

A NOÇÃO DE PODER FAMILIAR E A DESCONSIDERAÇÃO DO NOVO MODELO DE FAMÍLIA NUCLEAR

*Claudete Carvalho Canezin**

SUMARIO: 1. Introdução; 2. Poder Familiar e a manutenção da concepção do Código Civil de 1916; 3. As limitações do poder familiar; 4. A Constituição de 1988 e a sua influência na transformação da família – A constitucionalização do Direito Civil e da família; 5. Os modelos familiares pré e pós Constituição de 1988 – A família patriarcal e a família nuclear; 6. O poder familiar e a desconsideração da família nuclear – Crítica à redação apresentada pelo Código Civil de 2002; 7. Conclusão; 8. Referências.

RESUMO: A família recebeu contorno constitucional com a emancipação da mulher, a igualdade entre os cônjuges e a valorização do afeto sobrepondo a consangüinidade. A autoridade familiar, antes exercida com exclusividade pelo marido, deu lugar à colaboração entre ambos os cônjuges, o que transformou, invariavelmente, as relações familiares como um todo.

PALAVRAS CHAVES: família, poder familiar, dignidade da pessoa humana, afeto.

THE NOTION OF FAMILY POWER AND THE DISREGARD FOR THE NEW NUCLEAR FAMILY

ABSTRACT: The family received constitutional outline with the woman's emancipation, the equality between the spouses and the valorization of the affection putting upon the blood ties. The family authority, before exercised with exclusiveness by the husband, gave place to between both spouses collaboration, transforming, invariably, the family relationships as a whole.

*Coordenadora da Pós Graduação *Latu Sensu* em Direito Civil e Processo Civil da Universidade Estadual de Londrina. Mestranda em Direito das Relações Privadas - CESUMAR. Professora de graduação e pós graduação da Universidade Estadual de Londrina, da FEMPAR - Membro do Instituto Brasileiro de Direito de Família-IBDFAM. Membro do Grupo de Estudos da Professora Giselda Hironaka. Conselheira da OAB/PR. Advogada.

KEY WORDS: family, family power, human person's dignity, affection.

1. INTRODUÇÃO

É bem verdade que o Direito como um todo tem passado por inúmeras transformações, ou adaptações – fundamentalmente necessárias – à realidade em que se situam os jurisdicionados. Também é certo, neste contexto, que é no ramo do Direito de Família que tais transformações são mais sentidas.

Desde a década de 60, muitos componentes da instituição “família” não têm mais a mesma aparência de d’antes. Segundo Michelle Perrot, “essas mudanças têm, de imediato, custos e vantagens cujo saldo é difícil calcular”.¹

Decisivo, no entanto, Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka bem lembra que “a família é, por assim dizer, a história, e que a história da família se confunde com a história da própria humanidade”.²

Com relação ao então pátrio poder, hoje “redefinido”³ poder familiar, pela dicção do Código Civil de 2002, tem-se as relações de direitos e deveres existentes entre pais e os filhos menores ainda não emancipados.

Entretanto, muito embora a nomenclatura possa fazer antever uma verdadeira revolução, não apenas conceitua, mas principalmente comportamental, o Código Civil manteve, passivamente, a postura já manifestada pela codificação anterior.

Isso porque, para a elaboração do poder familiar, não se considerou o novo modelo familiar nuclear, que inegavelmente se exterioriza contemporaneamente. Ou seja, manteve-se a mesma noção de família patriarcal, fortemente hierarquizada, em franco desprestígio do novo modelo surgido como resultado das sucessivas transformações sócio-econômicas que atingiram a família, no decorrer das últimas décadas.

Uma breve revisitação aos modelos familiares pelos quais passou a sociedade moderna, incluindo o modelo atual, e as respectivas legislações, poderá elucidar esta questão, mostrando que não houve avanço significativo no que pertine ao poder exercido pelos pais em relação aos filhos.

2 – PODER FAMILIAR E A MANUTENÇÃO DA CONCEPÇÃO DO CÓDIGO CIVIL DE 1916

¹ PERROT, Michelle. *O nó e o ninho*, Revista Veja, 25 anos: Reflexões para o futuro. São Paulo, 1993, p. 80

² HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Família e casamento em Evolução*, in Revista Brasileira de Direito de Família, ano 1 – n. 1, abr./mai./jun/1999, p.7.

³ As aspas são propositais, em razão das críticas que serão feitas ao longo deste estudo.

A revogada legislação de 1916 disciplina o poder familiar nos arts. 379 e 380, cujas redações têm o seguinte teor:

Art. 379. Os filhos legítimos, os legitimados, os legalmente reconhecidos e os adotivos estão sujeitos ao pátrio poder, enquanto menores.

Art. 380. Durante o casamento compete o pátrio poder aos pais, exercendo-o o marido com a colaboração da mulher. Na falta ou impedimento de um dos progenitores passará o outro a exercer-lo com exclusividade. Parágrafo único. Divergindo os progenitores quanto ao exercício do pátrio poder, prevalecerá a decisão do pai, ressalvado à mãe o direito de recorrer ao juiz para solução da divergência.

Na legislação civil atual, o agora poder familiar encontra semelhante disciplina nos arts. 1630 e 1631, assim redigidos:

Art. 1630. Os filhos estão sujeitos ao poder familiar, enquanto menores.

Art. 1631. Durante o casamento e a união estável, compete o poder familiar aos pais; na falta ou impedimento de um deles, o outro o exercerá com exclusividade.

Parágrafo único. Divergindo os pais quanto ao exercício do poder familiar, é assegurado a qualquer deles recorrer ao juiz para solução do desacordo.

Embora haja menção ao pátrio poder em diversos momentos dos artigos suso mencionados, estes são desprovidos de um conceito exato sobre o que seja o pátrio poder. Na realidade, não é preciso defini-lo para saber que o pátrio poder decorre de uma necessidade natural do ser humano, que precisa, enquanto menor – posto que impossibilitado de manter-se, em todos os sentidos – de suporte estrutural e familiar, indispensáveis ao bom desenvolvimento para a vida adulta. Evidentemente, pelas mesmas razões naturais, essa tarefa compete aos pais, que têm por dever legal, inclusive, defender esses interesses.

Pontes de Miranda, em conceito que ultrapassa os limites temporais, assim se manifesta:

Pátrio poder é o conjunto de direitos que a lei concede ao pai, ou à mãe, sobre a pessoa e bens do filho, até a maioridade, ou emancipação

deste, e de deveres em relação ao filho.⁴

É o que expõe, também, Sílvio de Salvo Venosa, em clara explicação:

Visto sob o ponto de vista do menor, o pátrio poder ou poder familiar encerra, sem dúvida, um conteúdo de honra e respeito, sem traduzir modernamente simples ou franca subordinação. Do ponto de vista dos pais, o poder familiar contém muito mais do que singela regra moral trazida ao Direito: o poder paternal, termo que também se adapta a ambos os pais, enfeixa um conjunto de deveres com relação aos filhos que muito se acentuam quando a doutrina conceitua o instituto como um pátrio dever”.⁵

No mesmo sentido, mas ainda em vocábulos da legislação anterior, preleciona Orlando Gomes:

O pátrio-poder é um direito-função, um pátrio-dever, que estaria numa posição intermediária entre o poder propriamente dito e o direito subjetivo. Não consiste numa simples faculdade com direção genérica, mas não se desenvolve numa relação jurídica com direitos e obrigações correlatas. À faculdade de agir do pai corresponde um dever do filho, mas não se trata de relação obrigacional, como a que existe entre credores e devedores, nem de direito real sobre a pessoa dos filhos. O pátrio-poder tem hoje feição particular no quadro das manifestações da atividade jurídica.⁶

Conforme se deduz dos conceitos transcritos, o poder familiar encerra, basicamente, a existência de direito e deveres entre pais e filhos menores não emancipados. No entanto, a nova concepção familiar e a própria trajetória que a sociedade tem desenvolvido atualmente, fez com que esse conceito se tornasse mais flexível, menos hierarquizado. O que se verifica, em realidade, é uma relação de cooperação entre pais e filhos, e entre os membros da família, de um modo geral.

As relações entre as pessoas que compõem a família se dão de forma horizontal, e não mais de modo vertical, em que a família era o complexo de pessoas

⁴ PONTES DE MIRANDA. *Tratado de Direito Privado*, Tomo IX, Direito de Família: Direito Parental, Direito Protetivo. Atualizado por Wilson Rodrigues Alves. Campinas: Editora Bookseller, 2000, p. 144.

⁵ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil*, vol. 6, 2ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2002, p. 339/340.

⁶ GOMES, Orlando. *Direito de Família*, 11ª ed.. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1998, p. 389/390.

livres que se encontravam momentaneamente sob o poder do mesmo *pater*, sendo preponderante o poder e a posição do pai, chefe da comunidade doméstica.

A verticalidade das relações estabelecidas entre pais e filhos teve lugar desde a Antigüidade Romana, quando o pátrio poder (então chamado *patrias potestas*) era exercido apenas pelo pai, e ainda, sobre os netos, ou qualquer outro membro que se agregasse ao clã.

Hoje, principalmente após a Constituição de 1988, que introduziu uma gama de consideráveis modificações no Direito de Família – a maior parte delas apenas confirmadas pelo Código Civil de 2002 – tentou-se dar ao poder familiar a conotação de compartilha entre os progenitores, em relação mais próxima dos filhos. É o que explica Maria Helena Diniz:

O poder familiar pode ser definido como um conjunto de direitos e obrigações, quanto à pessoa e bens do filho menor não emancipado, exercido, em igualdade de condições, por ambos os pais, para que possam desempenhar os encargos que a norma jurídica lhes impõe, tendo em vista o interesse e a proteção do filho.⁷

O poder familiar, portanto, engloba todos os direitos e deveres dos pais com relação à pessoa e aos bens dos filhos menores, o que implica o cuidado dos progenitores o dever de cria-los (os filhos), bem como alimentá-los e educa-los corretamente.

Sob esse aspecto, Arnaldo Rizzardo poderá que o poder familiar, “constitui-se de uma relação, ou do exercício de várias atribuições, cuja finalidade última é o bem do filho”.⁸

Para que se chegasse à transformação (menor do que se divulga) do pátrio poder, evoluindo até poder familiar, foi de suma importância o papel da Constituição de 1988, introdutória da nova ordem familiar na legislação nacional, conforme se demonstrará no decorrer do estudo.

No entanto, para melhor elucidação daquilo que foi exposto até aqui, pode-se adiantar que o poder familiar é, sob o ponto de vista tanto de pais como de filhos, um direito que também encerra deveres. E mais, que goza da proteção do Estado, que o elevou ao patamar de matéria constitucional.

⁷ DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*, 5º vol., 17ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2002, p. 439.

⁸ RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de Família*. Rio de Janeiro: Editora Aide, 1994, p. 115.

Foi através do *caput* art. 227 da Constituição Federal que o legislador externou a preocupação com a estruturação da família e, especificamente, do poder familiar, fazendo-o nestes termos:

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

Evidentemente, em âmbito familiar, dentro do lar, por assim dizer, a responsabilidade pela educação e formação dos menores se atribua aos pais, ou na falta deles, dos tutores.

Não obstante, o Estado e a sociedade comprometem-se, num pacto, a mutuamente, contribuir para que tal mister seja alcançado, cada qual executando a parte que lhe compete.

Há que se dizer, ainda, que, embora não esteja expressamente elencado nos incisos do art. 5º da Constituição, o conteúdo do art. 227 tem caráter de garantia fundamental, o que o torna verdadeira cláusula pétrea, a partir da combinação exegética dos arts. 5º, § 2º e 60, § 4º, ambos da Constituição Federal.

Assim, a partir de todos esses respaldos que a Lei oferece, juntamente com o contexto social que desabrocha hodiernamente, é intolerável que seja mantida a noção contida no conceito de pátrio-poder, adotada pelo Código Civil.

Reitere-se, o contexto social encapado pelo Código Civil de 1916 não mais prevalece. De tal sorte que ao invés de relação de autoridade que se estabelecia outrora, entre pais e filhos, hoje prepondera a noção de amor, de companheirismo e cooperação entre os membros da família, de um modo geral.

Basicamente, o que se pode dizer é que a família retomou a sua mais originária função, que é a comunhão de vida, o compartilhar do dia-a-dia e de sentimentos que caracterizam aquelas pessoas ligadas, por laços de sangue, ou de afinidade, nos casos de filiação sócio-afetiva ou, por adoção.

A bem da verdade, a família – e a legislação tenta acompanhar isso – tem procurado, nas últimas décadas, retornar ao equilíbrio, como num movimento cíclico, em que as fases se sucedem, em extremos, até que a decadência dê lugar à estabilidade.

3 – AS LIMITAÇÕES DO PODER FAMILIAR

O poder familiar está limitado pela própria legislação, seja constitucional ou infraconstitucional.

Os primeiros limitadores do exercício dessa “autoridade” encontram-se nos princípios constitucionais, e nos incisos do art. 5º, que enfeixam uma gama de direitos e garantias fundamentais. Além dessas prescrições, estão ainda, as normas que regulam a família, estabelecidas nos arts. 226 a 230 igualmente da Constituição.

Evidentemente, muito mais deveres têm os pais com relação aos filhos menores, justamente pela condição estrutural destes últimos. Por esta razão o legislador fez questão de munir o sistema jurídico de todas as armas possíveis a impedir abusos no exercício do poder familiar.

Sem qualquer dúvida, a maior de todas as armas está na implementação do Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei n. 8.069/90, que dá as diretrizes e institui políticas básicas de proteção dos menores. O exercício do poder familiar, embora seja direito constitucional, não implica, por certo, poder absoluto.

Não bastasse isso, o próprio Código Civil, assim como já fazia o Código Civil de 1916, prevê medidas mais drásticas aos pais que desobedecem os preceitos constitucionais e infraconstitucionais a respeito do poder familiar.

De início, e rapidamente, sob pena de tornar o estudo meramente repetitivo de legislação, a sanção aos pais que agem em desconformidade com o que a Lei prescreve, trata-se de suspensão do poder familiar ou, em casos mais severos, a medida de extinção desse poder, por decisão judicial.

Rodrigo da Cunha Pereira, em comentário à parte destinada ao Direito de Família no Código Civil, explica que em qualquer das hipóteses – de suspensão ou de extinção do poder familiar – “a tutela é o instituto de proteção ao menor cujo pai e mãe tenham decaído do poder familiar”.⁹ Note-se que é condição *sine qua non* para que se estabeleça a tutela, que ambos os cônjuges tenham decaído do poder familiar. Em caso contrário, será exercido pelo cônjuge que permanecer.

Os casos de suspensão, estão regulados no art. 1637, assim redigido:

Art. 1637. Se o pai, ou a mãe, abusar de sua autoridade, faltando aos deveres a eles inerentes ou arruinando os bens dos filhos, cabe ao juiz,

⁹ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Novo Código Civil da Família Anotado*. Porto Alegre: Editora Síntese, 2003, p. 121.

requerendo algum parente, ou o Ministério Público, adotar a medida que lhe pareça reclamada pela segurança do menor e seus haveres, até suspendendo o poder familiar, quando convenha.

Parágrafo único. Suspende-se igualmente o exercício do poder familiar ao pai ou à mãe condenados por sentença irrecurável, em virtude de crime cuja pena exceda dois anos de prisão.¹⁰

A lei não prevê causas específicas à suspensão – exceto quando se tratar de condenação pela prática de crime – mas deixa ao convencimento do juiz, que deverá sempre se pautar pelo princípio do bem estar do menor.

De modo mais drástico, a perda (extinção) do poder familiar se dá pelos motivos elencados no art. 1635 do Código Civil, sendo que interessa ao tema do estudo, o inciso V, pelo qual:

Art. 1635. Extingue-se o poder familiar:

(...)

V – por decisão judicial, na forma do art. 1638.

E mais adiante, o art. 1638 especifica:

Art. 1638. Perderá por ato judicial o poder familiar o pai ou a mãe que:

I – castigar imoderadamente o filho;

II – deixar o filho em abandono;

III – praticar atos contrários à moral e aos bons costumes;

IV – incidir, reiteradamente, nas faltas previstas no artigo antecedente.

Os casos de perda do poder familiar não podem, ao contrário dos casos de suspensão, ficar a critério do convencimento do juiz, apenas. É necessário que a lei elenque o rol das atitudes que merecerão, por parte do Estado, reprimenda de tamanha severidade. Ainda que elementos da norma sejam dotados de caráter subjetivo, as hipóteses são individualizadas, em *numerus clausus*.

4 – A CONSTITUIÇÃO DE 1988 E A SUA INFLUÊNCIA NA TRANSFORMAÇÃO DA FAMÍLIA – A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL E DA FAMÍLIA.

Muito embora o Direito brasileiro esteja em franca transformação, e ainda, hipnotizado pelos efeitos do advento de um novo Código Civil, tão esperado,

¹⁰ _____. P. 121/122.

durante décadas, não se equivoca quem diz que, no que tange ao Direito de Família, pontua Orlando Soares:

“O Código Civil de 2002 reproduziu um considerável número de normas do Código Civil de 1916, consolidando outras constantes de leis esparsas, sintetizando a jurisprudência, bem como recepcionou princípios constantes da Constituição de 1988 (arts. 226 a 230)”.¹¹

O pátrio poder – agora denominado poder familiar – é uma das repetições da antiga legislação. Não bastasse, tantas outras matérias que surgem como polêmicas ou de difícil aplicação prática, não foram abordadas de modo conclusivo pelo Código Civil.

Interessante dado histórico é o trazido pelo mesmo jurista, Orlando Soares:

Historicamente, do ponto de vista de nossa sistemática constitucional, só a família imperial mereceu a atenção da Constituição Política do Império do Brasil (1824 – arts. 105 a 115) (...). Daí porque, ao comentar aquela Carta Política, José Antônio Pimenta Bueno nada pôde escrever a respeito da família comum, salvo no tocante a algumas considerações sobre a filiação, em decorrência do critério de nacionalidade, adotado pelo referido texto constitucional (...).¹²

Já algum tempo depois, a Constituição Republicana, de 1891, sem introduzir mudanças, limitou-se a reconhecer o casamento civil, até então preterido pela união entre a Igreja e o Estado.

Desde esse período, revelava-se a tendência – porém até então não concretizada – da legislação estabelecer a proteção da família em âmbito constitucional.

Somente com a Constituição de 1988 o ordenamento jurídico brasileiro alçou a família à condição de direito fundamental, conferindo-lhe proteção constitucional. Além disso, passaram a reconhecer também como família aquelas entidades que outrora eram relegadas ao desprezo da sociedade e da legislação, tais como a união estável e a família formada por apenas um dos cônjuges, a chamada família monoparental.

Assim, a idéia de maior afetuosidade e sentimento, inerente à noção de poder familiar que se tentou imprimir, é também decorrente da disciplina adotada pela

¹¹ SOARES, Orlando. *Direito de Família*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004, p. 87.

¹² SOARES, Orlando. *Obra citada*, p. 97.

Constituição Federal, que se preocupa não só com o crescimento material da pessoa dos filhos, como também com seu crescimento moral. A atual disciplina legal da família, portanto, se coaduna sobremaneira com a transformação ocorrida atualmente na estrutura familiar.

Interessante passagem extrai-se da obra de Michelle Perrot, essencial e indispensável ao entendimento das questões familiares do último século:

Não é a família em si que nossos contemporâneos recusam, mas o modelo excessivamente rígido e normativo que assumiu no século XIX. Eles rejeitam o nó, não o ninho. A casa é, casa vez mais, o centro da existência. O lar oferece, num mundo duro, um abrigo, uma proteção, um pouco de calor humano. O que eles desejam é conciliar as vantagens da solidariedade familiar e as da liberdade individual. Tateando, esboçam novos modelos de famílias, mais igualitárias nas relações de sexos e de idades, mais flexíveis em suas temporalidades e em seus componentes, menos sujeitas à regra e mais ao desejo. O que se gostaria de conservar da família, no terceiro milênio, são seus aspectos positivos: a solidariedade, a fraternidade, a ajuda mútua, os laços de afeto e o amor.¹³

Tanto é verdade que as principais modificações introduzidas na legislação brasileira se deu através da Constituição Federal e, especificamente, pelo movimento conhecido como “constitucionalização do Direito Civil”, que transfere a centralidade da civilística do Código Civil – até então tido como eterno, conforme a idéia de Napoleão que se tornou célebre – para a Constituição, numa concepção muito mais principiológica do que normativa.

A explicação de Maria Celina Tepedino encaixa-se à matéria, perfeitamente:

A norma constitucional assume, no Direito Civil, a função de, validando a norma ordinária aplicável ao caso concreto, modificar, à luz de seus valores e princípios, institutos tradicionais.¹⁴

¹³ PERROT, Michele. *Obra citada*, p. 81.

¹⁴ TEPEDINO, Maria Celina B. M. *A caminho de um Direito Civil Constitucional*, in *Revista de Direito Civil*, vol. 65, ?, p. 29.

Segundo Orlando Gomes, as antigas codificações vieram com o intuito de abranger todas as relações pertencentes ao Direito Civil, nas quais houvesse a participação do homem privado. De modo que as relações foram disciplinadas num texto único, sem a especificidade que é hoje exigida. O Direito Civil identificava-se com o próprio Código Civil, o qual regulava todas as possíveis relações de direito privado.

Porém, na medida em que surge o Estado do Bem Estar Social, entra em decadência o individualismo típico e fundamental do direito privado, decorrente do conflito entre interesses burgueses e anseio de ascensão das camadas proletárias. Neste contexto, exalta-se a conotação pessoal do Direito Civil, em detrimento à visão patrimonialista marcante da época.

É o que ressalta o jurista fluminense, Gustavo Tepedino:

A Constituição Federal, centro reunificador do direito privado, disperso na esteira da proliferação da legislação especial, cada vez mais numerosa, e da perda de centralidade do Código Civil, parece consagrar, em definitivo, uma nova tábua de valores. O pano de fundo dos polêmicos dispositivos em matéria de família pode ser identificado na alteração do papel atribuído às entidades familiares e, sobretudo, na transformação do conceito de unidade familiar que sempre esteve na base do sistema.

No mesmo sentido, Paulo Luiz Lobo Neto indica que:

A patrimonialização das relações civis, que persiste nos códigos, é incompatível com os valores fundados na dignidade da pessoa humana, adotado pelas Constituições modernas, inclusive pela brasileira (artigo 1º, III). A repersonalização reencontra a trajetória da longa história da emancipação humana, no sentido de repor a pessoa humana como centro do direito civil, passando o patrimônio ao papel de coadjuvante, nem sempre necessário.¹⁵

Por fim, o que se percebe é a preocupação muito maior com a dignidade da pessoa humana, estampada no art. 5º da Constituição, do que propriamente com o caráter patrimonialista, contrariando a célebre citação de Marx, que já nos idos de 1850 dizia que “a burguesia rasgou o véu sentimental da família, reduzindo as relações familiares a meras relações monetárias”¹⁶. A família constitucionalizada

¹⁵ LÔBO, Paulo Luiz Neto. *Constitucionalização do Direito Civil*, in Revista Brasileira de Direito de Família, ago/set/out/2000, p. 76.

¹⁶ MARX, KAL, apud SOARES, Orlando. *Obra citada*, p.103.

busca o equilíbrio entre os seus membros, além de flexibilização capaz de incorporar todas as diversidades que traz em seu seio.

5 – OS MODELOS FAMILIARES PRÉ E PÓS CONSTITUIÇÃO DE 1988 – A FAMÍLIA PATRIARCAL E A FAMÍLIA NUCLEAR

Já é possível entender que a nova concepção em meio à qual emergiu o poder familiar, em muito se diferencia do contexto em que viviam as famílias então subordinadas ao pátrio poder. Eis aí, a primeira crítica que se faz ao poder familiar trazido pelo Código Civil de 2002. Na verdade, mantendo a redação do Código de 1916, alterando-a apenas para adapta-la a novos termos, o legislador civil de 2002 praticamente desconsiderou todo o contexto social e econômico em que está envolvida a família.

A família parâmetro da legislação revogada estava debaixo da figura paterna, em torno de quem orbitavam todos os membros e suas relações. Ou seja, mesmo em poucos anos atrás, ainda existia a figura do *pater*, do Direito Romano. Era a família patriarcal. Imagine-se um cenário de teatro, em que o personagem principal é encarnado pelo pai, que detinha poder exclusivo de decisão, enquanto que os outros personagens – mãe e filhos – atuam apenas como meros coadjuvantes.

Sobre este modelo familiar, há que se divulgar a posição do Prof. Eduardo de Oliveira Leite:

O desaparecimento dessa concepção de família corresponde ao nascimento da família moderna. O casamento, até então, encarado prioritariamente como fonte de procriação e de afinidade torna-se um lugar de companheirismo. Desaparece a divisão de papéis, questiona-se o princípio da autoridade e elimina-se a hierarquia, substituindo-se todos estes aspectos pela linearidade dos sentimentos.¹⁷

Diferentemente de hoje, com a minimalização das relações sociais, e a conseqüente desvalorização das mesmas, que se tornaram mais volúveis e rápidas, a família também mudou de conotação.

A família patriarcal, guardadas as devidas proporções, ainda trazia semelhanças com relação à família romana, onde muitos se agregavam a ela, convivendo pais, filhos, avós e tantos outros que dela fizessem parte.

¹⁷ LEITE, Eduardo de Oliveira. *Temas de Direito de Família*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994, p. 18.

De outro lado, a família nuclear, surgida dessas transformações sociais, é menor; fragmentou-se em apenas pais e filhos – e estes, não muitos. No entanto, trata-se de uma família muito mais próxima em termos de afeto e liberdade. Novamente, em cotejo com o cenário teatral, tem-se que, hoje, todos – pai, mãe e filhos – têm papéis definidos e igualmente fundamentais.

Neste sentido é o parecer de Francisco Amaral:

Se a família romana se caracterizava pela autoridade absoluta e pela hierarquia, na sociedade contemporânea verifica-se numa progressiva redução da família, reduzida ao par conjugal, à família nuclear, com pequena prole, onde se materializa o princípio da igualdade dos cônjuges e dos filhos. A originária família patriarcal, articulada em função de uma necessidade de auto-suficiência, perde gradativamente sua função econômica, integrando-se os seus membros nas estruturas sociais e produtivas externas.¹⁸

Contrapõem-se, portanto, duas concepções de família: aquela predominante no contexto do Código Civil de 1916, e a família nuclear, predominante no quadro de relações sociais que se encontram sob a égide do Código Civil de 2002, nesse regime, em realidade, desde a Constituição Federal de 1988.

Novamente, é o Prof. Eduardo de Oliveira Leite quem esclarece sobre a família nuclear, nos termos a seguir:

A família nuclear, que é um verdadeiro estado de espírito, antes que uma estrutura, distribuição e arranjo de casa, ou de diagrama de relações de parentesco, composto pela mãe, pai e filhos, distingue-se de todos os outros padrões familiares pelo sentido muito peculiar de solidariedade que une entre si os membros da unidade doméstica, ao mesmo tempo que os separa do resto da coletividade. Os membros da família nuclear têm um aguçado sentimento de viver num clima afetivo privilegiado que os protege contra qualquer intrusão, isolando-os através do muro da privacidade.¹⁹

A noção de família nuclear traz, em si, a idéia de que a família não mais se caracteriza pelas relações verticais, mas sim pelas relações horizontais, de igual-

¹⁸ AMARAL, Francisco. *Direito Civil – introdução*, 5ª ed. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2003, p. 142.

¹⁹ LEITE, Eduardo de Oliveira. *Obra citada*, p.19.

dade, pautada pelo amor entre pais e filhos e relações afetuosas, confortadas pela redução dos seus membros. Mantém-se, na maior parte das famílias, apenas o núcleo, pai, mãe e filhos.

A este respeito, Rui Geraldo Camargo Viana:

Com o advento do Código Civil e a gradual assimilação da mulher ao mercado de trabalho, as transformações foram se acelerando, no sentido de aniquilar a organização e hierarquização da família para, segundo enfoque de Orlando Gomes, fundar-se a nova aliança, cada vez mais, sobre o sentimento, a afeição mútua.²⁰

O novo movimento das relações familiares, que desembocaram no novo modelo de família, a nuclear, atém-se mais ao crescimento e estruturação moral e afetiva dos membros da família do que ao seu caráter patrimonial, ou hierarquizado, o que interfere, consideravelmente, na legislação e prática dos Tribunais, relativamente ao Direito de Família.

6 – O PODER FAMILIAR E A DESCONSIDERAÇÃO DA FAMÍLIA NUCLEAR – CRÍTICA À REDAÇÃO APRESENTADA PELO CÓDIGO CIVIL DE 2002

O novo cenário social em que se insere a família contemporânea, no seu modelo nuclear, não se coaduna perfeitamente com a noção encampada pelo Código Civil de 2002. De acordo com Sílvio de Salvo Venosa, “nesse quadro, superficialmente traçado, há, inexoravelmente, novos conceitos a incitar o legislador e o jurista, com premissas absolutamente diversas daquelas encontradas no início do século passado em nosso país, quando da promulgação do Código Civil de 1916”.²¹

No entanto, a crítica que deve ser feita é de que não houve mudança significativa no que diz respeito ao pátrio poder do Código Civil de 1916. Mesmo com a nova denominação de “poder familiar”, é bem verdade que esta noção liga-se muito mais ao contexto social e familiar do Código de 1916, do que o que se verifica no Código atual.

O modelo de família nuclear exige um conceito menos abrangente que o de “poder familiar”, que encerra a idéia de várias pessoas exercendo autoridade so-

²⁰ VIANA, Rui Geraldo Camargo. *Evolução histórica da família brasileira*, in *A família na travessia do milênio – Anais do II Congresso Brasileiro de Direito de Família*. Coord.: Rodrigo da Cunha Pereira. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2000, p. 331.

bre os menores, o que na verdade, não acontecer. Melhor seria chamar o conjunto de direitos e deveres entre pais e filhos de “poder parental”, posto que exercido prioritariamente pelos pais, em condições de igualdade.

A própria legislação, ao denominá-lo de poder familiar, entra em contradição, uma vez que o próprio texto se reporta ao exercício dos pais, e não do restante da família, o que justificaria o sentido de poder familiar.

Assim, não obstante o Código Civil tenha, aparentemente, trazido um novo conceito, uma nova noção de pátrio poder, a modificação não passou de efeito de linguagem, tendo em vista que a idéia contida na nova nomenclatura é, ainda, apegada ao contexto familiar da sociedade do século passado.

Sobre isso, explica Carmen Lúcia Silveira Ramos:

Se é inegável que o atual modelo jurídico brasileiro continua sendo imperfeito, não atendendo às necessidades e demandas sociais, além de ser incompleto, em face da variabilidade de perfis que a família assume a cada dia, também cabe reconhecer que este novo contexto revitaliza o velho modelo jurídico racionalista-liberal, contribuindo para sua preservação e sobrevivência.²²

De modo que, mesmo sendo os alicerces da nova família a afeição, o sentimentalismo e a cooperação, o Código Civil atual traz uma posição equivocada, eis que desconsiderou, visivelmente, o modelo que se verifica na realidade social das famílias brasileiras. O que se percebe é que o legislador, na intenção de modificar conceitos, apegou-se ao modelo mais antigo de famílias, embora de maneira diversa daquela até então existente.

Tal crítica, contudo, não pode chegar ao ponto de desmerecer o esforço de um Código que já entrou em vigor com falhas não superadas pelo tempo de espera da sua tramitação.

De qualquer forma, a Constituição, que é norma hierarquicamente superior ao Código Civil, dá os contornos de como deve ser exercido o poder familiar – ou poder parental, como seria mais apropriado – e de como devem se dar as relações entre pais e filhos. De tal sorte que não há, na prática, sérios prejuízos na aplicação prática da legislação civil atual.

7 – CONCLUSÃO

²² RAMOS, Carmen Lúcia Silveira. *Família constitucionalizada e pluralismo jurídico*, in A Família na Travessia do Milênio, p. 70.

As novas relações familiares não mais se regem pelos diplomas legais privatistas, nem pelo caráter patrimonial ou materialista, predominante no século passado, e, logo, no Código Civil de 1916. Preponderam, sim, as relações de amor e afeto.

Esse contexto se deve, inclusive, pelo contorno constitucional que recebeu a família, principalmente com a emancipação da mulher e a igualdade entre os cônjuges. A autoridade familiar, antes exercida com exclusividade pelo marido, deu lugar à colaboração entre ambos os cônjuges, o que transformou, invariavelmente, as relações familiares como um todo.

Embora com todas essas mudanças, e apesar do novo alicerce em que se estabelece o Direito de Família, o Código Civil de 2002 manteve a sistemática do Código anterior, desconsiderando o novo modelo nuclear de família.

A modificação não teve grandes significados, além da nomenclatura que passou de pátrio poder para poder familiar. Manteve-se a disciplina dada à família patriarcal, hierarquizada e repleta de autoritarismo, em contraposição ao modelo atual de família reduzida, mas muito mais firme nas suas relações de afeto.

8 – REFERÊNCIAS

AMARAL, Francisco. *Direito Civil – introdução*, 5ª ed. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2003.

CANEZIN, Claudete Carvalho. *Guarda Compartilhada em Oposição à Guarda Unilateral*. In: Arte Jurídica – Biblioteca Científica do Programa de Pós- Graduação em Direito Civil e Processo Civil da Universidade Estadual de Londrina. Coord. Claudete Carvalho Canezin. Curitiba: Editora Juruá, 2005.

_____. *A mulher e o Casamento: da Submissão à Emancipação*. Maringá: Centro Universitário de Maringá, 2004.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*, 5º vol., 17ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2002.

GOMES, Orlando. *Direito de Família*, 11ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1998.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Família e casamento em Evolução*, in Revista Brasileira de Direito de Família, ano 1 – n. 1, abr./mai./jun/1999.

LEITE, Eduardo de Oliveira. *Temas de Direito de Família*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994.

_____. *Direito Civil Aplicado – Direito de Família*. v.5. São Paulo: RT, 2005.

LÔBO, Paulo Luiz Neto. *Constitucionalização do Direito Civil*, in Revista Brasileira de Direito de Família, ago/set/out/2000.

_____. *Entidas Familiares Constitucionalizadas: para Além do Numerus Clausus*. In *Temas Atuais de Direito e Processo de Família*. Coord. Cristiano Chaves de Farias. Porto Alegre: Lúmen Júris Editora e IBDFAM, 2004

MADALENO, Rol. *A Guarda Compartilhada pela ótica dos direitos fundamentais*. In *Direitos Fundamentais do Direito de Família*. Coord. Belmiro Pedro Walter e Rolf Madaleno. Porto Alegre: livraria do Advogado Editora, 2004.

MIZRAHI, Mauricio Luis. *Família, Matrimonio y Divorcio*. Buenos Aires: Editorial Astrea, 2001.

OLIVEIRA, José Sebastião. *Fundamentos Constitucionais do Direito de Família*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Novo Código Civil da Família Anotado*, Porto Alegre: Editora Síntese, 2003.

_____. (coord) *A Família na Travessia do Milênio – Anais do II Congresso Brasileiro de Direito de Família*. Belo Horizonte: IBDFAM/ Editora Del Rey, 2000.

PERROT, Michelle. *O nó e o ninho*. Reflexões para o futuro. In *Veja 25 anos* São Paulo: Editora Abril, 1993.

RAMOS, Carmen Lúcia Silveira. *Família constitucionalizada e pluralismo jurídico*, in *A Família na Travessia do Milênio*.

SEREJO, Lourival. *Direito Constitucional da Família*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de Família*. Rio de Janeiro: Editora Aide, 1994.

SOARES, Orlando. *Direito de Família*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004.

TEPEDINO, Gustavo. *A Disciplina Civil Constitucional das Relações Familiares*, in *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 1999.

TEPEDINO, Maria Celina B. M. *A Caminho de um Direito Civil Constitucional*, in *Revista de Direito Civil*, vol. 65,

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil*, vol. 6, 2ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2002.

VIANA, Rui Geraldo Camargo. *Evolução histórica da família brasileira*, in *A família na travessia do milênio – Anais do II Congresso Brasileiro de Direito de Família*. Coord.: Rodrigo da Cunha Pereira. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2000