

A DESPATRIARCALIZAÇÃO DO DIREITO DE FAMÍLIA: A IGUALDADE JURÍDICA ENTRE CÔNJUGES E O PODER FAMILIAR

THE DEPATRIARIZATION OF FAMILY LAW: LEGAL EQUALITY BETWEEN SPOUGHTS AND FAMILY POWER.

Marta Neiara Maria Alencar¹, Petrucia Marques Sarmento Moreira²

v. 7/ n. 5 (2019)
Outubro

Aceito para publicação em
20/09/2019.

¹Graduanda em Ciências Jurídicas e Sociais - Direito pela Universidade Federal de Campina Grande. E-mail: alencarneira@gmail.com

²Professora Ma Assistente II da Unidade Acadêmica de Direito – CCJS/UFCG. E-mail: petruciams@hotmail.com



RESUMO: A evolução histórica da sociedade desde o Direito Romano até a atualidade no âmbito do Direito das Famílias acerca do instituto do poder familiar bem como a análise do princípio da igualdade jurídica entre cônjuges e na chefia familiar de forma a observar os fatores que ensejaram na mudança tanto conceitual como o conteúdo de atitudes compreendidas. Nesse sentido, é examinado a constitucionalização do Direito Civil com o objetivo de harmonizar todo o ordenamento jurídico através da concepção do princípio da dignidade da pessoa humana. Desse modo, é inquestionável que haja na legislação civilista familiar o fenômeno denominado por Flávio Tartuce de despatriarcalização, posto que vigora no momento atual o conceito de família democrática. Em se tratando o instituto do poder familiar, nota-se que por meio da constitucionalização, há além da aplicação dos princípios acima citados, a observância ao princípio do melhor interesse dos filhos. Dessa forma, caracterizando o instituto como de ordem cogente, com o escopo de oferecer o melhor para o crescimento social do instituto da família. Utilizando-se do método dedutivo a partir do Direito de Família e da despatriarcalização para chegar a conclusão da importância da análise da evolução histórica dos princípios e do poder familiar.

Palavras-chaves: Direito Civil Constitucionalizado; Família; Isonomia conjugal; Família democrática.

ABSTRACT: This paper deals with the historical evolution of society since the Roman Law to nowadays, about the parameters of the Family Law, from discussions about the statutes of Family Court and the principle of legal equality between spouses, in order to observe the factors that led to behavioral and conceptual changes. In this sense, the constitutionalization of Civil Law is examined in order to harmonize the entire legal system through the conception of the principle of human dignity. Thus, it is unquestionable that in the family civilist legislation there is a phenomenon known as depatriarcalization by Flávio Tartuce, since, until this moment, the concept of democratic family is in force. In cases of Family Court, it is noted that through constitutionalization, beyond the application of the principles above, there is also compliance with the principle of the best interests of the children. Thus, characterizing the institute as cogent in order to offer the best for the social growth of the family institute. This paper uses the deductive method based on Family Law and depatriarcalization to get the conclusion about the importance of analyzing the historical evolution of the family court principles.

Keywords: Constitutionalized Civil Law, Family, Conjugal isonomy, Democratic family.

A DESPATRIARCALIZAÇÃO DO DIREITO DE FAMÍLIA: A IGUALDADE JURÍDICA ENTRE CÔNJUGES E O PODER FAMILIAR

THE DEPATRIARIZATION OF FAMILY LAW: LEGAL EQUALITY BETWEEN SPOUGHTS AND FAMILY POWER.



v. 7/ n. 5 (2019)
Outubro

Aceito para publicação em
20/09/2019.

¹Graduanda em Ciências
Jurídicas e Sociais - Direito
pela Universidade Federal de
Campina Grande. E-mail:
alencarneira@gmail.com

²Professora Ma Assistente II
da Unidade Acadêmica de
Direito – CCJS/UFCG. E-
mail:
petruciams@hotmail.com



RESUMO: A evolução histórica da sociedade desde o Direito Romano até a atualidade no âmbito do Direito das Famílias acerca do instituto do poder familiar bem como a análise do princípio da igualdade jurídica entre cônjuges e na chefia familiar de forma a observar os fatores que ensejaram na mudança tanto conceitual como o conteúdo de atitudes compreendidas. Nesse sentido, é examinado a constitucionalização do Direito Civil com o objetivo de harmonizar todo o ordenamento jurídico através da concepção do princípio da dignidade da pessoa humana. Desse modo, é inquestionável que haja na legislação civilista familiar o fenômeno denominado por Flávio Tartuce de despatriarcalização, posto que vigora no momento atual o conceito de família democrática. Em se tratando o instituto do poder familiar, nota-se que por meio da constitucionalização, há além da aplicação dos princípios acima citados, a observância ao princípio do melhor interesse dos filhos. Dessa forma, caracterizando o instituto como de ordem cogente, com o escopo de oferecer o melhor para o crescimento social do instituto da família. Utilizando-se do método dedutivo a partir do Direito de Família e da despatriarcalização para chegar a conclusão da importância da análise da evolução histórica dos princípios e do poder familiar.

Palavras-chaves: Direito Civil Constitucionalizado; Família; Isonomia conjugal; Família democrática.

ABSTRACT: This paper deals with the historical evolution of society since the Roman Law to nowadays, about the parameters of the Family Law, from discussions about the statutes of Family Court and the principle of legal equality between spouses, in order to observe the factors that led to behavioral and conceptual changes. In this sense, the constitutionalization of Civil Law is examined in order to harmonize the entire legal system through the conception of the principle of human dignity. Thus, it is unquestionable that in the family civilist legislation there is a phenomenon known as depatriarcalization by Flávio Tartuce, since, until this moment, the concept of democratic family is in force. In cases of Family Court, it is noted that through constitutionalization, beyond the application of the principles above, there is also compliance with the principle of the best interests of the children. Thus, characterizing the institute as cogent in order to offer the best for the social growth of the family institute. This paper uses the deductive method based on Family Law and depatriarcalization to get the conclusion about the importance of analyzing the historical evolution of the family court principles.

Keywords: Constitutionalized Civil Law, Family, Conjugal isonomy, Democratic family.

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho pretende estudar as mudanças advindas da evolução histórica em se tratando do conceito dos princípios informadores do Direito Civil Constitucional, bem como do instituto do poder familiar. Assim como, apresentar a modificação da legislação em que pese o conteúdo no plano prático dos princípios e do poder familiar.

A DESPATRIARCALIZAÇÃO DO DIREITO DE FAMÍLIA: A IGUALDADE JURÍDICA ENTRE CÔNJUGES E O PODER FAMILIAR

Dessa forma, busca compreender o princípio da igualdade jurídica entre cônjuges através da ótica constitucional embasada pelo princípio da dignidade humana com a intenção de conferir ao conteúdo do Direito de Família um caráter de norma cogente e com isso tornar eficaz na sociedade conjugal o que preceitua o texto constitucional.

Nesse sentido, em decorrência do princípio acima tratado, Flávio Tartuce elencou o princípio da igualdade na chefia familiar, que observa o tocante as decisões tomadas no seio familiar tanto de ordem pessoal como patrimonial. Princípio que norteia também o instituto do poder familiar e como base nisso configura o conceito de família democrática.

Em se relação ao instituto do poder familiar, objetiva-se conceituar e demonstrar os resultados da evolução histórica desde o Direito Romano até os dias atuais, evidenciando inclusive efeitos legais, jurisprudenciais e doutrinários.

A pesquisa objetiva compreender a despatriarcalização do Direito de Família com base na análise do princípio constitucional que enfoca a isonomia conjugal, assim como a partir do poder familiar e seus desdobramentos em sede judicial e doutrinária.

Fez-se uso do método dedutivo tendo como premissa maior o Direito de Família e premissa menor a despatriarcalização do ordenamento civilista através da revisão bibliográfica utilizando doutrina jurídica para o referencial teórico.

2. EVOLUÇÃO HISTÓRICA E ANÁLISE CONCEITUAL DO DIREITO DE FAMÍLIA

O ordenamento jurídico mantém suas raízes na história, de acordo com o momento vivido, com a cultura, a religião e contexto político de determinado povo. Diante disso, assevera Reale (2002, p 45.) que “A tradição latina ou continental (civil law) acentuou-se especialmente após a Revolução Francesa, quando a lei passou a ser considerada a única expressão autêntica da Nação, da vontade geral [...]”. Dessa maneira, vê-se que o direito brasileiro acompanhou o sistema conhecido como civil law – também conhecido como romano-germânico.

A característica patriarcal do Direito Romano permaneceu imersa nos ordenamentos jurídicos que adotam o sistema civil law, dessa forma, chegou ao Brasil através das Ordenações Portuguesas, como explica Venosa (2019, p.334) “O patriarcalismo vem até nós pelo Direito português e encontra exemplos nos senhores de engenho e barões do café, que deixaram marcas indeléveis em nossa história.” A sociedade rural do açúcar, do café e do leite, obtinha vantagens com o sistema patriarcal e, por conta disso, o defendiam veementemente.

A respeito da origem semântica da palavra patriarcado Delphy (2018) “‘Patriarcado’ vem da combinação das palavras gregas *pater* (pai) e *arkhe* (origem e comando).” Já no que se refere ao conceito, aduz “o patriarcado designa uma formação social em que os homens detêm o poder.” A organização social romana tinha como base o *pater*, por esta razão o patriarcado exerceu tanta importância ao longo da história ocidental.

Acerca da evolução do instituto do poder familiar, apresenta Venosa (2019, p.344) que: “Trata-se de instituto que se alterou bastante no curso da história, acompanhando, em síntese, a trajetória da história da própria família. No Direito Romano, a *patria potestas* representava um poder incontestável do chefe de família.” O Direito de Família brasileiro, em função da influência que recebeu no passado do Direito Romano, embora ainda se mantenha alguns institutos jurídicos,

todavia conceitos e princípios, por apresentarem um aspecto que não mais condiz com a evolução social foram retraídos da codificação civil com a entrada em vigor do Código Civil de 2002.

Conforme defendido por Dias (2016, p.780) “A expressão "poder familiar" adotada pelo Código Civil corresponde ao antigo pátrio poder, termo que remonta ao direito romano: pater potestas - direito absoluto e ilimitado conferido ao chefe da organização familiar sobre a pessoa dos filhos.” Nesse contexto, é notória a mudança no âmbito familiar, a saber, a decadência do conceito de pátrio poder para a então ascendência do poder familiar que compreende os direitos e deveres dos genitores em relação aos filhos no que tange a questão pessoal bem como no aspecto patrimonial.

As antigas sociedades e até mesmo a sociedade brasileira regida pelo Código Civil de 1916, foram construídas e fundamentadas conforme os ditames patriarcais, que hierarquiza as funções e situa a figura da mulher e, conseqüentemente, da mãe numa conjuntura inferior. A expressão pátrio poder é flagrantemente machista uma vez que centraliza a organização familiar na figura do homem, o pai, chefe da família (DIAS, 2016).

O pátrio poder nutrido pelo patriarcalismo perpétuo durante séculos, a maior parte dos grupos sociais defendiam sua manutenção, destacando-se a sociedade rural (VENOSA 2019). Com isso, a mulher permanecia estagnada socialmente, de acordo com Venosa (2019, p. 344):

Com a urbanização, industrialização, a nova posição assumida pela mulher no mundo ocidental, o avanço das telecomunicações e a globalização da sociedade, modificou-se irremediavelmente esse comportamento, fazendo realçar no pátrio poder os deveres dos pais com relação aos filhos, bem como os interesses destes, colocando em plano secundário os respectivos direitos dos pais.

Apenas com as revoluções econômicas e como um novo estilo de vida, urbanizado e industrializado é que a mulher ganha espaço no mercado de trabalho. Com base nisso, o Direito de Família acompanha a evolução social e designa a mulher para uma função contemporânea na família na condição de provedora do lar.

O pátrio poder compreendido no Código Civil de 1916 concentrava a chefia da sociedade conjugal no pai de família, apenas em caso da falta deste ou impedimento surgia a figura da mãe como ser capaz de gerenciar decisões de cunho familiar. O Estatuto da Mulher Casada, instituído pela Lei nº 4.121/62 ao alterar o Código Civil de 1916, incumbiu a mulher a condição de colaboradora no exercício do pátrio poder, entretanto caso houvesse divergência nas decisões adotadas, a prevalência se dava para palavra do homem para resolver as questões familiares (DIAS, 2016).

Em se tratando da igualdade jurídica entre cônjuges, a Constituição Federal de 1988 estabeleceu a isonomia formal entre homens e mulheres no artigo 5º, inciso I, especificamente garantiu a isonomia na sociedade conjugal, conforme preceitua o artigo 226, §5º “Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher”. Consonante menciona Dias (2016, p. 77) “Ou seja, a carta constitucional é a grande artífice do princípio da isonomia no direito das famílias.” Nesse contexto são princípios constitucionais que norteiam o Direito de Família: Princípio da proteção da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF/1988), Princípio da igualdade entre cônjuges e companheiros (art. 226, § 5º, da CF/1988 e art. 1.511 do CC), Princípio da igualdade na chefia familiar, nessa forma, o citado princípio tem fundamentação no ordenamento jurídico, entre outros.

A igualdade jurídica formal consiste na lei de forma expressa. No que tange a igualdade material, é aquela que concretiza o que preceitua a lei, ou seja, a igualdade formal aplicada no contexto prático consiste na ideia trazida por Ruy Barbosa (BULOS, 2015).

A DESPATRIARCALIZAÇÃO DO DIREITO DE FAMÍLIA: A IGUALDADE JURÍDICA ENTRE CÔNJUGES E O PODER FAMILIAR

Desse modo, por meio do tratamento isonômico na sociedade conjugal, assegurando igualdade na execução dos direitos e deveres, incluindo, por consequência, o exercício do poder familiar, assim, é visível a ligação que há entre os assuntos apresentados. Nessa linha de pensamento, expõe Gonçalves (2017, p.23):

A regulamentação instituída no aludido dispositivo acaba com o poder marital e com o sistema de encapsulamento da mulher, restrita a tarefas domésticas e à procriação. O patriarcalismo não mais se coaduna, efetivamente, com a época atual, em que grande parte dos avanços tecnológicos e sociais está diretamente vinculada às funções da mulher na família e referenda a evolução moderna, confirmando verdadeira revolução no campo social.

Diante do exposto, destaca Dias (2016, p.78) que “O princípio da igualdade não vincula somente o legislador. O intérprete também tem de observar suas regras.” É evidente, ainda que de forma tímida, que a mulher tem conquistado espaço e reconhecimento na seara familiar. A evolução não se dá apenas pela simples mudança de conceito entre pátrio poder e poder familiar, mas sim, no conteúdo de tal instituto e na vinculação que as decisões judiciais devem se amparar.

Dessa maneira, prossegui a compreensão acerca dessa temática exposta por Dias (2016, p. 780) “Como se trata de um termo que guarda resquícios de uma sociedade patriarcal, o movimento feminista reagiu e o tratamento legal isonômico dos filhos impuseram a mudança.” O movimento feminista que busca através de anos de luta a igualdade formal, bem como a material entre homens e mulheres, contestou o instituto do pátrio poder até a mudança ser inserida no atual Código civil de 2002.

Isto posto, é notório que a igualdade jurídica entre os cônjuges reflete como igualdade material com relação aos genitores no exercício do poder familiar garantindo uma evolução social na atuação do homem e da mulher na sociedade conjugal. Por conseguinte, vê-se que há uma efetiva aplicação do princípio em análise, no plano da legislação infraconstitucional dos ideais da dignidade da pessoa humana, bem como da isonomia constitucional entre homem e mulher.

3. PRINCÍPIO DA IGUALDADE JURÍDICA ENTRE CÔNJUGES

Partindo da ótica do Direito Civil constitucionalizado, especialmente o Direito de Família, tem-se normas cogentes de ordem pública, pois estão relacionadas com o direito existencial, portanto, ligada ao princípio da dignidade humana (TARTUCE, 2019, p 23). Devendo ser entendido através de uma nova perspectiva, diante das diversas evoluções implementadas pelos princípios igualitários no âmbito da sociedade conjugal, a saber, a igualdade jurídica entre os cônjuges. Cabe nesse aspecto ressaltar o ponto de origem para a análise Direito de Família partindo da compreensão do texto constitucional, conforme descreve Tartuce (2019, p.26):

Diante de todas essas alterações históricas [...], pode-se afirmar que há um Novo Direito de Família. Mais do que nunca, vale repetir, deve-se estudar esse ramo jurídico tendo como parâmetro os princípios constitucionais encartados no Texto Maior. Isso é amplamente reconhecido pela doutrina e pela jurisprudência contemporâneas.

Sabe-se que o Código Civil de 1916 delegava a função ao marido de ser o chefe da sociedade conjugal, assim, Gonçalves (2017, p.23) esclarece que: “competindo-lhe a administração dos bens comuns e particulares da mulher, o direito de fixar o domicílio da família e o dever de prover à manutenção desta.” Em conformidade com atual codificação, compete aos cônjuges tais deveres, podendo vale-se do Poder Judiciário em caso de divergência das decisões conjugais.

Diante disso dessa abordagem vê-se que a mulher, a luz da codificação em vigor, é participante ativa da manutenção da família (GONÇALVES, 2017).

A Constituição Federal de 1988 elencou no artigo 5º, inciso I, a igualdade formal entre homens e mulheres, dispôs também acerca de uma equivalência específica no artigo 226, § 5, da CF/88 a paridade entre homens e mulheres no que se refere à sociedade conjugal ou convivencial formada pelo casamento ou pela união estável (TARTUCE, 2019). Observa-se que no diploma civilista preceitua dispositivos que assegura a isonomia entre os cônjuges, diante disso é preciso destacar o entendimento acerca dessa temática apresentada por Tartuce (2019, p. 44) “Especificamente, prevê o art. 1.511 do CC/2002 que o casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges.” Por óbvio, tal compreensão também se estende a união estável, posto que, se constitui como entidade familiar.

No que concerne aos exemplos da igualdade jurídica entre os cônjuges, elenca-se a questão dos alimentos que podem ser pleiteados perante qualquer dos cônjuges. Diante disso, dispõe Tartuce (2019, p. 44) que: “No que concerne aos alimentos, reconhecendo essa igualdade, há julgados anteriores do Tribunal de Justiça de São Paulo apontando que a mulher apta a trabalhar não terá direito a alimentos em relação ao ex-cônjuge.” Este pensamento parte da ideia de inclusão da mulher no mercado de trabalho que veio com as mudanças sociais, diferentemente das décadas passadas que a ocupação das mulheres era unicamente ser do lar.

Pode-se falar em exemplos legais da aplicação do princípio da igualdade jurídica entre os cônjuges no artigo 1.647 do CC/02, concretizando o instituto da outorga conjugal, ou seja, anuência dada por qualquer dos cônjuges para realização de determinada formalidade jurídica. Importante salientar que a outorga conjugal pode ser dividida doutrinariamente em outorga uxória, quando concedida pela esposa, e outorga marital, quando concedida pelo esposo, no entanto em face das novas entidades familiares, tal classificação encontra-se ultrapassada.

Cabe nesse momento expor acerca dos julgados referentes à aplicabilidade do princípio da igualdade jurídica entre os cônjuges (TARTUCE, 2019, p 44):

Alimentos. Prova de dedicação da mulher ao lar, em prejuízo da atividade profissional para a qual se formou. Direito à pensão por tempo razoável para sua recolocação no mercado de trabalho. Recurso parcialmente provido (TJSP, Apelação Cível 196.277-4/SP, 4.ª Câmara de Direito Privado, Rel. Aguilar Cortez, 23.08.2001, v.u.).

Em face do exposto, observa-se que há um fenômeno de grande ocorrência na vida das mulheres que foram construídas socialmente de acordo com os ditames machista e sexista, no qual existe designação de função em razão do sexo. No caso em tela, em decorrência da dedicação exclusiva a vida do lar é visível o prejuízo na perspectiva profissional. A legislação através do fator costume, que enseja nessas hipóteses, tratou de ao menos diminuir os prejuízos ofertando a possibilidade de concessão de alimentos, com base no princípio da dignidade humana.

Convém analisar outro julgado, partindo de um contexto processualista quanto aos efeitos do princípio em questão (TARTUCE, 2019, p. 47):

“Ação de separação judicial. Propositura no foro de domicílio de seu autor, o varão. Exceção declinatória foi apresentada pelo cônjuge feminino, com base no artigo 100, caput, I, do Código de Processo Civil. O foro privilegiado da mulher não mais subsiste, ante a atual Constituição Federal. Mas a exceção havia que ser acolhida à luz da norma geral do artigo 94, caput, do Código de Processo Civil. Agravo de instrumento do autor insistindo no processamento da causa no foro de seu domicílio que se improvê, tornando insubsistente a liminar da fls. 61” (TJSP, Agravo de Instrumento 358.2502-4/1, 9.ª Câmara de Direito Privado, Rel. Marco César, 15.03.2005, v.u.).

A DESPATRIARCALIZAÇÃO DO DIREITO DE FAMÍLIA: A IGUALDADE JURÍDICA ENTRE CÔNJUGES E O PODER FAMILIAR

É notório com base no julgado acima transcrito, ainda que o Código de Processo Civil de 1973 trouxesse o foro da residência da mulher como competente para ação de separação judicial, não é harmonioso com a Constituição Federal de 1988, posto que, flagrantemente, a lei processualista vai de encontro ao texto da Lei Maior, havendo prevalência desta.

É importante ressaltar que a Lei Maria da Penha, Lei nº 11.340/2006, preceitua em seu artigo 15, acerca da possibilidade de a mulher promover ações cíveis no foro de domicílio de sua residência, no foro do lugar da ocorrência do fato que baseou a demanda ou no foro de domicílio do seu agressor. Nesse cenário, a situação descrita para como uma exceção a regra geral disposta do Código de Processo Civil de 2015, assim como também pode ser classificada como uma forma de igualdade material a favor da mulher em estado de vulnerabilidade.

Resta claro que, atualmente, o Código Civil de 2002 e o Código de Processo Civil de 2015 bem como a Constituição Federal de 1988 partilham de uma harmonia quanto a constitucionalização da legislação seja material ou processual, com fulcro nos princípios da dignidade da pessoa humana, da solidariedade familiar, da igualdade jurídica entre cônjuges, entre outros princípios que informam uma evolução social no âmbito familiar.

4. PRINCÍPIO DA IGUALDADE NA CHEFIA FAMILIAR

Numa abordagem comparativa, o conceito do princípio da igualdade na chefia familiar traz um avanço no contexto familiar uma vez que até os filhos podem participar das decisões familiares. Assim, relata Tartuce (2019, p. 49) que: “surge o princípio da igualdade na chefia familiar, que pode ser exercida tanto pelo homem quanto pela mulher em um regime democrático de colaboração, podendo inclusive os filhos opinar (conceito de família democrática)”. O princípio em comento provém da igualdade jurídica entre cônjuges e traz o conceito de família democrática, no qual inexistente a superioridade dos seus membros, havendo uma paridade entre os integrantes da família.

Desse modo, é incontestável o que Tartuce denomina de Despatriarcalização do Direito de Família, posto que o homem no meio familiar não mais exerce a figura imperialista em relação aos demais membros familiares. O ordenamento jurídico atual preza por uma isonomia que garante companheirismo e cooperação e não mais o domínio da figura paterna. (TARTUCE, 2019)

O princípio ora analisado encontra fundamento em diversos dispositivos do Código Civil de 2002, a saber, “art. 1566 - São deveres de ambos os cônjuges: III. Mútua assistência; IV. Sustento, guarda e educação dos filhos.” Consoante o pensamento de Tartuce (2019, p.49) “Isso porque são deveres do casamento a mútua assistência e o respeito e consideração mútuos, ou seja, prestados por ambos os cônjuges, de acordo com as suas possibilidades pessoais e patrimoniais.” A codificação civil evidencia a solidariedade entre os cônjuges.

Faz parte também da fundamentação jurídica do princípio em questão, de acordo com o que preceitua o art. 1.631. “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.” O poder familiar compete aos pais, sem distinção de qualquer dos genitores, apenas em circunstâncias especiais como falta ou impedimento de um, o outro será encarregado de forma exclusiva (TARTUCE, 2019).

Exemplo de tal princípio configura-se no instituto da guarda, no qual a guarda compartilhada é a regra, enquanto a guarda unilateral é a exceção, evidenciado dois princípios: o melhor interesse da criança que tem direito de conviver com ambos os pais, do mesmo modo a

isonomia no âmbito familiar em razão do exercício do poder familiar. O que consiste, portanto, na concordância da legislação civil com a Carta Magna.

5. DO PODER FAMILIAR

Desenhando uma linha do tempo é possível perceber que o Código Civil de 1916 acolheu a expressão pátrio poder, já o diploma civilista em vigor disciplina normativamente o instituto do poder familiar. No entanto o projeto do Estatuto das Famílias pretende outra nomenclatura, qual seja a autoridade parental (VENOSA, 2019).

O termo usado no projeto do Estatuto das Famílias é acolhido por estudiosos do Direito Civil, a saber, Tartuce, com a justificativa de o vocábulo encontra-se em sintonia com o que proclama o princípio do melhor interesse dos filhos, assim, expressa o artigo 87 do projeto “A autoridade parental deve ser exercida no melhor interesse dos filhos” (TARTUCE, 2019).

Nesse sentido, Dias (2016, p.782) alerta que “Melhor reflete a profunda mudança que resultou da consagração constitucional do princípio da proteção integral de crianças, adolescentes e jovens (CF 227)”, em consonância com o novo entendimento jurídico civil constitucionalizado. Ademais, complementa Dias (2016, p.782) que “Mas já surge movimento indicando como mais apropriado o termo responsabilidade parental.” As justificativas se fundam na melhor interpretação dos conceitos do instituto jurídico.

Na ótica internacional, alguns ordenamentos jurídicos como o americano e o francês, acolheram o conceito de autoridade parental com a justificativa, segundo Gonçalves (2017, p 537) “tendo em vista que o conceito de autoridade traduz melhor o exercício de função legítima fundada no interesse de outro indivíduo, e não em coação física ou psíquica, inerente ao poder.” Observa-se que é louvável a proposta de mudança, inclusive reveste-se perfeitamente no âmbito do conceito e atuação do princípio da dignidade da pessoa humana.

O poder familiar é estudado através de duas concepções, a dos filhos e a dos genitores. Em conformidade com Venosa (2019, p.344) “Visto sob o prisma do menor, o pátrio poder ou poder familiar encerra, sem dúvida, um conteúdo de honra e respeito, sem traduzir modernamente simples ou franca subordinação.” O dispositivo atual da codificação diz que os filhos devem prestar obediência, respeito e serviços próprios de sua idade e condição.

Em se tratando do ponto de vista referente aos pais, continua Venosa (2019, p.344) que:

O poder familiar contém muito mais do que singela regra moral trazida ao Direito: o poder paternal, termo que também se adapta a ambos os pais, enfeixa um conjunto de deveres com relação aos filhos que muito se acentuam quando a doutrina conceitua o instituto como um pátrio dever.

O poder familiar mudou de um sentido de dominação para proteção, garantido que os pais tivessem mais deveres com os filhos do que direitos. O Estatuto da Criança e do Adolescente, progredindo de acordo com as mudanças sociais, modificou de forma significativa o instituto (DIAS, 2016).

Compreendendo o instituto em estudo, Gonçalves (2017, p. 535) define de forma simples “Poder familiar é o conjunto de direitos e deveres atribuídos aos pais, no tocante à pessoa e aos bens dos filhos menores.” Diante do exposto, percebe-se a existência de dois contextos de atuação na análise do poder familiar, o pessoal e o patrimonial.

Uma percepção mais filosófica é elaborada por Dias (2016, p.782) “De objeto de poder, o filho passou a sujeito de direito. Essa inversão ensejou modificação no conteúdo do poder familiar, em face do interesse social que envolve.” É possível perceber na exposição conceitual tratada que

A DESPATRIARCALIZAÇÃO DO DIREITO DE FAMÍLIA: A IGUALDADE JURÍDICA ENTRE CÔNJUGES E O PODER FAMILIAR

há uma evolução histórica de como o filho era considerado objeto para hoje ser considerado sujeito de direito, merecedor de tratamento digno (art. 1, inciso III, da CF/88).

Nesse contexto, continua Dias (2016, p.782) “Não se trata do exercício de uma autoridade, mas de um encargo imposto por lei aos pais.” É atribuído ao poder familiar a característica do *múnus público* para o bem geral da sociedade dado que a compreensão do poder familiar está relacionada ao princípio de melhor interesse da criança.

No entendimento de Gonçalves (2017, p. 536) apud Cunha Gonçalves (1955), o poder familiar se trata de uma função *semipública*:

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 por poder paternal ou pátrio poder, 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.

Desse modo, cabe ressaltar que a incapacidade civil dos filhos menores os impossibilita de praticar, sem representação para os menores de 16 anos e assistência para os maiores de 16 e menores de 18 anos, atos da vida civil, o argumento para tanto consiste no fato desse grupo não possuírem o discernimento necessário para a tomada de decisões. Como *intermédio*, a legislação criou o instituto do poder familiar, que designa aos genitores os direitos e deveres em relação aos filhos.

O poder familiar por ser um dever legal dos pais para com os filhos resguarda-se de diversas características, a saber, *irrenunciáveis*, *inalienáveis*, *indelegáveis* e *insubstituíveis* com exceção do artigo 166 do Estatuto da Criança e do Adolescente. É também *imprescritível*, nas palavras de Gonçalves (2017, p. 537) “no sentido de que dele o genitor não decai pelo fato de não exercitá-lo, somente podendo perdê-lo na forma e nos casos expressos em lei.” Entretanto, há no Brasil um problema de grandes proporções, a falta do nome paterno na certidão de nascimento de milhares de filhos.

Diante de tal situação o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) desencadeou um programa intitulado de *Pai Presente*, com fulcro no artigo 226, § 7º, da Constituição Federal de 1988, com o escopo de diminuir esse dado alarmante e, conseqüentemente, aproximar pais e filhos. O CNJ desenvolveu uma cartilha que contém diversas informações acerca do assunto, inclusive dados sobre o número de alunos sem o nome do pai no Censo Escolar de 2011, totalizando um número alarmante de 5.494.267, conforme descreve na Tabela 1: (CNJ, 2019)

Tabela 1 (Número de alunos sem o nome do pai no Censo Escolar de 2011)

Ano	Região	Sigla	Número de Alunos
2011	Norte	RO	36.230
2011	Norte	AC	21.480
2011	Norte	AM	161.122
2011	Norte	RR	19.203
2011	Norte	PA	505.247
2011	Norte	AP	27.802
2011	Norte	TO	42.033

2011	Nordeste	MA	430.967
2011	Nordeste	PI	135.441
2011	Nordeste	CE	297.663
2011	Nordeste	RN	78.782
2011	Nordeste	PB	89.489
2011	Nordeste	PE	272.246
2011	Nordeste	AL	111.392
2011	Nordeste	SE	37.878
2011	Nordeste	BA	432.684
2011	Sudeste	MG	467.291
2011	Sudeste	ES	142.641
2011	Sudeste	RJ	677.676
2011	Sudeste	SP	663.375
2011	Sul	PR	187.084
2011	Sul	SC	103.587
2011	Sul	RS	198.486
2011	Centro-oeste	MS	53.741
2011	Centro-oeste	MT	78.873
2011	Centro-oeste	GO	153.058
2011	Centro-oeste	DF	68.796
Total:			5.494.267

Fonte: Inep (censo escolar 2011)

Ante o exposto, se mostra evidente que apesar destes pais estarem ausentes na vida dos filhos e, portanto, não exercendo o poder familiar, ainda assim, são considerados titulares por força das características acima elencadas.

O problema acima relatado pode ocorrer de duas formas, pais que abandonaram ou que foram abandonados, casados/em união estável ou não, independente da situação a lei assegura o direito de convivência entre pais e filhos. Conforme reza o artigo 1.632 do Código Civil de 2002 “A separação judicial, o divórcio e a dissolução da união estável não alteram as relações entre pais e filhos senão quanto ao direito, que aos primeiros cabe, de terem em sua companhia os segundos.” Em comentário ao dispositivo Tartuce (2019, p.744) relata que:

O dispositivo acaba trazendo um direito à convivência familiar e, ao seu lado, um dever dos pais de terem os filhos sob sua companhia. Nessa norma reside fundamento jurídico substancial para a responsabilidade civil por abandono afetivo, eis que a companhia inclui esse afeto.

Em se tratando de responsabilidade civil por abandono verifica-se a existência de duas hipóteses, por abandono afetivo e por abandono material uma vez que tal situação não condiz com o que a lei impõe no bojo do múnus público, poder familiar, portanto contradiz a ideia do poder

A DESPATRIARCALIZAÇÃO DO DIREITO DE FAMÍLIA: A IGUALDADE JURÍDICA ENTRE CÔNJUGES E O PODER FAMILIAR

familiar (TARTUCE, 2019). Inclusive, não é excluída a condenação na esfera criminal, mas dando enfoque ao processo civil, consoante aresto prolatado em 2017, publicado no Informativo n. 609 da Superior Tribunal de Justiça:

O descumprimento da obrigação pelo pai, que, apesar de dispor de recursos, deixa de prestar assistência material ao filho, não proporcionando a este condições dignas de sobrevivência e causando danos à sua integridade física, moral, intelectual e psicológica, configura ilícito civil, nos termos do art. 186 do Código Civil de 2002. Estabelecida a correlação entre a omissão voluntária e injustificada do pai quanto ao amparo material e os danos morais ao filho dali decorrentes, é possível a condenação ao pagamento de reparação por danos morais, com fulcro também no princípio constitucional da dignidade da pessoa humana” (STJ, REsp 1.087.561/RS, 4.ª Turma, Rel. Min. Raul Araújo, j. 13.06.2017, DJe 18.08.2017).

O artigo 1.634 do CC/02 elenca um rol de obrigações dos genitores quanto à pessoa dos filhos menores, porém, não profere expressamente o amor e carinho, elementos de maior importância em uma relação entre pais e filhos, como preleciona Dias (2016, p. 789) “A essência existencial do poder familiar é a mais importante, que coloca em relevo a afetividade responsável que liga pais e filhos, propiciada pelo encontro, pelo desvelo, enfim, pela convivência familiar.” Por fim, sob a ótica do princípio da igualdade jurídica entre os cônjuges e da igualdade na chefia familiar, ambos os genitores podem ser responsabilizados por qualquer forma de abandono dos filhos. Em decorrência da quebra do dever legal da convivência familiar.

A despatriarcalização do Direito de Família, como nomeou Flávio Tartuce, se configura através da não centralização da figura paterna, tal como ápice da hierarquia da casa, do centro da sociedade conjugal bem como da chefia familiar ao passo que insere a mulher na condição de protagonista junto ao homem no âmbito da família. É perceptível, por conseguinte, a aplicabilidade efetiva dos princípios constitucionais que informam o Direito de Família que tem o objetivo assegurar a isonomia constitucional entre homem e mulher no casamento ou união estável e promover um regime de colaboração dentro do ambiente familiar, posto que, as decisões proferidas entre os seus integrantes são de forma conjunta com o fito de atender ao melhor interesse dos filhos e possibilitar a harmonia no âmbito familiar.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A sociedade compositora do Direito Romano que é conhecido atualmente carrega características próprias, dentre elas, a base patriarcal, machista e sexista, a primeira porque coloca a figura paterna como centro da sociedade e, conseqüentemente, da família, a segunda porque confere ao homem uma posição superior, no sentido de ter capacidade física e psíquica para ser o chefe da família, e por fim, sexista, pois, determina o comportamento para o sexo masculino e feminino.

A modificação ocorrida na sociedade no contexto social, político e econômico deve alcançar o Direito enquanto ciência social, caso contrário, a legislação não terá aplicabilidade de forma efetiva. Diante disso é notório que para uma interpretação adequada da lei deve-se levar em consideração os valores e os princípios naquele contexto social.

O fenômeno da despatriarcalização do Direito de Família é concreto quando o Código Civil de 2002 traz em seu bojo a entidade familiar com aspecto social, uma nova perspectiva seguindo a ideia de Direito Civil constitucionalizado, embora, no caso do Código Civil de 1916 já houvesse mudanças significantes quanto ao conceito primário no Direito Romano. A atual codificação civil disciplinou através das reivindicações do movimento feminista possibilitar a mulher um papel de protagonista juntamente com o homem na sociedade conjugal.

Compreender e conceder o espaço da mulher na sociedade é um princípio base pra qualquer sociedade democrática. O instituto do casamento hodiernamente tem outra perspectiva na visão da mulher, baseando-se no companheirismo e cooperação, sendo ultrapassada a ideia de a única função da mulher no casamento ser a dona de casa que cuida do marido e dos filhos.

O princípio da igualdade jurídica entre os cônjuges é meritório, conferindo uma modalidade de isonomia constitucional, no caso, na sociedade conjugal. No entanto, há inúmeros filhos sem o nome do pai na certidão de nascimento, sendo isto uma flagrante lesão aos direitos da pessoa e ao princípio da igualdade jurídica entre cônjuges e por consequência, ao princípio da chefia familiar uma vez que a mãe fica incumbida sozinha no que tange ao exercício do poder familiar e, conseqüentemente, todas as responsabilidades que deste decorrem.

Em que pese haver na jurisprudência precedentes relacionado a responsabilização civil não pode ser vislumbrando como uma alternativa para o problema, uma vez que o filho privado da convivência com o genitor não consegue suprir o prejuízo com valor pecuniário.

Por fim, a constitucionalização do Direito de Família trouxe inúmeros benefícios no plano formal no que tange a equivalência na sociedade conjugal e no conteúdo do poder familiar. O Código Civil de 2002 e a Constituição Federal de 1988 compreendem grandes avanços, sobretudo, na questão do reconhecimento da figura feminina e da importância no seio da família.

7. REFERÊNCIAS:

BRASIL, **Lei Nº 10.406, de 10 de Janeiro de 2002**, Brasília: Diário Oficial da União, 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm> Acesso em 15/09/2019.

BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**, Brasília: Diário Oficial da União, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em 15/09/2019.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

DELPLY, Christine. **O que é Patriarcado**. QG Feminista, 25 de maio de 2018. Disponível em: <<https://medium.com/qg-feminista/teorias-do-patriarcado-7314938c59b>> . Acesso em : 08 de set. de 2018.

DIAS, Maria Bercine. **Manual de Direito das Famílias**. 11ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro, volume 6: Direito de Família**. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

PODER JUDICIÁRIO. **Conselho Nacional de Justiça**, 2019. Página inicial. Programa e ações. Pai presente. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoess/pai-presente>> Acesso em : 20/09/2019.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

*A DESPATRIARCALIZAÇÃO DO DIREITO DE FAMÍLIA: A IGUALDADE JURÍDICA ENTRE
CÔNJUGES E O PODER FAMILIAR*

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: Direito de Família**, v. 5. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Família e Sucessões**, vol 5. 19^a ed. São Paulo: Atlas, 2019.