

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL

FACULDADE DE DIREITO

PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

**PODER FAMILIAR E CAPACIDADE DE EXERCÍCIO  
DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES**

Tese apresentada como requisito  
parcial à obtenção do grau de Doutor  
em Direito – Área de Concentração  
em Fundamentos da Experiência  
Jurídica, sob a orientação da Profa.  
Dra. Judith Hofmeister Martins-  
Costa.

ALEXANDRE DOS SANTOS CUNHA

PORTO ALEGRE, MARÇO DE 2009

## **RESUMO**

O poder familiar e a capacidade de exercício das crianças e adolescentes são temas conexos e tradicionais do Direito Civil. Historicamente complementares, esses institutos jurídicos vêm ambos sofrendo um forte impacto do processo de despatrimonialização das relações jurídicas privadas e da construção do Direito da Criança e do Adolescente como um micro-sistema jurídico autônomo, o que resulta num quadro aparentemente antinômico e contraditório. Problematizar a adequação dos regimes jurídicos do poder familiar e da capacidade de exercício das crianças e adolescentes no ordenamento jurídico brasileiro, realizando um esforço relacional e uma hermenêutica integradora que permitam a conformação de uma dogmática das relações parentais contemporâneas, é o objetivo central da presente tese. Para tanto, abordam-se fundamentalmente os temas do estatuto jurídico, da atribuição da capacidade e do exercício das situações jurídicas pelas crianças e adolescentes.

Palavras-chave: poder familiar, capacidade de exercício, criança e adolescente.

## **ABSTRACT**

Defining parental authority and the capacity of children to exercise rights are two traditional themes of Private Law; they are also interconnected and historically complementary. These two juridical constructs have recently reflected the strong impact of the process of depatrimonialization undergone by private law relations, as well as the creation of an autonomous legal subsystem of Brazilian law concerning children. Apparently, these results might seem antinomic and contradictory. The central aim of this thesis is to problematize the appropriateness of the legal constructs of parental authority and the capacity of children to exercise rights in the Brazilian legal system, making a relational effort, and applying integrating hermeneutics, in order to bring to conformity the dogmatic of contemporary parental relations. With this aim, we have basically approached the themes of the legal status, the attribution of capacity, and the exercise of rights by children.

Keywords: parental authority, capacity to exercise rights, children.

## **RESUMÉE**

La définition d'autorité familiale et de la capacité d'exercer des droits, pour les enfants, sont deux thèmes chers au Droit civil ; ils sont aussi interconnectés et historiquement complémentaires. Ces deux constructions juridiques ont récemment subi l'impacte considérable de la dépatrimonialisation, un processus qui a atteint les relations juridiques privées ; et de la création d'un sous-système juridique autonome dans la législation brésilienne, celui concernant le Droit de l'enfant. Ces résultats peuvent d'abord être considérés comme antinomiques et contradictoires. L'objectif central de cette thèse est de problématiser l'adéquation des constructions juridiques de l'autorité familiale et de la capacité d'exercice de droits, pour les enfants, dans le système juridique du Brésil. Afin de mener à bout cette analyse, on fera un effort relationnel, tout en employant une herméneutique d'intégration, pour mettre en conformité la dogmatique contemporaine des relations de parenté. Avec ces objectifs, nous avons fondamentalement abordé les thèmes du statut juridique, de l'attribution de la capacité, et de l'exercice des situations juridiques par les enfants.

Mots clef : autorité parentale, capacité d'exercice, enfants.

## AGRADECIMENTOS

Olhando retrospectivamente os quatro anos de pesquisa que resultaram na presente tese, vislumbro a presença constante de três mulheres, cuja graça e sabedoria marcaram indelevelmente o meu trabalho e a minha personalidade: minha orientadora, Judith Martins Costa; minha esposa, Raquel Antunes Martins; e minha filha, Helena Martins da Cunha.

Premido pela dureza da forma, qualquer texto acadêmico será sempre insuficiente para descrever o significado acadêmico e pessoal de ser orientado pela Profa. Dra. Judith Hofmeister Martins-Costa. Talvez isso só venha a ser possível no dia em que o pequeno grupo de privilegiados que gozou dessa experiência rompa com a inércia e finalmente escreva um tão longamente prometido **Manual da Orientação Total**: muito mais do que um curso de metodologia do ensino e da pesquisa jurídica, um roteiro para a formação integral da pessoa humana.

No campo das relações conjugais, pude construir com a Raquel um vigoroso exemplo de comunhão plena de vida, sem a qual eu não seria quem sou, e esta tese não seria o que é. Enquanto pesquisava e escrevia, estabelecemos relações parentais com a pequena Helena. Uma vez capaz para consentir, espero que ela compreenda e absolva todos os momentos nos quais não pude levá-la ao parque.

Sem qualquer sombra de dúvida, as minuciosas arguições sofridas em minha banca de seleção para o ingresso no Curso de Doutorado do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul e na banca de qualificação desta tese resultaram indispensáveis à construção de um projeto de pesquisa mais coerente e à produção de um trabalho menos deficiente, motivo pelo qual manifesto minha gratidão aos professores doutores Cláudia Lima Marques, Cláudio Fortunato Michelin Júnior, Débora Gozzo, Luís Renato Ferreira da Silva, Paulo de Tarso Sanseverino e Vera Maria Jacob de Fradera.

Escrito enquanto desempenhava as funções de pesquisador e professor da Fundação Getulio Vargas, este texto aproveitou muito do diálogo com os professores André Rodrigues Corrêa, Karime Costalunga, Marcelo Neves, Márcia Nina Bernardes, Roberta Nioac Prado e Sérgio Machado Terra. Agradeço ainda o apoio institucional prestado pelos diretores e coordenadores da Escola de Direito de São Paulo, em especial os quatro meses de licença remunerada indispensáveis ao cumprimento dos créditos essenciais ao doutoramento.

Se não fosse pela Maria Helena e sua eterna paciência, esta tese não existiria. Ela sabe muito bem o porquê.

São Paulo, 30 de março de 2009

## SUMÁRIO

Introdução

I Relações familiares e relações de direito de família

A) Relações sociais e relações jurídicas

B) Relações jurídicas e relações de direito de família

II Relações de direito de família e direitos das crianças e adolescentes

A) Relações jurídicas conjugais e parentais

B) Relações jurídicas parentais e direitos das crianças e adolescentes

III O estatuto familiar e a capacidade de exercício

A) Regra de maioridade e estatuto familiar

B) Estatuto familiar e patrimonialização da pessoa

IV A maturidade e a capacidade para consentir

A) Despatrimonialização e autodeterminação da pessoa humana

B) Autodeterminação e capacidade para consentir

Conclusões gerais

## ÍNDICE

Introdução.....	10
I Relações familiares e relações de direito de família.....	28
A) Relações sociais e relações jurídicas.....	31
B) Relações jurídicas e relações de direito de família.....	40
II Relações de direito de família e direitos das crianças e adolescentes.....	56
A) Relações jurídicas conjugais e parentais.....	58
B) Relações jurídicas parentais e direitos das crianças e adolescentes.....	73
III O estatuto familiar e a capacidade de exercício.....	89
A) Regra de maioridade e estatuto familiar.....	92
B) Estatuto familiar e patrimonialização da pessoa.....	105
IV A maturidade e a capacidade para consentir.....	121
A) Despatrimonialização e autodeterminação da pessoa humana.....	124
B) Autodeterminação e capacidade para consentir.....	136
Conclusões gerais.....	149
Referências bibliográficas.....	153



*“Children will now have, in wider measure than ever before, that most dangerous but most precious of rights: the right to make their own mistakes.”*

John Eekelaar, *The emergence of children’s rights.*

## INTRODUÇÃO

Os temas do poder familiar e da capacidade de exercício das crianças e adolescentes são tradicionais no Direito Civil. De um certo modo, pode-se até afirmar que as relações entre um e outro são objeto usual de atenção dos civilistas, quer nas codificações e na legislação em geral, quanto em estudos doutrinários<sup>1</sup>.

O Código Civil e o Estatuto da Criança e do Adolescente ocupam-se de ambos os institutos jurídicos. Nos termos do art. 2º do Estatuto da Criança e do Adolescente, são crianças as pessoas menores de doze anos de idade e adolescentes as pessoas maiores de doze e menores de

---

<sup>1</sup> No caso específico do Brasil, além das exposições mais ou menos sintéticas em cursos, manuais e tratados de Direito Civil, ambos os temas já foram objeto de obras monográficas específicas editadas em livro. A respeito do poder familiar, é clássico o texto de José Virgílio Castelo Branco ROCHA (**O pátrio poder: estudo teórico-prático**. Rio de Janeiro: Tupã, 1960). Mais recentemente, sobre o assunto escreveram José Antonio de Paula SANTOS NETO (**O pátrio poder**. São Paulo: RT, 1994), Roberto João ELIAS (**Pátrio poder: guarda dos filhos e direito de visita**. São Paulo: Saraiva, 1999) e Denise Damo COMEL (**Do poder familiar**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003). Sobre a capacidade de exercício, encontra-se o exaustivo e tradicional tratado de Francisco Pereira Bulhões de CARVALHO (**Incapacidade civil e restrições de direito**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1957. 2v.). Em alguns outros países, pode-se perceber uma tendência para substituir as análises em apartado por estudos relacionais entre o poder familiar e a capacidade de exercício das crianças e adolescentes. Esse é o caso das obras dos juristas franceses Claire NEIRINCK (*La protection de la personne de l'enfant contre ses parents*. Paris: LGDJ, 1984) e François BOULANGER (*Les rapports juridiques entre parents et enfants*. Paris: Economica, 1998).

dezoito anos completos. Às crianças e adolescentes menores de dezesseis anos de idade, impõe o Código Civil, em seu artigo 3º, inciso I, uma presunção de incapacidade absoluta ao exercício de situações jurídicas<sup>2</sup>. Dessa forma, encontram-se essas pessoas impedidas de praticar atos jurídicos, devendo ser representadas por um responsável legal. Aos adolescentes maiores de dezesseis e menores de dezoito anos de idade, o mesmo Código Civil, em seu artigo 4º, inciso I, atribui uma presunção de incapacidade relativa ao exercício de situações jurídicas. Assim sendo, a celebração de atos jurídicos por parte dessas pessoas requer a concordância de um responsável legal, a quem incumbe assistir ao ato e assentir com a sua prática, no que se denomina de assentimento assistencial. Ao representar ou assistir ao incapaz, diz-se que o responsável legal age no sentido de suprir ou suplementar a sua incapacidade para o exercício de situações jurídicas, viabilizando uma atuação jurídica válida.

---

<sup>2</sup> A expressão “situação jurídica” é polissêmica. Para as finalidades desta tese, “situação jurídica é a situação que de direito se instaura em razão de uma determinada situação de fato, revelada como fato jurídico, e que se traduz na disposição normativa de sujeitos concretos posicionados perante certo objeto” (CASTRO, Torquato. **Teoria da situação jurídica em Direito Privado nacional**. São Paulo: Saraiva, 1985, p. 50). Conseqüentemente, será utilizada para designar genericamente as conseqüências jurídicas da incidência de uma norma jurídica sobre um fato natural ou social, englobando direitos subjetivos, poderes jurídicos, faculdades, proteções reflexas, expectativas de direito, poderes funcionais, exceções de direito material, deveres jurídicos, obrigações, estados de sujeição, ônus, encargos, deveres genéricos e deveres funcionais. Cf. MENEZES CORDEIRO, António. **Tratado de Direito Civil português**. Coimbra: Almedina, 1999, v. 1, t. 1, p. 99-147.

Prescreve ainda o Código Civil, no artigo 1.630, que os pais gozam de poder familiar sobre seus filhos, enquanto menores e incapazes. No exercício desse poder familiar, compete aos pais representar ou assistir os filhos, na condição de responsáveis legais (Código Civil, artigo 1.634, inciso V). Esse poder derivado de representação ou assistência incumbe a ambos os pais, em igualdade de condições (Código Civil, artigo 1.631), independentemente da ausência ou existência de uma relação conjugal entre eles (Código Civil, artigo 1.632). Do mesmo modo, o estabelecimento de uma nova relação conjugal entre um dos pais e uma terceira pessoa não influi na atribuição ou no exercício do poder familiar (Código Civil, artigo 1.636). Salvo na hipótese de suspensão temporária do poder familiar, em virtude de comportamento parental em abuso de direito (Código Civil, artigo 1.637), o exercício do poder familiar compete exclusivamente aos pais (Código Civil, artigo 1.690), não podendo ser, transitória ou definitivamente, transferido a terceiros, nem ao Estado<sup>3</sup>.

Conforme o artigo 1.635 do Código Civil, a extinção do poder familiar sobre os filhos depende da desconstituição da relação parental, da decadência do poder familiar ou da emancipação dos filhos, com a

---

<sup>3</sup> A suspensão temporária do poder familiar coloca a criança ou adolescente sob a guarda de uma família substituta (Estatuto da Criança e do Adolescente, artigo 28). Entretanto, a guarda em família substituta não altera a titularidade, mas apenas o exercício do poder familiar, constituindo modalidade de posse de direitos. Cf. LIBERATI, Wilson Donizeti. **Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente**. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 32-35.

conseqüente atribuição da plena capacidade para o exercício de situações jurídicas. Portanto, não se pode falar em poder familiar nos casos em que o responsável legal seja um tutor, nem nas hipóteses em que a criança ou adolescente tenha obtido a plena capacidade de exercício em virtude da emancipação, ou ainda na circunstância de o incapaz não ser criança ou adolescente, por contar com mais de dezoito anos de idade<sup>4</sup>. Os deveres de respeito e mútua assistência, inerentes às relações de parentesco, e que permanecem vigentes entre os pais e seus filhos capazes ou maiores de dezoito anos de idade, não se confundem com o poder familiar.

Expostos dessa forma, o instituto jurídico do poder familiar, o poder derivado de representação ou assistência e a capacidade de exercício das crianças e adolescentes guardam a aparência de complementaridade e

---

<sup>4</sup> Cf. PEREIRA JÚNIOR, Antonio Jorge. Fundamentos de fiscalização e orientação do poder familiar. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, v. 97, 2002, p. 152. A desconstituição da relação parental decorre da morte ou da adoção (Código Civil, artigo 1.635, incisos I e IV). A morte de um dos pais gera a consolidação do poder familiar em favor do sobrevivente (Código Civil, artigo 1.631). Já a morte de ambos os pais extingue o poder familiar, ingressando a criança ou adolescente no regime assistencial da tutela, “terreno que se parece com o do pátrio poder, sem com ele se confundir” (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954, v. 5, p. 263). A mesma lógica é aplicável aos casos nos quais uma decisão judicial imponha a decadência do poder familiar, em virtude de comportamento parental em grave abuso de direito (Código Civil, artigo 1.638). Contudo, a desconstituição da relação parental pela entrega da criança ou adolescente em adoção resulta na extinção do poder familiar de que gozam os pais originários, mas imputa um novo poder familiar aos adotantes (Estatuto da Criança e do Adolescente, artigo 41).

congruência, sem antinomias ou contradições aparentes. No entanto, o problema central da presente tese é questionar a adequação dos regimes jurídicos do poder familiar e do poder derivado de representação ou assistência àquele da capacidade de exercício das crianças e adolescentes, no sistema jurídico brasileiro, razão pela qual a perspectiva proposta reveste-se de originalidade em relação às abordagens doutrinárias tradicionais no Direito Civil. Assim sendo, excluem-se de seu escopo as questões relativas à capacidade de exercício das crianças e adolescentes que não estejam submetidos ao poder familiar.

A tensão dissimulada sob a aparente congruência das regras relativas ao poder familiar e à capacidade de exercício das crianças e adolescentes tem duas origens, uma interna e a outra externa ao Direito Civil. A primeira diz respeito ao impacto que o processo de reconhecimento de um caráter extrapatrimonial nas relações jurídicas privadas vem exercendo sobre a teoria das pessoas<sup>5</sup>. A segunda relaciona-se com a emergência dos direitos da criança e do adolescente como categoria jurídica autônoma, originando um micro-sistema jurídico portador de princípios

---

<sup>5</sup> A respeito do processo de reconhecimento de um caráter extrapatrimonial nas relações jurídicas privadas e seus efeitos sobre a teoria das pessoas, ver CUNHA, Alexandre dos Santos. **A normatividade da pessoa humana**: o estatuto jurídico da personalidade e o Código Civil de 2002. Rio de Janeiro: Forense, 2005, bem como a bibliografia ali indicada.

próprios, o que resultou numa reconfiguração do sistema jurídico privado e da teoria do direito subjetivo<sup>6</sup>.

Internamente ao Direito Civil, a aparente complementaridade entre as regras relativas ao poder familiar e à capacidade de exercício das crianças e adolescentes sofre o impacto direto do processo de despatrimonialização das relações jurídicas privadas. Concebida originalmente a partir da lógica estritamente patrimonial preponderante no civilismo oitocentista<sup>7</sup>, a conexão entre as regras sobre o poder familiar e a capacidade de exercício das crianças e adolescentes encontra-se estabelecida com duas finalidades precípuas. Em primeiro lugar, a de regular as relações patrimoniais entre pais e filhos, gerando direitos e obrigações recíprocos e resguardando o patrimônio destes de administrações ruinosas que possam conduzir ao seu empobrecimento, razão pela qual o Código Civil ocupa-se longamente em normatizar o usufruto e a administração dos bens dos filhos, enquanto submetidos ao poder familiar (Código Civil, artigos 1.689 a 1.693). Em segundo lugar, o

---

<sup>6</sup> Sobre a emergência dos direitos da criança e do adolescente como categoria jurídica autônoma, ver o artigo clássico de EEKELAAR, John. *The emergence of children's rights*. *Oxford Journal of Legal Studies*, v. 6, n. 2, 1986, p. 161. A esse respeito, do ponto de vista da teoria do direito subjetivo, ver MacCORMICK, Neil. *Children's rights: a test-case for theories of right*. *Legal right and social democracy: essays in legal and political philosophy*. Oxford: Clarendon, 1982, p. 154.

<sup>7</sup> Cf. MESSINETTI, Davide. *Personalità (diritti della)*. In: *Enciclopedia Giuridica Giuffrè*. Milão: Giuffrè, 1984, p. 356-367.

elo entre o poder familiar e a capacidade de exercício também exerce a função de manter o patrimônio das crianças e adolescentes no tráfego jurídico, determinando o modo como estes podem celebrar atos jurídicos com terceiros. Dessa forma, a legislação civil procura regular o exercício da representação (Código Civil, artigos 115 a 120) e do assentimento assistencial (Código Civil, artigos 171 a 184), em benefício da segurança jurídica e da preservação dos interesses patrimoniais de terceiros que venham a estabelecer relações jurídicas com crianças ou adolescentes.

Entretanto, uma concepção primordialmente patrimonialista das relações entre o poder familiar e a capacidade de exercício das crianças e adolescentes conduz fundamentalmente a duas espécies de problemas, no contexto da despatrimonialização das relações jurídicas privadas<sup>8</sup>.

O primeiro diz respeito ao caráter extrapatrimonial de que se revestem algumas relações jurídicas privadas *a priori* patrimoniais. Suponha-se o seguinte exemplo. Um casal tem um único filho, de dez anos de idade. Em virtude da morte da mãe, a criança torna-se proprietária por herança da casa onde cresceu em companhia dos pais. No exercício exclusivo do poder familiar e dos direitos de administração e usufruto do

---

<sup>8</sup> No entendimento de Perlingieri, o processo de despatrimonialização das relações jurídicas privadas deve ser compreendido como uma transição do paradigma do Direito Civil como espaço de realização de interesses meramente econômicos para um contexto de reconhecimento integral dos valores existenciais da pessoa humana, inclusive os de caráter material. Cf. PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil**: introdução ao Direito Civil Constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 33-34.



patrimônio do menor, o pai resolve alugar o imóvel e mudar-se com o filho para um apartamento. Como o condomínio onde passam a morar não aceita animais, doa o gato que pertencia à criança para um abrigo. Do ponto de vista normativo estrito, nenhum desses atos é ilegal. Como administrador e usufrutuário da casa herdada pelo filho, nada impede o pai de alugá-la a terceiros. Do mesmo modo, não há qualquer restrição ao exercício da representação para doação de bens móveis pertencentes ao filho, tais como animais de estimação desprovidos de valor econômico significativo. Por outro lado, é provável que o vínculo afetivo estabelecido com a casa que compartilhou com a falecida mãe seja mais importante para o desenvolvimento da personalidade da criança do que um maior conforto material. O mesmo vale para o gato de estimação. Ainda que se leve em consideração a remota hipótese em que o filho venha a recorrer ao Ministério Público, invocando o artigo 1.692 do Código Civil e solicitando a nomeação de um curador especial para a prática desses atos, a verdade é que a legislação civil não estipula uma pauta clara de questões extrapatrimoniais a considerar no processo de tomada de decisões sobre o destino do patrimônio de uma criança. Em virtude da lógica estritamente patrimonial de que se revestem o poder familiar e a regulação da capacidade de exercício das crianças e adolescentes, deve-se considerar que houve adequado exercício desse poder jurídico, já que em nenhum

momento as decisões tomadas pelo pai geraram risco ao tráfego jurídico ou à integridade do patrimônio do filho.

O segundo diz respeito ao caráter patrimonial de que se revestem algumas relações jurídicas privadas *a priori* extrapatrimoniais. Embora a legislação civil não seja especialmente clara a esse respeito, o exercício dos poderes derivados de representação ou assistência, enfeixados no poder familiar, restringe-se à prática de atos jurídicos patrimoniais<sup>9</sup>. Não se reputa necessária a atuação do responsável legal para a validade de atos jurídicos extrapatrimoniais, como a inscrição no registro eleitoral e o exercício do voto (Constituição Federal, artigo 14, parágrafo 1º, inciso II, letra “c”). Da mesma forma, a prática de alguns atos processuais indispensáveis à tutela dos direitos da personalidade, como a impetração do *habeas corpus*, afasta a intervenção do responsável legal (Código de Processo Penal, artigo 654). Todavia, essa aparente autodeterminação das crianças e adolescentes incapazes para a prática de atos jurídicos extrapatrimoniais assenta-se sobre bases excessivamente frágeis, já que a conclusão de um ato jurídico extrapatrimonial pode requerer a prática de um ato jurídico patrimonial, como se pode demonstrar por meio de um outro exemplo. Um casal de católicos tem um filho, de dezesseis anos de idade. Quando passa a efetuar um juízo autônomo sobre os seus próprios

---

<sup>9</sup> Cf. CORRAL, Benito Aláez. *Minoría de edad y derechos fundamentales*. Madri: Tecnos, 2003, p. 116-120.

valores religiosos, o adolescente questiona os dogmas da fé na qual vem sendo educado e manifesta o desejo de aderir a uma denominação cristã protestante. Embora goze do direito fundamental à liberdade religiosa, o qual aparentemente encontra-se autorizado a exercer de modo autônomo, esse adolescente pode necessitar da atuação dos responsáveis legais para abandonar a escola católica em que estuda e matricular-se em uma instituição de ensino protestante de sua escolha, operação juridicamente qualificada como negócio jurídico. Nesse caso, se os pais exercerem o poder familiar no sentido de negar assentimento ao filho para a celebração do contrato de prestação de serviços educacionais com a nova escola, bloqueiam a autodeterminação quanto ao exercício de um direito extrapatrimonial. Mais uma vez, a falta de previsão legislativa sobre a pauta de questões extrapatrimoniais a ser considerada durante o processo de tomada de decisão quanto à atuação patrimonial das crianças e adolescentes autoriza dizer que houve exercício adequado do poder familiar, pois a atitude dos pais não pôs em risco o tráfego jurídico, ou a integridade do patrimônio do filho.

Na medida em que o ordenamento jurídico encontra-se edificado sobre uma lógica de aparente autonomia das crianças e adolescentes para o exercício de atos jurídicos extrapatrimoniais e exigência estrita de representação ou assistência para a prática de atos jurídicos patrimoniais, qualquer circunstância em que os atos jurídicos patrimoniais

tenham efeitos extrapatrimoniais, ou os atos jurídicos extrapatrimoniais tenham efeitos patrimoniais, acaba por esgarçar os limites do sistema jurídico, gerando conflitos normativos que demandam uma composição hermenêutica integradora. De outra forma, o julgamento sobre essas questões será sempre delegado ao arbítrio dos titulares do poder familiar, no exercício dos poderes derivados de representação ou assistência e de direção da criação e educação dos filhos (Código Civil, artigo 1.634, incisos I e V), negando qualquer possibilidade concreta de autodeterminação à criança ou adolescente.

A existência desses focos de tensão interna não era estranha aos autores do projeto do Código Civil brasileiro. Baseada na aguda percepção de que o Direito de Família alberga diferentes institutos jurídicos, alguns mais assemelhados aos direitos da personalidade e outros aos direitos obrigacionais e reais, a Comissão Revisora e Elaboradora do Código Civil optou por dividir o Livro do Direito de Família em três grandes títulos, apartando as regras relativas ao Direito Pessoal, ao Direito Patrimonial e ao Direito Assistencial de Família<sup>10</sup>. Como resultado dessa divisão, o capítulo relativo ao poder familiar restou situado no título reservado ao Direito Pessoal, enquanto o capítulo destinado ao usufruto e administração dos bens dos menores incapazes encontra-se inserido no

---

<sup>10</sup> Cf. COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo do. Princípios para a reforma do Direito de Família. **Arquivos do Ministério da Justiça**, v. 135, 1975, p. 153-154.

título destinado ao Direito Patrimonial. Dessa forma, o Código Civil ressalta o caráter extrapatrimonial do instituto do poder familiar, cujo escopo é eminentemente ético: a orientação do processo de desenvolvimento da personalidade dos filhos, o qual apenas ocasionalmente requer o exercício da função de administrador de seus patrimônios<sup>11</sup>. De uma tal opção estrutural, pode-se concluir que as relações parentais são preponderantemente extrapatrimoniais e orientadas pelos princípios do livre desenvolvimento da personalidade e do melhor interesse das crianças e adolescentes, razão pela qual o juízo de adequação sobre o exercício dos poderes derivados de representação ou assistência, enfeixados no poder familiar, não pode restringir-se a uma pauta de questões meramente patrimoniais.

No entanto, Couto e Silva anteviu as dificuldades teóricas que adviriam dessa opção<sup>12</sup>. Compreendido como um poder jurídico atribuído aos pais, o objeto do poder familiar não pode ser outro do que a própria pessoa dos filhos. Desse modo, a criança e o adolescente vêm-se reduzidos à condição de bens jurídicos, o que nega a sua condição de pessoas. Nesse sentido, a ressalva de que o poder familiar deve ser exercido em função do princípio do livre desenvolvimento da personalidade e no melhor interesse

---

<sup>11</sup> Cf. COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo do. Direito patrimonial de família no projeto de Código Civil brasileiro e no Direito português. **Revista dos Tribunais**, v. 520, 1979, p. 15-16.

<sup>12</sup> Cf. COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo do, *op. cit.*, p. 14.

das crianças e adolescentes é claramente insuficiente à superação de uma concepção proprietária das relações parentais<sup>13</sup>. Esse problema teórico reveste-se de conseqüências especialmente graves quando se leva em consideração o segundo foco de tensão que vem a desestabilizar as conexões estabelecidas pela legislação civil entre o poder familiar e a capacidade de exercício das crianças e adolescentes: a emergência, a partir dos anos 1960 a 1980, do Direito da Criança e do Adolescente como um micro-sistema jurídico autônomo.

Externamente ao Direito Civil, a aparente complementaridade entre as regras relativas ao poder familiar e à capacidade de exercício das

---

<sup>13</sup> A qualificação do poder familiar como poder-dever ou poder-função é um meio usado pela doutrina civilista para explicar porque o poder familiar deve ser exercido em função do imperativo ético-jurídico de orientação do processo de desenvolvimento da personalidade do filho e no melhor interesse das crianças e adolescentes (Cf. BITTAR FILHO, Carlos Alberto. Pátrio poder: regime jurídico atual. **Revista dos Tribunais**, v. 676, 1992, p. 80). No entanto, essa opção de interpretação não resolve o problema teórico fundamental, já que tanto os poderes-deveres quanto os poderes-função necessariamente exercem-se sobre um objeto, o qual não poderia deixar de ser a própria pessoa das crianças e adolescentes, reduzindo-os à condição de bens jurídicos. Conseqüentemente, permanece vigente uma lógica de subordinação entre o titular do poder familiar e as crianças e adolescentes que constituem o seu objeto, em nada diferente das hoje igualmente funcionalizadas relações proprietárias. Esse modo de pensar encontra-se tão consolidado na doutrina civilista que não surpreende o fato de alguns autores fundamentarem o exercício compartilhado do poder familiar em analogias sobre o instituto jurídico do condomínio (*ex vi* COMEL, Denise Damo, *op. cit.*, p. 79-80). Especificamente sobre as relações entre parentalidade e propriedade, ver MONTGOMERY, Jonathan. *Children as property?* **Modern Law Review**, v. 51, n. 3, 1988, p. 323.

crianças e adolescentes sofre impacto direto do processo de construção do Direito da Criança e do Adolescente. Em termos históricos, a formação desse novo micro-sistema jurídico assenta-se sobre dois eixos. Em primeiro lugar, a afirmação das crianças e adolescentes como pessoas e conseqüentemente sujeitos de direito, negando-lhes a condição de objeto de poderes alheios<sup>14</sup>. Dessa forma, a condição de criança ou adolescente consiste em uma nova modalidade de estatuto pessoal, que não autoriza a sua reificação ou subordinação às modalidades clássicas de interdição de direitos, dando origem a uma nova categoria jurídica: a das pessoas em desenvolvimento. Em segundo lugar, o reconhecimento de que o estatuto pessoal de criança ou adolescente é suporte fático suficiente para toda uma nova categoria de direitos subjetivos, destinados à proteção desse mesmo especial atributo de pessoas em desenvolvimento<sup>15</sup>. Considerando que o questionamento sobre a adequação dos regimes jurídicos do poder familiar e do poder derivado de representação ou assistência àquele da capacidade de exercício das crianças e adolescentes no sistema jurídico brasileiro conforma o objeto central do presente trabalho, o primeiro eixo é

---

<sup>14</sup> Cf. GRIFFIN, James. *Do children have rights?* In: ARCHARD, David; MACLEOD, Colin. Orgs. *The moral and political status of children*. Oxford: Oxford, 2002, p. 19ss.

<sup>15</sup> Cf. BRIGHOUSE, Harry. *What rights (if any) do children have?* In: ARCHARD, David; MACLEOD, Colin. Orgs. *The moral and political status of children*. Oxford: Oxford, 2002, p. 31ss.

essencialmente mais significativo para as finalidades aqui pretendidas do que o segundo.

Seja pelas contradições internas resultantes do processo de despatrimonialização das relações jurídicas privadas, ou pelo impacto externo gerado pela emergência dos direitos das crianças e adolescentes, fato é que a concepção doutrinária civilista tradicional sobre as conexões entre o instituto jurídico do poder familiar e a capacidade de exercício das crianças e adolescentes tornou-se insuficiente à compreensão e regulação das relações parentais contemporâneas. Do mesmo modo, um mero esforço exegético em torno do Código Civil, ou do Estatuto da Criança e do Adolescente, não permitirá avanços significativos no sentido de resolver as antinomias e contradições que o mundo dos fatos revela ao sistema jurídico. Se a codificação civil estrutura um eixo axiológico central para o Direito Privado, constituindo um sistema aberto a partir do qual se integram hermeneuticamente outros modelos normativos<sup>16</sup>, apenas um ânimo relacional de compreensão da especial dialética de complementaridade entre a legislação civil e o micro-sistema do Direito da Criança e do Adolescente poderá produzir respostas satisfatórias aos operadores do

---

<sup>16</sup> Cf. MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 348ss. Sobre a idéia de codificação civil como eixo axiológico central do Direito Privado, ver COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo do. O Direito Civil brasileiro em perspectiva histórica e visão de futuro. **Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul**, v. 10, n. 40, 1987, p. 128.



direito, originando uma dogmática adequada às relações parentais na atualidade<sup>17</sup>.

Em busca da realização dessa hermenêutica integradora, a presente tese divide-se em quatro títulos.

O título primeiro dedica-se à compreensão da juridicidade, estrutura e função das relações familiares no sistema jurídico brasileiro. Uma vez construído o conceito de relações de direito de família, o título segundo pretende distinguir e fixar o campo normativo das relações jurídicas conjugais e parentais, determinando o impacto exercido pela emergência dos direitos das crianças e adolescentes no contexto das entidades familiares. Partindo do pressuposto de que o ordenamento jurídico privado não é uma *tabula rasa*, mas um sistema em constante construção, desconstrução e reconstrução, eternamente equilibrado entre a permanência e a ruptura<sup>18</sup>, os dois primeiros títulos adotam o método histórico-dogmático de pesquisa jurídica, nos moldes propostos por Betti<sup>19</sup>.

---

<sup>17</sup> O conceito de dialética da complementaridade é desenvolvido por Reale para designar “a unidade pluridimensional ordenada da natureza intersubjetiva e dinâmica [...] inerente às estruturas culturais”. REALE, Miguel. **Fontes e modelos do Direito:** para um novo paradigma hermenêutico. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 6.

<sup>18</sup> Cf. MARTINS-COSTA, Judith. O Direito Privado como um “sistema em construção”: as cláusulas gerais no projeto de Código Civil brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul**, v. 15, 1998, p. 129.

<sup>19</sup> Cf. BETTI, Emilio. *Storia e dogmatica del diritto*. In: CRIFÒ, Giuliano. Org. *Diritto, metodo, ermeneutica*. Milão: Giuffrè, 1991, p. 573.

Desse modo, não buscam prescrever um pensamento jurídico ideal, mas entender quais os fundamentos dogmáticos da experiência jurídica brasileira, em matéria de Direito de Família, da Infância e da Juventude.

Estabelecidos os fundamentos dogmáticos da experiência jurídica brasileira em matéria de Direito de Família, da Infância e da Juventude, o título terceiro procura descrever e analisar criticamente os modos de atribuição e o conteúdo normativo do instituto jurídico da capacidade de exercício, em especial no que diz respeito às crianças e adolescentes submetidos ao poder familiar. Na seqüência, o título quarto pretende estatuir uma diferença entre os institutos jurídicos da capacidade de exercício e da capacidade para consentir, distinguindo as ferramentas operacionais mais adequadas ao exercício das situações jurídicas patrimoniais daquelas reservadas ao exercício das situações jurídicas extrapatrimoniais. Centrados no ordenamento jurídico vigente, esses dois títulos utilizam metodologias de descrição e análise da legislação e da jurisprudência, bem como revisão bibliográfica da doutrina. Dessa forma, pretendem construir uma descrição e efetuar uma releitura do sistema jurídico brasileiro que ultrapasse a mera exegese dos textos legais, integrando a legislação, a jurisprudência e os modelos dogmáticos que as conformam.

Ao final da investigação, e a título de conclusões gerais, a presente tese apresenta uma interpretação dos institutos jurídicos do poder

familiar e da capacidade de exercício mais adequada às relações parentais contemporâneas, num contexto de despatrimonialização das relações jurídicas privadas e de respeito aos direitos das crianças e adolescentes.

## I RELAÇÕES FAMILIARES E RELAÇÕES DE DIREITO DE FAMÍLIA

No pensamento jurídico brasileiro, as relações familiares são tradicionalmente objeto do Direito Civil, originando um ramo autônomo da doutrina civilista denominado Direito de Família. Para o nosso ordenamento jurídico privado de matriz historicista e pandectista<sup>20</sup>, as relações familiares são compreendidas como um tipo específico de relação social, recebendo uma regulação unitária e uniforme, informada por princípios próprios.

Se as idéias de relações familiares e de Direito de Família encontram-se absolutamente cristalizadas no pensamento jurídico e na doutrina civilista nacionais, esse fenômeno não pode ser naturalizado, já que os ordenamentos jurídicos privados de matriz jusracionalista<sup>21</sup>

---

<sup>20</sup> Um ordenamento jurídico privado de matriz historicista e pandectista é aquele fundado sobre uma codificação civil baseada nos postulados filosóficos do romantismo historicista e do positivismo cientificista oitocentista, e nos pressupostos teóricos da Escola Histórica do Direito e da Jurisprudência dos Conceitos, tradição na qual se inserem o Código Civil alemão de 1896 e o Código Civil brasileiro de 1916. Cf. WIEACKER, Franz. **História do Direito Privado moderno**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993, p. 524-558.

<sup>21</sup> Um ordenamento jurídico privado de matriz jusracionalista é aquele fundado sobre uma codificação civil baseada nos postulados filosóficos e teóricos do Iluminismo e do jusnaturalismo racionalista setecentista, cujos grandes paradigmas são o Código Civil francês de 1804 e o Código Civil austríaco de 1811. Cf. WIEACKER, Franz, *op. cit.*, p. 365-395.

prescindem da atribuição de autonomia ao Direito de Família, regulando as relações familiares por meio dos assim denominados Direito das Pessoas e Direito das Obrigações, ramos da doutrina civilista que se ocupam do estatuto pessoal e dos modos de aquisição da propriedade. Tal desenho sistemático encontra-se presente, tanto no Código Civil francês de 1804, quanto em todas as codificações civis latino-americanas baseadas no texto proposto pelo jurista venezuelano Andrés Bello para o Código Civil chileno de 1855.

Por essa razão, é importante compreender os fundamentos histórico-dogmáticos sobre os quais se assentam as idéias de relações familiares e relações de direito de família na experiência jurídica brasileira, o que pressupõe a definição de quatro conceitos operacionais básicos: relações sociais, relações familiares, relações jurídicas e relações de direito de família.

De modo a precisar esses conceitos, o presente título subdivide-se em dois capítulos. No primeiro capítulo, parte-se da elaboração original da teoria da relação jurídica na obra do jurista germânico Friedrich-Carl von Savigny, com a finalidade de estabelecer os alicerces sobre os quais se assenta a autonomia atribuída ao Direito de Família, nos sistemas jurídicos de matriz historicista e pandectista (A). Uma vez configurado o marco teórico, o segundo capítulo aborda a recepção da teoria da relação jurídica pelo pensamento jurídico nacional, durante o

processo de elaboração da primeira codificação civil brasileira, com o objetivo de compreender a concepção de relações familiares e o desenho sistemático outorgado ao Direito de Família, contidos no Código Civil de 1916 (B).

## A) RELAÇÕES SOCIAIS E RELAÇÕES JURÍDICAS

Qualquer conceito operacional básico do discurso jurídico resulta de sucessivas mediações. Uma vez atribuído um sentido originário ao vocábulo ou expressão, o conceito é tantas vezes desconstruído e reconstruído pelos teóricos ou operadores do direito que acaba freqüentemente afastando-se de suas origens históricas. Como esse é o caso da idéia de relação jurídica, o resgate da proposição seminal elaborada por Savigny afigura-se essencial, já que permite compreender e enfatizar certos aspectos presentes na formulação original da teoria da relação jurídica e que restaram negligenciados ao longo do tempo. Simultaneamente, possibilita uma maior aproximação com o conceito de relação jurídica disponível aos autores da primeira codificação civil brasileira, momento no qual conformaram-se as bases do desenho sistemático outorgado ao Direito de Família, em nosso ordenamento jurídico.

Para Savigny, uma relação jurídica é uma “relação interpessoal, determinada por uma regra jurídica, que imputa a cada indivíduo um domínio no qual a sua vontade reina independentemente de qualquer vontade estranha”<sup>22</sup>. Conseqüentemente, a relação jurídica

---

<sup>22</sup> “[...] *relación de persona a persona, determinada por una regla jurídica, la cual asigna a cada individuo un dominio en donde su voluntad reina independientemente de toda voluntad extraña*”. SAVIGNY, Friedrich-Carl von. *Sistema del derecho romano actual*. Pamplona: Analecta, 2004, v. 1, t. 1, p. 258. Traduzi.

estabelece um “direito em sentido subjetivo”<sup>23</sup>, o “domínio da vontade livre”<sup>24</sup>, um espaço dentro do qual “reina a vontade do indivíduo, e reina com o consentimento de todos”<sup>25</sup>.

No entanto, uma melhor compreensão dessa proposição requer o estabelecimento de uma distinção clara entre o que sejam os elementos constitutivos e as cargas de eficácia da relação jurídica. Constitui-se a relação jurídica pelo implemento de um requisito material e outro formal. O elemento material de qualquer relação jurídica é sempre uma relação interpessoal: uma relação social concretamente estabelecida entre dois ou mais membros da comunidade humana. Já o elemento formal da relação jurídica nada mais é do que uma regra jurídica: uma idéia de Direito, construída social e culturalmente, que determina a atribuição de um alcance e de um sentido jurídico àquela específica relação social.

Ao “enobrece[r] o fato e impor-lhe a forma jurídica”<sup>26</sup>, a regra jurídica eleva a relação social à categoria de relação jurídica, imputando às pessoas envolvidas esferas de liberdade de atuação conforme às suas

---

<sup>23</sup> “[...] *derecho en sentido subjetivo*”. SAVIGNY, Friedrich-Carl von, *op. cit.*, v. 1, t. 1, p. 65. Traduzi.

<sup>24</sup> “[...] *dominio de la voluntad libre*”. SAVIGNY, Friedrich-Carl von, *op. cit.*, v. 1, t. 1, p. 259. Traduzi.

<sup>25</sup> “[...] *reina la voluntad del individuo y reina com el consentimiento de todos*”. SAVIGNY, Friedrich-Carl von, *op. cit.*, v. 1, t. 1, p. 65. Traduzi.

<sup>26</sup> “[...] *ennoblece el hecho y le impone la forma del derecho*”. SAVIGNY, Friedrich-Carl von, *op. cit.*, v. 1, t. 1, p. 259. Traduzi.



vontades: direitos em sentido subjetivo. Dessa forma, tem-se que toda relação jurídica gera uma carga de eficácia, um conjunto de direitos subjetivos e de correspondentes deveres jurídicos ou estados de sujeição, cuja imputação às pessoas decorre exclusivamente da participação na relação jurídica. Partindo desse pressuposto, a obra de Savigny propõe a superação da dicotomia jusracionalista entre direitos adquiridos e direitos originários, pronunciando-se no sentido de que os direitos subjetivos são sempre adquiridos por meio da participação em relações jurídicas, em nenhuma hipótese compondo necessariamente o patrimônio das pessoas por força de quaisquer desígnios naturais<sup>27</sup>.

Como os fenômenos sociais guardam uma grande complexidade, é forçoso reconhecer a existência de distintas espécies de relações sociais, as quais devem conduzir a diferentes categorias de relações jurídicas. Contudo, uma concepção de relação jurídica fundada na idéia de relação interpessoal impõe necessariamente uma absoluta igualdade entre os sujeitos vinculados, já que a participação em uma relação jurídica pressupõe um mútuo reconhecimento da condição de pessoa<sup>28</sup>. Por essa razão, as diferentes categorias de relações jurídicas não se constroem em função dos sujeitos que conectam, mas sempre do objeto da relação social juridicamente formalizada.

---

<sup>27</sup> Cf. SAVIGNY, Friedrich-Carl von, *op. cit.*, v. 1, t. 1, p. 259-260.

<sup>28</sup> Cf. LARENZ, Karl. *Derecho justo: fundamentos de ética jurídica*. Madri: Civitas, 1993, p. 65.

Do ponto de vista de seu objeto, as relações sociais podem recair sobre a própria pessoa do indivíduo ou algum elemento exterior à sua pessoa: uma outra pessoa ou uma coisa. Porém, como a idéia de Direito é social e culturalmente conformada, o campo das relações estabelecidas entre o indivíduo e a sua própria pessoa nunca poderá ser reconhecido como propriamente jurídico. Desse modo, ao Direito interessam apenas as relações interpessoais estabelecidas em função de um elemento exterior à própria pessoa, seja este uma outra pessoa (a natureza livre) ou uma coisa (a natureza não-livre)<sup>29</sup>.

Estabelecida uma relação social que tenha por objeto uma outra pessoa ou uma coisa, pode-se estar diante de uma relação jurídica, com a conseqüente imputação de direitos subjetivos. Todavia, se o direito subjetivo é um “domínio da vontade livre”, um espaço dentro do qual “reina a vontade do indivíduo, e reina com o consentimento de todos”, qualquer relação jurídica que tenha por objeto uma outra pessoa importa na completa negação da liberdade humana e na redução desse indivíduo à condição de escravo. Para evitar essa reificação, a diferença estabelecida por Savigny entre as relações jurídicas que têm por objeto uma pessoa ou uma coisa requer o reconhecimento de relações jurídicas cujo objeto não seja a integralidade de uma outra pessoa, mas apenas um ato determinado deste indivíduo. Sobre essa distinção opera a classificação das relações jurídicas

---

<sup>29</sup> Cf. SAVIGNY, Friedrich-Carl, *op. cit.*, v. 1, t. 1, p. 261.

em relações de direito obrigacional (que têm por objeto um ato humano) e relações de direito real (que têm por objeto uma coisa). Porém, como toda relação de direito obrigacional é transitória e tem por escopo a transferência temporária ou a transmissão de um direito real, é possível afirmar que compõem uma categoria comum: as relações de direito patrimonial<sup>30</sup>.

Entretanto, o campo das relações de direito patrimonial não esgota o universo das relações jurídicas. Conforme ressalta Savigny, as relações de direito patrimonial podem ser compreendidas como relações interpessoais voluntariamente estabelecidas entre os indivíduos, ao lado das quais subsiste todo um complexo de relações interpessoais necessárias e organicamente travadas entre as pessoas enquanto entes sociais componentes da comunidade humana. Nesse universo de relações sociais, condicionadas pelo caráter imperfeito do homem e pela sua necessidade de completar-se e perpetuar-se por meio do estabelecimento de vínculos e da formação de novos homens, situam-se as relações de direito de família: o matrimônio, o parentesco e o poder paternal<sup>31</sup>. Essa construção da idéia de

---

<sup>30</sup> Cf. SAVIGNY, Friedrich-Carl von, *op. cit.*, v. 1, t. 1, p. 261 e p. 262, nota n. 1. O termo alemão “*Vermögen*”, originalmente utilizado por Savigny, é tradicionalmente vertido para a língua portuguesa mediante a utilização da palavra “bem”. No entanto, o conceito germânico de “*Vermögen*” engloba tanto a coisa quanto o poder sobre ela exercido, aproximando-se mais do que o pensamento jurídico brasileiro denomina de “patrimônio”: uma esfera de atuação jurídica.

<sup>31</sup> Cf. SAVIGNY, Friedrich-Carl von, *op. cit.*, v. 1, t. 1, p. 262-265 e 269.

relações de direito de família por oposição ao conceito de relações de direito patrimonial gera, fundamentalmente, duas conseqüências.

Em primeiro lugar, aponta Savigny que nem todas as relações familiares devem ser alçadas a relações de direito de família. Se a constituição das relações familiares goza de “um caráter de necessidade independente do direito positivo”<sup>32</sup>, o vínculo é essencialmente natural e moral, apenas ocasionalmente revestindo-se de forma jurídica. Enquanto a voluntariedade torna as relações patrimoniais absolutamente dependentes da forma jurídica e da conseqüente imputação de direitos subjetivos, a necessidade e organicidade de que se revestem as relações familiares faz com que a forma jurídica seja geralmente dispensável. Afinal, a constituição e o funcionamento das relações familiares dependem majoritariamente de atos e regras conformados pela natureza e pela moral, exercidos e estabelecidos pelos próprios membros da família e inexigíveis juridicamente, salvo quanto à proteção frente a terceiros que busquem usurpar essas peculiares posições jurídicas<sup>33</sup>. Por esse motivo, se as relações

---

<sup>32</sup> “[...] *un carácter de necesidad independiente del derecho positivo*”. SAVIGNY, Friedrich-Carl von, *op. cit.*, v. 1, t. 1, p. 265. Traduzi.

<sup>33</sup> “Não existe lei que ordene ao filho a obediência, nem que dê ação ao pai contra a insubordinação do filho [...]; só há ação contra pessoas estranhas que usurpam o poder paternal” (“*No existe ley que ordene al hijo la obediencia, ni que dé acción al padre contra la insubordinación del hijo [...]; solo hay acción contra las personas extrañas que usurpan el poder paterno.*”). SAVIGNY, Friedrich-Carl von, *op. cit.*, v. 1, t. 1, p. 267. Traduzi.

patrimoniais sempre são relações de direito patrimonial, as relações familiares geralmente conservam o caráter de meras relações sociais, das quais apenas alguns aspectos menores recebem a forma jurídica, elevando-se à categoria de relações de direito de família.

Em segundo lugar, sustenta Savigny que as relações de direito de família diferenciam-se das relações de direito patrimonial por abranger a integralidade da pessoa, sem negar-lhe a liberdade ou reduzi-la à condição de coisa<sup>34</sup>. Essa submissão integral de um indivíduo à pessoa do outro, no seio de uma entidade familiar, não pode ser considerada análoga à escravidão porque o caráter jurídico das relações familiares restringe-se à proteção da família frente à atuação dos demais membros da comunidade humana, excluindo-se de seu escopo as relações sociais travadas internamente à entidade familiar. Portanto, o Direito de Família não tem a finalidade de regular as relações entre os familiares, mas apenas o objetivo de evitar que as posições jurídicas estabelecidas no contexto da família sejam usurpadas por terceiros.

Com base nesses dois pressupostos, o campo normativo do Direito de Família reduz-se à garantia do reconhecimento e à regulação das condições de existência de certas espécies de relações familiares, englobando cinco aspectos fundamentais: os requisitos para o estabelecimento dos vínculos, sua forma de constituição, o modo pelo qual

---

<sup>34</sup> Cf. SAVIGNY, Friedrich-Carl von, *op. cit.*, v. 1, t. 1, p. 264.

se extinguem, a influência recíproca entre as relações familiares e seus efeitos patrimoniais<sup>35</sup>. Assim sendo, é possível afirmar que a proposição original da teoria da relação jurídica torna o espaço das relações familiares um “lugar de não-direito”<sup>36</sup>. Afinal, compete aos membros da própria entidade familiar determinar o seu funcionamento, sem qualquer interferência do ordenamento jurídico. Mesmo no que diz respeito à garantia do reconhecimento jurídico das relações familiares, o sentido da regulação é sempre o de determinar se a existência de uma entidade familiar deve ser necessariamente reconhecida pelos demais membros da comunidade humana, nada obstando que as pessoas estabeleçam livremente outras espécies de relações familiares. Para todos os efeitos, a autoridade, as relações de subordinação, o respeito mútuo e os modos de composição de conflitos no interior da entidade familiar dependem muito mais da própria família e de seu contexto social, do que de qualquer controle jurídico estatal.

---

<sup>35</sup> Cf. SAVIGNY, Friedrich-Carl von, *op. cit.*, v. 1, t. 1, p. 270.

<sup>36</sup> Desenvolvida por Carbonnier, a “hipótese do não-direito” procura explicar “a ausência do direito em certo número de relações humanas onde teria a vocação teórica de estar presente” (“*l’absence du droit dans un certain nombre de rapports humains ou le droit aurait eu la vocation théorique à être présent*”). CARBONNIER, Jean. ***Flexible droit: textes pour une sociologie du droit sans rigueur***. Paris: LGDJ, 1971, p. 20. Traduzi. Para o sociólogo francês, a “auto-limitação do direito” produz “lugares de não-direito” e “tempos de não-direito”, que atuam como “áreas verdes” e “zonas de repouso” dentro do “*continuum* de controle social” imposto pelo ordenamento jurídico. Cf. CARBONNIER, Jean, *op. cit.*, p. 23. Traduzi.

De que modo uma tal concepção teórica influenciou na conformação das relações familiares e das relações de direito de família, quando da primeira codificação civil brasileira, estabelecendo os fundamentos da autonomia e o conteúdo normativo do Direito de Família na doutrina civilista nacional, é o que se passa agora a analisar.

## **B) RELAÇÕES JURÍDICAS E RELAÇÕES DE DIREITO DE FAMÍLIA**

Se o primeiro processo codificatório civil brasileiro tem início com a proposição do opúsculo **O que é o Código Civil?**, redigido pelo jurista açoriano Vicente José Cardoso da Costa e publicado originalmente em 1828<sup>37</sup>, sua conclusão requereu quase um século de trabalhos contínuos de vários diferentes autores e legisladores, até que se chegasse ao **Projecto do Codigo Civil Brasileiro**, elaborado pelo jurista cearense Clovis Bevilacqua. Uma vez concluído e remetido ao Congresso Nacional em 1900, este resultou no **Código Civil da República dos Estados Unidos do Brasil**, a Lei federal n. 3.071, de 1º de janeiro de 1916.

O primeiro Código Civil brasileiro encontra sua origem direta na proposta apresentada por Bevilacqua, mas muito de seu sistema e conteúdo normativo deriva das concepções teóricas e dos projetos de codificação formulados ao longo do tempo por outros juristas. Por esse motivo, é o próprio jurista cearense quem reconhece que o Código Civil de 1916 é fruto da construção de um “patrimônio jurídico brasileiro”<sup>38</sup>, o qual se assenta fundamentalmente na obra de dois grandes autores: Augusto

---

<sup>37</sup> Cf. NABUCO, Joaquim. **Um estadista do Império**. Rio de Janeiro: Topbooks, 1997, v. 2, p. 1161-1163.

<sup>38</sup> BEVILAQUA, Clovis. **Escritos esparsos**. Rio de Janeiro: Destaque, 1995, p. 137.



Teixeira de Freitas, redator da **Consolidação das Leis Civis** de 1857 e do **Esboço de Código Civil** de 1866, e Tobias Barretto de Menezes, professor da Faculdade de Direito do Recife e mentor intelectual de toda uma geração de pensadores brasileiros, dos quais Bevilacqua é um dos maiores expoentes<sup>39</sup>.

Em virtude dessas influências, é na obra de Teixeira de Freitas, em especial na **Introdução à Consolidação das Leis Civis**, que encontraremos a formulação original das idéias de relações familiares e relações de direito de família que restaram contempladas pelo Código Civil de 1916.

Encarregado pelo Governo Imperial de proceder à consolidação da legislação civil vigente no país, uma das preocupações essenciais de Teixeira de Freitas era justamente a de sistematizar o Direito Civil, estabelecendo os seus limites e a ordem de exposição das matérias<sup>40</sup>. Para tanto, recorreu aos postulados da teoria da relação jurídica, tal como esta se encontrava formulada por Savigny, desenvolvendo a proposição

---

<sup>39</sup> Cf. BEVILAQUA, Clovis, *op. cit.*, p. 142-143. No mesmo sentido, VENANCIO FILHO, Alberto. **Das arcadas ao bacharelismo**. São Paulo: Perspectiva, 1977, p. 100. Sobre a influência do pensamento de Tobias Barretto de Menezes na codificação civil brasileira, ver CUNHA, Alexandre dos Santos. O ensino jurídico e o processo codificatório civil brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito Ritter dos Reis**, v. 4, n. 5, 2001, p. 29ss.

<sup>40</sup> Cf. TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto. **Introdução à Consolidação das Leis Civis**. **Consolidação das Leis Civis**. Rio de Janeiro: Garnier, 1876, p. XXIX ss.

original de que “na distinção dos direitos reais, e dos direitos pessoais, repousa todo o systema do Direito Civil” (sic)<sup>41</sup>.

A opção de Teixeira de Freitas em fundamentar os limites e ordenar a exposição das matérias do Direito Civil com base na teoria da relação jurídica era bastante inovadora ao seu tempo, já que a circulação da obra de Savigny nos meios jurídicos brasileiros apenas se iniciava, a partir da importação das edições francesas do **Tratado da Posse** e do **Sistema de Direito Romano Atual**, traduzidos por François d’Audelange e publicados, respectivamente, nos anos de 1841 e 1847. Até então, a doutrina brasileira buscava sistematizar o Direito Civil a partir dos postulados do pensamento jusracionalista, em especial da distinção, por este estabelecida, entre direitos originários e direitos adquiridos, tradicionalmente denominados de direitos absolutos e direitos relativos.

No entendimento de Teixeira de Freitas, um sistema do Direito Civil, fundado na distinção entre direitos absolutos e direitos relativos, era absolutamente insatisfatório à tarefa de elaboração legislativa e gerava mais confusão do que esclarecimento. Afinal, se os direitos absolutos recebem essa denominação porque têm por sujeito passivo uma “massa inteira de personalidades”, essa categoria engloba tanto direitos políticos, quanto direitos penais ou direitos civis, tornando-se imprestável à

---

<sup>41</sup> TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto, *op. cit.*, p. LXII.

delimitação do campo do Direito Civil<sup>42</sup>. Esse fato é claramente demonstrável a partir de uma análise da Constituição do Império, cujo artigo 179 reconhece a existência de três espécies de direitos absolutos: os direitos à liberdade, à segurança e à propriedade. Cada um desses direitos absolutos pertence a um âmbito normativo completamente distinto: o direito à liberdade ao Direito Político e Administrativo, o direito à segurança ao Direito Penal, e o direito à propriedade ao Direito Civil.

Da mesma forma, a equiparação tradicionalmente estabelecida entre os direitos absolutos e os direitos originários conduz a uma série de equívocos. Uma vez reconhecidos como “direitos naturais”, pode-se afirmar que os direitos à liberdade, à segurança e à propriedade sejam direitos originários, no sentido de que todo ordenamento jurídico positivo deve necessariamente reconhecê-los e prever a sua existência. Por outro lado, há diferenças importantes no modo como esses direitos são imputados às pessoas. Se os direitos à liberdade e à segurança compõem originariamente a esfera jurídica de todos os indivíduos, os direitos de propriedade sempre são adquiridos por meio da participação do sujeito em uma relação jurídica. Conseqüentemente, a equivalência usualmente atribuída aos direitos adquiridos e direitos relativos também não pode subsistir.

---

<sup>42</sup> Cf. TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto, *op. cit.*, p. LXIII.

Na medida em que as categorias tradicionalmente utilizadas pela doutrina jurídica brasileira para sistematizar o Direito Civil são incongruentes e incompatíveis com a teoria da relação jurídica, Teixeira de Freitas elabora uma solução inovadora. Se o que distingue o direito à propriedade dos demais direitos absolutos é o fato de que os direitos de propriedade sempre são adquiridos por meio da participação em uma relação jurídica, então se pode afirmar que são direitos civis tanto os direitos absolutos quanto os direitos relativos, desde que adquiridos por meio da participação em relações jurídicas<sup>43</sup>. Desse modo delimitado o Direito Civil, propõe uma ordem de exposição das matérias fundada sobre a distinção entre os direitos reais e os direitos pessoais.

Partindo-se mais uma vez da Constituição do Império, tem-se que o direito à propriedade conforma a categoria dos direitos reais<sup>44</sup>. Completam o campo do Direito Civil os direitos pessoais. Se tanto os direitos reais, quanto os direitos pessoais, são direitos adquiridos por meio da participação em relações jurídicas, a nota distintiva entre essas duas espécies de direitos civis emana da composição do sujeito passivo da relação jurídica. Enquanto os direitos reais têm sempre um sujeito passivo universal, os direitos pessoais têm sempre um sujeito passivo determinado.

---

<sup>43</sup> “Direitos adquiridos são o objecto do Direito Civil” (sic). TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto, *op. cit.*, p. CXIX.

<sup>44</sup> “É no direito de propriedade que havêmos de achar os direitos reaes” (sic). TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto, *op. cit.*, p. LXVII.

Ainda que utilize os postulados da teoria da relação jurídica para sistematizar o Direito Civil, Teixeira de Freitas chega a resultados diversos daqueles originalmente formulados por Savigny. Dentro de um mesmo sistema de pensamento, essa diferença deriva da adoção de distintos critérios de ordenação das relações jurídicas. Enquanto o jurista germânico prefere estabelecer as distinções em função do objeto da relação jurídica, obtendo uma classificação dos direitos civis em direitos patrimoniais e direitos de família, o jurista brasileiro opta por enfatizar o aspecto subjetivo da relação jurídica, propondo uma categorização dos direitos civis em direitos reais e direitos pessoais. Dessa divergência teórica nascem dois problemas.

Inicialmente, é necessário enfrentar o fato de que a classificação inicialmente proposta por Savigny também contempla os direitos reais. Se os direitos civis podem ser segregados em direitos patrimoniais e direitos de família, a categoria dos direitos patrimoniais subdivide-se em duas espécies: os direitos obrigacionais e os direitos reais. Ainda que a classificação originalmente formulada por Savigny funde-se sobre o objeto da relação jurídica, tipificando os direitos obrigacionais como direitos a um ato humano e os direitos reais como direitos a uma coisa, na medida em que os direitos obrigacionais recaem sobre um ato humano de uma pessoa determinada e os direitos reais se exercem diretamente sobre uma coisa, vinculando toda a comunidade humana, tem-

se que a categoria dos direitos obrigacionais é congruente com o que Teixeira de Freitas denomina de direitos pessoais, do mesmo modo que não há divergência entre esses dois autores sobre o que sejam direitos reais.

Vencida essa etapa inicial, a conclusão obtida remete a um novo problema. Se aquilo que Savigny denomina de direitos patrimoniais inclui tanto os direitos pessoais quanto os direitos reais, qual o espaço reservado pelo jurista brasileiro aos direitos de família?

No pensamento de Teixeira de Freitas, os direitos de família constituem uma espécie de direitos pessoais. Partindo do pressuposto de que os direitos civis classificam-se em direitos pessoais ou direitos reais em função da presença de um sujeito passivo determinado ou de um sujeito passivo universal, o jurista brasileiro sustenta que os direitos de família sempre são direitos pessoais, já que vinculam apenas um sujeito passivo determinado<sup>45</sup>. No entanto, em afinidade com Savigny, “primeira

---

<sup>45</sup> Esta conclusão deriva de um erro de compreensão quanto ao conceito de relações de direito de família. No pensamento jurídico de Savigny, as relações de direito de família geram situações jurídicas que não têm a finalidade de regular as relações entre os familiares, mas apenas o objetivo de evitar que as posições jurídicas estabelecidas no contexto da família sejam usurpadas por terceiros (Cf. SAVIGNY, Friedrich-Carl von. *Sistema del derecho romano actual*. Pamplona: Analecta, 2004, v. 1, t. 1, p. 264). Nesse sentido, as situações jurídicas de direito de família encontram-se próximas dos direitos reais, já que impõem aos demais membros da comunidade humana um dever jurídico negativo genérico. Ao classificar essas situações jurídicas como direitos pessoais, Teixeira de Freitas faz prevalecer o aspecto interno das relações familiares: o vínculo entre os membros da família, em detrimento da conexão entre a entidade familiar e o restante da comunidade humana.

autoridade n'estas materias” (sic)<sup>46</sup>, Teixeira de Freitas reconhece que os direitos de família constituem um tipo especial de direitos pessoais, caracterizados por uma maior intensidade e eficácia jurídica do vínculo estabelecido<sup>47</sup>. Conseqüentemente, propõe que a categoria dos direitos pessoais seja subdivida em duas espécies: os direitos pessoais nas relações civis e os direitos pessoais nas relações de família, “cujas partes são o casamento, o pátrio poder, e o parentesco; completando-se pela instituição supletiva das tutelas, e curatelas” (sic)<sup>48</sup>.

Pode-se obter uma visualização mais clara dos pontos nos quais as classificações dos direitos civis, propostas por Savigny e Teixeira de Freitas, afastam-se ou aproximam-se, a partir do seguinte quadro:

Savigny		Teixeira de Freitas	
direitos de família		direitos pessoais nas relações de família	direitos pessoais
direitos patrimoniais	direitos obrigacionais	direitos pessoais nas relações civis	
	direitos reais	direitos reais	

<sup>46</sup> TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto, *op. cit.*, p. CXLIX.

<sup>47</sup> Cf. TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto, *op. cit.*, p. CXLVII.

<sup>48</sup> TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto, *op. cit.*, p. CXIV.

Ainda que o método proposto por Teixeira de Freitas para a classificação dos direitos civis conduza a resultados semelhantes aos obtidos por Savigny, a adoção de uma tipificação baseada no sujeito, em detrimento daquela fundada no objeto da relação jurídica, acaba por comprometer o rigor teórico do modelo proposto pelo jurista brasileiro. A ênfase no aspecto subjetivo enfraquece a fronteira existente entre os direitos de família e os direitos obrigacionais, tornando o critério legislativo o único meio adequado para determinar se uma relação jurídica estabelecida entre duas pessoas unidas por vínculo de parentesco é constitutiva de direitos pessoais nas relações de família ou de direitos pessoais nas relações civis. Ao mesmo tempo, uma compreensão de que os direitos de família diferenciam-se dos direitos obrigacionais por uma maior intensidade e eficácia jurídica do vínculo estabelecido faz com que as relações familiares percam a sua característica de “lugares de não-direito”, viabilizando teoricamente uma regulação jurídica mais profunda.

Por outro lado, é provável que essa regulação jurídica mais extensiva tenha sido a finalidade perseguida por Teixeira de Freitas<sup>49</sup>, ao

---

<sup>49</sup> Escrevendo sobre as relações parentais na sociedade brasileira oitocentista, Freyre ressalta que o desenvolvimento urbano transformou substancialmente o patriarcalismo brasileiro a partir dos primórdios do Segundo Reinado, gerando uma decadência acentuada do poder social e da autoridade tradicionalmente exercida pelos chefes de família. Esse declínio do patriarcalismo gerou movimentos de reação e de reafirmação do poder parental. Cf. FREYRE, Gilberto. **Sobrados e mucambos**: decadência do patriarcado rural e desenvolvimento do urbano. São Paulo: Global, 2003, p. 199-201.



afastar-se momentaneamente do pensamento jurídico de Savigny. É o que se pode demonstrar dogmaticamente a partir da definição de relações familiares, inscrita na **Introdução à Consolidação das Leis Civis**:

“Como o Estado é uma reunião de famílias, como os homens estão ao mesmo tempo na associação familiar, esta associação tem suas relações privativas, que produzem uma certa classe de obrigações consistentes, já em prestações ou factos, que não fazem parte do nosso patrimonio, nem se-confundem com as outras obrigações” (sic)<sup>50</sup>.

Enquanto Savigny procura sustentar que o funcionamento interno das relações familiares depende majoritariamente de regras conformadas pela natureza e pela moral, que são estabelecidas pelos membros da família no interior da própria entidade familiar e inexigíveis juridicamente, Teixeira de Freitas avança em sentido diametralmente oposto. Ao estabelecer que as relações familiares produzem “obrigações” recíprocas entre os membros da família, as quais diferenciam-se dos demais direitos pessoais nas relações civis por muitas vezes não fazer “parte do nosso patrimonio” (sic), o jurista brasileiro aumenta substancialmente o campo das relações de direito de família, inclusive no sentido de reconhecer a existência de situações jurídicas extrapatrimoniais no contexto de uma

---

<sup>50</sup> TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto, *op. cit.*, p. CI-CII.

entidade familiar. Essa posição excessivamente intervencionista no ambiente das relações familiares é ainda mais surpreendente se considerarmos que Teixeira de Freitas nega aos direitos da personalidade o caráter de direitos civis, em razão de serem direitos absolutos originários, desprovidos de objeto exterior corpóreo e insuscetíveis de aquisição por meio de relações jurídicas<sup>51</sup>.

A tendência em ampliar o escopo das relações de direito de família, regulando vastamente os vínculos estabelecidos pelos membros da família no interior da própria entidade familiar, resta clara ao examinar-se a “taboa das materias” (sic) da **Consolidação das Leis Civis**. Cinco títulos compõem a seção reservada aos “direitos pessoaes nas relações de familia” (sic): 1º, “do matrimonio” (sic); 2º, “da paternidade, maternidade, e filiação” (sic); 3º, “dos filhos illegitimos, e dos adoptivos” (sic); 4º, “dos parentes”; 5º, “das tutelas, e curatelas” (sic). Enquanto o título primeiro reserva um capítulo inteiro aos “direitos entre os conjuges” (sic), o título segundo abre dois capítulos para tratar “dos direitos entre os pais e os filhos” e “dos direitos entre as mãis e os filhos” (sic). No mesmo sentido, o **Esboço de Código Civil** avançaria substancialmente na direção de reservar capítulos aos “direitos e obrigações dos cônjuges quanto a suas pessoas”, “direitos e obrigações dos cônjuges quanto a seus bens”, “direitos e obrigações dos pais e filhos legítimos quanto a suas pessoas”, “direitos e

---

<sup>51</sup> Cf. TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto, *op. cit.*, p. XCVII-XCIX.

obrigações dos pais e filhos legítimos quanto a seus bens”, “direitos e obrigações das mães e filhos legítimos quanto a suas pessoas”, “direitos e obrigações das mães e filhos legítimos quanto a seus bens” e “direitos e obrigações dos parentes”.

Se a ordem de exposição das matérias proposta por Teixeira de Freitas não prevaleceu quando da elaboração do Código Civil brasileiro de 1916, o projeto redigido por Bevilacqua manteve-se fiel ao intervencionismo no âmbito das relações familiares, sacramentado na **Consolidação das Leis Civis** e ampliado no **Esboço de Código Civil**. Afastando-se das concepções originárias de Savigny, a obra do jurista cearense fundamenta a autonomia dos direitos de família de modo bastante assemelhado ao que propunha Teixeira de Freitas:

“Constituída a família pela associação do homem e da mulher, em vista da reprodução e da necessidade de criar os filhos, consolidada pelos sentimentos affectivos e pelo principio da auctoridade, garantida pela religião, pelos costumes e pelo direito, é facil de ver que se torna ella potente fóco de onde irradiam multiplas relações, direitos e deveres, que é preciso conhecer e firmar. É um circulo dentro do qual se agitam e se movem acções e reacções estimuladas por sentimentos e interesses especiaes que lhes emprestam

uma feição suficientemente caracterizada, para exigirem uma classe a parte, na distribuição das materias do direito privado” (sic)<sup>52</sup>.

Como resta claro, é o fato da constituição de uma relação familiar entre um homem, uma mulher e os seus filhos que impõe um “princípio de autoridade” socialmente reconhecido e que resulta na constituição de relações e situações jurídicas de direito de família. Conseqüentemente, a autonomia do Direito de Família funda-se em um critério puramente estatutário, e o campo das relações de direito de família irradia-se tanto pelas relações sociais estabelecidas pelos membros da família no interior da própria entidade familiar, quanto pelos vínculos firmados com o restante da comunidade humana.

Entretanto, a ordem de exposição das matérias do Direito Civil empregada por Bevilacqua no **Projecto do Codigo Civil Brasileiro**

---

<sup>52</sup> BEVILAQUA, Clovis. **Direito da familia**. Recife: Ramiro M. da Costa & Filhos, 1910, p. 7-8. Teixeira de Freitas e Bevilacqua concordam em que as relações familiares geram direitos subjetivos e deveres jurídicos recíprocos entre os membros da família, mas aparentemente discordam quanto ao estatuto político das entidades familiares. Ainda que sustente o caráter civil das relações familiares, a associação entre família e Estado faz com que Teixeira de Freitas mantenha-se vinculado à tradição patriarcalista clássica de fundamentação do poder monárquico, na qual o poder parental é uma espécie de poder político. Autor de uma codificação civil republicana, Bevilacqua não vincula a família ao Estado, mas recorre à categoria política da autoridade para fundamentar o caráter jurídico das relações familiares. Sobre as relações entre poder parental e poder político, ver PATEMAN, Carole. **O contrato sexual**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1993, p. 120ss.

afasta-se do modelo fundado na classificação das relações jurídicas e utilizado por Teixeira de Freitas, aproximando-se dos postulados da pandectística consagrados pelo Código Civil alemão de 1896. Essa influência não é recebida de modo direto, mas intermediada pela obra de Tobias Barretto<sup>53</sup>. Em suas já célebres **Theses do Concurso de 1882**, o professor da Faculdade de Direito do Recife sustentava que:

“A classificação dos direitos civis em reaes e pessoas não abrange o quadro de todo o territorio privado. A classificação preferivel é a que os dispõe nas cinco seguintes categorias: 1º, direito das pessoas, inclusive o das pessoas juridicas e o direito autoral; 2º, direito da familia; 3º, direito das cousas; 4º, direito das obrigações; 5º, direito hereditario” (sic)<sup>54</sup>.

Com algumas modificações, em especial a introdução de uma Parte Geral que incorpora o direito das pessoas e o deslocamento do direito autoral para o Livro do Direito das Coisas, essa é exatamente a ordem de exposição das matérias empregada no Código Civil de 1916. Por outro lado, e ainda que algumas interpretações busquem justificar a antecedência do Direito de Família em relação aos demais ramos da doutrina civilista com

---

<sup>53</sup> Cf. BEVILAQUA, Clovis. **Em defeza do Projecto do Codigo Civil Brasileiro**. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1906, p. 26.

<sup>54</sup> BARRETTO DE MENEZES, Tobias. **Theses do concurso de 1882. Obras completas**. Aracaju: Estado de Sergipe, 1926, t. VII, v. II, p. 235-236.

base no excesso de sentimentalismo do legislador, no patriarcalismo característico das relações sociais brasileiras ou no ciclo de vida do homem, que constitui família, adquire patrimônio, estabelece relações econômicas e finalmente expira, essa ordem de exposição das matérias do Direito Civil representa uma continuidade da tradição jurídica construída a partir da **Consolidação das Leis Civis**, cuja Parte Especial igualmente principiava, por motivos puramente sistemáticos, pelos direitos pessoais nas relações de família<sup>55</sup>.

No mesmo sentido, a ordem de exposição das matérias empregada no Livro do Direito de Família indica uma permanência do intervencionismo estatal no âmbito das relações estabelecidas pelos membros da família no interior da própria entidade familiar, propugnado por Teixeira de Freitas: o título dedicado aos “efeitos jurídicos do casamento” versa fundamentalmente sobre “os direitos e deveres do marido” e os “direitos e deveres da mulher”, ao mesmo tempo em que o título reservado às “relações de parentesco” reserva dezesseis artigos ao instituto do pátrio poder, com grande ênfase nos direitos e deveres dos pais quanto à pessoa e aos bens dos filhos.

---

<sup>55</sup> Cf. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Fontes e evolução do Direito Civil brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 97ss; GOMES, Orlando. Raízes históricas e sociológicas do Código Civil brasileiro. **Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul**, v. 3, n. 9, 1977, p. 1ss.

Entretanto, não é possível determinar a amplitude da regulação imposta às relações familiares sem analisar o conteúdo normativo atribuído pelo Código Civil de 1916 às relações conjugais e parentais, em especial o poder familiar e os direitos das crianças e adolescentes. É dessa investigação sobre as relações de direito de família que se passa a tratar.

## **II RELAÇÕES DE DIREITO DE FAMÍLIA E DIREITOS DAS CRIANÇAS E ADOLESCENTES**

Uma vez configurados os fundamentos teóricos, a concepção de relações familiares e o desenho sistemático outorgados ao Direito de Família no Código Civil de 1916, resta por analisar o conteúdo normativo atribuído pelo ordenamento jurídico brasileiro às relações conjugais e às relações parentais, em especial ao poder familiar e sua articulação com os direitos das crianças e adolescentes.

Muito embora o pensamento jurídico construído com base no Código Civil de 1916 permaneça relevante para um entendimento adequado sobre as relações de direito de família no Direito Privado brasileiro, tal fato resulta essencialmente do papel exercido pela doutrina civilista na preservação das tradições jurídicas e na formação dos operadores do direito. Além de todas as transformações sociais que sobrevieram à primeira codificação civil, ocorreram diversas rupturas normativas, dentre as quais deve-se destacar a Constituição Federal de 5 de outubro de 1988 e o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei federal n. 8.069, de 13 de julho de 1990), em um processo de reformas legislativas sucessivas que culminou com a adoção de uma nova codificação civil (Lei federal n. 10.406, de 11 de janeiro de 2002).



Por essa razão, o presente título subdivide-se em dois capítulos. No primeiro capítulo, parte-se do texto original do Código Civil de 1916, com a finalidade de analisar o conteúdo normativo historicamente atribuído às relações conjugais e às relações parentais, com ênfase no pátrio poder (A). Uma vez configurado o marco legislativo sobre o qual se assenta o pensamento jurídico nacional em matéria de Direito de Família, o segundo capítulo aborda as transformações sociais e normativas ocorridas ao longo do novecentos, com o objetivo de compreender a concepção de relações de direito de família e de direitos das crianças e adolescentes, contidos na Constituição Federal de 1988, no Estatuto da Criança e do Adolescente e no Código Civil (B).

## A) RELAÇÕES JURÍDICAS CONJUGAIS E PARENTAIS

A atribuição de autonomia ao Direito de Família gera algumas conseqüências paradoxais. Ao segmentar as relações de direito de família, apartando-as das demais relações de direito privado, a doutrina civilista brasileira uniformiza o tratamento jurídico reservado às relações familiares, minimizando ou relevando as diferenças existentes entre as distintas espécies de relações sociais que se estabelecem dentro de um contexto familiar. Entretanto, quando a expressão relações familiares é invocada no discurso jurídico, pode estar-se referindo a pelo menos duas grandes categorias de relações sociais: as relações conjugais e as relações parentais. Se o tratamento em comum das relações familiares é importante para uma adequada compreensão de certos institutos jurídicos, a construção de diferenças entre essas duas espécies de vínculos também é dogmaticamente relevante.

Concebida a partir do pressuposto de que as relações familiares têm origem na “associação do homem e da mulher, em vista da reprodução e da necessidade de criar os filhos” (sic)<sup>56</sup>, a primeira codificação civil brasileira constrói um modelo de relações de direito de família no qual as relações conjugais precedem às relações parentais. A

---

<sup>56</sup> BEVILAQUA, Clovis. **Direito da família**. Recife: Ramiro M. da Costa & Filhos, 1910, p. 7.

forma da relação conjugal conforma a relação parental, razão pela qual devem-se apreender as relações conjugais, antes de compreender as relações parentais e o poder parental sobre a pessoa e os bens dos filhos.

A ordem de exposição das matérias empregada pelo Livro do Direito de Família do Código Civil de 1916 reflete claramente essa opção teórica: principia pelas normas relativas ao instituto jurídico do casamento, “a regulamentação social do instinto de reprodução” (sic)<sup>57</sup>, para então tratar sucessivamente “dos efeitos jurídicos do casamento”, “do regime de bens entre os cônjuges”, “da dissolução da sociedade conjugal e da proteção da pessoa dos filhos”, “das relações de parentesco” e “da tutela, da curatela e da ausência”. O que permite a Bevilacqua definir o Direito de Família como sendo:

“O complexo das normas, que regulam a celebração do casamento, sua validade e os efeitos, que d'elle resultam, as relações pessoais e economicas da sociedade conjugal, a dissolução desta, as relações entre paes e filhos, o vinculo do parentesco e os institutos complementares da tutela e da curatela” (sic)<sup>58</sup>.

---

<sup>57</sup> BEVILACQUA, Clovis, *op. cit.*, p. 25.

<sup>58</sup> BEVILACQUA, Clovis. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil commentado**. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1922, v. 2, p. 6.

Aparentemente, este conceito é congruente com aquele proposto por Savigny, segundo o qual o campo normativo do Direito de Família é composto pela garantia do reconhecimento e pela regulação das condições de existência de certas espécies de relações familiares, englobando cinco aspectos fundamentais: os requisitos para o estabelecimento dos vínculos, sua forma de constituição, o modo pelo qual se extinguem, a influência recíproca entre as relações familiares e seus efeitos patrimoniais<sup>59</sup>. Ao privilegiar o casamento, reduzindo o escopo das relações conjugais juridicamente reconhecidas às relações matrimoniais, a primeira codificação civil brasileira estabelece as condições de existência dessa espécie de relação familiar, fixando os requisitos para a formação do vínculo, sua forma de constituição e o modo pelo qual se extingue. Logo, é no campo das influências recíprocas entre as relações familiares e seus efeitos patrimoniais que se deve investigar o quanto a regulação, imposta pelo Código Civil de 1916, avança sobre os vínculos estabelecidos pelos membros da família no interior da própria entidade familiar.

Abrindo o título destinado aos efeitos jurídicos do casamento, o artigo 229 do Código Civil de 1916 estipula que, “criando a família legítima, o casamento legitima os filhos comuns, antes dele nascidos ou concebidos”. Esse dispositivo encerra uma dupla função: faz da relação

---

<sup>59</sup> Cf. SAVIGNY, Friedrich-Carl von. *Sistema del derecho romano actual*. Pamplona: Analecta, 2004, v. 1, t. 1, p. 270.

matrimonial a única espécie de relação conjugal juridicamente reconhecida, ao mesmo tempo em que procura restringir o campo das relações parentais aos vínculos formados entre os pais casados e seus filhos, independentemente de uma concepção anterior ou posterior ao enlace matrimonial<sup>60</sup>. A existência de uma relação matrimonial é um pressuposto à constituição de uma entidade familiar e de relações parentais plenas, possibilitando a submissão dos filhos ao pátrio poder<sup>61</sup>.

---

<sup>60</sup> “O primeiro efeito, que o Código attribue ao casamento é a legitimidade da família. Sob o ponto de vista social, da organização da vida humana sob a direcção da ethica, é, realmente, este o objectivo que tem a lei, regulando a união dos sexos, depurando os sentimentos, reprimindo as paixões, providenciando sobre o futuro da prole, cercando de respeito a família, sobre a qual repousa a sociedade civil. É a intervenção do direito, na sua função organica e santificadora, que diferencia a família legitima, da família natural, e de quaesquer agrupamentos inconsistentes ou ephemos, que as mesmas necessidades physiologicas reúnem e dissolvem” (sic). BEVILAQUA, Clovis, *op. cit.*, v. 2, p. 101. Nesse sentido, o artigo 229 é complementado pelo artigo 337 do Código Civil de 1916, o qual prevê serem “legítimos os filhos concebidos na constância do casamento, ainda que anulado, ou nulo, se se contraiu de boa fé”.

<sup>61</sup> “Durante o casamento, exerce o pátrio poder o marido, como chefe da família” (Código Civil de 1916, artigo 380). No sistema adotado pela primeira codificação civil brasileira, a existência de uma entidade familiar, no sentido jurídico da expressão, depende sempre do estabelecimento de um vínculo matrimonial. Os filhos havidos fora do casamento permanecem em poder de suas mães (Código Civil de 1916, artigo 383), mas esse agrupamento social não constitui uma entidade familiar. Aos pais é facultado o reconhecimento voluntário dos filhos havidos fora do casamento, desde que não sejam adúlteros ou incestuosos (Código Civil de 1916, artigo 358). Nesta mesma circunstância, os filhos gozam do direito de investigar a sua paternidade, com vistas à obtenção de um reconhecimento judicial (Código Civil de 1916, artigo 363). Em ambos os casos, o vínculo não é constitutivo de uma entidade familiar, e há restrições quanto ao exercício do pátrio poder (Código Civil de 1916, artigos 359 e 366).

Imediatamente após determinar quais as relações conjugais e parentais juridicamente reconhecidas, o Livro do Direito de Família concede ao casamento o efeito de pôr em vigor um regime de bens entre os cônjuges (Código Civil de 1916, artigo 230). Na seqüência, enuncia uma série de situações jurídicas decorrentes da relação matrimonial: deveres recíprocos ou comuns a ambos os membros do casal (Código Civil de 1916, artigo 231), direitos e deveres exclusivos do marido (Código Civil de 1916, artigos 233 a 239) e direitos e deveres privativos da mulher (Código Civil de 1916, artigos 240 a 255).

Consoante o pensamento jurídico de Savigny, as relações de direito de família imputam direitos e deveres patrimoniais aos cônjuges, razão pela qual compete ao ordenamento jurídico prever a existência e prover de conteúdo essas situações jurídicas<sup>62</sup>. Analisando o conjunto dos direitos e deveres atribuídos aos membros do casal em virtude da relação matrimonial, vê-se que esse é o caso em todas as situações jurídicas imputadas exclusivamente ao marido ou à mulher, com a única exceção do direito outorgado à esposa de acrescentar ao seu nome os sobrenomes do marido (Código Civil de 1916, artigo 240, parágrafo único). Em sentido contrário, os deveres recíprocos ou comuns a ambos os cônjuges são quase integralmente extrapatrimoniais: fidelidade recíproca; vida em comum, no

---

<sup>62</sup> Cf. *supra*, nota n. 59.

domicílio conjugal; mútua assistência; sustento, guarda e educação dos filhos<sup>63</sup>.

Ao imputar aos cônjuges um conjunto de deveres jurídicos extrapatrimoniais recíprocos ou comuns, a primeira codificação civil brasileira inaugura um novo patamar de intervenção no âmbito dos vínculos estabelecidos pelos membros da família no interior da própria entidade familiar. Na legislação civil anterior, “nenhuma disposição expressa declarava estes deveres”<sup>64</sup>, ainda que a fidelidade recíproca estivesse reflexamente protegida pela legislação penal. Desse modo, a decisão de arrolar um complexo de deveres jurídicos extrapatrimoniais, derivados das relações matrimoniais, explicita uma intenção deliberada de estender a tutela estatal sobre os aspectos internos das relações de direito de família, outorgando aos cônjuges poderes jurídicos mútuos que ultrapassem a mera

---

<sup>63</sup> No entendimento de Corrêa de Oliveira e Muniz, o dever de mútua assistência “abrange, de modo unitário, aspectos morais, espirituais, materiais [...]. Envolve, por conseguinte, deveres de respeito, sinceridade, recíproca ajuda e mútuos cuidados” (CORRÊA DE OLIVEIRA, José Lamartine; MUNIZ, Francisco José Ferreira. **Curso de Direito de Família**. Curitiba: Juruá, 2001, p. 295-296). Conseqüentemente, o dever de mútua assistência é parcialmente patrimonial, enquanto o dever de sustento dos filhos goza de caráter obrigacional. Todos os demais deveres jurídicos arrolados no artigo 231 do Código Civil de 1916 são puramente extrapatrimoniais.

<sup>64</sup> BEVILAQUA, Clovis, *op. cit.*, v. 2, p. 105.

esfera patrimonial das relações familiares e propondo a prevalência de um modelo associativo sobre uma concepção comunitária de família<sup>65</sup>.

Elaboradas dentro do mesmo contexto histórico-dogmático, outras codificações civis recorreram a distintas técnicas legislativas para determinar os efeitos extrapatrimoniais do casamento. Exemplificativamente, pode-se invocar a legislação civil alemã, que prescinde de estatuir um elenco exaustivo de deveres jurídicos extrapatrimoniais, em favor da adoção de uma cláusula geral de comunhão plena de vida (Código Civil alemão, parágrafo 1.353, alínea 1).

Em seus comentários ao Código Civil de 1916, Corrêa de Oliveira e Muniz defendem que “o sentido da relação matrimonial melhor se expressa pela noção de comunhão [plena] de vida do que pela análise

---

<sup>65</sup> Conforme ressalta Arneil, existem dois modelos jurídicos de entidade familiar: o associativo e o comunitário. A família-associação é uma “sociedade de indivíduos com direitos e interesses pessoais, cujas relações mútuas baseiam-se numa série complexa de pretensões quanto a direitos e obrigações” (“*society of rights-bearing self-interested individuals whose relations with one another are based on a complex series of claimed rights and obligations*”). ARNEIL, Barbara. *Becoming versus being: a critical analysis of the child in liberal theory*. In: ARCHARD, David; MACLEOD, Colin. Orgs. ***The moral and political status of children***. Oxford: Oxford, 2002, p. 83. Traduzi. Já a família-comunidade é “formada por agentes morais que interagem de acordo com qualquer princípio moral ou político que consigam fundamentar” (“*formed by moral agents getting along according to whatever moral and political principles that turn out to be justified*”). NOGGLE, Robert. *Special agents: children’s autonomy and parental authority*. In: ARCHARD, David; MACLEOD, Colin. Orgs. ***The moral and political status of children***. Oxford: Oxford, 2002, p. 100. Traduzi.



descritiva de direitos e deveres de natureza pessoal”<sup>66</sup>. O emprego dessa técnica legislativa torna a relação matrimonial um espaço de autonomia, dentro do qual os cônjuges podem construir coletivamente normas de comportamento pessoal, em detrimento da imposição de um modelo legal de dinâmica familiar. Dessa forma, “a comunhão de afetos e dos demais aspectos da vida de um cônjuge com o outro, em termos de ajuda, dedicação recíproca e colaboração no comum interesse pessoal, doméstico e econômico, traduzem o sentido profundo e perene da relação matrimonial”<sup>67</sup>, contrariamente à técnica de tipificação e imposição legislativa de deveres jurídicos extrapatrimoniais.

Todavia, a afirmação da autonomia nas relações familiares não era exatamente uma preocupação, quando da primeira codificação civil brasileira<sup>68</sup>. Essa assertiva é claramente demonstrável por meio de um estudo sobre o conteúdo normativo das relações parentais.

Conforme ressaltado anteriormente, o Código Civil de 1916 pressupõe que as relações matrimoniais são constitutivas das entidades familiares, precedendo ao estabelecimento de relações parentais plenas e possibilitando a submissão dos filhos ao pátrio poder. Logo, a atribuição de

---

<sup>66</sup> CORRÊA DE OLIVEIRA, José Lamartine; MUNIZ, Francisco José Ferreira, *op. cit.*, p. 288.

<sup>67</sup> CORRÊA DE OLIVEIRA, José Lamartine; MUNIZ, Francisco José Ferreira, *op. cit.*, p. 289.

<sup>68</sup> Cf. *supra*, nota n. 49.

significado jurídico ao poder parental deve partir de uma interpretação sobre o dever comum de sustento, guarda e educação dos filhos. Ao justificar a tipificação e a imputação desse dever jurídico aos cônjuges, diz Bevilaqua que:

“Ao pae e a mãe incumbe, por natural affeição, por dever moral e por obrigação juridica, sustentar aquelles a quem deram o ser, velar, cuidadosamente, por elles, dirigil-os, defendel-os, e preparal-os para a vida. O amor materno e o paterno são energias moraes, de ordinario, sufficientes para activar e manter esses cuidados com a prole. Mas nem todos possuem organização normal, e o direito necessita prevêr esses casos” (sic)<sup>69</sup>.

Se as relações parentais imputam aos pais um dever comum de sustento, guarda e educação dos filhos, essa situação jurídica extrapatrimonial justifica-se pela necessidade de proteger os interesses da prole. Paradoxalmente, essa assertiva não conduz ao que seria o seu corolário: a atribuição aos filhos de um correspondente direito subjetivo. É verdade que o dever patrimonial de sustento encontra contrapartida no direito a perceber alimentos (Código Civil de 1916, artigo 397). Por outro

---

<sup>69</sup> BEVILAQUA, Clovis, *op. cit.*, v. 2, p. 107.

lado, nenhum poder jurídico assiste aos filhos, nos casos de inexecução dos deveres extrapatrimoniais de guarda e educação.

A dificuldade teórica em atribuir expressamente aos filhos um direito subjetivo oposto aos deveres jurídicos extrapatrimoniais outorgados aos pais advém de que “ambos os cônjuges têm sobre o filho autoridade, a ambos deve o filho respeito”<sup>70</sup>. Se à autoridade parental corresponde um absoluto dever de respeito, resulta impossível a atribuição de poderes jurídicos aos filhos, e a única situação jurídica ativa resultante de uma relação parental é o pátrio poder<sup>71</sup>.

Nos termos dos artigos 384, 385 e 389 do Código Civil de 1916, o pátrio poder enfeixa oito diferentes espécies de situações jurídicas ativas, imputadas aos pais, sobre a pessoa e os bens dos filhos menores e incapazes: os poderes de dirigir-lhes a criação e a educação; mantê-los sob sua companhia e guarda; conceder-lhes consentimento para casar; nomear-

---

<sup>70</sup> BEVILAQUA, Clovis, *op. cit.*, v. 2, p. 349.

<sup>71</sup> Código Civil de 1916, artigo 379. “Pátrio poder é o complexo dos direitos que a lei confere ao pae, sobre a pessôa e os bens dos filhos. No direito moderno, esse conjunto de direitos é apenas tutelar, no sentido de que a sua organização visa mais o interesse do filho, que, por sua idade, necessita de um guia e protector, do que o interesse do pae, como no antigo direito. A autoridade dos paes é um poder familiar, quer dizer, uma autoridade que mantém os laços da família, e dentro do circulo das relações desta se circumscreve; todavia, está sobre ella vigilante o poder social para impedir os abusos, quer de ordem moral, quer de ordem economica” (sic). BEVILAQUA, Clovis, *op. cit.*, v. 2, p. 348. O abuso no exercício do pátrio poder autoriza sua suspensão ou decadência, nos termos dos artigos 394 e 395 do Código Civil de 1916.

lhes tutor; suprir-lhes o consentimento; reclamá-los de quem ilegalmente o detenha; exigir que prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição; e administrar-lhes os bens, na qualidade de usufrutuários.

Dentro desse complexo de situações jurídicas ativas, estão contidos poderes jurídicos de caráter patrimonial e extrapatrimonial. Como o Direito de Família é indiscutivelmente competente para a regulamentação dos efeitos patrimoniais das relações familiares, determinar o quanto a primeira codificação civil brasileira avança, na direção de estender a tutela estatal sobre os aspectos internos das relações parentais, depende fundamentalmente de uma análise sobre os poderes jurídicos extrapatrimoniais outorgados aos pais, os quais podem ser agrupados em duas grandes categorias.

A primeira é a das situações jurídicas ativas derivadas do dever conjugal de guarda sobre os filhos: os poderes de mantê-los em sua companhia e reclamá-los de quem ilegalmente os detenha. Embora evidentemente extrapatrimoniais, esses poderes jurídicos dizem respeito aos aspectos externos das relações parentais, já que a sua função precípua é a de prevenir a usurpação das posições jurídicas parentais por terceiros. Nesse sentido, muito mais do que uma extensão da tutela estatal sobre os aspectos internos das relações parentais, a sua tipificação como um poder parental resulta de má técnica legislativa. O Código Civil de 1916 poderia

perfeitamente prescindir da outorga de um poder-dever conjugal de guarda sobre os filhos, regulando essa questão conjuntamente com as demais normas sobre a constituição e a extinção das relações parentais. Ou seja, no capítulo reservado à filiação.

A segunda é a das situações jurídicas ativas derivadas do dever conjugal de educação dos filhos: os poderes de dirigir-lhes a criação e exigir que prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição<sup>72</sup>. Em princípio, a imputação de um dever conjugal de educar os filhos parece irrelevante, uma vez que ninguém imaginaria razoável dispensar os pais das tarefas de criação da prole. Por essa razão, argumentar no sentido de que essa regra estende a tutela estatal sobre os aspectos internos das relações parentais, ferindo a autonomia dos membros da família e fomentando dinâmicas familiares fundadas no domínio e na submissão, requer uma crítica cuidadosa.

---

<sup>72</sup> A conexão entre o dever conjugal de educação dos filhos e o poder jurídico de exigir a prestação de serviços próprios de sua idade e condição não é clara. Porém, Bevilacqua fundamenta o artigo 384, inciso VII, do Código Civil de 1916 com base na afirmação de que “uma das formas da educação é habituar a criança ao trabalho compatível com a sua idade. Além disso, trabalhando para os pais, os filhos sentem que a sua parte na vida não é feita somente de direitos. Competem-lhe, também, deveres. E é com essa troca de serviços recíprocos que mais se apertam os laços affectivos da família” (sic). BEVILACQUA, Clovis, *op. cit.*, v. 2, p. 355. Ao atribuir uma função educativa à prestação de serviços, ressalta-se o aspecto extrapatrimonial desse poder, em detrimento do caráter patrimonial que seria mais evidente.

Inicialmente, deve-se atentar ao fato de que ao dever conjugal de educar os filhos não corresponde um direito subjetivo do filho de ser criado pelos pais. Muito antes pelo contrário, o dever conjugal de educação da prole consubstancia-se em um poder parental de dirigir-lhe a criação, o que delega aos genitores o controle absoluto sobre o processo de desenvolvimento da personalidade dos descendentes. Conseqüentemente, resta aos filhos a situação jurídica passiva de obediência e respeito, negatória de qualquer autodeterminação.

Ciente do caráter potencialmente arbitrário de que se reveste o poder parental de dirigir a criação e a educação dos filhos, Bevilaqua procura coibir um eventual exercício abusivo do pátrio poder por meio da funcionalização, afirmando que aos pais compete “dar uma educação ao filho, para que este seja uma pessoa digna da sociedade e util ao seu paiz” (sic)<sup>73</sup>. No entanto, a imposição de parâmetros externos de adequação, baseados na conformidade com os interesses da sociedade ou na utilidade para o país, ignora mais uma vez as aptidões e interesses pessoais dos filhos, negando-lhes novamente qualquer autodeterminação.

Finalmente, tem-se a questão do poder parental de exigir que os filhos prestem os serviços próprios de sua idade e condição. Ainda que dissimulada sob o manto da educação pelo trabalho, trata-se aqui da legitimação de um modelo tradicional de família patriarcal com horizonte

---

<sup>73</sup> BEVILAQUA, Clovis, *op. cit.*, v. 2, p. 354.

intergeracional, no qual a entidade familiar constitui uma unidade de produção destinada à acumulação do capital produzido pelo conjunto dos membros da família em mãos de seu patriarca, que brevemente os devolverá aos filhos por meio da herança<sup>74</sup>. No contexto de uma sociedade agrária em urbanização, a preservação dessa espécie de dinâmica familiar patriarcal gera um ônus absolutamente desproporcional aos filhos, em especial nas áreas rurais. Empregados na lavoura, contribuem durante a infância e a juventude para a formação de um patrimônio familiar que provavelmente não receberão em sucessão no momento em que se tornarem adultos, já que a expectativa de vida cresce continuamente desde meados do oitocentos. Ao mesmo tempo, educam-se para o trabalho em uma terra que dificilmente herdarão durante a sua vida ativa, em detrimento da obtenção de uma formação mais adequada ao exercício de uma profissão independente no ambiente urbano<sup>75</sup>.

Outorgando poderes jurídicos e enfeixando-os nas mãos de um chefe de família, a primeira codificação civil brasileira acaba por

---

<sup>74</sup> Cf. SINGLY, François de. **Sociologia da família contemporânea**. Rio de Janeiro: FGV, 2007, p. 37-38.

<sup>75</sup> Sobre as relações entre educação e trabalho nas dinâmicas familiares patriarcais, ver JELIN, Elizabeth. *Pan y afectos: la transformación de las familias*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2004, p. 21-31. A respeito da educação pelo trabalho em tarefas manuais cotidianas, escreve Vigotski que “o valor educativo do trabalho artesanal é próximo de zero, porque ele contém uma experiência estreita acumulada que não permite sair dos limites estreitos do ofício artesanal”. VIGOTSKI, Lev Semenovich. **Psicologia pedagógica**. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 252.

edificar um modelo de relações familiares que pode ser definido como monogâmico, heterossexual, patriarcal e coitocêntrico, concebendo a entidade familiar como união indissolúvel entre um homem e uma mulher, com a finalidade de acumular capital em favor do patriarca e gerar filhos que assegurem sua descendência e sucessão<sup>76</sup>. Por essa razão, estende consideravelmente o campo das relações de direito de família, assegurando ao chefe da sociedade conjugal o conjunto de poderes jurídicos patrimoniais e extrapatrimoniais necessários à preservação dos vínculos familiares, à apropriação do produto do trabalho e ao controle integral sobre a formação da personalidade de seus descendentes<sup>77</sup>.

Entretanto, esse modelo de relações familiares não sobreviveria às transformações sociais ocorridas ao longo do novecentos, e que resultaram não apenas em um novo Direito de Família, mas também na atribuição de um estatuto pessoal autônomo às crianças e adolescentes.

---

<sup>76</sup> Cf. THERBORN, Göran. **Sexo e poder: a família no mundo (1900-2000)**. São Paulo: Contexto, 2006, p. 197ss.

<sup>77</sup> Em virtude da necessidade de viabilizar-se politicamente no Congresso Nacional, o Código Civil de 1916 é bastante mais conservador do que o pensamento teórico de Bevilacqua, em especial nas questões relativas à família e à posição da mulher na sociedade. A esse respeito, ver NEDER, Gizlene. Amélia e Clovis Bevilacqua: o casamento, o casal e a idéia de indivíduo. *In*: NEDER, Gizlene; CERQUEIRA FILHO, Gisálio. Orgs. **Idéias jurídicas e autoridade na família**. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 153.



## **B) RELAÇÕES JURÍDICAS PARENTAIS E DIREITOS DAS CRIANÇAS E ADOLESCENTES**

Um dos principais aspectos das relações familiares, que restaria absolutamente vencido ao longo do novecentos, é a precedência das relações conjugais sobre as relações parentais. E a grande responsável por essa transformação social é a invenção da infância, baseada em uma correspondente reconstrução cultural da idéia de criança<sup>78</sup>.

Quando a primeira codificação civil brasileira conforma as relações de direito de família, baseada no pressuposto de que as relações matrimoniais precedem às relações parentais, estabelece um modelo unívoco de entidade familiar, constituído por três sujeitos: o homem, a mulher e a prole. Dentro dessa instituição familiar, esses personagens assumem diferentes papéis sociais: o homem é o chefe da família, o esposo e o pai; a mulher é a consorte, a esposa e a mãe. Já a prole desempenha sempre o papel de filho.

Em tal contexto normativo, não existe espaço para a criança. Afinal, a filiação ultrapassa qualquer marco temporal: ninguém perde esse

---

<sup>78</sup> Sobre a invenção da infância, ver a obra fundadora de ARIÈS, Philippe. **História social da criança e da família**. Rio de Janeiro: LTC, 2006, p. 17-32 (primeira edição francesa, 1962). Para o processo de construção cultural da idéia de criança na contemporaneidade, ver TEDRUS, Dora Maria de Almeida Sousa. **A relação adulto-criança: um estudo antropológico**. Campinas: Unicamp, 1998, p. 37-41.

estatuto pessoal ao tornar-se adulto. Conseqüentemente, qualquer ordenamento jurídico que procure regulamentar a infância a partir da filiação gera um ponto cego: não consegue ver a criança senão como filho, produto e apêndice de uma relação conjugal<sup>79</sup>. O filho-criança: um bem acessório, que acompanha o principal<sup>80</sup>.

---

<sup>79</sup> A ausência da criança, reduzida à categoria relacional de filho pela primeira codificação civil brasileira, reflete uma organização social na qual a infância era bastante curta. Inicialmente idealizada como “anjo”, por volta dos seis anos de idade a criança tornava-se o “menino-diabo”, “criatura estranha, cheia do instinto de todos os pecados”, “castigado pelo pai, pela mãe, pelo avô, pela avó, pelo padrinho, pela madrinha, pelo tio-padre, pela tia solteirona, pelo padre-mestre, pelo mestre-régio, pelo professor de Gramática”, que precisava ser justificada pelo patriarca, “no interesse real ou ostensivo da educação, ou da moralização do menino”. Como único caminho para livrar-se da “vergonha da meninice”, a criança deixava-se “amadurecer, morbidamente antes do tempo”, sentindo “gosto na precocidade que liberta da grande vergonha de ser menino”, “da inferioridade de ser párvulo”. Cf. FREYRE, Gilberto. **Sobrados e mucambos**: decadência do patriarcado rural e desenvolvimento do urbano. São Paulo: Global, 2003, p. 177-180. Nas sociedades européias ocidentais, o oitocentos também foi “bastante duro para a infância [...]. Fossem já grandes ou não, as crianças continuaram a ser algumas vezes essas ‘pequenas coisas’ das quais os adultos debochavam, ou pior, maltratavam e exploravam” (“*bien dure pour l’enfance. [...] Qu’ils soient déjà grands ou non, les enfants restèrent parfois ces ‘petits choses’ dont les adultes se moquaient ou, pire, qu’ils maltrahaient et exploitaient*”). ROLLET, Catherine. **Les enfants au XIXe. siècle**. Paris: Hachette, 2001, p. 247. Traduzi.

<sup>80</sup> “No Brasil patriarcal, [a criança] foi sempre criatura conservada a grande distância do homem. A grande distância do elemento humano, pode-se acrescentar” (FREYRE, Gilberto, *op. cit.*, p. 178). Até o oitocentos, é possível afirmar que a criança permanecia “prisioneira do papel social do filho”. Por essa razão, Costa propõe a utilização da expressão “filho-criança” para designar o estatuto pessoal atribuído à infância, durante esse período histórico. Cf. COSTA, Jurandir Freire. **Ordem médica e norma familiar**. Rio de Janeiro: Graal, 2004, p. 155.

Desse modo, a criança ingressa no mundo do Direito desprovida de humanidade, individualidade ou autodeterminação: não é em si nem por si, mas apenas em função de seus pais. Reduzida à categoria relacional de filho e objeto de poderes jurídicos parentais, à legislação civil interessa apenas a posição jurídica reificada que ocupa no interior da entidade familiar. Na melhor das hipóteses, o ordenamento jurídico a percebe como pessoa com a finalidade de determinar a sua incapacidade para o exercício de situações jurídicas, em condição análoga à dos surdos-mudos ou loucos de todo gênero<sup>81</sup>. Mesmo quando compreendida enquanto pessoa, a criança não goza de um estatuto pessoal próprio.

A afirmação da criança como pessoa e sujeito de direito, respeitada em sua humanidade, individualidade e autodeterminação, independentemente do estatuto familiar ou das modalidades clássicas de interdição de direitos, requer o reconhecimento de que a condição de

---

<sup>81</sup> Código Civil de 1916, artigo 5º. Uma compreensão jurídica da infância baseada no estatuto familiar e nas modalidades clássicas de interdição de direitos reforça a debilidade e a fraqueza da criança. Ao ser “tratada como um adulto incompetente”, a existência da criança não carregava “nenhum conteúdo positivo”: era “percebida negativamente, por oposição ao adulto”. “Os papéis culturais de ‘filho incapaz’ e de ‘anjinho’ superpunham-se e obscureciam sua condição de etapa biológico-moral no desenvolvimento do adulto. A vida infantil persistia cindida da vida dos mais velhos, como se seu cerne pertencesse a uma segunda natureza humana. Natureza imprecisa, expectante, que se mantinha em estado de larvar até o despertar da puberdade”. Cf. COSTA, Jurandir Freire, *op. cit.*, p. 162.

criança é uma espécie autônoma de estatuto pessoal, o que origina uma nova categoria jurídica: as pessoas em desenvolvimento<sup>82</sup>.

A construção do estatuto pessoal de criança e da categoria jurídica das pessoas em desenvolvimento resulta essencialmente de uma série de esforços empreendidos na esfera internacional. A partir da proclamação da Declaração Universal dos Direitos da Criança, em 21 de novembro de 1959, seguiram-se vários documentos internacionais, que culminaram com a adoção de uma Convenção Internacional dos Direitos da Criança, aprovada pela Assembléia Geral da Organização das Nações Unidas, em 20 de novembro de 1989, e internalizada pelo ordenamento jurídico brasileiro por meio do Decreto federal n. 99.710, de 13 de julho de 1990<sup>83</sup>.

---

<sup>82</sup> Nos estudos sobre a infância, existe um conflito entre as categorias jurídicas da “pessoa em potencial” e da “pessoa em desenvolvimento”. Enquanto “pessoa em potencial”, a criança é apreendida como alguém que apenas adquirirá personalidade ao tornar-se adulto. Já a categoria da “pessoa em desenvolvimento” compreende a criança como um ente personificado, portador de todos os direitos subjetivos atribuídos aos adultos. No entanto, a condição de pessoa em desenvolvimento requer a outorga de um conjunto de direitos subjetivos especiais que protejam o crescimento da criança e sua preparação para a idade adulta. Cf. ARNEIL, Barbara. *Becoming versus being: a critical analysis of the child in liberal theory*. In: ARCHARD, David; MACLEOD, Colin. Orgs. ***The moral and political status of children***. Oxford: Oxford, 2002, p. 71-88.

<sup>83</sup> Sobre a Convenção Internacional dos Direitos da Criança, ver HAFEN, Bruce; HAFEN, Jonathan. *Abandoning children to their autonomy: the United Nations Convention on the Rights of the Child*. ***Harvard International Law Journal***, v. 37, 1996, p. 449.

Na ordem jurídica interna, o marco legislativo fundamental para a construção do estatuto pessoal de criança e da categoria jurídica das pessoas em desenvolvimento é a Constituição Federal de 1988, primeiro texto normativo brasileiro a reconhecer expressamente o infante como sujeito de direito (Constituição Federal, artigo 227), revestindo-o da peculiar condição de pessoa em desenvolvimento (Constituição Federal, artigo 227, parágrafo 3º, inciso V)<sup>84</sup>.

Complementando as normas constitucionais e adequando o ordenamento jurídico interno aos compromissos internacionalmente assumidos pelo país, o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) sistematizou o novo estatuto pessoal da criança<sup>85</sup>, estruturando a categoria

---

<sup>84</sup> Em termos históricos, a passagem da criança da categoria relacional de filho para o estatuto pessoal autônomo de pessoas em desenvolvimento conheceu uma etapa intermediária, com a adoção de uma legislação especial de proteção ao estatuto pessoal de menor (Código de Menores, Decreto federal n. 17.943-A, de 12 de outubro de 1927, posteriormente substituído pela Lei federal n. 6.697, de 10 de outubro de 1979). Ocupando-se apenas dos “menores em situação irregular” em virtude de abandono, maus-tratos, perigo moral, ausência de responsável legal, desvio de conduta ou autoria de infração penal (Código de Menores de 1979, artigo 2º), o escopo da legislação “menorista” não era abrangente, mas “restrito a peculiares situações em que se encontrem certas crianças a exigirem prestação jurisdicional” (MACHADO, Antonio Luiz Ribeiro. **Código de Menores comentado**. São Paulo: Saraiva, 1986, p. 2).

<sup>85</sup> Nos termos da Declaração Universal e da Convenção Internacional dos Direitos da Criança, considera-se criança toda pessoa menor de dezoito anos completos. Optando pelo estabelecimento de uma distinção, especialmente importante em matéria criminal, o ordenamento jurídico brasileiro define como crianças as pessoas menores de doze anos de idade, e adolescentes as pessoas maiores de doze e menores de dezoito anos completos (ECA, artigo 2º).

jurídica das pessoas em desenvolvimento. Desse modo, deve-se partir de uma apreciação do conteúdo normativo da legislação infanto-juvenil para, em um segundo momento, determinar o impacto que essa ruptura normativa provoca sobre a codificação civil, em especial o Direito de Família.

Conforme o Estatuto da Criança e do Adolescente, as crianças e adolescentes são pessoas em desenvolvimento (ECA, artigo 6º) e gozam de proteção integral (ECA, artigo 1º)<sup>86</sup>. São titulares de todos os direitos fundamentais consagrados pelo ordenamento jurídico brasileiro (ECA, artigo 3º), inclusive a plenitude dos direitos civis (ECA, artigo 15). A proteção integral aos direitos fundamentais e aos demais direitos subjetivos, especialmente atribuídos às crianças e adolescentes em virtude de seu estatuto pessoal, é um dever prioritário da família, da sociedade e do Estado (ECA, artigo 4º). No exercício desse conjunto de situações jurídicas, deve ser observado o princípio do melhor interesse das crianças e adolescentes<sup>87</sup>.

---

<sup>86</sup> A doutrina da proteção integral das crianças e adolescentes propugna que “a população infanto-juvenil, em qualquer situação, deve ser protegida e seus direitos, garantidos, além de terem reconhecidas prerrogativas idênticas às dos adultos”. PEREIRA, Tânia da Silva. O melhor interesse da criança. In: PEREIRA, Tânia da Silva. Org. **O melhor interesse da criança**: uma abordagem interdisciplinar. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 14.

<sup>87</sup> Originário do *common law* inglês, o princípio do melhor interesse da criança (*best interest of the child*) é historicamente aplicado pela jurisprudência britânica com o sentido de que, nas “decisões sobre a criação de uma criança, as cortes dariam uma consideração superior ao bem-estar da criança” (“*decisions about a child upbringing, courts were to give paramount consideration to the child’s welfare*”). EEKELAAR, John. *Family law and personal life*. Oxford: Oxford, 2006, p. 122. Traduzi.

O expresse reconhecimento das crianças e adolescentes como sujeitos de direitos, com a imputação de direitos subjetivos e correspondentes deveres jurídicos aos pais, à sociedade e ao Estado, reconfigura completamente o quadro normativo das relações parentais. Ainda que a legislação infanto-juvenil reafirme o dever parental de guarda e educação dos filhos (ECA, artigo 22), a outorga de um direito filial a ser criado e educado em companhia de sua família subverte a lógica dos poderes-deveres parentais contidos na legislação civil. Na medida em que são direitos subjetivos do filho, a criação e a educação em companhia da família não podem ser compreendidas como poderes parentais, razão pela qual o sentido dessa criação e educação deve ser determinado em função do melhor interesse da criança ou adolescente, e não de um juízo parental de conveniência (ECA, artigo 53)<sup>88</sup>. Além disso, as responsabilidades da sociedade e do Estado para com a efetivação do direito subjetivo à educação realizam-se por meio da escolarização obrigatória, na rede regular de ensino (ECA, artigo 55), o que exemplifica o modo como a legislação

---

<sup>88</sup> “O princípio do melhor interesse da criança tem aplicação nos casos que necessitem de uma comparação de opções, ou seja, casos concretos que perquiram a escolha entre pai e mãe, entre avós e pais, entre pai biológico e pai afetivo, entre verdade real e formalismo jurídico. Mas, também, cabe em situações nas quais a condição especial de pessoa em desenvolvimento impõe prioridade de tratamento, quer no âmbito Executivo, Legislativo ou Judiciário, em respeito à vulnerabilidade infanto-juvenil”. MEIRELLES, Rose Melo Vencelau. O princípio do melhor interesse da criança. *In*: MORAES, Maria Celina Bodin de. Org. **Princípios do Direito Civil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 471.

infanto-juvenil opera no sentido de devolver à sociedade e ao Estado os encargos tradicionalmente suportados pela família, gerando uma abertura das relações parentais para o estabelecimento de vínculos diretos entre as crianças e adolescentes e o contexto social em que estão inseridos, independentemente da mediação parental<sup>89</sup>.

Dentro desse novo contexto normativo, deve-se questionar se ainda é possível falar em poderes parentais. O que remete novamente à legislação civil, especialmente à nova codificação civil brasileira.

Embora posterior à Constituição Federal e ao Estatuto da Criança e do Adolescente, o Código Civil resulta de um projeto elaborado anteriormente a ambos<sup>90</sup>, razão pela qual a sua concepção de relações de direito de família apresenta algumas inadequações em relação aos preceitos constitucionais e à legislação infanto-juvenil.

Apesar disso, o Livro do Direito de Família do Código Civil é bastante congruente com a normativa constitucional de desconstrução do

---

<sup>89</sup> Cf. BARRETT, Michele; McINTOSH, Mary. *Familia vs. sociedad*. Bogotá: TM, 1995, p. 115ss.

<sup>90</sup> Constituída em 23 de maio de 1969, a Comissão Revisora e Elaboradora do Código Civil era composta por Agostinho de Arruda Alvim, Clóvis Veríssimo do Couto e Silva, Erbert Chamoun, José Carlos Moreira Alves, Miguel Reale (supervisor), Sylvio Marcondes e Torquato Castro. Encaminhado ao Congresso Nacional em 16 de janeiro de 1975, o projeto do Código Civil recebeu aprovação final e sanção presidencial em 10 de janeiro de 2002 (Lei federal n. 10.406, de 11 de janeiro de 2002). Sobre a elaboração e tramitação do projeto, ver REALE, Miguel. **História do novo Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2005.



modelo unívoco de entidade familiar, contido na primeira codificação civil brasileira. Essa ruptura legislativa opera em duas frentes: quebra o monopólio do casamento no âmbito das relações conjugais juridicamente admitidas, ao mesmo tempo em que estas são desvinculadas das relações parentais. Como resultado, o ordenamento jurídico passa a reconhecer três espécies de entidades familiares: a família conjugal baseada no casamento (Código Civil, artigo 1.511); a família conjugal constituída pela união estável entre companheiros (Código Civil, artigo 1.723); e a família parental, fundada sobre a filiação (Código Civil, artigo 1.596).

No campo das relações matrimoniais, consagra o princípio da comunhão plena de vida (Código Civil, artigo 1.511), destinado a informar as relações de direito de família, do mesmo modo como o princípio da boa-fé objetiva conforma as relações obrigacionais<sup>91</sup>. Estatui como primeiro efeito jurídico do casamento a formação de uma comunidade entre o homem e a mulher (Código Civil, artigo 1.565) e ressalta a inviolabilidade da vida privada do casal, salvaguardando-a de qualquer interferência externa (Código Civil, artigo 1.513).

---

<sup>91</sup> Cf. COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo do. Direito patrimonial de família no projeto de Código Civil brasileiro e no Direito português. **Revista dos Tribunais**, v. 520, 1979, p. 20-21. Sobre o sentido e o alcance da cláusula geral de comunhão plena de vida do Código Civil, ver SILVA, Eduardo. A dignidade da pessoa humana e a comunhão plena de vida: o Direito de Família entre a Constituição e o Código Civil. *In*: MARTINS-COSTA, Judith. Org. **A reconstrução do Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 471-476.

Ao invocar a comunhão plena de vida, a comunidade entre o homem e a mulher e a inviolabilidade da vida privada do casal, o Código Civil propõe uma outra ruptura com a codificação civil anterior: a superação do modelo associativo e o retorno a uma concepção comunitária de família, na qual prevalece a autonomia dos cônjuges e a construção coletiva de uma dinâmica familiar adequada à relação matrimonial concreta, independentemente da estipulação heterônoma de uma pauta de deveres jurídicos<sup>92</sup>.

Paradoxalmente, o Código Civil não prescinde da técnica legislativa de imputação e tipificação de deveres recíprocos ou comuns aos membros do casal, repetindo quase literalmente a redação da codificação civil anterior (Código Civil, artigo 1.566)<sup>93</sup>. No entanto, essa permanência não significa necessariamente uma continuidade. A outorga de deveres recíprocos ou comuns aos cônjuges pode ser interpretada como uma “política de seguro [para as hipóteses em que os] laços de afeto, afinidade e cuidado fracassem”<sup>94</sup>, exercendo a função de permitir aos “indivíduos

---

<sup>92</sup> Cf. *supra*, nota n. 65.

<sup>93</sup> Comparando-se ambas as codificações civis, vê-se que a única diferença entre o artigo 231 do Código Civil de 1916 e o artigo 1.566 do Código Civil reside na tipificação de um novo dever extrapatrimonial, impositivo do respeito e da consideração mútuas.

<sup>94</sup> “[...] *insurance policy [...] ties of affection, care, and kinship fail*”. ARNEIL, Barbara, *op. cit.*, p. 83. Traduzi.

abandonar uma situação opressiva”<sup>95</sup>. Nesses termos, a autonomia conjugal prevalece enquanto a relação matrimonial conhecer um funcionamento normal, consoante a regra do artigo 1.513 do Código Civil, mas é afastada se a construção coletiva de uma dinâmica familiar resultar impossível, em virtude da opressão involuntária de um dos membros do casal.

Já na esfera da família conjugal constituída pela união estável entre companheiros, a situação é apenas aparentemente diversa. Diferentemente do casamento, a união estável não institui a comunhão plena de vida, justamente porque o estabelecimento de uma comunidade entre os companheiros precede e fundamenta a constituição dessa modalidade de relação conjugal (Código Civil, artigo 1.723). Do mesmo modo, o Código Civil não ressalta expressamente a inviolabilidade da vida privada dos companheiros, mas a regra do artigo 1.513 deve ser aplicada extensivamente à união estável<sup>96</sup>. Por outro lado, os deveres recíprocos ou

---

<sup>95</sup> “[...] *individuals to leave an oppressive situation*”. ARNEIL, Barbara, *op. cit.*, p. 85. Traduzi.

<sup>96</sup> O artigo 1.513 do Código Civil versa que “é defeso a qualquer pessoa, de direito público ou privado, interferir na comunhão de vida instituída pela família”. Esse texto deriva de uma emenda elaborada pela Câmara dos Deputados. Em sua redação original, o projeto do Código Civil estipulava que “a pessoa alguma, pública ou privada, é dado interferir na comunhão de vida, instituída pelo matrimônio”. Ainda que o artigo 1.513 do Código Civil esteja situado no subtítulo reservado ao casamento, é razoável afirmar que a substituição do termo “matrimônio” por “família” autoriza a extensão da regra a outras modalidades de entidades familiares. A esse respeito, sustentando posição contrária, ver SILVA, Eduardo, *op. cit.*, p. 475-476.

comuns decorrentes de uma união estável não são os mesmos do casamento, excluindo-se os deveres jurídicos de fidelidade recíproca, vida em comum no domicílio conjugal e consideração mútua. Em compensação, o artigo 1.724 do Código Civil tipifica e imputa expressamente aos companheiros um dever extrapatrimonial de lealdade.

É no âmbito das relações parentais que as contradições entre a nova codificação civil, a ordem jurídica internacional, os preceitos constitucionais e a legislação infanto-juvenil tornam-se evidentes. Se o Código Civil observa fielmente as normativas constitucionais quanto à dissociação entre as relações conjugais e as relações parentais (Código Civil, artigo 1.596), imputando os poderes parentais a ambos os genitores, em absoluta igualdade de condições (Código Civil, artigo 1.631), o mesmo não pode ser dito quanto ao conteúdo normativo desses poderes jurídicos.

Em sua redação original, o projeto do Código Civil reproduzia literalmente o artigo 384 da codificação civil anterior<sup>97</sup>,

---

<sup>97</sup> “O pátrio poder foi mantido em suas linhas gerais que é o mesmo em todos os códigos, salvo modificações secundárias. Entretanto, por força das regras sobre igualdade, o pátrio poder cabe a ambos os cônjuges”. (COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo do. Princípios para a reforma do Direito de Família. **Arquivos do Ministério da Justiça**, n. 135, 1975, p. 180-181). No que diz respeito às situações jurídicas patrimoniais, o projeto do Código Civil propunha alterações mais profundas, em especial a extinção do usufruto parental sobre os bens dos filhos (COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo do, *op. cit.*, p. 187-188). Essa inovação não prevaleceu durante a tramitação do texto no Congresso Nacional, já que a Emenda n. 269 do Senado Federal preservou o sistema adotado pela codificação anterior (Código Civil, artigo 1.689).

preservando integralmente todas as situações jurídicas extrapatrimoniais enfeixadas no pátrio poder. Essa permanência é bastante compreensível, em virtude do estado embrionário em que se encontravam os estudos e debates sobre o estatuto pessoal da criança e a categoria jurídica das pessoas em desenvolvimento, quando da elaboração do projeto do Código Civil. Competia ao Congresso Nacional adequar o texto da nova codificação à Convenção Internacional dos Direitos da Criança, à Constituição Federal e ao Estatuto da Criança e do Adolescente.

A questão não passou inteiramente despercebida durante os debates parlamentares. Acatando uma sugestão de Reale, alterou-se a redação original do projeto do Código Civil, substituindo a expressão “pátrio poder” pela locução “poder familiar”<sup>98</sup>. Destinada a ressaltar a supressão da figura do chefe de família, com a imputação dos poderes parentais a ambos os genitores, em absoluta igualdade de condições, essa modificação não responde à indagação fundamental sobre a posição jurídica ocupada pelas crianças frente aos seus pais. No que pese a modificação do

---

<sup>98</sup> Emendas ns. 240, 241, 242, 244, 245, 246, 247 e 248, de autoria do Senado Federal. “Com a convocação da Assembléia Nacional Constituinte, entendeu o Senado de suspender a tramitação do Projeto do Código Civil, para aguardar possíveis alterações nessa matéria. Na realidade, porém, ocorreram mudanças substanciais tão-somente no Direito de Família, instaurando a igualdade absoluta dos cônjuges e dos filhos, com a supressão do pátrio poder, que, por sugestão minha, passou a denominar-se poder familiar” (REALE, Miguel, *op. cit.*, p. 43). Com exceção da substituição da expressão “pátrio poder” pela locução “poder familiar”, o artigo 1.634 do Código Civil repete literalmente o texto do artigo 384 do Código Civil de 1916.

sujeito ativo, tanto o poder familiar quanto o pátrio poder são poderes jurídicos: negam às crianças a condição de sujeitos de direito, reduzindo-as a meros objetos<sup>99</sup>. No desempenho de sua tarefa de revisor do projeto do Código Civil, escapou completamente ao Congresso Nacional a percepção de que as relações parentais devem “promover a autonomia progressiva dos filhos, tornando-os cada vez mais responsáveis, mais activos e participativos na condução da própria vida, de acordo com a sua idade e capacidade de discernimento” (sic)<sup>100</sup>.

Se a aparente incongruência gerada pela adoção de uma cláusula geral de comunhão plena de vida, simultaneamente à permanência da imputação e tipificação de deveres recíprocos ou comuns entre os cônjuges ou companheiros, pode ser dirimida por meio da teoria da “política de seguro” desenvolvida por Arneil<sup>101</sup>, esse argumento não deve ser estendido aos poderes parentais. Contrariamente às relações conjugais, as relações parentais são involuntárias<sup>102</sup>. A dissolução da sociedade

---

<sup>99</sup> Cf. COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo do. Direito patrimonial de família no projeto de Código Civil brasileiro e no Direito português. **Revista dos Tribunais**, v. 520, 1979, p. 15-16.

<sup>100</sup> MARTINS, Rosa Andrea Simões Cândido. Poder paternal versus autonomia da criança e do adolescente? **Separata da Revista Portuguesa de Direito da Família**. Coimbra: Coimbra, 2003, p. 67.

<sup>101</sup> Cf. ARNEIL, Barbara, *op. cit.*, p. 85.

<sup>102</sup> Cf. BRIGHOUSE, Harry. *What rights (if any) do children have?* In: ARCHARD, David; MACLEOD, Colin. Orgs. **The moral and political status of children**. Oxford: Oxford, 2002, p. 48.

conjugal permite o abandono de uma situação de opressão, mas a decadência ou suspensão do poder familiar não garante qualquer autonomia às crianças, apenas altera a titularidade ou o exercício do poder familiar ao qual se submetem. Se a autodeterminação dos cônjuges ou companheiros pressupõe o afastamento da intervenção estatal sobre a relação conjugal, preservando-se a autonomia e a inviolabilidade da vida privada em comum, a afirmação das crianças como sujeitos de direito requer a outorga de direitos subjetivos passíveis de exercício contra as pessoas de seus responsáveis legais, na constância de uma relação de direito de família.

Essa imputação de direitos subjetivos às crianças não é isenta de dificuldades teóricas. A imaturidade e a necessidade de cuidados parentais faz com que as pessoas em desenvolvimento enquadrem-se muito mal na categoria de sujeitos de direito<sup>103</sup>. Nas palavras de Brighouse:

“Nós temos direitos porque eles nos permitem fazer de nossa vida o que quisermos, torná-la verdadeiramente

---

<sup>103</sup> “O cuidado com as crianças não se encaixa perfeitamente nas categorias do pensamento liberal. Se os defensores dos direitos vêem o mundo por meio dos filtros do poder e da autoridade (ou alguém está em estado de sujeição ou é um cidadão portador de direitos subjetivos), e os detentores da autoridade ameaçam aqueles sob sua autoridade, o papel do responsável pelo cuidado encaixa-se com dificuldade em uma visão de mundo tão dicotômica” (“*Caring for children does not fit neatly into categories of liberal thought. Where rights advocates see the world through a filter of power and authority (either one is a subject or a rights-bearing citizen), and authority figures treat those under their authority as one or the other, the care-giver’s role fits uneasily into such a dichotomous world-view*”). ARNEIL, Barbara, *op. cit.*, p. 88. Traduzi.

nossa, seja como for. Quanto mais distante um agente estiver do modelo liberal de pessoa capaz e racional, menos apropriado parece ser atribuir-lhe direitos. Mas as crianças estão distantes desse modelo, e quanto mais jovens, mais distantes”<sup>104</sup>.

Entretanto, o discurso dos direitos é a linguagem do ordenamento jurídico brasileiro contemporâneo, expressa na Convenção Internacional dos Direitos da Criança, na Constituição Federal e no Estatuto da Criança e do Adolescente. Conseqüentemente, a preservação da integridade do sistema jurídico depende de um esforço teórico de reconstrução das categorias da capacidade e das modalidades clássicas de interdição de direitos<sup>105</sup>.

---

<sup>104</sup> “*We have rights because they allow us to make of our lives what we will – make them truly our own, as it were. The further an agent departs from the liberal model of the competent rational person, the less appropriate it seems to be to attribute rights. But children depart far from this model, and depart further the younger they are*”. BRIGHOUSE, Harry, *op. cit.*, p. 31. Traduzi.

<sup>105</sup> “De entre os vários poderes-deveres que compõem o cuidado parental é de destacar o poder-dever de representação dos filhos [...] uma vez que se trata do poder-dever cujo desenho vai sofrer mais influência pela consideração da progressiva autonomia da criança e do adolescente na condução da sua vida” (sic). MARTINS, Rosa Andrea Simões Cândido, *op. cit.*, p. 68.



### III O ESTATUTO FAMILIAR E A CAPACIDADE DE EXERCÍCIO

No campo da Teoria Geral do Direito Civil, a teoria das pessoas distingue entre a capacidade jurídica, a capacidade de direito e a capacidade de exercício. A capacidade jurídica é um atributo outorgado pelo ordenamento jurídico, gerando uma aptidão genérica à titularidade de situações jurídicas. Elemento constitutivo da personalidade jurídica, a capacidade jurídica não conhece gradações: em princípio, toda pessoa pode adquirir qualquer situação jurídica. Porém, muitas vezes o ordenamento jurídico proíbe expressamente que certas situações jurídicas sejam imputadas a determinadas pessoas, no que se denomina de incapacidades de direito. Já a capacidade de exercício é uma qualidade essencial à prática de atos jurídicos, que habilita o titular ao exercício de situações jurídicas<sup>106</sup>.

Embora revestidas de capacidade jurídica (Código Civil, artigo 1º), todas as pessoas humanas nascem absolutamente incapazes para o exercício de situações jurídicas, no que se denomina de incapacidade

---

<sup>106</sup> Cf. CUNHA, Alexandre dos Santos. Pessoa humana, personalidade e capacidade jurídica. *In*: PÜSCHEL, Flávia Portella. Org. **Organização das Relações Privadas**: uma introdução ao Direito Privado. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 65-84. No mesmo sentido, ver CARVALHO, Francisco Pereira de Bulhões. **Incapacidade civil e restrições de direito**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1957, v. 1, p. 21-25.

originária<sup>107</sup>. Nos termos da legislação civil, a capacidade de exercício é atribuída às pessoas humanas em duas etapas: aos dezesseis anos de idade obtêm-se uma incapacidade relativa (Código Civil, artigo 4º, inciso I) e aos dezoito anos completos uma capacidade plena (Código Civil, artigo 5º, “*caput*”). Como resultado, a outorga da capacidade de exercício plena repousa sobre uma regra geral de maioridade: os menores são incapazes, e os maiores, capazes. Trata-se de uma norma de presunção, porquanto o ordenamento jurídico admite algumas circunstâncias nas quais um menor pode ser plenamente capaz, e outras nas quais um maior será relativa ou absolutamente incapaz para o exercício de situações jurídicas.

Partindo-se do pressuposto de que a capacidade é determinada pelo estado da pessoa<sup>108</sup>, o estatuto pessoal de menor é a causa primária de incapacidade para o exercício de situações jurídicas, e não o estatuto pessoal de criança. Por esse motivo, o presente título principia com uma análise da regra geral de maioridade e suas conexões com o estatuto

---

<sup>107</sup> “Todos nascem incapazes para qualquer ato, lícito ou ilícito, de ordem privada, ou de ordem pública, isto é, nascem sem capacidade delitual, ou para atos jurídicos lícitos ou ilícitos”. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954, v. 1, p. 207.

<sup>108</sup> Nas palavras de Alpa, estado da pessoa é “uma condição pessoal destinada a durar, capaz de dar vida a prerrogativas e deveres, e de justificar múltiplas variações na atividade e na vida das pessoas” (“*uma condizione personale destinata a durare, capace di dar vita a prerogative e doveri, e di giustificare vicende molteplici dell’attività e della vita della persona*”). ALPA, Guido. **Status e capacità: la costruzione giuridica delle differenze individuali**. Roma: Laterza, 1993, p. 36.

familiar no sistema da codificação civil (Capítulo A), para em um segundo momento apreciar os conceitos de personalidade jurídica e capacidade de exercício que subjazem a essa construção normativa (Capítulo B).

## A) REGRA DE MAIORIDADE E ESTATUTO FAMILIAR

A regra geral de maioridade conforma o sistema de atribuição de capacidade de exercício empregado pela codificação civil brasileira. A incapacidade originária cessa aos dezoito anos completos, quando a pessoa humana torna-se habilitada ao exercício de situações jurídicas (Código Civil, artigo 5º, “*caput*”). Enquanto menores de dezoito anos completos, presume-se que as pessoas humanas são incapazes para o exercício de situações jurídicas. A partir do momento em que atingem a maioridade pelo implemento do requisito etário, passa-se a presumir que as pessoas humanas são capazes para o exercício de situações jurídicas.

Como todas as regras gerais de presunção, essa também comporta um conjunto de exceções. O sistema de atribuição de capacidade de exercício empregado pela codificação civil não é aplicável aos indígenas, que gozam de uma regulamentação especial<sup>109</sup>. Embora presumivelmente

---

<sup>109</sup> Estatuto do Índio, Lei federal n. 6.001, de 19 de dezembro de 1973. As comunidades indígenas dividem-se em três grandes categorias: isoladas, em vias de integração ou integradas (Estatuto do Índio, artigo 4º). Uma comunidade indígena isolada é desconhecida ou tem pouco contato com o restante da sociedade brasileira; a integrada conhece a língua portuguesa, os usos e os costumes dominantes no país; e aquela em vias de integração está em transição de isolada para integrada. O índio integrado tem a capacidade de exercício regulada pelo Código Civil, mas presume-se que o indígena isolado ou em vias de integração seja relativamente incapaz (Estatuto do Índio, artigo 7º). Entretanto, a presunção de incapacidade do indígena pode ser afastada no modo e forma estabelecidos pelo artigo 9º do Estatuto do Índio.

incapazes, os menores podem adquirir a capacidade de exercício antes da maioridade. Do mesmo modo, os maiores podem perder a capacidade de exercício resultante da maioridade.

Antes da maioridade, atribui-se a plena capacidade de exercício aos menores nas hipóteses em que ocorra a emancipação voluntária ou judicial, o casamento, a colação de grau em curso de nível superior, a entrada no exercício de cargo ou emprego público de caráter efetivo ou o estabelecimento de uma economia própria resultante do trabalho, como empregado ou empresário (Código Civil, artigo 5º, parágrafo único)<sup>110</sup>. Em sentido contrário, a plena capacidade de exercício pode cessar nos casos em que ocorra uma interdição judicial<sup>111</sup>, fundada sobre a perda do discernimento por enfermidade ou deficiência mental

---

<sup>110</sup> Ocorrendo qualquer uma das hipóteses arroladas no parágrafo único do artigo 5º do Código Civil, antecipa-se o momento da atribuição da capacidade de exercício, e não a maioridade. Um menor casado será capaz por uma causa diversa da maioridade, preservando o estatuto pessoal de menor. Confundir capacidade com maioridade, como fazem Gagliano e Pamplona Filho, é trocar o efeito pela causa (Cf. GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**. São Paulo: Saraiva, 2002, v. 1, p. 116-117). Nas palavras de Bevilacqua, trata-se de uma série de casos nos quais o menor “adquire a plenitude da capacidade civil, como se fosse maior. Cessa a incapacidade, diz a lei” (BEVILAQUA, Clovis. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado**. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1921, v. 1, p. 191).

<sup>111</sup> “A ação de interdição, como todos sabem, tem natureza predominante constitutiva. O que se busca por meio dela é constituir o novo estado jurídico de interdito”. SILVA, Ovídio de Araújo Baptista da. **Curso de processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, v. 3, p. 26.

(Código Civil, artigo 3º, inciso II), a impossibilidade de exprimir vontade (Código Civil, artigo 3º, inciso III), a redução do discernimento por deficiência mental, embriaguez habitual ou vício em tóxicos (Código Civil, artigo 4º, inciso II), o desenvolvimento mental incompleto, em virtude da excepcionalidade (Código Civil, artigo 4º, inciso III), ou a prodigalidade (Código Civil, artigo 4º, inciso IV).

Por essas razões, a doutrina civilista brasileira afirma que a capacidade de exercício é determinada por três espécies de estatutos pessoais: o estado político, o estado familiar e o estado individual<sup>112</sup>.

O estado político reflete a posição preenchida pela pessoa humana dentro da sociedade política<sup>113</sup>. Ao tipificar os indígenas como isolados, em vias de integração ou integrados, com a finalidade de produzir a sua capacidade ou incapacidade para a prática de atos jurídicos, o ordenamento jurídico recorre ao estatuto político ocupado pelas populações nativas do continente americano, dentro da comunhão nacional.

Já o estado familiar qualifica a posição ocupada pela pessoa humana frente a uma entidade familiar<sup>114</sup>. O casamento do menor e a

---

<sup>112</sup> Cf. DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2002, v. 1, p. 191-194.

<sup>113</sup> Cf. GOMES, Orlando. **Introdução ao Direito Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 167.

<sup>114</sup> Cf. PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1994, v. 1, p. 163.

extinção do poder familiar sobre os filhos por meio da emancipação voluntária constituem circunstâncias nas quais a alteração do estatuto familiar gera capacidade de exercício para os menores.

Conforme essa mesma doutrina, o estado individual engloba os estatutos pessoais relativos à condição física ou orgânica da pessoa humana, inclusive os estados de saúde e o estatuto pessoal de menor<sup>115</sup>. A cessação da capacidade para o exercício de situações jurídicas em virtude de uma interdição judicial costuma basear-se em estados de saúde<sup>116</sup>. Já os casos de incapacidade originária resultam do estatuto pessoal de menor.

---

<sup>115</sup> Cf. MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil**. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 1, p. 86.

<sup>116</sup> São estados de saúde: a perda do discernimento por enfermidade ou deficiência mental; a impossibilidade de exprimir vontade; a redução do discernimento por deficiência mental, embriaguez habitual ou vício em tóxicos; e o desenvolvimento mental incompleto, em virtude da excepcionalidade. A prodigalidade não é um estado de saúde, embora possa ser sintoma de uma enfermidade mental. Em defesa da manutenção da condição de pródigo como causa autônoma de incapacidade para o exercício de situações jurídicas, escreve Moreira Alves que “é mais fácil provar a prodigalidade do que certas manifestações de enfermidade mental” (MOREIRA ALVES, José Carlos. **A Parte Geral do projeto de Código Civil brasileiro: com análise do texto aprovado pela Câmara dos Deputados**. São Paulo: Saraiva, 1986, p. 130). Contudo, a interdição judicial com fundamento apenas na prodigalidade é um mecanismo de defesa prévia da família do pródigo, frente a uma possível ação de alimentos a ser futuramente impetrada pelo parente arruinado. Conseqüentemente, a prodigalidade é uma modalidade de estatuto familiar, destinada a proteger os interesses patrimoniais da família. Esse era claramente o sentido expresso no artigo 460 do Código Civil de 1916, que não tem correspondente na codificação civil em vigor. Entretanto, a interdição judicial por prodigalidade permanece adstrita à tutela dos interesses patrimoniais, nos termos do artigo 1.782 do Código Civil.

Apesar de cristalizada no pensamento jurídico brasileiro, essa classificação dos estatutos pessoais determinantes da capacidade para o exercício de situações jurídicas ignora uma questão absolutamente fundamental: não existe estado individual<sup>117</sup>. O estatuto pessoal é sempre

---

<sup>117</sup> “Nas novas investigações sobre o estatuto pessoal, distingue-se o estado comunitário, que diz respeito à posição do indivíduo frente à comunidade [...], do estado individual [...], que qualifica o indivíduo como uma entidade sempre idêntica a si mesma. [...] Essa distinção resulta, em parte de preocupações didáticas, e de outra parte da posição jusnaturalista que identificava na pessoa o sujeito a proteger, em si e por si. Mas a distinção é ilusória: o estado da pessoa tem razão de ser somente se considerado em relação aos outros sujeitos, somente quando reconfigura a posição do indivíduo no agregado social, somente se existe um imaginário coletivo que atribui a determinados signos (cor da pele, pertencimento a uma raça, relações com a família de origem, posse de bens, detenção do poder) uma relevância jurídica. O indivíduo, considerado isoladamente, o Robinson Crusoe na ilha deserta, não tem estatuto pessoal [...]: é patrão de si próprio e pode atribuir-se o estatuto pessoal que quiser, ou até mesmo estatuto pessoal algum. É realmente muito óbvio observar que o ‘estado da pessoa’ é necessariamente uma noção relacional” (“*Nelle nuove prospettazioni dello status si distingue lo status ‘comunitario’, che riguarda la posizione del singolo nei confronti della comunità [...] dallo status individuale [...] che contrassegna il singolo come entità sempre identica a se stessa. [...] La distinzione in parte risente di una preoccupazione didascalica, in parte risente della posizione giusnaturalistica che individuava nella persona il soggetto da proteggere in sé e per sé. La distinzione però è illusoria: lo status ha una sua ragione d’essere solo se considerato in relazione agli altri soggetti, solo se raffigura la posizione del singolo nell’aggregato sociale, solo se esiste un immaginario collettivo che attribuisce a determinati segni (colore della pelle, appartenenza ad una razza, rapporti con la famiglia di origine, possesso di beni, detenzione del potere) un rilievo giuridico. Il singolo, in quanto tale, isolatamente preso – il Robinson Crusoe sull’isola deserta – non ha status [...]: è padrone di se medesimo e si può attribuire lo status che crede, oppure nessuno status. È fin troppo ovvio osservare che ‘status’ è per necessità una nozione relazionale*”). ALPA, Guido. *Status e capacità: la costruzione giuridica delle differenze individuali*. Roma: Laterza, 1993, p. 41-42. Traduzi.



relacional, no sentido de que descaracteriza a condição abstrata de pessoa humana em favor da qualificação concreta do indivíduo como membro de um grupo social: os indígenas, os familiares, os desprovidos de discernimento ou os menores de dezoito anos completos.

Se o estado de saúde e o estatuto pessoal de menor não são estados individuais, eles não compõem uma categoria comum. Os estados de saúde causadores de incapacidade para o exercício de situações jurídicas referem-se sempre a hipóteses nas quais a pessoa humana sofreu perda ou redução do discernimento. Porém, o estatuto pessoal de menor nada sugere sobre a maturidade ou o desenvolvimento da personalidade do indivíduo. Se assim fosse, haveria uma confusão entre o estatuto pessoal de menor e o estatuto pessoal de criança, igualando as categorias jurídicas do “menor” e da “pessoa em desenvolvimento”. Tal equiparação carece de fundamento legal, já que o ordenamento jurídico brasileiro estabelece uma distinção. Ressente-se igualmente de embasamento histórico-dogmático.

Em sua redação original, o **Projecto do Código Civil Brasileiro** estipulava que a maioridade principiava aos vinte e um anos completos, quando a pessoa humana tornava-se habilitada ao exercício de situações jurídicas. Antes da maioridade, previa o projeto do Código Civil de 1916 que a cessação da incapacidade originária ocorreria somente nos casos de emancipação ou casamento<sup>118</sup>. A emancipação, enquanto

---

<sup>118</sup> Cf. BEVILAQUA, Clovis, *op. cit.*, v. 1, p. 193.

concessão parental ou judicial da capacidade de exercício, era uma modalidade de demissão do pátrio poder ou de extinção do regime assistencial da tutela. Já o casamento constituía uma nova entidade familiar, circunstância na qual seria incongruente manter os nubentes sob o poder jurídico de suas famílias de origem<sup>119</sup>.

Pode-se afirmar que há uma lógica estritamente familiar subjacente às causas de extinção da incapacidade originária, inscritas no **Projecto do Código Civil Brasileiro**. A pessoa humana nasce numa família, incapaz e submetida ao pátrio poder. Permanece nessa condição até a ocorrência de uma das seguintes hipóteses:

a) O casamento, quando passa a constituir uma nova entidade familiar, libertando-se da autoridade de sua família de origem;

b) A emancipação voluntária, na qual o chefe de família demite-se do pátrio poder, renunciando à autoridade parental;

c) A emancipação judicial, que extingue o regime assistencial da tutela, impositivo de uma autoridade supletiva ao chefe de família;

d) A maioridade, momento no qual deixa-se de presumir que a pessoa humana permanece patrimonialmente dependente do chefe de família e termo legal da submissão à autoridade parental.

---

<sup>119</sup> Cf. BEVILAQUA, Clovis, *op. cit.*, v. 1, p. 192.

Se a incapacidade originária exerce a função de submeter a pessoa humana ao pátrio poder, as razões pelas quais o indivíduo adquire a capacidade de exercício estão necessariamente conectadas com transformações ocorridas em suas relações de direito de família. Por esse motivo, a menoridade deve ser percebida como um estado da pessoa em relação à sua família de origem, desprovido de qualquer elo com o estatuto pessoal de criança. Enquanto estatuto familiar, coerentemente com a compreensão patrimonialista das relações parentais prevalente no Código Civil de 1916, e diferentemente dos estados de saúde, também não guarda qualquer vinculação com a maturidade ou o desenvolvimento da personalidade do indivíduo, constituindo uma mera presunção de dependência patrimonial face ao chefe de família.

Uma análise das alterações posteriormente impostas à codificação civil brasileira apenas reforça essas conclusões preliminares. Durante a tramitação no Congresso Nacional, o **Projecto do Codigo Civil Brasileiro** recebeu uma emenda de autoria do Deputado Geral Fausto Cardoso, incluindo três outras causas de extinção da incapacidade originária: a entrada no exercício de cargo ou emprego público de caráter efetivo, a colação de grau em curso de nível superior e o estabelecimento civil ou comercial com economia própria<sup>120</sup>. Nas palavras de Bevilaqua, que nunca escondeu a sua irritação diante do acolhimento dessa alteração, a

---

<sup>120</sup> BEVILAQUA, Clovis, *op. cit.*, v. 1, p. 193.

inclusão dessas hipóteses representou “uma ociosa persistencia do direito anterior” (sic)<sup>121</sup>.

A crítica de Bevilaqua tem razão de ser. No sistema empregado pelo direito anterior, a incapacidade originária não conhecia termo. Além dos casos de emancipação e casamento, a obtenção da capacidade para o exercício de situações jurídicas dependia do fato concreto de a pessoa humana gozar de independência patrimonial em relação à sua família de origem, em virtude do exercício de ofício público ou pelo estabelecimento de uma economia separada, exterior ao domicílio do pai<sup>122</sup>. Ao criar a regra geral de maioria, o autor do **Projecto do Código Civil Brasileiro** pretendia abandonar esse preceito<sup>123</sup>, em favor de uma regra geral de presunção de independência patrimonial em relação à família de origem pelo decurso de um prazo.

Durante os trabalhos da Comissão Revisora e Elaboradora do Código Civil, responsável pela elaboração do projeto que resultou no

---

<sup>121</sup> BEVILAQUA, Clovis, *op. cit.*, *loc. cit.* Nos termos da legislação civil anterior, os filhos legítimos encontravam-se sob o manto do pátrio poder, independentemente da sua idade (Consolidação das Leis Civis, artigo 201). A incapacidade originária apenas cessava pela emancipação, pelo casamento, pelo exercício de ofício público ou pelo estabelecimento de uma economia separada, exterior ao domicílio do pai (Consolidação das Leis Civis, artigo 202).

<sup>122</sup> Cf. CARVALHO, Francisco Pereira de Bulhões. **Incapacidade civil e restrições de direito**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1957, v. 2, p. 979-993.

<sup>123</sup> Cf. BEVILAQUA, Clovis, *op. cit.*, v. 1, p. 191.

Código Civil de 2002, não houve qualquer debate sobre o sistema de atribuição da capacidade de exercício aos menores, preservando-se quase integralmente a redação da codificação civil anterior<sup>124</sup>. Todas as modificações de conteúdo presentes no texto do artigo 5º do Código Civil resultam de uma emenda proposta no Senado Federal, tendente a reduzir o termo da menoridade dos vinte e um para os dezoito anos completos, e a alterar a regra de cessação da incapacidade originária pelo estabelecimento de economia própria<sup>125</sup>. Como resultado, passou-se a admitir que o fato concreto de a pessoa humana gozar de independência patrimonial em relação à sua família de origem gera plena capacidade para o exercício de situações jurídicas sempre que o estabelecimento de uma economia separada resultar do trabalho, tanto como empregado quanto como empresário.

Conquanto aparentemente tópicas, as regras do Código Civil que afastam a presunção de incapacidade dos menores gozam de

---

<sup>124</sup> O assunto não é objeto de qualquer comentário nas sucessivas exposições de motivos sobre a Parte Geral do projeto que resultou no Código Civil de 2002, redigidas pela Comissão Revisora e Elaboradora do Código Civil, e compiladas por MOREIRA ALVES, José Carlos, *op. cit.* Curiosamente, o anteprojeto de Código Civil de 1963, que tanta influência exerceu sobre o projeto que resultou no Código Civil de 2002, previa uma reforma profunda no sistema de atribuição da capacidade de exercício, aproximando-o do modelo originalmente preconizado por Bevilacqua (Anteprojeto de Código Civil de 1963, artigos 6º a 12). A esse respeito, ver GOMES, Orlando. **Código Civil**: projeto Orlando Gomes. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

<sup>125</sup> Emenda n. 4, de autoria do Senado Federal.

sistematicidade: todas indicam contextos nos quais não é mais possível presumir que o menor permanece patrimonialmente dependente de sua família de origem. Logo, é forçoso reconhecer que o estatuto pessoal de menor nada sugere sobre a maturidade ou o desenvolvimento da personalidade da pessoa humana, construindo-se sobre uma lógica estritamente patrimonial<sup>126</sup>. O menor é uma pessoa humana a respeito da qual a legislação civil presume uma dependência patrimonial em relação à sua família de origem. Conseqüentemente, o estatuto pessoal de menor é um estado familiar, em nada assemelhado aos estados de saúde ou ao estatuto pessoal de criança.

É verdade que o menor emancipado, casado, graduado em curso de nível superior, servidor público, empresário ou empregado na iniciativa privada com economia própria pode permanecer financeiramente dependente de sua família de origem no mundo dos fatos, mas essa

---

<sup>126</sup> Escrevendo sobre a capacidade jurídica e as modalidades clássicas de interdição de direitos, afirma Martins-Costa que “essas refinadas distinções eram o alicerce necessário para a ordenação do tráfego de bens numa época em que o velho capitalismo mercantil se transformava velozmente em capitalismo industrial, o mercado se agigantando e adquirindo os contornos de impessoalidade e massificação cujo auge agora vivenciamos. O que se requeria era um instrumental apto a garantir a segurança das transações, afastando dos riscos do mercado, da assunção de dívidas e da disposição sobre patrimônios as pessoas inaptas para assumir uma responsabilidade patrimonial”. MARTINS-COSTA, Judith. Capacidade para consentir e esterilização de mulheres tornadas incapazes pelo uso de drogas: notas para uma aproximação entre a técnica jurídica e a reflexão bioética. *In*: MARTINS-COSTA, Judith; MÖLLER, Letícia Ludwig. Orgs. **Bioética e responsabilidade**. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 313.

assertiva é igualmente oponível aos que já ultrapassaram o marco temporal da maioridade. Contudo, a aparência de independência gerada pela existência de um patrimônio separado faz com que deixe de ser razoável presumir essa dependência econômica. Da mesma forma que a legislação civil presume a capacidade para o exercício de situações jurídicas em favor dos maiores, parte do pressuposto de que as pessoas humanas emancipadas, casadas, graduadas em curso de nível superior, servidoras públicas, empresárias ou empregadas na iniciativa privada com economia separada de sua família de origem também devem gozar da autonomia necessária à administração de seus patrimônios pessoais.

Partindo-se das exceções para a regra geral, deve-se afirmar que a maioridade funda-se sobre um estado familiar, suscitando a inversão de uma presunção normativa de dependência patrimonial em relação à família de origem. Esse modo de conceber o estatuto pessoal de menor subverte a interpretação tradicionalmente construída pela doutrina civilista brasileira: os menores não estão submetidos a um poder familiar porque são incapazes; eles são incapazes porque estão sujeitos a um poder parental<sup>127</sup>. Em outras palavras, não se pode afirmar que o instituto jurídico do poder

---

<sup>127</sup> Ao ressaltar a importância do poder familiar e do dever de respeito para a conformação das categorias jurídicas da menoridade e da incapacidade originária, afirma Ripert que o menor é “incapaz [...] porque tem que obedecer” (“*incapable [...] parce qu’il doit obéir*”). RIPERT, Georges. *Le régime démocratique et le Droit Civil moderne*. Paris: LGDJ, 1936, p. 159. Traduzi.

familiar deriva da necessidade de atribuição de um responsável legal ao menor, mas justamente o contrário: é a submissão de uma pessoa humana ao poder familiar que a reduz à condição jurídica de menor.



## **B) ESTATUTO FAMILIAR E PATRIMONIALIZAÇÃO DA PESSOA**

O abandono da categoria jurídica do estado individual, associado a uma compreensão do estatuto pessoal de menor como uma modalidade de estado familiar, configura muito mais do que um mero exercício conceitual, ou um preciosismo terminológico inconseqüente.

Em primeiro lugar, o afastamento da categoria jurídica do estado individual autoriza a desvinculação entre o estatuto pessoal de menor, o estatuto pessoal de criança e os estados de saúde. Se o estatuto pessoal de menor resulta da posição ocupada pela pessoa humana frente a uma entidade familiar, é possível afirmar que a menoridade nada diz sobre a maturidade ou o desenvolvimento da personalidade da pessoa humana, e menos ainda sobre a ausência ou redução de discernimento. A incapacidade originária constitui um modo de sujeição de certas e determinadas pessoas humanas a um poder familiar, com base em critérios de presunção de dependência patrimonial e requisitos etários potencialmente arbitrários, que tornam irrelevante qualquer investigação com base em critérios de maturidade ou discernimento para a prática de atos jurídicos. Desse modo, a incapacidade, a imaturidade e a ausência ou redução de discernimento não estão necessariamente relacionados.

Em segundo lugar, essa perspectiva reforça as conexões entre a personalidade jurídica e o patrimônio, tão solidamente estabelecidas desde

o pensamento jurídico civilista oitocentista, por meio da obra de autores como Aubry e Rau<sup>128</sup>. Se a fundamentação da incapacidade originária com base na maturidade e no discernimento evoca a personalidade humana, a pessoa humana em sua dimensão existencial<sup>129</sup>, o critério da dependência patrimonial em relação à família de origem aponta para a personalidade jurídica, a pessoa humana como complexo ou pólo de imputação de

---

<sup>128</sup> “Sendo o patrimônio, em sua mais alta expressão, a personalidade mesma do homem, considerada em suas relações com os objetos exteriores sobre os quais ele pode ou poderá ter direitos a exercer, aquele compreende não só *in actu* os bens já adquiridos, mas ainda *in potentia* os por adquirir. É o que exprime muito bem a palavra alemã *Vermögen*, que significa, ao mesmo tempo, poder e patrimônio. O patrimônio de uma pessoa é o seu poder jurídico, considerado de maneira absoluta e separado de todos os limites temporais e espaciais” (“*Le patrimoine étant, dans sa plus haute expression, la personnalité même de l’homme, considérée dans ses rapports avec les objets extérieurs sur lesquels il peut ou pourra avoir des droits à exercer, comprend, non seulement in actu les biens déjà acquis, mais encore in potentia les biens à acquérir. C’est ce qu’exprime très bien le mot allemand Vermögen, qui signifie, tout à la fois, pouvoir et patrimoine. Le patrimoine d’une personne est sa puissance juridique, considérée d’une manière absolue, et dégagée de toutes limites de temps et d’espace*”). AUBRY, Charles; RAU, Charles. *Cours de droit civil français d’après la méthode de Zachariae*. Paris: Marchal & Godde, 1917, v. 9, p. 334, nota n. 6. Traduzi. Sobre as conexões entre a personalidade e o patrimônio, no pensamento jurídico civilista oitocentista brasileiro, ver CUNHA, Alexandre dos Santos. **A normatividade da pessoa humana**: o estatuto jurídico da personalidade e o Código Civil de 2002. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 28-57.

<sup>129</sup> Utiliza-se aqui a expressão “personalidade humana” para designar a pessoa em sentido ético-filosófico, como suporte da personalidade jurídica das pessoas humanas (Cf. CARVALHO, Orlando de. *Les droits de l’homme dans le droit civil portugais*. **Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra**, v. 49, 1973, p. 7-11. Sobre a idéia de “dimensão existencial” da pessoa humana, ver PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil**: introdução ao Direito Civil Constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 153-156.

situações jurídicas<sup>130</sup>. Considerando que a pessoa humana é uma personalidade humana à qual o ordenamento jurídico atribuiu a capacidade jurídica, gerando uma aptidão genérica à titularidade de situações jurídicas que se confunde com as idéias de personalidade jurídica e de patrimônio, e que a menoridade nada mais é do que uma presunção de dependência patrimonial em relação à família de origem, então o escopo da incapacidade originária encontra-se na dimensão patrimonial da pessoa humana.

Partindo-se desses dois pressupostos, tem-se que a menoridade e a incapacidade originária são institutos de direito patrimonial, cujo sentido fundamental é o de comportar a construção, preservar a integridade e garantir a administração unificada de comunhões patrimoniais familiares, além de permitir a responsabilização patrimonial pela prática de atos ilícitos. Essa afirmação é demonstrável por meio de uma análise dos efeitos jurídicos da incapacidade originária inscritos na codificação civil.

---

<sup>130</sup> Conforme afirma Kelsen, “a pessoa (em sentido jurídico) não é uma entidade separada dos seus deveres e direitos, mas apenas a sua unidade personificada. [...] A relação entre uma chamada pessoa física (natural) e o ser humano, como ela é muitas vezes erroneamente identificada, consiste no fato de que esses deveres e direitos abrangidos no conceito de pessoa se referem todos à conduta desse ser humano. [...] A afirmação de que uma pessoa tem deveres e direitos não tem sentido ou é uma tautologia vazia. Significa que um conjunto de deveres e direitos, cuja unidade é personificada, ‘tem’ deveres e direitos. Para evitar esse contra-senso, interpretamos ‘tem’ como ‘é’ deveres e direitos”. KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. São Paulo: Martins Fontes, 1992, p. 98-99. Grifado no original.

Um dos efeitos jurídicos mais importantes da incapacidade originária é o estabelecimento de uma comunhão patrimonial entre o menor e os titulares do poder familiar<sup>131</sup>. O poder parental de exigir que os filhos prestem os serviços próprios de sua idade e condição autoriza que os pais apropriem-se do produto do trabalho do menor incapaz (Código Civil, artigo 1.634, inciso VII), da mesma forma que gozam do direito subjetivo ao usufruto e à administração dos bens dos filhos (Código Civil, artigo 1.689), salvo na hipótese em que o menor venha a estabelecer de fato uma economia própria resultante do trabalho, como empregado ou empresário, circunstância na qual cessa a incapacidade originária e extingue-se o poder familiar (Código Civil, artigo 5º, parágrafo único, inciso V). Enquanto durar a incapacidade originária, não se pode falar propriamente em um patrimônio exclusivo do menor, mas apenas em patrimônio familiar<sup>132</sup>.

---

<sup>131</sup> “Quando, por uma circunstância qualquer, uma coisa, um direito, um patrimônio, ao invés de, como sucede normalmente, estar sob a titularidade de uma pessoa, passa a ser objeto da titularidade de mais de uma pessoa, temos a comunhão. Sob esta denominação genérica se reúnem todas as demais formas de cotitularidade de direitos sobre uma mesma coisa, quando submetidas em conjunto ao direito de várias pessoas. Por conseguinte, a idéia de comunhão importa numa categoria genérica que abrange todas as categorias onde haja pluralidade de sujeitos, inclusive o condomínio e a compropriedade”. SERPA LOPES, Miguel Maria de. **Curso de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1996, v. 6, p. 328.

<sup>132</sup> Essa é uma das razões pelas quais, no direito criminal brasileiro, é isento de pena o crime contra o patrimônio praticado entre ascendente e descendente (Código Penal, artigo 181, inciso II), salvo se houver ameaça ou grave violência à pessoa, concurso de agentes com pessoa humana estranha à entidade familiar, ou a vítima conte com mais de sessenta anos completos (Código Penal, artigo 183).

Constituído pela universalidade das situações jurídicas de pais e filhos, esse patrimônio familiar compõe-se de um patrimônio comum e de patrimônios especiais, tais como o patrimônio pessoal de cada um dos cônjuges e de seus filhos.

A administração do patrimônio comum, bem como a do patrimônio especial do menor, compete aos titulares do poder familiar, mas existe a possibilidade de que o menor incapaz venha a exercer direitos ou contrair obrigações que vinculam ao patrimônio familiar, mesmo sem a representação ou assentimento assistencial prévio do responsável legal, desde que a sua atuação jurídica não ponha em risco a integridade do patrimônio familiar, consoante o princípio jurídico subjacente à regra geral sobre a preservação da eficácia do pagamento indevidamente efetuado ao menor em virtude de obrigação anulada por incapacidade originária (Código Civil, artigo 181) e ao regime jurídico aplicável ao contrato de mútuo celebrado por menor incapaz.

Em princípio, “o mútuo feito a pessoa menor, sem prévia autorização daquele sob cuja guarda estiver, não pode ser reavido nem do mutuário, nem de seus fiadores” (Código Civil, artigo 588). Não se trata aqui de uma mera extensão da regra geral de invalidade dos atos jurídicos praticados por incapazes, sem a representação ou assentimento assistencial prévio do responsável legal, mas de um regime jurídico de ineficácia especialmente desenhado para os menores incapazes. Conforme ressalta

Serpa Lopes, “apesar do mútuo feito ao menor representar um valor que vai provavelmente crescer-lhe o patrimônio, não se contentou a lei em considerá-lo ineficaz, como ainda vedou-lhe a produtividade de quaisquer efeitos fundados num enriquecimento indevido”<sup>133</sup>.

Entretanto, há circunstâncias nas quais o contrato de mútuo celebrado por menor incapaz, sem a representação ou assentimento assistencial prévio do responsável legal, produzirá efeitos jurídicos plenos, obrigando ao patrimônio familiar (Código Civil, artigo 589). Essas hipóteses podem ser divididas em três grandes categorias.

Em primeiro lugar, é admissível que o responsável legal ratifique posteriormente os efeitos jurídicos do contrato de mútuo (Código Civil, artigo 589, inciso I). Essa norma é congruente com a regra geral de convalidação dos negócios jurídicos anuláveis por ausência de assentimento (Código Civil, artigo 176), mas guarda características que lhe são próprias: é extensível aos negócios jurídicos nulos pela incapacidade absoluta do menor, e que não são suscetíveis de convalidação ou ratificação (Código Civil, artigo 169); não autoriza a confirmação pelo próprio menor, uma vez cessada a incapacidade originária (Código Civil, artigo 172); e afasta a possibilidade de confirmação tácita, por cumprimento voluntário (Código Civil, artigo 174). Portanto, trata-se de um regime jurídico que centraliza

---

<sup>133</sup> SERPA LOPES, Miguel Maria de, *op. cit.*, v. 4, p. 366.

todos os poderes de ratificação dos efeitos jurídicos do contrato de mútuo nas mãos dos administradores do patrimônio familiar.

Em segundo lugar, o contrato de mútuo produzirá efeitos jurídicos plenos se não põe em risco a integridade do patrimônio familiar. É o que se pode deduzir das normas segundo as quais o contrato de mútuo será eficaz para o credor se o menor contraiu o empréstimo na ausência do responsável legal, e com a finalidade de satisfazer as suas necessidades alimentares (Código Civil, artigo 589, inciso II); ou se o incapaz possui um patrimônio especial, resultante do trabalho e suficiente ao adimplemento da obrigação assumida (Código Civil, artigo 589, inciso III); ou se o empréstimo reverteu em benefício do menor (Código Civil, artigo 589, inciso IV). Nessas três circunstâncias, a eficácia jurídica plena do contrato de mútuo celebrado pelo menor incapaz não põe em risco a integridade do patrimônio familiar, já que o empréstimo exerce a função de substituir a obrigação alimentar dos titulares do poder familiar; ou não gera uma responsabilidade patrimonial superior ao aporte gerado pelo trabalho do menor; ou incorporou-se ao patrimônio comum.

Em terceiro lugar, o contrato de mútuo produzirá efeitos jurídicos em favor do credor se o menor obteve o empréstimo maliciosamente (Código Civil, artigo 589, inciso V). Mais uma vez, trata-se de uma norma análoga à regra geral de convalidação dos negócios jurídicos anuláveis por ausência de assentimento assistencial, nos casos em que o

menor relativamente incapaz ocultou dolosamente a idade ou declarou-se maior (Código Civil, artigo 180), mas apresenta a peculiaridade de estender-se às hipóteses nas quais o negócio jurídico seria nulo, por incapacidade absoluta do menor (Código Civil, artigo 166, inciso I). Nesse sentido, reforça a tutela da confiança frente aos atos jurídicos praticados dolosamente pelo menor<sup>134</sup>, simultaneamente reconhecendo que este goza de uma capacidade para a prática de atos ilícitos que viabiliza a responsabilização do patrimônio familiar<sup>135</sup>.

Se o regime jurídico aplicável ao contrato de mútuo celebrado pelo menor incapaz é um excelente exemplo de como a incapacidade originária exerce as funções de comportar a construção, preservar a integridade e garantir a administração unificada de comunhões patrimoniais familiares, resta por analisar o modo como esse instituto jurídico desempenha o papel de garantir socialmente a responsabilização patrimonial pela prática de atos ilícitos.

Consoante a lógica de que a incapacidade originária gera uma comunhão patrimonial entre o menor e os titulares do poder familiar, é o

---

<sup>134</sup> Sobre a tutela da confiança frente aos atos jurídicos praticados dolosamente pelo menor, ver MENEZES CORDEIRO, António. **Tratado de Direito Civil português**. Coimbra: Almedina, 1999, t. 1, v. 1, p. 184-188.

<sup>135</sup> A respeito do princípio da responsabilidade patrimonial no Direito das Obrigações, ver MARTINS-COSTA, Judith. **Comentários ao novo Código Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2009, v. 5, t. 2, p. 255-267.



patrimônio familiar quem deve responder pelos prejuízos provocados pelo menor incapaz. Por essa razão, a obrigação de indenizar por ato ilícito praticado pelo menor incapaz é imputada aos titulares do poder familiar, exceto no caso em que esse menor incapaz encontre-se sob a guarda de outrem (Código Civil, artigo 932, inciso I). A responsabilidade civil dos titulares do poder familiar é objetiva, independe de culpa (Código Civil, artigo 933) e não autoriza o exercício do direito de regresso (Código Civil, artigo 934)<sup>136</sup>. Sempre que a obrigação de indenizar não possa ser imputada aos titulares do poder familiar, bem como nos casos em que esses não disponham de recursos suficientes para indenizar os prejuízos, o menor incapaz responderá subsidiariamente com o seu patrimônio especial, desde que a reparação civil não o prive dos meios indispensáveis à sua sobrevivência, ou de quem dele dependa (Código Civil, artigo 928).

Diferentemente dos sistemas de responsabilidade civil por ato ilícito praticado pelos menores incapazes aplicados em outros países, e que

---

<sup>136</sup> Para uma análise comparativa entre diferentes sistemas de responsabilidade subjetiva por ato ilícito praticado pelos menores incapazes, ver BUSSANI, Mauro. **As peculiaridades da noção de culpa**: um estudo de direito comparado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 73-110. Complementarmente, estudando diferentes sistemas de responsabilidade objetiva por ato ilícito praticado pelos menores incapazes, ver HONDIUS, Ewoud. *De la responsabilité délictuelle des enfants et de leur parents*. In: FABRE-MAGNAN, Muriel *et alli.* Orgs. *Études offertes à Geneviève Viney*. Paris: LGDJ, 2008. Para uma crítica aos sistemas de responsabilidade subjetiva e objetiva, e em defesa da adoção de um seguro universal de acidentes parcialmente financiado pelo Estado, ver VIANA, Jeovanna. **Responsabilidade civil dos pais pelos actos dos filhos menores**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

adotam complexas regras de imputação da obrigação de indenizar baseadas em critérios de culpa, o sistema empregado pela codificação civil brasileira adota como regra geral a responsabilidade objetiva dos titulares do poder familiar. Uma das conseqüências mais importantes dessa opção legislativa é a de tornar absolutamente claro que o titular do poder familiar, uma vez condenado a reparar um prejuízo provocado pelo menor incapaz sob a sua guarda, paga uma “dívida própria, e não [uma] dívida de seu filho inimputável”<sup>137</sup>. Se a menoridade é uma presunção de dependência patrimonial, e um dos efeitos jurídicos mais importantes da incapacidade originária é o estabelecimento de uma comunhão patrimonial entre o menor e os titulares do poder familiar, é o patrimônio comum construído pela família e administrado pelos pais quem responde pelos atos ilícitos dos filhos, os quais apenas subsidiariamente devem responder com o seu patrimônio especial.

Essa compreensão da responsabilidade civil dos titulares do poder familiar por ato ilícito do menor incapaz, inteiramente baseada em

---

<sup>137</sup> PORTO, Mário Moacyr. Responsabilidade civil por fato ou ação de terceiro: dever de indenizar dos pais e dos patrões. **Revista dos Tribunais**, v. 650, 1989, p. 8. Baseado na dicotomia entre culpa e risco, esse autor levanta um interessante debate sobre o fundamento da responsabilidade objetiva dos titulares do poder familiar, sustentando tratar-se de uma modalidade de risco-proveito, bastante semelhante à dos patrões, já que ambos encontram-se autorizados a apropriar-se dos frutos do trabalho do terceiro pelo qual assumem a obrigação de indenizar. Nesse sentido, diverge da doutrina majoritária, que defende ser essa uma modalidade de risco-criado. Cf. GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade civil**. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 346-350.

critérios patrimoniais, tem o mérito de afastar qualquer discussão sobre a maturidade e o discernimento, os quais necessariamente compõem todos os debates sobre a culpabilidade do agente causador do dano e dos seus responsáveis legais. Sob a vigência do Código Civil de 1916, que adotava um sistema de responsabilidade civil dos titulares do poder familiar baseado na culpa ou negligência (Código Civil de 1916, artigo 1.523), era normal que a jurisprudência desenvolvesse critérios para a imputação da obrigação de indenizar inteiramente fundados sobre uma análise da maturidade e do discernimento do menor incapaz.

Como o Código Nacional de Trânsito (Lei federal n. 5.108, de 21 de setembro de 1966) autorizava as pessoas humanas imputáveis criminalmente a obter a habilitação para a condução de veículos automotores a partir dos dezoito anos completos (Código Nacional de Trânsito, artigo 70, parágrafo 1º, inciso I), e o Código Civil de 1916 estipulava o termo da menoridade aos vinte e um anos completos (Código Civil de 1916, artigo 9º, “*caput*”), era freqüente que os tribunais superiores julgassem ações de indenização resultantes de acidentes automobilísticos provocados por motoristas habilitados, porém menores e incapazes entre dezoito e vinte e um anos completos.

De modo a ilustrar as conseqüências negativas, para a integridade do ordenamento jurídico, que advêm do desenvolvimento de critérios para a imputação da obrigação de indenizar inteiramente fundados

sobre uma análise da maturidade e do discernimento, em sede de ações de indenização resultantes de acidentes automobilísticos provocados por motoristas habilitados, porém menores e incapazes, tome-se o seguinte caso concreto, envolvendo uma trágica colisão entre pessoas humanas pertencentes a classes sociais distintas, em um cruzamento qualquer da Capital Federal. Um estudante de medicina da Universidade de Brasília, com dezenove anos de idade, legalmente habilitado para a condução de veículos automotores, conduzindo um automóvel registrado em seu nome, provocou um acidente automobilístico, no qual perdeu a vida e vitimou o condutor de uma motocicleta, casado e pai de duas filhas<sup>138</sup>.

Como a viúva e a prole do condutor da motocicleta dependessem economicamente do morto, intentaram ação de indenização contra os pais do agente causador do dano. Em sua defesa, os titulares do poder familiar sustentaram “que não se pode extrair dos fatos acontecidos que tenham eles faltado com a educação do filho” e que não se pode “impor o dever de vigilância por aqueles sobre menor púbere, regularmente habilitado”. Em sede de recurso especial, o Superior Tribunal de Justiça, “em conformidade com os precedentes da corte”, pronunciou-se

---

<sup>138</sup> Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 392.099-DF, de 7 de março de 2002. Quarta turma. Unanimidade. Relator: Ministro Aldir Passarinho Júnior. **Diário de Justiça**, 15 de abril de 2002. Disponível na Internet em <[www.stj.jus.br](http://www.stj.jus.br)>. Trata-se do último caso de responsabilidade civil do menor por acidente automobilístico julgado no Superior Tribunal de Justiça, com base no Código Civil de 1916.

favoravelmente aos réus, determinando a extinção do processo sem julgamento do mérito, por carência de ação.

Em seu voto condutor, o Ministro Aldir Passarinho Júnior fundamenta a decisão afirmando que “a responsabilidade dos pais decorrente do pátrio poder vai, evidentemente, até os limites em que a lei lhes atribui o ônus do dever de educação, orientação e vigilância sobre os atos dos filhos menores”. Considerando que o menor incapaz encontrava-se legalmente habilitado para a condução de veículos automotores, sustenta que “ele era considerado apto pelo Poder Público” e “quanto a isso ele era independente dos pais”. O caso seria completamente diferente se o menor incapaz estivesse conduzindo um automóvel de propriedade dos titulares do poder familiar, circunstância na qual “haveria responsabilidade por culpa *in eligendo*”. Concluindo, assevera que “a ação teria de ser movida contra o espólio do motorista extinto, não contra os pais deste”, o que limitaria a execução da obrigação de indenizar aos “bens que porventura tivesse em seu nome, inobstante ainda fosse bastante jovem”.

O acórdão em questão comporta variados ângulos de análise crítica. Pode-se atacar a decisão com base no princípio da solidariedade<sup>139</sup>, já que a interpretação adotada protege amplamente os interesses

---

<sup>139</sup> Sobre o princípio da solidariedade nos sistemas de responsabilidade civil, ver CORRÊA, André Rodrigues. **Solidariedade e responsabilidade**: o tratamento jurídico dos efeitos da criminalidade violenta no transporte público de pessoas no Brasil. São Paulo: Saraiva, 2009.

patrimoniais dos titulares do poder familiar sobre o agente causador do dano, em detrimento das necessidades alimentares dos familiares da vítima<sup>140</sup>. Com base em outros critérios de justiça social, é admissível sustentar que o entendimento do Superior Tribunal de Justiça privilegia as classes sociais mais abastadas, que dispõem de meios suficientes para doar um automóvel aos seus filhos adolescentes, em detrimento dos estratos sociais mais baixos, que na melhor das hipóteses possuem um único veículo automotor de propriedade da família, o qual eventualmente emprestam aos seus filhos menores e incapazes. Do ponto de vista do ordenamento jurídico como instrumento de engenharia social<sup>141</sup>, os critérios empregados pela corte incentivam a fraude, limitando a responsabilidade civil de quem dolosamente registra um automóvel em nome do filho menor e incapaz,

---

<sup>140</sup> Conforme ressalta Gonçalves, “não se pode esquecer [...] da vítima. Como os menores geralmente não possuem condições financeiras para responder pelo ressarcimento dos danos que provocaram”, imputar ao menor a obrigação de indenizar deixa “sem indenização um grande número de pessoas lesadas”. GONÇALVES, Carlos Roberto, *op. cit.*, p. 104. A preocupação com as vítimas, associada à alta periculosidade resultante da circulação de automóveis, conduziu à instituição de um seguro obrigatório sobre danos pessoais provocados por veículos em acidentes de trânsito (DPVAT), integralmente custeado pelos proprietários de automóveis (Lei federal n. 6.194, de 19 de setembro de 1974). Embora bastante abrangente, esse seguro obrigatório é notoriamente conhecido pelas fraudes, pela ineficiência no atendimento às vítimas e pelo valor irrisório das indenizações pagas: treze mil e quinhentos reais, por morte e invalidez permanente, em março de 2009.

<sup>141</sup> Para uma idéia de ordenamento jurídico como instrumento de engenharia social, ver TARELLO, Giovanni. *Cultura jurídica y política del derecho*. Cidade do México: Fondo de Cultura Económica, 1995, p. 129-130.

mesmo sabendo que este não é um bom motorista. Em uma perspectiva dogmática mais estrita, é inclusive aceitável assegurar que o acórdão em questão comete um erro cabal na interpretação do instituto jurídico da incapacidade originária. Afinal, se os titulares do poder familiar são administradores e usufrutuários dos bens dos filhos, ainda que o veículo esteja registrado em nome do menor, este é apenas o nu-proprietário. O poder de uso, assim como o poder derivado de autorizar o uso, concentram-se nas mãos dos pais, razão pela qual existiria sempre uma obrigação de indenizar por culpa *in eligendo*, conforme os critérios de imputação adotados pelo próprio Superior Tribunal de Justiça.

Entretanto, o eixo central sobre o qual se assenta a fundamentação da decisão não são os debates relativos ao princípio da solidariedade, a critérios de justiça social, a instrumentos de engenharia social ou ao caráter patrimonial do instituto jurídico da incapacidade originária. O argumento mais importante, entre os empregados no voto do relator, é a alegação de que o agente causador do dano era considerado “apto” para a condução de veículos automotores, exercendo essa atividade de modo “independente dos pais”. Consoante a interpretação tradicionalmente construída pela doutrina civilista brasileira, confunde-se o estatuto pessoal de menor com o estatuto pessoal de criança, a menoridade com a imaturidade, a aptidão com a capacidade, olvidando que a incapacidade originária nada mais é do que uma presunção de dependência

patrimonial em relação à família de origem, razão pela qual a responsabilidade legal pelo menor sempre gera uma responsabilidade patrimonial. Desse modo, embora o agente causador do dano seja menor, uma vez julgado “apto” à condução de veículos automotores conquista uma “independência” em relação aos titulares do poder familiar, e a capacidade para consentir na prática de atos jurídicos e no exercício de situações jurídicas extrapatrimoniais degenera em uma irresponsabilidade patrimonial quase completa.

O que resta claro, a partir da análise desse acórdão do Superior Tribunal de Justiça, é que uma reconstrução do instituto jurídico da incapacidade originária requer uma releitura do significado e do papel desempenhados pela maturidade e pelo discernimento das crianças e adolescentes, no âmbito das relações parentais contemporâneas.



#### IV A MATURIDADE E A CAPACIDADE PARA CONSENTIR

Afirmar que a menoridade e a incapacidade originária são institutos de direito patrimonial, cujo sentido fundamental é o de comportar a construção, preservar a integridade e garantir a administração unificada de comunhões patrimoniais familiares, além de permitir a responsabilização patrimonial pela prática de atos ilícitos, não significa desconhecer que a condição de pessoa em desenvolvimento, a maturidade e o discernimento gozam de extraordinária relevância, inclusive em temas relativos à prática de atos jurídicos e ao exercício de situações jurídicas. É indiscutível que a maturidade e o discernimento compõem o “eixo e as formas intermédias de capacidade”<sup>142</sup>, informando todas as modalidades clássicas de interdição de direitos derivadas dos estados de saúde. É igualmente irretorquível que a maturidade e o discernimento constituem critérios inafastáveis para a determinação da capacidade para consentir na prática de atos jurídicos e no exercício de situações jurídicas extrapatrimoniais<sup>143</sup>, razão pela qual essas

---

<sup>142</sup> MARTINS-COSTA, Judith. Capacidade para consentir e esterilização de mulheres tornadas incapazes pelo uso de drogas: notas para uma aproximação entre a técnica jurídica e a reflexão bioética. In: MARTINS-COSTA, Judith; MÖLLER, Leticia Ludwig. Orgs. **Bioética e responsabilidade**. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 319.

<sup>143</sup> “Capacidade para consentir” é uma expressão aqui utilizada para designar um conceito jurídico relativamente recente, aproximado ao que os ordenamentos jurídicos anglo-saxões denominam de “*competence*” e o Código Civil italiano de “*capacità di intendere o di volere*”. A esse respeito, ver MARTINS-COSTA, Judith, *op. cit.*, p. 324-325.

são categorias jurídicas essenciais ao debate contemporâneo sobre os direitos fundamentais, os direitos da personalidade e as questões relativas à bioética e ao biodireito<sup>144</sup>. O que se pretende, ao ressaltar o caráter patrimonial da menoridade e da incapacidade originária, é propor um critério operacional para desfazer a confusão entre menoridade e imaturidade, menor e criança, incapacidade originária e incapacidade para consentir, responsabilidade legal na esfera patrimonial e responsabilidade parental na esfera extrapatrimonial, de modo a estabelecer o que deve ser heterodeterminação ou autodeterminação, no campo das relações parentais e dos direitos das crianças e adolescentes.

Na tentativa de reconfigurar as funções exercidas pela maturidade e pelo discernimento, no âmbito das relações parentais e dos direitos das crianças e adolescentes, o presente título principia por uma análise do fenômeno da despatrimonialização do conceito jurídico de pessoa humana e suas relações com a autodeterminação (Capítulo A). Uma vez reconstruído o conceito jurídico de pessoa humana, passa-se a

---

<sup>144</sup> Sobre o papel desempenhado pelas categorias jurídicas da maturidade e do discernimento, no campo do exercício dos direitos fundamentais, ver CORRAL, Benito Aláez. *Minoría de edad y derechos fundamentales*. Madri: Tecnos, 2003. No que diz respeito ao exercício dos direitos da personalidade, ver CARLUCCI, Aída Kemelmajer de. *El derecho del menor a su propio cuerpo*. In: BORDA, Guillermo Antonio. *La persona humana*. Buenos Aires: La Ley, 2001. No âmbito das questões relativas à bioética e ao biodireito, ver MUSSE, Luciana Barbosa. **Novos sujeitos de direito: as pessoas com transtorno mental na visão da bioética e do biodireito**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

investigar qual o conteúdo normativo do instituto jurídico da capacidade para consentir na prática de atos jurídicos e no exercício de situações jurídicas extrapatrimoniais, na hipótese de a pessoa humana ser criança ou adolescente (Capítulo B).

## A) DESPATRIMONIALIZAÇÃO E AUTODETERMINAÇÃO DA PESSOA HUMANA

Um ordenamento jurídico privado baseado nos postulados da teoria da relação jurídica tende a alienar a personalidade humana, em favor de estudos sobre a personalidade jurídica. Enquanto material para a construção de relações jurídicas, o caráter ético-filosófico de pessoa é afastado em favor da condição jurídica de sujeito: um ente investido de capacidade jurídica, apto à participação em relações jurídicas e à aquisição de situações jurídicas, que em sua universalidade recebem a denominação de patrimônio. Categoria jurídica abstrata, o conceito jurídico de sujeito permite que a atuação jurídica das pessoas receba um tratamento jurídico unificado e uniforme, frente ao qual é quase indiferente se o sujeito em questão é uma pessoa humana, ou uma pessoa jurídica. Por esse motivo, as investigações sobre a capacidade jurídica e o patrimônio tornam-se o centro da preocupação dos civilistas, gerando uma decadência dos debates sobre a personalidade humana<sup>145</sup>.

Ao alienar a personalidade humana, o pensamento jurídico civilista oitocentista gozava de uma imensa dificuldade teórica para abordar

---

<sup>145</sup> Cf. CUNHA, Alexandre dos Santos. **A normatividade da pessoa humana**: o estatuto jurídico da personalidade e o Código Civil de 2002. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 23-28.

os direitos extrapatrimoniais da pessoa humana, atualmente denominados de direitos da personalidade. Savigny simplesmente negava a existência desses direitos subjetivos<sup>146</sup>, enquanto Teixeira de Freitas preocupava-se com o tema apenas para recusar-lhes o caráter de direitos civis, em virtude de serem direitos absolutos originários, desprovidos de objeto exterior corpóreo e insuscetíveis de aquisição por meio de relações jurídicas<sup>147</sup>. Adotando um entendimento apenas um pouco diferente, Bevilacqua sustentava que a idéia de direitos da personalidade “não se ajusta bem à lógica jurídica”<sup>148</sup>, considerando impraticável que a ordem jurídica privada reconheça direitos absolutos diversos dos direitos reais<sup>149</sup>.

Em tal contexto histórico-dogmático, a pessoa humana viu-se reduzida a um mero complexo ou pólo de imputação de situações jurídicas resultantes da participação em relações jurídicas. Derivadas do conceito de capacidade jurídica, a capacidade de exercício e as modalidades clássicas de interdição de direitos foram concebidas para estabelecer os requisitos

---

<sup>146</sup> Cf. SAVIGNY, Friedrich-Carl von. *Sistema del derecho romano actual*. Pamplona: Analecta, 2004, v. 1, t. 1, p. 261.

<sup>147</sup> Cf. TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto, *op. cit.*, p. XCVII-XCIX.

<sup>148</sup> BEVILAQUA, Clovis. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil commentado**. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1922, v. 1, p. 296.

<sup>149</sup> Embora Bevilacqua não afirme categoricamente esse entendimento em nenhuma de suas obras, é o que se pode deduzir do modo como o direito ao corpo e o direito ao nome da pessoa humana são tratados em sua obra teórica e legislativa. Cf. CUNHA, Alexandre dos Santos, *op. cit.*, p. 51-57.

necessários à prática de atos jurídicos e ao exercício de situações jurídicas patrimoniais. Se o pensamento jurídico civilista oitocentista excluía os direitos da personalidade da ordem jurídica privada, não é possível imaginar que essas categorias jurídicas tenham-se construído como instrumentos técnico-jurídicos adequados à prática de atos jurídicos e ao exercício de situações jurídicas extrapatrimoniais.

Conforme ressalta Hattenhauer, a superação do paradigma patrimonialista, e o resgate do intrínseco valor da pessoa humana, na ordem jurídica privada, derivam da emergência das teorias da personalidade, na passagem do oitocentos para o novecentos<sup>150</sup>. Em sua formulação original, as teorias da personalidade procuravam ressignificar o conceito de pessoa humana, afastando-se das formulações técnico-jurídicas em torno à personalidade jurídica, à capacidade jurídica e ao patrimônio, e aproximando-se do conceito ético-filosófico de personalidade humana como ente moral, “nada mais do que a liberdade de um ser racional submetido a leis morais [...], de onde resulta que uma pessoa não pode ser submetida a outras leis senão aquelas que impôs a si própria”<sup>151</sup>.

---

<sup>150</sup> Cf. HATTENHAUER, Hans. *Conceptos fundamentales del derecho civil: introducción histórico-dogmática*. Barcelona: Ariel, 1987, p. 20.

<sup>151</sup> “[...] rien d’autre que la liberté d’un être raisonnable sous des lois morales [...], d’où il résulte qu’une personne ne peut être soumise à d’autres lois que celles qu’elle se donne elle-même”. KANT, Immanuel. *Métaphysique des mœurs*. Paris: GF-Flammarion, 1994, v. 1, p. 175. Traduzi.

A partir da redescoberta do conceito ético-filosófico de personalidade humana, a pandectística tardia operou no sentido de afirmar que a personalidade humana antecede e suporta a personalidade jurídica das pessoas humanas<sup>152</sup>. Enquanto personalidade humana revestida de personalidade jurídica, nenhuma pessoa humana pode prescindir de uma proteção jurídica à sua condição humana. Por essa razão, ao ordenamento jurídico privado compete reconhecer e tutelar os direitos da personalidade, modalidade de direitos absolutos extrapatrimoniais essenciais à salvaguarda da condição humana e à existência das pessoas humanas.

As teorias da personalidade são a pedra de toque de uma série de transformações na ordem jurídica privada, conduzindo a uma reconstrução, não somente do conceito de pessoa humana, mas de todas as demais categorias jurídicas que lhe são conexas.

A consequência primária desse processo, e provavelmente a mais evidente, é a despatrimonialização do conceito de pessoa humana<sup>153</sup>. O

---

<sup>152</sup> Cf. HATTENHAUER, Hans, *op. cit.*, p. 21-22.

<sup>153</sup> Sem negar a existência dessa transformação, alguns autores opõem-se à idéia de despatrimonialização da pessoa humana. Segundo Carbonnier, esse processo encontra-se muito mais associado à atribuição de um valor de troca a certas espécies de bens anteriormente excluídas do tráfego jurídico por irrelevantes ao sistema econômico capitalista, do que a uma efetiva preocupação com a construção de instrumentos jurídicos para a tutela de interesses puramente desprovidos de valor econômico. Assim sendo, sustenta que o fenômeno seria mais bem descrito pelo uso do termo “proletarização” (“*prolétarisation*”). Cf. CARBONNIER, Jean. *Flexible droit: textes pour une sociologie du droit sans rigueur*. Paris: LGDJ, 1971, p. 130-131. Traduzi.

reconhecimento e a tutela dos direitos da personalidade acarreta em um deslocamento progressivo do eixo central das preocupações da teoria das pessoas ao longo do noventa e dois, da personalidade jurídica, da capacidade jurídica e do patrimônio para a personalidade humana, a autodeterminação e o desenvolvimento da personalidade.

A personalidade humana é um tema de tratamento jurídico bastante complexo. Se a personalidade jurídica é uma categoria jurídica abstrata, a personalidade humana resulta da experiência e existe apenas em concreto<sup>154</sup>. Diferentemente da natureza humana, o ser humano em sua essência, a condição humana vem a ser o impacto da realidade do mundo sobre a existência humana, o ser humano em seu contexto socioambiental<sup>155</sup>. Qualquer personalidade humana deriva necessariamente de um processo de desenvolvimento, de uma trajetória de vida pessoal em relação com o seu meio, constitutiva de uma condição humana<sup>156</sup>.

---

<sup>154</sup> “A personalidade é temporal, pertence a uma pessoa que nasce, vive e morre. Na sua temporalidade, não pode ser considerada como uma simples soma de funções vitais, mas uma integração dinâmica cuja resultante se expressa pelo comportamento individual frente a estímulos de variada natureza. A personalidade, obviamente, existe em função de um meio no qual procura adaptar-se e, pertencendo a um ser vivo, tem que sofrer um processo de desenvolvimento. Neste sentido, cada indivíduo tem sua história pessoal e esta é a unidade básica a ser levada em conta no estudo da personalidade”. D’ANDREA, Flávio Fortes. **Desenvolvimento da personalidade**. Rio de Janeiro: Bertrand, 2001, p. 9.

<sup>155</sup> Cf. ARENDT, Hannah. **A condição humana**. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 15ss.

<sup>156</sup> Cf. CARVALHO, Orlando de. *Les droits de l’homme dans le droit civil portugais*. **Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra**, v. 49, 1973, p. 7-11.



Consoante a concepção kantiana de pessoa humana como ente moral, o ponto de partida de qualquer processo de desenvolvimento da personalidade humana é a autonomia. Não uma autonomia negocial, uma liberdade genérica para a prática de atos jurídicos e para a auto-regulação das relações jurídicas patrimoniais, tão cara ao pensamento jurídico civilista oitocentista. Mas uma autodeterminação para o “exercício de atos atinentes ao núcleo mais irreduzível da existência humana”<sup>157</sup>, uma liberdade específica para a prática de atos jurídicos e para o exercício de situações jurídicas extrapatrimoniais<sup>158</sup>.

Sem essa autodeterminação, não existe uma personalidade humana concreta. É a liberdade para a prática de atos jurídicos e para o exercício de situações jurídicas extrapatrimoniais que permite a cada pessoa humana estabelecer uma trajetória de vida pessoal em relação com o

---

<sup>157</sup> MARTINS-COSTA, Judith. Capacidade para consentir e esterilização de mulheres tornadas incapazes pelo uso de drogas: notas para uma aproximação entre a técnica jurídica e a reflexão bioética. *In*: MARTINS-COSTA, Judith; MÖLLER, Leticia Ludwig. Orgs. **Bioética e responsabilidade**. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 322.

<sup>158</sup> A conexão entre as idéias de autonomia e de liberdade é bastante tradicional na filosofia política ocidental, e especialmente importante na literatura jurídica. Por outro lado, essa relação é tão necessária quanto ilusória. Ser livre por meio do exercício da autonomia representa uma eterna fuga para o passado: quanto mais uma pessoa humana afirma a sua autonomia, mais ela se torna dependente do reconhecimento de sua liberdade. Por essa razão, a autonomia não deve ser compreendida como independência, mas justamente o contrário: toda pessoa humana autônoma é codependente do meio social no qual se encontra inserida. Cf. SENETT, Richard. *Authority*. Nova Iorque: Vintage, 1981, p. 116-118.

contexto socioambiental, tornando-se um indivíduo único, exclusivo e insubstituível, potencialmente diferente de todos os demais membros da comunidade humana. Nesse sentido, a autodeterminação constitui um requisito indispensável para que uma pessoa humana alcance a dignidade, tornando-se impassível de substituição por uma equivalente<sup>159</sup>.

A extraordinária importância de que se reveste a autodeterminação, para a existência de uma personalidade humana concreta, impõe grandes dificuldades ao tratamento jurídico das relações parentais. Sem autodeterminação, uma criança não é uma pessoa humana. Ao mesmo tempo, enquanto pessoa em desenvolvimento, dificilmente pode-se afirmar que a criança goze da maturidade necessária à autodeterminação, antes do período em torno aos onze ou doze anos de idade, quando costuma começar a pensar com base em hipóteses<sup>160</sup>. Ao

---

<sup>159</sup> Cf. KANT, Immanuel, *op. cit.*, v. 1, p. 115-116. A respeito do princípio da dignidade da pessoa humana, ver ALVES, Gláucia Correa Retamozo Barcelos. Sobre a dignidade da pessoa. *In*: MARTINS-COSTA, Judith. Org. **A reconstrução do Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 213-229. Sobre as aplicações desse princípio na ordem jurídica privada, ver CUNHA, Alexandre dos Santos. Dignidade da pessoa humana: conceito fundamental do Direito Civil. *In*: MARTINS-COSTA, Judith. Org. **A reconstrução do Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 230-264.

<sup>160</sup> Cf. PIAGET, Jean. *Psychologie et pédagogie*. Paris: Denoël, 1969, p. 51. Por outro lado, “a concordância entre as etapas do desenvolvimento biológico, afetivo e cognitivo, e sua inscrição nas regras do jogo social são sempre aproximadas e dão lugar a reajustes constantes. Elas variam de uma época a outra, de um grupo social a outro, de um sujeito a outro”. MOLLO-BOUVIER, Suzanne. Transformação dos modos de socialização das crianças: uma abordagem sociológica. **Educação e sociedade**, v. 26, n. 91, 1995, p. 393.

mesmo tempo, o desenvolvimento da personalidade da criança requer uma ampliação progressiva de sua autodeterminação em um ambiente no qual possa acreditar e confiar em uma autoridade parental, aqui compreendida como a “expressão emocional” do poder familiar<sup>161</sup>. Nesse contexto, o grande desafio reside na construção de institutos jurídicos não-totalizantes, que preservem o princípio da autodeterminação da pessoa humana, ao mesmo tempo em que permitam um exercício da autoridade parental em conformidade com as necessidades do desenvolvimento da personalidade da criança<sup>162</sup>.

---

<sup>161</sup> Cf. SENETT, Richard, *op. cit.*, p. 4. Com a Lei de 4 de junho de 1970, a legislação civil francesa extinguiu o antigo instituto jurídico do pátrio poder, substituindo-o pela autoridade parental. Com base nesse modelo estrangeiro, alguns autores brasileiros pretendem utilizar a expressão autoridade parental para designar o “novo” poder familiar, funcionalizado pelo princípio do melhor interesse da criança (*ex vi* SILVA, Marcos Alves da. **Do pátrio poder à autoridade parental: repensando fundamentos jurídicos da relação entre pais e filhos.** Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 54-58). Entretanto, a manutenção da expressão poder familiar é importante, porque permite preservar a locução autoridade parental para designar exclusivamente a “expressão emocional” do poder familiar, restringindo-a ao campo das relações parentais na esfera extrapatrimonial. Sobre a autoridade parental na legislação civil francesa, ver LEVENEUR, Laurent. *Renforcer l'autorité parentale et promouvoir les droits de l'enfant?* In: DEKEUWER-DÉFOSSEZ, Françoise; CHOAIN, Christine. Orgs. **L'autorité parentale em question.** Villeneuve d'Ascq: Septentrion, 2003, p. 50-51.

<sup>162</sup> Nas palavras de Carlucci, trata-se de categorias jurídicas nas quais “a autoridade parental decresce em um processo dinâmico, ao mesmo tempo em que a criança cresce e conquista autonomia pessoal” (“*la autoridad parental decrece en un proceso dinámico al mismo tiempo que el niño crece y logra autonomía personal*”). CARLUCCI, Aída Kemelmajer de. *El derecho del menor a su propio cuerpo.* In: BORDA, Guillermo Antonio. Org. **La persona humana.** Buenos Aires: La Ley, 2001, p. 252. Traduzi.

Sem qualquer sombra de dúvida, esse não é o caso dos institutos jurídicos da incapacidade originária e do poder familiar. O caráter totalizante e dicotômico de que se revestem a incapacidade originária e a regra de maioria, segundo as quais a pessoa humana é sempre capaz ou incapaz para a prática de atos jurídicos e para o exercício de situações jurídicas em abstrato, sem qualquer consideração pela personalidade humana concreta ou pelas peculiaridades do ato jurídico que esta pretenda especificamente praticar, impede a coexistência entre a autodeterminação da pessoa humana e o poder familiar: ou a criança goza de autodeterminação, ou ela está sujeita ao poder familiar. Concebidos em favor de um modelo patriarcalista e patrimonialista de autoridade parental<sup>163</sup>, a incapacidade originária e o poder familiar ainda são essenciais na determinação da legitimidade para a prática de atos jurídicos e para o exercício de situações jurídicas patrimoniais, mas seria absolutamente inadequado estendê-los à dimensão existencial da pessoa humana.

A incapacidade originária e o poder familiar podem ser institutos jurídicos impróprios para a determinação da legitimidade para a prática de atos jurídicos e para o exercício de situações jurídicas extrapatrimoniais, mas o sistema jurídico não pode prescindir de novas categorias jurídicas que desempenhem uma função semelhante,

---

<sup>163</sup> Sobre os modelos patriarcalista e patrimonialista de autoridade, ver SENETT, Richard, *op. cit.*, p. 52-53.

estruturando juridicamente as relações parentais, em seu aspecto extrapatrimonial. Essa construção deve principiar pelo desenvolvimento de um instituto jurídico correlato ao poder familiar. Do mesmo modo que o poder familiar produz a incapacidade originária, reduzindo a pessoa humana à condição jurídica de menor, qual modelo de autoridade parental poderia sustentar o desenvolvimento da personalidade e a autodeterminação de uma criança?

Em um célebre ensaio sobre as relações entre a psicologia e a ciência política<sup>164</sup>, Senett afirma que existem quatro modelos de autoridade: o patriarcalista, o patrimonialista, o paternalista e o autonômico. Os modelos patriarcalista e patrimonialista, baseados nos laços de sangue ou afinidade, na clientela e na dependência patrimonial, sustentam as categorias jurídicas que denominamos de pátrio poder e poder familiar. Restam por analisar os modelos paternalista e autonômico.

O paternalismo, ou a “autoridade de um amor falso”<sup>165</sup>, é uma autoridade exercida para o bem dos outros<sup>166</sup>. Enquanto modalidade de dominação pelo bem, o paternalismo é sempre uma mistura de amor e egoísmo<sup>167</sup>. Como não pode garantir aos seus súditos um lugar no mundo, a

---

<sup>164</sup> SENETT, Richard. *Authority*. Nova Iorque: Vintage, 1981.

<sup>165</sup> “[...] *authority of false love*”. SENETT, Richard, *op. cit.*, p. 50. Traduzi.

<sup>166</sup> Cf. SENETT, Richard, *op. cit.*, p. 84.

<sup>167</sup> Cf. SENETT, Richard, *op. cit.*, p. 68.

autoridade paternalista busca mantê-los eternamente sob o seu domínio, para o seu próprio bem<sup>168</sup>. Com essa finalidade, atua no sentido de exercer um controle quase absoluto sobre a realidade, protegendo e alimentando aos seus súditos, ao mesmo tempo negando qualquer possibilidade de crescimento, desenvolvimento ou libertação<sup>169</sup>.

Diferentemente do paternalismo, a autonomia não é usualmente compreendida como uma modalidade de autoridade. Entretanto, as representações sociais construídas em torno de uma pessoa humana claramente autônoma têm o poder de intimidar todas as demais, razão pela qual um agente autônomo costuma ser percebido como uma verdadeira autoridade<sup>170</sup>: seguro de si mesmo, dotado de um juízo superior, apto a impor disciplina e a inspirar temor<sup>171</sup>. Fundada em habilidades e competências desenvolvidas ao longo de uma experiência de vida, geralmente a autoridade autônômica não é voluntária, mas resulta do reconhecimento social e de um desejo de acolhimento, amparo e submissão.

Se a questão é determinar qual desses modelos de autoridade parental poderia melhor sustentar o desenvolvimento da personalidade e a autodeterminação de uma criança, talvez o mais adequado seja devolver a

---

<sup>168</sup> Cf. SENETT, Richard, *op. cit.*, p. 54.

<sup>169</sup> Cf. SENETT, Richard, *op. cit.*, p. 82 e 84.

<sup>170</sup> Cf. SENETT, Richard, *op. cit.*, p. 84.

<sup>171</sup> Cf. SENETT, Richard, *op. cit.*, p. 18.

pergunta aos diretamente interessados. Com base em uma pesquisa de campo conduzida com crianças entre os onze e os doze anos de idade, a pedagoga suíça Cléopâtre Montandon concluiu que os pais mais bem-sucedidos em preparar os seus filhos para a autodeterminação são aqueles que “dão responsabilidades; dão explicações para o futuro; encorajam a se virar; mostram e depois deixam fazer; dão confiança e ajudam a se organizar; dão bons conselhos; ensinam coisas que ajudam; deixam as crianças se virarem; dão o exemplo”<sup>172</sup>.

No que pese a imaturidade, a experiência das próprias crianças aponta no sentido do afastamento de modelos de autoridade parental patriarcalista, patrimonialista ou paternalista, em favor de uma autoridade parental fundada na autonomia, na confiança e no exemplo. Em sendo essa a categoria jurídica mais adequada a exercer, na dimensão existencial das relações parentais, as funções tradicionalmente atribuídas ao poder familiar, resta saber qual o instituto jurídico correlato à incapacidade originária, que decorre de um tal modelo de autoridade parental.

---

<sup>172</sup> MONTANDON, Cléopâtre. As práticas educativas parentais e a experiência das crianças. **Educação e sociedade**, v. 26, n. 91, 2005, p. 499.

## B) AUTODETERMINAÇÃO E CAPACIDADE PARA CONSENTIR

Se a capacidade de exercício é um instituto jurídico de direito patrimonial, não constitui um critério válido para determinar se uma pessoa humana encontra-se apta a praticar atos jurídicos e a exercer situações jurídicas extrapatrimoniais<sup>173</sup>. A criança, assim como qualquer outra pessoa humana, é titular de um direito ao livre desenvolvimento da personalidade, cujo exercício é essencial à conformação de sua personalidade humana concreta<sup>174</sup>. Sem autodeterminação, sem o estabelecimento de uma trajetória de vida pessoal em relação com o contexto socioambiental, que a torne um indivíduo único, exclusivo e insubstituível, potencialmente diferente de todos os demais membros da comunidade humana, essa finalidade nunca será atingida. Por outro lado, a imaturidade e a necessidade de cuidados parentais, inerentes à sua peculiar condição de

---

<sup>173</sup> Consoante os objetivos deste trabalho, essa afirmação encontra-se endereçada especificamente aos casos de incapacidade originária. Para uma posição semelhante, nas hipóteses de incapacidade por interdição, ver MARTINS-COSTA, Judith. Capacidade para consentir e esterilização de mulheres tornadas incapazes pelo uso de drogas: notas para uma aproximação entre a técnica jurídica e a reflexão bioética. *In*: MARTINS-COSTA, Judith; MÖLLER, Letícia Ludwig. Orgs. **Bioética e responsabilidade**. Rio de Janeiro: Forense, 2009. No mesmo sentido, ver também MUSSE, Luciana Barbosa. **Novos sujeitos de direito: as pessoas com transtorno mental na visão da bioética e do biodireito**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

<sup>174</sup> Sobre o direito ao livre desenvolvimento da personalidade, ver MARTINS-COSTA, Judith. **O princípio do livre desenvolvimento da personalidade**. Porto Alegre: mimeografado, 2008. artigo inédito.



pessoa em desenvolvimento, faz com que a criança necessite igualmente submeter-se a uma autoridade parental.

Com a finalidade de estabelecer critérios para a resolução desse conflito entre autodeterminação e heterodeterminação nas relações parentais, os ordenamentos jurídicos da *common law* vêm construindo jurisprudencialmente uma nova categoria jurídica, denominada “*competence*” ou “capacidade para consentir”<sup>175</sup>. Nas palavras de Carlucci, a capacidade para consentir é:

“Um conceito pertencente ao campo do exercício dos direitos da personalidade; não se alcança em um momento preciso, mas forma-se progressivamente, requer uma evolução; não se adquire ou perde em um

---

<sup>175</sup> Na Câmara dos Lordes inglesa, o *leading case* em questões relativas a “*competence*” é o caso *Gillick vs. West Norfolk and Wisbech Area Health Authority* (1985), enquanto na Suprema Corte norte-americana, o precedente é o caso *Carey vs. Population Service International* (1985). Para uma análise comparativa entre esses dois casos, ver MONTGOMERY, Jonathan. *Children as property?* *Modern Law Review*, v. 51, n. 3, 1988, p. 323-342. Normalmente, o termo “*competence*” é traduzido por “competência”. Conforme ressalta Martins-Costa, “no idioma português, competência conota poder atribuído a alguém, sendo um conceito de Direito processual e de Direito administrativo que não se aproxima conceitualmente da noção de capacidade que está na Parte Geral do Código Civil” (MARTINS-COSTA, Judith. Capacidade para consentir e esterilização de mulheres tornadas incapazes pelo uso de drogas: notas para uma aproximação entre a técnica jurídica e a reflexão bioética. In: MARTINS-COSTA, Judith; MÖLLER, Leticia Ludwig. Orgs. **Bioética e responsabilidade**. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 324, nota n. 56). Por essa razão, este texto adota a expressão “capacidade para consentir” como tradução para o termo “*competence*”.

dia, ou em uma semana. Sob essa denominação, analisa-se se o sujeito pode ou não entender perfeitamente aquilo que se diz, qual o alcance dessa compreensão, se pode comunicá-la, se pode raciocinar sobre as alternativas e se tem valores para exercer um juízo”<sup>176</sup>.

Diferentemente de institutos jurídicos totalizantes e dicotômicos como a capacidade de exercício, a categoria jurídica da capacidade para consentir, nos termos nos quais vem sendo proposta nos ordenamentos jurídicos da *common law*, goza de todos os requisitos necessários para coexistir com uma autoridade parental. A criança nasce incapaz para consentir, integralmente dependente da autoridade parental. Na medida em que amadurece e torna-se apta a prescindir de certos cuidados parentais, conquista progressivamente a autodeterminação para a prática de atos jurídicos e para o exercício de situações jurídicas extrapatrimoniais. Antes dos dezoito anos completos, quando cessa o estatuto pessoal de criança, essa maturidade não se presume em nenhum

---

<sup>176</sup> “*Un concepto perteneciente al área del ejercicio de los derechos personalísimos; no se alcanza en un momento preciso sino que se va formando, requiere una evolución; no se adquiere o pierde en un día, o en una semana. Bajo esta denominación, se analiza si el sujeto puede o no entender acabadamente aquello que se le dice, cuáles son los alcances de la comprensión, si puede comunicarse, si puede razonar sobre las alternativas y si tiene valores para poder juzgar*”. CARLUCCI, Aída Kemelmajer de. *El derecho del menor a su propio cuerpo*. In: BORDA, Guillermo Antonio. Org. *La persona humana*. Buenos Aires: La Ley, 2001, p. 255. Traduzi.

momento, e deve sempre ser aferida concretamente, em função do desenvolvimento de sua personalidade humana.

Apesar de a legislação civil brasileira não contemplar explicitamente o instituto jurídico da capacidade para consentir, o caráter eminentemente patrimonial de que se revestem a capacidade de exercício e as modalidades clássicas de interdição de direitos faz com que essas categorias jurídicas não sejam aplicáveis à legitimação para a prática de atos jurídicos e para o exercício de situações jurídicas extrapatrimoniais. Por esse motivo, e com apoio em diferentes experiências existentes no Direito Comparado, alguns autores vêm empreendendo um esforço hermenêutico de construção da categoria jurídica da capacidade para consentir, especialmente a partir da interpretação das normas gerais sobre a autonomia privada<sup>177</sup>, os direitos da personalidade e o biodireito<sup>178</sup>.

Por outro lado, a ausência de textos normativos expressos não significa uma inexistência de conflitos nos quais uma deliberação requereria a aplicação da categoria jurídica da capacidade para consentir. O Poder Judiciário é constantemente demandado a intervir nas relações parentais, e o

---

<sup>177</sup> Para uma construção da categoria jurídica da capacidade para consentir a partir do conceito de autonomia privada, ver ALVES, Cristiane Avancini. A conexão entre autodeterminação e a formação familiar na esteira do princípio da responsabilidade. *In*: MARTINS-COSTA, Judith; MÖLLER, Letícia Ludwig. Orgs. **Bioética e responsabilidade**. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 114-122.

<sup>178</sup> Sobre as relações entre direitos da personalidade, biodireito e capacidade para consentir, ver MARTINS-COSTA, Judith, *op. cit.*, p. 320-330.

conteúdo das suas decisões poderia ser substancialmente distinto, se os juízes conhecessem desse instituto jurídico.

Investigar a jurisprudência brasileira sobre as relações parentais é uma tarefa extraordinariamente difícil. Em virtude de uma interpretação bastante discutível do segredo de justiça, muitos tribunais simplesmente não publicam os acórdãos envolvendo interesses de menores, impedindo a *accountability* de sua prestação jurisdicional e inviabilizando uma pesquisa nacional estatisticamente válida<sup>179</sup>. Por essa razão, a base de dados eletrônica do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (TJRS) é uma das poucas fontes de material empírico inteiramente disponíveis aos pesquisadores.

Para fins de composição de um objeto para análise jurisprudencial, levou-se em consideração o universo das decisões publicadas na base de dados eletrônica do TJRS entre os dias 1º de março de 1999 e 28 de fevereiro de 2009, indexadas com os termos “vontade”, “criança”, “adolescente”, “educação”, “companhia” e “guarda”. Como a “capacidade para consentir” é uma categoria jurídica relativamente nova, decidiu-se pela não-utilização dessa palavra-chave, preferindo-se associar a

---

<sup>179</sup> “*Accountability*” é um termo de difícil tradução. Originário da Ciência Política em sua vertente neo-institucionalista, designa a possibilidade de controle social sobre as autoridades públicas, o que requer transparência, responsividade e instrumentos de responsabilização. Sobre a *accountability* na gestão pública brasileira, ver TORRES, Marcelo Douglas de Figueiredo. **Estado, democracia e administração pública no Brasil**. Rio de Janeiro: FGV, 2004, p. 41-66.

“vontade” de uma “criança” ou “adolescente” a conflitos envolvendo “educação”, “companhia” e “guarda”. Em 1º de março de 2009, essa busca devolveu seis resultados: cinco casos envolvendo abandono de estudos<sup>180</sup> e um sobre alteração informal de guarda<sup>181</sup>.

Para as finalidades deste trabalho, são especialmente interessantes os acórdãos que versam sobre abandono de estudos. Nos termos do artigo 249 do Estatuto da Criança e do Adolescente, constitui infração administrativa “descumprir, dolosa ou culposamente, os deveres inerentes ao pátrio poder”, o que pode resultar na aplicação de uma “multa, de três a vinte salários mínimos de referência”, integralmente revertida em favor do Fundo Municipal da Criança e do Adolescente. Sempre que o Conselho Tutelar esgota todos os esforços administrativos no sentido de

---

<sup>180</sup> Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação cível n. 70002785848, de 17 de outubro de 2001. Sétima câmara cível. Maioria. Relatora: Desembargadora Maria Berenice Dias. Apelação cível n. 70005263603, de 18 de dezembro de 2002. Sétima câmara cível. Maioria. Relator (vencido): Desembargador Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves. Relatora (acórdão): Desembargadora Maria Berenice Dias. Apelação cível n. 70005540976, de 14 de maio de 2003. Sétima câmara cível. Maioria. Relator (vencido em parte): Desembargador Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves. Relatora (acórdão): Desembargadora Maria Berenice Dias. Apelação cível n. 70005977277, de 21 de agosto de 2003. Oitava câmara cível. Unanimidade. Relator: Desembargador Alfredo Guilherme Englert. Apelação cível n. 70024356644, de 18 de fevereiro de 2009. Sétima câmara cível. Unanimidade. Relator: Desembargador André Luiz Planella Villarinho. Disponíveis na Internet em <www.tjrs.jus.br>.

<sup>181</sup> Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Agravo de instrumento n. 70027328640, de 17 de dezembro de 2008. Sétima câmara cível. Unanimidade. Relator: Desembargador Vasco della Giustina. Disponível na Internet em <www.tjrs.jus.br>.

manter uma criança ou adolescente freqüentando um estabelecimento regular de ensino, compete ao próprio Conselho Tutelar, ou ao Ministério Público estadual, representar contra os titulares do poder familiar (ECA, artigo 194), visando à cominação de uma sanção administrativa por violação do dever parental de educar os filhos.

Ao julgar essas representações em grau de apelação, a Sétima Câmara Cível do TJRS apreciava se os requisitos necessários à caracterização da culpa ou dolo estavam presentes. Existindo prova de que o Conselho Tutelar havia notificado os titulares do poder familiar a manter a criança ou adolescente freqüentando os bancos escolares, e na ausência de uma “justificativa ponderável” para que não estivessem freqüentando um estabelecimento regular de ensino, deveria ser cominada a sanção<sup>182</sup>. Essa forma de compreender o problema mudou radicalmente a partir do julgamento da apelação cível n. 70002785848, em 17 de outubro de 2001, na qual a Desembargadora Maria Berenice Dias passou a sustentar uma nova excludente de responsabilidade parental, com base na “teoria do corpo avantajado”. Infelizmente, a base de dados eletrônica do TJRS não disponibiliza o inteiro teor desse acórdão, que recebeu a seguinte ementa:

“Estatuto da Criança e do Adolescente. Abandono dos estudos. Infração administrativa. Descabe o

---

<sup>182</sup> CHAVES, Sérgio Fernando de Vasconcellos. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, voto na apelação cível n. 70005263603, de 18 de dezembro de 2002, p. 5. Disponível na Internet em <www.tjrs.jus.br>.

apenamento do pai pelo fato de sua filha não estar frequentando a escola. Não se visualiza conduta dolosa ou culposa simplesmente por os pais não saberem o que fazer com a filha que conta dezesseis anos, possui um corpo avantajado e não mais os obedece. Apelo provido”<sup>183</sup>.

O acórdão em questão tornou-se um autêntico *leading case* e semeou a discórdia na Sétima Câmara Cível do TJRS. Sempre referindo à “teoria do corpo avantajado”, a corte passou a decidir sistematicamente pela exclusão da responsabilidade parental, nos casos de infração administrativa por abandono de estudos<sup>184</sup>. O precedente passou a ser adotado também pela Oitava Câmara Cível do TJRS, sob os auspícios dos desembargadores Alfredo Guilherme Englert, Antonio Carlos Stangler Pereira e Rui

---

<sup>183</sup> Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação cível n. 70002785848, de 17 de outubro de 2001. Sétima câmara cível. Maioria. Relatora: Desembargadora Maria Berenice Dias. Disponível na Internet em <[www.tjrs.jus.br](http://www.tjrs.jus.br)>.

<sup>184</sup> Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação cível n. 70005263603, de 18 de dezembro de 2002. Sétima câmara cível. Maioria. Relator (vencido): Desembargador Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves. Relatora (acórdão): Desembargadora Maria Berenice Dias. Apelação cível n. 70005540976, de 14 de maio de 2003. Sétima câmara cível. Maioria. Relator (vencido em parte): Desembargador Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves Relatora (acórdão): Desembargadora Maria Berenice Dias. Disponíveis na Internet em <[www.tjrs.jus.br](http://www.tjrs.jus.br)>.

Portanova<sup>185</sup>. “Quem é que consegue enfiar uma menina de quinze anos dentro de uma escola? Não tem como!”<sup>186</sup>, exclamava a Desembargadora Maria Berenice Dias, sempre acompanhada pelos desembargadores José Carlos Teixeira Giorgis e Luiz Felipe Brasil Santos. Coerente com a sua posição original, o Desembargador Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves votou vencido em todas essas decisões.

“Enfiar uma menina de quinze anos dentro de uma escola” realmente não é um procedimento que se possa exigir de um pai ou de uma mãe, cidadãos que “apenas” fazem “um trabalho voluntário de formação das pessoas”, exercendo funções que deveriam ser de competência indelegável do Estado, no entendimento da Desembargadora Maria Berenice Dias<sup>187</sup>. Nenhuma palavra sobre o caráter emocional de que se reveste a autoridade parental, nenhuma preocupação com a capacidade para consentir da criança ou adolescente na esfera extrapatrimonial. Nenhum esforço em utilizar as medidas de proteção previstas pelo Estatuto da

---

<sup>185</sup> Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação cível n. 70005977277, de 21 de agosto de 2003. Oitava câmara cível. Unanimidade. Relator: Desembargador Alfredo Guilherme Englert. Disponível na Internet em <[www.tjrs.jus.br](http://www.tjrs.jus.br)>.

<sup>186</sup> DIAS, Maria Berenice. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, voto na apelação cível n. 70005263603, de 18 de dezembro de 2002, p. 7. Disponível na Internet em <[www.tjrs.jus.br](http://www.tjrs.jus.br)>.

<sup>187</sup> DIAS, Maria Berenice, *op.cit.*, *loc.cit.* Para um modelo de sociedade no qual a educação dos filhos é competência indelegável do Estado, ver HUXLEY, Aldous. **Admirável mundo novo**. São Paulo: Globo, 1999.



Criança e do Adolescente para obrigar o Estado a ofertar políticas públicas em favor de entidades familiares reduzidas a escombros. As crianças e adolescentes cujo futuro dependia de uma prestação jurisdicional adequada sequer foram ouvidas no curso dos processos. O filho-mercadoria, uma nova categoria jurídica. Aquela pessoa humana que você simplesmente “enfia” em um estabelecimento regular de ensino. Desde que disponha da força física necessária para isso, evidentemente.

Com a alteração de sua composição, a Sétima Câmara Cível do TJRS parece estar mudando os fundamentos de suas decisões. No julgamento da apelação cível n. 70024356644, em 18 de fevereiro de 2009, a corte prescindiu da “teoria do corpo avantajado”, em favor de uma interpretação mais tradicional dos institutos jurídicos do poder familiar e da incapacidade originária. Analisando o caso de uma adolescente que havia abandonado os bancos escolares por “não gostar de estudar”, a corte entendeu que “não é dado aos menores capacidade civil para decidir e responsabilizar-se pelos seus atos, cabendo aos pais tal encargo. Portanto, independentemente da vontade da criança ou do adolescente, é obrigatória a manutenção e frequência no ensino fundamental”<sup>188</sup>. Não se reconhece à adolescente o direito de abandonar a rede regular de ensino, mas ela não deve ser “enfia” na escola. O Juizado da Infância e da Juventude tem que

---

<sup>188</sup> VILLARINHO, André Luiz Planella. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, voto na apelação cível n. 70024356644, de 18 de fevereiro de 2009, p. 7. Disponível na Internet em <[www.tjrs.jus.br](http://www.tjrs.jus.br)>.

dar prosseguimento à medida de proteção, designando audiência para “conscientizar mãe e filha da importância da aprendizagem na vida adulta”<sup>189</sup>.

No julgamento do agravo de instrumento n. 70027328640, em 17 de dezembro de 2008, a Sétima Câmara Cível do TJRS emprestou maior importância à “vontade do menor”. Apreciando o caso de um adolescente que espontaneamente abandonou o domicílio da mãe para viver na residência do pai, a corte entendeu o seguinte:

“Ainda que a decisão tenha partido espontaneamente do menor, não se pode perder de vista que, justamente por ser menor de idade, tem sua mãe como guardiã, devendo a esta obedecer, acatando suas ordens e determinações, mormente quando se referem a garantir seu direito à educação. Havendo guarda definida de há muito à genitora, não pode o Poder Judiciário dar respaldo a atitude que, à primeira vista, parece represália do adolescente à mãe que o repreendeu. Nada impede, porém, que, após audiência ou estudo social a ser realizado, se for o caso, e mantida a

---

<sup>189</sup> VILLARINHO, André Luiz Planella, *op. cit.*, p. 3.

vontade do menor nesse sentido, tal decisão seja alterada, a fim de modificar-se o guardião”<sup>190</sup>.

Neste último caso, sem fazer recurso direto às categorias jurídicas da autoridade parental e da capacidade para consentir na esfera extrapatrimonial, a Sétima Câmara Cível do TJRS adotou um entendimento absolutamente congruente com o respeito à autodeterminação da criança, sem que isso tenha significado um afastamento da autoridade parental. Nesse contexto, o emprego desses novos institutos jurídicos reforçaria os fundamentos da decisão sem alterar o seu resultado, contribuindo de modo relevante à conformação de um marco dentro do qual o estudo social deveria ser dirigido e tornando mais claro para o juiz de primeira instância o que deveria ser aferido na audiência de oitiva do adolescente.

Por outro lado, a utilização das categorias jurídicas da autoridade parental e da capacidade para consentir na esfera extrapatrimonial importaria em uma alteração significativa da fundamentação das decisões, nos casos relativos a abandono de estudos. A autodeterminação de uma criança ou adolescente capaz para consentir poderia ser empregada para afastar a responsabilidade parental, em termos

---

<sup>190</sup> DELLA GIUSTINA, Vasco. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, agravo de instrumento n. 70027328640, de 17 de dezembro de 2008, p. 3-4. Disponível na Internet em <[www.tjrs.jus.br](http://www.tjrs.jus.br)>. Sobre a autodeterminação da criança em questões relativas à guarda, ver MARTINS, Rosa Andrea Simões Cândido. Processos de jurisdição voluntária, ações de regulação do poder paternal e audição do menor. **Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra**, v. 77, 2001, p. 721-752

bastante mais coerentes com o ordenamento jurídico de um Estado de Direito do que os critérios de força física utilizados pelo TJRS, mais afeitos ao Estado de Natureza. Do mesmo modo, excluiria a fundamentação da decisão baseada nos institutos jurídicos do poder familiar e da incapacidade originária, sem deixar de amparar a aplicação da medida de proteção, que deveria ser direcionada ao desenvolvimento da personalidade da adolescente, sua autodeterminação e capacidade para consentir. Em todos esses casos, uma fundamentação da decisão a partir das categorias jurídicas da autoridade parental e da capacidade para consentir poderia eventualmente modificar o resultado final dos procedimentos administrativos e judiciais aqui analisados. Como consequência, o conteúdo das decisões seria redigido em uma linguagem mais clara, e os direitos das crianças e adolescentes estariam mais bem garantidos.

## CONCLUSÕES GERAIS

O problema central da presente tese era questionar a adequação dos regimes jurídicos do poder familiar e do poder derivado de representação ou assistência àquele da capacidade de exercício das crianças e adolescentes, no sistema jurídico brasileiro.

Com esse objetivo, principiou-se por uma investigação dos fundamentos dogmáticos da experiência jurídica brasileira, em matéria de Direito de Família, da Infância e da Juventude. A releitura da obra clássica de Savigny permitiu compreender as origens do conceito de relações de direito de família, com base no qual a primeira codificação civil nacional concebeu a autonomia do Direito de Família. Contudo, o estudo da obra teórica e legislativa de Teixeira de Freitas e Bevilacqua indicou que o conceito de relações de direito de família empregado pelo pensamento jurídico brasileiro afastou-se significativamente dos postulados originais da teoria da relação jurídica, passando a compreender tanto as relações estabelecidas entre a comunidade familiar e o restante da comunidade humana, quanto os vínculos entre os membros da família. Por essa razão, a regulação estatal sobre as relações familiares ampliou-se no sentido de outorgar um elenco exaustivo de situações jurídicas de direito de família, ativas e passivas, patrimoniais e extrapatrimoniais, concentrando poderes jurídicos extraordinários nas mãos do chefe de família.

Um dos poderes jurídicos enfeixados pelo chefe de família era o pátrio poder. Em conformidade com o modelo de família-associação adotado pelo Código Civil de 1916, o instituto jurídico do pátrio poder gozava de amplitude suficiente para que o chefe da sociedade conjugal pudesse exercer um domínio quase integral sobre os seus descendentes.

Na esfera patrimonial, o pátrio poder completava-se por meio do instituto jurídico denominado de incapacidade originária. A sujeição ao pátrio poder tornava o filho incapaz para a prática de atos jurídicos e para o exercício de situações jurídicas patrimoniais, permitindo que o chefe de família controlasse o patrimônio especial do menor, exercendo os poderes derivados de representação e assistência.

Na esfera extrapatrimonial, a submissão ao pátrio poder obrigava o filho incapaz a obedecer e respeitar ao pai, autorizando o chefe da sociedade conjugal a controlar a formação da personalidade do filho, exercendo os poderes derivados de dirigir-lhe a criação e educação.

Entretanto, as sucessivas rupturas legislativas ocorridas ao longo do novecentos enfraqueceram substancialmente o pátrio poder.

Algumas dessas transformações ocorreram no campo do Direito de Família. O Código Civil de 2002 abraçou o retorno a um modelo de família-comunidade, ensaiado desde a Constituição Federal de 1988, suprimindo definitivamente a figura do chefe de família e promovendo uma absoluta igualdade de direitos entre os cônjuges. Ao mesmo tempo, o

ordenamento jurídico passou a reconhecer novas espécies de entidade familiar, que não aquela derivada do casamento. Convertido em um poder familiar, o pátrio poder tornou-se também um poder parental, independente dos vínculos conjugais entre o pai e a mãe.

Outras dessas transformações ocorreram fora do campo do Direito de Família. O advento do Direito da Criança e do Adolescente modificou completamente o modo de regulamentação da infância. Para o ordenamento jurídico, onde antes existiam “filhos” e “pais”, passou a haver “crianças” e “responsáveis”.

O reconhecimento de que as crianças e adolescentes são pessoas humanas e gozam de direitos fundamentais é potencialmente revolucionário para o Direito de Família e demanda uma reconstrução dos institutos jurídicos do poder familiar e da incapacidade originária. Ao longo desta tese, sustentou-se que o instituto jurídico do poder familiar gera confusão entre duas categorias jurídicas autônomas: o poder parental na esfera patrimonial e a autoridade parental na esfera extrapatrimonial. Essa distinção apóia-se em uma interpretação sistemática e histórico-dogmática do ordenamento jurídico brasileiro, mas ganharia muito em operacionalidade na ocorrência de uma reforma legislativa.

Essa cisão do poder familiar completa-se por meio de uma reconstrução da categoria jurídica denominada de incapacidade originária. Concebida originalmente como um instituto jurídico de direito patrimonial,

a incapacidade originária pode ser preservada em suas relações com o poder parental. Contudo, o caráter totalizante e dicotômico de que se revestem as modalidades clássicas de interdição de direitos sugerem uma impossível convivência com os direitos à autodeterminação e ao livre desenvolvimento da personalidade das crianças e adolescentes, razões pelas quais a prática de atos jurídicos e o exercício de situações jurídicas extrapatrimoniais devem ser mediadas por uma nova categoria jurídica: a capacidade para consentir, nos moldes como esta vem sendo proposta em estudos recentes nos campos da autonomia privada, dos direitos da personalidade e do biodireito.

Uma vez estabelecida essa dupla diferenciação, resolve-se um problema dogmático absolutamente fundamental: a reificação da criança. Enquanto responsáveis patrimoniais por uma criança, pode-se afirmar que os titulares do poder parental estão investidos de um poder jurídico que tem por objeto o patrimônio do infante. Já na qualidade de responsáveis extrapatrimoniais por uma criança, compete aos titulares da autoridade parental conquistá-la e exercê-la em conformidade com a autodeterminação e o desenvolvimento da personalidade do infante. Espaço de afirmação de múltiplas autonomias, a comunidade familiar contemporânea não comporta o exercício de poderes jurídicos extrapatrimoniais que não sejam justificáveis com base na cooperação e negociação entre os membros da entidade familiar, ou em uma absoluta incapacidade para consentir, resultante da imaturidade.



## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALPA, Guido. *Status e capacità: la costruzione giuridica delle differenze individuali*. Roma: Laterza, 1993.

ALVES, Cristiane Avancini. A conexão entre a autodeterminação e a formação familiar na esteira do princípio da responsabilidade. *In: MARTINS-COSTA, Judith; MÖLLER, Letícia Ludwig. Orgs. **Bioética e responsabilidade***. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

ALVES, Gláucia Correa Retamozo Barcelos. Sobre a dignidade da pessoa. *In: MARTINS-COSTA, Judith. Org. **A reconstrução do Direito Privado***. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

ARENDT, Hannah. **A condição humana**. Trad. Roberto Raposo. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

ARIÈS, Philippe. **História social da criança e da família**. Trad. Dora Flaksman. Rio de Janeiro: LTC, 2006.

ARNEIL, Barbara. *Becoming versus being: a critical analysis of the child in liberal theory*. *In: ARCHARD, David; MACLEOD, Colin. Orgs. **The moral and political status of children***. Oxford: Oxford, 2002.

AUBRY, Charles; RAU, Charles. *Cours de Droit Civil français d'après la méthode de Zachariae*. Paris: Marchal & Godde, 1917. v. 1 e 9.

BARRETT, Michele; McINTOSH, Mary. *Família vs. Sociedad*. Trad. Maria Victoria Mejía. Bogotá: TM, 1995.

BARRETTO DE MENEZES, Tobias. Theses do concurso de 1882. **Obras completas**. Aracaju: Estado de Sergipe, 1926, t. VII, v. II.

BETTI, Emilio. *Storia e dogmatica del diritto*. In: CRIFÒ, Giuliano. Org. *Diritto, metodo, ermeneutica*. Milão: Giuffrè, 1991.

BEVILAQUA, Clovis. **Codigo Civil dos Estados Unidos do Brasil commentado**. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1922. v. 1 e 2.

BEVILAQUA, Clovis. **Direito da familia**. Recife: Ramiro M. Costa & Filhos, 1910.

BEVILAQUA, Clovis. **Em defeza do Projecto do Codigo Civil Brasileiro**. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1906.

BEVILAQUA, Clovis. **Escritos esparsos**. Rio de Janeiro: Destaque, 1995.

BITTAR FILHO, Carlos Alberto. Pátrio poder: regime jurídico atual. **Revista dos Tribunais**, v. 676, 1992, p. 79.

BOULANGER, François. *Les rapports juridiques entre parents et enfants*. Paris: Economica, 1998.

BRENNAN, Samantha. *Children's choices or children's interests: which do their rights protect?* In: ARCHARD, David; MACLEOD, Colin. Orgs. *The moral and political status of children*. Oxford: Oxford, 2002.

BRIGHOUSE, Harry. *What rights (if any) do children have?* In: ARCHARD, David; MACLEOD, Colin. Orgs. *The moral and political status of children*. Oxford: Oxford, 2002.

BUSSANI, Mauro. **As peculiaridades da noção de culpa**: um estudo de direito comparado. Trad. Helena Saldanha. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

CARBONNIER, Jean. *Flexible droit: textes pour une sociologie du droit sans rigueur*. Paris: LGDJ, 1971.

CARLUCCI, Aída Kemelmajer de. *El derecho del menor a su propio cuerpo*. In: BORDA, Guillermo Antonio. Org. *La persona humana*. Buenos Aires: La Ley, 2001.

CARVALHO, Francisco Pereira Bulhões de. **Incapacidade civil e restrições de direito**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1957. 2v.

CARVALHO, Orlando de. *Les droits de l'homme dans le droit civil portugais*. **Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra**, v. 49, 1973, p. 1.

CASTRO, Torquato. **Teoria da situação jurídica em Direito Privado nacional**. São Paulo: Saraiva, 1985.

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

CORRAL, Benito Aláez. *Minoría de edad y derechos fundamentales*.  
Madri: Tecnos, 2003.

CORRÊA, André Rodrigues. **Solidariedade e responsabilidade: o tratamento jurídico dos efeitos da criminalidade violenta no transporte público de pessoas no Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2009.

CORRÊA DE OLIVEIRA, José Lamartine; MUNIZ, Francisco José Ferreira. **Curso de Direito de Família**. Curitiba: Juruá, 2001.

COSTA, Jurandir Freire. **Ordem médica e norma familiar**. Rio de Janeiro: Graal, 2004.

COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo do. O Direito Civil brasileiro em perspectiva histórica e visão de futuro. **Revista da Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul**, v. 10, n. 40, 1987, p. 128.

COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo do. Direito patrimonial de família no projeto de Código Civil brasileiro e no Direito português. **Revista dos Tribunais**, v. 520, 1979, p. 11.

COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo do. Princípios para a reforma do Direito de família. **Arquivos do Ministério da Justiça**, v. 135, 1975, p. 153.

CUNHA, Alexandre dos Santos. Dignidade da pessoa humana: conceito fundamental do Direito Civil. *In*: MARTINS-COSTA, Judith. Org. **A reconstrução do Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

CUNHA, Alexandre dos Santos. O ensino jurídico e o processo codificatório civil brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito Ritter dos Reis**, v. 4, n. 5, 2001, p. 29.

CUNHA, Alexandre dos Santos. **A normatividade da pessoa humana: o estatuto jurídico da personalidade e o Código Civil de 2002**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

CUNHA, Alexandre dos Santos. Pessoa humana, personalidade e capacidade jurídica. *In*: PÜSCHEL, Flávia Portella. Org. **Organização das Relações Privadas: uma introdução ao Direito Privado**. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

D'ANDREA, Flávio Fortes. **Desenvolvimento da personalidade**. Rio de Janeiro: Bertrand, 2001.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 1.

EEKELAAR, John. *Family law and personal life*. Oxford: Oxford, 2006.

EEKELAAR, John. *The emergence of children's rights*. **Oxford Journal of Legal Studies**, v. 6, n. 2, 1986, p. 161.

ELIAS, Roberto João. **Pátrio poder: guarda dos filhos e direito de visita**. São Paulo: Saraiva, 1999.

FREYRE, Gilberto. **Sobrados e mucambos: decadência do patriarcado rural e desenvolvimento do urbano**. São Paulo: Global, 2003.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 1.

GOMES, Orlando. **Código Civil**: projeto Orlando Gomes. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

GOMES, Orlando. **Introdução ao Direito Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade civil**. São Paulo: Saraiva, 1995.

GRIFFIN, James. *Do children have rights? In: ARCHARD, David; MACLEOD, Colin. Orgs. **The moral and political status of children**. Oxford: Oxford, 2002.*

HAFEN, Bruce; HAFEN, Jonathan. *Abandoning children to their autonomy: the United Nations Convention on the Rights of the Child. **Harvard International Law Journal**, v. 37, 1996, p. 449.*

HATTENHAUER, Hans. *Conceptos fundamentales del derecho civil: introducción histórico-dogmática*. Trad. Pablo Salvador Coderch. Barcelona: Ariel, 1987.

HONDIUS, Ewoud. *De la responsabilité délictuelle des enfants et de leur parents. In: FABRE-MAGNAN, Muriel et alli. Orgs. **Études offertes à Geneviève Viney**. Paris: LGDJ, 2008.*

HUXLEY, Aldous. **Admirável mundo novo**. Trad. Vidal de Oliveira e Lino Vallandro. São Paulo: Globo, 1999.

JELIN, Elizabeth. *Pan y afectos: la transformación de las familias*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2004.

KANT, Immanuel. *Métaphysique des mœurs*. Trad. Alain Renaut. Paris: GF-Flammarion, 1994. v. 1.

LARENZ, Karl. *Derecho justo: fundamentos de ética jurídica*. Trad. Luis Díez-Picazo. Madri: Civitas, 1993.

KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 1992.

LEVENEUR, Laurent. *Renforcer l'autorité parentale et promouvoir les droits de l'enfant? In: DEKEUWER-DÉFOSSEZ, Françoise; CHOAIN, Christine. Orgs. **L'autorité parentale en question***. Villeneuve d'Ascq: Septentrion, 2003.

LIBERATI, Wilson Donizeti. **Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente**. São Paulo: Malheiros, 2006.

MacCORMICK, Neil. *Children's rights: a test case for theories of right. **Legal right and social democracy: essays in legal and political philosophy***. Oxford: Clarendon, 1982.

MACHADO, Antonio Luiz Ribeiro. **Código de Menores comentado**. São Paulo: Saraiva, 1986.

MARTINS, Rosa Andrea Simões Cândido. Poder paternal versus autonomia da criança e do adolescente? **Separata da Revista Portuguesa de Direito da Família**. Coimbra: Coimbra, 2003.

MARTINS, Rosa Andrea Simões Cândido. Processos de jurisdição voluntária, acções de regulação do poder paternal e audição do menor. **Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra**, v. 77, 2001, p. 721.

MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MARTINS-COSTA, Judith. Capacidade para consentir e esterilização de mulheres tornadas incapazes pelo uso de drogas: notas para uma aproximação entre a técnica jurídica e a reflexão bioética. *In*: MARTINS-COSTA, Judith; MÖLLER, Leticia Ludwig. Orgs. **Bioética e responsabilidade**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

MARTINS-COSTA, Judith. **Comentários ao novo Código Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2009, v. 5, t. 2.

MARTINS-COSTA, Judith. O Direito Privado como um “sistema em construção”: as cláusulas gerais no projeto de Código Civil brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul**, v. 15, 1998, p. 129.



MARTINS-COSTA, Judith. **O princípio do livre desenvolvimento da personalidade**. Porto Alegre: mimeografado, 2008. artigo inédito.

MENEZES CORDEIRO, António. **Tratado de Direito Civil português**. Coimbra: Almedina, 1999. v. 1, t. 1.

MESSINETTI, Davide. *Personalità (diritti della)*. In: *Enciclopedia Giuridica Giuffrè*. Milão: Giuffrè, 1984, p. 356. verbete.

MOLLO-BOUVIER, Suzanne. Transformação dos modos de socialização das crianças: uma abordagem sociológica. **Educação e Sociedade**, v. 26, n. 91, 2005, p. 391.

MONTANDON, Cléopâtre. As práticas educativas parentais e a experiência das crianças. **Educação e Sociedade**, v. 26, n. 91, 2005, p. 485.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil**. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 1.

MONTGOMERY, Jonathan. *Children as property?* *Modern Law Review*, v. 51, n. 3, 1988, p. 323.

MORAES, Walter. Pátrio poder. **Enciclopédia Saraiva de Direito**. São Paulo: Saraiva, 1984. verbete.

MOREIRA ALVES, José Carlos. **A Parte Geral do projeto de Código Civil brasileiro**: com análise do texto aprovado pela Câmara dos Deputados. São Paulo: Saraiva, 1986.

MUSSE, Luciana Barbosa. **Novos sujeitos de direito:** as pessoas com transtorno mental na visão da bioética e do biodireito. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

NEDER, Gizlene. Amélia e Clovis Bevilaqua: o casamento, o casal e a idéia de indivíduo. *In:* NEDER, Gizlene; CERQUEIRA FILHO, Gisálio. Orgs. **Idéias jurídicas e autoridade na família.** Rio de Janeiro: Revan, 2007.

NEIRINCK, Claire. *La protection de la personne de l'enfant contre ses parents.* Paris: LGDJ, 1984.

NOGGLE, Robert. *Special agents: children's autonomy and parental authority.* *In:* ARCHARD, David; MACLEOD, Colin. Orgs. *The moral and political status of children.* Oxford: Oxford, 2002.

PATEMAN, Carole. **O contrato sexual.** Trad. Marta Avancini. São Paulo: Paz e Terra, 1993.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil.** Rio de Janeiro: Forense, 1994. v. 1.

PEREIRA, Tânia da Silva. O melhor interesse da criança. *In:* PEREIRA, Tânia da Silva. Org. **O melhor interesse da criança:** uma abordagem interdisciplinar. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

PEREIRA JÚNIOR, Antonio Jorge. Fundamentos de fiscalização e orientação do poder familiar. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, v. 97, 2002, p. 139.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil**: introdução ao Direito Civil Constitucional. Trad. Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

PIAGET, Jean. *Psychologie et pédagogie*. Paris: Denoël, 1969.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Fontes e evolução do Direito Civil brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito privado**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954. v. 1 e 5.

PORTO, Mário Moacyr. Responsabilidade civil por fato ou ação de terceiro: dever de indenizar dos pais e dos patrões. **Revista dos Tribunais**, v. 650, 1989, p. 7.

REALE, Miguel. **Fontes e modelos do Direito**: para um novo paradigma hermenêutico. São Paulo: Saraiva, 1999.

REALE, Miguel. **História do novo Código Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

REALE, Miguel. **O projeto do novo Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 1999.

RIPERT, Georges. *Le régime démocratique et le Droit Civil moderne*. Paris: LGDJ, 1936.

ROCHA, José Virgílio Castelo Branco. **O pátrio poder**: estudo teórico-prático. Rio de Janeiro: Tupã, 1960.

ROLLET, Catherine. *Les enfants au XIXe. siècle*. Paris: Hachette, 2001.

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

SAVIGNY, Friedrich-Carl von. *Sistema del derecho romano actual*. Trad. Jacinto Mesía e Manuel Poley. Pamplona: Analecta, 2004. v. 1.

SENETT, Richard. *Authority*. Nova Iorque: Vintage, 1981.

SERPA LOPES, Miguel Maria de. **Curso de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1996. v. 4 e 6.

SILVA, Eduardo. A dignidade da pessoa humana e a comunhão plena de vida: o Direito de Família entre a Constituição e o Código Civil. *In*: MARTINS-COSTA, Judith. **A reconstrução do Direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SILVA, Marcos Alves da. **Do pátrio poder à autoridade parental**: repensando fundamentos jurídicos da relação entre pais e filhos. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

SILVA, Ovídio de Araújo Baptista da. **Curso de processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. v. 3.

SINGLY, François de. **Sociologia da família contemporânea**. Trad. Clarice Ehlers Peixoto. Rio de Janeiro: FGV, 2007.

TARELLO, Giovanni. *Cultura jurídica y política del derecho*. Trad. Isidro Rosas Alvarado. Cidade do México: Fondo de Cultura Económica, 1995.

TEDRUS, Dora Maria de Almeida Sousa. **A relação adulto-criança**: um estudo antropológico. Campinas: Unicamp, 1998.

TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto. **Código Civil**: esboço. Brasília: Ministério da Justiça; Universidade de Brasília, 1983. 2v.

TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto. **Consolidação das Leis Civis**. Rio de Janeiro: Garnier, 1876.

THERBORN, Göran. **Sexo e poder**: a família no mundo (1900-2000). Trad. Elisabete Dória Bilac. São Paulo: Contexto, 2006.

TORRES, Marcelo Douglas de Figueiredo. **Estado, democracia e administração pública no Brasil**. Rio de Janeiro: FGV, 2004.

VENANCIO FILHO, Alberto. **Das arcadas ao bacharelismo**. São Paulo: Perspectiva, 1977.

VIANA, Jeovanna. **Responsabilidade civil dos pais pelos actos dos filhos menores**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

VIGOTSKI, Lev Semenovich. **Psicologia pedagógica**. Trad. Paulo Bezerra. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

WIEACKER, Franz. **História do Direito Privado moderno**. Trad. António Manoel Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993.