

REFLEXÕES ACERCA DO DIREITO DE FAMÍLIA E A MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL: DIREITO ASSISTENCIAL E ENTIDADE FAMILIAR

Filipe Ewerton Ribeiro Teles¹

1. Centro de Ciências Jurídicas (CCJ) da Universidade de Fortaleza (UNIFOR), Fortaleza, Ceará, Brasil.

RESUMO

O presente capítulo tem o objetivo de abordar sobre temas avançados de Direito de Família, no que tange ao Direito Assistencial. Sendo de suma importância o aprofundamento do estudo sobre a entidade familiar contemporânea e a filiação socioafetiva, principalmente no que tange a responsabilidade dos genitores, bem como, sobre as formas que ocorrem a extinção, suspensão e perda do poder familiar. Nota-se que em todos esses institutos jurídicos, devem ser observadas as peculiaridades de cada caso. Enfim, o presente estudo é baseado no entendimento doutrinário e jurisprudencial.

Palavras-chave: Direito de Família, Direito Assistencial e Filiação socioafetiva.

ABSTRACT

This chapter aims to address advanced topics in Family Law, with regard to Assistance Law. Being extremely important to deepen the study on the contemporary family entity and socio-affective affiliation, mainly with regard to the responsibility of the parents, as well as on the ways that the extinction, suspension and loss of family power occur. It should be noted that in all of these legal institutions, the peculiarities of each case must be observed. Anyway, the present study is based on doctrinal and jurisprudential understanding.

Keywords: Family right, Assistance Law and Socio-affective affiliation.

1. INTRODUÇÃO

A família está consagrada pela Constituição Federal/88 em seu artigo 226, como sendo base da sociedade, com proteção do ente estatal, cujo seus parágrafos abordam as espécies de entidades familiares, sendo constituída pelo casamento civil, a união estável e a família monoparental. Porém, por conta das mudanças e transformações sociais,

econômicas e religiosas, vem se estabelecendo novas modalidades de famílias que, além dos laços consanguíneos ou matrimoniais, são formadas por afinidade e por afeto. Ou seja, o afeto passou a ser reconhecido como meio para regulamentação da entidade familiar.

Percebe-se a partir daí a importância de conhecer e aprofundar o estudo sobre as novas entidades familiares que, apesar de algumas não serem regulamentadas pela legislação, existem na sociedade atualmente. Desta forma, assim como ocorreu com a entidade familiar, a filiação começou a ser notada por conta do vínculo afetivo, que acabou por ampliar o conceito de paternidade. Ou seja, o Código Civil expandiu o conceito de parentesco civil, pois passou a ser parente todos que integram a família, não dependendo da relação de sangue/biológica, mas sim do afeto. Assim, veremos que o princípio da afetividade tem relação com a convivência familiar e com o princípio da igualdade entre os filhos.

Além do mais, a responsabilidade dos pais nessa seara é primordial para o desenvolvimento e crescimento dos filhos que necessitam de todo o suporte e acompanhamento. Por essa razão nesse capítulo será abordado a questão da responsabilidade subsidiária e responsabilidade parental. Contudo, as causas de extinção, suspensão e perda do poder familiar alertam e demonstram o fundamento crucial no atendimento do dever e obrigação que são atribuídos aos genitores no tocante à criação, educação e cuidados com os filhos.

2. REVISÃO DE LIETARURA

2.1. ENTIDADE FAMILIAR

Sabe-se que a família está em transformação constante, tendo seu conceito ampliado ao longo dos anos, principalmente após a vigência da Constituição Federal de 1988, e a entrada em vigor do Código Civil/2002. Nota-se, inclusive, que o casamento não era a única maneira de construção de uma família, sendo uma das inúmeras possibilidades de compartilhar a vida, baseada no amor e afeto. Assim, dentro desse contexto sugeriram diversas modalidades de entidade familiar que é necessário destacar neste capítulo.

Primeiramente, abordaremos a família matrimonial, que é conhecida como família clássica, fundada no casamento, sendo um ato solene e com registro no cartório civil

(RIZZARDO, 2008). Uma das características dessa modalidade familiar é sua formação, que ocorre mediante a celebração do casamento, realizado no religioso. Assim, o casamento é quando o casal manifesta a vontade de viver junto, sendo crucial a presença de um juiz, que reconhece e declara-o como casados (Art. 1514 do CC).

Desta forma, a família perdeu a figura patriarcal, em decorrência dos direitos e deveres referentes à sociedade conjugal serem exercidos igualmente pelo homem e pela mulher. E, com isso, as mulheres passaram a ganhar espaço na sociedade e mais independência e autonomia. Com efeito, o art. 226, § 3º da CF admitiu a união estável como entidade familiar entre o homem e a mulher (MORAES, 2003, p. 213), sendo regulada na Constituição Federal e no Código Civil/2002, nos artigos 1.573 e seguintes, e nos artigos 1790 e seguintes, que regulam a sucessão dos companheiros:

A conceituação da união estável é a mesma dada pela Lei n.º 9.278/96, ou seja, conveniência pública, continua e duradoura, com o objetivo de constituição de família, não se fala em prazo mínimo de duração, que a Lei n.º 8.971/94 estipulava uns cinco anos não será possível união estável se houver impedimento matrimonial entre os parceiros nesse sentido dispõe o art. 1723 §1, porém, com importante ressalva que resolve ter imensa questão: não se aplica o impedimento do inciso VI do art. 1.521. Relativo a pessoa casada, se era se achar separada de fato ou judicialmente (RODRIGUES, 2002, p. 86).

Assim, a união estável ou família informal, pode ser formada pelos parceiros com filhos ou sem filhos:

[...] união estável é a relação afetivo-amorosa entre um homem e uma mulher, não adúlterina e não-incestuosa, com estabilidade e durabilidade, vivendo sob o mesmo teto ou não, constituindo família sem o vínculo casamento civil. (PEREIRA, 2004. p. 28).

No entanto, a união estável não ocorrerá se houver impedimento previsto no art. 1521 do CC, exceto quanto ao inciso IV, que é o caso da pessoa que for casada, separada de fato ou judicialmente casada. Assim, desde que esta união tenha o objetivo de constituir família, será considerada como entidade familiar. Contudo, temos a família monoparental que passou a ser reconhecida pela CF/88 em seu art. 226, §4º como a entidade familiar construída por qualquer dos genitores e por seus descendentes. Ou seja, acontece quando um dos pais, sendo homem ou mulher, assume o seu papel e que crie, eduque e mantenha o seu filho:

Como primeiro fator responsável pelo fenômeno monoparental pode-se citar a liberdade com que podem as pessoas se unir e se desunir, seja através de formalidades cogentemente estabelecidas, como decorre do casamento, seja de maneira absolutamente informal, como acontece na união estável (OLIVEIRA, 2002, p. 215).

Ou seja, esta entidade familiar pode ser constituída por genitores viúvos e genitores solteiros que criam seus filhos, ou também, pelas mulheres que fazem uso da inseminação artificial e por pais separados ou divorciados. Até aquelas famílias que são formadas por quem não é parente, mas que tem um menor sobre sua guarda pode ser reconhecida como tal (DIAS, 2005).

Observa-se que há três espécies de família constitucionalizadas, estando entre as mais conhecidas a família matrimonial, união estável e monoparental. Nesse sentido, surgiu também a família anaparental, que tem como origem o afeto pela ausência dos genitores, que acaba sendo construída pela convivência entre parentes do vínculo da colateralidade, por exemplo, quando os filhos maiores ficam responsáveis por irmãos menores, surge uma família anaparental (BARROS, 2004).

Dentro desse contexto, a proteção legal cercava somente a união entre homem e mulher, deixando de lado a família composta por pessoas do mesmo sexo, conhecida como família homoafetiva. No entanto, em 2011, o STF, fundamentando-se sobre o princípio da dignidade humana, reconheceu a união estável entre pessoas do mesmo sexo, atendendo os companheiros homossexuais direitos que hoje são previstos para os casais heterossexuais. Em decorrência disto, os homossexuais em união estável tem direito à herança e pensão alimentícia por morte, além de poder tornar-se dependentes em planos de saúde (MORAES, 2011).

No entanto, o preconceito ainda está enraizado na sociedade, o que acaba prejudicando muitas famílias que ainda não se posicionaram. Ou seja, o STF reconheceu a relação homoafetiva como um vínculo de união estável, que podem se casar. Além disso, temos a família paralela ou simultânea, que é constituída em decorrência da existência de casamento anterior, ou seja, é quando um homem ou uma mulher já casados constroem outros laços familiares fora do casamento. Nota-se que as famílias paralelas existem há muito tempo, no entanto, não são amparadas pela legislação brasileira.

A família paralela como outros fenômenos sociais que buscaram o reconhecimento jurídico, precisa vencer barreiras e principalmente romper “um dos parâmetros sociais de maior carga dogmática, qual seja o ideal de monogamia (ALMEIDA, 2010). Contudo, esbarra na questão da fidelidade, do respeito, da sinceridade que devem estar presentes nos

relacionamentos. Nesse sentido, os Tribunais não aceitam as famílias paralelas como uma entidade familiar por razão da monogamia ser um princípio jurídico:

Ementa: RECONHECIMENTO DE UNIÃO ESTÁVEL - PESSOA CASADA - SEPARAÇÃO DE FATO NÃO DEMONSTRADA - REQUISITOS FÁTICOS/LEGAIS - AUSÊNCIA - NÃO RECONHECIMENTO. - A Constituição Federal de 1988 e o atual Código Civil reconhecem e protegem a união estável entre homem e mulher, configurada a convivência duradoura, pública e contínua, e o objetivo de constituição de família. No entanto, a nossa Constituição consagra a monogamia como um dos princípios norteadores da proteção da entidade familiar e do casamento. Isso impede o reconhecimento jurídico de um relacionamento afetivo paralelo a este instituto jurídico. (TJMG. AP 1.0540.07.009030-8/001. Des.Rel. Geraldo Augusto. Data da publicação 23/03/2013).

Ou seja, a legislação acompanha a transformação da sociedade, principalmente quanto à constituição das entidades familiares, com base nos princípios da dignidade da pessoa humana e do pluralismo familiar, que nos capacita vislumbrar a possibilidade de reconhecimento das formas de família.

2.2. FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA

A figura paterna e materna tem passado por grandes transformações nos últimos tempos, seja pelos avanços científicos, que permitem a busca e reconhecimento do vínculo biológico, ou por conta da evolução do ser humano e da sociedade que tem aceitado as relações familiares baseadas no afeto e no amor.

Importante mencionar que a filiação que se iniciou no Direito Romano, que reconhecia como legítimo o filho oriundo da união entre homem e mulher, e ilegítimo os havidos fora do casamento. No entanto, a CF/88 ampliou o conceito de família, trazendo o princípio de igualdade da filiação e trouxe o princípio da afetividade, justificando a relação baseada no afeto, como sendo elemento caracterizador da paternidade. Assim, pode-se dizer que o reconhecimento da filiação surgiu com a CF, baseado no art. 27 do ECA, que menciona ser um direito cujo caráter é personalíssimo, imprescritível e indisponível.

Nesse sentido, a filiação é o reconhecimento jurídico da maternidade e paternidade, com laços baseados no afeto, sem o vínculo consanguíneo entre as partes. Ou seja, quando o indivíduo cria um filho como se fosse seu, mesmo não tendo origem biológico e consanguínea:

A entidade familiar deve ser entendida, hoje, como grupo social fundado, essencialmente, em laços de afetividade, pois a outra conclusão não se pode chegar à luz do Texto Constitucional, especialmente do artigo 1º, III, que preconiza a dignidade da pessoa humana como princípio vetor da República Federativa do Brasil (FARIAS, 2004, p.15).

No entanto, é importante destacar que surgiram espécies de filiação como a biológica que condiz com a relação consanguínea e a socioafetiva, em razão dos laços afetivos entre pai e filho e ainda temos a filiação não-biológica, quando o pai autoriza a inseminação artificial heteróloga e a inseminação artificial homóloga (LÔBO, 2004). Conclui-se que os laços de afeto que se constroem entre pais e filhos não dependem de imposição biológica ou jurídica:

A verdadeira paternidade pode também não se explicar apenas na autoria genética da descendência. Pai também é aquele que se revela no comportamento cotidiano, de forma sólida e duradoura, capaz de estreitar os laços de paternidade numa relação psico-afetiva, aquele, enfim, que além de poder lhe emprestar seu nome de família, o trata verdadeiramente como seu filho perante o ambiente social (FACHIN. 2003, p.169).

Ainda, o autor Paulo Lobo (2007), afirma que existem três espécies: a biológica, com fins de parentesco; a biológica sem fins de parentesco em razão de já existir vínculo afetivo com outro genitor e, por último, a socioafetiva, constituída pela filiação. Contudo, podemos afirmar que a filiação socioafetiva encontra-se nos laços afetivos que surgem pelo sentimento de cuidado, amor e carinho. Além do mais, desde a Constituição Federal/88, não se fala mais na filiação legítima, ilegítima, natural, adotiva ou adulterina (LÔBO, 2008). Dentro desse contexto, podemos acrescentar que, em novembro de 2017, o CNJ editou o Provimento nº 63, que estabelece formas para o registro extrajudicial da filiação socioafetiva, que autoriza o reconhecimento voluntário da paternidade socioafetiva de indivíduo de qualquer idade desde que autorizado pelos oficiais de registro civil.

Posteriormente, em agosto de 2019, o CNJ editou o Provimento nº 83 prevendo que os filhos acima de 12 anos poderiam ter o registro da filiação socioafetiva de forma extrajudicial. No entanto, os menores de 12 anos deveriam pleitear seu direito judicialmente. Mais isto foi modificado por conta das fraudes que surgiram na adoção de crianças. No entanto, esse provimento trouxe novas dimensões como o reconhecimento unilateral, a apresentação de prova do vínculo afetivo, a manifestação dos genitores biológicos e parecer favorável do MP que corresponde ao deferimento.

Mas, conforme art. 1.593 do CC, resta evidente os tipos e espécies de filiação, que reconhece que o parentesco pode ter origem pelo sangue ou pela adoção, cabendo a

interpretação da legislação vigente (DIAS, 2007). É dessa forma que os Tribunais veem se posicionando nas decisões acerca desse assunto, vejamos:

EMENTA: APELAÇÃO. ADOÇÃO. Estando a criança no convívio do casal adotante há mais de 4 anos, já tendo com eles desenvolvido vínculos afetivos e sociais, é inconcebível retirá-la da guarda daqueles que reconhece como pais, mormente, quando a mãe biológica demonstrou interesse em dá-la em adoção, depois se arrependendo. Evidenciado que o vínculo afetivo da menor, a esta altura da vida encontra-se bem definido na pessoa dos apelados, deve-se prestigiar, como reiteradamente temos decidido neste colegiado, a PATERNIDADE SOCIOAFETIVA, sobre a paternidade biológica, sempre que, no conflito entre ambas, assim apontar o superior interesse da criança. Negaram Provento. (TJRS. Apelação Cível nº 000190039. Sétima Câmara Cível. Relator: Des. Luiz Felipe Brasil Santos. Julgado em 02/05/2001).

Ou seja, o afeto ultrapassa a questão da consanguinidade, e o vínculo formado não pode ser desconsiderado, não cabendo a desconstituição dessa paternidade socioafetiva entre pai e filho. Contudo, o artigo 22 do ECA, estabelece 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”. Assim, o genitor é responsável pela criança, na qual deve proporcionar amor, cuidado e carinho a fim de que o menor cresça e tenha um desenvolvimento sadio. Sabe-se que um lar onde se preza por valores, respeito e educação tende a dar bons frutos no futuro. Assim, temos a paternidade biológica, que pode ser comprovada com exame de DNA, e de outro lado, tem-se a filiação, que decorre do convívio e do relacionamento saudável entre pai e filho, com base no afeto e no amor.

2.3. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA E PARENTAL

A responsabilidade dos genitores é um dever irrenunciável para que os menores tenham melhor condição de vida, pois são seres em desenvolvimento e crescimento, sendo de suma importância o papel dos pais na formação dos filhos. Por isso o ordenamento jurídico estabelece as obrigações e deveres dos genitores, em razão do poder familiar.

Assim, a Constituição Federal/88, no artigo 227, menciona que é dever da família educar e proporcionar convivência familiar. E no artigo 229, concede aos pais a obrigação de proporcionar educação e criação aos filhos.

Contudo, o ECA estabelece e prevê cuidados com as crianças e adolescentes. Inclusive no artigo 3º garante que estes tenham direitos fundamentais, com desenvolvimento físico, mental, moral e social, em condições de liberdade e de dignidade. Desta maneira, o

Código Civil/2002, impõe entre o casal, ou seja, os genitores, o dever de sustento, criação, e educação dos menores (art. 1.634 e 1.566, IV).

Enquanto nos artigos 1.583 a 1.590, da mesma legislação, estabelece que os filhos merecem proteção quando ocorrer a separação do casal, sobretudo quando os pais se negam em relação aos direitos dos filhos e descumprem sua obrigação legal, acaba gerando consequências ao desenvolvimento do menor.

Portanto, os genitores têm responsabilidades por todo ato danoso cometido pelos filhos menores de idade pela autoridade parental sobre eles. Ou seja, os pais respondem de forma principal, conjunta e solidária pelas obrigações e deveres dessa relação:

Essa espécie de responsabilidade tem por fundamento o vínculo jurídico legal existente entre pais e filhos menores, o poder familiar, que impõe aos pais obrigações várias, entre as quais a de assistência material e moral (alimentos, educação, instrução) e de vigilância, sendo esta nada mais que um comportamento da obra educativa (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 239).

Além disso, a responsabilidade por omissão ou negligência dos genitores tem por consequência a responsabilidade passível de reparação, inclusive aquele que não possui a guarda do filho, mais que exerce o direito de visita. Destarte, a responsabilidade paterna tem a finalidade do dever de guarda (GONÇALVES, 2008).

No entanto, outros autores defendem que a responsabilidade paterna é o exercício do poder familiar (DINIZ, 2004; CAVALIERI FILHO, 2008). Ainda, existe uma outra linha de pensamento que afirma que o fundamento da responsabilidade dos genitores no Código Civil é a teoria do risco da dependência em razão do exercício do poder familiar (SIMÃO, 2008).

No entanto, o art. 928 do CC, dispõe sobre a responsabilidade subsidiária ao impor que “o incapaz responde pelos prejuízos que causar, se as pessoas por ele responsáveis não tiverem obrigação de fazê-lo ou não dispuserem de meios suficientes”, enquanto que o art. 942, parágrafo único do CC, impõe serem “solidariamente responsáveis com os autores, os coautores e as pessoas designadas no art. 932.

Nota-se que o art. 928 do CC, protege os incapazes por conta da responsabilidade subsidiária, e o art. 942 desse mesmo dispositivo, protege a vítima através da responsabilidade solidária entre os genitores e o menor. Além disso, importante destacar que a falta de coabitação não retira a responsabilidade dos pais, podendo haver, em determinados casos, responsabilidade do pai sem a convivência, desde que, o convívio não tenha sido cortado por culpa do pai (LIMA, 2000).

Destarte, os genitores devem se responsabilizar pelos atos praticados pelos filhos menores de idade, pois têm o dever de assistir, criar e educar os filhos. Logo, podemos afirmar que a responsabilidade parental surge em decorrência dos vínculos que rodeiam a família, que não se limita somente ao dever de cuidado e de alimentar, mais também no dever de zelar pela sua segurança, provendo o seu sustento e educação.

Além disso, podem representá-los, ainda que nascituros e cuidar da administração dos bens até a maioridade:

Art. 229 da CF: 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.

Ou seja, a Responsabilidade Parental consiste nos deveres relacionados ao bem-estar material e moral dos filhos, assegurando a educação, o sustento, a representação legal e a administração dos bens. Destaca-se que, durante o matrimônio, a responsabilidade parental é de ambos os genitores, que devem exercer as responsabilidades e, em caso de discordância entre as partes, estas podem ingressar com demanda judicial para discussão de tal assunto.

Contudo, observa-se que o artigo 1.634 do CC estabelece os direitos e deveres que compete aos pais:

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.

Mas, se um dos genitores não puder exercer a responsabilidade parental por incapacidade, ausência ou impedimento, compete ao outro genitor fazê-lo. E se este estiver impedido também, competirá a uma pessoa próxima da família, desde que haja concordância entre as partes. No entanto, se a ausência se der em razão da morte de um dos pais, a responsabilidade parental será do sobrevivente ou do tutor nomeado. Assim, observa que a responsabilidade parental está garantida pelo ECA, entre os princípios que regulam as medidas de proteção à criança e ao adolescente:

Art. 100, IX, ECA - responsabilidade parental: a intervenção deve ser efetuada de modo que os pais assumam os seus deveres para com a criança e o adolescente.

Enfim, os direitos e deveres dos genitores, devem priorizar a melhor proteção do menor, proporcionando melhores condições de desenvolvimento e um crescimento sadio.

2.4. O PODER FAMILIAR E SUAS FORMAS DE EXTINÇÃO, SUSPENSÃO E PERDA

Como já vimos, os genitores adquirem obrigações e deveres em relação ao filho, de maneira que devem obedecer às normas previstas na Constituição Federal, no Código Civil e no ECA. Caso haja descumprimento, devem arcar com as consequências e responder pelos seus atos. Com isso, o artigo 1.630 do CC, prevê que “os filhos estão sujeitos ao poder familiar, enquanto menores”. No entanto, a menoridade acaba aos 18 (dezoito) anos havendo a extinção do poder familiar, ou pode ocorrer antes, caso ocorra a emancipação. Logo, tem-se que o poder parental não pode ser vendido, renunciado, delegado ou substabelecido.

Inclusive, é importante destacar que o papel do ente estatal é proteger as famílias, cabendo a fiscalização do exercício do poder familiar, a fim de que não ocorra a suspensão ou extinção. Sendo que essa penalidade é aplicada quando o poder familiar coloca o filho em situações perigosas ou que vai na contramão da dignidade humana. Nesse sentido, importante distinguir a questão da perda e extinção do poder familiar:

(...) perda é uma sanção imposta por sentença judicial, enquanto a extinção ocorre pela morte, emancipação ou extinção do sujeito passivo. Assim, há impropriedade terminológica na lei que utiliza indistintamente as duas expressões (DIAS, 2015, p. 9-10).

Com relação à forma que ocorre a suspensão do poder familiar, o CC em seu artigo 1.637 prevê que:

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, até suspendendo o poder familiar, quando convenha.

Parágrafo único - Suspende-se igualmente o exercício do poder familiar ao pai ou à mãe condenados por sentença irrecorrível, em virtude de crime cuja pena exceda a dois anos de prisão.

Desta forma, ressalta que a carência de recursos financeiros para cooperar ou promover o sustento da família, não é motivo para a decretação da suspensão e perda do poder familiar, conforme dispõe o artigo 23 do ECA:

Art. 23. A falta ou a carência de recursos materiais não constitui motivo suficiente para a perda ou a suspensão do poder familiar.
§ 1º Não existindo outro motivo que por si só autorize a decretação da medida, a criança ou o adolescente será mantido em sua família de origem, a qual deverá obrigatoriamente ser incluída em serviços e programas oficiais de proteção, apoio e promoção.

Ou seja, a suspensão é considerada uma medida menos gravosa, sendo possível a revisão, pois a condenação criminal dos genitores não decorre na destituição do poder familiar. No tocante à extinção do poder familiar pode acontecer devido aos fatos naturais, de pleno direito ou por decisão judicial, conforme estabelece o artigo 1.635 do CC:

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.

Portanto, a perda do poder familiar é uma maneira de destituir o poder familiar determinado por decisão judicial, diante do artigo 1638 do CC:

Perderá por ato judicial o poder familiar o pai ou a mãe que:
I - castigar imoderadamente o filho;
II - deixar o filho em abandono;
III - praticar atos contrários à moral e aos bons costumes;
IV - incidir, reiteradamente, nas faltas previstas no artigo antecedente.

Mas, na falta de cumprimento dos deveres dos pais, perde-se o poder familiar, que é conhecida como a medida mais grave:

A perda do poder familiar é a mais grave medida imposta em virtude da falta aos deveres dos pais para com o filho, ou falha em relação à condição paterna ou materna, estribando-se em motivos bem mais sérios que a suspensão. Será ela imposta quando qualquer dos pais agir desviando-se ostensivamente da finalidade da instituição, pelo que se lhe vai retirar a autoridade, destituindo-o de toda e qualquer prerrogativa com relação ao filho. Constitui-se em providências que o Código toma em defesa dos menores, contra os pais desnaturados (COMEL, 2003, p. 283).

No entanto, em alguns casos, os genitores conseguem recuperar o poder familiar, desde que comprovem as causas que a determinaram:

(...) a perda é permanente, mas não definitiva. Os pais podem recuperar o poder familiar, desde que comprovem a cessação das causas que a determinaram. Como o princípio da proteção integral dos interesses da criança, por imperativo constitucional, deve ser o norte, parece que a regra de se ter por extinto o poder familiar em toda e qualquer hipótese de perda não é a que melhor atende aos interesses do menor (DIAS, 2015, p. 9-10).

Assim, a destituição do poder familiar pode acontecer de diversas formas, conforme decisão do Tribunal abaixo:

APELAÇÃO CÍVEL. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. AÇÃO DE DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR. SUSPENSÃO DO PODER FAMILIAR DA GENITORA E DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR DO PAI. SENTENÇA MANTIDA. 1. Comprovado que, nada obstante evidenciado o profundo vínculo afetivo existente, a mãe dos infantes não tem condições de exercer, de forma adequada, o poder familiar, necessitando acompanhamento especializado, é de rigor a manutenção do abrigo das crianças e da suspensão do poder familiar da genitora. 2. Comprovado que o genitor não tem condições de cumprir com os deveres inerentes ao poder familiar, submetendo os filhos à negligência e ao abandono material e afetivo, bem como à condutas sexualmente abusivas, impõe-se a destituição do poder familiar, diante da prevalência do princípio do superior interesse da criança. APELO DESPROVIDO. (Apelação Cível Nº 70072946411, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sandra Brisolara Medeiros, Julgado em 28/06/2017).

Com o advento da Lei nº 13.715/2018, que expandiu as maneiras que podem ocorrer a perda do poder familiar, inserindo entre as vítimas a pessoa titular do poder familiar e outros descendentes:

Art. 92 do CP - São também efeitos da condenação:

(...)

II – a incapacidade para o exercício do poder familiar, da tutela ou da curatela nos crimes dolosos sujeitos à pena de reclusão cometidos contra outrem igualmente titular do mesmo poder familiar, contra filho, filha ou outro descendente ou contra tutelado ou curatelado;

Ou seja, a legislação passou a estabelecer novas formas de perda do poder familiar, como o crime que foi cometido de um genitor contra outro ou crime cometido contra os netos. Na primeira situação podemos considerar os casos de violência doméstica, quando ocorrer agressão contra mulher grávida, que se torna um crime de lesão corporal de natureza grave, com reclusão de um a cinco anos, podendo ser privado do poder familiar sobre o filho

premature. A condenção é sobre a relação entre o condenado e a vítima, não atingindo outros filhos:

O pai agride um de seus seis filhos; condenado por lesão corporal grave a uma pena de um ano de reclusão, pode o juiz determinar a incapacidade para o exercício do poder familiar em relação àquela vítima. Os outros cinco filhos podem perfeitamente continuar sob sua tutela (NUCCI, 2009, p. 554).

No entanto, há doutrinador que tem entendimento diverso, que nestes casos, a decretação da perda familiar cai sobre todos os filhos e não somente sobre o filho que foi “vítima”, no sentido de que todos correm o risco de sofrer o mesmo delito:

Essa incapacidade pode ser estendida para alcançar outros filhos, pupilos ou curatelados, além da vítima do crime. Não seria razoável, exemplificativamente, decretar a perda do poder familiar somente em relação à filha de dez anos de idade estuprada pelo pai, aguardando fosse igual delito praticado contra as outras filhas mais jovens, para que só então se privasse o genitor desse direito (MASSON, 2009, p. 798).

Além disso, a nova Lei nº 13.715/2018 alterou o CC ao acrescentar no art. 1.638 o parágrafo único. Vejamos:

I – praticar contra outrem igualmente titular do mesmo poder familiar:
a) homicídio, feminicídio ou lesão corporal de natureza grave ou seguida de morte, quando se tratar de crime doloso envolvendo violência doméstica e familiar ou menosprezo ou discriminação à condição de mulher;
b) estupro ou outro crime contra a dignidade sexual sujeito à pena de reclusão;
II – praticar contra filho, filha ou outro descendente:
a) homicídio, feminicídio ou lesão corporal de natureza grave ou seguida de morte, quando se tratar de crime doloso envolvendo violência doméstica e familiar ou menosprezo ou discriminação à condição de mulher;
b) estupro, estupro de vulnerável ou outro crime contra a dignidade sexual sujeito à pena de reclusão.

Assim, a Lei nº 13.715/2018 autoriza perder o poder familiar sobre filhos que não sejam vítimas diretas da conduta praticada pelo agressor, mas por serem colocados em risco.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Desta maneira, a finalidade deste capítulo foi trazer as propostas dos temas principais que circulam sobre o direito de família, como a questão do poder familiar e direito

assistencial. Com isso, discorrer sobre a temática suscitada a fim de um maior aprofundamento sobre a matéria quanto ao direito de família e previsão no direito civil foi fundamental para explanação e desenvolvimento de temáticas que estão em constate debate pela doutrina e jurisprudência pátria.

4. REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, R. B.; RODRIGUES JÚNIOR, W. E. R. **Direito Civil Famílias**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- BRASIL. **Constituição** (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Centro Gráfico, 1988.
- BRASIL. **Lei n. 10.406**, 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 2002.
- CAVALIERI FILHO, S. **Programa de Responsabilidade Civil**. 11^a ed. São Paulo: Atlas S. A., 2014.
- COMEL, D. D. **Do poder familiar**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- DIAS, M. B. **Manual de direito das famílias**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
- DINIZ, M. H. **Curso de Direito Civil Brasileiro: direito de família**. v. 5. São Paulo: Saraiva, 2002.
- FACHIN, L. E. **Direito de Família: elementos críticos à luz do novo Código Civil brasileiro**. 2.ed.Coordenador: Ricardo Pereira Lira. Rio de Janeiro : Renovar, 2003.
- FARIAS, C. C. Direito Constitucional à família: Um bosquejo para uma aproximação conceitual à luz da legalidade Constitucional. **Revista Brasileira de Direito de Família**, v. 6, n. 23, p. 5–21, 2004.
- LIMA, A. **A responsabilidade civil pelo fato de outrem**, 2^a ed. rev. e atual. por Nelson Nery Jr., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.
- MASSON, C. **Direito Penal Esquematizado – Parte Geral**. 2^a ed. São Paulo: Método, 2009.
- MORAES, A. **Constituição Federal de 1988**. 20^o ed. São Paulo: Atlas. 2003.
- MORAES, F. R. P. **Das uniões estáveis adulterinas e polícia judiciária paralela**. Goiânia: PUCGO/Kelps, 2011.
- NUCCI, G. S. **Manual de Direito Penal**. 6^a ed. São Paulo: RT, 2009.
- SIMÃO, J. F. **Responsabilidade civil do incapaz**. São Paulo: Atlas, 2008.