dias e Rodrigo da Cunha Pereira). 4ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

MADALENO, Rolf. Curso de Direito de Família. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

MOTTA, Carlos Dias. Direito matrimonial e seus princípios jurídicos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Código Civil comentado e legislação extravagante. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

OLIVEIRA, José Sebastião de. Fundamentos constitucionais do Direito de Família. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Princípios fundamentais norteadores do Direito de Família. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

RIBEIRO, Darcy. O povo brasileiro. São Paulo: Companhia das Letras, 2008.

REALE, Miguel. O Direito como experiência. São Paulo: Saraiva, 1980.

ROCHA, J. V. Castelo Branco. O pátrio poder. São Paulo: Leud, 1978.

SANTOS NETO, José Antonio de Paula. Do pátrio poder. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

TAVARES DA SILVA, Regina Beatriz (Coord.). Código Civil Comentado. 6ª ed. rev. e at. São Paulo: Saraiva, 2008.

TEPEDINO, Gustavo (Coord.). Problemas de direito civil constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

\_\_\_\_\_. Temas de Direito Civil. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

\_\_\_\_\_. A disciplina da guarda e a autoridade parental na ordem civil constitucional. [www.idcivil.com.br/pdfbiblioteca8.pdf]. Acesso em: 20.11.2009.

\_\_\_\_\_. Tutela constitucional da criança e do adolescente. Temas de Direito Civil. Tomo III. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. pp. 201-226.

VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil: Direito de Família. São Paulo: Atlas, 2003.

VICENTE, Dário Moura. Direito Comparado. Introdução e parte geral. v. 1. Coimbra: Almedina, 2008.

WESEL, Uwe. Geschichte des Rechts. Von den Frühformen bis zur Gegenwart. 2ª ed. München: C. H. Beck Verlag, 2001.

# **R**EPERCUSSÕES PATRIMONIAIS DA RELAÇÃO ADULTERINA NA VISÃO DOS TRIBUNAIS

---

**REGINA BEATRIZ TAVARES DA SILVA** - Doutora e Mestre em Direito Civil pela Faculdade de Direito da USP. Advogada e titular do escritório de advocacia Regina Beatriz Tavares da Silva Sociedade de Advogados. Professora e coordenadora de cursos de especialização no programa GVlaw da Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas e da Escola Superior de Advocacia da Ordem dos Advogados do Brasil - Seção de São Paulo. Foi assessora da Relatoria Geral da Comissão Especial do Código Civil da Câmara dos Deputados. Advogada atuante, principalmente, em Direito de Família, Direito das Sucessões e Responsabilidade Civil, desde 1980.

**LAURA SOUZA LIMA E BRITO** - Mestre em Filosofia e Teoria Geral do Direito na Faculdade de Direito da USP. Graduada pela Faculdade de Direito da UFMG. Pesquisadora na área de Direito Civil. Advogada em São Paulo.

---

## 1. Diferença entre união estável e união adulterina

Historicamente, o concubinato reunia duas definições diversas de relacionamento.

A primeira delas era a relação entre homem e mulher que não casavam, mas viviam como se casados fossem. Antes da possibilidade do divórcio no Brasil, por exemplo, pessoas separadas de fato, eventualmente, formavam uma nova família, mas não podiam formalizá-la porque o vínculo do casamento anterior não poderia ser desfeito. Em outras situações, mesmo desimpedidos, os casais optavam por viver juntos sem o casamento.

Essa modalidade de concubinato, em que os companheiros formavam verdadeira família, passou a ser protegida pelo direito brasileiro pelo instituto da união estável. Para que seja constituída uma relação como essa, é necessário que alguns requisitos sejam preenchidos. Observe o art. 1.723, do Código Civil:

**Art. 1.723.** *É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.*

**§ 1º** *A união estável não se constituirá se ocorrerem os impedimentos do art. 1.521; não se aplicando a incidência do inciso VI no caso de a pessoa casada se achar separada de fato ou judicialmente.*

**§ 2º** *As causas suspensivas do art. 1.523 não impedirão a caracterização da união estável.*

O primeiro requisito a ser destacado é a publicidade. Uma união estável não pode ser constituída secretamente. A notoriedade é essencial para que se verifique o objetivo de constituição de família<sup>3</sup>.

Os impedimentos do casamento também são aplicáveis à união estável, conforme o § 1º do art. 1.723. Inclusive o impedimento do inciso VI do art. 1.521, que prescreve a impossibilidade de que pessoas ainda casadas casem novamente. Contudo, o que se deve ter em destaque é que pessoas casadas, mas separadas de fato ou judicialmente podem, sim, constituir nova família por meio da união estável. A separação denota o fim da sociedade conjugal e o término da comunhão de vidas que fundamenta o dever de fidelidade entre os cônjuges.

Situação muito diversa da apresentada, que também recebeu o título de concubinato é a relação adulterina. Esta não pode ser identificada como união estável. Faltam a ela dois requisitos essenciais: a publicidade e a ausência de impedimentos.

A relação adulterina é aquela em que, pelo menos, um dos partícipes é casado ou vive em união estável, com verdadeira comunhão de vidas com o cônjuge ou o companheiro. Dessa forma, como a sociedade brasileira é monogâmica, essa segunda relação acontece na clandestinidade, afastada, sempre que possível, de qualquer publicidade.

O concubinato é expressamente diferenciado da união estável pelo Código Civil:

**Art. 1.727.** *As relações não eventuais entre o homem e a mulher, impedidos de casar, constituem concubinato*

Da mesma forma posiciona-se o Superior Tribunal de Justiça:

*Direito civil. Família. Recurso especial. Ação de reconhecimento de união estável. Casamento e concubinato simultâneos. Improcedência do pedido. A união estável pressupõe a ausência de impedimentos para o casamento, ou, pelo menos, que esteja o companheiro(a) separado de fato, enquanto que a figura do concubinato repousa sobre pessoas impedidas de casar. Se os elementos probatórios atestam a simultaneidade das relações conjugal e de concubinato, impõe-se a prevalência dos interesses da mulher casada, cujo matrimônio não foi dissolvido, aos alegados direitos subjetivos pretendidos pela concubina, pois não há, sob o prisma do Direito de Família, prerrogativa desta à partilha dos bens deixados pelo concubino. Não há, portanto, como ser conferido status de união estável a relação concubinária concomitante a casamento válido. Recurso especial provido. (REsp 931.155/RS, 3ª T., Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 07-08-2007)*

3. "Para que se consiga identificar que o casal vive em união estável, deve-se perceber essa união como se eles fossem casados, como se fossem marido e mulher. Aquelas pessoas que se encontram às escondidas, as quais, por um motivo qualquer, não se identificam como tais, não podem ser consideradas como companheiras vivendo essa espécie de relação, sob a proteção do direito de família. Não se pode considerar uma união estável aquela formada pelo homem e pela mulher que não querem ser mostrados, no grupo social de que fazem parte, como se casados fossem." NICOLAU ELÁDIO BASSALO CRISPINO, A união estável e os negócios entre companheiros e terceiros, Belo Horizonte, Del Rey, 2009, p. 139-140.

A proteção que recebe a união estável pelo direito brasileiro, garantindo aos companheiros direitos e deveres semelhantes ao do casamento, é decorrência da proteção à família, de acordo com o art. 226 da Constituição Federal.

Não podendo ser identificada como união estável, o concubinato adúltero não recebe proteção do Estado brasileiro. Ainda assim, podem surtir efeitos na seara do direito. Quais são eles e os limites desses efeitos são o objeto do presente artigo.

## 2. Regime de bens

A união estável não é mera sociedade de fato entre os companheiros e sim verdadeira família. Entre eles, salvo disposição diversa, constitui-se patrimônio comum pelas regras do regime da comunhão parcial de bens:

*Art. 1.725. Na união estável, salvo contrato escrito entre os companheiros, aplica-se às relações patrimoniais, no que couber, o regime da comunhão parcial de bens.*

Isso significa que, salvo estipulação em contrário, comunicam-se entre os companheiros os bens adquiridos onerosamente na constância da união. Ao seu término, os bens comuns deverão ser divididos igualmente, sem necessidade de que se faça prova de qualquer contribuição para a constituição do patrimônio. A essa divisão de bens dá-se o nome de meação.

É possível a aplicação das regras do regime de bens ao concubinato adúltero?

A nosso ver, é impossível essa aplicação. O regime de bens, próprio do casamento, é aplicado à união estável, desde que preenchidos os requisitos da lei. A sociedade brasileira é monogâmica, o que justifica que não se prestigie a união adúltera com a meação dos bens.

O mais relevante, contudo, é que tal analogia seria causa de uma interminável confusão patrimonial, em que não se saberia ao certo os bens que se destinariam ao patrimônio comum do casamento e os que seriam destacados para o concubinato. Além disso, seria frustrada uma justa expectativa do cônjuge ou companheiro de ver o patrimônio que acreditava ser seu repartido com terceira pessoa que desconhecia.

A despeito do impedimento legal, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul decidiu, em voto vencedor do Eminentíssimo Des. Rui Portanova, na Apelação 70019387455<sup>4</sup>, que é possível a verificação de "união dúplici", dando às duas efeitos patrimoniais do direito de família. O *de cujus*, no caso, havia mantido um casamento e um concubinato por mais de vinte anos.

Alega em seu voto o seguinte: "Com efeito, pelo que se tem já da sentença e da manifestação do Ministério Público, é indubitável que, se não houvesse o 'casamento de papel', não haveria nenhum óbice de se reconhecer a união estável entre WANDERLEI e MARIA". Ora, mas, no caso em tela, havia o 'casamento de papel', ou seja, havia óbice legal para a constituição de união estável, de acordo com o § 1º do art. 1.723 do Código Civil.

Como conclusão, o Digníssimo Des. Rui Portanova cria um novo conceito jurídico – "triação"<sup>5</sup>:

*Ou seja, é possível reconhecer a existência de união dúplici e dela retirar efeitos. (...) a união havida entre MARIA e WANDERLEY (...) deve ter os mesmos efeitos patrimoniais de uma união estável. (...) Nesse passo, considerando a concomitância entre os relacionamentos os bens adquiridos na constância da união dúplici devem ser partilhados entre ALICE e MARIA. Meação que se transmuda em "triação", pela duplicidade de uniões. (TJRS. Ap. 70019387455. 8ª Câmara Cível. Rel. Des. Luiz Ari Azambuja Ramos, j. 24-5-2007) – grifos nossos.*

A nosso ver, a "triação" é impossível, não só pelo impedimento legal, mas por frustrar a justa expectativa de meação do cônjuge ou companheiro e privilegiar uma relação que se desenrolou às escondidas, na clandestinidade.

Decorrência processual intrigante da triação é a necessidade de citação da concubina ou do concubino no processo em que se cuida da partilha de bens do casal. Neste segundo caso julgado pelo TJRS, o agravado tinha vivido, concomitantemente, um casamento e uma união adúltera e, em seguida, permanecendo com a concubina, estabeleceu, com pacto, uma união estável – resultando em verdadeira confusão patrimonial:

4. TJRS. Ap. 70019387455. 8ª Câmara Cível. Rel. Des. Luiz Ari Azambuja Ramos, j. 24-5-2007.

5. O mesmo desfecho tiveram diversos julgados do TJRS. Dentre eles: TJRS. Ap. 70011258605. 8ª Câmara Cível. Rel. Des. Alfredo Guilherme Englert, j. 25-8-2005; TJRS. Ap. 70011962503. 8ª Câmara Cível. Rel. Des. Rui Portanova, j. 17-11-2005.

***Agravo de instrumento. Reconhecimento de uniões estáveis. União estável concomitante ao casamento e a outra união estável. Partilha de bens proposta pela ex-esposa contra o ex-marido. Necessidade de citação das duas companheiras para se prosseguir na partilha de bens. Caso em que o reconhecimento superveniente de duas uniões estáveis concomitantes à vigência do casamento, e entre si, impõe a citação das companheiras para figurarem na ação de partilha proposta pela ex-esposa contra o ex-marido. Negado seguimento ao recurso. De ofício determinado a citação da companheira. Em monocrática. (TJRS. AI 70031825177, 8ª Câmara Cível, Rel. Des. Rui Portanova, j. 28-08-2009) – grifos nossos***

Não há regime de bens de qualquer espécie entre os participantes da relação adulterina, sendo que os impasses patrimoniais dessas relações devem ser resolvidos fora do âmbito do direito de família, como será exposto a seguir.

### 3. Sociedade de fato

A sociedade de fato é sociedade empresária que não detém qualquer tipo de contrato ou documento que estipule os direitos e obrigações dos sócios, nem tampouco os objetivos sociais da empresa. Conseqüentemente, não há registro no órgão competente. As sociedades de fato são, de acordo com o Código Civil de 2002, sociedades em comum, regidas pelos arts. 986 a 990. Segundo o art. 988 do Código Civil: "Os bens e dívidas sociais constituem patrimônio especial, do qual os sócios são titulares em comum".

Como já exposto, não há regime de bens entre os concubinos. Contudo, o direito não admite o enriquecimento sem causa, ou seja, o acréscimo do patrimônio de alguém sem justificativa legítima. Por isso, pode-se dizer que é possível a configuração de uma sociedade de fato entre os partícipes da relação adulterina.

A diferença substancial é que, no regime de bens da comunhão parcial de bens, aplicado como regra geral às uniões estáveis, a contribuição para a formação do patrimônio comum é presumida e os bens adquiridos onerosamente na constância da união são meados, ou seja, divididos igualmente.

Na sociedade de fato, a divisão de bens ocorre de acordo com a contribuição efetiva e comprovada de cada uma das partes. Um exemplo que pode

esclarecer a questão é o homem que adquire imóvel para residência da concubina, paga as primeiras parcelas da casa, mas ela acaba assumindo o pagamento das prestações consecutivas. O imóvel, formalmente, consta como propriedade deste homem. Temos aí um claro caso de sociedade de fato, cujo patrimônio é a casa. Ambos contribuíram para sua aquisição, cada um com valores diferentes. Para que não ocorra o enriquecimento sem causa, a casa deve ser dividida entre os dois, na proporção exata da contribuição de cada um, ainda que o direito não reconheça a relação como de direito de família.

Contudo, não é só nesse caso que se pode vislumbrar sociedade de fato entre os concubinos. Como ensina Euclides de Oliveira: "Vale não só a participação na aquisição de bens. Igualmente conta a colaboração no seu crescimento, por acessões ou benfeitorias, e as atividades endereçadas à conservação do acervo patrimonial existente."<sup>6</sup>

Destaca-se que a contribuição para a constituição do patrimônio deve ser direta, com trabalho e fornecimento de recursos financeiros. Não pode ser admitida a participação indireta, por meio, por exemplo, de apoio afetivo para que o outro adquira bens materiais. Não é admitida também a prestação de serviços domésticos, como será visto em momento oportuno.

Em relação ao tema, o Superior Tribunal de Justiça manifestou-se da seguinte maneira:

... 2. Esta Corte Superior consagrou o entendimento de que a relação concubinária, paralela a casamento válido, não pode ser reconhecida como união estável, salvo se configurada separação de fato ou judicial entre os cônjuges. 3. O Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça possuem jurisprudência firmada na vertente de ser descabido o compartilhamento da pensão por morte entre a viúva e a concubina, uma vez que a pensão previdenciária somente é devida quando configurada a relação matrimonial ou a união estável, sendo inadmissível quando se tratar de concubinato. 4. Se o Tribunal de origem, com base no acervo fático e probatório dos autos, consignou que a concubina não logrou comprovar sua efetiva colaboração para a construção

6. EUCLIDES BENEDITO DE OLIVEIRA, *União estável: do concubinato ao casamento: antes e depois do novo código civil*, 6ª ed., São Paulo, Método, 2003, p. 78.

do patrimônio do de cujus, pelo que, ainda que se considerasse eventual sociedade de fato, não haveria bem a partilhar, chegar a conclusão diversa - no sentido da ocorrência de esforço comum -, demandaria o reexame de fatos e provas, o que é vedado na via especial, a teor da Súmula 07 do STJ. 5. Aferir se os bens doados à concubina estavam abrangidos ou não pela comunhão universal é procedimento que encontra óbice na Súmula 07 do STJ, por demandar reexame dos elementos de fato e de prova dos autos. 6. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no Ag 683.975/RS, 3ª T., Rel. Min. Vasco Della Giustina (Desembargador Convocado do TJ/RS), j. 18-08-2009) – grifos nossos.

Da mesma forma julgou o Tribunal de Justiça de São Paulo:

Assim, é hipótese de concubinato - e impuro. Não havendo, pois, união estável - a exigir prova da separação de fato -, não se presume esforço comum para aquisição de patrimônio. Nesse contexto, cabia a apelante o ônus da prova de sua contribuição, ao menos de forma indireta, para aquisição de eventual patrimônio - como referido, sequer explicitado -, do qual não se desincumbiu (art. 333, I, CPC). Por conseguinte, insubsistente pedido de partilha de bens. (TJSP. Ap. 371.780-4/5-00, 1ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Vicentini Barroso, j. 26-05-2009)

Na relação adúltera não há presunção de esforços comuns, nem necessária divisão dos bens ao meio, e deve ser comprovado esforço para a divisão do patrimônio comum, que será partilhado na proporção da contribuição de cada um – é sociedade de fato, não sociedade conjugal.

#### 4. Alimentos

Tanto o casamento quanto a união estável geram deveres recíprocos entre os cônjuges e os companheiros – artigos 1.566 e 1.724 do Código Civil, respectivamente. Dentre eles, está o dever de assistência, que tem duplo conteúdo – material e imaterial. A assistência material manifesta-se como auxílio econômico necessário à subsistência dos cônjuges ou dos companheiros.

Pelo princípio da solidariedade entre ex-cônjuges e ex-companheiros, o dever de mútua assistência material, após a separação, manifesta-se como obrigação de alimentos daquele que tem possibilidades para com aquele que não tem condições de arcar com o seu próprio sustento.

Não existem deveres recíprocos entre os participantes de relação adúltera. Seria, aliás, uma contradição em termos, já que o adultério é o descumprimento do dever de fidelidade. Não existindo dever de assistência entre os concubinos, é impossível encontrar fundamento para pedido de alimentos entre eles. Além disso, o art. 1.694 do Código Civil especifica que podem os parentes, os cônjuges ou companheiros pedir uns aos outros os alimentos – não contempla os concubinos.

Como vimos, não é possível equiparar a relação adúltera à união estável, frente ao impedimento do casamento anterior sem, ao menos, separação de fato. Ou seja, não há possibilidade de pensão alimentícia para ex-concubina ou ex-concubino. Assim entendeu o Superior Tribunal de Justiça:

Civil. União estável. Alimentos. Companheiro casado. No caso de pessoa casada a caracterização da união estável está condicionada à prova da separação de fato. Agravo regimental não provido. (AgRg no Ag 670.502/RJ, 3ª T., Rel. Min. Ari Pargendler, j. 19-06-2008)

#### 5. Pensão por morte

A Constituição Federal protege a família de maneira especial e o ordenamento jurídico, como um todo, oferece garantias ao casamento e à união estável como aplicação do mandamento constitucional. Com isso, o direito previdenciário cuida de manter o sustento dos dependentes do contribuinte, contemplando, inclusive, o cônjuge e o companheiros no caso de morte.

O que é necessário discutir é se o concubino ou a concubina, que foi dependente do contribuinte enquanto ele esteve vivo faz jus a parte da pensão que será recebida pelo cônjuge.

Como tem sido reiterado nesse trabalho, a relação adúltera não é relação de família e não recebe as garantias que são dadas a essa instituição. Não há duas viúvas ou dois viúvos de uma mesma pessoa.

Além disso, o cônjuge sobrevivente não pode ser surpreendido com a divisão de sua pensão com terceiro que se relacionava clandestinamente com o de cujus. Nem mesmo seria honroso criar obrigação dessa monta a quem enviúva e descobre que seu relacionamento não havia sido pautado na fidelidade.

Contudo, a pessoa que vivia em relação adúlterina tinha dimensão da ausência de publicidade de seu relacionamento e não deve ser protegida como se família fosse.

Esse é o entendimento do Supremo Tribunal Federal:

**Companheira e concubina. Distinção. Sendo o Direito uma verdadeira ciência, impossível é confundir institutos, expressões e vocábulos, sob pena de prevalecer a babel. União estável. Proteção do Estado. A proteção do Estado à união estável alcança apenas as situações legítimas e nestas não está incluído o concubinato. Pensão. Servidor público. Mulher. Concubina. Direito. A titularidade da pensão decorrente do falecimento de servidor público pressupõe vínculo agasalhado pelo ordenamento jurídico, mostrando-se impróprio o implemento de divisão a beneficiar, em detrimento da família, a concubina. (RE 590.779, 1ª T., Rel. Min. Marco Aurélio, j. 10-02-2009)**

Da mesma forma tem se manifestado o Superior Tribunal de Justiça <sup>7</sup>:

**Previdenciário. Pensão por morte. Compartilhamento da pensão entre a viúva e concubina. Impossibilidade. Concomitância entre casamento e concubinato adúlterino impede a constituição de união estável, para fins previdenciários. Recurso especial provido. 1. Para fins previdenciários, há união estável na hipótese em que a relação seja constituída entre pessoas solteiras, ou separadas de fato ou judicialmente, ou viúvas, e que convivam como entidade familiar, ainda que não sob o mesmo teto. 2. As situações de concomitância, isto é, em que há simultânea relação matrimonial e de concubinato, por não se amoldarem ao modelo estabelecido pela legislação previdenciária, não são capazes de ensejar união estável, razão pela qual apenas a viúva tem direito à pensão por morte. 3. Recurso especial provido. (REsp 1.104.316/RS, 6ª T., Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura,**

## 6. Outras repercussões

Como já foi dito anteriormente, a expressão concubinato contemplava, no passado, tanto a relação adúlterina quanto a relação que hoje chamamos união estável.

Antes do reconhecimento da união estável como entidade familiar, a jurisprudência construiu mecanismos para que a companheira ou o companheiro não ficassem sem qualquer proteção e sem qualquer segurança financeira.

Nessa esteira, foi pensada uma indenização por serviços prestados <sup>8</sup>. Claramente, o objetivo era proteger a companheira que se dedicava ao lar com homem com o qual não era casada, mas com quem, ainda assim, constituía lar e família. Essa companheira poderia pleitear indenização por serviços domésticos prestados, já que, em geral, era ela quem cuidava da casa. Essa remuneração tinha fundamento legal nas regras sobre a locação de serviço: "Toda a espécie de serviço ou trabalho lícito, material ou imaterial, pode ser contratada mediante retribuição" (Código Civil de 1916, art. 1.216) <sup>9</sup>.

Com a proteção constitucional da união estável, a possibilidade dessa indenização desapareceu, já que à companheira, assim como para o companheiro, são garantidos meação, alimentos, herança.

Levando em consideração que ao concubinato não foi dada a mesma proteção, poderia o partícipe dessa relação pedir indenização por serviços prestados? A resposta é não. Não houve prestação de serviços no caso, e sim, troca de carinhos. Não há que se proteger subterfugidamente uma relação que não é aprovada socialmente.

Além disso, como aponta julgado do STJ, que tal indenização traria vantagens que não existem na união estável e no casamento:

**Direito civil. Família. Recurso especial. Concubinato. Casamento simultâneo. Ação de indenização. Serviços domésticos prestados. Se com o término do casamento não há possibilidade de se pleitear indenização por serviços domésticos prestados, tampouco quando se finda a união estável, muito menos com o cessar do concubinato haverá qualquer viabilidade de se postular tal direito, sob pena de se cometer grave discriminação frente ao casamento, que tem primazia constitucional de tratamento; ora, se o cônjuge no casamento nem o companheiro na união estável fazem jus à indenização, muito menos o concubino pode ser contemplado com tal direito, pois teria mais do que se casado fosse.**

7. Ver também os seguintes julgados: REsp 674.176/PE, 6ª T., Rel. Min. Nilson Naves, Rel. p/ Acórdão Min. Hamilton Carvalhido, j. 17-03-2009; AgRg no REsp 1.016.574/SC, 5ª T., Rel. Min. Jorge Mussi, j. 03-03-2009; AgRg no AgRg no REsp 1.031.654/RJ, 5ª T., Rel. Min. Felix Fischer, j. 26-08-2008; REsp 544.803/RJ, 5ª T., Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 28-11-2006; REsp 628.140/RS, 5ª T., Rel. Min. Laurita Vaz, j. 09-08-2007; REsp 813.175/RJ, 5ª T., Rel. Min. Felix Fischer, j. 23-08-2007; REsp 820.067/PE, 5ª T., Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 24-04-2008.

8. Revista dos Tribunais, 129/736-131/713-189/278-190/773-194/447-201/237-210/217-212/250-223/260-229/156-242/591-245/356-258/161-260/427-267/600-279/723-296/624-305/966-308/264-314/249.

9. V. WASHINGTON DE BARROS DE BARROS, REGINA BEATRIZ TAVARES DA SILVA, Curso de direito civil, vol. 2: direito de família, 39ª ed., São Paulo, Saraiva, 2009, p. 44.

***A concessão da indenização por serviços domésticos prestados à concubina situaria o concubinato em posição jurídica mais vantajosa que o próprio casamento, o que é incompatível com as diretrizes constitucionais fixadas pelo art. 226 da CF/88 e com o Direito de Família, tal como concebido. A relação de cumplicidade, consistente na troca afetiva e na mútua assistência havida entre os concubinos, ao longo do concubinato, em que auferem proveito de forma recíproca, cada qual a seu modo, seja por meio de auxílio moral, seja por meio de auxílio material, não admite que após o rompimento da relação, ou ainda, com a morte de um deles, a outra parte cogite pleitear indenização por serviços domésticos prestados, o que certamente caracterizaria locupletação ilícita. Não se pode mensurar o afeto, a intensidade do próprio sentimento, o desprendimento e a solidariedade na dedicação mútua que se visualiza entre casais. O amor não tem preço. Não há valor econômico em uma relação afetiva. Acaso houver necessidade de dimensionar-se a questão em termos econômicos, poder-se-á incorrer na conivência e até mesmo estímulo àquela conduta reprovável em que uma das partes serve-se sexualmente da outra e, portanto, recompensa-a com favores. Inviável o debate acerca dos efeitos patrimoniais do concubinato quando em choque com os do casamento pré e coexistente, porque definido aquele, expressamente, no art. 1.727 do CC/02, como relação não eventual entre o homem e a mulher, impedidos de casar; a disposição legal tem o único objetivo de colocar a salvo o casamento, instituto que deve ter primazia, ao lado da união estável, para fins de tutela do Direito. Recurso especial do Espólio provido. Recurso especial da concubina julgado prejudicado. (REsp 872.659/MG, 3ª T., Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 25-08-2009)***

Outra situação que deve ser aclarada é a do seguro. Pode a concubina ou o concubino ser beneficiário de seguro? Quanto a essa pergunta, pouco há para ser dito, vez que o próprio Código Civil cuida dessa vedação:

***Art. 793. É válida a instituição do companheiro como beneficiário, se ao tempo do contrato o***

***segurado era separado judicialmente, ou já se encontrava separado de fato.***

Se é possível a instituição de companheiro no caso de separação judicial ou de fato, *a contrario sensu*, a relação concubinária, em que ainda permanece comunhão de vidas no casamento ou união estável anterior, afasta a possibilidade de benefício do seguro.

A esse respeito, observe o julgado so STJ:

Direito civil. Recurso Especial. Seguro. Consignação em pagamento. Prêmio. Artigos 1.177 e 1.474 do Código Civil de 1916. Vedação. Há distinção doutrinária entre "companheira" e "concubina". Companheira é a mulher que vive, em união estável, com homem desimpedido para o casamento ou, pelo menos, separado judicialmente, ou de fato, há mais de dois anos, apresentando-se à sociedade como se com ele casada fosse. Concubina é a mulher que se une, clandestinamente ou não, a homem comprometido, legalmente impedido de se casar. Na condição de concubina, não pode a mulher ser designada como segurada pelo cônjuge adúltero, na inteligência dos artigos 1.177 e 1.474 do Cód. Civil de 1916. Precedentes. Recurso especial provido por unanimidade. (REsp 532.549/RS, 3ª T., Rel. Min. Castro Filho, j. 02-06-2005)

## 7. Considerações finais

A relação adúltera, como destacamos, é a relação clandestina e paralela a um casamento ou a uma união estável. O concubinato não se confunde com esta última, por não ser pública e pela existência de impedimentos. Como vimos, para a constituição de união estável, é preciso que os companheiros sejam, ao menos, separados de fato, afastada a comunhão de vidas na união anterior (Código Civil, art. 1.723, § 1º).

Daí se conclui que a o concubinato adúltero não é relação de família e não recebe a proteção especial do Estado. Não é o amor que o direito protege, mas a família. A existência de relacionamento íntimo entre duas pessoas não justifica a interferência do Estado e, sim, o esforço de formação de uma família, considerada base da sociedade (Constituição Federal, art. 226, caput).

Isto posto, conclui-se que a relação adulterina não é regida pelo direito de família, mas sim pelo direito das obrigações. A princípio, tal relação não tem repercussões no mundo jurídico, mas podem dela surgir efeitos patrimoniais, desde que provada a sociedade de fato, com vistas a evitar o enriquecimento sem causa.

## BIBLIOGRAFIA

**EUCLIDES BENEDITO DE OLIVEIRA**, União estável: do concubinato ao casamento: antes e depois do novo código civil, 6ª ed., São Paulo, Método, 2003.

**NICOLAU ELÁDIO BASSALO CRISPINO**, A união estável e os negócios entre companheiros e terceiros, Belo Horizonte, Del Rey, 2009.

**WASHINGTON DE BARROS DE BARROS, REGINA BEATRIZ TAVARES DA SILVA**, Curso de direito civil, vol. 2: direito de família, 39ª ed., São Paulo, Saraiva, 2009.

# **A**PONTAMENTOS SOBRE A AUTONOMIA DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE E O INTERESSE DE AGIR EM JUÍZO.

## **SUMÁRIO**

- 1. A noção de personalidade e capacidade jurídica.**
- 1.2. A capacidade jurídica e a capacidade de fato (capacidade de agir).**
- 1.3. O regime da incapacidade e a criança e o adolescente.**

## **2. A repersonalização do direito civil e os direitos de personalidade.**

- 2.1. Os menores de idade e o exercício dos seus direitos essenciais.**

**Conclusão.**

**Bibliografia.**

**Palavras Chave – personalidade – autonomia – capacidade civil – criança – adolescente – dignidade humana – interesse de agir – capacidade jurídica – capacidade de fato - direito existencial – direito patrimonial – pessoa humana – sujeito de direito.**

---

**VIVIANE GIRARDI - Graduada pela Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (1993) e Mestre em Direito pela Universidade Federal do Paraná (2003), em Direito Civil, sob a orientação do professor Doutor Luiz Edson Fachin. Possui especialização em Direito Civil e Processual Civil. Atualmente é Coordenador do curso de Direito de Família e Sucessões e professora da Escola Superior da Advocacia de São Paulo. Possui obras e artigos publicados no âmbito do direito civil com ênfase em direito de família e das sucessões.**

---

## Introdução

O presente artigo busca levantar alguns apontamentos sobre a efetividade da tutela dos direitos de personalidade em relação aos menores de idade e o exercício de tais direitos frente ao instituto da incapacidade civil nos moldes do direito brasileiro. Isto porque, a supressão da vontade do representado quando em jogo direitos de natureza extrapatrimonial, pode significar a negação dos seus direitos de personalidade - o que é proibido no ordenamento brasileiro diante do princípio constitucional de promoção da dignidade da pessoa humana. E esta é uma problemática que vem se mostrando mais presente no atualidade, sobretudo diante do fortalecimento da tutela dos direitos de personalidade.

### 1. A noção de personalidade e capacidade jurídica

O sujeito de direito é o elemento subjetivo da relação jurídica e a idéia de sujeito de direito é vinculada à imputação de direitos e deveres à pessoa<sup>1</sup>. No dizer de Francisco Amaral "a possibilidade de alguém participar de relações jurídicas decorre de uma qualidade inerente ao ser humano, que o torna titular de direitos e deveres. Essa qualidade chama-se personalidade jurídica, e os que a têm, pessoas."<sup>2</sup>

Neste sentido se denota uma proximidade entre o conceito de personalidade jurídica, como aptidão para a titularidade de direitos e deveres e a noção de pessoa dada pelo sistema jurídico. E pessoa é todo ser humano nascido ou concebido conforme asseguram diversos sistemas jurídicos, entre eles o sistema legal brasileiro.<sup>3</sup> Essa categoria de pessoa e também a noção de personalidade jurídica estão vinculadas à evolução de cada povo e dizem respeito às questões de política legislativa dos diversos sistemas legais contemporâneos.

No direito moderno, fortemente vinculado à noção de valor do ser humano, a personalidade jurídica surge como uma projeção da natureza humana, que é anterior à concepção puramente jurídica de sujeito<sup>4</sup>. Vale dizer, a noção de pessoa humana é por excelência um conceito pré-jurídico e, a princípio, um valor anterior que se constitui na razão de ser do sistema normativo<sup>5</sup>. Assim concebida, quando transportada para a conceituação legal, a "pessoa passa a ser sinônimo de homem e de sujeito de direito."<sup>6</sup> E da estreita vinculação entre pessoa e personalidade jurídica decorre que essa é mais que uma qualificação formal do sistema legal, é um valor

jurídico que se reconhece no indivíduo pelo simples fato de pertencer à natureza humana.

A personalidade jurídica é, portanto, a investidura do sujeito, da pessoa humana, na aptidão de possuir todos os direitos e a responder por todos os deveres estatuídos em um dado sistema legal.

No direito brasileiro, apesar de conexos, não se pode confundir os conceitos de personalidade com capacidade jurídica. Nesse sentido, pode-se ter personalidade sem capacidade como acontece com o nascituro ou até mesmo com as pessoas já falecidas que têm direitos de personalidade tutelados independentemente da capacidade jurídica exaurida com a morte. Afirma-se que, diferentemente do conceito de capacidade jurídica, a personalidade se confunde com a noção de subjetividade jurídica e ambas significam a possibilidade de alguém ser titular de relações jurídicas.

A personalidade é um valor, um princípio jurídico investido na pessoa e no qual se funda o sistema jurídico. A capacidade, por sua vez, é a perseguição desse valor no âmbito jurídico e legal e pode sofrer gradação ou limites, entretanto não se pode impor restrições ou ampliações ao conceito de personalidade. A personalidade é apreendida na noção ética de ser humano e é reconhecida e tutelada pelo direito, enquanto a capacidade é uma típica atribuição jurídica do sistema à pessoa.

Mas, apesar de conceitos e figuras jurídicas diversas, a capacidade jurídica está intimamente vinculada à personalidade atribuída ao sujeito de direito, sendo a capacidade considerada pela doutrina como conteúdo da personalidade,<sup>7</sup> de modo que, assim como a personalidade, a capacidade não pode ser eliminada ou retirada do sujeito.<sup>8</sup> O ordenamento jurídico reconhece a personalidade ou a subjetividade e concede a capacidade, podendo essa ser considerada um atributo daquela.

1. Importante aqui referir a doutrina de Pietro Perlingieri a respeito do conceito de sujeito de direito: "O sujeito não é elemento essencial para a existência da situação, podendo existir interesses - e, portanto, situações - que são tutelados pelo ordenamento apesar de não serem ainda um titular. Tome-se, por exemplo, a doação a favor de nascituros ou dos não concebidos (arts. 784 e 462 Cód. Civ.) A partir do momento do fato doação até o possível, futuro momento do nascimento do sujeito, existe já o interesse juridicamente tutelado, a situação da qual o donatário, ou de qualquer forma, o sujeito nascituro, será titular; mas ainda não existe o sujeito titular do interesse. (PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil. Introdução ao direito civil constitucional*. Tradução de Maria Cristina De Cicco. 3ª ed., ver. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 1.997, p.107).

2. AMARAL, Francisco. *Direito Civil: introdução*. 2a edição, Rio de Janeiro: Renovar, 1.998, p. 205.

3. No direito brasileiro o art.1º e art.2º do Código Civil adiante melhor tratados.

4. Para uma visão mais atualizada pode-se dizer que a pessoa traduz a qualificação jurídica da condição natural do indivíduo, em uma transposição do conceito ético de pessoa para a esfera do direito privado. AMARAL, Francisco. *Op. cit.* p. 207

5. "Constituído o direito por causa do homem, centraliza este todos os cuidados do ordenamento jurídico e requer a atenção do pensamento contemporâneo." (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*, vol.I, 20ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2004, p.216).

6. AMARAL, Francisco. *Op. cit.* p. 207

Aspecto ainda relevante no que tange à personalidade e para o sistema jurídico é o momento de atribuição da personalidade jurídica à pessoa natural.

Conforme afirmado, a personalidade não é dada pelo sistema legal, mas, sim, reconhecida por ele enquanto que a capacidade jurídica é atribuída ao sujeito no momento que lhe é declarada a personalidade legal.

O momento de aquisição da personalidade, o que vale dizer da capacidade jurídica, diz respeito a uma opção do Legislador e, por isso, vem expressamente estabelecido no direito objetivo de cada Estado que, no sistema brasileiro é no instante do nascimento com vida. Portanto, a personalidade é adquirida no momento que o feto vivo é separado do corpo materno. Entretanto, releva destacar que os interesses do nascituro são postos a salvo desde o momento da concepção, sendo amplamente tutelados mesmo antes do nascimento. Esse aspecto expressamente assegurado no art. 2º do código civil brasileiro acaba por reconhecer que o nascituro pode ser titular de uma relação jurídica, o que nas palavras de Francisco Amaral importa em reconhecê-lo como sujeito de direito mesmo antes do nascimento. No entanto, para Pietro Perlingieri o nascituro deve ser visto como um sujeito futuro, mas cujos interesses têm necessidade de tutela antes de seu nascimento.”<sup>11</sup>

## 1.2. Capacidade jurídica e capacidade de fato (capacidade de agir).

A capacidade jurídica é extraída da personalidade de que é dotado todo ser humano. A capacidade como atributo da personalidade jurídica se revela na aptidão de alguém ser titular de direitos e deveres e decorre de uma investidura do sistema à pessoa natural. Decorrente dessa formulação e, pois da capacidade jurídica como derivação da personalidade e qualidade abstrata do sujeito, a doutrina afirma a impossibilidade de eliminação da capacidade jurídica ou mesmo de sua limitação<sup>12</sup> como atribuição da pessoa tutelada pelo direito. A capacidade é adquirida com o nascimento com vida e se extingue com a morte do sujeito.

Diferentemente da capacidade jurídica, a capacidade de fato é a aptidão para a prática dos atos da vida e para o exercício dos direitos.

A capacidade jurídica é extraída da personalidade e por conta de sua origem é insuscetível de divisão, redução, renúncia ou prescrição. A capacidade de fato, ao invés, diz respeito à possibilidade da prática dos atos jurídicos pelo sujeito de direito e, nesse âmbito, pode ser variável e pode sofrer limitações conforme determinada prescrição legal. A capacidade de fato pode comportar uma gradação, mas a gradação da sua incidência será sempre dada de forma expressa pela lei e está relacionada exclusivamente às pessoas físicas que podem ser capazes, absolutamente incapazes e relativamente incapazes para o exercício de determinados direitos.

Vinculada à idéia de tutela e proteção ao sujeito de direito, o regime da capacidade de fato, no que toca ao direito objetivo, está intimamente ligado ao regime da nulidade ou anulabilidade dos atos jurídicos e no âmbito do exercício do direito, diretamente vinculado à dinâmica dos atos sociais e às particularidades (características) próprias do sujeito de direito. Ao contrário da capacidade jurídica, cujo teor e abrangência são iguais a todas as pessoas, a capacidade de fato, ou seja, a aptidão para o exercício do direito está intrinsecamente vinculada, não à subjetividade, mas ao elemento volitivo do sujeito, (vontade), e sobretudo à sua capacidade física e mental de pleno ou relativo discernimento<sup>13</sup> dessa vontade.

7. “Quanto poi ai rapporti tra capacità e personalità, posizione prevalente in dottrina è quella che configura la capacità giuridica come contenuto, núcleo essenziale della personalità, di talche le due nozioni si sovrappongono e si esauriscono l’una nell’altra: esser persona, esser soggetto, avere capacità sono espressioni sinonimiche. (...) In altre visioni la capacità giuridica è designata come sfera entro cui si muove la persona, aspetto, emanazione della personalità, in una parola misura della stessa (...)” (STANZIONE, Pasquale. Capacità. Inciclopedia giuridica. Istituto della Enciclopedia Italiana. v. V. Roma, 1.988, p.6-7).

8. STANZIONE, Pasquale. Capacità. Inciclopedia giuridica. Istituto della Enciclopedia Italiana. v. V. Roma, 1.988, p.6.

9. Art. 2º do CCB 2002: A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.

10. “E só pode ser titular de direitos quem tiver a personalidade, donde concluir-se que, formalmente, o nascituro tem personalidade jurídica.” (AMARAL, Francisco. Direito Civil. Introdução. 2ª ed., aumentada e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 1.988.

11. Manuale di Diritto Civile. 6ª edizione ampiamente riveduta ed aggiornata. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2007, p.115.

12. “(...) uno dei più gravi errori teorici, che hanno oscurato e complicate la teoria della capacità giuridica, sta appunto nel concetto di una capacità giuridica suscettibile di graduazione e limitabile a contenuti determinati.” (...) vuole obbidire la teoria qui prospettata, dela identificazione di quest’ultima come una qualità abstrata e preliminare, e perciò insuscettibile de graduazione.” (FALZEA, Ângelo. Enciclopedia del diritto. v. VI, Milano: Giuffr  Editore, 1.960, p.9 e p. 16):

13. “Para o exercício da situa o   preciso a manifesta o de vontade de um sujeito, não necessariamente do titular do interesse. Por exemplo, o tutor que exerce os direitos (alguns deles) que são do menor (art. 357. Cód. Civ.); o interesse   do menor, a vontade, ao revés, do tutor: o primeiro   titular do interesse, isto   da situa o subjetiva, o segundo   legitimado a exercê-la. Exercício significa também capacidade de exercer, capacidade de fato; uma coisa   o sujeito titular do interesse, outra aquela que o exerce.” (PERLINGIERI, Pietro. Perfis do Direito Civil. Introdu o ao direito civil constitucional. Tradu o de Maria Cristina De Cicco. 3ª ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 1.997, p.106).

Por isso é possível a gradação da capacidade de fato, como também a sua total inexistência ou posterior supressão, quando ausente a capacidade natural, física ou mental do sujeito ou mesmo a maturidade psíquica de entendimento da pessoa. Assim, é preciso que o agir, a vontade direcionada para determinado ato jurídico, esteja inserido no entendimento do sujeito tanto para realização do ato quanto para a extensão dos efeitos do ato praticado.

A capacidade de agir que provém do ordenamento jurídico é a aptidão para a pessoa praticar os atos da vida civil de modo válido, criando, modificando ou extinguindo relações jurídicas.

Por outro lado, diante da impossibilidade total ou parcial do discernimento para o pleno exercício dos atos jurídicos, que pode ser decorrente da idade ou de condição física ou psíquica -, o ordenamento jurídico estabelece os institutos da representação e da assistência, a fim de possibilitar que toda a pessoa possa praticar validamente os atos da vida jurídica.

No que tange aos presentes apontamentos importa considerar a extensão ou capacidade em relação a idade do sujeito, excluindo-se de perspectiva as limitações decorrentes dos problemas de saúde mental e física que impedem o livre discernimento do sujeito de direito.

### 1.3. O regime da incapacidade e a criança e o adolescente

A incapacidade de regra é a exceção no direito, sendo presumível a capacidade do sujeito. Entretanto, no que tange aos menores de dezoito anos, segundo o código civil brasileiro, de regra tem-se o regime da incapacidade relativa ou absoluta do sujeito para os atos da vida civil.

Dentre outras hipóteses de incapacidade, relativas ao estado físico e mental da pessoa, o inciso I do art. 3º do Código Civil, define como absolutamente incapazes para os atos jurídicos os menores de 16 anos.

A incapacidade absoluta diz respeito à impossibilidade de o sujeito exercer os direitos que lhe são próprios, sendo que para suprir essa incapacidade de discernimento, o ordenamento legal estabelece o regime da representação dos incapazes, donde os direitos próprios do menor são exercidos em seu nome, mas por terceiro que a lei igualmente indica tal legitimação. Imperioso ainda destacar que o sistema jurídico indica os legitimados à representação do menor de modo objetivo e aliado a esse conceito deve ser somado o princípio do melhor interesse da criança.

Concernente aos atos eventualmente praticados pelo absolutamente incapaz, vale dizer, ao ato jurídico firmado pelo próprio menor de 16 (dezesesseis) anos, é ele considerado nulo, pois a vontade manifestada pelo menor de idade, nesse caso, é tida como inexistente, fazendo com que falte ao negócio jurídico, (lato sensu), um dos seus elementos constitutivos, ou seja, a vontade válida do sujeito (agente capaz) para a produção dos efeitos do ato firmado.

No pertinente ao instituto da representação legal, importa considerar que é a vontade do representante que se sobrepõe a qualquer outro desejo ou manifestação do menor de 16 (dezesesseis) anos, que, nesse caso e sob uma ótica formalista, fica restrito à subordinação dos desígnios de seu representante legal.

Em regra os representantes legais dos menores são seus genitores, não havendo grau de hierarquia entre eles, sendo que na falta de um, naturalmente o outro exercerá a representação de forma individual. Na ausência dos pais, o menor será representado por um tutor cuja investidura no encargo da tutela dependerá do devido processo legal, sendo obedecidos, para tanto, os critérios postos no sistema objetivo.

Sob a ótica eminentemente patrimonialista e fundada na idéia da autonomia privada, o instituto da representação do incapaz, permite a ampla tutela de seus direitos econômicos e patrimoniais, os quais, inclusive, devem ser tutelados com vista aos efetivos benefícios do representado.

Analisando o ordenamento sob esse prisma, o instituto da representação do incapaz parece dar conta da problemática oriunda da ausência de autonomia privada inerente à natural imaturidade psíquica e emocional do menor de 16 (dezesesseis) anos. No entanto, sob o enfoque dos direitos de natureza extrapatrimonial e, precisamente, para os direitos de personalidade e de cunho existencial da pessoa humana, em função da absoluta submissão do incapaz ao aspecto volitivo de seu representante legal, ainda que seus genitores, se pode vislumbrar a hipótese de uma supressão de tutela de importantes aspectos da personalidade e, pois, de uma possível lesão ao conjunto de direitos fundamentais da criança ou adolescente.

Essa problemática, - antes inexistente dado que até recentemente o direito privado se estruturava para a tutela dos aspectos eminentemente patrimoniais do sujeito -, toma corpo e se apresenta como um desafio para os juristas contemporâneos por conta da complexidade inerente à tutela dos direitos extrapatrimoniais ou, mais precisamente, ao exercício dos direitos de natureza existencial que são indistintamente assegurados a todos os sujeitos.

Quanto aos relativamente incapazes, sendo esses os maiores de 16 (dezesesseis) anos e ainda menores de 18 (dezoito) anos de idade, essa problemática da tutela dos direitos de natureza existencial se apresenta de forma um tanto reduzida, na medida em que, nesses casos, o código civil não trata da representação, mas, sim, da assistência ao ato jurídico praticado pelo menor. O que equivale dizer que a vontade do sujeito é exercida e manifestada por ele diretamente, sendo acompanhado da anuência do seu assistente legal que, ao referendar o ato perpetrado confere àquele a ampla eficácia no mundo jurídico. No caso do instituto da assistência parece estar mitigada a hipótese de uma possível redução de importantes aspectos essenciais do sujeito de direito, na medida em que o próprio incapaz, ainda que de forma relativa, pode expressar o aspecto volitivo do ato voltado para a concretização do exercício de um direito de natureza patrimonial ou mesmo existencial.

Em verdade, a problemática do exercício da tutela dos direitos existenciais tomou relevo nos ordenamentos jurídicos de matriz antropocêntrica a partir da chamada repersonalização do sistema jurídico e do crescente estabelecimento da teoria dos direitos de personalidade, sendo importante destacar breves aspectos de tal fenômeno jurídico para melhor compreensão do presente tema.

## 2. A repersonalização do direito civil e os direitos de personalidade

Para se entender o fenômeno da repersonalização do direito civil é preciso ter em mente que, sob a visão clássica do direito civil, o ordenamento legal sempre teve como preocupação única a tutela dos aspectos patrimoniais da vida em sociedade.

Sob esse prisma patrimonialista, não se excluíam nem mesmo áreas jurídicas consideradas relevantes sob o ponto de vista dos interesses pessoais dos indivíduos, como por exemplo, o campo do direito de família.

No âmbito do direito de família, fosse na tutela dos aspectos patrimoniais do casamento, fosse na autoridade paterna sobre a pessoa dos filhos, e até mesmo pelo viés eminentemente patrimonialista do instituto da tutela e da curatela legal, os interesses e as considerações de ordem pessoal e personalíssimas das pessoas envolvidas nas relações familiares estavam relegadas a um segundo plano, quando não totalmente superadas pelos interesses de ordem patrimonial envolvidos<sup>14</sup>.

Esse perfil eminentemente patrimonialista do direito civil, que já vinha sofrendo crises diante da insuficiência de tutela dos direitos de natureza não patrimonial, passa por sua derrocada definitiva com o fenômeno jurídico da constitucionalização do direito privado. Isto porque, com o advento das constituições modernas de base antropocêntrica, - traduzida pelo dever de promoção da pessoa e cujo princípio da dignidade da pessoa humana não é considerado somente como um valor, mas sim como uma norma constitucional aplicável e incidente sobre todo o sistema -, e com o fortalecimento da teoria dos direitos fundamentais se processou uma alteração qualitativa dos interesses tutelados pelos atuais sistemas legais ocidentais.

Com a constitucionalização do direito civil também houve a alteração do ponto de partida da hermenêutica jurídica para os valores e direitos constitucionais, e o direito civil sofreu a mudança do paradigma da tutela patrimonial para o paradigma da tutela da pessoa humana. Ademais, com o reconhecimento de direitos fundamentais a toda e qualquer pessoa humana, o direito infraconstitucional passou a conferir tutela a importantes aspectos essenciais a todo ser humano, ainda que não expressamente tipificados em norma.

Esse processo é de suma importância para toda a normativa civil, pois a partir do ingresso de uma nova ordem constitucional, dada a superior hierarquia das constituições federais, outros são os valores a orientar o intérprete quando da aplicação do direito privado, o qual passa obrigatoriamente a considerar os novos valores e direitos constitucionais para a solução do caso concreto.

Esse fenômeno importa em considerar a norma constitucional, normalmente relegada aos aspectos políticos e públicos dos Estados, em fonte direta de interpretação do direito privado; o que significa reconhecer que o ponto de articulação do sistema jurídico, antes centralizado no código civil, deslocou-se para o texto e os princípios constitucionais. Assim, é a norma constitucional que estabelece para o intérprete os valores a serem protegidos e tutelados quando da aplicação da lei civil, numa verdadeira sobreposição dos princípios constitucionais sobre os conceitos de ordem privada.

O processo da constitucionalização do direito civil, principalmente com base na concretização dos direitos fundamentais, abriu espaço para a evolução da teoria dos direitos de personalidade como importantes atributos da pessoa humana, e para o reconhecimento desses direitos

como manifestação jurídica sujeita à tutela independentemente de qualquer outro aspecto patrimonial. O fortalecimento da teoria dos direitos de natureza existencial, assim como a relevante tutela dos aspectos extrapatrimoniais e a necessária consideração da promoção da pessoa humana quando da análise dos direitos patrimoniais, importou na constatação da repersonalização do direito privado.

Para a eficácia dessa perspectiva de promoção da dignidade da pessoa humana e, portanto do sentido de repersonalização do direito, os direitos de personalidade são fundamentais, pois se prestam como mecanismo legal apto a possibilitar a tutela de parcelas essenciais da personalidade humana, vinculados na órbita privada à densificação dos direitos fundamentais, dado que classicamente e por excelência, os direitos fundamentais são tidos como importante meio de tutela do cidadão contra as arbitrariedades do Estado.

Por sua vez, a noção de repersonalização do direito privado passa necessariamente pelo abandono da idéia de abstração das categorias jurídicas, porque a tutela dos direitos é buscada de forma efetiva, para isso sendo considerados os aspectos concretos do sujeito de direito. Portanto, os interesses do sujeito de direito são tutelado em seu contexto particular, mas tendo como base a concretização dos direitos fundamentais, assim como a promoção da dignidade da pessoa humana que são consagrados igualmente a todas as pessoas.

Tal consideração não significa de forma alguma que os direitos das pessoas sejam atribuídos de forma diferente, mas sim que, no momento de aplicação da norma sejam consideradas as reivindicações de órbita personalíssima do sujeito envolvido e os atributos inerentes à sua personalidade, a qual deve ser considerada no todo, a fim de ser promovida a dignidade de cada pessoa.

A perspectiva constitucional brasileira, do dever de promoção da dignidade da pessoa humana, significa a valorização jurídica do ser humano e da sua realização como fim último do direito.

Por isso, o sentido de repersonalização do direito civil, significa o reconhecimento da pluralidade das necessidades humanas com base na ética-legal do tratamento igualitário, (igualdade formal), mas com respeito às intrínsecas diferenças, (igualdade substancial).

14. "A família do Código Civil recebia tutela legal como instituto jurídico a ser assegurado e perpetuado dadas as funções que desempenhava no seio da sociedade. Dessa forma, de menos valia tinham as necessidades pessoais dos membros que a compunham, pois a finalidade da permanência da família dava-se por conta dos atributos que lhe eram conferidos. (GIRARDI, Viviane. Famílias contemporâneas, filiação e afeto: a possibilidade jurídica da adoção por homossexuais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p.33).

O que, no caso das crianças e adolescentes, significa a ampla consideração da sua pessoa e dos seus inerentes direitos, ainda que sob o relevo do regime das incapacidades, nada obstante isso trazer alguma complexidade para o sistema legal no que toca à capacidade de exercício desses direitos. Sob esse enfoque resta ademais considerar, que não há como negar que a criança ou adolescente emerge nessa nova estrutura do direito civil como um sujeito de direito dotado de plena autonomia conceitual e plena capacidade jurídica.

No que tange às perspectivas do menor de idade, a tendência da valorização dos aspectos essenciais e a funcionalização do direito para a promoção e realização da pessoa humana (repersonalização) se encontra inserta e reforçada no dever de atendimento do melhor interesse da criança e do adolescentes extraído do artigo 7º da Declaração dos Direitos da Criança de 1.959.

Assim, além de todas as considerações inerentes a reestruturação do direito civil (constitucionalização e repersonalização do sistema), os menores de idade são tutelados de modo particular dada a sua peculiar condição de pessoas em desenvolvimento.

É inegável que todos os direitos de natureza existencial, ao lado dos patrimoniais são igualmente consagrados aos incapazes (crianças e adolescentes). Entretanto, levando em consideração a noção de repersonalização do sistema e da emergência da criança e do adolescente como sujeitos de direito dotados de autonomia, uma problemática pode se apresentar diante de um possível confronto entre a tutela dos interesses do menor, – criança ou adolescente -, e o exercício da autoridade de seus responsáveis legais, já que no âmbito do exercício dos direitos, tal confronto pode implicar na mitigação do acesso da criança ou adolescente à ampla tutela de direitos de cunho existencial. Tudo porquanto resta consagrado que as crianças e os adolescentes, a partir na nova ordem constitucional, assumiram um patamar valorativamente diverso enquanto sujeitos de direito, ainda que não totalmente auto-determináveis quanto ao pleno exercício dos seus direitos.

## 2.1. Os menores de idade e o exercício dos seus direitos essenciais

O ordenamento jurídico confere a cada pessoa a titularidade de todos os direitos de natureza essencial que são reunidos e derivados do status

personae, o qual, no caso das crianças e adolescentes, prescinde da verificação ou do estágio da capacidade de discernimento ou de maturidade para ser assegurado.

O problema que vem se apresentando de modo mais complexo na atualidade, diz respeito ao exercício dos direitos dos menores de idade, sobretudo àqueles essenciais à personalidade e ao pleno desenvolvimento de cada pessoa – os quais, por força da sua peculiar natureza estão vinculados ao íntimo de cada sujeito.

Nesse contexto, a fim de tutelar e proteger os interesses dos menores de idade, o sistema legal brasileiro vêm estruturados sob o regime das incapacidades e dos institutos da representação e assistência das crianças e dos adolescentes.

Esses institutos legais da representação e da assistência civil foram estruturados para dar conta da falta de discernimento, da imaturidade e até mesmo da impossibilidade da plena compreensão dos atos da vida civil pelos menores de idade. Evidentemente, tais institutos têm sua razão de ser na noção da integral proteção do incapaz, que se trata de sujeito dotado de total personalidade e capacidade jurídica, mas ainda em desenvolvimento intelectual, emocional e físico e, por isso, (em tese) não apto a compreender e a expressar sua vontade dirigida para os atos da vida civil (capacidade de fato) de forma plena.

Todavia, tais institutos foram estruturados como forma de viabilizar o exercício de todos os direitos consagrados indistintamente também aos incapazes pelo simples fato de serem dotados de igual personalidade e capacidade jurídica como pessoas.

O regime das incapacidades permite que o menor de idade não seja excluído do tráfego jurídico – o que significaria excluí-lo da participação da vida em sociedade e, pois do ordenamento. Desse modo e sob essa perspectiva da estruturação do mecanismo das incapacidades, dada a peculiar condição da falta do completo discernimento dos menores de idade, o agir destes, equivalente à vontade dirigida para a prática de determinado ato jurídico, é suprimido e substituído pelo elemento volitivo de seu representante legal.

A crítica que se faz, nada obstante o conteúdo protetivo desses institutos, se refere ao fato de tais estruturas legais terem sido estabelecidas com vistas a viabilizar os atos meramente negociais, dado que elas se apresentam absolutamente insuficientes para a complexidade do agir direcionado ao exercício dos direitos existenciais da pessoa, ou melhor, daqueles direitos diretamente vinculados ou intrínsecos à personalidade do sujeito, ainda que menor de idade.

Ademais, outra crítica que merece relevo é o critério eminentemente objetivo da idade da pessoa para fins

de lhe ser outorgada a plena ou a relativa capacidade para o exercício dos seus direitos.

Tudo porquanto esse critério não leva em consideração os aspectos particulares da criança ou adolescente tutelado e, por isso, pode em diversas situações, indicar uma insuficiência do instituto da representação que deve ser contextualizado frente ao caso concreto para considerar os anseios do incapaz e, assim o atendimento da dignidade da pessoa humana na sua expressão máxima.

Naturalmente, as críticas direcionadas ao instituto da representação, especialmente diante da total supressão da vontade do menor, toma corpo com o movimento da repersonalização do direito civil e do fortalecimento da teoria dos direitos de personalidade. Ademais, tais críticas indicam uma crise dessa categoria frente à constitucionalização do direito privado, uma vez que o agir do representante legal pode ser contrário à vontade e aos efetivos interesses do incapaz, e, com isso, tolher a expressão da personalidade do representado e dos direitos a ele inerentes quando verificado o confronto entre a vontade do representante e a vontade da criança ou do adolescente.

Por outro lado, em diversos diplomas legais são encontradas normas que indicam a mitigação do regime das incapacidades e, pois a valorização do aspecto volitivo da criança ou adolescente quando em jogo interesses jurídicos relativos à sua pessoa e personalidade.

Exemplo presente no ordenamento brasileiro, de modo genérico, é a hermenêutica extraída do princípio da necessária e obrigatória preservação do melhor interesse da criança, cujo teor impõe a tutela do menor em sua integralidade, inclusive com a possibilidade de a criança se opor à vontade exercida por seus pais ou representantes legais no âmbito do exercício da representação dos seus próprios direitos.

Por sua vez, de modo específico e objetivado em lei, a valorização do discernimento do menor de idade está expressa no texto de dois artigos do Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei n. 8.069 de junho de 1.990. Referida lei brasileira e direcionada exclusivamente para a integral proteção da criança e do adolescente, no seu art. 28, parágrafo 1º determina o respeito e a consideração da opinião da criança quanto aos procedimentos de sua guarda, tutela ou adoção. E o art. 48, parágrafo 2º da referida lei 8.069, estabelece que o processo de adoção do adolescente maior de 12 anos só será admitido quando contar com o expresse consentimento do adotando.

Desse modo, indubitavelmente, quando os direitos do filho menor estiverem em discussão, com base nos preceitos legais invocados, entende-se que a sua vontade deve ser considerada com base na capacidade de discernimento do menor, a qual não é dada exclusivamente pela idade física da criança e do adolescente.

Esse cenário da consideração da vontade da criança, da possibilidade da sua autônoma manifestação nos procedimentos judiciais que lhe digam respeito, decorre de uma percepção diferente sobre as necessidades de cada um e a valorização da real capacidade da criança exprimir anseios oriundos da sua personalidade.

A valorização da capacidade da criança e a sua consideração jurídica como sujeito dotado de discernimento, cuja vontade deve ser considerada, se encontra também inserta em diversos diplomas internacional. Nesse sentido a Convenção Internacional de New York, de 20 de novembro de 1.989, ratificada no Brasil em 1.990, que determina em seu art. 12, a necessidade de a criança ser ouvida nos procedimentos legais que lhe digam respeito. E mais recentemente, a Convenção Européia de Strasburgo de 1.996, que no seu art. 3º determina que o menor deve ser informado e deve exprimir a sua opinião sobre os procedimentos legais atinentes a sua pessoa.

Esse novo parâmetro legal, cujo teor leva em conta a pessoa do menor, deve necessariamente ser contextualizado no caso concreto, sob pena de se negar a proteção e tutela dos interesses e da própria pessoa do incapaz – fim último da valorização da sua vontade. Porém, a conceituação da capacidade de exercício com base no discernimento intelectual e emocional da criança e a desconsideração da capacidade de agir quando baseada exclusivamente no critério da idade, é um novo dado que vem sendo apreendido pelos sistemas legais vigentes, diante da complexidade da concretização dos direitos de natureza existencial, vinculados à personalidade e potencializados pelo desenvolvimento tecnológico do mundo contemporâneo.

Essa complexidade é evidente, por exemplo, quanto aos direitos fundamentais de identidade, de privacidade, integridade física, etc. em suas mais diversas manifestações. Na tutela do direito fundamental à saúde o solo é fecundo para esse debate, porque o avanço da tecnologia na busca da manutenção da vida ou da cura, por vezes, pode compelir a pessoa a se sujeitar a tratamentos que, no seu íntimo, não são desejados frente às circunstâncias.

Ainda, a atual possibilidade das cirurgias de adequação do sexo decorrentes dos transtornos da sexualidade, impõe fortes indagações ao jurista, pois a consideração da vontade consciente do paciente toma relevo frente ao princípio da vida com dignidade. E, no concernente aos menores de idade, o conceito da vontade válida se sobressai ainda mais problematizado diante do estático conceito da capacidade de agir, traduzida na capacidade para exprimir vontade jurídica válida que, para as crianças e adolescentes, é baseada exclusivamente na idade física do sujeito.

### Conclusão

Nesse contexto é imprescindível que o regime da incapacidade jurídica seja interpretado com base nos princípios constitucionais. E com base nessa interpretação constitucionalizada, o instituto da capacidade de agir, no caso das crianças e dos adolescentes, deve ser considerado segundo os interesses jurídicos tutelados, porque em função dos novos valores constitucionais não é possível que a capacidade de agir seja aplicada da mesma forma para a tutela dos interesses patrimoniais e para a tutela dos interesses existenciais.

Com base na constitucionalização do regime das incapacidades - funcionalizada segundo os interesses tutelados e as peculiaridades dos sujeitos envolvidos - e, especialmente, a necessidade do exercício dos direitos de natureza existencial pelo próprio titular, porque intrínsecos à sua personalidade, a concretização do princípio da dignidade da humana só será possível se o intérprete afastar o conceito rígido da capacidade de agir com base na idade física e considerar, para o exercício dos direitos de natureza existencial, a capacidade de discernimento da criança e do adolescente.

### Bibliografia

- AMARAL, Francisco. Direito Civil: introdução. 2a edição, Rio de Janeiro: Renovar, 1.998;
- FALZEA, Ângelo. Enciclopedia del diritto. v. VI, Milano: Giuffrè Editore, 1.960;
- GIRARDI, Viviane. Famílias contemporâneas, filiação e afeto: a possibilidade jurídica da adoção por homossexuais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005;
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil, vol. I, 20ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2004;
- PERLINGIERI, Pietro. Perfis do Direito Civil. Introdução ao direito civil constitucional. Tradução de Maria Cristina De Cocco. 3ª ed., ver. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 1.997;
- \_\_\_\_\_. Manuale di Diritto Civile. 6ª edizione ampiamente riveduta ed aggiornata. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2007;
- STANZIONE, Pasquale. Capacità. Enciclopedia giuridica. Istituto della Enciclopedia Italiana, v. V. Roma, 1.988;

# A GUARDA COMPARTILHADA

---

**VITOR KUMPEL -Juiz de Direito da 27º Vara Cível Central da Comarca de São Paulo - Tribunal de Justiça de São Paulo. Professor, Escritor, Palestrante e Conferencista nacional e internacional.**

---

Muito embora a Constituição Federal tenha, já em 1988, prestigiado a família monoparental no artigo 226, § 4º, ao estabelecer "*Como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes*", considerando um sem número de famílias fragmentadas que não tinham mais por base o casamento, a referida entidade familiar não foi prestigiada pelo Código Civil de 2002. É raro dispositivo legal da legislação civil vigente que discipline a relação de qualquer dos pais e de sua descendência de maneira própria. Com muito esforço é possível localizar o artigo 1.626, parágrafo único, que admite a adoção por parte de um dos cônjuges ou companheiro em relação ao filho do outro, mantendo o vínculo de filiação entre o adotado e o cônjuge ou companheiro do adotante. No mais das vezes, o Codex ignora a família monoparental mantendo, inclusive, regras absurdas como a obrigação de sustento, guarda e educação dos filhos como decorrente do casamento (art. 1.566, IV) quando, na verdade, é obrigação decorrente da família monoparental expressamente prevista no artigo 229 da Constituição Federal, não tendo qualquer relação específica com o matrimônio.

Não foi diferente o tratamento dispensado ao instituto da guarda por nossa legislação civil. O instituto vem inserido como efeito do poder familiar (art. 1.634, II), tendo um acanhado tratamento pelo artigo 1.632 ao estatuir "*A separação judicial, o divórcio e a dissolução da união estável não alteram as relações entre pais e filhos senão quanto ao direito, que aos primeiros cabe, de terem em sua companhia os segundos*". Além do dispositivo ora transcrito, a guarda era disciplinada pelos artigos 1.583 a 1.590 do Código Civil que apenas determinavam que se não houvesse acordo deveria o juiz dá-la a quem melhor atendesse aos interesses dos filhos (arts. 1.584 e 1.586).

Mesmo os manuais de Direito de Família, na maioria dos casos, não possuem um capítulo para disciplinar o instituto da guarda, tratando do tema normalmente quando da análise do poder familiar. Não obstante tal indiferença por parte do legislador civil, e mesmo por parte da doutrina, a matéria ganha importância ímpar na jurisprudência atormentando os operadores do direito ante os infindáveis problemas práticos existentes.

A guarda hoje, além de efeito do poder familiar, é muito mais um vínculo que se estabelece por ocasião da dissolução da sociedade conjugal e das uniões familiares ou, ainda, um efeito do reconhecimento dos filhos havidos fora do casamento (arts. 1.611 e 1.612) ou, ainda, um vínculo fático entre uma pessoa e um menor e que visa garantir proteção, desenvolvimento harmônico à luz do artigo 227 da CF, gerando responsabilização por parte

daquele que esteja efetivamente vinculado a essa realidade jurídica.

Com o advento da Lei 11.698, de 13 de junho de 2008, passou o Código Civil a tratar com maior propriedade o instituto renovando os artigos 1.583 e 1.584. Os novos dispositivos passaram a respeitar de maneira mais própria os princípios da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF), da inalterabilidade da relação pai e filho (art. 1.632, CC), da continuidade do vínculo parental (art. 1.591, CC) e da guarda jurídica (art. 1.589, CC).

Visando o bem-estar do filho menor, o novo sistema adota a guarda compartilhada como regra e a guarda unilateral como exceção (art. 1.584, § 2º). Trata-se de uma guarda conjunta por meio de uma convivência direta dos filhos com seus genitores, mesmo com a separação destes, implicando em uma co-responsabilidade parental. A idéia central é de que ambos participem diretamente do processo de desenvolvimento integral dos filhos, por meio de uma divisão mais harmônica do tempo. Tal fato além de gerar uma responsabilização conjunta (art. 1.583, §1º) impõe uma convivência mais saudável entre os próprios genitores para bem dos filhos.

A aplicação da guarda compartilhada certamente será mais efetiva nas hipóteses em que há consenso na separação, no divórcio, na dissolução da união estável (art. 1.584, I), porém, mesmo em algumas hipóteses de dissenso deve ser buscada pelo juiz (art. 1.584, § 2º), ocasião em que se atribuirá a cada um dos genitores período de convivência após uma análise por profissionais técnicos que compõem a equipe interdisciplinar visando o melhor desenvolvimento para a criança e para o adolescente (art. 1.584, § 3º).

Não houve supressão da guarda unilateral no novo modelo (art. 1.583, § 2º), apenas a sua adoção se tornou subsidiária para hipóteses em que há absoluta impossibilidade de se conceder guarda compartilhada por fatores pessoais dos progenitores, ou mesmo por outros, como distanciamento geográfico. Neste último caso, a guarda será atribuída àquele que propiciar melhor qualidade de saúde, segurança, educação e, principalmente, afeto ao filho (art. 1.583, § 2º).

Interessante sanção adotou o novo modelo por não mais aplicar multa ao pai que desrespeite o direito compartilhado de guarda ou de visita do outro, passando a ser aplicada, em caso de descumprimento, redução de hora de convivência com o filho (art. 1.584, § 4º) a fim de ser atingido o desiderato que é despatrimonializar as relações humanas garantindo a efetiva dignidade aos componentes da família.

## **PROPOSTA**

**A Revista Científica Virtual é uma publicação da Escola Superior de Advocacia da Ordem dos advogados do Brasil, Seção de São Paulo.**

**A Revista Científica Virtual da Escola Superior de Advocacia da Ordem dos Advogados do Brasil seção São Paulo tem como missão estimular pesquisas independentes sobre temas jurídicos relevantes para a Advocacia, objetivando um melhor aperfeiçoamento de nossos docentes e discentes e também a produção científica nacional.**

### **Escopo**

**A Revista Científica Virtual da Escola Superior de Advocacia da Ordem dos Advogados de São Paulo é um periódico voltado à publicação de artigos científicos inéditos, resultantes de pesquisa e estudos independentes sobre os mais diversos temas de todas as áreas do direito.**

### **Público Alvo**

**A Revista Científica Virtual da Escola Superior de Advocacia da Ordem dos Advogados do Brasil seção de São Paulo é voltada para os docentes e discentes da Escola e todos os demais operadores do direito das diversas carreiras jurídicas, tais como professores, estudantes, pesquisadores, advogados, magistrados, promotores e procuradores.**

**Trata-se de um público abrangente, mas que compartilha a busca constante por aprofundamento e atualização.**

## **Meio e periodicidade**

**A Revista Científica Virtual da Escola Superior de Advocacia da Ordem dos Advogados do Brasil seção de São Paulo será publicada com a periodicidade trimestral, exclusivamente em meio eletrônico - pelo sítio virtual [www.oabsp.org.br/esa](http://www.oabsp.org.br/esa), com acesso público e gratuito.**

## **Responsabilidade Editorial**

**A Responsabilidade editorial é exercida em conjunto pela Diretoria e Coordenação Geral da Escola Superior de Advocacia e pelo Conselho Editorial.**

## **Responsabilidade Científica**

**O conteúdo dos artigos publicados na Revista, inclusive quanto à sua veracidade, exatidão e atualização das informações e métodos de pesquisa - é de responsabilidade exclusiva do (s) autor (es). As opiniões e conclusões expressas não representam posições da Ordem dos Advogados do Brasil, Seção de São Paulo ou da Diretoria da Escola Superior de Advocacia da OAB/SP.**

## **Fale Conosco**

**Para encaminhar dúvidas, comentários e sugestões, por favor envie um e-mail para o endereço eletrônico da Revista: [revista@esa.oabsp.org.br](mailto:revista@esa.oabsp.org.br)**

## **Normas de Submissão**

**A Revista Científica Virtual da Escola Superior de Advocacia da Ordem dos Advogados do Brasil seção de São Paulo recebe artigos jurídicos inéditos do Corpo docente e discente da Escola, de todas as áreas do direito.**

## **Avaliação**

**Os artigos recebidos pela Revista são submetidos ao crivos da ESA para avaliação da adequação à linha editorial da Revista e às exigências para submissão. Aprovados nesta primeira etapa, os artigos são encaminhados para análise por especialistas nas respectivas áreas temáticas. A decisão final quanto a publicação é do Conselho Editorial.**

## **Direito autorais**

**Ao submeterem textos à Revista, os autores declararam serem titulares dos direitos autorais, respondendo exclusivamente por quaisquer reclamações relacionadas a tais direitos. Os autores autorizam a Revista, sem ônus, a publicar os referidos textos em qualquer meio, sem limitações quanto ao prazo, ao número de exemplares, ao território ou qualquer outra. A Revista fica também autorizada a adequar os textos a seus formatos de publicação e a modificá-los para garantir o respeito à norma culta da língua portuguesa.**



**Largo da Pólvora, 141 , Sobreloja - Liberdade**

**Telefone: (11) 3346 6800 - Site: [www.oabsp.org.br/esa](http://www.oabsp.org.br/esa)**

**E-mail: [faleconosco@esa.oabsp.org.br](mailto:faleconosco@esa.oabsp.org.br)**

