

FAMÍLIA E PODER PARENTAL: CONCEITO E CONTEÚDO

Mariana Katsue Sakai¹

José Carlos Amorim de Vilhena Nunes²

Resumo: O presente artigo tem por finalidade discorrer acerca das transformações ocorridas dentro do Direito de família. Do lugar onde se examina, hoje, o conceito de família moderna, já não se enxerga mais o conceito clássico, oriundo do direito romano, em virtude da distância abismal que entre eles se formou. Não menos importantes foram as transformações ocorridas no hoje chamado “poder parental”, o antes conhecido “pátrio poder”, que será abordado no presente trabalho científico.

Palavras-Chaves: Família, poder parental.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Família e pátrio poder/poder parental: conceito e conteúdo; 3. Referências bibliográficas

¹ Procuradora do Município de Diadema/SP; Especialista em Direito Público pela Universidade Damásio de Jesus e pós-graduada em Direito Municipal pela UNIDERP.

² Procurador de Justiça; Especialista em Direito Público pela Escola Superior do Ministério Público de São Paulo; Mestre e Doutor em Direito Civil pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo; Membro Honorário da Academia de Letras da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

1 – INTRODUÇÃO

O Direito da família é um ramo do Direito Civil que se apresenta frequentemente sujeito a transformações estruturais e conceituais.

Se tomarmos por base os últimos trinta e quatro anos, podemos citar algumas importantes modificações introduzidas em nossa legislação no Direito de família e sucessório, tais como: a união estável; o divórcio; o direito de herança do cônjuge e do companheiro; a mutabilidade do regime de bens; a guarda compartilhada; dentre outras.

Luiz Edson Fachin aduz que:

“[...] não se podem vender os olhos para a nova e sobredita tonalidade, que agora preenche a tela atinente ao Direito de Família. Hodiernamente, o Direito se debruça sobre uma pluralidade de famílias que não mais se subsumem ao extenuado paradigma do patriarcado: na pluralidade de formas, o núcleo familiar agora se esteia, mais do que nunca, no afeto, elemento que passa a denotar também uma concepção jurídica, para além de sua significância subjetiva e psicológica.”³

O sistema organizacional e a hierarquia da família foram profundamente alterados, sendo seguro afirmar que foi dado lugar a uma nova aliança, fundada sobre o sentimento de mútuo afeto.

Com a ajuda da antropologia e da psicanálise, percebeu-se que família não é um fato da natureza, mas da cultura. Desta forma, sendo a família um fato cultural, ela pode sofrer variações de acordo

³ Fachin, Luiz Edson, Do Pater Familias à Autoridade Parental, Revista do Advogado, ano XXXI, julho de 2011 nº 112, p. 100.

com o tempo e o espaço, de forma que em cada sociedade, em cada cultura tornou-se possível construir diversas formas de família.

A família sempre teve e sempre terá papel primordial na sociedade e, assim, com igual prioridade, de forma especial, deve o direito dela se ocupar, não para amarrá-la, engessá-la ou pô-la numa redoma, mas para reconhecê-la e ampará-la, livre de velhos conceitos e preconceitos, porque nasce ela do fato, antes que da lei.

Do lugar onde se examina, hoje, o conceito de família moderna, já não se enxerga mais o conceito clássico, oriundo do direito romano, em virtude da distância abismal que entre eles se formou. Ressaltam a tremenda evolução todos os grandes estudiosos do assunto, como Caio Mário da Silva Pereira⁴ e Sílvio Rodrigues⁵.

Se, nos primórdios da humanidade, a família matriarcal teve seu lugar, sucedida pela patriarcal – que vingou por séculos e ainda deita raízes nos costumes dos povos, hoje a quase unanimidade das leis a enfoca como alicerce dos agrupamentos sociais, a exemplo da Constituição brasileira que a declara, expressamente, “base da sociedade” (art. 226, caput, da CF).

Nessa ordem de idéias, a lei civil brasileira veio sendo constantemente alterada, primeiramente para valorização da mulher casada, mediante a edição de diplomas legais como a Lei nº 4121/62 (Estatuto da Mulher Casada) e a Lei nº 6515/77 (Lei do Divórcio) e, mais recentemente, para proteger a família surgida fora do casamento, como nos casos da Carta Constitucional de 1988 e das Leis 8971/94 e 9278/96 (sobre União estável).

Ressalta Rui Geraldo Camargo Viana que “a disciplina legal da família, no estágio atual da civilização, vem procurando

⁴ “Reconhecimento de paternidade e seus efeitos”, Rio de Janeiro, Forense, 1997.

⁵ “A posição da mulher no direito vigente e no projetado”. “Estudos de Direito Civil”, São Paulo, RT, 1979.

enfocar o casal, noção que está, gradativamente, sobrepondo-se à de cônjuges, insuficiente para abarcar todas as entidades familiares.”⁶.

Mesmo ante a constatação de que grassa o conservadorismo nos nossos Legislativo e Judiciário, sendo, inquestionavelmente, o casamento, ainda, privilegiado em confronto com os outros meios de união e de constituição da família (bastando, para tanto, comparar o número de artigos dedicados ao casamento e à união estável no Código Civil e os direitos que vem sendo dados, nos julgados, à viúva e à ex-mulher, em comparação com os reconhecidos à companheira, em situações assemelhadas), a verdade é que “o concubinato é hoje uma realidade social, econômica e jurídica, que a lei não consegue mais desconhecer.”⁷.

A família e o casamento passam por um processo de “civilização”, de “privatização”, afastando-se do poder de intervenção do Estado para conquistarem forma livre, de acordo com interesses individuais e soberanos.

A família, todavia, “por mais livre que seja, e que tenha existência natural, reclama o regramento do complexo de direitos e deveres, que dela nasce, para que, ao lado dos sentimentos próprios da união fática, exista um clima de responsabilidade, indispensável à segurança dos conviventes e de sua prole.”⁸.

Não menos importantes foram as transformações ocorridas no hoje chamado “poder parental”, o antes conhecido “pátrio poder”.

Partindo do poder de vida e morte ostentado pelo *pater familias*, do Direito Romano, passando pelo advento do cristianismo, que o abranda, e por várias legislações, pelo mundo todo, que foram transformando o antigo caráter egoístico e centrado na pessoa do chefe de família em novo,

⁶ “A família”. “Temas Atuais de Direito Civil na Constituição Federal”, São Paulo, RT, 2000.

⁷ Sebastião José Roque. “Direito de Família”. Ícone, 1994, pág. 215.

⁸ Álvaro Villaça Azevedo. “Do concubinato ao casamento de fato”. Belém, CEJUP, 1986, pág. 13.

assistencial e protetivo do menor, chegamos, hoje, à evolução final, em que o “poder” transmutou-se em “dever”⁹.

Pontes de Miranda, já em 1947, no seu “Tratado de direito privado”, ensinava que “o pátrio poder moderno é o conjunto de direitos concedidos ao pai ou à própria mãe, a fim de que, graças a eles, possa melhor desempenhar a sua missão de guardar, defender e educar os filhos, formando-os e robustecendo-os para a sociedade e a vida.”¹⁰.

Esse enfoque vem, na atualidade, renovado e reforçado pela novel Carta Constitucional e pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8069/90) que, em seu art. 4º, reza que “é dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do Poder Público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, à liberdade e a convivência familiar e comunitária.”.

Assim, o sistema organizacional e a hierarquia da família foram profundamente alterados, para não dizer definitivamente rompidos, sendo seguro e relevante afirmar, na esteira do pensamento de Orlando Gomes, terem dado lugar a uma nova aliança, fundada sobre o sentimento de mútuo afeto.

Restará aos ordenamentos jurídicos procederem às adequações necessárias para regulamentar e proteger direitos e deveres advindos dessas relações.

⁹ Laurent. “Principles du Droit Civil français”. 3ª ed. Bruxelas, Bruylant-Christophe & Cia., vol. 4, pág. 350.

¹⁰ 3ª ed., Rio de Janeiro, Max Limonad, 1947, vol. 9, pág. 71.

2 – FAMÍLIA E PÁTRIO PODER/PODER PARENTAL: CONCEITO E CONTEÚDO

Encontramos a origem da palavra “família” no latim, onde *famuli* correspondia ao grupo de escravos e serviçais sob o poder de um *pater familias*.

A então designada “família” romana tinha caráter predominantemente patrimonial e religioso, ligado aos interesses de perpetuação do poder do *pater familias*.

Com o ocaso do império romano e a disseminação da cultura cristã, as idéias de poder de vida e morte do chefe de família são, gradativamente, suavizadas e substituídas por novas, cada vez mais próximas das noções de assistência e proteção, que passariam a ocupar lugar de destaque no conceito de família.

Palavra de inúmeros sentidos, encontramos na doutrina, igualmente, um sem número de definições para “família”, dependendo do enfoque que o estudioso tenha deixado predominar na elaboração do conceito.

De todos, o mais comum e conhecido é o que define ser família a célula-mãe da sociedade. Essa célula, nos primórdios, representava o núcleo econômico rural comandado por um chefe, marcada, no período medieval, por uma melhor organização e integração internas, mas ainda muito presente o caráter econômico do agrupamento, somente a partir do século XIX ocorrendo maiores modificações que a trariam mais próxima do conceito moderno, permeado por caráter assistencial e protetivo, como já antes dito.

Tirados os liames biológicos que identificam o grupo familiar – sexualidade, reprodução e hereditariedade, resta ao Direito ocupar-se

dele tendo em conta a conjunção de pessoas ligadas por casamento, união, filiação, parentesco ou afinidade.

A respeito, oportuna a lição dos Mazeaud, esclarecendo que o legislador não deve se ocupar da família tendo em conta as relações naturais que a informam, mas sim as sociais predominantes, por isso, definindo-a como “o agrupamento formado pelas pessoas que, em razão de seus vínculos de parentesco ou sua qualidade de cônjuges, estão subsumidas à mesma comunidade de vida (art. 215, do Código Civil) e onde os cônjuges assumem conjuntamente a direção moral e material (art. 213, do Código Civil).”¹¹.

Mme. Andrée Michel aponta definição sociológica da família, “um subsistema social que, em função do desenvolvimento histórico e social, da classe social e da conjuntura econômica, preenche certas funções e adota uma certa estrutura.”¹², definição essa que mais e mais se aproxima, hoje, da jurídica moderna.

Os nossos códigos civis, de regra, não trataram nenhum deles de conceituar família, nem mesmo o atual, a par do debate sempre existente sobre o assunto, à evidência tendo o legislador entendido que a tarefa foi desincumbida de forma suficiente pelos constituintes, no art. 226 e seus parágrafos, da Carta Magna.

Embora úteis para o histórico e compreensão da evolução do instituto, os conceitos anteriores da novel Carta constitucional, que tratam da “família legítima”, já não mais se aplicam, como as clássicas definições de Clóvis Bevilacqua e Orlando Gomes que apontavam unicamente o grupo formado sob o casamento como aquele apto a ostentar a denominação de família.

¹¹ Mazeaud, Mazeaud et Chabas, “Leçons”, 7ª ed., Paris, Montchrestien, título I e II, pág. 6 – “le groupement formé par les personnes qui en raison de leurs liens de parenté ou de leur qualité d'époux, sont soumises à la même communauté de vie (art. 251 Code Civil) et dont les époux assurent ensemble la direction morale et matérielle (art. 213, Code Civil).”.

¹² Apud François Boulanger, “Droit civil de la famille”, 2ª ed., tomo I, página 1.

O eminente jurista San Tiago Dantas, abraçando a corrente sociológica, antes citada, dita que “a família é um grupo social que os sociólogos estudam, sempre que discorrem sobre o Estado, a tribo, o clã, a pátria, enfim todos esses aglomerados humanos nos quais se descobre um laço coesivo de relativa permanência e aquela consciência de unidade que um sociólogo chamou de a ‘consciência de nós’.”¹³, ao que se acrescentaria de, de forma coerente, ser a família, assim, “um sistema funcional que estabelece, pelas experiências vivenciadas, uma coesão mais sentida do que suscetível de ser imposta.”¹⁴.

Para efeito de análise, temos a antiga família “legítima”, atualmente melhor chamada família “matrimonial”, alicerçada no casamento, como ainda agora é encontrada no Código Civil Francês, tendo por origem o Código de Napoleão, inspirações do nosso antigo Código Civil Brasileiro.

Somam-se a essa a família concubinária, ou família natural, até recentemente tratada à margem dos direitos assegurados à família matrimonial, e que veio a firmar-se, em nosso país, no advento da última constituição; a família monoparental, igualmente chamada família unilateral, sede de inúmeras controvérsias, pois seria a negação da família natural (em sentido lato), também acolhida pela atual constituição brasileira; e, finalmente, a família homossexual, decorrente da união civil homóloga.

Vale citar a recentíssima decisão do STF, na ADIN nº 4.277 e ADPF nº 132, que, ao interpretar o artigo 1.723 do Código Civil, reconheceu a “união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, compreendida esta como sinônimo perfeito de família, tendo o mesmo regramento e consequência da união estável heteroafetiva.

¹³ In “Direitos de família e das sucessões”, 2ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1991, pág. 3 e segs.

¹⁴ Mario de Aguiar Moura, “Concubinato”, 16ª ed., Rio de Janeiro, Aide, 1985, pág. 10.

Verifica-se que o conceito de família ganhou novos contornos no Judiciário brasileiro, a título de exemplo, podemos citar decisão oriunda do STJ, conforme segue abaixo:

“as uniões afetivas plúrimas, múltiplas, simultâneas e paralelas têm ornado o cenário fático dos processos de família, com os mais inusitados arranjos, entre eles, aqueles em que um sujeito direciona seu afeto para um, dois, ou mais outros sujeitos, formando núcleos distintos e concomitantes, muitas vezes colidentes em seus interesses. Ao analisar as lides que apresentam paralelismo afetivo, deve o Juiz, atento às peculiaridades multifacetadas apresentadas em cada caso, decidir com base na dignidade da pessoa humana, na solidariedade, na afetividade, na busca da felicidade, na liberdade, na igualdade, bem assim com redobrada atenção ao primado da monogamia, com os pés fincados no Princípio da Eticidade “ (STJ, REsp nº 1157273-RN; Rel. Min. Nancy Andrighi; 3ª Turma; publicado em 07/06/2010)

De qualquer sorte, ao se falar de família desde logo nos vêm à mente as funções de procriação e educação da prole; porém, lançando-se novo olhar a ela, poderemos, modernamente, vislumbrar outras funções, como as do crescimento material, espiritual e moral dos indivíduos dela integrantes, bem como do alcance das sempre almejadas saúde, paz e felicidade, pois é no seio de grupos bem estruturados que são criadas as condições ideais para a perfeita formação da pessoa humana.

Em meio a tantas e diferentes luzes que emergem do prisma conceitual do instituto, vale repetir a observação de Rui Geraldo Camargo Viana, dizendo que “como se vê, tal qual esfinge, permanece a família como conceito indecifrado pelo Direito. A nossa legislação seguiu o

modelo francês, disciplinando os institutos que compõe a família, sem apreendê-la em um texto legislativo único.”¹⁵.

3. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGUIRRE Y ALDAZ, Carlos Martínez de. *El derecho civil a finales del siglo XX.* Madrid : Tecnos, 1991;

ALVIM, Teresa Arruda (coord.). Repertório de jurisprudência e doutrina sobre direito de família: aspectos constitucionais, civis e processuais. São Paulo, RT, 1995, vol. 2 e 4;

AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Do concubinato ao casamento de fato.* Belém, CEJUP, 1986;

BOULANGER, François. *Droit civil de la famille*, 2^a ed., tomo I;

BROSSARD, Paulo. *Constituição e leis a ela anteriores.* Revista Trimestral de Direito Público, São Paulo, vol. 4, p. 14-30, 1993;

COELHO, F. M. Pereira et alii. *Temas de direito da família.* Coimbra : Almedina, 1986;

COLOMBET, Claude. *La Famille. Collection Droit Fundamental – Droit Civil.* Paris, 5. ed. : Presses Universitaires de France;

DANTAS, San Tiago. *Direitos de família e das sucessões*, 2^a ed., Rio de Janeiro, Forense, 1991;

FACHIN, Luiz Edson. *O Código da indiferença.* Folha de São Paulo, São Paulo, 16 mai. 1998;

¹⁵ In “Temas atuais de Direito Civil na Constituição Federal”, São Paulo, RT, 2000, pág. 44.

FONSECA, Antonio Cezar L. da. *O Código Civil francês, origens e sistemas.* Revista de Direito Civil, São Paulo, vol. 59, p. 51-59, jan./mar. 1992;

GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito.* 2. ed. Lisboa : Calouste Gulbenkian, 1995;

LAURENT. *Principles du Droit Civil français.* 3^a ed. Bruxelas, Bruylant-Christophe & Cia., vol. 4;

LEITE, Eduardo de Oliveira. *Famílias monoparentais.* São Paulo : RT, 1997;

MAZEAUD, Mazeaud et Chabas. *Leçons,* 7^a ed., Paris, Montchrestien, título I e II;

MOURA, Mario de Aguiar. *Concubinato,* 16^a ed., Rio de Janeiro, Aide, 1985;

MUNIZ, Francisco José Ferreira. *O direito de família na solução dos litígios.* Curitiba : [s.n.], 1992;

OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de e MUNIZ, Francisco José Ferreira. *Direito de família (direito matrimonial).* Porto Alegre : Fabris, 1990;

_____. *O estado de direito e os direitos da personalidade.* Revista da Faculdade de Direito da UFPR, Curitiba, n. 19, p. 223-241, 1978/79/80;

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Código Napoleão.* Revista de Direito Civil, São Paulo, vol. 51, p. 7-15, jan./mar. 1990;

_____. *Reconhecimento de paternidade e seus efeitos,* Rio de Janeiro, Forense, 1997;

PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Direito de família contemporâneo.* Belo Horizonte : Del Rey, 1997;

PEREIRA, Sérgio Gischkow. *Tendências modernas do direito de família.* RT, São Paulo, vol. 628, p. 19-39, fev. 1988;

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil – Introdução ao direito civil constitucional.* Rio de Janeiro : Renovar, 1997;

PONTES DE MIRANDA. *Tratado de Direito Privado*, 3ª ed., Rio de Janeiro, Max Limonad, 1947, vol. 9;

RODRIGUES, Sílvio. *A posição da mulher no direito vigente e no projetado.* In CHAVES, Antônio (coord.). *Estudos de direito civil.* São Paulo : RT, 1979. p. 1-13;

ROQUE, Sebastião José. *Direito de Família.* Ícone, 1994;

SANTOS NETO, José Antonio de Paula. *O Código de Napoleão e a institucionalização jurídica dos ideais revolucionários.* Revista de Direito Civil. São Paulo, vol. 51, p. 73-88, jan./mar. 1990;

TEPEDINO, Gustavo J. M. *80 anos do CCB: o Brasil precisa de um novo Código?* Revista Jurídica Del Rey, Belo Horizonte, vol. 1, dez. 1997;

_____. *As novas relações familiares.* Anais da XVI Conferência Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil;

TEPEDINO, Maria Celina B. M. *A caminho de um direito civil constitucional.* Revista de Direito Civil, São Paulo, vol. 65, p. 21-32, jul./set. 1993;

VIANA, Rui Geraldo Camargo. *A família e a filiação – Tese Professor titular FADUSP,* São Paulo, 1996;

_____. *Temas atuais de direito civil da Constituição Federal.* São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2000;

WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno.* Lisboa
Calouste Gulbenkian, 1980;