

**FACULDADE EVANGÉLICA DE RUBIATABA  
RAIMUNDO REIS DE OLIVEIRA**

**PODER FAMILIAR OU DEVER FAMILIAR:  
A REALIDADE NO BRASIL EM 2017**

**RUBIATABA-GO**

**2018**

**RAIMUNDO REIS DE OLIVEIRA**

**PODER FAMILIAR OU DEVER FAMILIAR:  
A REALIDADE NO BRASIL EM 2017**

Monografia apresentada como requisito parcial à conclusão do curso de Direito da Faculdade Evangélica de Rubiataba, sob orientação do professor Pedro Henrique Dutra.

**RUBIATABA-GO  
2018**

**RAIMUNDO REIS DE OLIVEIRA**

**PODER FAMILIAR OU DEVER FAMILIAR:  
A REALIDADE NO BRASIL EM 2017**

Monografia apresentada como requisito parcial à conclusão do curso de Direito da Faculdade Evangélica de Rubiataba, sob orientação do professor Pedro Henrique Dutra.

**MONOGRAFIA APROVADA PELA BANCA EXAMINADORA EM 20 / 08 / 2018**

---

**Especialista Pedro Henrique Dutra**

**Orientador**

**Professor da Faculdade Evangélica de Rubiataba**

---

**Especialista Nalim Rodrigues Ribeiro Almeida da Cunha Duvallier**

**Examinador I**

**Professor da Faculdade Evangélica de Rubiataba**

---

**Especialista Leidiane de Moraes Silva Mariano**

**Examinador II**

**Professor da Faculdade Evangélica de Rubiataba**

Dedico essa monografia a todos aqueles que são importantes em minha vida e que contribuíram direta e indiretamente, para que eu pudesse hoje, concluir essa graduação.

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço a Deus, por me capacitar e me dar forças nessa jornada.

Agradeço à minha família, pela paciência e compreensão.

Agradeço ao meu orientador por compartilhar seu conhecimento e me ajudar nessa caminhada.

A todos o meu muito obrigado!

## RESUMO

O objetivo dessa monografia é analisar o conceito de família, dentro do ordenamento jurídico brasileiro vigente, bem como, a responsabilidade familiar na sociedade brasileira, no que concerne à criação e educação dos filhos, a autoridade parental sobre os mesmos, enquanto crianças e adolescentes e as consequências da omissão dessa responsabilidade, no caso de pais e/ou mães faltosos no seio familiar. Por fim, será estudado o Direito de Família, bem como seu contexto e características, com base nos princípios trazidos pela Constituição Federal de 1988 e o Estatuto da Criança e do Adolescente, pois os filhos, enquanto menores, estão sujeitos ao pátrio poder familiar, tendo a família o dever de observar todo o rol de obrigações a ela competente.

**Palavras-chave:** Poder Familiar; Pátrio Poder Familiar; Direito de Família.

## **ABSTRACT**

The objective of this monograph is to analyze the concept of family, within the current Brazilian Legal System, as well as, the family responsibility in Brazilian society, regarding the creation and education of children, parental authority over them, as children and adolescents and the consequences of the omission of this responsibility, in the case of parents and / or mothers failing in the family. Finally, the Family Law will be studied, as well as, its context and characteristics, based on the principles brought by the Federal Constitution of 1988 and the Statute of the Child and Adolescent, because the sons, as minors, are subject to original familiar power, because the family has the duty to observe the entire list of obligations to which it is competent.

**Keywords:** Familiar Power; Original Familiar Power; Family Law.

## **LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS**

CFB – Constituição Federal do Brasil

ECA – Estatuto da criança e do adolescente

Art. – Artigo

CC – Código Civil

## SUMÁRIO

<b>1. INTRODUÇÃO .....</b>	<b>9</b>
<b>2. O PÁTRIO PODER NO DIREITO DE FAMÍLIA .....</b>	<b>12</b>
2.1 ORIGEM DO PÁTRIO PODER .....	12
2.2 EFEITOS DO PÁTRIO PODER NA FAMÍLIA.....	15
2.3 EXTINÇÃO DO PÁTRIO PODER .....	17
<b>3. PODER FAMILIAR .....</b>	<b>22</b>
3.1 ORIGEM DO PODER FAMILIAR .....	23
<b>4. DEVER FAMILIAR .....</b>	<b>28</b>
<b>5. CONSIDERAÇÕES FINAIS .....</b>	<b>33</b>
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....</b>	<b>35</b>



## 1. INTRODUÇÃO

Família, no seu sentido mais amplo, seguindo Diniz (2011, p.585), “é aquela em que indivíduos estão ligados pelo vínculo de consanguinidade ou da afinidade”. Já em sentido *lato sensu* família refere-se àquela além do cônjuge ou companheiros e de seus filhos, abrange parentes da linha reta ou colateral, bem como os afins; por fim, o sentido estrito restringe a família à comunidade formada pelos pais e a filiação.

As primeiras famílias eram matriarcais por que o pai era desconhecido. Ao longo da história as famílias tornaram-se patriarcais, predominando a autoridade e a força do varão. Atualmente, ambos os cônjuges comandam a família como reza o art. 1634 do CC de 2002; *in verbis*: “art. 1634 (BRASIL, 2002), competem a ambos os pais, qualquer que seja a sua situação conjugal, o pleno exercício do poder familiar”.

O poder familiar veio substituir o pátrio poder que constava na legislação de 1916. Decorre do poder familiar toda obrigação dos pais de criar, educar e garantir toda subsistência do filho. O pátrio poder vigia em uma época hierarquizada, patriarcal onde ao pai tudo era permitido e a mãe estava em uma situação inferiorizada.

Com a evolução dos modelos familiares e com advento da Constituição de 1988 tivemos essa mudança no Código Civil de 2002 passando o pátrio poder a se chamar poder familiar, nomenclatura que trouxe controvérsia entre doutrinadores (BRASIL, 2002).

Cabe aos pais primordialmente, dirigir a criação e a educação dos filhos, para proporcionar-lhes a sobrevivência, compete aos pais tornar seus filhos úteis à sociedade, a atitude dos pais é fundamental para a formação da criança. Faltando com esse dever o progenitor faltoso será submetido à reprimenda.

Nesta perspectiva surge a dúvida: Poder Familiar ou dever familiar o que atende o direito de família na atualidade?

Este trabalho trata do tema “Poder familiar ou Dever familiar: a realidade do Brasil em 2017”, usando o método de pesquisa revisão bibliográfica, conforme explica Marconi e Lakatos (2011, p. 114) “é o método pelo qual se faz levantamento,

seleção e documentação de toda bibliografia já publicada sobre o assunto que será pesquisado”, no intuito de determinar o que atende o Direito de Família na atualidade o poder familiar ou dever familiar.

Nesta perspectiva, foi estudado o direito de família no aspecto do Pátrio Poder procurando entender o contexto e as características desse instituto. Também, foi analisado o Poder Família em face dos novos princípios trazidos pela Constituição Federal e pelo ECA que provocaram grandes alterações nas estruturas familiares. O direito de família adotou como seus princípios basilares a dignidade humana, a liberdade, a igualdade, a afetividade, a proteção integral da criança e do adolescente e a prevalência do interesse do infante. A realização pessoal no ambiente com base no afeto tornou-se a função básica da família contemporânea (BRASIL, 1990).

Analisou-se, com base nos princípios trazidos pela Constituição Federal de 1988, a ideia da melhor adequação da nomenclatura “Poder Familiar para Dever Familiar”, adentrando assim, na ceara da controvérsia doutrinária a respeito do tema.

Nesse interim, procurou-se chegar ao entendimento de qual instituto é o melhor para a atualidade no Direito de Família.

O Código Civil de 2002 no art. 1630 traz em seu bojo que os filhos estão sujeitos ao poder familiar, enquanto menores (BRASIL, 2002). A CFB de 1988 no artigo 227 diz que é dever da família observar todo um rol de obrigações em face da criança e do adolescente (BRASIL, 1988).

O poder familiar instituído pelo CC 2002 extingue o pátrio poder estabelecido pelo Código Civil de 1916, porém, a denominação ainda não é a mais adequada, porque mantém a ênfase do poder. Com a implosão social e jurídica da família patriarcal, cujos últimos estertores deram-se antes do advento da Constituição de 1988, não faz sentido que seja reconstruído o instituto apenas deslocando o poder do pai para o poder compartilhado dos pais, pois a mudança foi muito mais intensa, na medida em que o interesse dos pais está condicionado ao interesse do filho, ou menor, no interesse de sua realização como pessoa em formação.

Ainda com relação à terminologia, ressalta-se que as legislações estrangeiras mais recentes optaram por “autoridade parental”. A França a utilizou desde a legislação de 1970, que introduziu profundas mudanças no Direito de Família desse país.

Extraí-se do artigo 227 da CFB o conjunto mínimo de deveres cometidos à família como veremos a seguir: o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer. A profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e a convivência familiar (BRASIL, 1988). Evidentemente, tal conjunto de deveres deixa pouco espaço ao poder. São deveres jurídicos dos pais, a direitos cujo titular é o filho.

Quanto ao instituto em comento (poder familiar) nota-se uma dissonância do Código Civil de 2002 com a Carta Magna de 1988.

Diante do exposto, nota-se que o tema dessa pesquisa, além de ser de bastante relevância para o mundo jurídico e social é também muito atual, pois, todo instituto jurídico tem seus efeitos e reflexos, faz-se, então, necessário adequar-se tais institutos à realidade social e estes terem eficácia plena.

Procurou-se, ao longo dessa pesquisa trazer entendimentos diversos, de professores e juristas especializados em Direito de Família, com argumentos e teses para melhor nortear nossos estudos.

Ademais, foram analisadas Leis infraconstitucionais em face da Carta Magna com estudos direcionados sempre embasados nas melhores doutrinas brasileiras sobre o instituto em comento.

Confirma-se com isso, a necessidade de uma discussão clara e profunda sobre os institutos jurídicos, levando-se em consideração não somente o viés do direito, mas também a filosofia, sociologia, antropologia e toda ciência que auxilia a confecção de regras para convivência humana e a pacificação social.

Este trabalho terá três partes, os quais discorrerão dos temas relevantes à conclusão da pesquisa. Primeiramente, tratará de o Pátrio Poder, pois foi deste instituto que surgiu a divergência que estamos estudando. Na sequência, será tratado o instituto que foi adotado pelo Código Civil de 2002 e no terceiro capítulo estudaremos a corrente que comunga da ideia de que os pais têm dever extremos com os filhos, em detrimento ao poder familiar. Então, faremos a conclusão, baseada nas propostas estudadas nos capítulos supracitados.

## 2. O PÁTRIO PODER NO DIREITO DE FAMÍLIA

O pátrio poder tem sua origem etimológica na expressão *pátria potestas*, instituto que significava um direito absoluto do pai sobre seus filhos, sobre a esposa, sobre os escravos e sobre pessoas livres que passaram de um pater famílias a outro pela venda, por exemplo: (ULHOA, 2013). Neste sentido, será abordado qual a influência do pátrio poder romano no século XIX e princípio do século XX e quais foram às mudanças ao longo do tempo, com objetivo de esclarecer e demonstrar em que refletiu para a educação e criação dada aos filhos dessa época.

A sociedade está em constante mudança e o direito tem como primícias o costume para sua regulação, neste diapasão a família precisa ser alcançada pelas normas dentro de sua realidade. Entendendo o instituto de o pátrio poder e o lapso de tempo que houve para que o legislador criasse leis apropriadas para regulação das relações familiares, entraremos na seara da discussão onde uma corrente de doutrinadores entende que a nomenclatura poder familiar é adequada e outra corrente acredita que o correto seria dever familiar.

### 2.1 ORIGEM DO PÁTRIO PODER

Ninguém sabe com segurança como, quando e em que circunstância ocorreu, mas é certo que o Homo sapiens, em determinado momento de sua trajetória evolutiva, deixou de praticar relações sexuais quando o homem e a mulher descendiam do mesmo tronco, segundo uma teoria, no início da sociedade humana, a espécie vivia na mais completa promiscuidade.

Segundo Engels (1884, p. 120) “Todos se guiavam exclusivamente pelos desejos e faziam sexo sem observar qualquer interdição”. Essa teoria não foi ainda confirmada nem rejeitada por estudos arqueológicos definitivos, se ela estiver certa, a proibição do incesto foi a nossa primeira lei; caso errada, a vedação de relações incestuosas seria uma característica biológica da espécie humana, anterior mesmo à organização da sociedade.

A proibição do incesto provavelmente foi impulsionada pelo instinto de preservação da espécie. A diversidade genética propicia combinações que tornam os seres mais aptos a enfrentar a seleção natural. Por óbvio, à época em que começou a praticar a proibição do incesto, o Homo Sapiens não tinha a menor ideia da importância disso para seu desenvolvimento (PEREIRA 2014).

Foi o puro instinto animal que o fez dividir as tribos em agrupamentos menores (clãs), segundo regras de quem podia e quem não podia manter relações sexuais. Essa divisão está na origem da família. A antropologia considera que, na maioria das comunidades primitivas, a segregação teve por referência um totem; isto é, um símbolo - em geral de animal ou planta - que marcava cada clã. Homens e mulheres do totem do boi não podiam copular uns com os outros, por exemplo, mas somente com as pessoas de outro totem. O totemismo generalizou-se, nos fins do século XIX, com a tentativa de alguma etimologia conferir-lhe caráter universal (todas as sociedades humanas primitivas teriam se organizado basicamente em clãs totêmicos) e místico (os povos primitivos cultivariam a crença de que cada um descendia realmente do animal ou da planta do totem); mas nos anos de 1960, demonstrou-se que o clã totêmico se encontra na maioria, mas não na totalidade das organizações sociais ditas primitivas. A única característica universal de todas as comunidades humanas, que teve de elo entre a condição natural e cultural da espécie, é a proibição do incesto, a primeira lei da nossa organização social (LÉVI STRAUSS, 1967).

A explicação da origem da família, como se vê, está envolta em grandes incertezas. Associa-se o seu surgimento, porque conceitualmente não há alternativa, ao da prática da proibição do incesto, isto é, à regulação das relações sexuais permitidas e proibidas. Mas pouco se consegue avançar, pela trilha da certeza científica, no conhecimento de sua origem, porque nunca houve como não há hoje em dia, uma forma única de família. Podem-se estudar as famílias, mas não a família. Numa determinada sociedade, definida por vetores de tempo e lugar, é possível descrever uma ou duas estruturas predominantes de organização familiar. Mas não tem sentido buscar uma única trajetória evolutiva que explique satisfatoriamente como se estruturam e quais são as funções de todas as famílias. Tais vetores não têm serventia, por exemplo, na compreensão da família muçulmana, hindu ou, em parte, da oriental (ULHOA, 2013).

Das origens nebulosas faça-se, então, um enorme salto para a Antiguidade, em que as incertezas no trato do assunto podem ser menores. Em Roma, é possível conhecer, pelos registros, o essencial – senão tudo – da família chefiada pelo cidadão romano. Note que a sociedade romana já era muito complexa naquele tempo para abrigar uma única forma de família. Pequenos comerciantes, escravos libertos e o estrangeiro viviam em estruturas bem diferentes da descrita nos manuais de direito romano como característica da família de então. Refere-se à descrição, a rigor, à família chefiada pelo cidadão romano, o *pater*. Nesta época, família é o conjunto de pessoas que estavam no mesmo tronco ancestral formando a gens. Família *communi iure* era o conjunto de todos aqueles que estariam sob a potestade do *pater* se ele fosse vivo, dentre eles: filhos, netos bisnetos, independente de sexo e idade. Ressaltando que, o *pater* tinha poder sobre o direito de vida e morte, sobre a faculdade de rejeitá-los, de vendê-los, de dá-los em garantia, de reivindicá-los como coisa sua, ou seja, os que estavam sob o poder dele eram tratados como “objetos”, no qual fazia o que era do seu interesse sendo a figura paterna como autocrática e de incontestável poder sobre a família (ULHOA, 2013).

No mesmo contexto, havia o chamado *ius vitae et necis*, ou seja, o direito de vida e morte sobre as pessoas dependentes; o *ius exponde* que consistia em poder de abandonar o filho infante e, por fim, o *ius vendende*, que era o direito de vender as pessoas a ele sujeitas como escravos. Com o nascimento do cristianismo, houve algumas mudanças, onde havia possibilidades deste poder ser extinto no caso de: morte do *pater*, emancipação dos filhos por ato voluntário deste, pelo aprisionamento do *pater* em batalha, que poderia ser recuperado caso ele regressasse à sua pátria ou pelo casamento da filha, também poderia perder o *pater potestas* em punição pelos maus tratos, por exposição de recém-nascidos e pela prostituição da filha.

Quanto aos bens, estes pertenciam ao patrimônio da *domus*, sob a administração do *pater* famílias, somente após a morte deste a herança era repartida. Esse modelo familiar não durou todo o período histórico do Direito Romano. No período Imperial o poder de vida e de morte se transforma somente no poder de corrigir os filhos *ius domesticae emendationis* (ULHOA, 2013).

Ainda neste período, o filho passa a ter gozo de um pequeno patrimônio em dinheiro ou em coisas. Os soldados, ainda sob o poder do pai, tinham o gozo e o

poder de dispor por testamento do *peculium castrense* (bens adquiridos na vida militar). Depois de Constantino, surge o *peculium quasi castrense* (bens que foram adquiridos no exercício de uma profissão ou cargo público) e sobre os *bens bona adventícia* (obtidos por herança materna) ou *lucra nuptialia* (pelo patrimônio), no qual o filho tem plena propriedade (2008-2017 trabalhosgratuitos.com).

A sociedade muda, e passa a ter distintos anseios, necessidades e valores, muda também o direito a fim de se adaptar à nova realidade. Com o direito de família não poderia ser diferente. Houve mudanças significativas no entendimento deste ramo jurídico, a exemplo do seu próprio objeto, da sua peça-chave, a família. Conhecer a história desta entidade, sua realidade cultural, seu modo de pensar e de agir contribui para o entendimento da realidade a qual se encontra hoje.

## 2.2 EFEITOS DO PÁTRIO PODER NA FAMÍLIA

A noção de pátrio poder do Código Civil de 1916 estava, logicamente, ligada ao poder do marido e pai sobre os demais membros da família. Fundava-se o poder do pai, sobre os filhos, pois ele também já detinha seus poderes sobre a mulher. Portanto, a mulher e conseqüentemente a mãe, só exercia o pátrio poder na falta do pai, pois na sua presença era a vontade dele que imperava. Fora raras situações trazidas pelo Código Civil de 1916 podia a mulher, diante da discordância entre mulher e homem a respeito dos filhos, solicitar a intervenção do Estado para a solução do conflito (BRASIL, 1916).

O instituto do Pátrio Poder estabelecido pelo Código Civil de 1916 (BRASIL, 1916), não é mais do que o reflexo da sociedade da época, isso porque a legislação nada mais é que uma representação dos conceitos e princípios vigentes na vida social quando da sua elaboração. A sociedade brasileira em meados de 1916 era conservadora e patriarcal, tendo suas atenções todas voltadas aos homens. Eram eles que podiam estudar; trabalhar, tomar suas decisões de maneira independente, gerenciar suas finanças e controlar a vida familiar, além de votar em seus representantes com a proclamação da República. Na classificação dos direitos e deveres de cada cônjuge quanto aos filhos e convívio social, a diferença de

tratamento entre o marido, chefe da sociedade conjugal, e a mulher, sua colaboradora, ficava evidente (SAAD, 2010).

Sílvio de Salvo Venosa descreve (VENOSA, 2014, p.16):

Os Códigos elaborados a partir do século XIX dedicaram normas sobre a família. Naquela época, a sociedade era eminentemente rural e patriarcal, guardando traços profundos da família da Antiguidade. A mulher dedicava-se aos afazeres domésticos e a lei não lhe conferia os mesmos direitos do homem. O marido era considerado o chefe, o administrador e o representante da sociedade conjugal. Nosso Código Civil de 1916 foi fruto direto dessa época.

Segundo o artigo 380 do antigo Código, era o homem que exercia o pátrio poder sobre os filhos menores e, somente em sua falta, isso era transmitido à mulher. Ou seja, era o marido quem decidia qual o melhor caminho para guarda, formação e educação dos filhos. No que diz respeito à filiação, havia evidente distinção entre filhos legítimos e ilegítimos, naturais e adotivos, registrado no assento de nascimento a origem da filiação. Quanto aos bens, conforme se observa o disposto no artigo 377, do mesmo Código (BRASIL, 1916): “Quando o adotante tiver filhos legítimos, legitimados ou reconhecidos, a relação de adoção não envolve a de sucessão hereditária”. Outro exemplo claro é o fato de que o filho ilegítimo, reconhecido por um dos cônjuges, não poderia residir no lar conjugal sem o consentimento do outro, conforme preceitua o artigo 359. Quanto ao instituto da guarda o Código Civil de 1916 atribuía a guarda ao consorte não culpado pelo desquite, sendo que, somente em situações gravíssimas a pedia. Portanto, tal instituto estava atrelado à culpa na separação e não no bem-estar da criança (LOTUFO, 2002).

Fachin (2003, p.141) enfatiza que: “o sistema adotado pelo Código Civil de 1916 tratava de um sistema fechado que abordava apenas disposições que favoreciam a classe dominante”. Desta forma, não foram codificados institutos que a sociedade da época não queria ver disciplinados como o modo de apropriação de bens e a vida em comunhão.

O mesmo autor afirma que, frente o Código de Beviláqua, ser sujeito de direito significava ser “sujeito de patrimônio”, ou seja, ter muitos bens. Para tanto, precisava compra-lo, sendo em igual medida “sujeito do contrato”, bem como, “sujeito de família”, recebendo o código a designação de o “Estatuto Privado do

Patrimônio”, exatamente porque se coloca como a constituição do homem privado titular de um patrimônio, ideia projetada, em parte, para o Código Civil brasileiro de 2002 (FACHIN, 2003).

É notório que a instituição do pátrio poder sustenta o egoísmo por parte do patriarca em detrimento do altruísmo em prol do filho. Não há nesse instituto a ideia de fazer prevalecer o interesse da criança e do adolescente. Repare que somente se fala em direitos e não em deveres do pai. Primitivamente, o pátrio poder, visava tão somente ao interesse do chefe de família. Modernamente, despiu-se do caráter egoístico de que se impregnava seu conceito; na atualidade, é profundamente diverso. Ele é presentemente um conjunto de deveres, de base nitidamente altruística.

### **2.3 EXTINÇÃO DO PÁTRIO PODER**

A partir do século XIX a família começou a voltar-se à afeição, deixando de ser uma instituição voltada a manter os bens e a honra. O modelo de família da atualidade, já não é mais a do autoritarismo, nem a que se forma pelo instituto do casamento, mas sim, àquela que se fende pelos laços de afeto. Na ideia de família, o que mais importa – a cada um de seus membros, e a todos a um só tempo – é exatamente pertencer ao seu âmago, é estar naquele idealizado lugar onde é possível integrar sentimentos, esperanças e valores, permitindo, a cada um, se sentir a caminho da realização de seu projeto pessoal de felicidade. A família da pós-modernidade é marcada pelo afeto entre seus membros e a constante busca pela felicidade. A partir desse momento histórico a família se abre para configurar-se em um mundo cruel, uma forma de abrigo, um pouco de calor humano, um lar onde entre seus membros se pratique a solidariedade, a fraternidade, e acima de tudo, os laços de afeto e amor. Esse é o sentido da família na atualidade (WALTER, 2009).

Cumprido destacar que o Direito de Família, dentre todos os ramos do Direito, é o que avançou nos últimos tempos, visto que seu objetivo são as relações interpessoais e que estas acompanham os passos da evolução social. Faz menção que a evolução da estrutura jurídica familiar se desencadeou a partir da evolução científica, dos movimentos sociais e o crescente fenômeno da globalização. Essas

profundas mudanças possuem suas raízes atreladas a alguns acontecimentos como: à Revolução Industrial, à divisão do trabalho e à Revolução Francesa, tendo como ideais a liberdade, a igualdade e a fraternidade. A família iniciou sua passagem para a contemporaneidade com o ingresso da mulher no mercado de trabalho por volta de 1950 e com a conquista da igualdade entre os cônjuges. A partir da descoberta da pílula anticoncepcional, em meados de 1967, a família deixou de ser uma entidade econômica e o casamento passou a ser alicerçado no amor e não mais em um contrato econômico (WALTER, 2009).

A família contemporânea caracteriza-se pela diversidade e segundo Brauner (2001, p.106), “os métodos contraceptivos trouxeram a possibilidade de se organizar os nascimentos com autonomia, deixando de ser a procriação um dos motivos para a união entre um homem e uma mulher”;

Brauner leciona (2001, p.108):

Os esposos, cônjuges ou companheiros se devem reciprocidade antes de tudo, afeição, dedicação e assistência mútua. Pode-se afirmar que, no presente, um casal se une para buscar a felicidade por meio de relações de afeição e solidariedade, que significam os pilares de base para a existência da família moderna. Chega-se assim a uma concepção nuclear de família.

O afeto passou a ser um elemento essencial para a união entre pessoas, tornando-as cúmplices do amor e da felicidade, formado assim, entidades familiares diversas, tuteladas ou não pelo Direito. Atualmente, têm-se famílias com filhos, sem filhos, homossexuais, produto de reprodução artificial, entre outras. Os avanços da ciência e da tecnologia criaram novas expectativas sociais e novas possibilidades para o Direito de Família, que não tem alternativa, senão sensibilizar-se com essas novas formas de organização social, ficando assim, inapropriado o instituto do pátrio poder no Código Civil vigente de 1916 (BRAUNER, 2001).

A família contemporânea é caracterizada pela diversidade, justificada pela incessante busca pelo afeto e felicidade. Dessa forma, a filiação também tem suas bases no afeto e na convivência, abrindo-se espaço para a possibilidade de filiação não ser somente aquela que deriva dos laços de sangue, mas também do amor e da convivência, como é o caso da filiação socioafetiva.

No âmbito familiar, as sucessivas mudanças legislativas iniciaram na metade do século passado e culminaram com o advento da Constituição Federal de 1988. A

partir daí, surgiram inúmeras leis tentando adequar-se às novas perspectivas da família e da sociedade. Em virtude da evolução da humanidade e do próprio pensamento, o que era aceitável antigamente, hoje, passa a ser abominado pela sociedade, como por exemplo, o poder do pai sobre a vida e a morte dos filhos, ou ainda, a possibilidade de anular o casamento ser constatada a esterilidade. Dentro dessa caminhada evolutiva o Direito precisa necessariamente acompanhar os anseios sociais, sob pena de transformar-se em letra morta. Em virtude dessas mudanças, muitas situações foram surgindo e aspirando respaldo legal, tais como a união estável, a adoção, a investigação da filiação, a guarda e o direito de visitas (LOTUFO, 2002).

A partir da Carta Magna de 1988, a família recebeu novos contornos, vislumbrando princípios e direitos conquistados pela sociedade. Diante da nova perspectiva da família, o modelo de família tradicional passou a ser mais uma forma de constituir um núcleo familiar, que em conformidade com o artigo 266 passa a ser uma comunidade fundada na igualdade e no afeto (BRASIL, 1988):

Federal (BRASIL, 1988) *in verbis*:

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

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

[...]

§ 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;

[..]

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

[...]

§ 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 ou 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 o integram, criando mecanismo para coibir a violência no âmbito de suas relações.

A Constituição Federal de 1988 propiciou uma profunda mutação na estrutura social e familiar, por isso foi denominada como “Constituição Cidadã”. Uma nova base jurídica foi lançada visando auferir o respeito aos princípios constitucionais, tais como a igualdade, liberdade, e acima de tudo o respeito ao princípio da dignidade da

pessoa humana. Vários princípios constitucionais foram adotados pelo Direito de Família e a partir deles foi transformado o conceito de família, passando esta ser considerada uma união fundada no amor recíproco.

Sobre as inovações Walter (2009, p.53) pronuncia-se:

Na leitura dos dispositivos constitucionais que albergam os interesses da família, a Constituição Federal, ao contrário da visão moderna de proteção exclusiva da entidade familiar, permitiu que se reconhecessem constitucionalmente, em perspectiva pós-moderna, dois princípios eventualmente, considerados antagônicos: proteção à unidade familiar e o de proteção aos filhos, considerados em sua individualidade.

As inovações da Constituição em conceder proteção integral às crianças deve-se ao fato de que, o país vivia um momento social difícil, em que havia marginalização da criança, que era colocada de lado, no processo de integração social tal preocupação fez com que o constituinte de 1988 destinasse longo capítulo à família, à criança, ao adolescente ao idoso. No dia 20 de novembro de 1989 foi instituída a Convenção da ONU (Organização das Nações Unidas) sobre os direitos da criança e do adolescente, aprovada em assembleia geral., ocorrida em Nova Iorque e ratificada pelo Brasil, através do Decreto de nº 99.710/99, Estatuto da Criança e do adolescente (ECA), que representou um grande avanço no reconhecimento dos direitos dos mesmos, ratificando, assim, o princípio da proteção integral dos menores (WALTER, 2009).

O Estatuto da Criança e do Adolescente (BRASIL, 1990) reza que:

Art. 4. 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, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

Parágrafo Único. A garantia de prioridade compreende:

- a) Primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias;
- b) Precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública;
- c) Preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas;
- d) Destinação privilegiada de recurso público nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude.

A Lei 10.406 de 2002, que institui o Novo Código Civil brasileiro, é fruto do projeto de lei 634/75, a qual teve como relator o parlamentar Ricardo Fiúza. A mesma foi aprovada e entrou em vigor após sua publicação no Diário Oficial da União, no dia 11 de janeiro de 2002. A presente lei foi sancionada pelo Presidente Fernando Henrique Cardoso no dia 10 de janeiro de 2002. A redação inicial aprovada pela casa de origem foi profundamente alterada, desde sua apresentação até sua apreciação no Senado, sendo que decorreu período superior a vinte anos. Dessa forma, temos um Código que apesar de novo, na época de sua vigência já estava desatualizado. Tendo em vista que a sociedade é mutável e que a legislação precisa acompanhar essa evolução, o lapso temporal de vinte anos representou grande perda na conquista de novos direitos. Os direitos que seriam novos, já haviam sido contemplados pela Constituição Federal, não representando grande avanço e sim, em alguns aspectos, um retrocesso. Foi a partir do Código Civil de 2002, que o legislador se voltou para o bem-estar do menor e para a satisfação de seus reais interesses. Dessa feita, entre outras mudanças significativas, substituiu-se a nomenclatura do instituto do pátrio poder por poder familiar (LOTUFO, 2002).

Enfim, pode-se concluir que essa troca de nomes, pátrio poder para poder familiar, se deu porque o pátrio poder era visto como uma decorrência da chefia da família exercida pelo marido e como pai, o que não mais existia. Assim, após a criação da Constituição Federal de 1988 e do Estatuto da Criança e do Adolescente em 1990 saiu-se da esfera de pátrio poder que vem de autoridade e passou para poder familiar, justamente para que pudesse entender-se que o objetivo era preservar a dignidade e o direito dos filhos pelos pais e não tratá-lo como um patrimônio que podiam dispor a qualquer momento.

O instituto perde sua organização despótica inspirada no direito romano, deixando de ser um conjunto de direitos do pai sobre a pessoa dos filhos, amplos e ilimitados, para se tornar um complexo de deveres.

### 3. PODER FAMILIAR

Poder familiar é o conjunto de direitos e deveres estabelecidos entre os pais e seus filhos menores de 18 anos. A expressão, introduzida pelo Código Civil Brasileiro de 2002, substituiu o termo pátrio poder que, como o próprio nome sugere, dominância paterna e a figura do chefe de família na condução dos assuntos domésticos e familiares, somente em 2002 – no século 21, portanto – é que esse resquício de uma sociedade patriarcal foi eliminado de nossa legislação. Desde então, perante a lei, pai e mãe partilham em pé de igualdade sobre os filhos. (GONSALVES, 2010)

Os filhos adquirem direitos e bens sem ser por via de sucessão dos pais. Há, pois, que defender e administrar esses direitos e bens; e para este fim, representá-los em juízo ou fora dele. Por isso, aos pais foi concedida ou atribuída uma função semipública, designada poder parental, que principia desde o nascimento do primeiro filho, e se traduz por uma série de direitos-deveres, isto é, direitos em face de terceiros e que são, em face dos filhos, deveres legais e morais (GONSALVES, 2010). Nota-se que o poder familiar é instituído no interesse dos filhos e da família, não em proveito dos pais em especial, em atenção ao princípio constitucional da paternidade responsável, estabelecido no artigo 226, §7º, da Constituição Federal (BRASIL, 1988).

Este capítulo procurará compreender acerca do tema proposto e discorrerá sobre o poder familiar. O que vem a ser esse tal poder? Conforme o dicionário Houaiss (2010, p.607) têm-se diversos significados para tal palavra, seguem alguns: “ter autorização para; ser capaz; estar em condição de; direito ou capacidade de decidir, agir e ter voz de mando” dentre outros. E, conforme o significado desta palavra, já se imagina a importância, força e a responsabilidade que se encontra sobre esta. Agora devemos observar o significado que esse “poder” tem dentro de um contexto social familiar. Não obstante, o Código Civil de 2002 ter estabelecido a nomenclatura deste instituto em comento de poder familiar (BRASIL, 2002), com efeito, será observado no decorrer da pesquisa que existem deveres em detrimento de poder.

### 3.1 ORIGEM DO PODER FAMILIAR

O poder familiar é estabelecido para que os pais tenham total liberdade em exercer sobre seus filhos menores encargos impostos por lei, tendo assim um poder decisório sobre a pessoa destes e sobre os bens dos filhos menores não emancipados, mas não existe apenas poder, há também obrigações que são estabelecidas a estes, a partir do momento em que se aceita tal responsabilidade. Diante disso, o poder familiar, é algo que irá bem mais além do que se podem imaginar, diversos doutrinadores deram pareceres acerca do tema.

Na definição de Diniz (2010, p. 564):

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 lhe impõe, tendo em vista o interesse e a proteção dos filhos.

Nesse contexto, Dias (2017, p. 377) afirma que: “O poder familiar é sempre trazido como exemplo da noção de poder-função ou direito-dever, consagradora da teoria funcionalista das normas de direito das famílias: poder que é exercido pelos genitores, mas que serve ao interesse do filho”.

Esse argumento vem a fortalecer a importância deste instituto e demonstrar a tamanha responsabilidade que os pais arcam quando estão à frente dos seus filhos, é imposto aos pais não só o poder sobre esses menores é destinado a eles cumprir com a obrigação de agir em função destes e garantir que os deveres relacionados aos menores sejam sempre colocados em prática, priorizando o melhor interesse ao menor e visando suas prioridades com primazia absoluta.

Do ponto de vista de Gonsalves (2010, p. 93):

Poder familiar é, ao mesmo tempo, uma autorização e um dever legal para que uma pessoa exerça as atividades de administração dos bens e de asseguração do desenvolvimento dos direitos biopsíquicos do filho incapaz, pois o poder familiar importa não apenas em direitos sobre a pessoa do incapaz e os seus bens, como também em deveres pessoais e patrimoniais sobre o filho.

O poder familiar advém desde a antiguidade, com origem no Direito Romano, onde o titular da família era o pai, que detinha poder ilimitado sobre os filhos, controlando desde vida (educação, relacionamento) quanto à morte; ficando a mãe numa figura submissa, devendo somente cuidar da casa e do marido, nada interferindo naquilo que dizia respeito a respeito à construção do caráter dos filhos.

Nessa esteira, afirma Cicco (1993, p. 21):

O poder de família é um dos ramos mais antigos do direito e visava o exclusivo interesse do chefe da família. Teve sua origem na Roma Antiga, onde a lei permitia ao pai vender ou até mesmo tirar a vida de seu filho, inclusive dispor de sua mulher quando entendesse conveniente, pois sobre eles tinha o poder de venda ou de morte. A lei das XII Tábuas faz referência ao pátrio poder: TÁBUA QUARTA: Do pátrio poder e do casamento. 1 – É permitido ao pai matar o filho que nasceu disforme, mediante o julgamento de cinco vizinhos. 2 – O pai terá sobre os filhos nascidos de casamento legítimo o direito de vida e de morte e o poder de vendê-los. 3 – Se o pai vender o filho três vezes, que esse filho não recaia mais sob o poder paterno. 4 – Se um filho póstumo nascer até o décimo mês após a dissolução do matrimônio, que esse filho seja reputado ilegítimo (...).

Observe-se na Lei das XII Tábuas o quão grande era a autonomia do pai sobre os filhos, podendo decidir se a criança que nasceu deformada ficaria viva ou não e até mesmo vender seus filhos havidos do casamento. Nessa perspectiva Pereira (2004, p. 28) afirma que:

“O *pater* era, ao mesmo tempo, chefe político, sacerdote e juiz. Comandava, oficiava o culto dos deuses domésticos (*penates*) e distribuía justiça. Exercia sobre os filhos direito de vida e de morte (*ius vitae ac necis*), podia impor-lhes pena corporal, vende-los tirar-lhes a vida.

Seguindo a mesma lógica, Pereira (2014, p. 368) pondera que:

No direito antigo, a estrutura autocrática da família, alicerçada no princípio da autoridade, constitui a noção de pátrio poder em termos rígidos e severos. Não lhe faltou a influência religiosa tendo-se em vista que o chefe da família – *pater* – Era, ao mesmo tempo, o sacerdote do culto doméstico. Na Grécia era assim, não obstante os monumentos históricos admitirem o deslocamento da autoridade do pai, atingido pela senectude, ao filho mais hábil, como dá exemplo à descrição de Homero, no caso de Ulisses astuto em face do pai Laertes. No Direito Romano os textos são o testemunho da severidade dos costumes, atribuindo ao *pater familias* a autoridade suprema no grupo, concedendo-lhe um direito de vida e morte sobre

o filho (*ius vitae ac necis*). Nem a evolução dos costumes, nem o direito da cidade pôde abrandar o rigor deste poder soberano.

O poder familiar é constituído de origens remotas. No direito romano, base das legislações modernas, a figura do *pater* era tida como uma espécie de chefe absoluto. Já na Idade Média, o pátrio poder se mostra menos amplo que na Antiguidade. Com o decorrer dos tempos, o poder absoluto do *pater* foi modificado, reduzindo-se a simples direito de correção após a legislação justinianéia. Nesse momento, por mais que sendo considerados como sujeitos ao pátrio poder e ao poder marital, os filhos e a mulher, tiveram uma grande evolução, obtendo mais autonomia. Com tais modificações no cenário familiar, houve reformulação dos valores sociais trazidos com a urbanização, à revolução industrial e o feminismo, o patriarcalismo foi esvaziado de sentido e, portanto, abandonado, sendo o pátrio poder reformulado e renomeado: surge, assim, o “poder familiar” (nomenclatura adotada pela doutrina e legislação brasileira).

Surgiu em 1979 a Lei 6.697 que tinha como objetivo proteger e se preocupar com os menores em situação irregular, sendo este menor, aquele passível de cometer delitos juvenis, vistos pela sociedade como uma ameaça futura. Tinha como nomenclatura “O Código de Menores”, com o intuito de apenas retirar das ruas os menores em situação irregular. Todavia, com o advento da Constituição Federal de 1988, inovou-se mais uma vez em relação à proteção à criança e ao adolescente, adotando como base o princípio da proteção integral, diferenciando, daquilo que era estabelecido no Código de Menores. Já em 1989, foi criada a Declaração Universal dos Direitos das Crianças da ONU, com a finalidade de instaurar uma nova visão a este instituto, concedendo o direito à criança e ao adolescente de serem tratados de forma diferenciada, levando em conta sua vulnerabilidade, surgindo assim, a doutrina da proteção integral (PEREIRA, 2014).

Nesse contexto, Venosa (2014, p. 353);

Com as mudanças ocorridas no direito de família o *pater poder* passou a ser chamado de poder familiar, em razão da igualdade constitucional entre o homem e a mulher. Esse instituto teve diversas mudanças com o decorrer da história. O Código Civil de 2002 dispõe no artigo 1.630 (BRASIL, 2002) “Os filhos estão sujeitos ao poder familiar, enquanto menores”.

Como explicitado na lei, o poder familiar deve ser exercido enquanto o filho for menor e não for emancipado.

Nessa esteira, Gonçalves (2010, p. 398) elucida que:

A menoridade cessa aos 18 anos completos (CC, art. 5º), quando o jovem fica habilitado a prática de todos os atos da vida civil. Extingue-se nessa idade, pois, em virtude da mudança havida na legislação civil, o poder familiar, ou antes, se ocorrer a emancipação em razão de alguma das causas indicadas no parágrafo único do aludido artigo.

Seguindo esta mesma linha, o Código Civil (BRASIL, 2002) atribuiu o poder familiar a ambos os pais em igualdades de condições, dispondo no artigo 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”. Contudo, divergindo os pais, “é assegurado a qualquer deles recorrer ao juiz para solução do desacordo” (parágrafo único do referido artigo).

Importante salientar, que independente da origem da filiação os pais devem exercer o poder familiar sempre, pois os menores não podem ser prejudicados de forma alguma, só por que não foram gerados através de uma estrutura familiar a qual é imposta na sociedade. Pois, diante disso, surge uma crítica ao vincular o poder familiar apenas ao casamento e a união estável se foi também, aplicadas ou não as presunções da paternidade. Basta então o reconhecimento dos pais para com seus filhos, estipulando assim diretamente o poder familiar inerente a eles, independente desse menor ser filho de mãe ou pai solteiro, ou de ser criado por uma família de homo parentais, ou outras formas modernas de constituição do ambiente familiar.

Nesse ponto de vista, Dias (2017, p. 379) afirma a crítica citada logo acima e salienta:

O poder familiar é sempre compartilhado entre os genitores. No entanto, independe se o legislador desse dever em face dos filhos havidos fora do casamento e da união estável. De forma absurda, condicionada a guarda do filho à concordância do cônjuge do genitor (CC, 1611). Com o único propósito de preservar a unidade familiar daquele que reconheceu um filho extramatrimonial, olvidou-se a lei de deve obediência à Constituição, a qual consagra o princípio da prevalência do interesse da criança e adolescentes. Assim, tal regra é de se ter simplesmente por não escrita, por sua flagrante inconstitucionalidade.

Existem determinadas situações em que a legislação é falha, por não acompanhar as mudanças ocorridas no atual contexto da sociedade, pois no decorrer dos anos surgem situações que não eram provavelmente esperadas no momento da criação da lei, e que zela para que ela seja modificada ao longo dos tempos, para acompanhar e adaptar às necessidades enfrentadas no atual contexto familiar.

Dias (2017, p. 379) vai mais além à crítica, afirmando que:

Falando em desrespeito à Constituição, injustificadamente a lei silenciou quanto às demais entidades familiares por ela tutelada, explícita ou implicitamente. Nada fala, por exemplo, sobre famílias mono parentais e famílias homo parentais, entidades familiares que, constituídas com filhos se sujeita ao poder familiar, necessitando da atenção do legislador.

Devido às mudanças no contexto social as leis devem adaptar-se às novas formas de famílias criadas, para que assim não sejam prejudicados os menores que estão dentro do ambiente familiar.

Segundo Fachin (2003, p. 240), a nova lei civil conferiu o nome de poder familiar “tentando superar a ideia de que tal obrigação recaia apenas sobre o genitor, estipulando que ambos os pais preenchem a moldura legal já que a orientação constitucional prevê a igualdade entre marido e mulher”.

Portanto, apesar ainda da utilização da palavra poder na nomenclatura do instituto, atualmente entende-se ultrapassada a noção de que o poder familiar decorre da subordinação dos filhos aos pais, do contrário, trata-se do poder de proteção dos pais aos filhos. Buscando estes sempre garantias e deveres inerentes a objetivar o bem-estar do menor sempre em prioridade.

## 4. DEVER FAMILIAR

Dever vem do latim *devere* significa a obrigação moral determinada, expressa numa regra de ação. É o princípio da ação e estriba-se na razão. Muitas vezes usados como sinônimos as duas palavras “dever” e “obrigação” podem ser empregadas com significados diferentes: enquanto obrigação designaria a necessidade moral que vincula o sujeito a proceder de determinado modo, dever significaria esse procedimento a que ele está obrigado. Por outras palavras: obrigação seria o aspecto formal e subjetivo e o dever o material e objetivo da mesma realidade global (VERBO, 1989). O dicionário Aurélio (AURELIO, 2004, p. 62) traz em seu bojo o significado da palavra dever: “ter por obrigação; estar obrigado a; obrigação de fazer ou deixar de fazer alguma coisa imposta por lei, pela moral, pelos usos e costumes”.

O termo deveres refere-se às atividades, atos e circunstâncias que envolvem uma determinada obrigação moral ou ética. Geralmente, os deveres se relacionam com determinadas atitudes que todos os seres humanos, independentemente de sua origem, etnia, idade ou condições de vida estão obrigados a cumprir de modo a assegurar ao reto da humanidade a possibilidade de viver em paz com dignidade e com certas comodidades. Então, os deveres são um dos pontos mais importantes de todos os sistemas de leis e de constituições nacionais. Sempre que se fala em direitos, faz-se referência de uma maneira ou outra a algum tipo de obrigação, seja esta moral, econômica, social ou política. Os deveres podem estar implícitos ou explícitos em uma sociedade e isto tem a ver com os costumes específicos de cada comunidade, assim também com a noção de sobrevivência. Um dos pontos mais importantes dos deveres é o momento em que eles estão ligados com a noção de direitos. Normalmente, considera-se que o cumprimento dos deveres de uma pessoa tem em haver com respeitar os direitos do outro. Nesse contexto Diniz (2011, p. 490) leciona:

Do poder familiar atribuído aos pais decorrem deveres. Assim, na forma do disposto no art. 22 do Estatuto da Criança e adolescente (ECA), aos pais incumbem o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores cabendo-lhes ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais. Como dever atribuídos pelo poder familiar, os pais devem cuidar de seus filhos menores dando-lhes sustento – material e espiritual –

para que possam se desenvolver de uma maneira sadia, e promover-lhes a educação e preparando-os para a vida, para que sejam adultos corretos e úteis à sociedade.

O exercício do poder familiar abrange um complexo de deveres, impostos pela lei em benefício da prole, de acordo com o artigo 1.634 do Código Civil (BRASIL, 2002):

- Art. 1634 – compete aos pais, quanto à pessoa dos filhos menores:
- I – dirigir-lhes a criação e educação;
  - II – tê-lo em sua companhia e guarda;
  - III – conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem;
  - IV – nomear tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobreviver, ou o sobrevivente não puder exercer o poder familiar;
  - V – representá-lo de quem ilegalmente os detenha;
  - VII – exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição.

É dever dos pais criar e educar os filhos. Não obstante, nem sempre essa tarefa é desempenhada com afeto e dedicação dos quais precisam uma criança. Igualmente, faz-se importantíssimo o cumprimento desse dever para a formação da pessoa dos filhos. Cabe aos pais primordialmente, dirigir a criação e a educação dos filhos, para proporcionar-lhes a sobrevivência. Compete aos pais tornar seus filhos úteis à sociedade. A atitude dos pais é fundamental para a formação da criança. Faltando com esse dever, o progenitor faltoso submeter-se a reprimenda (VENOSA, 2014).

Toda criança tem direito à participação efetiva de seus pais na sua educação. Assim, os pais devem estar atentos às necessidades materiais, afetivas e morais dos filhos, buscando sempre que possível atendê-las. A guarda é ao mesmo tempo um dever e um direito, como por exemplo, o de reter o filho no lar, o de reger sua conduta, o de reclamar a guarda de quem ilegalmente o detenha, o de proibir-lhe companhias prejudiciais e de frequentar lugares que sejam apropriados à idade. Todavia, ao pai que não fica com a guarda tem o dever de companhia, cabendo os mesmos deveres, como o de providenciar pela vida do filho, de velar pela sua segurança e saúde e prover o seu futuro.

A responsabilidade dos pais, de ter os filhos em sua guarda e companhia, enseja uma constante atuação de ambos os progenitores. Elias (2007, p. 36) lembra que: “os pais têm direito de ter os filhos em sua companhia e guarda. Isso,

naturalmente, é complemento indispensável para o cumprimento do dever de educar, tarefa que não se pode cumprir a longa distância”.

À prerrogativa atribuída à criança, em virtude do poder familiar, é no sentido de se priorizar a criação e educação no seio da família que a gerou, sendo que as penalidades de suspensão e destituição do poder familiar ganharam contornos de subsidiariedade, devendo sempre ser priorizada a convivência familiar.

A Constituição Federal no artigo 227 prevê que 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 (CRFB, 1988). Igualmente, o Estatuto da Criança e do Adolescente em muitos artigos estabelece o respeito à dignidade, que são sintetizados de forma clara e objetiva como vimos acima (ELIAS, 2007).

Ratificando a importância que ambos os pais exercem no processo de formação dos filhos, Comel (2003, p. 92) lembra que “o lugar da criança e de um jovem é dentro da família, pobre ou não, em que o mais importante é a efetivação racional e não necessariamente melhores condições materiais”.

O dever de guarda é muito importante para que se efetivem as demais prerrogativas dos pais.

Neste sentido, Miranda (2010, p. 154) afirma:

O pai, a exemplo da mãe, não poderia bem promover a educação do filho, sem ter o direito de obriga-lo a residir na casa paterna, ou materna, ou em qualquer lugar que lhe provesse, como colégio, escola de artífices, etc., fixarem-lhe as horas de trabalho e estudo; proibir-lhe diversões licenciosas, determinar o momento em que se deve recolher etc. Contudo, desses pequenos direitos paternos, ou maternos, é o que constitui o dever do filho de ficar na companhia e sob a guarda de seu pai, ou de sua mãe.

O dever de guarda e companhia é um dos mais importantes deveres intrínsecos ao poder familiar, pois se não há guarda e companhia, não há como os pais prestarem assistência, exigir obediência e educar os filhos, pois tudo depende da convivência diária e saudável entre pais e filhos. Como menores, os filhos têm o dever de obediência aos pais, salvo nos casos de abuso.

Conforme leciona Venosa (2014, p. 120):

Os pais devem exigir respeito e obediência dos filhos. Não há, contudo, uma subordinação hierárquica. O respeito deve ser recíproco. A desarmonia e a falta de respeito, em casos extremos, podem desaguar na suspensão do poder familiar. Possa também os pais exigir serviços próprios da idade do menor. A legislação trabalhista proíbe seu trabalho fora do lar até os 16 anos, salvo na condição de aprendiz, a partir dos 14, conforme art. 7º, da Constituição Federal de 1988, sendo-lhe proibido o trabalho noturno, perigoso e insalubre até os 18 anos. Todos os abusos em matéria de menor devem ser severamente combatidos com a perda do poder familiar, por outro lado, o Código Penal tipifica o crime de maus tratos, previsto no artigo 136.

O dever de obediência, respeito e colaboração é no sentido de que os filhos deverão fazê-lo no limite legal. Os pais, por sua vez, deverão educar e cuidar dos filhos em um ambiente saudável e harmonioso, sem abusos do poder família. Dias (2017, p.42) destaca: “compreendendo, entre outros, o dever de vigilância que possuem os pais e que os tornam responsáveis pelos atos praticados pelos filhos em um ambiente saudável e harmonioso, sem abusos do poder familiar”.

As famílias atuais apresentam dificuldade em determinar o ente responsável pelo exercício de fato do poder familiar, talvez pela divisão da responsabilidade familiar tanto na educação e proteção dos filhos, quanto no próprio sustento da família. Mesmo assim, faz-se necessária a representação de um ente da família perante a sociedade, desempenhando de fato a função do poder familiar, assumindo a responsabilidade inerente deste instituto tão importante no direito de família. Os filhos menores precisam que seus genitores assumam e compartilhem o poder familiar, assegurando-lhes o princípio da proteção integral, tão importante na sua formação. Esse princípio norteia os artigos 1630 a 1634 do Código Civil brasileiro de 2002, que dispõem sobre o poder familiar e o seu exercício, sendo que este instituto nada mais é do que a representação e responsabilidade dos genitores diante dos filhos em troca de obediência e respeito (DIAS, 2017).

Neste sentido, Venosa (2014, p. 375):

O poder familiar, ou melhor, a autoridade parental, não é exercício de um poder ou uma supremacia, mas de um encargo imposto pela paternidade e maternidade, decorrente da lei. Nesse sentido, entendemos o poder familiar como um conjunto de direitos e deveres atribuídos aos pais com relação aos filhos menores e não emancipados, com relação à pessoa destes e seu bem.

Ainda sob a expressão poder familiar é válido mencionar que as legislações estrangeiras optaram pela expressão autoridade parental, pois, a noção de poder evoca uma espécie de poder físico sobre a pessoa dos outro, os direitos e deveres, na relação paterno-filial, estão contidos em vários dispositivos legais que visam preservar as crianças e os adolescentes de possíveis abusos e omissões (LÔBO, 2011).

O termo poder familiar adotado pelo Código Civil de 2002 recebe críticas por parte da doutrina que acredita que se perdeu a oportunidade de se adequar melhor o termo à presente realidade, bem diferente, diga-se de passagem, daquela que dava suporte ao termo pátrio poder. A escolha do termo “poder familiar” tem o mérito de ter afastado pátrio da denominação, afinal não se coaduna tal expressão com a queda da supremacia masculina, suplantada pela consagrada igualdade dos pais no exercício do instituto. Para muitos, no entanto, pecou em persistir na utilização do termo poder. Isto porque ele reflete a ideia da *pátria potestas* romana, quando o poder era absoluto e voltado para os interesses do *pater* e não das crianças e dos adolescentes, como é hoje. Atualmente, por se tratar de múnus público, verdadeiro encargo legal que os pais têm, não se acredita ser um acerto perpetuar a expressão em questão. O caráter de dever é mais forte, como suscitado assim, que o de poder propriamente dito.

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Analisando toda pesquisa realizada e com base nos argumentos apresentados, percebe-se que a família sofreu, nas últimas décadas, profundas mudanças, sobretudo após o advento da Constituição Federal de 1988, quando o Estado passou a ampliar a tutela das relações familiares.

Os novos princípios trazidos pela Constituição Federal e pelo Estatuto da Criança e do Adolescente provocaram alterações significativas às estruturas familiares. A família atual é a que se forma pelo afeto, através do convívio entre seus membros e não mais através do sacramento do casamento com a finalidade puramente patrimonial e pró-criativa. Não obstante, o instituto adotou como seus princípios basilares a dignidade humana, a liberdade, a igualdade, a afetividade, a proteção integral da criança e do adolescente e a prevalência do interesse do infante.

A realização pessoal no ambiente de convivência com base no afeto tornou-se a base da família em 2017. Suas antigas funções: econômica, política, religiosa e pró-criativa, desempenham, hoje, papel secundário devido à sua evolução ao longo da história da humanidade e em virtude da mudança de paradigma do direito de família.

Dentro dessa evolução, o conceito de poder familiar torna-se inadequado. Atualmente, não é possível mais reconhecer como poder e autoridade dos pais sobre os filhos e sim, quiçá, um direito, mas com certeza um dever. É dever dos pais e do Estado prover a proteção às crianças e adolescentes, bem como buscar a efetivação dos seus direitos fundamentais.

O Estado Democrático de Direito tem, como um dos seus elementos fundantes a segurança jurídica. E, nem poderia ser de outra forma. A própria ideia de direito se confunde com a necessidade de segurança. Necessidade de dar estabilidade e clareza às relações sociais, de uma maneira que permita ao homem estabelecer ordem na vida social, é um dos escopos primordiais do direito. Esta necessidade está, inclusive, acima de outros valores também encampados pelo direito.

Isso porque não é possível imaginar a liberdade, a dignidade da pessoa humana, a democracia, a justiça, numa sociedade onde o caos impera. Não que tais

valores sejam menos importantes. Muito ao contrário. Com efeito, são eles fundamentais. Contudo, eles nada são se em uma determinada sociedade não houver um grau de segurança nas relações humanas sociais.

Curial ao direito é a segurança. E, por conseguinte, o princípio da segurança jurídica alcança importância vital dentro do ordenamento jurídico. Tal princípio pode ser distinguido em dois sentidos:

- A) A segurança que deriva da previsibilidade das decisões que serão adotadas pelos órgãos que terão de aplicar as disposições normativas;
- B) A segurança que se traduz na estabilidade das relações jurídicas definidas.

A primeira faceta da segurança jurídica impõe ao legislador o cuidado na elaboração dos textos normativos. Uma norma não pode ser redigida de tal forma que seu comando não seja claramente percebido por seus destinatários. É impossível ao cidadão perceber qualquer noção de segurança se uma determinada lei não lhe permite saber, de antemão, se seu comportamento é lícito ou não.

O primeiro cuidado a ser tomado pelo legislador, para garantir segurança jurídica aos indivíduos, é o da publicidade adequada, em que se inclui o período de *vacatio legis* compatível com a necessidade de conhecer a lei nova a tempo de adaptar-se aos seus preceitos inovadores. Mas, acima da publicidade, há também, na consciência jurídica, a convicção de que é fundamental o problema ligado à exigência de que os atos normativos sejam redigidos de modo a serem compreensíveis pelos destinatários.

Nesse diapasão, entende-se que manter o poder em um instituto familiar, mesmo que dividido pelos genitores, traz dúvidas e obscuridades nas relações diárias promovendo assim insegurança jurídica.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Código Civil de 1916.

BRASIL. Código Civil de 2002.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

BRASIL. Estatuto da Criança e do Adolescente de 1990.

BRAUNER. Maria Crespo. **O Direito de Família: Descobrendo Novos Caminhos**. 1 ed. São Leopoldo: UFRS, 2001.

CICCO. Cláudio de. **Direito, Tradição e Modernidade**. Rio de Janeiro: Ícone, 1993.

COELHO. Fábio Uchoa. **Curso de Direito Civil Vol. 5 – Família e Sucessões**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

DIAS. Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias: de acordo com o novo CPC**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

DINIZ. Maria Helena. **Curso de Direito Civil Vol. 5 – Direito de Família**. São Paulo: Saraiva, 2011.

ENGELS. Friedrich. **A Origem da Família, da Propriedade Privada e do Estado**. Rio de Janeiro: Vitória, 1884.

FACHIN. Luiz Edson. **Principais Inovações do Código Civil de 2002 – Direito de Família**. São Paulo: Saraiva, 2003.

GASPA. Walter. **Resumo de Direito de Família**. Belo Horizonte: Lumen Juris, 2009.

GONSALVES. Carlos Roberto. **Direito de Família: Sinopses Jurídicas**. São Paulo: Saraiva, 2010.

LAKATOS. Eva Maria. MARCONI. Marina de Andrade. **Metodologia Científica**. 6 ed. São Paulo: Atlas, 2011.

LOBO. Paulo. **Direito de Família**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

LOTUFO. Márcia Alice Zaratini. **Curso Avançado de Direito Civil Volume 5 – Direito de Família**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MIRANDA. Pontes de. **Tratado de Direito de Família: Novo Direito de Família**. Campinas: Bookseller, 2005.

PEREIRA. Rodrigo da Cunha. **Direito de Família: Uma Abordagem Psicanalítica**. 5 ed. São Paulo: Editora 34, 2014.

QUEIROGA. Antônio Elias. **Curso de Direito Civil: Direito das Sucessões**. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

SAAD. Martha Solange Scherer. **Casamento: A Complexidade do Conceito**. 6 ed. São Paulo: Mackenzie, 2010.

STRAUSS. C. Les Lévi. **Structures Elementaires de La Parente**. Paris: Mouton, 1957.

VENOSA. Sílvio Salvo. **Direito Civil Vol. VI – Direito de Família**. 14 ed. São Paulo: Atlas, 2002.