

PODER FAMILIAR NAS FAMÍLIAS RECOMPOSTAS E O ART. 1636 DO CC/2002.

Fabiola Santos Albuquerque
Doutora em Direito - UFPE - Profª FDR/UFPE

SUMÁRIO:

1. Considerações iniciais.
2. As modificações no conteúdo do poder familiar.
3. O princípio da liberdade no contexto das relações de família.
4. O princípio da unidade familiar.
5. Análise crítica do CC/2002 e perspectivas de futuro.
6. Conclusões.

1. Considerações iniciais

O tema em análise diz respeito aos efeitos jurídicos oriundos do artigo 1636 do CC/2002, o qual preceitua o seguinte:

O pai ou mãe que contrai novas núpcias, ou estabelece união estável, não perde, quanto aos filhos do relacionamento anterior, os direitos ao poder familiar, exercendo-os sem qualquer interferência do novo cônjuge ou companheiro.

Entendo que a tônica do artigo é expressar a regra da incomunicabilidade ou da dissociabilidade entre o poder familiar e o estado civil dos pais, em particular, quando ocorre a recomposição da família.

Hoje impera o entendimento que todas as relações humanas devem ser pautadas e conformadas à densificação do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana. Este deve ser compreendido como o fio condutor de todo o sistema jurídico constitucional. É um princípio de inclusão, pois dirige-se ao homem concreto e individual com necessidades reais e que luta para conquistá-las. Portanto privilegia, protege, realiza e insere a pessoa dentro da realidade social.

A propósito veja-se o posicionamento de Luiz Edson Fachin:

A Constituição Federal de 1988 erigiu como fundamento da República a dignidade da pessoa humana. Tal opção colocou a pessoa como centro das preocupações do ordenamento jurídico, de modo que todo o sistema, que tem na Constituição sua orientação e seu fundamento, se direciona para a sua proteção.

Resta evidente que o referencial temporal utilizado é a Constituição Federal/88. É cediço, os seus efeitos trazidos para o direito privado, em particular para o direito civil. Institutos, eminentemente privados foram revolvidos em sua essência e convidados à redesenhar um outro modelo jurídico conformados à principiologia e às dimensões axiológicas da Constituição.

Na senda da constitucionalização do direito civil, o direito de família, provavelmente, tem sido o ramo do Direito que mais absorveu as mudanças e os influxos da humanização das relações jurídicas, em nosso tempo.

Em primeira análise, a intervenção estatal nas relações familiares causa perplexidade; afinal a família é o espaço mais íntimo da pessoa. Mas o leit motiv da intervenção estatal, se é que podemos chamar assim, é a mudança de paradigma, ou seja, o dever do Estado de proteger a família, para fins de realização e de desenvolvimento de seus membros.

Somos protagonistas do florescer de um novo modelo de família fundado sob os pilares da repersonalização, da afetividade, da funcionalização, da pluralidade e do eudemonismo. Essa nova roupagem axiológica impingida ao direito de família em nada coincide com o modelo conservador, patriarcal, hierárquico e matrimonializado insertos na codificação oitocentista.

Os princípios da igualdade e da liberdade, segundo os ditames constitucionais, emolduram as relações familiares. Dessarte, entre os cônjuges ou companheiros e entre estes e os filhos privilegia-se o matiz da "coordenação e comunhão de interesses e de vida. Por essa razão, os laços de solidariedade entre pais e filhos são fortalecidos pelo legislador, que consolidam os deveres dos pais em relação aos filhos e destes em relação aos pais".

Nesse contexto ressaltam-se, respectivamente, os arts. 227 e 229, primeira parte, ambos CF/88, para ratificar o caráter transformativo das relações paterno-filiais.

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

Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores...

Desses ditames constitucionais se visualiza o enaltecimento do princípio da absoluta prioridade da criança e do adolescente e o conjunto dos deveres impostos solidariamente à família, à sociedade e ao Estado, ressaltando a função formadora dos pais. Estabelece-se, então, uma relação recíproca. "Para o cumprimento dos deveres decorrentes do poder familiar, os filhos são titulares dos direitos correspondentes. Portanto, o poder familiar é integrado por titulares recíprocos de direitos".

Esse novo formato das relações entre pais e filhos provoca um deslocamento conceitual no instituto clássico do pátrio poder e limita positivamente seu conteúdo.

2. As modificações no conteúdo do poder familiar.

De objeto de direito o filho passa a ser sujeito de direito. Esta inversão reflete, a modificação do conteúdo do poder familiar. A maneira de exercer este poder sempre foi condicionado às vicissitudes pelas quais passou a família. Sua configuração sempre foi em consonância com a estrutura familiar, ou seja, quanto mais hierarquizada e desigual fosse a família, mais poderes eram concentrados nas mãos do pater, que os exercia em razão da mulher e dos filhos.

Com o passar dos tempos e à medida que ocorriam as quebras de paradigmas, por sua vez, trazidas e absorvidas no seio da estrutura familiar, se verificava o abrandamento do quantum despótico, tanto em relação a mulher, como em relação aos filhos. Quanto aos últimos se visualiza com maior nitidez o afastamento " de sua função originária - voltada ao exercício de poder dos pais sobre os filhos - para constituir um múnus, em que ressaltam os deveres".

Assim, o poder familiar, sendo menos poder e mais dever, converteu-se em múnus, concebido como encargo legalmente atribuído a alguém, em virtude de certas circunstâncias, a que se não pode fugir. [...]

O poder familiar, concebido como múnus, é um complexo de direitos e deveres. O poder familiar não é mais o âmbito de competência delegada ou reconhecida pelo Estado para o exercício de poder. Assim, a cada dever do filho corresponde um direito do pai ou da mãe; a cada dever do pai ou da mãe corresponde um direito do filho.

Neste mesma linha de entendimento temos as contribuições de Pietro Perlingieri:

O esquema do Pátrio Poder, visto como poder-sujeição, está em crise, porque não há dúvidas de que, em uma concepção de igualdade, participativa e democrática da comunidade familiar, a sujeição, entendida tradicionalmente, não pode continuar a realizar o mesmo papel. A relação educativa não é mais entre um sujeito e um objeto, mas uma correlação de pessoas, onde não é possível conceber um sujeito subjugado a outro.

Ainda no mesmo sentido, outra contribuição doutrinária:

O pátrio poder se apresenta como uma situação jurídica complexa que compreende poderes e deveres de guarda, vigilância, assistência, educação e representação dos filhos. É poder inerente à personalidade dos pais, mas que encontra seus limites na personalidade dos filhos [...]

Alguns aspectos foram decisivos para consolidar a mudança no conteúdo do pátrio poder. Entre eles podemos citar os seguintes: os princípios da liberdade e da igualdade acentuaram os laços de solidariedade entre pais e filhos, a igualdade entre os cônjuges no exercício conjunto do pátrio poder; o redirecionamento do seu conteúdo no sentido do melhor interesse do filho.

3. O princípio da liberdade no contexto das relações de família

Nesse diapasão, enquadraremos o mencionado princípio sob duas vertentes, porém com origens jurídicas distintas. De um lado, a liberdade subjacente à relação de afetividade entre pais e filhos. De outro, a liberdade conferida ao casal de constituir ou não relação conjugal, bem como de extinguir ou dissolver visando contrair novas núpcias, ou estabelecer outra união estável respectivamente. Dessa forma, uma coisa é o poder familiar e outra coisa bastante diferente é a liberdade de recomposição da família, ou seja, liberdade de formar nova família.

Objetivando um desenvolvimento lógico das duas dimensões faremos uma análise apartada de cada uma delas e oportunamente conjunta. Por ora, a idéia que deve prevalecer é a existência de um núcleo comum. Há um pai ou uma mãe estabelecendo a interseção entre as duas dimensões do princípio da liberdade.

Iniciamos com a dimensão oriunda da relação entre pais e filhos. Que nada mais é que um reflexo direto da limitação positiva do conteúdo do antigo pátrio poder, hoje poder familiar. Como vimos alhures, a nova morfologia da família está pautada sob os laços da afetividade, no reconhecimento da liberdade e da natureza participativa de cada membro da família diante dos demais. Dessarte, aos filhos é conferida a liberdade de opinar e participar das decisões familiares.

Como vimos, a Constituição (art. 227) consagra no rol dos direitos da criança e do adolescente o direito à liberdade. O mesmo se verifica no plano infra constitucional mediante o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90). Este, além de fazer uma reprodução exata do artigo do texto constitucional supra mencionado (art. 4º ECA), alçou aquele direito à categoria de direito fundamental.

Art. 3º A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.

Art. 15. A criança e o adolescente têm direito à liberdade, ao respeito e à dignidade como pessoas humanas em processo de desenvolvimento e como sujeitos de direitos civis, humanos e sociais garantidos na Constituição e nas leis.

Art. 16. O direito à liberdade compreende os seguintes aspectos:

- I - ir, vir e estar nos logradouros públicos e espaços comunitários, ressalvadas as restrições legais;
- II - opinião e expressão;
- III - crença e culto religioso;
- IV - brincar, praticar esportes e divertir-se;
- V - participar da vida familiar e comunitária, sem discriminação;
- VI - participar da vida política, na forma da lei;
- VII - buscar refúgio, auxílio e orientação.

Deste último artigo do ECA destinamos especial atenção aos incisos II e V. Consideramo-lhes como instrumentos mais legítimos de fundamentação do direito à liberdade na seara nas novas relações de família. Perpassa pela liberdade de opinião e expressão, bem como, pela liberdade de participar da vida familiar e comunitária, sem discriminação. Quer dizer, as hipóteses traduzem a dimensão da natureza democrática e igualitária que deve permear as relações de família.

A condição de direito fundamental conferido ao direito à liberdade, pelo ECA, encontra suporte no direito internacional, precisamente, na Convenção sobre os Direitos da Criança (Adotada pela Resolução n.º L. 44 (XLIV) da Assembléia Geral das Nações Unidas, em 20 de novembro de 1989 e ratificada pelo Brasil em 20 de setembro de 1990). O preâmbulo já expressa que o fundamento da liberdade é o reconhecimento da dignidade inerente e dos direitos iguais e inalienáveis de todos os membros da família humana.

No campo específico da tutela do direito de liberdade, a Convenção estabelece que os Estados Membros se comprometem a assegurar à criança a proteção e os cuidados necessários ao seu bem-estar, tendo em conta os direitos e deveres dos pais (Artigo 3º§2). Aqui volta-se a demonstrar que não há nenhuma intervenção direta por parte do Estado na família, mas o compromisso do exercício conjunto de proteção da criança. Em todos os pontos da Convenção se verifica o respeito aos direitos e deveres dos pais de orientar a criança no exercício do seu direito, de modo consistente com a evolução de sua capacidade. Não há nenhuma sobreposição entre os papéis desempenhados pela família e pelo Estado.

É imperioso não perder de vista que a liberdade proclamada, oriunda das relações de afeto entre pais e filhos, é em função da idade e maturidade da criança, em consonância com a evolução de sua capacidade, pois são pessoas em desenvolvimento. Nesta quadra, o entendimento corrente é que a liberdade do filho encontra limites nos direitos dos pais, bem como a liberdade dos pais encontra limites nos direitos dos filhos. Não é uma liberdade desmedida, ao contrário, é uma liberdade emoldurada no pressuposto da socialização, da realização afetiva dos seus membros, logo funcionalizada à densificação do princípio da dignidade da pessoa humana de todos.

A outra dimensão do princípio da liberdade, conforme dito alhures, diz respeito à liberdade conferida a qualquer dos pais de extinguir uma relação conjugal ou uma união estável, cabendo-lhes decidir pela composição de uma nova família. Esse dado comprova a tese de que a realização do indivíduo, pautado no direito de liberdade, tem supremacia sobre a manutenção de qualquer espécie de relação dos genitores. A formação da nova família pode ou não ocorrer, pois se de um lado existe a liberdade de extinguir uma relação e de recompô-la, de outro, pode ocorrer a hipótese da separação e/ou divórcio e as pessoas optem por permanecer sozinhas. Esta escolha também encontra fundamento no direito à liberdade. Entretanto, para manter-se fiel ao tema interessa é identificar os efeitos jurídicos advindos com a composição de novas família e o poder familiar.

Feitas as devidas considerações sobre as dimensões distintas do direito da liberdade, resta evidenciado que entre elas há um núcleo comum, ou seja, entre as duas dimensões, identifica-se um núcleo que funciona simultaneamente. Daí advém o fundamento da regra de incomunicabilidade do poder familiar, em virtude da composição de novas família. É a plena desvinculação legal entre a proteção conferida aos filhos e a espécie de relação dos genitores. Também é correto indicar como fundamento o reconhecimento da pluralidade familiar constitucionalmente tutelada.

Novo casamento ou nova união estável funda situação jurídica decorrente das expressões diversas e variadas do afeto do homem ou da mulher; a autoridade parental (poder familiar, na expressão do Código de 2002) é inerente ao vínculo familiar que, entre pais e filhos (e vice-versa), não se altera com a mudança que pode ocorrer no relacionamento do pai ou da mãe.

O fundamento do princípio da liberdade no contexto das relações familiares encontra respaldo também no chamado princípio da unidade familiar.

4. O princípio da unidade familiar.

Se de um lado há a regra da incomunicabilidade, de outro há a regra da preservação da unidade familiar. Esta idéia traz subjacente que a unidade da família não se confunde nem com a convivência, nem tampouco com a ruptura dos genitores. É um elo que se perpetua, independentemente da relação dos genitores.

O exercício do poder familiar não é inerente à convivência dos cônjuges ou companheiros. No caso de nova família, a lei põe a salvo qualquer espécie de interferência do novo parceiro à relação entre pais e filhos, exatamente porque o princípio norteador dessa proibição é conformado ao princípio da prioridade absoluta da criança e do adolescente.

Os múnus inerentes aos pais em relação aos filhos detêm uma natureza tão complexa e peculiar que permeiam todas as etapas do desenvolvimento dos filhos. Não por acaso, o instituto do poder familiar possui tantas filigranas. Seu conteúdo se traduz nas hipóteses conferidas no art. 1634 do CC/2002: a) dirigir a criação e educação; b) tê-los em sua companhia e guarda; c) consentimento para casa; d) nomear tutor; e) representar e assistir o filho para a prática dos atos civis; f) reclamá-los de quem ilegalmente os detenha; g) exigir obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição.

A regra prevalente é que na constância do casamento ou da união estável estes deveres sejam exercidos, conjuntamente, pelos pais. Em geral, durante a etapa de convivência o exercício concentrado do poder familiar não apresenta maiores problemas. A grande dificuldade surge, exatamente, quando esses mesmos poderes são diluídos por conta da separação, divórcio, dissolução da união estável dos genitores. Nesses casos, a lei preceitua que não haverá alteração nas relações entre pais e filhos, se contrair novas núpcias ou estabelecer união estável, senão quanto ao direito, que aos primeiros cabe, de terem em sua companhia os segundos (arts. 1632 e 1636 CC/2002).

Bastante interessante é a contribuição de Perlingieri sobre o assunto. Segundo ele:

A unidade da família tem um sentido complexo, tem um papel também extramatrimonial: ela se concretiza não somente na constância do casamento, mas também em formas diversas, na hipótese de dissolução do casamento ou de separação pessoal.[...]

A unidade tem uma própria relevância seja no momento fisiológico seja naquele patológico da vida familiar, isto é, enquanto existir uma comunidade, ainda que materialmente separada (a comunhão entre os cônjuges é "material e espiritual"), que deve prosseguir a função à qual é destinada (o desenvolvimento da personalidade dos componentes que ficaram unidos), ainda que de forma reduzida.[...]

A comunidade familiar mostra-se, nessa ótica, como um conjunto de relações jurídicas mesmo depois de sua dissolução.

Ainda a respeito do tema o mesmo autor se pronuncia:

A comunhão material e espiritual que identifica cada família continua mesmo na presença de eventos que marcam a separação de alguns de seus componentes: por exemplo, os filhos que prosseguem a convivência com o cônjuge supérstite ou divorciado, sendo este último às vezes casado novamente ou convivente.

Ressalte-se ainda as contribuições de José Lamartine e Francisco Muniz sobre o assunto, observando entretanto, que os referidos autores, utilizam uma designação diferente da utilizada por Perligieri. Optaram por estado de família e assim o compreendem:

O estado de família reclama a idéia de posição jurídica destinada a durar, reconhecida à pessoa na sua qualidade de membro da família. São posições jurídicas complexas e duradouras que relevam para o efeito de atribuição de direitos e deveres à pessoa. [...] O estado de família é indisponível. A constituição ou modificação pode depender da vontade dos interessados, mas o estado como tal é indisponível, o que é uma exigência do regime de segurança e clareza a que a lei o subordina.

O sentido da unidade familiar encontra fundamento no afeto, na ética e no respeito entre os membros de uma família. Não obstante, estes elementos não podem ser considerados apenas na constância da família, pelo contrário, devem ser sublimados, exatamente, nos momentos mais difíceis das relações. A preservação destes elementos é que é o ponto nodal da unidade familiar.

Repita-se, a unidade familiar é um elo que não corresponde nem com a convivência, nem tampouco com a ruptura dos genitores. É um elo que se perpetua, independentemente da relação dos genitores. Por essa razão, entendemos que o afeto, a ética e o respeito devem nortear todos os momentos das relações familiares, por mais adversos que sejam.

A fim de demonstrar, no plano jurisprudencial, a maneira como o princípio da unidade familiar é enfrentado, colacionamos algumas decisões:

APELAÇÃO CIVIL. SUSPENSÃO DO PÁTRIO PODER. Considerando-se o teor dos estudos técnicos, que ressaltaram não ser recomendável, por ora, o contato do adolescente com sua mãe - devendo isso ocorrer somente quando corresponder à vontade e iniciativa daquele, que se encontra bem adaptado em companhia do pai - bem como não serem suficientes para a destituição do pátrio poder os episódios conflituais enfrentados pelas partes (assim como os problemas de ordem mental enfrentados pela apelante, que já estão melhor controlados) impõe-se a parcial procedência da ação, suspendendo-se a genitora do pátrio, e mantendo-se o menino sob a guarda do genitor. é preciso ter presente que o pátrio poder enfeixa, na atual perspectiva do direito, muito mais um conjunto de deveres do que de direitos ou poderes dos genitores. desproveram o apelo. (TJRS - Apelação civil nº 70004813713/2002 - 7ª Câmara Cível - Rel. Des. Luiz Felipe Brasil Santos)

A respeito deste julgado salienta-se a posição da Desa. Maria Berenice Dias - presidente, vencida em parte. Vejam-se os argumentos utilizados:

Não se pode vedar o exercício do direito de visitas, o que, além de transbordar os limites da demanda, vai, com certeza, levar ao rompimento definitivo dos vínculos de convívio da genitora com seu filho.

A recorrente não pode ser punida pelo fato de ser portadora de problemas psicológicos, e, como está se submetendo a tratamento, é no mínimo desumano que não tenha a possibilidade de se aproximar do filho.

Ademais, para o próprio menor é imprescindível a convivência com a mãe, até para contornar as sequelas que sofreu durante o período em que permaneceu sob a guarda materna.

Por tais fundamentos, acolho em parte o recurso, tão-só para determinar que o NAF prossiga com os trabalhos visando a uma reaproximação do filho com a genitora, para o estabelecimento da visitação.

DIREITO DE VISITAS. PAI. ABUSO SEXUAL INDEMONSTRADO. REGULAMENTAÇÃO. 1. Como decorrência do pátrio poder, tem o pai não guardião o direito de avistar-se com o filho, acompanhando-lhe a educação, estabelecendo com ele um vínculo afetivo saudável. 2. A mera suspeita - não comprovada - de abuso sexual não pode impedir a convivência entre pai e filho, mormente quando essa suspeita é motivada fundamentalmente pelos conflitos pessoais vividos

pela genitora. Eventual orientação sexual precoce do pai ao filho reclama a reeducação do genitor e não a privação das visitas. Recurso improvido (TJRG - Apelação civil nº 7005248604/2002 - 7ª Câmara Cível - Rel. Des. Sérgio Fernando de Vasconcelos Chaves)
DIREITO CIVIL. PÁTRIO PODER. GUARDA. PERMUTA DE IMÓVEIS MEDIANTE ALVARÁ. NÃO AUDIÊNCIA DO PAI SEPARADO. ANULAÇÃO DO ATO JURÍDICO. RECURSO NÃO CONHECIDO.

I- Não tendo o pai, judicialmente separado, sido ouvido quanto à conveniência da permuta envolvendo imóvel se seus filhos menores, mesmo estando estes sob a guarda da mãe, viciado se apresenta o ato jurídico, praticado em ofensa ao instituto do pátrio-poder.
II- A legislação que rege o pátrio poder recebeu consideráveis alterações em face do "Estatuto da criança e do Adolescente" e, especialmente, do princípio da igualdade jurídica dos cônjuges, agasalhados na Constituição vigente.

Por unanimidade, decide a turma, não conhecer do recurso (STJ - RE 7659-16/04/1991 - São Paulo (91.0001312-9) 4ª Turma, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo.

CIVIL E PROCESSUAL. ACÓRDÃO. OMISSÃO NÃO CONFIGURADA. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. DANOS MATERIAIS E MORAIS CAUSADOS POR AGRESSÃO FEITA POR MENOR PÚBERE (19 ANOS) AO AUTOR. RESPONSABILIDADE DOS PAIS. LEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM. PRECLUSÃO. RECURSO ESPECIAL. FUNDAMENTO INATACADADO. SÚMULA Nº 283-STF. PÁTRIO PODER. EXERCÍCIO TAMBÉM PELO PAI. MATÉRIA DE FATO. REEXAME. IMPOSSIBILIDADE SÚMULA Nº 7-STJ.[...]

III - Caso, ademais, em que restou fixado pelas instâncias ordinárias que o pátrio poder era exercido pelos pais conjuntamente, de sorte que a controvérsia implica no reexame da prova vedado pela Súmula nº 7 do STJ.

IV - De toda sorte, a mera separação do casal, passando os filhos a residir com a mãe, não constitui, salvo em hipóteses excepcionais, fator de isenção da responsabilidade paterna pela criação e orientação da sua prole.

V - Recurso especial não conhecido por unanimidade (STJ - RE 299.048- SP (2001/0002474-2), 4ª Turma. Rel. Min. Aldir Passarinho Jr.

Chama-se atenção para o fato que todos os julgados ratificam a idéia da permanência da unidade familiar, independentemente do estado civil dos pais.

Como vimos, em razão do rompimento dos pais há a fragmentação de um dos componentes do poder familiar que é o direito de guarda. Nossa legislação civil confere àquele que deixa de ter a guarda apenas o direito de visita e de ter o filho em sua companhia, bem como fiscalizar sua manutenção e educação. A despeito disto, verifica-se um crescente movimento no plano doutrinário e jurisprudencial demonstrando que aquela não é a solução adequada para concretizar a idéia da manutenção da unidade familiar, bem como, realização dos princípios do melhor interesse do filho, da realização pessoal dos cônjuges e da dignidade da pessoa humana. Pois estes somente se densificarão mediante a sedimentação da guarda compartilhada.

Paulo Lôbo se manifestando a respeito, assim se pronuncia:

A tendência mundial, que consulta o princípio do melhor interesse da criança, recomenda a máxima utilização da guarda compartilhada, da manutenção da coparentalidade, de modo a que o filho sinta a presença constante de ambos os pais, apesar da separação física deles. Neste sentido, o " direito à companhia" é relativo e não pode ser exercido contrariamente ao interesse do filho, que deve ser assegurado o direito à companhia do pai ou mãe que não seja o guardião. Em suma, o direito de um não exclui o direito do outro e o filho tem direito à companhia de ambos. Ao contrário do que ocorre, pelo menos no plano da legislação estrangeira, com a inserção das tendências que ganham espaço na nova morfologia do direito de família moderno, o nosso Código Civil /2002 é totalmente silente. Esse aspecto enseja o último item do presente trabalho.

5. Análise crítica do Código Civil /2002 e perspectivas de futuro.

Estabelecendo um cotejo crítico do instituto do poder familiar sob a ótica da legislação de 1916 e a atual chega-se à conclusão de que as modificações foram, meramente, cosméticas e portanto, a simples mudança de terminologia de pátrio poder para poder familiar em nada traduz a natureza evolutiva pela qual passou e vem passando o instituto.

Corroborando com a crítica lançada encontramos respaldo nas observações argutas de Paulo Lôbo. Segundo ele:

Do confronto entre os dois textos (o antigo e o novo Códigos), chega-se à surpreendente conclusão de que a estrutura legal do antigo pátrio poder foi mantida intacta, com modificações tópicas de redação. A ordem, a sequência e o conteúdo dos artigos permaneceram, como se a mudança da denominação e dos titulares (do pai para o pai e a mãe) e a exclusão das referências a filhos ilegítimos fossem suficientes.

Ratificando a natureza acrítica do CC/2002 ressalta-se ainda a total ausência ao princípio do melhor interesse da criança, indo de encontro a tendência mundial de privilegiá-lo. Sequer observou o paradigma do ECA, nem tampouco os preceitos legais contidos em algumas legislações civis estrangeiras, a exemplo da portuguesa (Art. 1878º - Conteúdo do poder paternal) e espanhola (Art. 154)

Afora esta omissão é possível identificar outras não menos importante, entre as quais: a materialização do princípio da afetividade, a importância da unidade familiar e da guarda compartilhada.

Grave também é o fato do CC/2002 ter conservado a idéia do castigo imoderado ao filho. Afinal qual é o parâmetro, objetivamente, adotado para dizer se aquele castigo é ou não imoderado? E se aquele castigo não está tipificado entre as proibições decorrentes do princípio do melhor interesse? São questões que a legislação civil não respondeu, portanto exsurge colidindo frontalmente com os ditames constitucionais do art. 227 (alhores mencionado), com os, do ECA e com a diretriz estrangeira.

Art. 5º - Nenhuma criança ou adolescente será objeto de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, punido na forma da lei qualquer atentado, por ação ou omissão, aos seus direitos fundamentais.

Dentro do próprio CC/2002 há algumas incongruências. Digno de nota é a hipótese da aplicação de castigo ao filho e simultaneamente preceituar como ato ilícito a ação ou omissão culposa que violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral. Até que ponto um castigo imputado ao filho não atinge seus direitos de personalidade e por conseguinte, rende ensejo a aplicação do dano moral deste contra aquele? Nesta perspectiva, até que ponto não se estar diante de um conflito de regras?

A perplexidade toma vulto quando concluimos que as disposições, contidas no CC/2002, referentes ao poder familiar, estão em franca desarmonia com a natureza evolutiva do instituto. Por essa razão, impõe como perspectiva de futuro uma revisitação à categoria enfeixado num paradigma crítico e em constante diálogo com a teoria das fontes, em particular com os princípios, de maneira a possibilitar a construção do direito civil permanentemente renovado e em sintonia com os fatos sociais. É o que Fachin propugna como sendo o nível transformativo do direito civil, em razão do papel criador da jurisprudência e por conseguinte, construído rente à realidade.

O papel criador da jurisprudência também é reconhecido por Miguel Reale. Segundo ele, a fonte jurisprudencial, ao lado da legislativa, da consuetudinária e da negocial fundamentam as normas jurídicas. Estas, por sua vez, "podem apresentar-se como modelos, vale dizer, como estruturas normativas que ordenam fatos segundo valores, numa qualificação tipológica de comportamentos futuros, a que se ligam determinadas consequências".

A explicação dada por Reale aos modelos é de suma importância para se compreender e ao mesmo tempo fundamentar a construção do direito civil crítico, transformativo e harmonizado com os fatos sociais. A respeito vejam-se as suas contribuições:

Os modelos jurídicos são antes modelagens práticas da experiência, formas do viver concreto dos homens, podendo ser vistos como estruturas normativas de fatos segundo valores, instauradas em virtude de um ato concomitante de escolha e prescrição.[...]

Os modelos são prospectivos referem-se à norma enquanto esta se atualiza, assumindo distintos valores semânticos, ainda que não ocorra qualquer mudança no seu enunciado verbal.

Na mesma linha de entendimento, destacamos as contribuições de Judith Martins Costa:

Um modelo pode, assim, articular normas de hierarquia diversa, compondo, numa unidade de sentido, princípios constitucionais, regras infraconstitucionais e prescrições que resultam da atividade jurisdicional [...]

Os modelos têm a vocação prospectiva, pois se projetam no presente e para o futuro, assim agregando a experiência do passado, mas estando abertos para o que está por vir, nesta perspectiva possibilitando a solução de novos problemas ou a adequação das soluções

tradicionais às novas escalas axiológicas vigentes.

A finalidade de trazer à baila esta discussão sobre modelo é para que sirva de fundamento à interpretação do instituto do poder familiar. Como vimos, a maneira como o instituto foi tratado pelo CC/2002 encontra-se descompassado da realidade social. Portanto, sua adequação e conformação à natureza axiológica do novo direito de família somente será alcançado se interpretado como um modelo aberto às vicissitudes sociais e em diálogo constante com os princípios informativos das relações de família e, simultaneamente, com o princípio da dignidade da pessoa humana.

6. Conclusões

Sem dúvidas a evolução, no plano doutrinário e jurisprudencial, do instituto do poder familiar é percebida a olhos vistos, o mesmo não se observando na legislação civil brasileira.

O conteúdo do poder familiar converteu-se em múnus, materializado em um complexo de direitos e deveres. É poder inerente à personalidade dos pais, mas que encontra limites na personalidade dos filhos.

Salienta-se a total desvinculação entre a relação paterno-filial e o estado civil dos pais. A lei é clara ao dissociar as hipóteses e ratifica que a nova situação dos pais, em nada se confunde e não tampouco permite a interferência do novo(a) parceiro(a) no que tange ao exercício do poder familiar por aquele que não é o guardião.

A relação de afetividade entre pais e filhos em nada se confunde com a liberdade conferida ao casal de constituir nova família. Esta hipótese integra um dos aspectos do direito à liberdade, mas a lei põe a salvo qualquer intervenção do novo(a) parceiro(a), no que diz respeito ao exercício do poder familiar por aquele que não é o guardião(ã), exatamente porque o princípio norteador dessa proibição é conformado ao princípio do pleno interesse da criança e do adolescente.

Nesse contexto há a consagração da tese da manutenção da unidade familiar, quer dizer, o exercício do poder familiar é um múnus que se sobrepõe a toda e qualquer situação que diga respeito aos pais.

A guarda compartilhada, sem sombra de dúvidas, aparece como o instrumento de realização dos princípios do melhor interesse da criança, da realização pessoal dos cônjuges e por conseguinte, o da concretização do princípio da dignidade da pessoa humana.

Quanto ao CC/2002 e suas perspectivas de futuro exige-se que sua interpretação se dê em conformidade com a Constituição Federal, o que impõe um modelo interpretativo aberto, plural, eudemonista, transformador e crítico, a fim de nivelar-se às vicissitudes sociais, sem esquecer do papel transformativo impingido à jurisprudência.