

DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR: PUNIÇÃO OU GARANTIA DE DIREITOS?

Guilherme Tomizawa¹

Josiele Adriana Moreira²

Resumo

O presente artigo trata sobre a questão da destituição do poder familiar, analisando se ela é uma punição ou instrumento de garantia de direitos das crianças e adolescentes. Por destituição do poder familiar devemos entender como a situação em que o judiciário por meio da ação de destituição do poder familiar decide em retirar do pai/mãe as prerrogativas referente aos direitos e deveres que esses tinham em relação ao(s) seus(s) filho(s), extinguindo desse modo o vínculo afetivo entre eles. Mas tal situação, apenas poderá ocorrer quando um pai/mãe ou ambos cometerem algum ato no exercício do poder familiar que viole os direitos dos filhos e cause prejuízo a essa criança/adolescente. Desse modo, o juiz verificando a necessidade de proteção e o melhor interesse da criança, poderá por meio da sentença, destituir o(s) pais(s) do exercício do poder familiar, não sendo possível em regra a regeneração e a retomada do exercício por aquele pais/mãe destituído.

Palavras-chave: destituição; poder familiar; criança e adolescente; proteção.

Abstract

The present article deals with the issue of destitution of family power, analyzing if it is an instrument of punishment or guarantee of rights of children and adolescents. On disempowering family must understand how the situation in which the judiciary through the action of disempowering family decides to withdraw his father's / mother's prerogatives concerning the rights and duties that they had in relation to (s) own (s) son (s), thereby extinguishing the emotional bond between them. But this situation can only occur when a father / mother or both commit some act in the exercise of family power that violates the rights of children and causes injury to the child / adolescent. Thus, the judge verifying the need for protection and best interests of the child, may by decision, depose (s) parent (s) of the exercise of family power, it is not possible in general the regeneration and the resumption of the exercise by that parents / mother destitute.

Keywords: destitution, family power, child and adolescent's, protection, best interest.

¹ Orientador do presente artigo científico e professor universitário da OPET-PR.

² Acadêmica do 10º período do Curso de Direito – Noturno pelas Faculdades OPET – PR.

Introdução

Nós sabemos que desde a notícia da gravidez, os pais já começam a tomar todos os cuidados para que a gestação se desenvolva de maneira saudável e a criança venha nascer com vida e saúde.

Com o nascimento da criança, temos o prosseguimento desses cuidados, pois até atingir a maioridade a criança vai precisar de auxílio, no entanto, esse auxílio não se limita só a questão de alimentação e educação, é muito mais que isso.

Conforme ensina Carlos Roberto Gonçalves³, “não basta apenas alimentá-los e deixá-los crescer à lei da natureza, como animais inferiores. Há que educá-los e dirigi-los”.

A criança precisa de alguém lhe amparando e dando todo o suporte necessário com amor, carinho e afeto, educação, haja vista que é nessa fase de desenvolvimento que a mesma estará formando o seu caráter e estará se preparando para participar da sociedade.

A criança precisa ter uma convivência familiar, é de fundamental importância que ela crie os seus laços afetivos, que possa ser amada e bem cuidada, não existindo assim, melhores pessoas para exercer tal *munus* que não sejam os próprios pais.

É nesse sentido que vamos ter o poder familiar inserido, como um conjunto de direitos e deveres atribuídos aos pais na formação e criação de seus filhos, buscando sempre o melhor para os seus filhos.

1. Do poder familiar: uma análise histórica e conceitual

O instituto do poder familiar surgiu no direito romano com a figura do *pater familias*. Na época, conforme ensina Rolf Madaleno⁴ o modelo de família era aquele que a autoridade soberana era o pai, daí a idéia de autoridade do *pater familias*, ele que exercia a chefia sobre as pessoas, e a ele todos deviam obediência.

³ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

⁴ MADALENO, Rolf. **Curso de direito de família**. 1.ed, Rio de Janeiro: Editora Forense, 2008

O poder familiar era exercido de tal forma que ao *pater familias* era conferido o direito de matar o filho, bem como vender, Madaleno⁵ explica que nas situações em que o filho causasse prejuízo a um terceiro, o pai teria o direito de entregar o filho para a vítima, para que, como forma de compensação, o filho prestasse serviços para diminuir o prejuízo causado.

Silvio Rodrigues⁶ sintetiza a característica do pátrio poder romano, informando que:

No direito romano o pátrio poder é representado por um conjunto de prerrogativas conferidas ao *pater*, na qualidade de chefe da organização familiar, e sobre a pessoa de seus filhos. Trata-se de um direito absoluto, praticamente ilimitado, cujo escopo é efetivamente reforçar a autoridade paterna, a fim de consolidar a família romana, célula base da sociedade, que nela encontra o seu principal alicerce.

Assim, o poder familiar estava muito distante de um instituto que se preocupasse com os laços afetivos entre pais e filhos, o que havia de fato, era uma grande ligação com as questões materiais, propriedade e poder, considerando o filho como um objeto onde o pai pudesse dispor da maneira que quisesse sem ligar para a questão afetiva.

Já no Brasil, o instituto do Poder Familiar, não tinha essa nomenclatura, mas sim era chamado de Pátrio Poder.

O pátrio poder no Brasil, segundo ensina Denise Damo Comel⁷, surgiu juntamente com a aplicação do direito luso-brasileiro. Na época vigorava as leis, ordenações e decretos promulgados pelos reis de Portugal.

Comel⁸, explica ainda que:

Existia, assim, no direito da época, a figura do pátrio poder, concebido, num primeiro momento, com a absoluta fereza romana com que fora transplantado para Portugal, posto que compreendido como um poder do *pater familias* que durava toda a existência, e somente com relação aos filhos legítimos e legitimados, conforme disciplinavam as Ordenações Filipinas. Este patriarcalismo que veio da Coroa Portuguesa se expressava nos senhores de engenho e barões do café, que deixaram marcas indeléveis na história brasileira.

Comel⁹ ensina que o pátrio poder era somente exercido pelo pai, cabendo à mãe apenas alguns direitos referentes à obediência filial; a maioria terminava com 25

⁵ Ibid. 2008

⁶ RODRIGUES, Silvio. **Direito civil: direito de família**. 28.ed. São Paulo: Saraiva, 2004.p 353.

⁷ COMEL, Denise Damo. **Do poder familiar**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

⁸ Ibid, 2003, p. 23

anos, sendo que se o filho continuasse dependendo do pai o pátrio poder não cessava; só aos filhos legítimos e legitimados que se aplicava o pátrio poder.

O fato é que com a evolução da sociedade, ocorreram algumas mudanças quanto o regime previsto nas Ordenações, entre as alterações, Comel¹⁰ cita a resolução de 21 de outubro de 1831 que alterou a maioria de 25 anos para 21 anos; o Dec. 181, de 24.01.1890 que passou a autorizar que a viúva teria o direito de exercer o pátrio poder, desde que não contraísse novas núpcias.

Mas entre as mudanças ocorridas, Comel¹¹ explica que com o advento da Constituição da República de 1891, a qual trazia a garantia da democracia, liberdade, igualdade, e sob a égide do primeiro Código Civil (1916), passamos a ter a proteção da familiar fundada no modelo patriarcal, bem como, fundada na unidade de direção.

Desse modo, “O poder familiar, então, como não poderia deixar de ser, seguindo a tradição das legislações anteriores, era prerrogativa primeira do marido, em virtude de ser ele o chefe da família, tanto é que se denominava pátrio poder”.¹²

Assim, em decorrência da característica da sociedade na época, a mulher somente poderia exercer o poder familiar subsidiariamente, pois prevalecia a idéia de subordinação ao homem, ressaltando desse modo, o poder que o pai exercia como chefe da família.

Em que pese ter ocorrido algumas mudanças, Comel informa que a legislação ainda manteve o entendimento de que o poder familiar apenas atenderia os filhos legítimos, legitimados, os legalmente reconhecidos e adotivos, ou seja, os que com base no art. 379 do Código Civil de 1916 podiam ser reconhecidos, excluindo os filhos incestuosos, adúlteros, espúrios.

Mas a grande virada na história do poder familiar foi com a promulgação da Constituição Federal de 1988. Segundo informa Comel¹³:

A Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 5 de outubro de 1988, atendendo ao que há muito vinha sendo preconizado pela doutrina, causou uma revolução no Direito de Família de tal envergadura que bastaram três de seus artigos, quais sejam, o art. 5º, inc. 1, o art. 226 nos §§ 3º, 4º, 5º e 6º, e o art. 227, nos dois últimos parágrafos, para fazer com que mais de cem dispositivos do Código Civil de 1916 e de outras leis esparsas

⁹ Ibid, 2003, p. 24

¹⁰ Ibid, 2003, p. 24

¹¹ Ibid, 2003, p. 26

¹² Ibid, 2003, p. 26

¹³ Ibid, 2003, p. 39

deixassem de ser recepcionados, com reflexos na LICC, no direito processual, na LRP, dentre outros.

Assim, Comel¹⁴ ensina que com o advento da Constituição, além da equiparação entre homens e mulheres, no âmbito do poder familiar tivemos a equiparação de todos os filhos.

Quem também faz menção à importância da promulgação da Constituição Federal com seus reflexos no âmbito do poder familiar, é Ana Carolina Brochado Teixeira¹⁵:

Com o advento da Constituição Federal de 1988, a criança e o adolescente ganharam proteção especial, por serem pessoas em desenvolvimento. O ordenamento jurídico deles cuidou de forma acurada, por estar em fase de construção da sua personalidade e dignidade. Houve um *investimento* normativo na infância e na juventude, cancelado pelas diretrizes principiológicas contidas no bojo do Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA, Lei n. 8.069/90

A grande inovação no âmbito familiar com o advento da Constituição Federal/88 foi a valorização da afetividade nas relações entre os pais e filhos, nesse sentido Teixeira¹⁶ cita que:

No âmbito da família, além de se valorizar a pessoa humana, relevou-se, também, a coexistência, reforçada que foi pela preponderância da afetividade. É nessa perspectiva que se insere a autoridade parental, enquanto relação social que transcende para o âmbito jurídico. Antes preponderantemente hierárquica e patriarcal, a relação paterno/materno-filial transmuta-se para uma perspectiva dialogal, ou seja, é perpassada pela compreensão mútua e pelo diálogo, pois a criança e o adolescente – valorizados que foram como protagonistas da família – também se tornaram sujeitos ativos no âmbito da própria educação.

Dessa forma, posteriormente a promulgação da Constituição Federal de 1988, o próximo documento referente à evolução história do poder familiar, é o Estatuto da Criança e do Adolescente, o qual segundo Comel¹⁷ no seu art. 21:

Tal dispositivo reafirmou o exercício da função paterna em igualdade de condições entre o homem e a mulher, o que já determinara a Constituição Federal, coibindo quaisquer discriminações, privilégios ou distinções entre eles, pois investidos ambos nas prerrogativas inerentes a tal instituto protetivo.

¹⁴ Ibid, 2003, p. 41

¹⁵ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite. **Manual de Direito das Famílias e das Sucessões**. Belo Horizonte: Del Rey/Mandamentos. v 1, 2008

¹⁶ Ibid, 2008, p. 254

¹⁷ Comel, 2003, p. 46

No entanto, Comel expõe que, em que pese realizada a promulgação da Constituição Federal de 1988, havia muitas lacunas na legislação, visto que o Código Civil de 1916 era incompatível com os termos da Constituição. Dessa forma, por mais de 12 anos se esperou que o legislador alterasse o Código Civil para que este ficasse em concordância com a carta magna.

Quanto ao projeto do Código Civil de 2002, Comel¹⁸ aduz que na versão original constava ainda a figura do pátrio poder, mas diante da sugestão de Miguel Reale, foi alterado para poder familiar.

A fundamentação para a alteração da expressão foi a de que:

A justificativa foi de que a expressão pátrio poder era denotadora da prevalência do cônjuge varão sobre a pessoa dos filhos, reconhecendo-se então, a necessidade de substituição para que dúvida não houvesse sobre a posição da mulher na direção da sociedade conjugal, exercida por ambos, em colaboração, sempre no interesse do casal e dos filhos¹⁹.

Desse modo, em atendimento a evolução histórica do Direito das famílias, tivemos com a entrada em vigor do Código Civil de 2002 a alteração na terminologia Pátrio Poder, para então, ser chamado de Poder Familiar.

O poder familiar deve ser entendido como um instituto que estabelece aos pais um conjunto de direitos e deveres quanto a criação e formação de seus filhos.

Para o autor Paulo Nader²⁰, “poder familiar é o instituto de ordem pública que atribui aos pais a função de criar, prover a educação de filhos menores não emancipados e administrar seus eventuais bens”.

Já para Paulo Lôbo²¹, “o poder familiar é o exercício da autoridade dos pais sobre os filhos, no interesse destes. Configura uma autoridade temporária, exercida até à maioridade ou emancipação dos filhos”.

Ainda sobre o conceito poder familiar, Gonçalves²² ensina que “poder familiar é o conjunto de direitos e deveres atribuídos aos pais no tocante à pessoa e aos bens dos filhos menores”

¹⁸ Ibid, 2003, p. 53

¹⁹ Ibid, 2003, p. 53

²⁰ NADER, Paulo. **Curso de direito civil: direito de família**. 4.ed. Rio de Janeiro: Editora Forense. v 5, 2010.

²¹ LÔBO, Paulo. **Direito civil, famílias**. 3.ed São Paulo: Editora Saraiva, 2010, p.268

²² Gonçalves, 2011, p.412

A fundamentação dada para o conceito acima mencionado, é que segundo Gonçalves²³:

O instituto em apreço resulta de uma necessidade natural. Constituída a família e nascidos os filhos, não basta alimentá-los e deixá-los crescer à lei da natureza, como animais inferiores. Há que educá-los e dirigi-los. O ente humano necessita, ‘durante sua infância, de quem o crie e eduque, ampare e defenda, guarde e cuide dos seus interesses, em suma, tenha a regência de sua pessoa e seus bens. As pessoas naturalmente indicadas para o exercício dessa missão são os pais. A eles confere a lei, em princípio, esse ministério, organizando-o no instituto do poder familiar’.

Aqui o que temos, é um instituto focado na proteção e no desenvolvimento da criança e do adolescente, atribuindo aos pais tal múnus, para que seja exercido sempre no interesse da criança e adolescente.

2. Do exercício e do conteúdo do poder familiar

No que se refere ao exercício do poder familiar, há que se destacar que no atual Código Civil, vige a regra de que todos os filhos menores, sem distinções, estão sujeitos ao poder familiar.

Nesse sentido é o que dispõe o artigo 1630 do Código Civil. “Os filhos estão sujeitos ao poder familiar, enquanto menores”.

O Estatuto da Criança e do Adolescente, no seu artigo 20, disciplina sobre a igualdade dos filhos, afirmando que “Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação”.

Conforme ensina Nader²⁴, essa igualdade a qual os artigos se referem, de que todos os filhos estão sujeitos ao poder familiar, decorre da Constituição de 1988, a qual veio a garantir esse instituto a todos os filhos consangüíneos, adotivos, nascidos ou não nascidos durante a relação matrimonial, o que em épocas passadas, conforme anteriormente mencionado, não era permitido.

Já no que se refere aos pais, o art. 1631 do Código Civil determina que:

²³ Ibid, 2011, p. 412

²⁴ Nader, 2010

Art. 1.631. Durante o casamento e a união estável, compete o poder familiar aos pais; na falta ou impedimento de um deles, o outro o exercerá com exclusividade.

Parágrafo único. Divergindo os pais quanto ao exercício do poder familiar, é assegurado a qualquer deles recorrer ao juiz para solução do desacordo.

O Estatuto da Criança e do Adolescente, também disciplina sobre o exercício do poder familiar, definindo no seu art. 21 que:

Art. 21. O poder familiar será exercido, em igualdade de condições, pelo pai e pela mãe, na forma do que dispuser a legislação civil, assegurado a qualquer deles o direito de, em caso de discordância, recorrer à autoridade judiciária competente para a solução da divergência.

Conforme se depreende dos artigos acima mencionados, o poder familiar será exercido pelo pai e pela mãe durante o casamento e a união estável.

No que se refere ao conteúdo do poder familiar o Código Civil no seu artigo 1634 dispõe que:

Art. 1.634. Compete aos pais, quanto à pessoa dos filhos menores:

I - dirigir-lhes a criação e educação;

II - tê-los em sua companhia e guarda;

III - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem;

IV - nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobreviver, ou o sobrevivente não puder exercer o poder familiar;

V - representá-los, até aos dezesseis anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento;

VI - reclamá-los de quem ilegalmente os detenha;

VII - exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição.

Por sua vez, o Estatuto da Criança e do Adolescente, também disciplina a matéria, informando no artigo 22 que “Aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhes ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais”.

A Constituição Federal vem regular o conteúdo do poder familiar no artigo 229, dispondo que “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”.

Como se pode verificar nos artigos acima mencionado, o primeiro item a ser tutelado pelo poder familiar é o dever de sustento, criação, educação e guarda.

Sobre o dever de criar, Teixeira²⁵ ensina que:

O dever de criar começa com a concepção, pois tem sua gênese no início da existência da criança. A partir daí, dura enquanto obrigação jurídica, até que o filho alcance a maioridade. A criação está diretamente ligada ao suprimento das necessidades biopsíquicas do menor, o que a atrela à assistência, ou seja, à satisfação das necessidades básicas, tais como, cuidados na enfermidade, orientação moral, o apoio psicológico, as manifestações de afeto, o vestir, o abrigar, o alimentar, o acompanhar física e espiritualmente.

Quem colabora com os entendimentos sobre o dever de criação e educação, é Gonçalves²⁶ ao dizer que:

É o mais importante de todos. Incumbe aos pais velar não só pelo sustento dos filhos, como pela sua formação, a fim de torná-los úteis a si, à família e à sociedade. O encargo envolve, pois, além, do zelo material, para que o filho fisicamente sobreviva, também moral, para que, por meio da educação, forme seu espírito e seu caráter.

Quanto ao direito à educação, Teixeira²⁷, ensina que a educação é importante na vida da criança, pois é por ela que a mesma vai receber o incentivo intelectual e vai carregar todo o necessário para conseguir no futuro alcançar uma profissão e por consequência sua autonomia pessoal.

Madaleno²⁸ ainda completa a idéia ao dizer que:

O dever de educar importa em preparar o filho para o exercício futura da sua independência pessoal, qualificando – o para a vida profissional, com conhecimento teóricos e práticos, formais e informais, todos eles imprescindíveis para a boa formação física, mental, moral espiritual referida pelo artigo 3º, do Estatuto da Criança e do Adolescente. Crescem os filhos com o aprendizado formal, compreendendo o desenvolvimento intelectual, pessoal, e o ensino escolar (art. 53 do ECA), sem desconsiderar a fundamental importância da formação passada pelos pais na sua função de educarem seus filhos para o enfrentamento da vida, repassando seus ideários de vida, valores, morais, sociais e afetivos, com as correções de desvios porventura surgidos durante a caminhada para a maturidade e boa formação humana.

No que se refere ao inciso II do artigo 1634 do Código Civil, o qual disciplina que cabe aos pais ter os seus filhos sob sua guarda e companhia, Nader²⁹ ensina que para os pais exercerem as atribuições que lhe são concedidas pelo poder familiar é

²⁵ Teixeira, 2003, p. 255

²⁶ Gonçalves, 2011, p. 418

²⁷ Teixeira, 2003

²⁸ Madaleno, 2008, p.512

²⁹ Nader, 2010

indispensável que tenham em sua guarda e companhia os seus filhos, é indispensável também que os pais acompanhem de perto a evolução o crescimento do filho, tendo assim noção de suas necessidades.

Desse feita tem-se como conceito do dever de guarda:

A guarda diz respeito à prerrogativa de ter o filho em seu poder, em ter a posse oponível a terceiros, e vinculada aos deveres de prestar-lhe assistência material, moral e educacional. É da natureza do poder familiar, mas não da essência, posto que pode ser confiada a terceiro, desmembrada da relação paterno-filial, nos moldes do art. 33 do ECA, e a função de ter em companhia não.³⁰

Já quanto o dever de companhia, a doutrinadora Comel³¹ (2003, p. 111) informa:

A função de ter os filhos em sua companhia deve ser entendida como forma de estabelecer com eles relação de tal proximidade que gere uma verdadeira comunidade de vida e interesses, em que haja constante troca de experiência, sentimento e informações. Não fosse assim, não teria sentido alguma convivência dos filhos com os pais, posto que não é função com fim em si mesmo, senão que se constitui em meio para alcançar o objetivo maior de assistir criar e educar o filho, que exige estreito relacionamento para possibilitar troca de afetos, sentimento, idéias, experiências e promover o desenvolvimento pleno e sadio do filho.

Feito uma breve menção sobre o exercício e os principais pontos do conteúdo do poder familiar, importante mencionar que, caso os pais não exerçam o poder familiar de acordo como preconiza a legislação, poderemos ter a aplicação da destituição do poder familiar, como a seguir restará demonstrado.

3. Da destituição do poder familiar: utilizada como sanção os pais ou como melhor interesse da criança/adolescente?

Conforme mencionado o objetivo do poder familiar é a proteção da criança e adolescente desde o nascimento até a maioridade. Segundo Maria Berenice Dias³² o poder familiar é um dever dos pais o qual deve ser exercido sempre no interesse dos filhos, o Estado como guardião, tem o dever de fiscalizar se o exercício esta sendo realizado de acordo como preconiza a legislação, caso reste demonstrada ocorrência de

³⁰ COMEL, 2003, p.110

³¹ Ibid, 2003, p. 111

³² DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 5.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009

violação aos direitos relativos ao poder familiar o Estado deverá intervir tomando as medidas necessárias para dar atendimento ao melhor interesse da criança/adolescente.

Nesse sentido, João Andrades Carvalho³³ traz uma justificativa para a intervenção do Estado, no que se refere a destituição do poder familiar ao dizer que:

O exercício do pátrio poder é, antes de tudo, um compromisso assumido pelos pais para com a sociedade. A família, núcleo situado dentro de um todo meio, que é o grupo social, não esgota seus fins em si mesmo. O homem é preparado na família para ingressar na sociedade, e carregará para essa os valores assimilados naquela. É por isso que, se não houverem a contento no desempenho do múnus paterno, devem os pais prestar contas à sociedade, maior interessada nas peças que a compõem, eis a razão pela qual o pátrio poder está subordinado a regras e limites.

Dessa maneira ocorrendo violação por parte dos pais aos direitos que protegem a criança e o adolescente poderá ser decretada a perda do poder familiar em relação a um ou a ambos os genitores.

A aplicação da destituição do poder familiar gera efeitos graves tanto na vida do filho quanto na vida dos pais, isto porque com a aplicação da medida, os pais perderão a autoridade e prerrogativas que tinham em relação aos filhos, havendo dessa forma a extinção do vínculo afetivo existente entre eles, por isso é que só poderemos ter a aplicação da destituição nos casos previstos em lei, e quando houver o melhor interesse da criança e adolescente.

O artigo 1635 do Código Civil, determina a destituição do poder familiar só poderá ser aplicada por meio de uma decisão judicial.

Art. 1.635. Extingue-se o poder familiar:
I - pela morte dos pais ou do filho;
II - pela emancipação, nos termos do art. 5º, parágrafo único;
III - pela maioridade;
IV - pela adoção;
V - por decisão judicial, na forma do artigo 1.638.

Já o artigo 1638 do Código Civil vem regular as hipóteses em que o juiz poderá determinar através da decisão judicial, a destituição do poder familiar:

Art. 1.638. Perderá por ato judicial o poder familiar o pai ou a mãe que:
I - castigar imoderadamente o filho;
II - deixar o filho em abandono;

³³ CARVALHO, João Andrades. **Tutela, curatela, guarda, visita e pátrio poder**. Rio de Janeiro: AIDE, 1995.

- III - praticar atos contrários à moral e aos bons costumes;
- IV - incidir, reiteradamente, nas faltas previstas no artigo antecedente

A primeira hipótese autorizadora da destituição do poder familiar é a situação de castigo imoderado do filho. Nós sabemos que no exercício de criação e educação dos filhos, os pais acabam muitas das vezes utilizando do castigo como forma de impor limites e obediência aos filhos.

No entanto o que a legislação proíbe é o castigo sem moderação, aquele que resulta de agressões, brutalidade, violência, aquele que não traz benefício algum ao filho, ao contrário, traz prejuízo, afrontando a sua dignidade e integridade física e psicológica.

Nesse sentido, imperioso demonstrar um julgado do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, que diante da ocorrência do castigo imoderado e maus tratos julgou da seguinte forma:

APELAÇÃO CÍVEL - DESTITUIÇÃO DE PODER FAMILIAR - ALEGAÇÃO DE PROVAS FRÁGEIS E BASEADAS SOMENTE NO DEPOIMENTO DE UMA CRIANÇA, QUE FANTASIA OS FATOS - REJEIÇÃO - PROVAS DOCUMENTAIS E TESTEMUNHAIS QUE DEMONSTRAM OS MAUS TRATOS SOFRIDOS PELO MENOR - CRIANÇA QUE EXPRESSA SUA VONTADE DE NÃO VOLTAR A RESIDIR COM OS PAIS - SENTENÇA MANTIDA - RECURSO DESPROVIDO.

Revelando-se, a incapacidade dos genitores de exercerem os direitos e deveres inerentes ao pátrio poder, não se pode retardar a solução drástica consistente na sua destituição, sob pena de, causar dano irremediável à criança ou adolescente ao retardar-lhe indevidamente o gozo do direito de ser criado e educado em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária.

[...]que conseguiram levar o menino ao médico; que lá é que foram verificadas as nádegas do menino; que pela análise do médico, **a criança apresentava sinal de maus tratos**; que a requerida acompanhou o filho ao médico; que perto da mãe o menino negava os maus tratos e fingia estar desmaiado; que ainda no médico, quando a mãe saiu da sala, **o menor confirmou à depoente e ao outro conselheiro Ativir, que o pai havia batido nele; que o menino disse que sempre apanhava, que não era a primeira vez; que disse apanhar com corrente de bicicleta, fios elétricos; que disse que era jogado contra a parede, que sua boca era tampada para que não gritasse**; que falou tanto para a depoente, para Ativir e para a professora, que o pai havia dito que se contasse alguma coisa, o pai lhe mataria.(...)" (fls. 109, Rita de Cássia Verner, Conselheira Tutelar);[...] que conversaram com o Dr. Silvio, que disse que as marcas e hematomas eram resultado de **maus tratos**; que o **menino teria apanhado; que o menino disse ter apanhado com uma corrente de bicicleta (...)**Há que se ressaltar, **que é dever dos pais educar, criar, manter, respeitar e agir em benefício de seus filhos, infelizmente, não é o que ocorre no caso em exame**. Em casos como este, **há que prevalecer os interesses do menor**, para que este possa a partir de agora, usufruir de meios suficientes para o seu adequado desenvolvimento.

(Apelação Cível nº 174.963-1, de Curiúva, 7ª Câmara Cível, julgamento: 11/10/2005, Relator: Des. Mário Raul. Grifo nosso)

Passando então a analisar o inciso II do artigo 1638 do Código Civil, temos que poderá ser decretada a destituição do poder familiar quando os pais abandonarem os filhos.

Por abandono familiar, o autor Madaleno³⁴ esclarece que “deixar o filho em abandono é privar a prole da convivência familiar e dos cuidados inerentes aos pais de zelarem pela formação moral e material dos seus dependentes”.

Nesse passo, Comel³⁵ traz um conceito de abandono mencionando que:

Traduz-se o abandono na falta de cuidado e atenção, na incúria, ausência absoluta de carinho e amor. É o pai que tem desleixo para com a prole, que pouco se lhe importa a nutrição, faltando aos cuidados básicos e essenciais à própria sobrevivência, e mantendo o filho em estado de indigência.

Dessa forma, a destituição do poder familiar poderá ser aplicada quando os pais de alguma maneira abandonar os seus filhos, descumprindo com o seu dever de criação e proteção, deixando a criança/adolescente em situação de desamparo e a mercê da própria sorte, não demonstrando atenção, o carinho e o amor para com os filhos, e nem se mostrando capaz de exercer o poder familiar, justificando dessa forma a aplicação da destituição do poder familiar.

O inciso III do artigo 1638 do Código Civil I prevê que “praticar atos contrários à moral e aos bons costumes” possibilita a medida da destituição do poder familiar.

É certo que uma criança no seu desenvolvimento acaba apreendendo muito com os exemplos que convive, desse modo o poder familiar busca evitar que certas situações possam influenciar negativamente no desenvolvimento moral da criança/adolescente.

Nós sabemos que a convivência de uma criança/adolescente em ambientes onde há o consumo de drogas, bebidas alcoólicas, a prática de prostituição e atos ilícitos, não vai lhe trazer nenhum benefício, ao contrário, ela poderá pegar esses exemplos e também na sua vida adulta ou até na sua vida de adolescente praticar os mesmos atos como se fosse uma situação normal ao seus olhos.

Nesse sentido é o seguinte entendimento:

³⁴ Madaleno, 2008, p. 519

³⁵ Comel, 2003, p. 288

O pai, cujo proceder é desregrado, imoral, indecente e licencioso, dado a prática de atos indecorosos e que afrontam os bons costumes, não está apto para ostentar nem exercer a função. Os filhos submetidos ao poder familiar ainda não tem uma personalidade formada e definida, estando em situação de especial vulnerabilidade diante do comportamento dos pais, de modo que não se pode admitir que permaneçam sob a autoridade de um pai responsável por atos que lhe possam influenciar, de modo maléfico e pernicioso, o caráter, em franco processo de desenvolvimento.³⁶

Conforme frisa Gonçalves³⁷:

O lar é uma escola onde se forma a personalidade dos filhos. Sendo eles facilmente influenciáveis, devem os pais manter uma postura digna e honrada, para que nela se amolde o caráter daqueles. A falta de pudor, a libertinagem, o sexo sem recato podem ter influência maléfica sobre o posicionamento futuro dos descendentes na sociedade, no tocante a tais questões, sendo muitas vezes a causa que leva as filhas menores a se entregarem à prostituição.

Dessa feita, conforme exposto, o objetivo de realizar a destituição do poder familiar com base na violação da moral e dos bons costumes, é proteger o crescimento moral do filho, para que este não tenha influências negativas no seu desenvolvimento.

Feita essa breve menção as principais hipóteses autorizadas da destituição do poder familiar, passamos a analisar a seguinte questão: a destituição do poder familiar é utilizada como sanção aos pais em decorrência da violação dos deveres do poder familiar ou é utilizada para proteger o melhor interesse da criança e do adolescente?

Boa parte da doutrina se refere a destituição do poder familiar como uma sanção ao pais e também fazem referência que a destituição do poder familiar visando o melhor interesse da criança e do adolescente, sem no entanto esclarecer tal problemática.

Nesse sentido a autora Maria Helena Diniz³⁸ informa que a “destituição do poder familiar é uma sanção”, alega ainda que “é, pois, uma sanção que visa a preservar os interesses do filho, afastando-o da má influência do pai que viola o dever de exercer o poder familiar conforme a lei”

Caio Mario da Silva Pereira³⁹ também segue a mesma linha de pensamento ao mencionar que “a perda do poder familiar é a mais grave sanção imposta ao que faltar aos seus deveres para com o filho, ou falhar em relação à sua condição paterna ou materna.”

³⁶ COMEL, 2003, p. 290

³⁷ Gonçalves, 2011, p.429

³⁸ DINIS, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 24.ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

³⁹ PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de direito civil: direito de família**. 17. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense. v 5, 2009.

Quem também menciona que a destituição do poder familiar é uma sanção é o autor Silvio de Salvo Venosa⁴⁰ (2004)

Em que pese os entendimentos acima mencionados, os quais se referem tão somente a destituição como sanção, os doutrinadores a seguir citados tratam sobre essa problemática, defendendo que a destituição visa o melhor interesse da criança/adolescente.

Nesse sentido Antônio Cezar Lima da Fonseca⁴¹ ao tratar sobre essa questão, inicia sua explicação defendendo a idéia de que a destituição do poder familiar só pode ser utilizada visando o melhor interesse da criança e do adolescente, pois conforme informa, o que se vê no dia-a-dia é um desvirtuamento da finalidade de tal ação, a qual às vezes no curso do procedimento acaba se afastando o melhor interesse da criança para se resolver as intrigas que surgem no desenvolver do processo, o que não é possível.

Para elucidar que a destituição do poder familiar deve ser utilizada procurando atender o melhor interesse da criança e não como punição dos pais, Fonseca⁴² ressalta que:

[...] ajuíza-se temerariamente a ação de destituição de pátrio poder, como se esta fosse a cura para todos os males da criação e da má orientação dos pais. **Não se pode olvidar que o instituto está para proteger a criança e não para ser utilizada como sanção de um pai contra o outro, ou até contra ambos.** (grifo nosso).

Desse modo, Fonseca⁴³ (2000) cita que não se pode retirar uma criança/adolescente do seio familiar, destituindo do poder familiar os pais para alcançarem um pretensão de outra pessoa como ocorre na adoção, mas o que se deve observar é que se a destituição está atendendo o melhor interesse da criança e do adolescente.

E sobre essa questão, os Tribunais também em seus julgamentos vem ressaltando que se deve atender o melhor interesse da criança e do adolescente.

Nesse sentido é o que o Superior Tribunal de Justiça decidiu em um julgado:

⁴⁰ VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil: direito de família**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

⁴¹ FONSECA, Antônio Cezar Lima da. **Ação de destituição do pátrio poder**. . Revista de informação Legislativa do Senado Federal, v. 37, n. 146, p. 261-279, abr./jun. de 2000. Disponível em <<http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/597>>. Acesso em 01/10/2011

⁴² Ibid, 2000, p.265

⁴³ Ibid, 2000, p.265

Direito civil. Família. Criança e adolescente. Adoção. Pedido preparatório de destituição do poder familiar formulado pelo padrasto em face do pai biológico. Legítimo interesse. Famílias recompostas. **Melhor interesse da criança.** - O procedimento para a perda do poder familiar terá início por provocação do Ministério Público ou de pessoa dotada de legítimo interesse, que se caracteriza por uma estreita relação entre o interesse pessoal do sujeito ativo e o bem-estar da criança. [...] - O direito fundamental da criança e do adolescente de ser criado e educado no seio da sua família, preconizado no art. 19 do ECA, engloba a convivência familiar ampla, para que o menor alcance em sua plenitude um desenvolvimento sadio e completo. **Atento a isso é que o Juiz deverá colher os elementos para decidir consoante o melhor interesse da criança.** - Diante dos complexos e intrincados arranjos familiares que se delineiam no universo jurídico – ampliados pelo entrecruzar de interesses, direitos e deveres dos diversos componentes de famílias redimensionadas –, deve o **Juiz pautar-se, em todos os casos e circunstâncias, no princípio do melhor interesse da criança**, exigindo dos pais biológicos e socioafetivos coerência de atitudes, a fim de promover maior harmonia familiar e conseqüente segurança às crianças introduzidas nessas inusitadas tessituras. (Recurso Especial, nº 1106637, de São Paulo, 3ª Turma, julgamento 01/06/2010. Relator: Ministra Nancy Andriahi. Grifo nossos).

No mesmo sentido é o entendimento do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Paraná:

APELAÇÃO CÍVEL - ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE - **AÇÃO DE DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR** - MEDIDA EXCEPCIONAL - NEGLIGÊNCIA DOS PAIS - COMPROVADA - ABANDONO DOS MENORES - CONJUNTO PROBATÓRIO QUE RESPALDA PLENAMENTE ESSA DECISÃO - AÇÃO DE APURAÇÃO DE SITUAÇÃO DE RISCO - DESCUMPRIMENTO DOS DEVERES PRÓPRIOS DO PODER FAMILIAR - PODER FAMILIAR DESTITUÍDO - ART. 1938, CC E ART. 19, ECA- **MELHOR INTERESSE DOS MENORES** - SENTENÇA MANTIDA - RECURSO DESPROVIDO.

"(...) Demonstrado o estado de abandono, em que se encontravam as crianças, e que os pais biológicos, em virtude da falta de estrutura familiar, não tem condições de exercer o poder familiar com responsabilidade, sua destituição é imperativo legal." (TJPR - 11ª Câmara Cível - Apelação Cível nº 582839-3 -Rel. Des. Augusto Lopes Cortes - Acórdão nº 13860 - DJ 11/08/2009) 1. (Apelação Cível nº 699555-5, de Castro, 12ª Câmara Cível, julgamento 17.11.2010. Relator: Des. Costa Barros. Grifo nossos)

Ao observar os julgados acima mencionados, verifica-se que em nenhum momento se refere a destituição como sanção, mas sim, como melhor interesse da criança.

Colaborando com tal entendimento Rodrigues⁴⁴ informa que:

A suspensão ou destituição do poder familiar constituem, assim, sanções aplicadas aos pais pela infração ao dever genérico de exercerem o poder parental de acordo com regras estabelecidas pelo legislador, e visam atender ao maior interesse do menor. **A nosso ver, tais sanções têm menos um**

⁴⁴ RODRIGUES, Silvio. **Direito civil:** direito de família. 28.ed. São Paulo: Saraiva, 2004

intuito punitivo aos pais do que o de preservar o interesse dos filhos, afastando-os da nociva influência daqueles. (grifo nosso)

Nesse sentido, Comel ensina que a destituição é imposta sempre no interesse do filho, devendo desse modo o juiz fazer uma análise bem cuidadosa, pois o que está se discutindo é o interesse do menor, e qualquer decisão tomada ao contrario desse princípio, pode gerar dano irreparável.

Então, diante da indagação de qual é o caráter da destituição do poder familiar, a doutrinadora Comel⁴⁵ conclui que “antes se configura uma proteção aos filhos menores do que uma medida sancionadora ou punitiva ao comportamento dos pais”.

Assim, conforme os ensinamentos dos doutrinadores mencionados, a solução para a indagação aqui tratada é no sentido que devemos ter em mente que a destituição do poder familiar não pode ser utilizada como punição aos pais, mas sim para proteger a criança e o adolescente, sendo o objetivo maior a proteção, pois quanto aos pais o ordenamento jurídico, especificamente o Direito Penal já se encarregou em punir.

Dessa forma para alcançar o melhor interesse da criança e do adolescente deverá ser tomada toda cautela possível, pois são os interesses deles que estão em discussão.

Conclusão

Como ficou demonstrado, o poder familiar é um conjunto de direitos e deveres colocados ao alcance dos pais, para que esses exerçam as suas prerrogativas buscando contribuir no desenvolvimento, formação e criação de seus filhos, até que esses alcancem a maioridade.

A justificativa para o então “poder familiar” é que uma criança não possui condições de se desenvolver e crescer sem um auxílio que lhe ajude na sua formação moral e material.

E para oferecer toda essa base estrutural, não existe melhor pessoa, que não seja o próprio pai ou a própria mãe.

Assim, desde a fecundação os pais já estão investidos na função de exercer o poder familiar, e com o nascimento e até a maioridade vão ter que proporcionar a essa criança carinho, proteção, educação, tudo o que eles precisam para ter sua formação moral completa e estar pronta para encarar a sociedade.

⁴⁵ Comel, 2003, p 285

No entanto, a partir do momento, que os principais personagens designados para a formação moral não estão cumprindo com os seus deveres, colocando os seus próprios filhos em situações de riscos, em situações de abandono moral e material, em convivência com exemplos de prostituição, drogadição, em ambientes onde há prática de crimes, ou ainda, o que infelizmente é muito comum ocorrer na nossa sociedade, o próprio pai violar sexualmente de seus filhos, é certo que o Estado deverá intervir para proteger essa criança/adolescente.

E é com a medida de destituição do poder familiar, que o Estado poderá excluir aquele pai do exercício do poder familiar, permitindo então que a criança/adolescente seja poupada, garantindo assim os seus direitos salvaguardados.

Dessa forma, o Ministério Público ou outro interessado diante de uma situação de risco da criança/adolescente, poderá ajuizar a referida ação, e cumprido todo o procedimento, constatando então o melhor interesse da criança e do adolescente, o juiz por meio da sentença vai excluir aquele pai ou a mãe ou até ambos os pais do exercício, não se podendo de regra requerer a retomada do exercício do poder familiar.

Assim, conclui-se que a destituição é uma medida grave, pois vai extinguir os laços entre pai e filho, no entanto, o objetivo não é utiliza - lá como punição aos pais, pois a esses a legislação, como é o caso do Código Penal já se encarregou de punir, o objetivo aqui é unicamente a proteção do melhor interesse da criança e do adolescente.

Referencias bibliográficas

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 5.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

CARVALHO, João Andrades. **Tutela, curatela, guarda, visita e pátrio poder**. Rio de Janeiro: AIDE, 1995.

FONSECA, Antônio Cezar Lima da. **Ação de destituição do pátrio poder**. . Revista de informação Legislativa do Senado Federal, v. 37, n. 146, p. 261-279, abr./jun. de 2000. Disponível em <<http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/597>>. Acesso em 01/10/2011.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MADALENO, Rolf. **Curso de direito de família**. 1.ed, Rio de Janeiro: Editora Forense, 2008

PARANÁ. **Tribunal de Justiça do Estado do Paraná**. Apelação Cível nº 174.963-1, de Curiúva, 7ª Câmara Cível, julgamento: 11/10/2005, Relator: Des. Mário Rau.

PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071impressao.htm>. Acesso em: 05 set. 2011.

_____. **Código Civil**: lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 12 set. 2011

_____. **Código Penal**: decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De12848.htm>. Acesso em: 9 set. 2011

_____. **Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 16 set. 2011

_____. **Estatuto da criança e do adolescente**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm>. Acesso em: 09 set. 2011

RODRIGUES, Silvio. **Direito civil**: direito de família. 28.ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

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

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite. **Manual de Direito das Famílias e das Sucessões**. Belo Horizonte: Del Rey/Mandamentos. v 1, 2008.

NADER, Paulo. **Curso de direito civil:** direito de família. 4.ed. Rio de Janeiro: Editora Forense. v 5, 2010.

LÔBO, Paulo. **Direito civil,** famílias. 3.ed São Paulo: Editora Saraiva, 2010.