

PODER FAMILIAR: UMA ANÁLISE DOS SEUS ASPECTOS HISTÓRICO-EVOLUTIVOS

Gabriel Bassaga Nascimento¹ Simone Fogliato Flores²

¹Acadêmico do Curso de Direito, Campus Maringá/PR, UNICESUMAR. gabrielbassaga@gmail.com

²Orientadora, Mestre em Ciências Jurídicas. Professora do Curso de Direito, UNICESUMAR. simone_flores@yahoo.com.br

RESUMO

O poder familiar é imprescindível para a manutenção da ordem social. Seu exercício pleno e consciente proporciona a existência de um ambiente familiar saudável e possibilita a construção de famílias estruturadas e equilibradas, onde o respeito mútuo e a consciência da importância da vida em sociedade resultam no melhor interesse da criança e do adolescente. Com base nessa evidente importância, sua compreensão torna-se obrigatória não somente para os membros que integram a família, mas para todos aqueles que operam na esfera jurídica. Sendo assim, neste artigo busca-se entender esse instituto, o que será realizado por meio da análise de sua constituição histórico-evolutiva, que culminará com uma visão abrangente do tema e de sua aplicabilidade nos dias atuais. Por fim, far-se-á uma análise da Lei n. 13.715, de 24 de setembro de 2018, que dispõe sobre as hipóteses de perda do poder familiar pelo autor de determinados crimes contra outrem igualmente titular do mesmo poder familiar ou contra o filho, filha ou outro descendente.

PALAVRAS-CHAVE: Poder familiar; Evolução; Características; Limitações.

1 INTRODUÇÃO

A compreensão do instituto do poder familiar, desde a análise do seu desenvolvimento histórico-evolutivo até a forma pela qual o observamos atualmente, é uma tarefa bastante complexa, sendo necessário que façamos um estudo aprofundado deste tema e de suas particularidades. Entendemos que a melhor forma de interpretar este instituto deve partir de sua concepção originária, por meio da análise pormenorizada daquele que o antecedeu, chamado de pátrio poder, junto às suas formas de manifestação dentro do ambiente familiar.

Em que pesem algumas divergências entre historiadores, o modelo de família que perdurou por séculos foi o patriarcal. Nele, o patriarca possuía plenos poderes sobre os membros da família, que lhe deviam respeito e obediência irrestrita. Logo, o papel de líder, juiz, provedor e autoridade estava literalmente representado na figura singular do patriarca, que, munido desse poder e submetido a irrisórias restrições estatais, poderia decidir desde questões ligadas ao casamento dos filhos até assuntos relacionados à vida e morte destes.

Entretanto, assim como acontece nos outros sistemas sociais, a família vive em constante evolução. Dessa forma, a manutenção do modelo de família patriarcal, pelo menos no mundo ocidental, acabou tornando-se inviável e ultrapassada. Assim, podemos afirmar que a sociedade contemporânea entende que os papéis sociais do homem e da mulher possuem igual valor e relevância, cabendo a ambos a administração familiar. Com isso, o outrora chamado pátrio poder deu lugar ao atual poder familiar, que, em breve síntese, caracteriza-se pelo conjunto de direitos e obrigações dos pais para com os filhos, visando ao melhor interesse destes, e que deve ser exercido em igualdade de condições, tanto pelo pai como pela mãe de crianças e adolescentes.

A divisão do poder entre os pais não pode ser interpretada como um fenômeno isolado. Paralelamente a essa divisão de poder, surgiu uma nova forma de compreender as relações no seio familiar na qual a afetividade e a igualdade passaram ao *status* de princípios norteadores das relações intrafamiliares. Ainda que relevante essa nova concepção, a prerrogativa legal dos pais de exercerem o poder familiar não lhes dá um

salvo-conduto para agir de forma autoritária e desproporcional, sendo-lhes exigido o exercício da autoridade parental que vise o respeito ao princípio do melhor interesse da criança.

Dessa feita, o poder familiar está intimamente relacionado à proteção dos filhos, por meio do seu exercício em conformidade com os ditames legais, com o objetivo de fomentar um ambiente favorável e equilibrado nas relações familiares. Assim, torna-se imprescindível que compreendamos em que consiste o poder familiar, sua abrangência, seu conteúdo, suas limitações e, por fim, as situações que podem culminar com sua suspensão e perda, estando esta relacionada às últimas alterações legislativas, que ampliaram as hipóteses de perda do poder familiar decorrentes da prática de crimes.

2 DO PÁTRIO PODER

Poucos institutos têm sido tão presentes e permanentes no decorrer da história da humanidade como o poder familiar, sendo extremamente relevante para o tecido social no qual estamos inseridos. Buscamos, para melhor compreendê-lo, suas raízes históricas, tendo como referência o seu antecessor, o pátrio poder, que vigorou por séculos nas instituições familiares, principalmente no que diz respeito ao Direito Romano. Porém, longe de nos limitarmos apenas à compreensão das instituições romanas, analisaremos a incidência e manifestação dessa vertente do direito em outros povos da antiguidade, com regras e costumes próprios.

Para essa análise histórica, não ficaremos adstritos à ordem cronológica pela qual se percebe o pátrio poder em diferentes povos, mas abordaremos, com prioridade, a forma e a dimensão pelas quais ele se apresenta. Sendo assim, optamos por trazer, em primeiro lugar, as principais características do pátrio poder no Direito Romano, para, posteriormente, trabalharmos com as regras e costumes dos outros povos. Justificamos essa opção pelo fato de o instituto apresentar vasta regulamentação entre os romanos, permitindo-nos analisar uma série de deveres e direitos que lhe são característicos.

Desde o início percebemos que o poder atribuído aos pais difere dentre os diferentes povos da antiguidade. No exercício desse direito cada agrupamento de pessoas, com as peculiaridades que lhe são inerentes, experimentou formas diferentes de manifestação do pátrio poder. Apesar disso, o estudo nos possibilitará perceber que, embora uma visão crítica nos permita vislumbrar que existem disparidades significativas, uma visão mais generalista nos exporá semelhanças que permearam e se concretizaram em famílias pertencentes a povos completamente diversos, fornecendo um conceito geral e significativo desse conteúdo.

2.1 O PÁTRIO PODER NO DIREITO ROMANO

A título de introdução, convém salientar que a organização familiar romana era fundamentalmente distinta da contemporânea. Seus institutos básicos, como matrimônio, filiação, parentesco, tutela, dentre outros, eram estabelecidos sob premissas bastante diferentes das que estão dispostas nos dias atuais. Como evidência, destacamos que “a palavra *familia*, no Direito Romano, tinha vários significados: designava precipuamente o chefe da família e o grupo de pessoas submetido ao poder dele, mas podia significar patrimônio familiar ou determinados bens a este pertencentes” (MARKY, 1995, p. 153). Inclusive, etimologicamente, a palavra “família” está relacionada a *famulus*, escravo, que na Roma Antiga estava atrelado a valor econômico.

Um dos grandes clássicos da historiografia moderna, *A cidade antiga*, que aborda, com rigor científico, o nascimento e a evolução da cidade-Estado e suas instituições familiares, afirma que uma família era composta “de um pai, de uma mãe, de filhos e

escravos. Este grupo, por muito reduzido que seja, deve ter sua disciplina. A quem competirá, pois, a autoridade principal? [...] O pai é o primeiro junto ao lar; é ele que o acende e o conserva; é o seu pontífice” (COULANGES, 2004, p. 85-86).

Marky Thomas ensina que, na acepção original, “família era evidentemente a *familia proprio iure*, isto é, o grupo de pessoas efetivamente sujeitas ao poder do *pater familias*” (1995, p. 153). Além desta primeira acepção, ele ainda propõe uma outra, mais atualizada para o modelo patriarcal do Direito Romano, onde a “família compreendia todas as pessoas que estariam sujeitas ao mesmo *pater familias* [...] era a família *communi iure*” (MARKY, 1995, p. 153). Independentemente do conceito adotado, a figura central estava na pessoa e na autoridade do *pater familias*, que impunha aos seus descendentes uma completa e duradoura sujeição. Fustel de Coulanges diz que “os historiadores do direito romano, muito justamente, têm notado que nem o nascimento, nem o afeto foram fundamento da família romana, julgando que devemos ir encontrar este fundamento no poder paterno...” (2004, p. 36).

O traço essencial e marcante da família romana é a presença dessas relações de poder, caracterizadas por uma evidente desigualdade entre os componentes da célula familiar. Neste ponto, é importante destacarmos que existiam dois tipos de cidadãos romanos: um que sujeitava e o outro que era sujeitado. Em outras palavras, “todo cidadão romano era *sui iuris* ou *alieni iuris*. Entenda-se por *sui iuris* o indivíduo que não está sujeito ao poder do outro, enquanto que a condição de *alieni iuris* pressupõe tal sujeição, com conseqüente incapacidade de direito” (SANTOS NETO, 1994, p. 17). Sendo assim, interessa-nos observar que o *pater familias* era compreendido como aquele que sujeitava os outros membros da família, o senhor absoluto no ambiente familiar¹.

Dessa feita, com função social e estrutura singulares, a família romana era considerada um sistema com soberania própria, subordinada à máxima autoridade do *pater familias*, representado pela figura do patriarca. Este, no exercício de sua autoridade, exercia senhorio inquestionável sobre os filhos e netos, chamado de *pater potesta*. Sobre a esposa, esse poder de mando era denominado de *manus*² (*uxor in manu*) e, sobre os escravos, era intitulado de *mancipii causa*. Por último, como máxima demonstração de autoridade e superioridade, estava a capacidade de decisão sobre a vida e a morte dos membros da família, chamada de *vitae naecisque potestas*.

Para corroborar essa formatação do sistema de poder, afirmamos que “dentro da família todos os poderes irradiam da pessoa do *sui iuris*, do *pater*, tomando os nomes de *potestas*, *manus*, *mancipium*, *dominium*, segundo o tipo da relação jurídica que se considera” (CRETELLA JÚNIOR, 1995, p. 91). É justamente no exercício dessa soberania que podemos encontrar as raízes do pátrio poder, cuja expressão original em latim era *patria potestas*.

O exercício do *patria potestas* não estava atrelado à função principal de gerar obrigações relativas ao bem-estar daqueles que estavam sob a autoridade do *pater familias*, mas visava, em primeiro lugar, conceber uma ideia de autoridade máxima ao *pater*, de dignidade majestosa, que resultasse na consolidação do seu melhor interesse

¹ José Cretella Júnior, em seu *Curso de direito romano*, com o objetivo de elucidar o *status libertatis*, faz menção ao jurisconsulto Gaio, que classifica as pessoas da seguinte forma: “A divisão fundamental (*summa divisio*) é a que reparte os homens em *livres* e *escravos*. Só os *livres* têm capacidade jurídica, o que leva Justiniano a dizer que os escravos não têm *caput*. Não são pessoas (*Institutas*, I, 16, 4). A segunda divisão diz respeito aos cidadãos e não-cidadãos...” (1995, p. 91).

² De acordo com Fustel de Coulanges, na sua obra intitulada *A cidade antiga*, “Para mostrar o poder do marido sobre a mulher, os romanos tinham expressão muito antiga, conservada pelos seus jurisconsultos: a palavra *manus*. Não parece fácil descobrir o seu sentido primitivo. Os comentadores consideram-na expressão da força material, como se a mulher estivesse colocada sob a mão brutal do marido. Há grandes probabilidades de que se enganem. O poder do marido sobre a mulher não podia resultar da maior força do primeiro. Derivava, como todo o direito privado, das crenças religiosas que colocavam o homem em posição superior relativamente à mulher” (2004, p. 87).

para o que ele entendia como o necessário para o bom andamento da dinâmica familiar. Além disso, o poder inerente ao *pater* se caracterizava pela continuidade, sendo ele perpétuo, só se extinguindo com a sua morte. Diante dessa regra, havia duas exceções para a extinção do poder do *pater*: “a primeira delas consiste num ato voluntário do *pater*, que é a emancipação [...]. A outra maneira é a ocorrência de um evento acidental, como a *capitis deminutio* sofrida pelo pai, ou o aprisionamento deste pelo inimigo quando em batalha” (SANTOS NETO, 1994, p. 20).

Em relação aos direitos que compunham o poder paternal, valemo-nos da enumeração trazida por Fustel de Coulanges, ao entender que o *pater*, no papel de pai de família e chefe religioso, poderia exercer sua autoridade da seguinte forma:

Como sacerdote do lar, o pai não reconhece superior hierárquico algum. A título de chefe religioso, é o pai o responsável pela perpetuidade do culto e, por consequência, da família. Tudo quanto diz respeito a esta perpetuidade, que é seu primeiro cuidado e sua primeira obrigação, só depende do pai. Daí deriva todo um conjunto de direitos: O direito de reconhecer o filho ao nascer, ou de o rejeitar. Este direito é dado ao pai tanto nas leis gregas como nas romanas. Por mais bárbaro que seja, este direito não está em contradição com os princípios sobre os quais se fundou a família. A filiação, mesmo incontestada, não era bastante para poder participar-se no círculo sagrado da família: é preciso haver o consentimento do chefe e a iniciação no culto. Enquanto o filho não estiver associado à religião doméstica, nada representará para seu pai. [...] O direito de casar a filha, isto é, o direito de ceder a outro o poder que tem sobre ela. O direito de casar o filho: o casamento do filho interessa à perpetuidade da família. O direito de emancipar, quer dizer, o de excluir um filho da família e do culto. O direito de adotar, que é o direito de introduzir o estranho no lar doméstico (2004, p. 90-91).

Além dessa vasta gama de direitos, ainda podemos mencionar outras prerrogativas do pai quanto aos seus descendentes, começando pelo *jus vitae et necis*, o “direito sobre a vida e a morte do filho” (GONÇALVES, 2018, p. 411). Havia também o *ius exponendi*, que “consistia na faculdade de abandonar o filho recém-nascido” (SANTOS NETO, 1994, p. 22), podendo ocorrer, por exemplo, no caso do filho nascer com alguma deficiência e não ser aceito pelo pai. Destacamos também o *ius vendendi*, que permitia ao pai, na legislação romana, vender o próprio filho. Neste caso, “sendo o *pater* o cabeça da vida econômica da família, administrando com plenos poderes a propriedade familiar, podia entregar como lhe aprouvesse a força de trabalho representada pelo filho. Este era, sem dúvida, uma fonte de renda e, portanto, uma propriedade a mais” (SANTOS NETO, 1994, p. 22).

Para finalizar este tópico, arrolamos mais três pontos importantes. O primeiro é que o *pater familias* também tinha o direito de casar os filhos. Sendo assim, “casando a filha, cedia a outro o poder que exercia sobre ela. Casando o filho, diligenciava em favor da perpetuação da família. Igualmente, podia obrigar-se pelos descendentes, varões ou viragos, nos esponsais” (SANTOS NETO, 1994, p. 25). O segundo, sob a ótica patrimonial, o *pater familias* centralizava todos os poderes. “No direito clássico, este era a única pessoa capaz de ter direitos e obrigações. As pessoas sujeitas ao pátrio poder não tinham plena capacidade jurídica de gozo; assim, não podiam ser os *alieni iuris* sujeitos de direito” (MARKY, 1995, p. 155). O terceiro e último diz respeito ao *noxae deditio*, que consistia em uma forma de responsabilização pelos atos ilícitos praticados pelos filhos. De acordo com José Antonio de Paula Santos Neto, essa forma de responsabilidade está ligada “à velha ideia de que o ato ilícito praticado por um de seus membros obriga toda a família...” (1994, p. 25).

2.2 O PÁTRIO PODER NO DIREITO DE OUTROS POVOS

Além do disposto anteriormente no Direito Romano, outros povos da Antiguidade também fundamentavam as bases da família em um modelo patriarcal, como os membros da família hebraica ou israelita. Destacamos que o Direito Hebraico deve ser interpretado com base na *Tanakh*³, com ênfase na *Torah*⁴, que, embora não seja um livro jurídico, traz consigo uma série de regras e códigos de conduta imprescindíveis para a organização do povo hebreu, sempre amparados na superioridade e orientação de *Yahveh*⁵.

Quanto à análise da forma de apresentação do pátrio poder, destacamos que, nessa sociedade patriarcal, “o patriarca representava o clã, exercendo o papel de líder e juiz, com poder absoluto sobre os membros do clã quanto a condená-los à morte ou vendê-los como escravos” (WOLKMER, 2016, p. 62). Essa imposição do patriarca, que tinha como premissa fazer cumprir a sua vontade soberana, refletia-se em todas as relações no seio da família, demonstrando a plena aplicabilidade do aludido pátrio poder.

Realmente, o poder paterno entre os judeus não fugia à regra. Era bastante amplo e sobre isso não há discussão. O tratamento dispensado aos filhos era rigoroso. Confirma-o o Velho Testamento em diversas passagens: “quem poupa a chibata odeia o filho, mas quem o ama castiga continuamente” (Prov. 13, 24), “castiga teu filho se há esperança, mas não até fazê-lo morrer” (Prov. 19, 18), “não poupes a correção ao menino porque, se lhe bateres com a vara não morrerá. Tu lhe baterás com a vara e livrarás a sua alma do inferno” (Prov. 23, 13-14). Além disso, o Direito Hebraico considerava lícito aos pais vender os filhos como escravos para escapar à miséria, ou entregá-los em pagamento de uma dívida. Aceitava-se a emancipação, que se verificava quando o pai transferia bens aos filhos (Parábola do Filho Pródigo) (SANTOS NETO, 1994, p. 33).

Ademais, no direito civil israelita os laços entre as pessoas eram demasiadamente estreitos, ao ponto de a ofensa proferida contra um dos membros da família culminar com a afronta a todos os seus integrantes. Ainda no tocante ao pátrio poder, Rodrigo Freitas de Palma destaca que as famílias israelitas “se organizavam em torno da figura de um patriarca, bem ao estilo clânico” (2009, p. 82). Essa proximidade nas relações intrafamiliares acabava refletindo na aplicação das consequências por delitos cometidos pelos membros das famílias, podendo o pai responder não só pelos seus crimes, mas por crimes cometidos pelos seus filhos. Nesse sentido, Antonio Carlos Wolkmer cita que, “a partir do conceito de responsabilidade vicária do *pater familias*, encontramos registros de outros tipos de responsabilidades como a do marido para com os votos de sua mulher (Números 30:16) e a do pai pela prostituição de sua filha (Levítico 21:19)” (2016, p. 70).

Em semelhança aos hebreus, o povo egípcio era extremamente organizado e controlava o sistema social com bastante competência. Entretanto, havia uma distinção entre ambos: em vez de submeterem-se à autoridade de *Yahveh*, os egípcios viviam em um ambiente onde todo o poder estava concentrado nas mãos do faraó. Assim, na sociedade egípcia, onde o faraó era concebido como deus, toda a sua vontade era absolutamente soberana e inquestionável. Além disso, os egípcios possuíam um alto grau de organização e um tecido social bastante evoluído. Conforme ensina Bruno Albergaria,

Por não se terem muitos documentos jurídicos da época dos faraós – apenas alguns papiros e hieróglifos –, não se sabe, ainda, qual era precisamente o Direito do Egito antigo. Contudo, percebe-se facilmente que era uma sociedade altamente organizada, haja vista as construções das Pirâmides, os artefatos dos faraós, cidades como *Karnak* e o vale dos Reis etc. (2011, p. 49).

Em relação à forma de apresentação das regras e códigos aos quais os egípcios

³ *Tanakh* significa Bíblia Hebraica.

⁴ A *Torah* representa os cinco primeiros livros da Bíblia Hebraica, também chamados de Pentateuco.

⁵ *Yahveh* é um dos nomes utilizados na Bíblia Hebraica para representar Deus.

estavam submetidos, existe certa discussão entre os historiadores sobre a existência ou não de um direito propriamente codificado. No entanto, “o que realmente importa [...] é que tiveram um direito extremamente evoluído, sendo em vários pontos comparado ao direito romano, que surgirá mais de dois mil anos após” (MACIEL, 2016, p. 73). Essa forma evoluída de sistema social pode ser percebida no modelo de família adotado pelos egípcios. Para elucidar a questão, José Fábio Rodrigues Maciel afirma que:

Não há sinais de solidariedade clânica entre os egípcios, sendo todos os habitantes considerados iguais perante o direito, sem privilégios. A célula social por excelência era a família em sentido estrito: pai, mãe e filhos menores. Além de marido e mulher serem colocados em pé de igualdade, todos os filhos, tanto filha como filho, eram considerados iguais, sem direito de primogenitura nem privilégio de masculinidade (2016, p. 76).

Sendo assim, em que pese o pátrio poder ser a regra entre os povos da antiguidade, não podemos, claramente, verificar sua presença no ambiente familiar dos egípcios. Essa afirmação é corroborada com a lição de José Antonio de Paula Santos Neto, que, ao discorrer sobre as restrições impostas à autoridade do pai, afirma que “as primeiras limitações a tal direito emanaram de legislações que sobrepujam o interesse do Estado ao interesse da família. Assim, em dado momento, foi abolido no Egito” (1994, p. 31).

Por fim, levando-se em conta a análise do Direito Germânico, partimos da premissa de que não pode ele ser visto como um direito muito evoluído. “O sistema jurídico dos povos germânicos [...] na época romana era ainda um direito tribal arcaico e pouco desenvolvido” (GILISSEN, 2016, p. 17). Entretanto, “embora também se conhecesse entre os germanos dos primeiros tempos o direito de vida e morte, de exposição e abandono, de venda e punição dos filhos, o poder doméstico não era um instrumento a serviço dos interesses egoísticos do *pater familias*” (SANTOS NETO, 1994, p. 34-35). Isso demonstra que no Direito Germânico a autoridade parental não estava necessariamente adstrita ao modelo padrão do pátrio poder, devendo ser compreendida como “um direito-dever de guarda e proteção” (SANTOS NETO, 1994, p. 35).

No direito germânico, o poder paterno – *mundi*, *mundiu* – não foi tão severo quanto a *patria potestas romana*. Originariamente, não foi estranha a faculdade de expor e vender o filho. Mas o que se revela fundamentalmente diverso, e que viria a contribuir sobremodo na evolução do instituto, é que as relações dele oriundas eram dúplices, no sentido de que geravam o dever de o pai e a mãe criarem e educarem o filho (PEREIRA, 2017, p. 512).

Com base na análise da forma pela qual o pátrio poder era exercido em diferentes povos e culturas (romanos, hebreus, egípcios e germânicos), podemos discernir acerca da origem desse instituto e perceber sua importância para a consolidação e evolução das relações intrafamiliares. Além disso, essa visão geral colabora com a compreensão da autoridade parental tal qual se apresenta na atualidade, permitindo que percebamos o quanto evoluiu, acompanhando as vicissitudes sociais e atendendo aos mandamentos constitucionais.

3 DO PODER FAMILIAR NO DIREITO BRASILEIRO

Primeiramente, a título de conceituação, é importante compreendermos que o atual poder familiar era chamado de pátrio poder no Direito Brasileiro. Clóvis Beviláqua, ilustre civilista e idealizador do Código Civil de 1916⁶, defendia que o então chamado pátrio

⁶ Lei n. 3.071, de 1º de janeiro de 1916 (BRASIL, 1916).

poder era o “conjunto dos direitos que a lei confere ao pai sobre a pessoa e os bens de seus filhos legítimos, legitimados, naturais reconhecidos ou adotivos” (BEVILÁQUA, 1943, p. 363).

O pátrio poder passou por grande evolução ao longo da história, distanciando-se do seu caráter autoritário e egoístico para dar espaço a uma nova conotação, com fulcro na proteção e no melhor desenvolvimento dos filhos. De acordo com Arnaldo Wald, ao tratar da versão originária do Código Civil, “cabia ao marido, como chefe da sociedade conjugal, exercer o então chamado pátrio poder sobre os filhos menores, e somente na sua falta ou impedimento tal incumbência passava a ser atribuída à mulher, nos casos em que ela exercia a chefia da sociedade conjugal” (2004, p. 211).

Argumentando nesse sentido, Washington de Barros Monteiro afirma que “o pátrio poder representava uma tirania, a tirania do pai sobre o filho; hoje o poder familiar é uma servidão do pai e da mãe para tutelar o filho” (2004, p. 347). Essa mudança de concepção resulta da própria evolução da família ocorrida ao longo do século XX, com a evidente ascensão da mulher dentro do seio familiar, permitindo que ela assumisse direitos e deveres em igualdade de condições com o homem⁷.

Dessa forma, foi a necessidade de o poder estatal regular a relação entre pais e filhos que fez com que o legislador atualizasse a legislação privatista, visando concretizar as imposições expressas pelo novo modelo de família. É possível perceber o seu desenvolvimento pela mudança na nomenclatura, inovada no Código Civil de 2002⁸, que passou a denominá-lo poder familiar.

Destarte, o poder familiar deve ser interpretado como “o poder exercido pelos pais em relação aos filhos, dentro da ideia de família democrática, do regime de colaboração familiar e de relações baseadas, sobretudo, no afeto” (TARTUCE, 2017, p. 507). Logo, ele promove o desenvolvimento dos filhos, favorecendo uma educação interativa e completa, mediante o respeito a sua individualidade e integridade biopsíquica.

Modernamente o poder familiar é moldado em função das necessidades vitais dos menores. Não configura direito subjetivo dos pais em relação aos filhos, mas simplesmente poder de gerir a sua vida e educação, enquanto estes não se apresentam em condições de fazê-lo com discernimento. Os direitos subjetivos são de livre exercício de seus titulares, enquanto o poder familiar deve ser praticado necessariamente pelos pais. [...] os titulares do poder familiar possuem o dever de criar e educar seus filhos e nesta missão não se sujeitam à ingerência de particulares, da sociedade e do Estado (NADER, 2016, p. 222-223).

Para Roberto Senise Lisboa, o poder familiar “é a autorização legal para atuar segundo os fins de preservação da unidade familiar e do desenvolvimento biopsíquico dos seus integrantes” (2009, p. 200), com os pais sendo orientadores dos filhos menores visando o melhor desenvolvimento deles até a maioridade civil. Semelhantemente, para Paulo Nader o poder familiar “atribui aos pais a função de criar, prover a educação de filhos menores não emancipados e administrar seus eventuais bens” (2016, p. 222).

Diante desta nova visão sobre o poder familiar, que trouxe ao instituto uma evidente revitalização e conseqüente adequação aos preceitos constitucionais, “o direito dos pais sobre os filhos, outrora considerado como verdadeiro direito subjetivo, é definido, pelo direito contemporâneo, como um poder jurídico” (WALD, 2004, p. 211).

Por fim, enfatizamos o disposto no art. 1.634, que trata da competência dada aos pais no exercício do poder familiar. Cabe a eles promover aos filhos todos os meios

⁷ “O alcance da igualdade entre os cônjuges, introduzido pelo Estatuto da Mulher Casada (Lei n. 4.121/62), aumentou a esfera de atuação materna, e, na atualidade, o poder familiar ou parental é exercido em igualdade de condições tanto pela mãe quanto pelo pai” (RAMOS, 2016, p. 39).

⁸ Capítulo V do Subtítulo II do Título I do Livro IV da Parte Especial da Lei n. 10.406/2002 (BRASIL, 2002).

materiais para a sua subsistência e adequada instrução, além do dever de guardá-los, protegendo-os e mantendo-os junto a si, propiciando aos filhos o acesso seguro ao ambiente social, com o devido zelo nas relações com terceiros.

3.1 CARACTERÍSTICAS DO PODER FAMILIAR

O poder familiar é irrenunciável, tendo em vista que os pais não podem abrir mão dele; inalienável ou indisponível, já que não pode ser transferido a outras pessoas; imprescritível, uma vez que não decaem os pais pelos simples fato de não o exercerem; por fim, incompatível com a tutela, não se podendo nomear tutor a menor, a não ser que haja suspensão ou destituição do poder familiar dos genitores (DINIZ, 2018, p. 643).

Para Carlos Roberto Gonçalves, o “aludido instituto constitui um *múnus público*, pois ao Estado [...] interessa o seu bom desempenho. É, portanto, irrenunciável, incompatível com a transação e indelegável, não podendo os pais renunciá-lo, nem transferi-lo a outrem” (2018, p. 412). O autor ainda defende que o poder familiar é imprescritível e que o genitor somente o perderá nos casos explicitamente descritos em lei, e que o instituto é incompatível com a tutela, “não se podendo nomear tutor a menor cujos pais não foram suspensos ou destituídos do poder familiar” (2018, p. 412).

Entre os caracteres, a doutrina aponta a irrenunciabilidade, dado que aos pais não é permitida a desoneração de quaisquer de seus deveres. Embora a entrega em adoção produza este efeito, tecnicamente não configura ato de renúncia, pois suas implicações são mais amplas, provocando a ruptura do vínculo parental. [...] A titularidade é indivisível, uma vez que os pais não podem confiar a terceiros parte de suas atribuições. Quando não houver coabitação entre os pais, a concessão da guarda a um deles não implica a divisão do poder familiar, apenas a separação de um dos atributos deste, como destaca Silmara Juny Chinellato. Também não descaracteriza a indivisibilidade o fato de o casal detentor do poder, internamente, convencionar atribuições próprias para cada um. Como Antônio Cezar Lima da Fonseca anota, divisível é apenas o exercício do poder. O poder cabe restritamente aos pais, biológicos ou não, daí a afirmação de que é personalíssimo. Dada esta última característica, segue-se que o poder é intransferível, por ato próprio ou do judiciário. A este cabe apenas suspender o exercício ou extinguir o poder em alguma das circunstâncias previstas na Lei Civil. Diz-se, ainda, que é imprescritível, no sentido de que não se extingue pelo não exercício da função. Todavia, se tal atitude implicar o abandono de menor, o titular ficará sujeito à perda do poder familiar, consoante a previsão do art. 1.638, II, do Código Civil. A temporariedade é uma das características do poder parental, pois este perdura até que os filhos alcancem a maioridade ou se emancipem. Cessa, também, com a adoção, morte dos genitores ou dos filhos e perda motivada por conduta nociva dos pais (NADER, 2016, p. 226).

Apesar de diversos juristas discorrerem sobre as características inerentes ao poder familiar, com base na posição dos doutrinadores citados alhures, podemos afirmar que as principais são a irrenunciabilidade, a indisponibilidade, a inalienabilidade, a imprescritibilidade, a temporariedade e, por fim, seu caráter personalíssimo. Sendo assim, podemos afirmar que estas representam, com alto grau de confiabilidade, as principais características do poder familiar, sem, contudo, pretendermos considerá-las taxativas.

3.2 SUSPENSÃO E EXTINÇÃO DO PODER FAMILIAR

A suspensão e a extinção do poder familiar são sanções legais que poderão ser impostas aos pais. Tratam-se de medidas a serem aplicadas em situações-limite, tendo em vista a importância da manutenção dos laços entre pais e filhos. Pela interpretação da própria etimologia das palavras, depreende-se que a extinção expõe uma situação mais grave, em caráter definitivo, enquanto a suspensão pode ser compreendida como uma sanção mais amena, temporária, resultante de uma infração ao dever genérico do exercício da autoridade parental em consonância com as normas regulamentares.

Na suspensão, “o exercício do poder familiar é privado, por tempo determinado, de todos os seus atributos ou somente de parte deles, referindo-se a um dos filhos ou alguns. [...] É, pois, uma sanção que visa preservar os interesses do filho...” (DINIZ, 2018, p. 653). A suspensão não será permanente, perdurando apenas pelo tempo em que se mostre necessária. Deixando de existir o motivo que a suscitou, o poder familiar retorna ao pai ou à mãe, mantendo-se intacto.

A suspensão pode ser total, envolvendo todos os poderes inerentes ao poder familiar, ou parcial, cingindo-se, por exemplo, à administração dos bens ou à proibição de o genitor ou genitores ter o filho em sua companhia. A suspensão total priva o pai, ou a mãe, de todos os direitos que constituem o poder familiar, inclusive o usufruto, que é um de seus elementos e direito acessório (GONÇALVES, 2018, p. 432).

A perda ou destituição é tratada no art. 1.635 do Código Civil. A análise deste artigo nos permite concluir que a extinção do poder familiar dar-se-á por fatos naturais (incisos I a IV), de pleno direito, ou por decisão judicial, conforme descrito no inciso V.

Com a morte dos pais, desaparecem os titulares do direito [...] A morte do filho, a emancipação e a maioridade fazem desaparecer a razão de ser do instituto, que é a proteção do menor [...] A adoção extingue o poder familiar na pessoa do pai natural, transferindo-o ao adotante (GONÇALVES, 2018, p. 426-427).

A extinção por decisão judicial, que decretará a perda do poder familiar, ocorrerá nas hipóteses arroladas no art. 1.638 do Código Civil, que deverá ser averbada à margem do registro de nascimento da criança ou do adolescente. O artigo evidencia que a prática de atos contrários à moral e aos bons costumes representa mau exemplo e pode prejudicar a formação moral das crianças. Também será motivo de extinção do poder familiar a reincidência em condutas que ensejariam a suspensão deste, evitando que os pais abusem de condutas repetitivas prejudiciais aos infantes. Por fim, o inciso V determina que a entrega irregular dos filhos a terceiros para adoção também resulta na extinção do poder familiar.

3.3 COMENTÁRIOS À LEI N. 13.715/2018

A Lei n. 13.715, de 24 de setembro de 2018, alterou o Decreto-lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), a Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990 (ECA), e a Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), para tratar das hipóteses de perda do poder familiar pelo autor de determinados crimes contra outrem igualmente titular do mesmo poder ou contra o filho, filha ou outro descendente.

Antes da referida lei, o Código Penal afirmava, no art. 92, que seriam efeitos da condenação “a incapacidade para o exercício do *pátrio poder*, tutela ou curatela, nos crimes dolosos, sujeitos à pena de reclusão, cometidos contra filho, tutelado ou curatelado” (BRASIL, 1940). Porém, atualmente, o Código Penal dispõe que “a incapacidade para o exercício do *poder familiar*, da tutela ou da curatela nos crimes dolosos sujeitos à pena de reclusão cometidos *contra outrem igualmente titular do mesmo poder familiar*, contra filho, *filha ou*

outro descendente ou contra tutelado ou curatelado” (BRASIL, 1940, grifo nosso).

Dentre as mudanças, convém destacar que houve a alteração da ultrapassada terminologia pátrio poder para a contemporânea poder familiar, em consonância com outras referências legais (exemplo: Código Civil). A nova legislação também incluiu o crime doloso praticado “contra outrem titular do mesmo poder familiar”, como no caso de um pai que comete um crime doloso contra a mãe do filho que ambos geraram. Por fim, em relação ao acréscimo “outro descendente”, a lei trata do crime cometido contra os netos e bisnetos. Diante dessas situações previstas em lei, compreendemos que

Sua aplicação não é obrigatória, e sua pertinência deve ser avaliada no caso concreto, notadamente quando o crime provoque a incompatibilidade para o exercício do poder familiar, tutela ou curatela. Essa incapacidade pode ser estendida para alcançar outros filhos, pupilos ou curatelados, além da vítima do crime. Não seria razoável, exemplificativamente, decretar a perda do poder familiar somente em relação à filha de dez anos de idade estuprada pelo pai, aguardando fosse igual delito praticado contra as outras filhas mais jovens, para que só então se privasse o genitor desse direito (MASSON, 2016, p. 918).

Com relação à alteração do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), podemos afirmar que sua redação anterior, no art. 23, § 2º, que dizia “a condenação criminal do pai ou da mãe não implicará a destituição do poder familiar, exceto na hipótese de condenação por crime doloso, sujeito à pena de reclusão, contra o próprio filho ou filha” (BRASIL, 1990), foi alterada para “a condenação criminal do pai ou da mãe não implicará a destituição do poder familiar, exceto na hipótese de condenação por crime doloso sujeito à pena de reclusão *contra outrem igualmente titular do mesmo poder familiar ou contra filho, filha ou outro descendente*” (BRASIL, 1990, grifo nosso). Logo, assim como no Código Penal, foram incluídos os termos “contra outrem igualmente titular” e “outro descendente”, ampliando as hipóteses em que ocorrerá a perda do poder familiar.

Por fim, no que tange às mudanças implementadas pela Lei n. 13.715/2018 no Código Civil, faz-se necessário ressaltar o parágrafo único do art. 1.638, que dispõe

Parágrafo único. Perderá também por ato judicial o poder familiar aquele que: I – praticar contra outrem igualmente titular do mesmo poder familiar: a) homicídio, feminicídio ou lesão corporal de natureza grave ou seguida de morte, quando se tratar de crime doloso envolvendo violência doméstica e familiar ou menosprezo ou discriminação à condição de mulher; b) estupro ou outro crime contra a dignidade sexual sujeito à pena de reclusão; II – praticar contra filho, filha ou outro descendente: a) homicídio, feminicídio ou lesão corporal de natureza grave ou seguida de morte, quando se tratar de crime doloso envolvendo violência doméstica e familiar ou menosprezo ou discriminação à condição de mulher; b) estupro, estupro de vulnerável ou outro crime contra a dignidade sexual sujeito à pena de reclusão. (Incluído pela Lei n. 13.715, de 2018) (BRASIL, 2002).

É possível perceber que o parágrafo único em questão não foi alterado no Código Civil, mas totalmente incluído, uma vez que não existia antes da vigência da Lei n. 13.715/2018. Dessa forma, conferiu maior amplitude à lei e promoveu maior proteção àqueles que estão submetidos ao poder familiar.

4 CONCLUSÃO

Neste artigo nos propusemos a investigar a construção histórico-evolutiva do poder familiar, buscando compreender suas origens e vislumbrar a forma pela qual se desenvolveu ao longo dos séculos. A partir de uma revisão bibliográfica, objetivamos demonstrar suas principais características desde os tempos mais remotos até o seu modelo contemporâneo. Percebemos que o pátrio poder perdurou por séculos e somente

foi superado por meio da união de esforços sociais, jurídicos e legislativos.

Além disso, constatamos que a Constituição Federal de 1988 foi um marco importantíssimo para a promoção e proteção da família, seio do poder familiar, possibilitando a igualdade entre os pais e concedendo a ambos a mesma gama de direitos e deveres. Assim, os reflexos em toda a legislação privatista foram inevitáveis, destacando-se o ocorrido no atual Código Civil, com a inclusão da apropriada terminologia do instituto ora estudado, a saber, poder familiar, em detrimento do termo pátrio poder.

Em que pese a elevada importância do texto constitucional e da lei civil, não foram esses os únicos textos legais que proporcionaram o avanço do instituto da autoridade parental, uma vez que a recente Lei n. 13.715/2018 ampliou o espectro de proteção e demonstrou que este ainda se encontra em pleno desenvolvimento. Sendo assim, compete à sociedade e aos operadores do direito a manutenção de um olhar atento a esse tema, de forma a continuar a promovê-lo e protegê-lo, visando à proteção integral da família e ao melhor interesse da criança e do adolescente.

REFERÊNCIAS

ALBERGARIA, Bruno. **Histórias do direito: evolução das leis, fatos e pensamentos**. São Paulo: Atlas, 2011.

BEVILÁQUA, Clóvis. **Direito de família**. 7. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1943.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 9 dez. 2019.

BRASIL. Decreto-lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm Acesso em: 9 dez. 2019.

BRASIL. Lei n. 3.071, de 1º de janeiro de 1916. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L3071.htm. Acesso em: 21 nov. 2019.

BRASIL. Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm Acesso em: 15 dez. 2019.

BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm. Acesso em: 15 nov. 2019.

COULANGES, Fustel de. **A cidade antiga**. Tradução de Fernando de Aguiar. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Curso de direito romano: o direito romano e o direito civil brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: direito de família**. 22. ed. rev. e atual. de acordo com a reforma do CPC. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 5.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. v. 5.

GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. Tradução de A. M. Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2016.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: direito de família**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. v. VI.

LISBOA, Roberto Senise. **Manual de direito civil: direito de família e sucessões**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 5.

MACIEL, José Fábio Rodrigues; AGUIAR, Renan. **História do direito**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2016 (Col. Direito Vivo).

MARKY, Thomas. **Curso elementar de direito romano**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

MASSON, Cleber. **Direito penal esquematizado: Parte Geral**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2016. v. 1.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil: direito de família**. 37. ed. Atualizada por Regina Beatriz Tavares da Silva. São Paulo: Saraiva, 2004.

NADER, Paulo. **Curso de direito civil: direito de família**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. v. 5.

PALMA, Rodrigo Freitas. **Manual elementar de direito hebraico**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2009.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 25. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

RAMOS, Patrícia Pimentel de Oliveira Chambers. **Poder familiar e guarda compartilhada: novos paradigmas no direito de família**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

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

TARTUCE, Flávio. **Direito civil: direito de família**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. v. 5.

WALD, Arnoldo. **O novo direito de família**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

WOLKMER, Antonio Carlos (org.). **Fundamentos de história do direito**. 9. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2016.