

A PERDA DO PODER FAMILIAR NO CÓDIGO CIVIL DE 2002

Jamile dos Santos Serra Miranda¹

Florimar dos Santos Viana²

Resumo: a perda do poder familiar, é a perda do direito dos pais exercerem a autoridade parental perante os filhos, tratado no âmbito jurídico do Código Civil de 2002 e legislação correlata. As circunstâncias jurídicas pelas quais ocorre, vão desde o castigo imoderado, o abandono, e a prática de atos contrários à moral e aos bons costumes. A perda do poder familiar é determinada por decisão judicial, quando, o convívio com os pais resulta em prejuízo ao melhor interesse da criança e lesão aos seus direitos fundamentais. O poder que a lei atribui aos genitores em igualdade de condições, é um dever irrenunciável, devido à sua importância para a preservação da constituição familiar. Dada a sua importância, que a lei prevê maneiras de preservá-lo. Assim, considera que a perda do poder familiar é última medida mais gravosa, imposta pelo juiz. Se sobrepondo à suspensão, que é em caráter temporário. Considerando a perda do poder uma sanção jurídica.

Palavras-chave: Poder familiar. Direitos. Deveres.

Abstract: the loss of family power, is the loss of the parents' right to exercise parental authority before their children, dealt with in the legal scope of the Civil Code of 2002 and related legislation. The legal circumstances under which it occurs range from immoderate punishment, abandonment, and the practice of acts contrary to morals and good customs. The loss of family power is determined by a court decision, when living with parents results in damage to the child's best interest and damage to their fundamental rights. The power that the law attributes to parents on equal terms is an indispensable duty, due to its importance for the preservation of the family constitution. Given its importance, the law provides ways to preserve it. Thus, it is considered that the loss of family power is the last and most serious measure imposed by the judge. Overlapping the suspension, which is temporary. Considering the loss, a legal sanction.

Keywords: Family power. Rights. Duties.

¹ Graduanda do curso de Direito pela Faculdade Católica do Salvador (UCSal). Email: jamilemiranda71@hotmail.com

² Orientadora. Professora do curso de Direito da UCSAL. Mestre em Família na Sociedade Contemporânea. Especialista em Direito Público. Professora... Email: florimar.viana@pro.ucsal.br.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO. 2. DESENVOLVIMENTO. 2.1. HISTÓRICO DO PÁTRIO PODER E O PODER FAMILIAR NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA. 2.2. DEFINIÇÃO DE PODER FAMILIAR. 2.3. COMO SE DÁ A RESPONSABILIDADE DOS PAIS SOBRE OS FILHOS. 2.4. DIFERENÇA ENTRE EXTINÇÃO, SUSPENSÃO E PERDA DO PODER FAMILIAR. 2.5. AS CAUSAS DA PERDA DO PODER FAMILIAR. 2.5.1. O castigo imoderado. 2.5.2. O abandono. 2.5.3. A prática dos atos contra a moral e aos bons costumes. 2.6. AS CONSEQUÊNCIAS DA PERDA DO PODER FAMILIAR PARA OS INTERESSES PESSOAIS E PATRIMONIAIS DOS FILHOS. 2.7. A PERDA DO PODER FAMILIAR COMO UMA ABDICAÇÃO DO DEVER DE CUIDADO OU MERA CONSEQUÊNCIA NATURAL. 2.8. A QUEM É DADO LEGALMENTE O EXERCÍCIO DO PODER FAMILIAR QUANDO OS PAIS O PERDE. 2.9. COMO A SOCIEDADE TEM ACEITADO AS NOVAS FAMÍLIAS A PARTIR DA PERDA DO PODER FAMILIAR. 3. CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS.

1. INTRODUÇÃO

O poder familiar é o conjunto de direitos e deveres que os pais têm sobre os filhos menores. Essas atribuições são designadas pela legislação vigente constante no Código Civil de 2002, cuja responsabilidade do dever de cuidado se destina a ambos os genitores em igualdade de condições. Diferentemente do Código Civil de 1916, que atribuía esse dever ao chefe de família (homem). O *pátrio poder* ou *potestas*, no período romano, permitia ao pai, decidir sobre o futuro do filho de forma unilateral. Podia até mesmo vender o próprio filho, se assim o quisesse. Esse pátrio poder passa a ser chamado de poder familiar pelo Código Civil de 2002, e é dotado de direitos e deveres destinados aos pais para os filhos, e os seus respectivos bens, com a finalidade de protegê-lo. De forma que, o mau uso desse dever, pode levar à destituição do poder familiar, ou seja, a sua perda. E dá-lo a terceiros regularmente capacitados e autorizados pelo juiz.

Com a abolição do pátrio poder, surge a problemática sobre a limitação do uso do poder familiar pelos genitores sobre a sua prole, de maneira que é imprescindível estudar quais são as causas da perda do poder familiar no Código Civil de 2002 e mostrar até que ponto os pais detêm esse poder, mesmo com a sua previsibilidade constante na lei.

A devida atenção a esse assunto se justifica, juridicamente, por se tratar de dever de cuidado e proteção aos filhos, sujeito de direitos previstos na Constituição Federal de 1988, em seu art. 227. São direitos pátrios, assegurados pela legislação constituinte para dar dignidade e a devida proteção ao menor, evitando que os seus direitos fundamentais sejam lesionados.

No âmbito social, é relevante mostrar os impactos que a perda do poder familiar pode causar. Com a desconstrução da família padrão existente, outro modelo de família é formado, em decorrência da perda do poder familiar dos pais, gerando à necessidade de inserção do menor numa família, para a manutenção de vínculo parental, com o objetivo que este (filho) não sofra as mazelas do abandono afetivo parental. Significa que a sociedade tem agora outras vertentes familiares para cuidar. Não mais e unicamente as famílias formadas por pai, mãe e filho, mas, aquelas formadas por avós e netos, tios e sobrinhos, por exemplo.

Diante da necessidade de conhecer e tornar conhecidas as causas da perda do poder familiar. Por ser um assunto presente na sociedade, ao passo que há a incidência de casos na atualidade, e, em vista disso, a lei tem se inovado para tratar da questão. Sinal de que, devemos atribuir uma devida atenção ao tema. Pois, trata-se de questões relacionados com um público de tamanha vulnerabilidade, se tratando de criança.

A partir disso, surge o desejo pessoal para a realização da pesquisa. Com o objetivo de procurar na lei, em paralelo com a doutrina, a forma como ambos tratam do assunto, e, como a sociedade tem sido partícipe na situação, se, na aceitação ou na recusa, das normas previstas que determinam a perda do poder familiar. Vez, que, os resultados aqui apresentados, servem para dar materialidade a um instituto que já existe, através da disseminação do conhecimento, podendo tais resultados, servirem para cercear as medidas já implementadas para tratar o problema aqui posto, analisando se as mesmas têm sido eficazes ou não.

De forma geral, busca-se enfatizar no decorrer do artigo, quais são as causas que levam à perda do poder familiar, e abordá-las sob as prerrogativas legislativas

vigentes no Código Civil de 2002, em ligação com a Constituição Federal e o Estatuto da Criança e do Adolescente.

De forma específica, o objetivo é mostrar as causas da perda do poder familiar previstas na lei, abordando, desde o que vem a ser o poder familiar, até a forma como o mesmo é perdido e como essa perda tem sido tratada pela sociedade atualmente.

As hipóteses levantadas para a questão da perda do poder familiar, são as de que a perda desse poder, pode ser considerada uma sanção jurídica, determinada pelo juiz aos genitores, quando eles exercem o poder familiar de forma incorreta. A sanção pode significar uma medida legislativa para inibir o tratamento imoderado dentro das famílias, e dessa forma, evitar a incidência de crescente número de casos de perda do poder familiar e conseqüentemente, impedir o aumento do número de crianças fora do convívio familiar padrão. Ademais, pode significar a preocupação do legislador em proteger a criança, daqueles que devem lhe dar a proteção e cuidados necessários, mas que estão servindo para prejudicá-los de alguma forma, estabelecendo assim, as medidas cabíveis. E, ou até mesmo, o objetivo seja de preservar a integridade e a inviolabilidade dos direitos da criança.

A pesquisa se desenvolve a partir do tópico **2.1**, com um breve histórico do pátrio poder no Código Civil de 1916 e a mudança e atribuição do poder familiar pelo Código Civil de 2002. Posteriormente, em **2.2** temos a definição de poder familiar, feita por diferentes autores à luz do Código Civil e de legislação auxiliar e específica.

Em **2.3**, é feita uma abordagem sobre as responsabilidades dos pais sobre os filhos. No tópico **2.4**, faz-se a diferenciação entre cessação, suspensão e perda do poder familiar. Em **2.5**, explica-se as causas da perda do poder familiar. Em **2.6** mostrando as conseqüências da perda do poder familiar para os interesses pessoais e patrimoniais dos filhos. A perda do poder familiar como uma abdicação ao dever de cuidado ou mera conseqüência natural está colocado no item **2.7**. No tópico **2.8** é mostrado à quem é dado legalmente o exercício do poder familiar quando os pais o

perde. Em **2.9** mostra-se como a sociedade tem lidado com os novos modelos de família formadas a partir da perda do poder familiar.

A metodologia utilizada para a pesquisa foi a bibliográfica, com uso do método da pesquisa exploratória para mostrar as causas da perda do poder familiar, descritiva no que diz respeito a caracterização dessa ocorrência na sociedade, e explicativa, quando identifica os fatores que dão causa ao problema aqui mencionado.

2. DESENVOLVIMENTO

2.1. Histórico do pátrio poder e o poder familiar na legislação brasileira

Nas afirmações de Madaleno e Madaleno (2018), o pátrio poder no Código Civil de 1916 é considerado o poder da família, ou seja, a sociedade era extremamente patriarcal. Todo poder era atribuído ao chefe da família, o pai obtinha poder supremo sobre os seus filhos e esposa. Na ausência deste, a esposa assumia o papel de chefia.

A *pátria potestas*, como era conhecido o poder de chefia da família exercido pelo marido, era considerado o poder absoluto da sociedade conjugal. Só era passado para a mulher quando na falta ou impedimento deste, não podia exercê-lo (GONÇALVES, 2017).

Historicamente, Madaleno e Madaleno (2018, p.18) preceituam, que o modelo de família patriarcal na Roma antiga, surgiu após o homem dominar a ordem jurídica e a propriedade privada. Era assim conhecida, por ser constituída sob o poder familiar do ascendente mais velho do sexo masculino, que ainda em vida assumia o *pater familis*, ou seja, o poder sobre toda a família. Os filhos, e todos os integrantes daquele grupo lhe respeitava e lhe obedecia.

Dessa forma esse poder ilimitado *que o pai* possuía, nos mostra Madaleno e Madaleno (2018), que era sobre os filhos, netos, bisnetos, e sobre os seus respectivos bens, até mesmo sobre os seus escravos. Caracterizava a família como uma coletividade que não se submetia a um Estado, pois, tinha no chefe de família a

sua diretriz, que por sua vez, era detentor de um direito vindo do patrimônio familiar existente, para dar continuidade a linhagem familiar

A sujeição ao chefe da família, além de ser indiscutível, era absoluto e ilimitado, tanto que Dias (2016), diz, que há com absoluta clareza, elevado teor de machismo na expressão pátrio poder, já que a pronúncia indica o pai como autoridade absoluta perante os filhos. Faz a seguinte afirmação:

“A conotação Machista do vocábulo pátrio poder é flagrante, pois só menciona o poder do pai com relação aos filhos” (Dias, 2016, p. 780).

Essa concepção de família, por Madaleno e Madaleno (2018, p.18), começa a declinar no tempo do imperador Constantino, quando surge um novo modelo de família difundido no meio cristão, como uma nova concepção de família formado através do laço conjugal entre um homem e uma mulher, e os seus filhos. Nessa época, o cristianismo é de forte influência entre as famílias, pois, considerava-se a função moral dada às igrejas.

O *pater familias*, de acordo Madaleno e Madaleno (2018, p. passa por uma transformação no Código Civil de 2002, pois, o poder sobre a família que antes era exercido unicamente pelo pai ou o chefe da família, passa a ser de responsabilidade do pai e da mãe, caracterizando a igualdade de direitos, prevista na Constituição Federal de 1988.

O art. 22 do Estatuto da Criança e do Adolescente preceitua que a lei colocou a figura da mãe em igualdade de direitos, assim como, o pai perante a família, dando a ela até mesmo o direito de recorrer ao juiz em situação de discordância do marido.

Art. 22. 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 um deles o direito de, em caso de discordância, recorrer à autoridade judicial competente para a solução da divergência (ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE, 1990).

O Código Civil de 2002, no art. 1.634, também ressalta a igualdade de condições que o legislador atribuiu a ambas as partes, pai e mãe, no exercício do

poder familiar: “Compete a ambos os pais, qualquer que seja a sua situação conjugal, o pleno exercício do poder familiar (CÓDIGO CIVIL, 2002)”.

A Constituição Federal de 1988 para Lôbo (2017), foi a responsável por dar a liberdade ao exercício do poder familiar aos genitores de forma igualitária, trazendo mudanças nas regras antes instituídas e praticadas na sociedade.

Diante disso, o princípio da igualdade, previsto no art. 5º da Constituição Federal de 1988, prevê um tratamento isonômico para todas as pessoas, até mesmo pessoas de credo religioso e classe social distinta, bem, como, aos estrangeiros que possuem residência no Brasil. Assim, a igualdade é determinante para reconhecer que a mulher deveria receber a mesma carga valorativa, como possuidora dos mesmos direitos que o homem diante da família. Daí, a mulher poder exercer o poder familiar em igualdade de condições do homem como previsto no Código Civil de 2002 alinha esse diploma legal ao princípio constitucional da igualdade, ao tempo que efetiva esse princípio no âmbito da família.

Vê-se que o poder sobre a família (pátrio poder), que antes era exercido pelo pai, agora é atribuído a ambas as partes numa relação de bilateralidade. O pátrio poder agora é chamado de poder familiar, em razão da transferência do poder e da responsabilidade familiar para os dois genitores e não apenas para um deles como era a regra do Código Civil de 1916. Agora, pelo Código Civil de 2002, o exercício do poder familiar deve ser feito pelo pai e pela mãe em igualdade de condições.

2.2. Definição de poder familiar

Para Dias (2016), o poder familiar é considerado um conjunto de deveres atribuídos aos pais no campo material e existencial, de maneira incondicional sobre os filhos, de modo que esses deveres são personalíssimos e assumem a mesma carga valorativa. Não há como se desvencilhar deles transferindo-os ou alienando-os. Pode delegá-los a terceiros o seu exercício, preferivelmente a familiar idôneo.

O Código Civil de 2002, em seu art. 1.634, caracteriza o poder familiar como a responsabilidade que a lei atribui aos pais diante da sua prole, determinando que o

exercício do poder familiar seja feito na pessoa do pai e da mãe como uma função obrigacional de proteção e cuidado sobre os filhos menores. Com isso, assegura a efetivação dos direitos essenciais do menor em todos os aspectos, desde o seu sustento e guarda, até a sua criação e educação (MADALENO; MADALENO, 2018).

O poder familiar, é uma relação de parentesco, atribuída pela sociedade e pelo Estado, aos pais, de forma natural, como se vê na definição de Lôbo:

A autoridade parental é, assim, entendida como uma consequência da parentalidade e não como efeito particular de determinado tipo de filiação”. Os pais são os defensores e os protetores legais naturais dos filhos, os titulares e os depositários dessa específica autoridade, delegada pela sociedade e pelo Estado (LÔBO, 2017, p. 290).

O poder familiar é definido como o conjunto de direitos e obrigações dos pais, perante o principal objetivo, de dar efetividade à norma jurídica, que visa o interesse pela proteção do menor e dos seus bens (DINIZ, 2011, p. 502).

O poder familiar definido por Gonçalves (2017, p. 536) “[...] constitui um conjunto de deveres, transformando-se em instituto de caráter eminentemente protetivo que transcende a órbita do direito privado para ingressar no âmbito do direito público”. Por isso, é considerado um *munus* público, como uma medida de proteção garantida pelo Estado à pessoa dos filhos, bem como, os seus interesses.

Há ainda o que se descreve em Tartuce (2019), para ele, o poder familiar, é uma espécie de colaboração e construção de relações baseadas sobretudo no afeto.

2.3. Como se dá a responsabilidade dos pais sobre os filhos

A responsabilidade dos pais sobre os filhos menores está caracterizada na Constituição Federal de 1988, como uma atitude de cuidado que a própria legislação procurou ter com o menor, no sentido de efetivar sobre ele os direitos individuais e fundamentais:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda

forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão (CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERAL DO BRASIL, 1988).

A responsabilidade dos pais sobre os filhos é atribuída na mesma proporção a ambos os genitores e é considerada como uma necessidade natural, uma vez que o menor depende de alguém para criá-lo, educá-lo, ampará-lo, defendê-lo e cuidar dos seus interesses (DINIZ, 2011).

Essa responsabilidade atribuída pelo Estado aos pais abrange, desde os cuidados pessoais, conforme dispõe o art. 1.634 do Código Civil de 2002, até aos cuidados relacionados aos bens dos filhos, consoante se depreende do conteúdo do art. 1.689 do mesmo diploma legal, que deve ser exercida por ambos os cônjuges, mesmo que apenas um deles detenha o poder de guarda. Não existe exclusão de responsabilidade parental. A relação entre pai e filho não pode ser alterada, nem mesmo o divórcio dos pais altera essa responsabilidade recíproca deles (DIAS, 2016).

Os genitores têm o papel de representar os filhos até os 16 anos, e de assisti-los dos 16 aos 18 anos, quando então alcançam a maioridade e é interrompido o poder familiar dos pais. Os pais, enquanto detentores do poder familiar, devem garantir proteção ao patrimônio dos filhos. Podem manter em sua posse esse patrimônio mas, não podem usufruir dos rendimentos desses bens. Não podem aliená-los, nem gravá-los de ônus real, salvo algumas exceções previstas em lei (DIAS, 2016).

2.4. Diferença entre extinção, suspensão e perda do poder familiar

A extinção do poder familiar se dá quando em situações inevitáveis o pai e a mãe ficam impedidos de exercer o poder familiar, como preceitua o Código Civil de 2002, em seu art. 1635, I, II, III, IV e V. Quando o menor atinge a maioridade civil, pela emancipação, pelas vias da adoção ou por determinação judicial do juiz.

A extinção do poder familiar, são hipóteses legais de interrupção definitiva desse poder, essas hipóteses se configuram automaticamente pelas vias constantes

no Código Civil, no art. 1635 e seus incisos. Sendo portanto, um rol taxativo de situações que não podem ser modificadas ou acrescidas (LÔBO, 2017, pg.296). Já para Stolze e Pamplona (2019), o rol de decisões que podem culminar em perda do poder familiar, não se pode pautar apenas na taxatividade, desde quando, o que importa é o juiz averiguar a situação e decidir de acordo ao caso a medida a ser tomada, devendo decidir de forma fundamentada mas, não necessariamente da forma como prescreve a lei.

A suspensão do poder familiar é o ato que advém de medida jurídica, que retira do pai, da mãe ou de ambos, o poder sobre o filho menor temporariamente, como medida de preservar a segurança e a dignidade do filho, quando estas estão ameaçadas. Todavia, não é uma medida punitiva, e sim uma medida preventiva por parte da autoridade judicial, e serve para proteger o menor e os seus direitos juridicamente tutelados (DIAS, 2016). A suspensão do poder familiar pode ser revertida, pois, ela se dá em caráter temporário, por tempo determinado. Pode ser convertida em perda do poder mas, o seu objetivo principal é o seu caráter temporário (LÔBO, 2017).

A suspensão do poder familiar pode atingir o pai ou a mãe que estiver cumprindo sentença condenatória irrecorrível, art. 1.637, parág. único do Código Civil de 2002.

A perda do poder familiar, diferentemente da extinção e da suspensão, é uma medida imposta pelo juiz, através de sanção, proveniente da atitude e do comportamento dos próprios pais em relação aos filhos, ou seja, o seu comportamento irregular caracteriza a perda do poder familiar (DIAS, 2016).

Na narrativa de Diniz (2011, p.506), a extinção do poder familiar, é considerada uma sanção determinada pelo juiz pros pais, mas que pode ser revertida. Já a perda do poder familiar é uma sanção mais gravosa, que é dada de forma imperativa atingindo um ou mais filhos em caráter definitivo, podendo ser revertida apenas em situação excepcional por meio de processo judicial contencioso.

A previsibilidade de se aplicar a sanção de perda do poder por comportamentos de cuidados inadequados, se estende a qualquer que seja o detentor da guarda, podendo ser aplicada a tios, avós, por exemplo (DIAS, 2016).

O Código Civil de 2002, no art. 1.638, incisos, I, II, III, IV, justifica a perda do poder familiar, elencando o castigo imoderado, abandono e a prática dos atos contrários à moral e aos bons costumes, como atos justificáveis para a perda do poder familiar.

A destituição do poder familiar na narrativa de Gonçalves (2017), independe de vínculo conjugal, pois, o que se destaca do texto jurídico é o *múnus* que decorre da filiação e não dos laços matrimoniais ou da união estável.

Dessa forma, extinção, suspensão e perda do poder familiar. São resultados do rompimento temporário ou definitivo, que se dá de forma natural ou por meio de medida judicial, em conformidade ao que está previsto na lei, como sendo as causas da perda do poder familiar.

2.5. As causas da perda do poder familiar

As causas da perda do poder familiar são variadas, conforme os diplomas legais pesquisados para esse trabalho, de modo que passa-se agora a discorrer individualmente sobre cada um deles.

2.5.1 O castigo imoderado está no rol da primeira proibição direcionada aos pais quanto aos filhos, como prevê o art. 1.638, I, (CC, 2002). O castigo moderado significava atitude relevante no que diz respeito à correção e também à forma de educar. Tornando-se questionável com a Lei 13.010/14, Lei da Palmada e suas novas diretrizes no que diz respeito ao ato de corrigir e educar por meio do castigo físico. Logo, nenhuma forma de castigo físico é aceitável. Essa medida se deu em virtude da não inviolabilidade aos direitos fundamentais (DIAS, 2016).

De igual forma se posiciona Lôbo (2017) quando apresenta as prerrogativas da lei citada acima, reforçando o posicionamento da norma em caráter proibitivo de todo e qualquer ato de castigo físico, cruel ou degradante, que lesione a integridade física, moral e psicológica da criança. Mesmo que os pais façam isso com a justificativa de que é por medida educativa ou disciplinar. O ECA, menciona em seu

art. 18-B, que estarão sujeitos a sanções, que serão aplicadas de acordo a gravidade da situação recorrente, desde o encaminhamento da pessoa a tratamento psicológico ou psiquiátrico, até uma advertência ou outras medidas previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente.

O abuso de poder em Tartuce (2019), praticado pelos pais ou a pessoa que possua a guarda da criança, é um abuso de direitos, amparados pelos princípios do fim social, da boa-fé objetiva, e dos bons costumes, art. 187, CC. O qual faz gerar para os responsáveis a responsabilidade objetiva, art. 186 e 927, CC, decorrente de ato ilícito ou quando há a violação do direito do outro. Comete a ilicitude, tanto a pessoa que se utiliza do seu poder para provocar sofrimento físico ou lesão, tratamento cruel ou degradante, ameaçando e ridicularizando o menor, quanto à pessoa que for conivente e omissa diante de tal situação presenciada.

Stolze e Pamplona filho (2019, p. 606), acerca do castigo imoderado, explicam que nesse ponto “vale dizer, uma interpretação excessivamente literal e rigorosa poderia resultar na indevida ingerência do Estado no âmbito familiar, sem que de fato, perigo de dano houvesse a justificar uma medida sancionatória”. Frisa-se o cuidado e cautela para o que considerar pelo juiz ser um castigo imoderado. Assumindo dessa forma, um posicionamento da não generalização de toda forma de castigo ser considerado imoderado.

2.5.2 O abandono, previsto também no art. 1.632, II, é uma atitude inaceitável, de acordo a legislação constituinte, pois, quando não se justifica. Incorre em abandono material se o responsável pelo menor não providenciar os recursos necessários para seu sustento, art. 244, CP. Com aplicação da pena de 1 (um) a 4 (quatro) anos e multa de uma a dez vezes, de acordo o maior salário-mínimo vigente no país. Se o menor for entregue a pessoa idônea, mas o detentor da guarda tem ciência do perigo que o mesmo corre, de ter a sua moral, e matéria prejudicados, bem como, na ausência do perigo moral e material, mas, se o detentor do poder parental contribuir para o envio do menor pro exterior, com o objetivo de obter lucro, art. 245, §§ 1º e 2º do CP. A pena é de detenção de 1 (um) a 2 (dois) anos, sendo majorada para 1 (um) a 4 (quatro) anos de reclusão. Se o motivo for a última

situação relatada. Ainda pode, os responsáveis pela criança, serem penalizados. Se os mesmos deixarem de prover a educação primária do filho que estiver em idade escolar. A pena prevista de acordo o art. 246 do CP, é, detenção de 15 (quinze) dias a 1 (um) mês ou multa.

Para Lôbo (2017) quando o abandono for motivado por falta de condição financeira ou por questão de saúde dos detentores do poder familiar, não deve o judiciário, decidir pela perda do poder definitivo, e sim, pela suspensão ou a guarda, se não houver alternativa. Para que haja a possibilidade de reversão da decisão, quando os motivos do abandono forem sanados, e os filhos poderem voltar ao vínculo familiar de origem.

Buscando preservar o vínculo parental original, menciona o Estatuto da Criança e do Adolescente no art. 23, sobre a desnecessidade da decisão de suspensão ou perda do poder familiar pela falta e carência de recursos materiais. Prescreve no § 1º deste artigo, a obrigatoriedade dos pais em dificuldades financeiras serem incluídos em programas de auxílio, para que se preserve a convivência da criança em sua família de origem.

Pela convivência familiar, defende Tartuce (2019) ser esta, um direito do filho em contrapartida ao dever dos pais de mantê-lo em sua companhia. Desenvolvendo um direito dever de afetividade entre ambos. Logo, o abandono material é consequentemente o abandono afetivo.

O abandono material em Dias (2016) caracteriza-se pela negativa quanto aos cuidados de garantia da sobrevivência do menor. Que tem ligação com o dever dos pais de pagar alimentos. Já o distanciamento familiar, a falta da convivência familiar, incorre em abandono afetivo, e o não cumprimento do dever parental, gera indenização obrigatória por dano afetivo.

2.5.3 A prática de atos contrários à moral e aos bons costumes, se referem às práticas que estão previstas na Constituição Federal de 1988, que não podem ser executadas em violação ao princípio da dignidade da pessoa humana. A exploração

do trabalho infantil é considerada a exploração da vulnerabilidade do menor, podendo tal ato ser considerado como abuso (DIAS, 2016, p.789).

Além da exploração do trabalho infantil, pode ser considerado ato que vai contra a moral e aos bons costumes, a violência e exploração sexual, art. 224-A, ECA, qualquer ato que viole a integridade física, psíquica e moral da criança, art. 17, ECA. Isso inclui também, deixar de cuidar da saúde, art.14, parág. único, ECA. Negar-lhe o direito de estar em ambiente seguro, sem a presença de pessoas que são dependentes químicas ou que usam entorpecentes, art. 19, ECA. Deixar de prestar alimentos ou deixar de prover a sua educação, art. 1.696, CC.

2.6. As consequências da perda do poder familiar para os interesses pessoais e patrimoniais dos filhos

De posse do poder familiar, os pais podem usar legalmente os bens dos filhos, pois, a eles é dado o poder de administrá-los, como também usufruir e gozar deles. Com a perda do poder familiar, os interesses dos pais e filhos podem colidir, de forma que os bens dos filhos sejam arruinados (DIAS, 2016). Em detrimento disso, a aplicação direta quanto ao uso e gozo dos bens do filho só é possível na constância do casamento ou união estável, como preceitua o art. 1.638, I, do Código Civil de 2002 (PEREIRA, 2018), tornando-se portanto, inviável, o usufruto dos bens pelo casal de forma conjunta se os mesmos estiverem separados. E diante dessa impossibilidade, do casal separado cumprir o ordenamento legal, o STJ se posicionou e “decidiu que o ex-cônjuge que ocupa imóvel doado aos filhos, deve pagar o equivalente a 50% do valor de locação do imóvel, pelo usufruto, em caráter exclusivo, do bem pertencente à prole”.

Segundo Diniz (2011, p.505), o usufruto legal dos bens dos filhos, pelos pais, pode se dar em todos os bens do filho menor, mas ficam de fora os bens deixados ou doados ao filho com a expressa exclusão do usufruto paterno. Declarando que estes bens estão sendo doados com a finalidade rentável ao patrimônio do menor, assim como, os que são doados com determinação certa. Com previsão na lei, art.

1.733 § 2º, CC, que a pessoa do doador, possa nomear curador especial para os bens deixados por ele, mesmo que o menor esteja sob tutela ou poder familiar.

Art. 1.637. Se o pai, ou a mãe, abusar de sua autoridade, faltando aos deveres a eles inerentes ou arruinando os bens dos filhos, cabe ao juiz, requerendo algum parente ou o Ministério Público, adotar a medida que lhe pareça reclamada pela segurança do menor e seus haveres (CÓDIGO CIVIL, 2002).

[...]

Art. 1.692. Sempre que no exercício do poder familiar colidir o interesse dos pais com o do filho, a requerimento deste ou do Ministério público o juiz lhe dará curador especial (CÓDIGO CIVIL, 2002).

Diante das diretrizes estabelecidas pelo Código Civil, as quais mostram que o juiz pode requerer de quem lhe pareça viável, pode a autoridade judiciária tomar medidas que importem na proteção do menor, quando os seus interesses não estão sendo atendidos. De igual modo, a autoridade judiciária pode lhe dar curador especial, se for constatada uma colisão de interesses em aversão aos dos filhos.

Para além das questões patrimoniais, vale ratificar sobre os interesses pessoais do filho tratados no campo da afetividade relatada em Tartuce (2019), pois, a perda do poder familiar, implica em rompimento dessa afetividade pela interrupção do convívio. Pelo que, a afetividade aqui mencionada, não está ligada unicamente à demonstração de amor, mas também, ao direito do menor receber o amparo e proteção, que se configuram com a sua inserção em uma família, que estima-se que seja principalmente à sua de origem. Com o direito a companhia dos pais, ou seja, o direito de ser representado pelos pais, até os 16 e assistido até os 18 anos de idade. Entende-se que há uma presunção de cuidado, quando o menor está visivelmente sob o poder familiar dos pais

2.7. A perda do poder familiar como uma abdicação do dever de cuidado ou mera consequência natural

As causas da perda do poder familiar, como menciona o Código Civil de 2002, pode se dá, pela abdicação do dever de cuidado, pois, como prevê a redação art.

1.638, o descuido, o abandono, se constituem em abdicação de cuidado, ou seja, a prole deixa de receber o cuidado devido dos seus genitores, sendo este um dos motivos da perda do poder familiar.

Os pais não podem se eximir de cuidar dos filhos. Prover a criação e a educação, além de outras atribuições previstas na lei. São deveres irrenunciáveis, intransferíveis e inalienáveis (DIAS, 2016, p. 784).

O dever de cuidado no âmbito da família, é tratado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, como um direito que não pode ser tirado da criança. Esse dever só será atribuído a outrem, na ocorrência da perda do poder familiar dos pais, quando eles faltarem com esse dever no campo da ilicitude, não no campo da desistência ou da transferência do dever. Visto que não é permitido pela lei, nem se a criança for entregue a terceiro idôneo, se existir a possibilidade do perigo moral ou material. Cabe ao juiz decidir pela perda do poder familiar, quando houver o descumprimento injustificado dos deveres e obrigações, art. 24, ECA.

Como uma situação natural, o poder familiar não se perde, se extingue, independente de alguém ter dado causa, ele “*opera ipso iure*” (DINIZ, 2011, p.507).

A perda, se dá em virtude do que estabelece o art. 1.635 (CC, 2002). Por ocasiões inevitáveis, não ilícitas, onde, ocorre a perda automática do poder familiar. Pela morte dos pais ou do filho, emancipação do menor, concedida pelos pais, ou em outras hipóteses legais previstas nos incisos II, III, IV e V. Pela emancipação, em decorrência do alcance da maioridade civil, ou também pela adoção. Quando nesta última, há uma extinção do poder familiar biológico para os pais adotivos.

De forma que para Pereira (2018, p. 430), “o parentesco civil opera como causa translática antes que extintiva, pois, examinada a relação pelo lado da criança ou do jovem, ele não se acha em nenhum momento fora do poder parental”. Dada a forma como se dá o procedimento de transferência da criança para outra família, pelas circunstâncias naturais, ela sempre estará inserida em um lar, o que vai haver, é somente uma mudança de ambiente e aferição de poder a outrem ou a ela mesma, em caso de emancipação ou adoção.

A perda do poder, pode se dar em virtude de abuso de autoridade pelo pai ou pela mãe, art.1637 (CC, 2002), quando eles não cumprem o seu dever ora estabelecidos, e são os causadores da ruína dos bens dos filhos, bem como, se o pai ou a mãe forem condenados a cumprir sentença irrecorrível por crime cuja pena seja superior a 2 (dois) anos de prisão.

2.8. A quem é dado legalmente o exercício do poder familiar quando os pais o perde

Quando o poder familiar é perdido, ele pode ser atribuído a outro que tenha condições legais para exercê-lo. Pode ser tio, avô, ou alguém alheio à relação parental, mas que tenha condições para exercer a guarda:

Art. 157. Havendo motivo grave, poderá a autoridade judiciária, ouvido o Ministério Público, decretar a suspensão do poder familiar, liminar ou incidentalmente, até o julgamento definitivo da causa, ficando a criança ou adolescente confiado a pessoa idônea, mediante termo de responsabilidade (ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE, 1990).

De igual modo, afirma Gonçalves (2017), que a guarda é atribuída a terceiro quando existem os motivos graves para isso, seguindo o critério do familiar que pode oferecer melhores condições de vida e educação pro menor. A autoridade judicial pode inclusive, atender a vontade manifesta do menor quanto ao desejo de escolher com quem ele quer ficar, dando prioridade ao seu interesse. Como também fala a redação do art. 1.548 § 5º do Código Civil de 2002.

O exercício do poder familiar mediante o instituto da guarda tem a sua redação no art. 1.583 à 1590 do Código Civil, onde verifica-se que existe a previsão da guarda unilateral e a guarda compartilhada.

Entende-se por guarda unilateral, aquela que contempla apenas um dos genitores ou uma pessoa que o substitua, e por guarda compartilhada, aquela em que há uma responsabilização conjunta do pai e da mãe separados, que não vivem

sob o mesmo teto, mas que devem cumprir os seus direitos e deveres no exercício do poder familiar, § 1º do art. 1.583, CC.

A guarda compartilhada é recepcionada pela Lei 11.698/2008 que trouxe o novo instituto da guarda compartilhada visando sua possível aplicação sobre o melhor interesse do menor. Foi alterada pela Lei 13.058/2014, que modificou os arts. 1.583, 1.584, 1.585 e 1634 do Código Civil de 2002.

A guarda poderá ser requerida de forma consensual pelo pai e pela mãe. Passível de interferência jurídica, quando faltar o acordo dos genitores. Que determinará o tipo de guarda e a forma como serão estabelecidas, procurando atender a necessidade do menor, arts. 1.583, § 2º, §3º e 1.584, I, II, CC.

De acordo com Stolze e Pamplona Filho (2019, p. 611), a legislação brasileira fixou a guarda compartilhada ou conjunta como prioritária “[...] a partir da Lei n. 11.698, de 2008, a guarda compartilhada ou conjunta passou a ser a modalidade preferível em nosso sistema, passando pela Lei 13.058, de 2014, a ser o regime prioritário, salvo manifestação de recusa expressa”.

Confere o Código Civil de 2002 que o instituto da guarda compartilhada ou unilateral, seja aplicado de acordo o melhor interesse do menor. Pelo que determina no art. 1.583, § 2º, que na guarda compartilhada, o tempo de convívio dos pais com os filhos, deve ser dividido de forma equilibrada, o filho deve morar na cidade que melhor atender aos seus interesses. Na guarda unilateral, determina a lei, § 5º, que o pai ou a mãe que não esteja com a guarda da criança, pode supervisionar os interesses do filho, para que em nada seja prejudicado.

O exercício do poder familiar mediante a guarda compartilhada ou pela guarda unilateral, se perde, sendo atribuído a outro quando é comprovada a alienação parental. De acordo com a redação do art. 1º da Lei 12.318, de 26 de agosto de 2010:

Art.2º. Considera-se ato de alienação parental a interferência na formação psicológica da criança ou do adolescente promovida ou induzida por um dos genitores, pelos avós ou pelos que tenham a criança ou adolescente sob a sua autoridade, guarda ou vigilância

para que repudie genitor ou cause prejuízo ao estabelecimento ou à manutenção de vínculos com este.

A alienação parental, de acordo o dispositivo da lei, é praticado pela pessoa que detém o poder familiar sobre o menor. De acordo com Stolze e Pamplona filho (2019), os atos que classificam o alienador não possui um rol taxativo, a lei apenas dá alguns exemplos de comportamentos que podem ser considerados. De sorte que, diante da sanção a ser aplicada ao alienador, basta que haja indícios da ocorrência do ato.

Os atos de alienação parental podem ser decretados pelo juiz ou constatados por perícia. Podem ser praticados diretamente ou com a ajuda de terceiros, art. 2º, parág. único da Lei nº 12.318/2014.

2.9. Como a sociedade tem aceitado as novas famílias formadas a partir da perda do poder familiar

A família constitui a base da sociedade, conforme art. 226 da Constituição Federal de 1988, de modo que a lei lhe garante especial proteção do Estado. As prerrogativas de proteção estão relacionadas à todas as famílias, desde a família tratada pelo Código Civil, como a família padrão, art. 1.634, CC, formada pelo pai (figura masculina), pela mãe e pelo filho, até os novos modelos de família que têm previsão na Constituição Federal de 1988.

A lei viabilizou o reconhecimento da união estável como entidade familiar, art. 226 § 3º, CF, Como também, considerou a família formada por um dos pais e os seus descendentes art. 226, § 4º, da CF. Para que recebam a proteção do Estado.

Essas mudanças vieram com a modernidade e a mudança nos costumes da sociedade brasileira, com a valorização da mulher no mercado de trabalho e a inserção do homem na realização de tarefas domésticas.

A sociedade, como um meio de integração e interação de todo e qualquer ser humano, diante das novas famílias que são formadas em decorrência da perda do poder familiar, tem o papel de acolher essas famílias com dignidade e respeito, como preceitua o ECA, em seu artigo 4º, mostrando que a família, a sociedade e o

Poder Público, têm o dever de cuidar, respeitar e assegurar a dignidade humana a toda e qualquer pessoa. Por meio de políticas públicas sociais aplicadas ao nascimento e desenvolvimento do menor em condições dignas de existência, art. 5º, ECA. Da mesma forma, a Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, possui a mesma redação referente aos direitos e garantias individuais, o que mostra que o amparo da lei a essas pessoas têm previsibilidade desde a promulgação da Constituição.

Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, [...] (CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERAL DO BRASIL, 1988).

A Carta Maior do país tem o condão de assegurar os direitos de igualdade entre as pessoas, até mesmo daquelas que possuem nacionalidade estrangeira, mas que residem no Brasil. Dessa forma, evita-se os conflitos sociais entre elas e garante a efetividade das normas constitucionais. Inexistindo as diferenças, a sociedade não pode oferecer um tratamento diferente a quem quer que seja com base nos seus aspectos desiguais apresentados. Deve tratá-las como pessoas possuidoras dos mesmos direitos previstos na Constituição.

Art. 4º. É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do Poder Público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes 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 (ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE, 1990).

Então, já, que a criança precisa ter os seus direitos e garantias individuais atendidos, ela não pode se ver deslocada do ambiente de convivência familiar, pelo fato da sua família não ser a família padrão que a legislação faz referência. Importa que essa criança tenha o apoio do maior que detém o poder parental, em conjunto com os órgãos de proteção ao menor e à sociedade civil, para que as atitudes de exclusão por diferenciação de padronização não sejam admitidas.

Deve estar presente no comportamento das pessoas o caráter humanitário, bem como a observância às mudanças que ocorreram na legislação desde a

vigência do Código Civil de 2002, consoantes com a Constituição de 88 já existente, quando da prerrogativa de direitos e também deveres para os novos modelos de famílias existentes, ou seja, essas famílias têm previsão legal.

Diante do que é estabelecido na Carta Constituinte e na legislação específica, é notório que no campo da efetividade das normas, a proteção e o cuidado têm se mostrado, através dos mecanismos criados em parceria com o Estado pra que isso aconteça. Como da existência de programas de acolhimento familiar ou institucional, e também do Conselho Tutelar.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Quando iniciou-se o trabalho de pesquisa, constatou-se que o Código Civil de 2002 trouxe a inovação da igualdade de direitos no exercício do poder familiar, atribuindo-o a pai e mãe em igualdade de condições. Decorrente dessa novidade, trouxe também uma limitação desse poder, com o instituto da perda do poder familiar. Sendo por isso, de extrema importância estudar as circunstâncias pelas quais ocorre esse fato.

Diante disso, a pesquisa teve como objetivo geral, mostrar em que circunstâncias jurídicas ocorre a perda do poder familiar, de acordo o Código Civil de 2002. Apresentaram como resultados, que os motivos que resultam na perda do poder familiar, são questões consideradas jurídicas, pois, têm previsão legislativa, que são: o castigo imoderado, o abandono, e a prática de atos que vão contra à moral e aos bons costumes.

O objetivo específico inicial foi explicar sobre o instituto do poder familiar até que se chegasse nas causas da sua perda. Para isso, foi preciso fazer um apanhado histórico sobre o poder familiar na legislação brasileira para mostrar que o pátrio poder foi abolido e o poder familiar que agora vigora é exercido pelo pai e pela mãe. Que a definição de poder familiar, determina um conjunto de direitos e deveres no campo material e existencial, que são irrenunciáveis dos pais pros filhos.

Descobrimos que a responsabilidade dos pais é um poder dever que independe do convívio na mesma casa. Foi mostrado que há medida de advertência

anterior à perda do poder, por meio da suspensão em caráter temporário. Mostrou-se que a autoridade judiciária sempre vai tomar decisões em prol do melhor interesse da criança, e, por isso, ele pode determinar a perda do poder familiar se verificar que os bens patrimoniais da criança estão sendo prejudicados. Restou esclarecido que a perda do poder, pode se dá pela falta do cuidado com a prole, por meio do abandono. E que, em decorrência disso, a guarda da criança pode ser dada a outra pessoa que tenha condições legais de exercê-la.

Por fim, tinha como objetivo específico, fazer uma análise de como tem sido o papel da sociedade, que inclui também o Estado, para a promoção da integração e proteção das novas famílias existentes, que surgiram a partir da perda do poder familiar. Reiterou-se que a sociedade tem um papel de respeito, integração social e espírito humanitário, e, o Estado tem o aparato legislativo para desempenhar seu papel em caráter efetivo das normas.

A pesquisa partiu das hipóteses da perda do poder familiar se dar, como sendo uma sanção. Para coibir o comportamento ilícito dos pais, evitando-se que haja um maior número de crianças fora do convívio familiar original, ou é a maneira que o legislador encontrou para proteger a criança e os seus direitos essenciais.

Durante o trabalho, verificou-se que as hipóteses levantadas se confirmaram porque, mediante a violação da lei perante o dever de cuidado, o juiz determina a perda do poder familiar, sendo então esta, uma sanção. De igual modo, resta comprovado, que a sanção se dá em caráter inibitório, pois, foi visto que sempre que a ilicitude é cometida, é passível de sanção. Confirma-se também que na previsibilidade da proteção da criança e seus direitos, o poder familiar pode ser tirado dos pais que os violarem.

Para responder ao questionamento sobre as circunstâncias jurídicas em que ocorrem a perda do poder familiar, foi preciso fazer uma pesquisa bibliográfica, recorrer a vários autores que lecionam sobre o assunto. Fazer leitura de artigos científicos, estudar a legislação específica e complementar, assistir documentário. No entanto, diante da metodologia aqui apresentada, percebe-se que poderia ter sido feita uma coleta de dados de crescimento ou diminuição dos casos de perda do

poder familiar. Poderia ter sido parte da pesquisa, o levantamento de estatísticas relacionadas a outros países, ou, até mesmo, se a incidência de casos têm a ver com a classe social. Essas propostas não foram postas aqui, devido à necessidade de um tempo maior para a pesquisa, fato que não me condicionou explorar um leque de informações diferentes que existem sobre o assunto.

Recomenda-se que os órgãos de proteção à criança, sejam visitados, para que se obtenha dados consistentes de ocorrência da perda do poder familiar. Que as famílias em condição de vulnerabilidade social sejam visitadas, para se extrair a verdade realista das condições que essas pessoas têm para amparar os seus filhos.

Enfim, é um assunto que não se esgota, e muito menos passível de ser tratado meramente através da teoria, mas, envolve na prática, todas as circunstâncias geradoras do fato.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL, Lei nº 13.715 de 24 de setembro de 2018. Altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), e a Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), para dispor sobre hipóteses de perda do poder familiar pelo autor de determinados crimes contra outrem igualmente titular do mesmo poder familiar ou contra filho, filha ou outro descendente.

CÓDIGO CIVIL, Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil.

CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERAL DO BRASIL, promulgada em 05 de outubro de 1988.

DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das famílias. 11ª ed., revista atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

DINIZ, Maria Helena. Manual de Direito Civil. 1ª ed., São Paulo: Saraiva, 2011.

ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE, Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990.

FIUZA, César, Curso de Direito Civil. Curso completo. 17ª ed., São Paulo: 2014.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA Filho, Rodolfo. Novo Curso de Direito Civil. Direito de Família. 9ª ed., revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2019.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro. Direito de Família. vol. 6. 14ª ed., São Paulo: Saraiva, 2017.

LÔBO, Paulo. Direito Civil. Famílias. 7ª ed., São Paulo: Saraiva Educação, 2017.

MADALENO, Ana Carolina Carpes. ROLF, Madaleno. Síndrome da Alienação Parental. Importância da detecção. 5ª ed., revista. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

PEREIRA, Caio Mário da Silva, Instituições de Direito Civil. Direito de Família, vol. 5. 16ª ed., revista e atualizada por Tânia da Silva Pereira. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

TARTUCE, Flávio. Direito Civil. Direito de Família. Vol. 5. 14ª ed., Rio de Janeiro: Forense 2019.