

UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ
ESCOLA SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Curso de Especialização em Processo Civil

DO PÁTRIO PODER AO PODER FAMILIAR

FRANCISCO NILDO FAÇANHA DE ABREU

FORTALEZA
2003

FRANCISCO NILDO FAÇANHA DE ABREU

DO PÁTRIO PODER AO PODER FAMILIAR

Monografia apresentada ao Curso de Especialização em Processo Civil, da Escola Superior do Ministério Público, em Convênio com a Universidade Federal do Ceará – UFC -, sob a orientação da Prof^a. Maria Magnólia Barbosa da Silva.

FORTALEZA
2003

UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ
ESCOLA SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO
Curso de Especialização em Processo Civil
DO PÁTRIO PODER AO PODER FAMILIAR

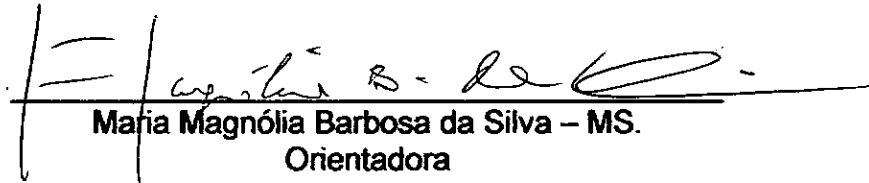
Monografia submetida à apreciação, como parte dos requisitos necessários à obtenção do título de Especialista em Processo Civil, concedido pela Universidade Federal do Ceará/Escola Superior do Ministério Público.

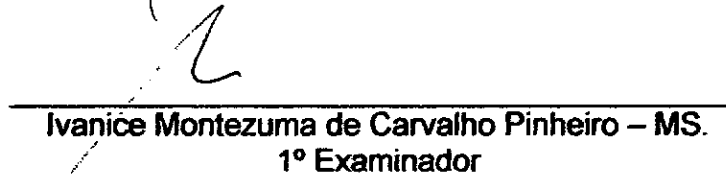
Autor: Francisco Nildo Façanha de Abreu

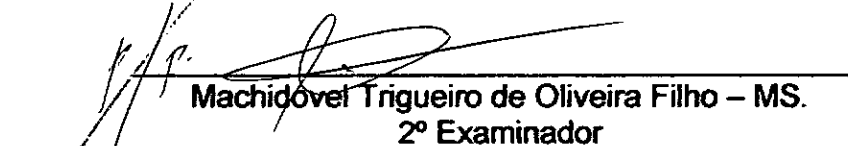
Monografia aprovada em 03 de junho de 2003

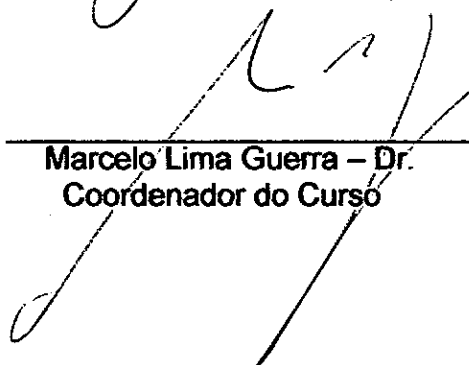
nota 10,0 (dez)

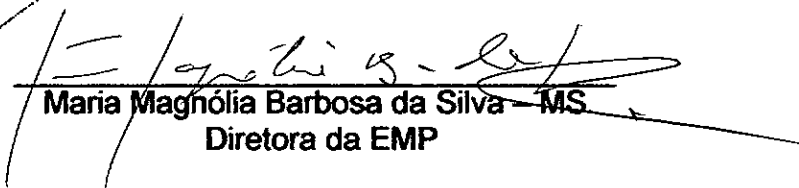
BANCA EXAMINADORA:


Maria Magnólia Barbosa da Silva – MS.
Orientadora


Ivanice Montezuma de Carvalho Pinheiro – MS.
1º Examinador


Machidovel Trigueiro de Oliveira Filho – MS.
2º Examinador


Marcelo Lima Guerra – Dr.
Coordenador do Curso


Maria Magnólia Barbosa da Silva – MS
Diretora da EMP

“A vida deve ser vivida à frente, mas só pode ser compreendida se olharmos para trás.”

Sören Kierkegaard

**À Procuradoria Geral de Justiça e à Escola Superior do
Ministério Público pela concretização do Curso de Especialização
em Processo Civil.**

RESUMO

O presente trabalho aborda, de maneira objetiva, o processo evolutivo do Instituto do pátrio poder até a entrada em vigor do Novo Código Civil pátrio, com a Lei de nº 10.406/2002. Para isso, traz definições e um breve histórico do Instituto do pátrio poder em Roma, de onde advém o referido Instituto. Aborda a entrada em vigor da Constituição de 1988, estabelecendo a isonomia conjugal, e suas conseqüências no Direito de Família, refletindo-se no pátrio poder. Traz opiniões de especialistas no assunto, e, quando possível, exemplifica com jurisprudência o tópico em questão, mostrando o entendimento em relação à matéria.

Elenca as mudanças ocorridas com o novo Código Civil brasileiro no que diz respeito ao pátrio poder e sua nova denominação: poder familiar. Para tanto, abordar-se-á o conteúdo do mesmo.

INTRODUÇÃO

Objetivando a análise do tema em epígrafe, inicialmente, antes da abordagem do assunto especificado, a fim de fornecer melhor compreensão, relatar-se-á o significado desse Instituto, assim como sua análise dentro do contexto legislativo brasileiro que o contempla. Buscando dirimir dúvidas que pairam acerca do tema propriamente dito, com a finalidade de melhor deixar transparecer o referido assunto, o mesmo será abordado dentro do contexto histórico/evolutivo, bem como pela imprescindível análise de mudança legislativa após a Constituição de 1988, e seus reflexos no Direito de Família, culminando com a introdução do novo Código Civil pátrio, de acordo com a Lei de nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.

I - O INSTITUTO DO PÁTRIO PODER

1.1 PÁTRIO PODER

O Instituto do pátrio poder era um poder jurídico, constituído mais de deveres do que de direitos, que tinham os progenitores, pai e mãe, sobre a pessoa e bens do filho menor, não emancipado, exercível sempre com moderação.

Objetivamente, compreendia a administração dos bens do filho menor, representação no caso de menor impúbere, ou assistência, no de menor púbere, seja em Juízo, bem como nos atos da vida civil. Objetivava a educação e a formação da personalidade do filho, sempre com o desiderato de melhor interesse do mesmo, buscando a sua proteção. Por isso, ser considerado direito-função ou direito-dever, apesar de ser constituído mais de deveres do que de direitos. Não era direito subjetivo cuja titularidade pertencia aos pais. Por isso, melhor entendê-lo por pátrio-poder, como faziam muitos civilistas. Pertencia o referido Instituto, exclusivamente, a ambos os pais, pois eles são titulares, no resguardo da seguridade, saúde e moralidade do filho.

No caso de filho ilegítimo, não reconhecido pelo pai, o exercício do pátrio poder cabia à mãe que teria a posse e guarda do mesmo. Se reconhecido, caberia aos pais o exercício do pátrio poder, bem como a guarda, salvo se o interesse do menor exigisse outra solução.

nem só direitos, nem só deveres, mas direitos e deveres que se ajustam, que formam uma verdadeira coerência funcional. Essa é, portanto, o resultado de uma evolução jurídica do Instituto.

Assim, o Instituto do pátrio poder já se configurava como sendo a soma de direitos e deveres concedidos aos pais, para que pudessem desempenhar os encargos que a lei lhes conferia, no tocante à criação, educação, do bem estar e proteção física e psicológica dos filhos e conseqüente à administração de seus bens.

Existem várias teorias sobre a origem do pátrio poder. Convém falar de uma que teve grande repercussão, por fundamentar-se no aspecto religioso do Instituto. Acreditava-se que o *pater* era o chefe de um culto aos antepassados, que se baseava no medo, onde as honras fúnebres a ele atribuídas inspiravam-se na tentativa de apaziguar os espíritos.

Importante também citar Fustel de Coulanges, que provavelmente é quem tem um maior número de fundamentos:

A família compõe-se do pai, da mãe, de filhos e escravos. Este grupo, por muito reduzido que seja, deve ter uma disciplina. A quem competirá, pois, a autoridade principal? Ao pai? Não. Porque existe em todas as casas algo superior ao próprio pai: a refigião doméstica, o deus pelos gregos denominado senhor do lar, *estia despoina*, e que os latinos conhecem por *Lar familiae Pater*. Nessa divindade anterior, reside a autoridade menos discutível. É essa crença que indica na família a condição de cada um. O pai é o primeiro junto ao fogo sagrado; é ele que acende e o conserva; é o seu pontífice. Em todos os atos religiosos desempenha a função mais elevada; degola a vítima; sua boca pronuncia a fórmula da oração que se deve chamar sobre si e os seus a proteção dos deuses. A família e o culto perpetuam-se por seu intermédio; só o pai representa toda a série dos descendentes. No pai repousa o culto doméstico; quase pode dizer como o hindu: "Eu sou o Deus". Quando a morte chegar, o pai será um ser divino que os seus descendentes invocarão (op. Cit.: 68/69).

Mais à frente, o autor ainda nos mostra argumento para justificar suas afirmativas: "A provar o quanto dizemos, temos o fato de a mulher, não casando de acordo com os ritos sagrados e, por consequência, não estando associada ao culto, nunca se acha subordinada ao poder do marido" (op. cit.: 69/70).

Pode-se observar que o *pater*, pelo fato de ser uma espécie de Deus do lar, encarregado de ser uma espécie de provedor da casa, tinha certos privilégios, destacando-se, por exemplo, a chefia da vida religiosa familiar.

1.1.1 Características da "*Patria Potestas*" romana

Os vários aspectos que caracterizaram o Instituto em questão:

A *patria potestas* não pode ser considerada uma obrigação, um fardo para o *paterfamilias* romano. Não havia uma obrigação com o bem estar dos seus submissos.

De acordo com a tradição romana, a *patria potestas* era perpétua, fora a morte, obviamente, ela apenas se extinguiria em exceções. São duas as exceções: a primeira é baseada na própria vontade do *paterfamilias*, ela se dá através da emancipação. A segunda exceção é um evento acidental, como por exemplo, a *capitis diminutio*, sofrida pelo *paterfamilias*, ou se o mesmo fosse aprisionado pelo inimigo em uma batalha.

Na República, a lei admitia um poder autoritário para o *paterfamilias* sobre a pessoa dos filhos, tendo o direito até de matá-los, expô-los, vendê-los como escravos além do Tibre (*Trans Tiberim*), e o direito sobre os bens dos filhos.

Com o advento do cristianismo, e a influência dos povos conquistados, as diretrizes do poder despótico tiveram um vertiginoso processo de

abrandamento, modificando-se as relações familiares e suas conseqüências de ordem jurídica.

O *paterfamilias* dispõe do patrimônio da família como coisa sua, enquanto vivo, deixando-o por testamento a quem quiser, mesmo em prejuízo dos herdeiros. O *filiusfamilias* em princípio, não tem personalidade jurídica, não podendo praticar atos jurídicos, tornar-se credor ou devedor, nem ser proprietário. Aos poucos se atenua o rigor da *patria potestas* e o *filiusfamilias* já se pode representar em certos atos jurídicos.

1.1.2 Direitos dos pais sobre os filhos

Os principais direitos sobre os filhos eram:

- a) *lus vitae et necis*
- b) *lus expondendi*
- c) *lus vendendi*
- d) Poder de emancipar
- e) *Noxae deditio*

O *lus vitae et necis* era o brutal direito de tirar a vida do filho, sem cometer qualquer infração à lei.

Esse direito foi absoluto em épocas mais remotas, mas logo deixou de ter esse critério arbitrário, pois todos os atos mais extremos, começam a depender do Conselho dos Próximos (*Concilium Propinquorum*). Esse Conselho dos Próximos era formado pelos cognatos, que não sofriam nenhuma interferência pública.

O emprego do *Ius vitae et necis* era em casos de dúvidas em relação à paternidade, parto monstruoso ou como punição aplicada sobre o filho. Esse direito de matar o filho, foi abolido totalmente por Valentiniano I, junto com Valêncio, que delegaram competência aos Juízes para sancionarem os *filiusfamilias* por faltas graves.

Já na época de Justiniano, esse direito de vida e morte havia se tornado em um direito apenas de correção. Esse direito de castigo, teve interferência estatal, e os *filiusfamilias* podiam reclamar de maus tratos aos juizes e pleitearem alimentos.

Ius exponendi era o direito de abandonar os filhos recém-nascidos. Esse direito era exercido com a intenção de selecionar as crianças defeituosas, para um futuro benefício familiar.

A idéia utilizada aqui, não era inédita, pois os espartanos já fizeram isso, jogando os filhos que não tivesse proveito militar, no penhasco.

Também com Justiniano, esse direito foi tolhido, e esse ato de jogar o filho recém-nascido em um penhasco era considerado homicídio, e o infrator estava sujeito à pena capital.

Ius vendend consistia no sistema romano, à permissão para que o pai pudesse vender seu filho. O pai podia vender o filho, como uma fonte para conseguir renda para a família. Com isso o filho se tomava uma propriedade.

Essa venda do filho não se tratava de uma venda definitiva, pois durava somente cinco anos, e decorridos esses cinco anos restaurava-se o poder paterno. Vale a pena ressaltar, que a venda dos filhos não significava a perda da *patria potestas*, pois essa apenas ficava suspensa. Há também uma outra opinião dos estudiosos, dizendo que além do fator econômico, o *Ius vendendi* servia para o *paterfamilias* desligar do grupo familiar, um indivíduo que fosse nocivo.

Com o passar do tempo, o *ius vendendi* começou a perder seu caráter absoluto, e com a Lei das XII Tábuas, o *paterfamilias* que vendesse o filho por três vezes, perderia seu pátrio poder sobre ele.

Com o Imperador Diocleciano, a venda foi proibida, mantida a proibição por Constantino, que, em caráter excepcional, permitia a venda de recém-nascidos, no caso de extrema miséria. Como essa venda era em caso de extrema miséria, os romanos, sábios como nunca, permitiram que o pai, quando melhorasse sua situação econômica, poderia reaver seu filho, desde que indenizasse o antigo comprador do seu filho, e, com essa indenização paga, ele conseguiria reaver também seu pátrio poder sobre o filho.

Poder de emancipar consistia no direito que o *paterfamilias* tinha de emancipar seus descendentes, ou seja, excluindo-os dos cultos e da família.

Interessante salientar, que a emancipação (*emancipatio*) apenas se referia a pessoas livres que estavam sujeitas a *patria potestas*. Com isso os escravos não se enquadrariam aqui, pois o escravo não possuía o *status libertatis*, e eram nada mais que uma coisa, chamado naquela época de *res*.

Caso o pai vendesse o filho varão por três vezes, perderia sobre o mesmo o pátrio poder, enquanto que a exigência para a filha consistia apenas em uma venda, de acordo com a Lei das XII Tábuas.

Antigamente, a lei que tirava o pátrio poder do pai que vendesse seu filho por três vezes, tinha um caráter punitivo. Mais tarde, se percebe que esse mecanismo do *paterfamilias*, de vender o filho por três vezes, tinha, sim, um caráter de renúncia do pátrio poder. Para que o *pater* concedesse ao filho a emancipação, tornou-se habitual vender o filho por três vezes, ficticiamente, para um amigo de sua confiança, que logo após o libertaria.

Segundo Thomas Markey, “no último ato, porém, era costume que, ao invés de libertar o filho, este fosse vendido ao pai, para que o mesmo, então, o

libertasse. A razão disto foi garantir ao pai os direitos decorrentes do patronato sobre o filho emancipado".(1974:182)

Cabe aqui uma breve explicação sobre o pecúlio (*peculium*) para depois continuarmos a discorrer sobre o assunto.

Como nos ensina J. Cretella Júnior, "Pecúlio (*peculium*), na origem um rebanho confiado à guarda de um escravo ou de um filho de família, é mais tarde um conjunto de bens entregue pelo pai de família a um de seus *alieni juris* (filho, filha, escravo, mulher casada *cum manu*)".(1994:114-115).

O pecúlio era subdivido em quatro espécies:

- a) *peculium profetitium*
- b) *peculium castrense*
- c) *peculium quasi castrense*
- d) *peculium bona adventitia*

O *peculium profetitium* era o rebanho confiado a um filho ou a um escravo, e que logo depois compreendia a várias outras espécies de bens. Esses bens nas mãos do filho ou escravo, formava uma espécie de patrimônio, mas que na verdade os filhos ou escravos eram meros detentores, pois na verdade a propriedade continuava sendo do pai, tanto é que na eventual morte do *alieni uris*, o patrimônio voltava ao *paterfamilias*, que recebia em *jure peculli*, e não em *jure sucessionis*.

Peculium castrense, que era o patrimônio que o *filiusfamilias* conseguia como militar nos acampamentos. Esse patrimônio consistia em objetos saqueados, presentes recebidos, etc. Esse *peculium castrense* não se consistiria em um patrimônio do *paterfamilias* e sim do *alieni juris*, que poderia dispor de seus bens e até deixá-los em testamento.

Na época de Justiniano, o patrimônio do *alieni juris* só iria para o *paterfamilias* através da sucessão, caso o filho não tivesse deixado nem irmãos, irmãs e nem descendentes.

Peculium quasi castrense era tudo que o *filiusfamilias* recebesse na Corte, dependendo de sua qualidade de funcionário. (Código Theodosiano, 6,35,15,2,10,6).

Bona adventitia era tudo aquilo que os filhos recebiam por herança da mãe ou de ascendentes pela linha materna. Os bens recebidos pelos filhos, com a morte da mãe, de acordo com a legislação da época, ficariam confiados ao *pater*.

Constantino, em 319, concedeu ao *filiusfamilias* o direito de ter esses bens em seu patrimônio, no qual o *pater* seria uma espécie de administrador dos bens do *filiusfamilias*, importando salientar que os bens dos filhos não eram alienados, e para serem vendidos ou algo do gênero, o *pater* tinha que ser autorizado pelo *filiusfamilias*.

Outro direito do *pater*, o qual foi citado acima, é o *Noxae deditio*, que era a reparação de um ato ilícito praticado pelo *filiusfamilias*. Isso estava ligado à idéia de que um ato ilícito cometido por algum membro da família obrigaria toda a família estar sujeita a vingança do ofendido.

No direito romano, o *paterfamilias* poderia decidir se preferia suportar à vingança sozinho ou repassá-la ao *filiusfamilias*. E quando o *paterfamilias* optava por repassar essa vingança ao filho, era a considerada *noxae deditio*.

1.1.3 Aspectos patrimoniais da "patria potestas" romana

Segundo José Antônio de Paula Santos, alguns autores como Thomas Marky, cometem um erro ao dizer que o *paterfamilias* era o único com a

capacidade patrimonial. Na verdade, quem tinha essa capacidade patrimonial era a família. O que na verdade acontecia é que o *paterfamilias* tinha o usufruto.

Com esse fato, o filho poderia ser equiparado a um escravo, salvo não fosse o direito de sucessão, pois tudo que o filho conseguisse ficaria em poder do pai, para proveito da família, entretanto quando o mesmo viesse a falecer, o *filiusfamilias* tornar-se-ia um *paterfamilias*, desde que fosse um ascendente mais velho. E, obviamente, tornando-se um *paterfamilias*, ele teria o usufruto sobre todo o patrimônio familiar. Por esse motivo, os juristas, em certo momento, consideraram o filho como co-proprietário dos bens paternos.

Ao longo do tempo, esse princípio romano foi se suavizando, quase abolido pelo elevado número de pecúlios, explicados anteriormente.

No que se refere à extinção do pátrio poder, é a forma natural pela qual desaparece este Instituto. O Código Civil brasileiro anterior relatava que existiam quatro formas para que fosse extinto o Instituto do pátrio poder.

No Código de 1916, estas formas contempladas pela legislação são de fácil compreensão haja vista a extinção do Instituto do pátrio poder.

As modalidades contempladas de extinção formalizavam-se através:

- da morte dos pais ou do filho;
- a emancipação do filho, é evidente, nos termos do parágrafo único do artigo 9º, da parte geral do Código Civil brasileiro;
- pela maioridade;
- pela adoção.

II - FUNDAMENTOS DO INSTITUTO DO PÁTRIO PODER

Sobre o assunto, várias são as teorias que existem sobre o Instituto. Há quem entenda que o Instituto do pátrio poder tinha por fundamento o fato da geração. Outros fundamentam tendo em vista o vínculo religioso, enquanto outros se baseiam no vínculo econômico.

Há autores que entendem que o Instituto do pátrio poder encontra-se na fonte da autoridade paterna e materna, na força física que possuem os pais sobre a pessoa de seus filhos.

Com todo respeito, as opiniões referidas não convencem. Não é só o fato da geração que vai explicar suficientemente o Instituto, haja vista que o mesmo pode existir, completar-se, externar-se, independentemente de laços de sangue, tal como ocorre no caso da adoção.

O vínculo religioso e o econômico, usado como explicação tendo do vista o direito na Antigüidade, principalmente no tocante ao direito romano, que situava a família como unidade econômica-política-religiosa, já não apresentam mais consistência.

Com muita propriedade, Leonel França nos traz brilhante posicionamento sobre a matéria enfocada, no que concerne ao fundamento do pátrio poder:

A família é uma verdadeira instituição, não positiva, mas natural. Os seus destinos e a sua razão de ser não dependem das circunstâncias transitórias e mutáveis da nossa vida social, mas

das leis naturais, biológicas e psychicas que presidem à conservação e ao desenvolvimento da raça. (1937:207).

Não menos brilhante, Rubens Limongi França sintetiza com profundidade:

Por aí se explica como os homens e os povos, aqueles na elaboração da ciência, estes no viver das transformações da História, embora nunca percam de vista o ideal do justo, por vezes cheguem a soluções teóricas e práticas que, aos olhos de outrem, surgem como verdadeiras aberrações da lei natural. Com efeito, como vimos ao tratar da identidade e diversidade do Direito Natural, há uma variação imposta pelas contingências da aplicação dos princípios a realidades diversas. Mas aqui não se trata disso, senão de aplicações dessemelhantes que resultam de uma compreensão diferente, ora imprecisa, ora grosseira, ora anômala, da verdadeira natureza humana. (1974:53).

Ora, mesmo tratando-se de filho adotivo, ou de filho consumado, resultante do vínculo de sangue, concluímos que o Instituto do pátrio poder resulta de um imperativo inevitável, que é a ordem social, em razão da qual os pais são investidos de autoridade, sendo, pois, o Direito Natural o seu fundamento.

2.1 O INSTITUTO DO PÁTRIO PODER É *MÚNUS* PÚBLICO

Em consonância com a moderna corrente de idéias, o nosso direito civil fez do Instituto do pátrio poder um encargo, um *múnus*, um *officium* supervisionado pelo Estado, a fim de que, no seu exercício, fossem evitados possíveis abusos dos pais para com seus filhos.

Havia um interesse social que reclamava do Estado assistência à família. Eram de ordem pública as disposições sobre a organização da família, a indissolubilidade do casamento, o pátrio poder, os direitos e deveres dos cônjuges, etc.

O Instituto do pátrio poder tinha vinculações com a ordem social, porque o Estado não podia ser indiferente à sorte daqueles que ainda não atingiram o desenvolvimento e a maturidade de espírito, que lhes permitissem cuidar, por si mesmos, de suas pessoas e bens.

O pátrio poder era um Instituto de proteção aos que, por sua pouca idade e pouca experiência, reclamavam a assistência de um órgão tutelar, por sua vez, este órgão tutelar é o Estado.

Por outro lado, condenáveis são todas as formas extremas de polarização entre o individualismo e o estatismo, quanto ao trato do Instituto em tela. O Estado não deve substituir a Família, mesmo diante de uma publicização nítida da matéria familiar em nossa legislação, mas deve proteger através de seus órgãos competentes, os direitos indisponíveis de seus membros; nem muito menos podemos corroborar com a visão unilateral do individualismo, uma espécie de "liberalismo patriarcal", que contraria a nova ordem jurídica de família "horizontalizada", calcada numa certa isonomia de tratamento entre seus membros.

2.2 NATUREZA DOS DIREITOS RESULTANTES DO PÁTRIO PODER

A lei sujeitava ao Instituto do pátrio poder os filhos, sejam estes legítimos ou legitimados, os adotivos e, dentre os ilegítimos, os legalmente reconhecidos. A sujeição do filho natural ao Instituto do pátrio poder representa invocação trazida pelo Código Civil brasileiro.

No código anterior, art. 383, assim se manifestava: "O filho ilegítimo não reconhecido pelo pai fica sob o poder materno. Se, porém, a mãe não for conhecida, ou capaz de exercer o pátrio poder, dar-se-á tutor ao menor".

Assim, havia o posicionamento dominante, tanto na doutrina, como na jurisprudência, de que o Instituto do pátrio poder configurava-se mais um

conjunto de deveres do que de direitos conferidos aos pais. Mesmo na titularidade dos direitos inerentes ao Instituto, podem os mesmos, por falta no que concerne às obrigações assumidas, ter seus direitos, suspensos, ou mesmo perdidos.

Armando Leandro, sobre o assunto, nos externa:

Em relação ao estado e a terceiros, o poder paternal é atribuído aos progenitores como um direito fundamental originário que, além do mais (representação e administração dos bens), lhes confere a guarda dos filhos e a prioridade na escolha e orientação de sua educação, em ordem ao bem dos filhos e à unidade, autonomia e intimidade da vida familiar. (1986:120).

O pátrio poder, tanto em Roma, como em nossa sociedade atual, foi instituído, além de revestir-se de pedra angular da família, em proveito dos filhos, em função dos seus legítimos interesses. Configurado o desvio da finalidade do referido Instituto, perdia a sua razão de ser, configurando-se em abuso de direito, cabendo ao Estado intervir de forma precisa, resguardando os interesses dos menores que deveriam ser protegidos pela autoridade competente.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, homem e mulher foram equiparados perante a lei, isto quer dizer que, todas as prerrogativas inerentes ao pai serão conferidas à mãe, sem nenhuma perda, tanto no que se relaciona com os deveres como no que tange aos direitos.

O relato supra, torna-se, automaticamente funcional à pessoa da mãe. O assunto da igualdade do homem e da mulher será tratado no decorrer.

Pelo exposto, podemos ultimar que, quanto à sua natureza jurídica, o Instituto do pátrio poder nos apresenta como um poder-dever instrumental quanto aos filhos e direito subjetivo perante terceiros.

2.3 O PÁTRIO PODER É IRRENUNCIÁVEL

Era ponto pacífico tanto na doutrina como na jurisprudência brasileira que o Instituto do pátrio poder, em regra, era irrenunciável.

O Instituto do pátrio poder era organizado para um fim determinado, melhor dizendo, um fim especial, correspondia ao exercício de uma função, ao desempenho de um encargo personalíssimo, à observância de deveres que, pelo mesmo fato de serem deveres, não poderiam quase nunca ser renunciados.

Quanto ao assunto, o inigualável Pontes de Miranda afirma:

O pai e a mãe não podem renunciar ao pátrio poder, pois os direitos, que têm, não lhes foram concedidos por virtude de medida em favor deles, mas em benefício dos filhos ou do filho. O pátrio poder é suscetível de destituição, porém, em quaisquer circunstâncias, persiste irrenunciável. E será nulo o pacto pelo qual se renuncie ou se prometa a renúncia. (1955:174).

A lição é endossada pela grande maioria dos autores brasileiros.

O Direito de Família é de ordem pública, estabelecido, em última análise, no interesse da sociedade. Sobre o mesmo direito, devemos salientar a existência de direitos indisponíveis, principalmente no caso em análise, do Instituto enfocado, diante da existência de filhos sob a égide do pátrio poder.

Na proteção que o Estado dispensa aos filhos menores e não emancipados, ficam resguardados os próprios fundamentos da sociedade, por intermédio da instituição da família.

A preservação dos interesses da família, por consectário lógico, acarreta a preservação dos próprios interesses da sociedade, da ordem jurídica constituída, haja vista que, qualquer desrespeito aos ditames legais inerentes à família, indubitavelmente, ferirá a sociedade como um todo. Tais exemplos são

CONTRADITÓRIO – NECESSIDADE – ARREPENDIMENTO POSTERIOR – ADOÇÃO – SITUAÇÃO DE FATO CONSOLIDADA – SEGURANÇA JURÍDICA – INTERESSES DO MENOR – ORIENTAÇÃO DA TURMA – PRECEDENTES – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO – I – O pátrio poder, por ser “um conjunto de obrigações, a cargo dos pais, no tocante à pessoas e bens dos filhos menores” é irrenunciável e indelegável. Em outras palavras, por se tratar de ônus, não pode ser objeto de renúncia. II – As hipóteses de extinção do pátrio poder estão previstas no art. 392, do Código Civil e as de destituição, no art. 395, sendo certo que são estas exaustivas, a dependerem de procedimento próprio, previsto nos arts. 155/163 do Estatuto da Criança e do Adolescente, consoante dispõe o art. 24 do mesmo diploma. III – A entrega do filho pela mãe pode ensejar futura adoção (art. 45, do Estatuto), e, conseqüentemente, a extinção do pátrio poder, mas jamais pode constituir causa para a sua destituição, sabido, ademais, que “a falta ou a carência de recursos materiais não constitui motivo suficiente para a perda ou a suspensão do pátrio poder” (art. 23, do mesmo diploma). IV – Na linha de precedente desta Corte, “a legislação que dispõe sobre a proteção à criança e ao adolescente proclama enfaticamente a especial atenção que se deve dar aos seus direitos e interesses e à hermenêutica valorativa e teleológica na sua exegese”. V – Situação de fato consolidada enseja o provimento do recurso a fim de que prevaleçam os superiores interesses do menor. (STJ – REsp. 158.920 – SP – 4ª T. – Rel. Min. Sálvio de Figueiredo – DJU 24.05.1999/05.24.1999)

Resta, portanto, concluir que a renúncia era incompatível com o Instituto de que vimos cogitando.

2.4 O PÁTRIO PODER E A CONSTITUIÇÃO DE 1988

A Constituição Federal vigente, de 1988, ao estabelecer a isonomia conjugal, por consectário lógico, concedeu o Instituto do Pátrio Poder ao casal, tal como já o havia concedido a Lei 4.121. No entanto, havendo divergência entre os cônjuges, não mais prevalecia a vontade paterna, possibilitando aquele que estiver inconformado com a situação, recorrer ao órgão do judiciário, pois o exercício do pátrio poder era de ambos os cônjuges, igualmente, não cabendo a nenhum o poder de decisão.

Com efeito, o artigo 5º, inciso I, da Constituição Federal de 1988, em conformidade com o artigo 226, parágrafo 5º, da mesma carta política, revogando tacitamente todos os ditames legais que preconizavam diferenciações entre homem e mulher, nivelando os membros da sociedade conjugal em pé de igualdade, trouxe ao exercício do Instituto do pátrio poder, a figura da mulher com igual e idêntica importância da do homem, sendo que, na hipótese de divergência entre ambos, no que tange ao Instituto em tela, caberá tão somente ao Judiciário dirimir a questão, haja vista não mais existir a prevalência da vontade de um dos consortes sobre a do outro.

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

I – homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição;

(...)

Art.226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.
Parágrafo quinto: Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

Sobre as transformações implementadas no Direito de Família, ocasionadas pela nova Constituição, oportuna é a transcrição dos renomados Rodrigo da Cunha Pereira e Maria Berenice Dias:

A Constituição Federal de 1988 absorveu essa transformação e adotou uma nova ordem de valores, privilegiando a dignidade da pessoa humana, realizando verdadeira revolução no Direito de Família, a partir de três eixos básicos.

O artigo 226 afirma que a entidade familiar é plural e não mais singular, tendo várias formas de constituição, com o que o Constituinte voltou o seu olhar para a realidade dos arranjos que mostram as várias possibilidades de representação social da família. O segundo eixo transformador encontra-se no § 6º do artigo 227. É a alteração do sistema de filiação, de sorte a proibir designações discriminatórias decorrentes do fato de ter a concepção ocorrida dentro ou fora do casamento. Em outras palavras, filho é filho. Porém, enquanto houver desejo sobre a face da terra, crianças fora do casamento continuarão nascendo, mas discrimina-las está definitivamente proibido. A terceira grande revolução reside nos artigos 5º, inciso I, e 226, § 5º. Ao consagrar o princípio da igualdade entre homens e mulheres, derogou mais de uma centena de artigos do atual Código Civil, que data de 1916. No entanto, imperioso ressaltar uma condição: o discurso da igualdade, para ser socialmente eficaz, deve atentar à necessidade do reconhecimento da diferença".
(2001:09-10)

Então, o exercício do Instituto do pátrio poder no direito brasileiro era expressamente exercido pela pessoa do pai e pela mãe, isto é, não era sucessível, mas, sim, simultâneo.

Olhando pelo lado do Estatuto da Criança e Adolescente, percebe-se que a visão é praticamente idêntica à utilizada pela Constituição Federal de 1988. O art. 21, do referido diploma, assim se manifesta:

Art. 21. O Pátrio Poder será exercido, em igualdade de condições, pelo pai e pela mãe, na forma do que dispuser a legislação civil, assegurado a qualquer deles o direito de, em caso de discordância, recorrer à autoridade judiciária competente para a solução da divergência.

O Código Civil Brasileiro tratava o pai como chefe da família. No diploma anterior, em seu artigo 233, *caput*, deixava bem claro que a preferência paterna era feita quando invocada à circunstância de que "O marido é o chefe da sociedade conjugal,..." porém, no que concerne ao exercício do Instituto do pátrio poder, são ambos tratados com igualdade.

Nunca, a partir da Carta Magna, de 1988, a mulher será tratada, a respeito do Instituto do pátrio poder, com a subsidiariedade. O gozo do Instituto do pátrio poder, durante o casamento, cabia simultaneamente a ambos os genitores, ocorrendo divergência, como já exposto, qualquer um dos cônjuges poderá buscar seus direitos na justiça, não mais prevalecerá a decisão paterna.

III - O NOVO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO E O PODER FAMILIAR

No dia 11 de janeiro de 2002, o Diário Oficial da União publicou o decreto do Presidente Fernando Henrique Cardoso, que sancionou a Lei de número 10.406, estabelecendo o novo Código Civil no País, que passou a entrar em vigor em janeiro de 2003.

Entre as principais mudanças, constam os aumentos de direitos e reconhecimentos às mulheres, uma tendência que vem ocorrendo mundialmente.

Para começar, o termo homem como referência de pessoa foi suprimido do Código. Agora, usa-se o termo ser humano ou pessoa propriamente dita.

Pelo novo Código, expressivas mudanças ocorreram na parte referente à sucessão, modificando-se a relação existente no Código anterior, entre cônjuges e filhos, na hora da herança.

Foi suprimido o chamado pátrio poder, que deu vez à expressão poder familiar, a ser exercido igualmente pela mulher e pelo homem. O pátrio poder dava ao homem a liderança da família e responsabilidade sobre as decisões legais.

Com a entrada em vigor da Constituição de 1988, nasceu um novo ordenamento jurídico para o Direito de Família, conforme já salientamos.

Enquanto o Código de 1916 reportava-se à titularidade do Instituto ao pai, com o Estatuto da Criança e do Adolescente, advindo com a Lei nº 8.069/90 -, passou a ser exercido em igualdade de condições pelo pai e pela mãe, em consonância com a Carta Magna, observando-se os seus princípios basilares.

O poder familiar e a guarda são Institutos distintos, com suas funções devidamente diferenciadas. Estando os pais no pleno exercício do poder familiar, mesmo quando a guarda está devidamente regulada para um dos genitores, operar-se-á a restrição do poder familiar nos casos excepcionais de suspensão, extinção e perda, após processo competente.

A Constituição Federal, em seu art. 229, determina aos pais o dever de assistir, criar e educar os filhos menores. O Código Civil de 1916, no art. 231, IV, estabelecia que é dever de ambos os cônjuges o sustento, a guarda e a educação dos filhos, e, no art. 384, que compete aos pais, quanto aos filhos menores, dirigir-lhes a criação e a educação.

Deve-se observar que o legislador teve sempre o cuidado de responsabilizar ambos os pais pela responsabilidade quanto aos filhos, e não somente aquele que os tivesse em sua companhia, como se a guarda fosse apenas temporária, salientando-se que o direito de guarda apresenta-se como inerente à natureza do poder familiar.

Sob a égide do novo Código Civil, não mais se fala, por exemplo, de "pátrio poder", que deriva do latim *patrius*, de *pater*, que exprime a idéia de patriarcado, de tudo que se refere ao pai ou procede do pai, denotando supremacia do poder do homem que, nesse mister, estaria a subjugar o poder da mãe. O art. 1630 do novo Código, palmilhando essas veredas reclamadas pelo modernismo e, assim, referendando as bases dessa nova realidade social, utiliza a expressão "poder familiar" em substituição ao arcaico "pátrio poder". Inovação que, em análise primeira, poderá dizer-se sem grande expressividade, devido à caracterização de uma singela alteração da nomenclatura do poder-dever dos pais com relação a seus filhos. Porém, em reflexão minudente,

verificar-se-á a alteração na essência da igualdade entre as pessoas, tendo-se como premissa o princípio constitucional isonômico, vez que, desta forma, não mais haveremos de afirmar, tal qual a disposição contida no art. 233 do Código de Beviláqua, que o marido era o chefe da sociedade conjugal, chefia esta que era exercida com a colaboração da mulher, ficando para trás esse preceito que não condiz com os avanços da nossa sociedade, também observando o princípio constitucional da dignidade humana.

Infelizmente, essa diferença de tratamento se depreendia de vários dispositivos. Uma das mais retumbantes expressões está contida no parágrafo primeiro, do art. 178, do Código Civil, de 1916, que asseverava prazo de dez dias, contados do casamento, para que o marido pudesse propor ação de anulação do matrimônio contraído com mulher já deflorada, não havendo reciprocidade se a mulher quisesse valer-se dessa mesma prerrogativa de requerer a anulação, caso a prova de virgindade masculina fosse tão possível quanto o efeito comprobatório da mulher ser virgem intacta.

O advento da mudança externada foi de grande valia para a área do Direito de Família, onde a legislação substantiva há muito tempo estava ultrapassada, com grande parcela do Código revogada pela Constituição Federal de 1988, havendo a necessidade da utilização de legislações específicas para a regulamentação de matéria pertinente.

Assim, antes mesmo da Constituição de 1988, já utilizávamos a Lei nº 6.515/77 (regulando os casos de dissolução da sociedade conjugal e do casamento); posteriormente, a Lei nº 8.560/92 (regulando a investigação de paternidade dos filhos havidos fora do casamento); a Lei de nº 8.971/94 (regulando o direito dos companheiros a alimentos e à sucessão); e a Lei de nº 9.278/96, regulando o parágrafo 3º, do art. 226, da Constituição Federal.

3.1 PODER FAMILIAR

Poder familiar é o conjunto de direitos e deveres atribuídos aos pais, no tocante à pessoa e aos bens dos filhos menores. Não tem mais o caráter absoluto de que se revestia no direito romano. Por isso, já se cogitou chamá-lo de "pátrio dever" por atribuir aos pais mais deveres do que direitos. A denominação "poder familiar" é melhor que "pátrio poder", utilizada pelo Código de 1916, mas não é a mais adequada, pois ainda se reporta ao "poder". Algumas legislações estrangeiras, como a francesa e a norte-americana, optaram por "autoridade parental", 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. Constitui um múnus público. Ao Estado, que fixa normas para o seu exercício, interessa o seu bom desempenho. É irrenunciável, indelegável e imprescritível.

A Separação Judicial, o Divórcio e a Dissolução da União estável não alteram o poder familiar, com exceção da guarda, que representa uma pequena parcela desse poder e fica com um deles (C.C, art.1632), assegurando-se ao outro o direito de visita e de fiscalização da manutenção e educação por parte do primeiro. O exercício por ambos fica prejudicado, havendo na prática uma espécie de repartição entre eles, com um enfraquecimento dos poderes por parte do genitor privado de guarda, porque o outro o exercerá em geral individualmente, o que tem gerado posicionamento doutrinário objetivando o exercício da guarda compartilhada. O filho havido fora do casamento ficará sob o poder do genitor que o reconheceu. Se ambos reconheceram, ambos serão titulares, mas a guarda ficará com quem revelar melhores condições para exercê-la. "O filho, não reconhecido pelo pai, fica sob poder familiar exclusivo da mãe; se a mãe não for conhecida ou capaz de exercê-lo, dar-se-á tutor ao menor". (C.C. art.1633).

3.2 O CONTEÚDO DO PODER FAMILIAR

O art. 1.634 do Código Civil enumera os direitos e deveres que incumbem aos pais, referentes à pessoa dos filhos menores.

I - dirigir-lhes a criação e educação; II - tê-los em sua companhia e guarda; III - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem; IV - nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobreviver, ou o sobrevivente não puder exercer o poder familiar; V - representá-los, até aos (16) dezesesseis anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento; VI - reclamá-los de quem ilegalmente os detenha; VII - exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição .

No presente tópico devemos ressaltar que o Instituto em análise há muito perdeu seu poder despótico, evoluindo-se, gradativamente, deixando de ser a *patria potestas*, caracterizada pelo poder ilimitado dos romanos, para um poder/dever, fundamentado nos interesses dos filhos, numa visão de família num plano isonômico de tratamento, não verticalizada.

Sobre o assunto, convém a análise precisa de Paulo Luiz Netto Lôbo:

As vicissitudes por que passou a família, no mundo ocidental, repercutiram no conteúdo do poder familiar. Quanto maiores foram a desigualdade, a hierarquização e a supressão de direitos, entre os membros da família, tanto maior foi o pátrio poder e o poder marital. À medida que se deu a emancipação da mulher casada, deixando de ser *alieni juris*, à medida que os filhos foram emergindo em dignidade e obtendo tratamento legal isonômico, independentemente de sua

origem, houve redução do *quantum* despótico, restringindo esses poderes domésticos. No Brasil, foram necessários 462 anos, desde o início da colonização portuguesa, para a mulher casada deixar de ser considerada relativamente incapaz (Estatuto da Mulher Casada, Lei nº 4.121, de 27 de agosto de 1962); foram necessários mais de 26 anos para consumir a igualdade de direitos e deveres na família (Constituição de 1988), pondo fim, em definitivo, ao antigo pátrio poder e ao poder marital". (2001:143)

Assim, o poder familiar apresenta-se como um *múnus*, uma "instrumentalidade" objetivando a implementação dos direitos pertencentes aos filhos. Aos pais, apresenta-se revestido mais de deveres do que de direitos.

Concluimos, citando o renomado Professor, acima referido:

Colho do artigo 227 da Constituição o conjunto mínimo de deveres cometidos à família, *a fortiori* ao poder familiar, em benefício do filho, enquanto criança e adolescente, a saber: o direito à vida, à saúde, à alimentação (sustento), à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar. Evidentemente, tal conjunto de deveres deixa pouco espaço ao poder. São deveres jurídicos correspectivos a direitos cujo titular é o filho. (2001:144)

3.3 QUANTO AOS BENS DOS FILHOS

O novo Código trouxe uma importante inovação, com a inclusão da matéria pertinente aos bens dos filhos, sob a égide do poder familiar, diferente do Código de 1916, no Direito Patrimonial (Título II), especificamente, Capítulo

VI, Subtítulo II , com a denominação "DO USUFRUTO E DA ADMINISTRAÇÃO DOS BENS DE FILHOS MENORES".

Os atributos na ordem patrimonial dizem respeito à administração e ao direito de usufruto. Os pais, em igualdade de condições, são os administradores legais dos bens dos filhos menores sob sua autoridade. Havendo divergência, poderá qualquer deles recorrer ao Juiz para a solução necessária (CC, art. 1689, inciso II e art. 1690, parágrafo único). Não podem, porém, praticar atos que ultrapassem os limites da simples administração. Para alienar ou gravar de ônus reais os bens imóveis dos filhos menores precisam obter autorização judicial, mediante a demonstração da necessidade, ou evidente interesse da prole (art.1.691). Tratando-se de interesse de menores, a venda deverá ser autorizada judicialmente, não podendo a venda ser inferior ao preço de mercado. Sempre que no exercício do poder familiar colidir o interesse dos pais com o do filho, o juiz lhe dará curador especial (art.1.692).

Aos pais, pertence o usufruto, as rendas dos bens dos bens dos filhos menores (CC, art.1.689, I), como uma compensação do múnus decorrentes de sua criação e educação. O art.1.693 menciona os bens excluídos do usufruto e da administração dos pais:

Excluem-se do usufruto e da administração dos pais:

I – os bens adquiridos pelo filho havido fora do casamento, antes do reconhecimento;

II – os valores auferidos pelo filho maior de 16 (dezesseis) anos, no exercício de atividade profissional e os bens com tais recursos adquiridos;

III – os bens deixados ou doados ao filho, sob a condição de não serem usufruídos, ou administrados, pelos pais;

IV – os bens que aos filhos couberem na herança, quando os pais forem excluídos da sucessão.

3.4 DA EXTINÇÃO E SUSPENSÃO DO PODER FAMILIAR

As formas de extinção do poder familiar vêm expressas no art.1.635:

“Extingue-se o poder familiar:

I – pela morte dos pais ou do filho;

II – pela emancipação, nos termos do art.5º, parágrafo único;

III – pela maioridade;

IV – pela adoção;

V - por decisão judicial, na forma do artigo 1.638.

Com a morte dos pais, desaparecem os titulares do direito. A de um deles faz concentrar no sobrevivente o aludido poder. A morte do filho, a emancipação e a maioridade fazem desaparecer a razão de ser do Instituto, que é a proteção do menor. Presume a lei que os maiores de dezoito anos e os emancipados não mais precisam da proteção do referido Instituto. A adoção, muito embora incluída no rol de extinção, tecnicamente apresenta-se como caso típico de transferência do poder familiar, que passa a ser exercido pelo adotante. A extinção por decisão judicial, que não existia no Código anterior, depende da configuração das hipóteses enumeradas no art.1638, como causas de perda: “I - castigar imoderadamente o filho; II – deixar o filho em abandono; III - praticar atos contrários à moral e aos bons costumes; IV – incidir, reiteradamente, nas faltas previstas no artigo antecedente”.

A suspensão do poder familiar constitui medida menos grave do que a destituição ou perda.É imposta nas infrações menos graves, mencionadas no

art. 1.637 do Código Civil, e que representam, no geral, infração genérica aos deveres dos titulares do poder familiar. É temporária, perdurando somente até quando se mostre necessária. Desaparecendo a causa, pode o pai, ou a mãe, recuperar o poder familiar. Pode referir-se exclusivamente a determinado filho vitimado. A perda (ou a destituição), que é causa de extinção do poder familiar por decisão judicial (art. 1.635, V), decorre de faltas graves, que configuram inclusive ilícitos penais e são especificadas no art.1638 do Código Civil: aplicação de castigos imoderados aos filhos (crime de maus-tratos), abandono (crimes de abandono material e intelectual), prática de atos contrários à moral e aos bons costumes (crimes de natureza sexual contra os filhos ou conduta inconveniente, como uso de entorpecentes ou entrega da mãe à prostituição) e reiteração de faltas aos deveres inerentes ao poder familiar.

Frise-se que o Estatuto da Criança e do Adolescente (art. 23), dispõe que a falta ou carência de recursos materiais não constitui, por si só, motivo suficiente para a suspensão ou a perda do poder familiar, devendo o menor, se não concorrer outro motivo que autorize a decretação da medida, ser incluído em programas oficiais de auxílio. O novo Código Civil não traça regras procedimentais para a extinção ou suspensão do poder familiar, permanecendo as estabelecidas pelo ECA, por inexistir incompatibilidade. Na legislação referida (art.155), são legitimados para a ação o Ministério Público ou "quem tenha legítimo interesse". A suspensão do poder familiar poderá ser decretada liminar ou incidentalmente, ficando o menor confiado à pessoa idônea (art.157). A sentença que decretar a perda ou suspensão será registrada à margem do registro de nascimento do menor. (art.163).

Tanto a suspensão como a destituição do poder familiar, dependem de decisão judicial, em processo competente, observadas as formalidades legais, com as garantias do contraditório e da ampla defesa.

CONCLUSÃO

Com o exposto no presente trabalho, podemos ultimar, no que se refere ao assunto do Instituto do pátrio poder/poder familiar, que ocorreram expressivas mudanças no passar dos tempos, desde a civilização romana, até, no caso específico, a consolidação da nova legislação substantiva civil, estabelecida com a Lei nº 10.406/2002.

No caso específico do Brasil, houve uma caminhada um tanto quanto lenta, porém na década de oitenta ocorreu o ápice de evolução com o advento da nossa Carta Magna, no dizer de Ulysses Guimarães, Constituição Cidadã, trazendo para o Direito de Família pátrio profundas e esperadas mudanças no ordenamento jurídico, ainda não totalmente acompanhadas pelos aplicadores do Direito, sendo a premissa básica alicerçada no princípio isonômico, ficando a mulher "colocada", digamos assim, em pé de igualdade com o homem, quando se referia ao exercício do Instituto do pátrio poder.

Tendo os mesmos direitos e deveres que o homem, a mulher nunca foi tão valorizada em referência ao exercício do Instituto do pátrio poder, quando em vigor. Podendo inclusive, no Código anterior, caso não concordasse com alguma atitude do homem com respeito ao exercício do pátrio poder sobre a pessoa dos filhos, procurar a tutela [jurisdicional do Estado objetivando sua retificação.

Percebe-se, nitidamente, a evolução do Instituto do pátrio poder, até datas atuais, quando chega ao seu auge de modernidade e de direito, deixando de ser um Instituto baseado na força, no poder, na autoridade, na obediência,

revestindo-se do poder/dever, em sintonia com os reais interesses dos filhos, dentro de uma visão de família horizontalizada, de acordo com os novos princípios da atual Constituição.

Assim, externa-se, com a mudança do Código Civil brasileiro, um avanço para a população brasileira de indiscutível grandiosidade, visto que agora as mulheres exercem igualmente "poder" na família, não mais sendo um "acessório" perante o antigo poder.

Já se constava que a mulher tivera mesmo poder, mas agora está no Código, pois a mudança na denominação derrubou o mito "pátrio" - pai, para ser poder entre ambos, que mais significa "dever para com seus filhos", que poder sobre os mesmos.

Dessa forma, com novo Código Civil, que ficou mais de 20 anos em árduo trabalho de aperfeiçoamento no Congresso Nacional, estabeleceu-se o poder familiar, como Instituto anteriormente designado de pátrio poder, no desiderato de adequar a legislação infraconstitucional ao modelo constitucional outorgado em 1988.

Muito embora as mudanças não sejam as mais esperadas para o referido Instituto, haja vista a permanência do nome "poder", gerador de críticas doutrinárias, entendemos que a expressão poder familiar está mais condizente com o atual contexto constitucional, bem como com os avanços da própria sociedade como um todo, numa visão isonômica arduamente conquistada que a história legislativa nos demonstra com profundidade.

A essência do poder familiar, embora aparentemente semelhantes ao pátrio poder, reveste-se mais do poder dever, obrigação, múnus, bem diferente do contexto outrora externado no direito romano, em sua *patrio potestas*, onde chegou-se a abranger o poder de vida e morte.

Mister se faz salientar que o direito de família passou e passa, constantemente, por grandes transformações, devendo o operador do direito adequar-se à nova realidade social.

A mudança na legislação, na ciência, e o impulso da sociedade são os fatores preponderantes para a transformação do direito de família, impondo-se, urgentemente, aos poderes constituídos, uma satisfação às mudanças implementadas, tanto no contexto processual como em outras esferas sociais.

O avanço da ciência, a cada dia aperfeiçoando o estudo do DNA, traz para o direito de família perspectivas fantásticas, dirimindo litígios outrora eivados de dúvidas, carentes de certeza científica, aproximando-se, pois, da verdade real, premissa maior da objetividade processual.

A clonagem humana, antes objeto de fantasia, hoje é uma realidade científica em processo de aperfeiçoamento, mexendo com valores éticos, trazendo pra o mundo jurídico realidade nunca imaginável, associando-se com uma sociedade cada vez mais dinâmica, onde valores estão cada vez mais ultrapassados, conquistando a mulher sua posição na sociedade com muita luta, determinação e competência, deixando para traz um passado de opressão, preconceito e indiferença.

Assim é a realidade, exigindo dos que militam na área jurídica uma solução para os graves, complexos e urgentes problemas sem paradigmas.

Alem do mais, cada operador do direito é parte preponderante e importantíssima nesse processo de modificação legislativa, com a introdução de um novo Código Civil, o qual traz profundas mudanças para a sociedade como um todo, onde a atuação de Juízes, Promotores e Advogados, e demais profissionais da área, sedimentará uma nova mentalidade jurídica, mais dinâmica, mais atualizada, mais condizente com os anseios de transformação da sociedade.

A pequena alteração no Instituto enfocado representa um avanço, embora sutil, mas colocando no atual contexto social e constitucional a família brasileira, cada vez mais diferente da família do início do século 20, quando da formalização do Código Civil de 1916.

Os avanços legislativos são sempre bem-vindos para o direito de família, área de profunda e constante mutação, onde a dialética humana aflora com mais nuância, sendo sempre pertinente a observação de Roscoe Pound, de que o "Direito deve ser estável e, contudo, não pode permanecer estático".

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

(Código Theodosiano,6,35,15,2,10,6).

COULANGES, Numa Denis Fustel de. A Cidade Antiga, São Paulo: Hemus, 1975.

CRETELLA, J. Júnior. Curso de Direito Romano, 16ª ed. Rio de Janeiro:Forense,1994.

FRANCA, Leonel. O Divórcio, 4ª ed. Rio de Janeiro: ABC, 1937.

GUSMÃO. Paulo Dourado. Dicionário de Direito de Família. 2ª.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

LIMONGI FRANÇA, R. Manual de Direito Civil, 2º v. São Paulo:Revista dos Tribunais, 1972.

MARKY, Thomas, Curso Elementar De Direito Romano. 2ª ed. São Paulo: Resenha Tributária, 1974.

MONTEIRO, Washington de Barros. Curso de Direito Civil. Direito de Família. 33ª. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

RODRIGUES, Sílvio. Direito Civil - Direito de Família. 27ª. ed. atual. por Francisco José Cahali, com anotações ao novo Código Civil (Lei nº 10.406, de 10-1-2002). - São Paulo: Saraiva, 2002.

SANTOS NETO, José Antônio de Paula, Do Pátrio Poder, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

WALD, Arnaldo. Curso de Direito Civil Brasileiro - Direito de Família. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.