

O PODER PARENTAL NO DIREITO CONSTITUCIONAL E CIVIL BRASILEIRO

Mariana Katsue Sakai¹

José Carlos Amorim de Vilhena Nunes²

Resumo: O vertente artigo objetiva analisar o Poder Parental no Direito Constitucional e civil brasileiro

Palavras-Chaves: Poder parental.

SUMÁRIO: 1. Noção de filiação; 2. A família e o pátrio poder nas Ordenações Afonsinas, Manuelinas, no Código Sebastião, nas Ordenações Filipinas e nas Constituições de 1824, 1934, 1937, 1946 e 1967; 3. A Constituição de 1988, marco da nova família e do poder parental; 4. A família e o poder parental na Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 – Código Civil brasileiro; 5. 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 – NOÇÃO DE FILIAÇÃO

Na história, a família primitiva, matriarcal, onde a filiação era um fenômeno espontâneo sem maiores consequências, seguiu-se a família patriarcal, estruturada juridicamente pelos romanos, onde se fortificou a noção de filiação para manutenção da hegemonia da gens romana de forma tão sábia e prática que permaneceu por séculos e somente o advento das técnicas biomédicas modernas permitiu sua contestação.

Os estudos de Mendel, que datam hoje de mais de 135 anos, e a descoberta das impressões digitais genéticas, pelo inglês Jeffreys, em 1985, coroaram a nova certeza da filiação biológica, levando a doutrina a dizer que as máximas *mater semper certa est e pater is est quem nuptia demonstrant* foram substituídas pela *pater et mater certa sunt e is est pater quem sanguis demonstrat*, naturalmente uma visão reducionista da questão da filiação, uma vez que laços biológicos não correspondem, necessariamente, a relações de paternidade e filiação, ainda mais ante as atuais técnicas de inseminação assistida.

2 – A FAMÍLIA E O PÁTRIO PODER NAS ORDENAÇÕES AFONSINAS, MANUELINAS, NO CÓDIGO SEBASTIÂNICO, NAS ORDENAÇÕES FILIPINAS E NAS CONSTITUIÇÕES DE 1824, 1934, 1937, 1946 E 1967

Não há negar ter sido assente a família no instituto do casamento, segundo a tradição constitucional, desde a Carta Imperial de 1824, e, com esse espírito, manteve-se a proteção especial do Estado à família, nas Constituições seguintes de 1934 (art. 144, "*caput*"); de 1937 (art. 124); de 1946 (art. 163, "*caput*"); de 1967 (art. 167) e pela Emenda Constitucional nº 01, de 1969 (art. 175, "*caput*"), todas elas reputando a família como consequência do casamento, assim como ocorreu no Código Civil de 1916, na esteira do Código de Napoleão, de 1804.

Esculpida sob modelo autoritário, hierárquico e transpessoal do poder marital e do pátrio poder, a família tinha função procriativa e de satisfação econômica do grupo familiar, sendo o direito de família fulcrado na proteção econômica da propriedade e dos interesses patrimoniais, dentro da realidade agrícola e patriarcal da época.

3 – A CONSTITUIÇÃO DE 1988, MARCO DA NOVA FAMÍLIA E DO PODER PARENTAL

Com a Constituição Federal de 1988, o instituto família sofre relevantes modificações. Sob essa nova perspectiva, a família passa a constituir um núcleo familiar, que de acordo com o artigo 266 consubstancia-se em uma comunidade fundada na igualdade e no afeto:

“Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

§ 1º O casamento é civil e gratuita a celebração.

§ 2º O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei.

§ 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

§ 4º Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

§ 5º Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

§ 6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio, após prévia separação judicial por mais de

um ano nos casos expressos em lei, ou comprovada separação de fato por mais de dois anos.

§ 7º Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

§ 8º - O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações."

É fato que a Constituição Federal de 1988 transformou substancialmente a estrutura social e familiar, sendo denominada como "Constituição Cidadã".

Diversos princípios constitucionais foram adotados pelo Direito de Família e a partir deles houve uma grande transformação no conceito de família, passando a ser caracterizada como uma união fundada no amor recíproco.

O modo da constituição familiar deixou de ser exclusivo da união originária do casamento, sendo, igualmente, modelos de família a união estável entre o homem e a mulher, admitida, em toda a sua inteireza, como entidade familiar, e a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes (art. 226, §§3º e 4º, a par do vacilo contido na segunda parte do § 3º - menção a se facilitar a conversão da união estável em casamento).

A nova noção de família está calcada no direito à felicidade, marcado pelo convívio e afeto da vida em comum, abandonado o anterior, que valorizava os aspectos patrimoniais.

Dá-se a personificação da família, pela valorização dos interesses da pessoa humana – nela é que deve ocorrer a realização do ser humano. Defender a família, enquanto organismo social, é tutelar o ser humano-indivíduo, evitando que ele seja apenas um sujeito de direitos, hipotético, abstrato. A função da família, hoje, é dar suporte emocional (sentimental, moral, material) à pessoa humana que, dentro dela, tornar-se-á apta a se desenvolver e realizar seus interesses afetivos e existenciais.

Podemos citar, dentro da corrente de constitucionalização do direito civil, os *direitos fundamentais dispersos*, que interessam diretamente ao *Direito de Família*, na parte de filiação e alimentos, dos quais não se pode retirar o *status* de “fundamentais”, devendo ser reconhecidos da mesma forma que todos os demais:

- *O planejamento familiar, fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, como livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas. (Art. 226, § 7º, CF);*
- *A assistência pelo Estado à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações. (Art. 226, § 8º, CF);*
- *A promoção de programas de assistência integral à saúde da criança e do adolescente, admitida a participação de entidades não governamentais e obedecendo a preceitos especiais. (Art. 227, § 1º e incisos, CF);*
- *A proteção contra o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente. (Art. 227, § 4º, CF);*
- *A equiparação de filhos e a vedação de designações discriminatórias relativas à filiação (Art. 227, § 6º, CF);*

- *A assistência e educação dos filhos por parte dos pais, e o dever dos filhos maiores de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade. (Art. 229, CF).*

Realmente, cuida-se a família de um órgão social muito complexo, não sendo exaustivas as formas de sua constituição, consoante proclama Álvaro Villaça Azevedo, na compreensão de sua múltipla existência diante da novel realidade social, oferecendo a Lei Maior, ao conceito de família, uma significativa amplitude (família, base da sociedade – art. 226, caput, CF).

4 – A FAMÍLIA E O PODER PARENTAL NA LEI Nº 10.406, DE 10 DE JANEIRO DE 2002 –CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO

Desde a fixação dos três preceitos jurídicos que sintetizaram o direito romano, a saber - viver honestamente, não lesar a outrem e dar a cada um o que é seu - e a edição do primeiro *corpus iuris civilis*, até o atual estatuto civil brasileiro, longa estrada foi percorrida.

Nesse caminho de formação do sistema jurídico, necessária à obediência a regras ditadas pela teoria geral das normas, sob pena de edição de leis sem respaldo social, resultando difícil sua aplicação pelo profissional do Direito.

Lembra Goffredo Telles Junior que “a imperatividade *verdadeiramente* jurídica não é nunca uma imperatividade arbitrária. Ela é uma imperatividade que reflete a prevalência natural das convicções éticas de uma coletividade; imperatividade decorrente de um núcleo de sentimentos generalizados do que é permitido e do que é proibido, do que é consentido ou tolerado, e do que é rejeitado e repellido.”³.

³ In “Iniciação na Ciência do Direito”, São Paulo, Saraiva, 2ª ed., 2002, pág. 212.

A Lei nº 10.406 de 2002, que institui o Código Civil brasileiro, adveio do projeto de lei nº 634/75, cujo relator foi o parlamentar Ricardo Fiúza. Referida lei foi sancionada pelo Presidente Fernando Henrique Cardoso, em 10 de janeiro de 2002. Ressalte-se que a redação original que foi aprovada pela casa de origem sofreu profundas alterações até sua apreciação pelo Senado, decorrendo mais de 20 anos.

Diante deste grande período transcorrido, quando o Código Civil foi definitivamente aprovado, publicado e entrou em vigor, referido diploma civil já se encontrava desatualizado, pois a sociedade, por sua natureza, está constantemente exposta a alterações.

Assim, muitas das normas que deveriam representar inovações introduzidas pelo Código Civil/2000, já haviam sido contempladas pela Constituição Federal, não representando grande avanço, mas sim, em alguns pontos, um retrocesso.

Da mesma forma que vários instrumentos afinados separadamente possam soar desarmônicos quando postos em conjunto, também o estatuto civil parece desafinado com os princípios e objetivos da sociedade ao qual se destina, feito que foi a várias mãos, em épocas diferentes, sofrendo, ademais, inúmeras alterações, a exemplo das impostas pela nova Carta magna, além de outras ainda possíveis, decorrentes de projeto de lei pendente.

A lei civil, labirinto de cerca de 94.000 palavras, repleto de meandros, abismos e trilhas sem saída, nos obriga a quase impossível tarefa de encontrar caminhos que nos levem a harmonizá-la com a realidade do momento presente, passando a salvo dos perigos nela postos pela ação das mudanças ocorridas desde sua primeira idealização até esta data.

Como texto destinado a servir aos operadores do direito, ele deve tender a assentar princípios estruturadores da ordem jurídica

civil compatíveis com as mutações da sociedade, ou seja, promover a regência do direito, atento ao comportamento social e às inter-relações pessoais dinâmicas.

O Código Civil, no seu Livro IV, dispõe “do direito de família” (arts. 1511 a 1783), subdividindo-o em campos “do direito pessoal” (título I), “do direito patrimonial” (título II) e “da união estável” (título III).

Nos direitos pessoais, trata do casamento, sua dissolução, e da proteção à pessoa dos filhos nele havidos, esse último tema com alcance estendido pelo teor do art. 1596, do citado codex.

Inegáveis os especiais destaque e importância que continuam a ser dados ao casamento, nos termos dos arts. 1511 a 1570 do Código Civil.

É na família que é exercido o poder familiar. A substituição da expressão "pátrio poder" por "poder familiar" (Capítulo V, do Subtítulo II, do Título I, do Livro IV, da Parte Especial) consolida a mudança da Constituição quanto a igualdade homem/mulher.

Por "poder familiar" (que melhor teria sido chamado poder parental) se compreende que homem e mulher assumem, dentro da família e da própria sociedade conjugal, posição de igualdade, na exata dimensão constitucional que coloca a mulher como personagem autônoma, independente e segura de seu decisivo papel na vida moderna. A amplitude é singular e histórica.

Este instituto, configurado nos arts. 1630 a 1.638, representa uma *equivalência de papéis*, na administração da família, com repercussões de maior importância em eventual ausência de um dos cônjuges ou companheiros. Sabe-se, a propósito, que na sociedade brasileira, mais de 20% das famílias, são administradas por mulheres, realidade que o legislador não pode desconsiderar.

No entanto, basta uma leitura ligeira para se apontar exceções que estão a exigir reparo, como a que estabelece que os filhos nascidos da mulher casada, na constância do casamento, presumem-se do marido, não se permitindo a investigação por adulterinidade "*a matre*", nos termos do art. 1597, argumentando-se, por certo, em defesa dessa exceção, acerca da proteção da imagem e a honra da mulher casada.

A equalização de homem e mulher anda no mesmo sentido da de direitos e qualificação de todos os filhos, proibidas, quanto a esses, quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação, como consignado pelo art. 227, §6º da nova Carta e art. 1596, do CC.

O novo Direito Constitucional da filiação operou, efetivamente, a mais completa igualdade jurídica dos filhos, em direitos e na qualificação, inclusive no plano sucessório, tendo o código respondido ao sublinhar o avanço.

No efeito da proibição constitucional de quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação, o texto original rendeu-se a inúmeras emendas que substituíram o vocábulo "legitimidade" pelo de "paternidade" e afastaram a expressão "filiação ilegítima".

Todavia, andou mal ao não recepcionar o novo papel do filho, ator principal de sua educação, mantendo-o como mero objeto das relações de família. E mostra-se fraco no enfrentamento das questões de geração humana, perdido que ficou no tempo, nos campos técnico, social e do direito.

Podemos citar, dentro da corrente de constitucionalização do direito civil, os *direitos fundamentais dispersos*, que interessam diretamente ao *Direito de Família*, na parte de filiação e alimentos, dos quais não se pode retirar o *status* de "fundamentais", devendo ser reconhecidos da mesma forma que todos os demais:

- *O planejamento familiar, fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, como livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas. (Art. 226, § 7º, CF);*

- *A assistência pelo Estado à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações. (Art. 226, § 8º, CF);*

- *A promoção de programas de assistência integral à saúde da criança e do adolescente, admitida a participação de entidades não governamentais e obedecendo a preceitos especiais. (Art. 227, § 1º e incisos, CF);*

- *A proteção contra o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente. (Art. 227, § 4º, CF);*

- *A equiparação de filhos e a vedação de designações discriminatórias relativas à filiação (Art. 227, § 6º, CF);*

- *A assistência e educação dos filhos por parte dos pais, e o dever dos filhos maiores de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade. (Art. 229, CF).*

Reportando-nos aos microssistemas, marcos da descodificação do direito civil, desde logo não devemos fugir aos problemas de adequação do CC a eles.

Aliás, os “microssistemas” se apresentam como grande desafio. Segundo Varela, são eles “satélites autônomos que procuram regiões próprias na órbita incontrolada da ordem jurídica (...)” e “reivindicam

áreas privativas e exclusivas de jurisdição e que tendem a reger-se por princípios diferentes dos que inspiram a restante legislação.”⁴.

A Lei nº 10.406/2002 nos trouxe inúmeras hipóteses que exigiram efetiva atenção diante das referidas leis. Por sua especialidade e conteúdo interdisciplinar têm esses “*microssistemas*” conduzido a uniformização de procedimentos para os operadores do Direito e maior eficiência no atendimento de seus destinatários.

Resta saber qual a real importância e quanto durará o atual código, ante a descodificação, “um fenômeno contemporâneo que consiste na fragmentação do sistema unitário do código civil, com proliferação de leis civis especiais que reduzem o primado do código e criam uma pluralidade de núcleos legislativos, os chamados microssistemas jurídicos” e que “representa o ocaso dos códigos civis e a passagem do monossistema jurídico da modernidade, centralizado no código, ao polissistema, centralizado na constituição.”⁵.

Até porque “o esvaziamento do Código Civil como estatuto da vida privada decorre ainda da emigração para o plano constitucional de princípios gerais atinentes a instituições privadas, como a propriedade; a família e a própria autonomia privada. Não que tenham passado a ser institutos de direito público regulados na Constituição, mas, sim, porque foram, na sua essência, transferidos do código.”⁶.

⁴ João de Matos Antunes Varela; “*O movimento de descodificação do Direito Civil*” In *Estudos Jurídicos em homenagem ao Prof. Caio Mário da Silva Pereira*; Rio de Janeiro; Forense, 1972, pp.509.

⁵ Francisco dos Santos Amaral Neto, “Descodificação do direito civil”, Anais da XVI Conferência Nacional da OAB, p.516.

⁶ Orlando Gomes, A caminho dos micro-sistemas. Estudos Jurídicos em homenagem ao Prof. Caio Mario da Silva Pereira. RJ. Forense. 1984, p. 160 e ss.

5. 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;

ANDRADE, Fábio Siebeneichler de. *Da codificação – Crônica de um conceito*. Porto Alegre : Lael, 1997;

BITTAR, Carlos Alberto (coord.). *O direito de família e a Constituição de 1988*. São Paulo : Saraiva, 1989;

_____. *O Direito Civil na Constituição de 1988*, Ed. Revista dos Tribunais, 1990;

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 Fondamental – Droit Civil*. Paris, 5. ed. : Presses Universitaires de France;

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

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;

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

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;

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;

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

TELLES JÚNIOR, Goffredo. *Iniciação na Ciência do Direito*. São Paulo, Saraiva, 2ª ed., 2002;

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;

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