

A DUPLA EFICÁCIA DA FUNÇÃO SOCIAL DO PODER FAMILIAR

Cesar Calo Peghini¹
Renato Mello Leal²

RESUMO: Este trabalho tem por objetivo investigar e apresentar os respectivos resultados acerca da eficácia e dos efeitos da função social do poder familiar, tudo a partir de uma detida análise das principais categorias de tal instituto jurídico, notadamente o seu conceito e a sua natureza jurídica, sem se olvidar dos seus respectivos alcances práticos. Detectada a característica de se tratar não apenas de um direito, mas acima de tudo de um dever dos pais em relação aos filhos, o estudo procura identificar os principais desdobramentos de tal circunstância, tanto no seio da família quanto no âmbito do convívio em sociedade. Partindo da identificação das principais consequências práticas do instituto jurídico do poder familiar, o trabalho passa a investigar a existência e a abrangência da sua respectiva função social. Por fim, busca-se fazer uma análise acerca da eficácia e dos efeitos da função social da autoridade parental, nomenclatura que atualmente tem sido preferida tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência nacionais, aspecto que também não passará ao largo da análise e da crítica desta contribuição que pretendemos dar à comunidade jurídica.

Palavras-Chave: Direito de Família. Poder familiar. Autoridade parental. Função parental. Função social do poder familiar.

¹ Pós-doutor em Direito pela Università degli Studi di Messina. Doutor em Direito Civil pela PUC/SP. Mestre em Função Social do Direito pela Faculdade Autônoma de Direito FADISP. Especialista em Direito do Consumidor na experiência do Tribunal de Justiça da União Européia e na Jurisprudência Espanhola, pela Universidade de Castilla-La Mancha, Toledo/ES. Especialista em Direito Civil pela Instituição Toledo de Ensino ITE. Especialista em Direito Civil e Processo Civil pela Escola Paulista de Direito - EPD. Graduado em Direito pelo Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas - FMU. Professor Titular permanente do Programa de Pós-graduação Stricto Sensu (mestrado) da Faculdade Escola Paulista de Direito - EPD. Professor dos Cursos de Pós-Graduação Lato Sensu da Escola Paulista de Direito – EPD. Professor convidado no curso de pós-graduação lato sensu em Direito Civil na Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie. Professor convidado no curso de pós-graduação lato sensu em Direito Imobiliário da PUC-COGAE. Professor convidado no curso de pós-graduação online lato sensu em Direito Civil e Processo Civil da FAAP - Fundação Armando Álvares Penteado. Árbitro, advogado e consultor jurídico em São Paulo/SP. Currículo *Lattes*: <http://lattes.cnpq.br/9161418107804194>. E-mail: cesar_peghini@hotmail.com.

² Doutorando em Direito Civil Comparado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Mestre em Função Social do Direito pela Faculdade Autônoma de Direito (FADISP). Especialista em Direito Contratual pela Escola Paulista de Direito (EPD). Especialista em Direito Processual Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Graduado em Direito pela Toledo Prudente. Professor em cursos de pós-graduação lato sensu da Escola Paulista de Direito (EPD). Advogado e consultor jurídico em São Paulo/SP. Currículo *Lattes*: <http://lattes.cnpq.br/1128448554822129>. E-mail: renatomleal@gmail.com.

THE DOUBLE EFFECTIVENESS OF THE SOCIAL FUNCTION OF FAMILY POWER

Abstract: This work aims to investigate and present the respective results about the effectiveness and effects of the social function of family power, all from a detailed analysis of the main categories of such legal institute, notably its concept and its legal nature, without forgetting their respective practical scope. Having detected the characteristic of being not only a right, but above all a duty of parents in relation to their children, the study seeks to identify the main consequences of this circumstance, both within the family and in the context of living in society. Starting from the identification of the main practical consequences of the legal institute of family power, the work starts to investigate the existence and scope of its respective social function. Finally, we seek to analyze the effectiveness and effects of the social function of parental authority, a nomenclature that has currently been preferred both by doctrine and national jurisprudence, an aspect that will not pass by the analysis and criticism of this contribution that we want to give to the legal community.

Keywords: Family right. Family power. Parental authority. Parental function. Social function of family power.

1. INTRODUÇÃO

Também chamado por boa parte da doutrina e da jurisprudência nacionais de autoridade parental e algumas vezes até mesmo de responsabilidade parental, o poder familiar envolve diversos aspectos relacionados às múltiplas relações que se estabelecem entre pais e mães e os seus filhos menores não emancipados, devendo o exercício de tal poder, autoridade, responsabilidade ou função ter sempre como guia o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, pois são esses os indivíduos que merecem especial proteção do Estado e da sociedade no contexto de tais relações, haja vista a sua incontestada posição de vulnerabilidade enquanto seres humanos em formação.

Se por um lado discute-se atualmente qual seria a nomenclatura ideal para o instituto do poder familiar, haja vista o crescente contexto de constitucionalização do Direito Civil, em que valores como isonomia, dignidade da pessoa humana e função social dos institutos de Direito Privado recebem especial e merecida atenção, não foi num passado tão longínquo quanto se possa imaginar que tal instituto era conhecido apenas como pátrio poder, desvelando um claro e forte traço do patriarcalismo que marcava a codificação civil anterior, ao lado de outros valores igual e felizmente

superados, como o exagerado patrimonialismo e a extrema valorização da vontade individual, ainda que em prejuízo do bem comum.

Nos dias de hoje, ultrapassada qualquer falsa noção de superioridade entre os gêneros, pais e mães exercem, em igualdade de condições, o poder familiar, devendo tal exercício ter sempre como norte o melhor interesse das crianças e dos adolescentes, assim entendido tudo o que possa levar ao seu mais adequado desenvolvimento pessoal, social, educacional e emocional, a fim de que se tornem adultos seguros, equilibrados, preparados e bem resolvidos, capazes de transmitir iguais valores e experiências para as futuras gerações, respeitada a dinâmica da vida em sociedade, numa espécie de engrenagem moldável, com movimentos contínuos e virtuosos.

Diante desse desejável contexto de relações afetivas saudáveis e equilibradas, não é difícil notar que a convivência com os pais e com as mães não é apenas um importante direito para as crianças e para os adolescentes, mas é também um relevante dever para os pais e para as mães de seus filhos menores não emancipados.

A partir dessas considerações iniciais, acreditamos já ser possível notar que o poder familiar cumpre uma relevante função social, ou seja, exerce um importante papel no seio da sociedade, especialmente dentro dos núcleos familiares.

Nas próximas linhas, procuraremos estudar o conceito e a natureza do poder familiar e, tendo como balizas essas importantes categorias jurídicas, imergiremos na análise da eficácia e dos efeitos desta já percebida função social do relevante instituto jurídico do poder familiar.

2. A EVOLUÇÃO HISTÓRICA E O CONCEITO DE PODER FAMILIAR

Para uma adequada e contemporânea conceituação do poder familiar, parece-nos relevante fazermos uma pequena digressão acerca da evolução histórica do instituto.

Enquanto instituto jurídico, a gênese do poder familiar encontra-se no Direito Romano, numa época em que a figura apresentava uma marcante carga paternalista, em que somente o homem, o patriarca, o chefe da família, poderia exercer tal relação hierárquica em relação aos seus filhos, tanto que o instituto, desde então e até não

muito tempo atrás, era denominado de pátrio poder ou *patria potestas*, numa inegável referência à figura paterna.

Por mais inacreditável que isso possa parecer atualmente, não era somente dessa natureza paternalista que o poder familiar se revestia, havendo também, na origem histórica do instituto, um forte traço patrimonialista, como se a prole compusesse o acervo patrimonial do patriarca, isto é, como se os filhos fossem bens passíveis de circulação mercantil, verdadeiras propriedades do chefe da família, passíveis de negociação, transação, alienação e até mesmo extermínio.

Tratando desse surpreendente aspecto histórico, Cesar Peghini³ registra que “no referido caso – poder familiar no Direito Romano – o chefe familiar podia transacionar os filhos, entregando-os para pagamento de dívida, a fim de mitigar danos decorrentes de responsabilidade civil e até mesmo abandoná-lo, nos casos de eugenia”.

Em nosso país, enquanto ainda vigia o Código Civil de 1916⁴, a doutrina revelava resquícios dessa tradição romana, tanto que, ao conceituar o instituto, Clóvis Beviláqua⁵ referia-se somente à figura paterna e abordava apenas direitos deste em relação aos filhos, sem sequer cogitar de potenciais deveres paternos diante de sua prole. De fato, Beviláqua, autor do projeto que resultou no revogado Código Civil de 1916, lecionava que “o conjunto dos direitos que a lei confere ao pai sôbre a pessoa e os bens de seus filhos legítimos, legitimados, naturais reconhecidos ou adotivos, toma a denominação de pátrio poder”.

Sobre a influência do Direito Romano no Direito Civil Brasileiro, Rui de Figueiredo Marcos, Carlos Fernando Mathias e Ibsen Noronha⁶ fazem as seguintes considerações acerca de Augusto Teixeira de Freitas, autor da *Consolidação da Leis Cívís*, de 1857, bem como do *Esboço de Código Civil*, de 1864, trabalho encomendado por Dom Pedro II, mas que não chegou a se tornar um código, apesar de inegavelmente ter inspirado, em larga medida, o Código Civil de 1916:

³ PEGHINI, Cesar. **Elementos de direito de família e sucessões**. Rio de Janeiro: Editora Autografia, 2018, p. 232.

⁴ BRASIL. **Lei n.º 3.071, de 1º de janeiro de 1916**. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm. Acesso em: 22 fev 2024.

⁵ BEVILÁQUA, Clóvis. **Direito da família**. 8. ed., atualizada pelo Desembargador Isaías Beviláqua. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1956, p. 363.

⁶ MARCOS, Rui de Figueiredo; MATHIAS, Carlos Fernando; NORONHA, Ibsen. **História do direito brasileiro**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 393.

Já ficou dito que o autor da *Consolidação* foi influenciado pela doutrina das luzes, na sua vertente lusitana, para a consecução da sua obra codificadora. O *usus modernus pandectarum* foi assimilado e, de alguma forma, representava a introdução das ideias juriracionalistas no campo jurídico. Foi na verdade um esforço de adaptação do Direito Romano à época, ou seja, o Direito Romano era encarado sob a perspectiva de uma real aplicação. O vivo e o morto no *Corpus Iuris Civilis* deviam ser separados. Aquelas normas passíveis de aplicação hodierna seriam utilizadas.

Apesar do já referido conceito de Clóvis Beviláqua sobre o poder familiar estar superado pelo contexto contemporâneo, fazendo inclusive uma clara referência à antiga e inconstitucional distinção entre filhos legítimos e supostamente ilegítimos, mesmo a doutrina brasileira produzida sob a égide da codificação privada anterior já mostrava grande repulsa a esse aspecto mais radical do poder familiar marcado por sua origem histórica no Direito Romano, o que se evidencia quando Clóvis Beviláqua⁷ utiliza a expressão “profunda barbárie” para tratar do tema. Vejamos:

Procurando apanhar o primeiro surto deste instituto, na história da civilização humana, reconheceremos que êle tomou as feições rígidas e severas, que se tornaram tradicionais entre os romanos, com o patriarcado, influindo, poderosamente, para esse resultado, as crenças religiosas, que, então, envolviam os espíritos em liames indestrutíveis.

Em um período de mais profunda barbárie, diferentes são os moldes da autoridade paterna, outra é a condição dos filhos. Enquanto são débeis, dependem dos pais, de um modo absoluto, as crianças de ambos os sexos. Podem ser mortas ao nascer, vendidas, ou de outra forma utilizadas pela vontade dos progenitores, particularmente do pai, ou mesmo da tribo inteira. Passada, porém, a quadra mal segura da adolescência, adquirem os varões a posse de si mesmos, enquanto as mulheres esperam apenas mudar de patronos. Se a superioridade muscular é o principal suporte da autoridade, seria estranhável que ela se prolongasse indefinidamente, quando a senilidade avança abatendo os organismos, e rijos se levantam, ao seu lado, os rebentos viçosos, a que deram o ser.

Com efeito, a palavra barbárie exprime bem a essência do poder familiar em sua origem, haja vista que o *paterfamilias* detinha um poder absoluto sobre a sua prole, sobre a sua família em geral e sobre os seus bens, aí incluídos os escravos. Tal poder era tão intenso e irrestrito que se chegava ao cúmulo de o chefe da família poder decidir discricionariamente até mesmo sobre a vida ou a morte de seus filhos e escravos, conforme nos revelam as seguintes lições de Vandick Londres da Nóbrega⁸:

O *paterfamilias* tinha o direito de vida e de morte – *ius vitae nescisque* – sobre os filhos e sobre os escravos. No entanto, desde época bastante remota, começaram a aparecer certas restrições a esse poder absoluto, pois o *paterfamilias* não podia matar o *filiusfamilias* sem autorização do *consilium*

⁷ BEVILÁQUA, Clóvis. **Direito da família**. 8. ed., atualizada pelo Desembargador Isaías Beviláqua. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1956, p. 363-364.

⁸ NÓBREGA, Vandick Londres da. **História e sistema do direito privado romano**. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1959, p. 509.

domesticum, que era um conselho de família, composto dos parentes mais próximos.

Como chefe absoluto da família, o *paterfamilias* podia vender o filho – *ius vendendi* – e, quando isto acontecia este não se tornava escravo, mas ficava na condição de uma pessoa *in mancipio*.

O *paterfamilias* tinha a faculdade de utilizar os serviços dos membros da família, ou de dispor deles em proveito de terceiros.

As partir dessas lições, nota-se que desde os primórdios do poder familiar no Direito Romano já se pensava em alguma maneira de restringir, ainda que timidamente, o absolutismo do antigo pátrio poder, o que era feito por meio de um conselho doméstico, composto por parentes mais próximos, provavelmente todos do sexo masculino, tendo tal conselho a prerrogativa de autorizar ou não certas decisões do chefe da família, notadamente aquelas mais drásticas, referentes, por exemplo, à vida ou à morte de um filho.

O que se observa é que mesmo dentro da própria história do Direito Romano foi havendo uma gradativa evolução quanto à mitigação do absolutismo paterno, tanto que se passou a perceber a *patria potestas* como uma relação dotada de maior poder educativo e menor poder corretivo, o que já revelava os primeiros sinais de uma preocupação de se encarar tal relação também sob o ponto de vista dos interesses dos filhos. Vejamos, nesse sentido, o seguinte resgate histórico trazido por José Carlos Moreira Alves⁹:

A princípio, os poderes do *pater familias* enfeixados na *patria potestas* são absolutos: o *pater familias* pode ser comparado a um déspota. A pouco e pouco, porém – e essa tendência se avoluma decididamente a partir do início do período pós-clássico –, os poderes constitutivos da *patria potestas* se vão abrandando, até que, no Direito Justiniano – mudado o ambiente social, alteradas fundamentalmente as funções e a estrutura da família romana, e sobrepujado o parentesco agnático pelo cognático –, a *patria potestas* se aproxima do conceito moderno de pátrio poder (poder educativo e levemente corretivo), embora conserve – o que a afasta deste – duas características antigas:

- a) a vitaliciedade (mesmo no período justiniano não se conhece, no Direito Romano, o instituto da maioridade: enquanto vivo o *pater familias*, estão sujeitos à *patria potestas* seus *fili familias*); e
- b) a titularidade, não pelo pai natural, mas pelo ascendente masculino mais remoto.

⁹ ALVES, José Carlos Moreira. **Direito romano II**. 5. ed., revista e acrescentada. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 306.

De volta ao Brasil, ainda sob a égide do revogado Código Civil de 1916¹⁰, porém antes da promulgação da Constituição Federal de 1988¹¹, Silvio Rodrigues¹² já chamava a atenção para o verdadeiro abismo que desde então se observava entre o tratamento jurídico dispensando ao poder familiar na Roma Antiga e o regramento dado ao instituto pelo Direito Privado Brasileiro em meados de 1985. Vejamos:

Comparando o pátrio poder na forma como se apresentava na Roma antiga, com o mesmo instituto na roupagem que hoje o reveste, nota-se uma tão profunda modificação em sua estrutura, que não se pode acreditar se trate da mesma instituição. Com efeito, a idéia que se tem é a de que o tempo provocou uma evolução tão radical em seu conceito, que afetou a própria natureza do poder paternal.

(...)

E é nesse sentido que se caracteriza o pátrio poder no Direito moderno; ou seja, como um instituto de caráter eminentemente protetivo em que, a par de uns poucos direitos, se encontram sérios e pesados deveres a cargo de seu titular. Para bem compreender sua natureza é mister ter em vista tratar-se de matéria que transcende a órbita do Direito Privado, para ingressar no âmbito do Direito Público. É de interesse do Estado assegurar a proteção das gerações novas, pois elas constituem matéria-prima da sociedade futura. E o pátrio poder nada mais é do que esse *munus* público, imposto pelo Estado, aos pais, a fim de que zelem pelo futuro de seus filhos.

Daí a razão por que alguns escritores acham inadequado o nome pátrio poder, sugerindo outras denominações, tais como poder de proteção, ou mesmo pátrio dever.

Como se vê, antes mesmo do advento da nossa atual Constituição Federal, o Direito Privado Brasileiro já tinha um viés de constitucionalização de seus institutos, assim considerada uma maior importância e proteção à dignidade da pessoa humana, inclusive e especialmente a de crianças e adolescentes, haja vista a sua inequívoca posição de vulnerabilidade enquanto pessoas em formação.

Observava-se desde então uma clara preocupação de permitir a intervenção do Estado nessa relação familiar entre pais e filhos, haja vista que somente o desenvolvimento equilibrado e saudável – física e emocionalmente – de crianças e adolescentes é que seria capaz de proporcionar a preservação das gerações futuras, de uma vida civilizada em sociedade e da própria existência digna da humanidade.

Toda essa evolução histórica indica que o pensamento jurídico contemporâneo enxerga o Direito como o ordenamento de uma consciência coletiva que necessita

¹⁰ BRASIL. **Lei n.º 3.071, de 1º de janeiro de 1916**. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm. Acesso em: 22 fev 2024.

¹¹ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 22 fev 2024.

¹² RODRIGUES, Sílvio. **Direito civil – Vol. VI – Direito de Família**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 1985, p. 359-362.

acompanhar as incessantes mutações da vida em sociedade, dinâmica por natureza e dependente, assim, de um regramento que seja compatível com cada contexto social, cultural e histórico. Nesse sentido, assim filosofa Franz Wieacker¹³:

Quando se fala de Direito, o comportamento humano é sempre um comportamento social, ou seja, referido ao outro e à comunidade dos outros. A consciência jurídica dirige as suas exigências no sentido de um comportamento para com o outro de reconhecimento do que interessa a nós e ao próximo; que as pessoas possam subsistir umas com as outras. Isto pressupõe o conhecimento do que interessa a nós e ao próximo; que a sua pessoa e a minha pertençam a uma estrutura de responsabilização comum.

Realmente, não pode o Direito ter a pretensão de impor para a sociedade um rompimento de paradigmas, com a instituição de hábitos, valores e crenças absolutamente novos, em total dissonância com o que se praticava até ali. Ao revés, incumbe ao Direito, especialmente à legislação, o importante papel de consolidar as regras que disciplinam a vida em sociedade num determinado contexto social, histórico e cultural. Vejamos, a esse respeito, as seguintes lições de Mário Luiz Delgado¹⁴:

O papel de um código não é romper paradigmas, mas, ao contrário, cristalizar, clarificar, por meio da sistematização, aquilo que já é, de certa forma, aceito e praticado por uma dada sociedade. Nas palavras de Angelesco, os códigos não são chamados a criar o Direito, mas a constatá-lo simplesmente. O Direito é vida em movimento, evoluindo, transmutando-se, metamorfoseando-se em um ritmo muito mais veloz do que o que podem ser os parlamentos, razão pela qual o Direito positivo sempre surge um passo depois, sem que isso constitua qualquer demérito, posto que, em assim o fazendo, ele pode recolher do ambiente social um regramento já amadurecido pela prática da vida, sistematizando-o de forma a dotar a sua aplicação de segurança e estabilidade.

Sobre a trilha percorrida pela normatização das relações familiares, desde o seu surgimento no Direito Romano até a fase atual, mais humanizada, Carlos Roberto Gonçalves¹⁵ nos traz o seguinte resgate histórico:

Durante a Idade Média as relações de família regiam-se exclusivamente pelo Direito Canônico, sendo o casamento religioso o único conhecido. Embora as normas romanas continuassem a exercer bastante influência no tocante ao pátrio poder e às relações patrimoniais entre os cônjuges, observava-se também a crescente importância de diversas regras de origem germânica. Podemos dizer que a família brasileira, como hoje é conceituada, sofreu influência da família romana, da família canônica e da família germânica. É notório que o nosso Direito de Família foi fortemente influenciado pelo Direito

¹³ WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno**. 4. ed. Tradução de António Manuel Botelho Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1980, p. 710.

¹⁴ DELGADO, Mário Luiz. **Codificação, descodificação e recodificação do direito civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 206.

¹⁵ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro vol. 6: direito de família**. – 17. ed. - São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 32.

Canônico, como consequência principalmente da colonização lusa. As Ordenações Filipinas foram a principal fonte e traziam a forte influência do aludido Direito, que atingiu o Direito pátrio.

(...)

Só recentemente, em função das grandes transformações históricas, culturais e sociais, o Direito de Família passou a seguir rumos próprios, com as adaptações à nossa realidade, perdendo aquele caráter canonista e dogmático intocável e predominando “a natureza contratualista, numa certa equivalência quanto à liberdade de ser mantido ou desconstituído o casamento”.

A evolução do instituto ao longo dos séculos foi tão grande que hoje o poder familiar não é mais encarado apenas como uma relação de poder e de direito dos pais em relação aos filhos, que eram antes tratados praticamente como coisas, para, atualmente, ser visto tal instituto sobretudo como uma relação de dever dos pais e mães em relação à sua prole, calcada notadamente na função social do poder familiar.

Também em outros países se fala atual e intensamente sobre a democratização das relações familiares. Vejamos, nesse sentido, e em tradução livre, os seguintes ensinamentos do doutrinador peruano e professor da Universidade de Lima, Enrique Varsi Rospigliosi¹⁶:

Os filhos têm alcançado uma maior ascendência sobre os pais no que diz respeito à tomada de decisões, assim como nos atos prévios à prolação de decisões judiciais no âmbito de seus interesses, dando origem ao que se denomina de *filiarquía*, entendida como uma maior presença e participação dos filhos na tomada de decisões no âmbito familiar.

Ao contrário da velha estrutura de pátrio poder e da autoridade soberana do patriarca, hoje os pais não impõem sua vontade verticalmente. Os filhos são consultados e participam ativamente na vida da família, expondo os seus pontos de vista e participando das decisões. É uma evidente democratização das convenções familiares e um reconhecimento da horizontalidade das relações interpessoais que reconhece a solidez da família. Obviamente, essa democratização não é plena, na medida em que prevalece sempre a decisão final dos pais, sem que implique um colapso da teoria moderna da unidade familiar.

¹⁶ “Los hijos vienen alcanzando una mayor ascendencia sobre los padres en lo referente a la toma de decisiones, así como en los actos previos a la expedición de resoluciones judiciales en el ámbito que les atañe, naciendo lo que se denomina como la *filiarquía*, entendida como mayor presencia y participación de los hijos en la toma de decisiones en el ámbito familiar.

A diferencia de la vieja estructura de la patria potestad y de la autoridad soberana del *pater familia* hoy los padres no imponen su voluntad verticalmente. Los hijos son consultados y participan activamente en la vida de la familia, exponiendo sus puntos de vista y participando de las decisiones. Es una evidente democratización de los acuerdos y un reconocimiento a la horizontalidad de las relaciones interpersonales que reconoce la solidez familiar. Obviamente esta democratización no es plena en la medida que prima, siempre, la decisión final de los padres sin que signifique un resquebrajamiento de la moderna teoría de la unidad familiar”. - ROSPIGLIOSI, Enrique Varsi. **Tratado de derecho de familia: la nueva teoría institucional y jurídica de la familia – Tomo I.** – primera edición - Lima: Gaceta Jurídica, 2011, p. 165.

Não é em outro sentido que caminha a doutrina de Flávio Tartuce¹⁷, senão vejamos:

Como decorrência lógica do princípio da igualdade entre cônjuges e companheiros, 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*). Substitui-se uma *hierarquia* por uma *diarquia*.

Nota-se aqui inclusive uma influência do pensamento filosófico de Jürgen Habermas, para quem o diálogo, a linguagem, quando bem empregados, são instrumentos garantidores da democracia, pois esta depende da compreensão dos interesses das partes envolvidas para que se chegue a um consenso. Reforçando essa percepção, temos as seguintes lições de Ricardo Castilho¹⁸:

A saída, para o indivíduo, é sociabilizar-se, cooperar uns com os outros. E o melhor começo é pela comunicação. Essa é a tese da razão comunicativa, conceito básico na filosofia de Habermas. Uma tese que tem relação direta com a verdade universal.

Habermas afirma que o uso da linguagem pode ser validado, ou seja, não é distorcido, quando atende a quatro premissas, seja qual for a pessoa que emite uma comunicação:

A primeira delas seria a “comunicação é inteligível”, baseada em regras semânticas que os interlocutores compreendem. A segunda, “ser o conteúdo da comunicação verdadeiro”. A terceira, “utilizar-se, o emissor, das normas sociais típicas do idioma”. Por fim, “ser ele sincero, não distorcendo a comunicação”.

Portanto, a linguagem, para Habermas, serve como garantia da democracia – porque a democracia depende da compreensão de interesses mútuos e do consenso.

Acerca dessa significativa evolução nas relações familiares, antes alicerçadas em valores patriarcais e patrimoniais, e hoje calcadas na afetividade e na solidariedade, Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald¹⁹ assim discorrem:

A transição da família como unidade econômica para uma compreensão solidária e afetiva, tendente a promover o desenvolvimento da personalidade de seus membros, traz consigo a afirmação de uma nova feição, agora fundada na ética e na solidariedade. E esse novo balizamento evidencia um espaço privilegiado para que os seres humanos se complementem e se completem.

(...)

Nessa linha de intelecção, a entidade familiar deve ser entendida, hoje, como grupo social fundado, essencialmente, em laços de afetividade, pois a outra conclusão não se pode chegar à luz do texto constitucional.

¹⁷ TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: direito de família – v. 5.** – 15. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 22.

¹⁸ CASTILHO, Ricardo. **Filosofia geral e jurídica.** – 6. Ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 289.

¹⁹ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: famílias, volume 6.** – 7. ed. rev. ampl. e atual. – São Paulo: Atlas, 2015, p. 31.

Nota-se que as normas atinentes ao poder familiar passaram a ser vistas e tratadas como normas de ordem pública, não mais como de Direito Privado, como concebidas em sua gênese no Direito Romano. Sendo de ordem pública, toda e qualquer alteração legislativa que venha a garantir maior proteção à funcionalização do instituto, ao seu caráter de solidariedade e de tutela de pessoas vulneráveis, poderia inclusive possuir eficácia retroativa, especialmente se a retroatividade, em determinado caso concreto, se revelar a providência mais justa diante dos valores que estiverem em jogo, aplicando-se a situações que, até há pouco, eram regidas por normas menos protetivas. Sobre essa natureza de ordem pública das normas atinentes à organização da família, aqui incluído o poder familiar, bem como acerca da retroatividade das normas de ordem pública, especialmente quando a providência se revelar a mais justa diante do caso concreto, assim leciona Mário Luiz Delgado²⁰:

Em poucas palavras, seriam de ordem pública aquelas normas em que visivelmente predomina o interesse da sociedade coletivamente considerada, o qual sobreleva a tudo, enquanto, nas normas de ordem privada, a proteção ao direito individual constitui objetivo primordial. Como exemplos daquelas, dentro do sistema do Código Civil, poderíamos citar as normas que têm por objeto fixar o estado das pessoas, a capacidade, a validade dos atos e negócios jurídicos, a organização da família, a constituição e funcionamento das pessoas jurídicas, a disciplina da posse e dos direitos reais, além de todas as prescrições relativas à ordem de sucessão hereditária.

(...)

De fato, a matéria é das mais polêmicas. Doutrina e jurisprudência por enquanto majoritárias têm entendido no Brasil que “o disposto no artigo 5º, XXXVI, da Constituição Federal²¹, se aplica a toda e qualquer lei infraconstitucional, sem qualquer distinção entre direito público e direito privado, ou entre lei de ordem pública e lei dispositiva”.

Por esse entendimento, nem mesmo o preceito de ordem pública seria passível de retroatividade.

Partilhamos a mesma opinião. Entendemos que o inciso XXXVI do art. 5º da Carta Magna é abrangente de toda disposição legal, não estabelecendo exceção para as leis de ordem pública. O fundamento para uma eventual possibilidade de se atribuir efeitos retroativos à lei não pode estar baseado nesse critério de distinção. O que haveremos de sustentar é que as leis podem ser retroativas ou não, independentemente de serem de direito público ou privado, de ordem pública ou dispositivas. A retroatividade será justificável se for “justa” e não por se tratar de uma norma de ordem pública.

De qualquer modo, essa nova visão acerca do conteúdo do poder familiar leva inclusive alguns doutrinadores a defenderem a utilização de outras denominações

²⁰ DELGADO, Mário Luiz. **Novo direito intertemporal brasileiro: da retroatividade das leis civis: problemas de direito intertemporal no Código Civil – doutrina e jurisprudência.** – 2. ed. rev. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2014, p. 171-174.

²¹ Artigo 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal de 1988: “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”.

para o instituto, como Paulo Lôbo²² e Anderson Schreiber²³, que preferem a expressão *autoridade parental*.

Flávio Tartuce²⁴ compartilha do mesmo entendimento, senão vejamos:

Destaque-se que parte da doutrina prefere o termo *autoridade parental*, constando proposta de alteração das expressões no Estatuto das Famílias (sobre o tema: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Família...*, 2009). Nessa linha, nas justificativas da proposição é expresso que o termo *autoridade* se coaduna com o princípio de melhor interesse dos filhos, além de contemplar a solidariedade familiar. O art. 87 do projeto determina que “a autoridade parental deve ser exercida no melhor interesse dos filhos”.

Pouco adiante, ao comentar a Lei da Alienação Parental²⁵, Flávio Tartuce²⁶ ainda ressalta: “Como se nota, o termo utilizado pela nova lei é *autoridade parental*, na linha da doutrina mais avançada sobre o tema, aqui citada”.

Carlos Roberto Gonçalves²⁷ é outro civilista contemporâneo que reforça esse coro, assim o fazendo nos seguintes termos:

A denominação “poder familiar” é mais apropriada que “pátrio poder” utilizada pelo Código de 1916, mas não é a mais adequada, porque 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.

Realmente, sob essa perspectiva contemporânea do poder familiar, resultado de um salutar processo de democratização das relações familiares, de valorização do afeto como um de seus alicerces, de funcionalização do complexo de direitos e deveres existente na relação entre pais e filhos, de preservação da dignidade humana das crianças e dos adolescentes e do saudável e equilibrado desenvolvimento destes enquanto pessoas em formação, parece-nos inclusive recomendável evoluirmos para uma ainda mais nova e adequada denominação do instituto, como *função parental*, a

²² LÔBO, Paulo. **Direito civil : volume 5 : famílias**. – 10. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 310.

²³ SCHREIBER, Anderson. **Manual de direito civil contemporâneo** – 2. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 900.

²⁴ TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: direito de família – v. 5**. – 15. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 584.

²⁵ BRASIL. **Lei n.º 12.318, de 26 de agosto de 2010**. Dispõe sobre a alienação parental. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12318.htm. Acesso em: 22 fev 2024.

²⁶ TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: direito de família – v. 5**. – 15. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 595.

²⁷ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro vol. 6: direito de família**. – 17. ed. - São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 415.

exemplo do que faz o espanhol José Manuel de Torres Perea²⁸, professor titular de Direito Civil da Universidade de Málaga, quando se refere ao instituto como *función parental*. O aludido autor é um crítico da circunstância de, apesar de se ter alterado a visão que havia acerca do pátrio poder na Espanha, ter-se perdido a rica oportunidade de alteração da nomenclatura do instituto naquele país, que continua sendo tratado, nos artigos 154 a 171 do Código Civil Espanhol²⁹, como *patria potestad*, daí surgindo a sua sugestão, *de lege ferenda*, de utilização da expressão *función parental*.

Como já destacado por Renato Mello Leal³⁰, também no Brasil nos parece que seria mais adequada a utilização da expressão *função parental*, pois a palavra autoridade, sugerida por boa parte da doutrina, revela, a nosso ver, muita proximidade com o conceito de poder, aludindo ainda a uma ideia de subordinação, de sujeição, ao passo que a palavra *função*, além de remeter à ideia de função social do instituto, abarca perfeitamente as duas faces dessa relevantíssima relação entre pais e filhos: a de direito e a de dever.

Apesar de não ser algo tão corriqueiro, há recentes decisões fazendo uso dessa expressão *função parental* para se referir ao poder familiar, como nos revelam os seguintes julgados do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo:

Agravo de instrumento. Modificação de guarda e visitas. Tutela provisória. Criança que permanece sob os cuidados do pai desde a separação do casal, tudo a revelar que exerce a **função parental** de forma satisfatória, atendidos os interesses do filho, inexistindo fundamento bastante para a modificação provisória da guarda, sequer concluídos os estudos psicossociais. Ampliação do período de convivência materno-filial que bem atende os interesses do menor, desde que preservada sua integridade física e psicológica. Histórico depressivo da mãe que aponta a necessária limitação do período e acompanhamento das visitas por pessoa da confiança do pai. Suspensão temporária das visitas, dada a excepcional situação decorrente da pandemia do Covid-19, restrita a convivência social e a circulação de pessoas,

²⁸ PEREA, José Manuel de Torres. **Interés del menor y derecho de familia: una perspectiva multidisciplinar**. Madrid: Iustel, 2008, p. 102.

²⁹ ESPANHA. **Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil**. Ministerio de Gracia y Justicia. Gaceta de Madrid, núm. 206, de 25 de julio de 1889. Referencia: BOE-A-1889-4763. Disponível em: <https://www.boe.es/buscar/pdf/1889/BOE-A-1889-4763-consolidado.pdf>. Acesso em: 22 fev 2024.

³⁰ LEAL, Renato Mello. **Do pátrio poder à função parental: o poder familiar na sociedade contemporânea**. Dissertação (Mestrado) – Orientadora: Professora Doutora Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka – Faculdade Autônoma de Direito (FADISP), Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu – São Paulo, 2021, p. 25.

Assegurado o contato da mãe com o filho por telefone e demais meios tecnológicos. Decisão reformada em parte. Recurso parcialmente provido.³¹

Apelação. Ação de Destituição do Poder Familiar. Inaptidão da genitora para o desempenho da **função parental**. Situação de risco. Negligência. Mínimas condições pessoais para cuidar da filha não verificada com a genitora, tornando-se imperiosa a destituição do poder familiar. Evidenciada a impossibilidade de inserir a menor em outro ambiente, dentro da família extensa, mostrando-se imperiosa a destituição do poder familiar. Recurso não provido.³²

Todavia, Maria Berenice Dias³³ chama a atenção para o fato de que no Brasil “já surge movimento indicando como mais apropriado o termo responsabilidade parental”.

De qualquer modo, em respeito não só ao tratamento normalmente dado pela doutrina, mas inclusive e especialmente ao atual *nomen iuris*, pois o Código Civil de 2002³⁴, notadamente em seus artigos 1.630 a 1.638, refere-se ao instituto como poder familiar, utilizaremos prioritariamente tal expressão ao longo deste trabalho, até mesmo para facilitar as pesquisas, o estudo e a compreensão da matéria.

Feita essa imersão na evolução histórica do instituto, cumpre-nos finalmente tratar do conceito de poder familiar, observada a sua atual compreensão.

Sobre o conceito de poder familiar, assim afirma Anderson Schreiber³⁵:

Poder familiar ou, mais precisamente, autoridade parental é a situação jurídica complexa que autoriza a interferência dos pais na esfera jurídica dos filhos, sempre no interesse destes. Trata-se de autoridade temporária exercida até a maioridade ou emancipação dos filhos.

Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho³⁶, por seu turno, conceituam o poder familiar como o “plexo de direitos e obrigações reconhecidos aos pais, em

³¹ BRASIL. **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**. Agravo de Instrumento n.º 2077086-18.2020.8.26.0000. 10ª Câmara de Direito Privado. Rel. Des. J. B. Paula Lima. Julgamento: 08 jun 2020. Publicação: DJe de 08 jun 2020. Destaque feito pelos autores.

³² BRASIL. **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**. Apelação cível n.º 1000192-65.2019.8.26.0125. Câmara Especial. Rel. Des. Xavier de Aquino. Julgamento: 30 abr 2020. Publicação: DJe de 30 abr 2020. Destaque feito pelos autores.

³³ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. – 13. ed. rev. ampl. e atual. – Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p. 303.

³⁴ BRASIL. **Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 22 fev 2024.

³⁵ SCHREIBER, Anderson. **Manual de direito civil contemporâneo** – 2. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 900.

³⁶ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil, volume 6: direito de família**. – 10. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 582.

razão e nos limites da autoridade parental que exercem em face dos seus filhos, enquanto menores e incapazes”.

Já Flávio Tartuce³⁷ conceitua o poder familiar como o “poder exercido pelos pais em relação aos filhos, dentro da ideia de família democrática, do regime de colaboração familiar e de relações baseadas, sobretudo, no afeto”.

Parece-nos, portanto, que o poder familiar pode ser compreendido como o conjunto de direitos e deveres existente na relação entre pais e filhos, fundado no afeto, tendo por objeto o atendimento dos melhores interesses das crianças e dos adolescentes enquanto pessoas em desenvolvimento.

3. NATUREZA JURÍDICA DO PODER FAMILIAR

A respeito da natureza jurídica do poder familiar, após analisar a sua origem, a sua finalidade e o seu conteúdo, Rolf Madaleno³⁸ conclui:

Existe um conjunto de direitos e deveres que interage no propósito de atribuir aos pais uma função de bem se desempenharem no exercício do seu poder familiar, valendo-se da sintonia de seus deveres e dos seus direitos como progenitores, na tarefa de bem administrar a pessoa e os bens de sua prole, com vistas a alcançarem a integral e estável formação dos seus filhos.

Já Gustavo Tepedino e Ana Carolina Brochado Teixeira³⁹ afirmam tratar-se de “poder-dever, ofício de Direito Privado, mister que supõe compromisso para formar adultos sadios”.

Cesar Peghini⁴⁰, por seu turno, faz questão de estabelecer uma hierarquia entre as duas facetas – dever e poder – do instituto, tanto ao conceituar quanto ao estabelecer a natureza jurídica do poder familiar. Vejamos:

- a) Conceito: é o dever-poder (nessa ordem) dos pais de desenvolverem todas as faculdades do filho.
- b) Natureza jurídica: é um dever antes de ser poder. Prevalece a ideia da responsabilidade segundo um binômio de exercício regular e desenvolvimento integral.

³⁷ TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: direito de família – v. 5.** – 15. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 584.

³⁸ MADALENO, Rolf. **Direito de Família.** – 10. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 738.

³⁹ TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. **Direito de família** – 1. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 293.

⁴⁰ PEGHINI, Cesar. Poder familiar e guarda: um caminho assertivo para a devida aplicação da guarda compartilhada. *In*: COLTRO, Antônio Carlos Mathias; DELGADO, Mário Luiz (coord.). **Guarda compartilhada.** – 3. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 49.

Também é possível extrair a natureza jurídica do instituto a partir das seguintes lições de Paulo Lôbo⁴¹:

A autoridade parental é, assim, entendida como uma consequência da parentalidade e não como efeito particular de determinado tipo de filiação. Os pais são os defensores legais e os protetores naturais dos filhos, os titulares e depositários dessa específica autoridade, delegada pela sociedade e pelo Estado.

Por outro lado, Jones Figueirêdo Alves e Mário Luiz Delgado⁴² afirmam constituir-se o poder familiar de “uma autorização legal aos pais para o exercerem em favor dos valores essenciais da família”.

Parece-nos oportuno ressaltar, neste ponto, que o exercício do poder familiar deve se dar de forma democrática, sem distinções de qualquer natureza, seja em relação aos pais, seja em relação aos filhos. Vejamos, nesse sentido, as seguintes lições de Flávio Tartuce⁴³:

Nos termos do vigente Código Civil, o poder familiar será exercido pelo pai e pela mãe, não sendo mais o caso de se utilizar, em hipótese alguma, a expressão pátrio poder, totalmente superada pela despatriarcalização do Direito de Família, ou seja, pela perda do domínio exercido pela figura paterna no passado. Também não há mais menção aos filhos legítimos, legitimados ou reconhecidos, o que remonta à odiosa e hoje inconstitucional discriminação dos filhos havidos fora do casamento. Segundo a norma em estudo e que está em vigor, os filhos, não importando a sua origem, estão sujeitos ao poder familiar, enquanto menores.

Maria Berenice Dias⁴⁴, finalmente, destaca as seguintes características do poder familiar, que notoriamente integram a natureza jurídica do instituto:

O poder familiar é irrenunciável, intransferível, inalienável e imprescritível. Decorre tanto da paternidade natural como da filiação legal e da socioafetiva. As obrigações que dele fluem são personalíssimas. Como os pais não podem renunciar aos filhos, os encargos que derivam da paternidade também não podem ser transferidos ou alienados. Nula é a renúncia ao poder familiar, sendo possível somente delegar a terceiros o seu exercício, preferencialmente a um membro da família. É crime entregar filho a pessoa inidônea (CP 245).

O poder familiar é sempre compartilhado entre os genitores.

⁴¹ LÔBO, Paulo. **Direito civil : volume 5 : famílias**. – 10. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 312.

⁴² ALVES, Jones Figueirêdo; DELGADO, Mário Luiz. **Código Civil anotado – inovações comentadas: artigo por artigo**. – São Paulo: Editora Método, 2005, p. 830.

⁴³ TARTUCE, Flávio. Comentários doutrinários ao art. 1.630 do Código Civil. *In*: SCHREIBER, Anderson [et al.]. **Código Civil comentado – doutrina e jurisprudência**. – Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 1253.

⁴⁴ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. – 13. ed. rev. ampl. e atual. – Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p. 304.

O que se percebe é que essa autorização legal que o Estado delega aos pais para que exerçam um conjunto de deveres e poderes em relação aos seus filhos menores reveste-se de verdadeiro caráter de *munus* público, em conformidade com o que já reconheceu o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo no seguinte julgado:

Agravo de instrumento. Seguro de vida. Beneficiário menor impúbere. Pedido de levantamento do prêmio. Indeferimento. Determinação da retenção da quantia até a sua maioridade. Inadmissibilidade. Pagamento que possui caráter alimentar. Genitora que exerce o **múnus público** de administração dos bens do menor. Exercício do **poder familiar**. Inteligência do art. 1.689 do CC. Desnecessidade, inclusive, de prestação de contas e oferecimento de caução. Inexistência de conflitos entre o menor e sua genitora. Ademais, indenização securitária que não possui natureza sucessória. Caso concreto não abrangido pelas hipóteses elencadas no art. 1.693 da lei civil. Recurso provido.⁴⁵

Em resumo, sobre a natureza jurídica do instituto, parece-nos correto afirmar que se trata o poder familiar de um *munus* público imposto pelo Estado, mediante o estabelecimento de uma série de deveres e direitos de ordem pública, indisponíveis, para que os pais zelem pelos melhores interesses de seus filhos menores, durante todo o processo de desenvolvimento destes, até atingirem a maioridade, quando se espera que se tornem adultos aptos a integrarem a sociedade de forma harmoniosa, útil e eficaz, tanto para si próprios quanto para a coletividade.

4. A FUNÇÃO SOCIAL DO PODER FAMILIAR E A SUA DUPLA EFICÁCIA

Aqui, é relevante que se estabeleça, de antemão, o que vem a ser função social sob a ótica das ciências jurídicas. Com tal finalidade, valhamo-nos das lições de Flávio Tartuce⁴⁶, para quem a função social de um instituto jurídico consiste em analisá-lo e verificar a sua utilidade “dentro do contexto social e diante das diferenças regionais de cada localidade”.

A partir do que vimos até aqui, cremos não ser difícil depreender a função social do instituto do poder familiar.

Realmente, desde o seu surgimento na Roma Antiga como um poder quase que absoluto do patriarca, que poderia dispor de seus filhos como se fossem coisas,

⁴⁵ BRASIL. **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**. Agravo de Instrumento n.º 0284181-67.2011.8.26.0000. 31ª Câmara de Direito Privado. Rel. Des. Francisco Cascone. Julgamento: 24 abr 2012. Publicação: DJe de 25 abr 2012. Destaques feitos pelos autores.

⁴⁶ TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: direito de família – v. 5.** – 15. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 32.

até o estágio contemporâneo, em que o instituto abarca mais deveres do que direitos dos pais em relação aos seus filhos menores não emancipados, o poder familiar sempre apresentou uma grande relevância social.

Depreende-se do ordenamento jurídico, com certa facilidade, a percepção de que o adequado exercício do poder familiar interessa não apenas à família, mas acima de tudo ao Estado e à sociedade.

De fato, é interesse dos pais, dos filhos e da família em geral que o poder familiar seja exercido de modo adequado, eficiente e equilibrado, pois é justamente nas esferas subjetivas mais próximas dos titulares e sujeitos do poder familiar que serão sentidos mais intensamente os resultados de todo esse processo.

Entretanto, como o principal objetivo do exercício do poder familiar é a formação de adultos saudáveis, equilibrados, educados e preparados para a vida em sociedade, é esta, em última análise, uma das maiores beneficiárias desse processo de desenvolvimento humano.

O Estado, por sua vez, responsável que é por regular a vida em sociedade, também se beneficia dessa integração harmoniosa de novos membros à coletividade.

Vê-se, portanto, que os efeitos do exercício do poder familiar transcendem o âmbito da respectiva unidade familiar, podendo impactar, positiva ou negativamente, em toda a sociedade.

Dentro de todo esse contexto é que se evidencia a existência e a relevância da função social do poder familiar, como se pode depreender, por exemplo, das lições de Luiz Edson Fachin⁴⁷, quando afirma ser “inegável que a família, como realidade sociológica, apresenta, na sua evolução histórica, desde a família patriarcal romana até a família nuclear da sociedade industrial contemporânea, íntima ligação com as transformações operadas nos fenômenos sociais”.

Na mesma linha de raciocínio, Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald⁴⁸ asseveram que “o escopo precípua da família passa a ser a solidariedade social e demais condições necessárias ao aperfeiçoamento e progresso humano, regido o núcleo familiar pelo afeto, como mola propulsora”.

⁴⁷ FACHIN, Luiz Edson. **Elementos críticos de Direito de Família**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 11.

⁴⁸ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: famílias, volume 6**. – 7. ed. rev. ampl. e atual. – São Paulo: Atlas, 2015, p. 5.

Christiano Cassettari⁴⁹, por seu turno, assim discorre sobre o tema:

É visível que a família, ao longo do tempo e até os dias de hoje, sofreu sensíveis mudanças. Essas modificações foram sociológicas, em sua função, natureza, composição e concepção, mas, também, jurídicas, pois o Estado, antes ausente, agora se faz presente, pois, em nossa Constituição Federal, há normas expressas que normatizam a família brasileira, e as demais, em razão da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, também serão aplicadas para construir um “novo” Direito de Família, que possa acompanhar a evolução social.

Anderson Schreiber⁵⁰, ao identificar a funcionalização do poder familiar como instrumento para assegurar o melhor interesse da criança, também reconhece a função social do instituto. Vejamos:

Com a emancipação da mulher casada e o reconhecimento da dignidade dos filhos, sobretudo a partir da Constituição de 1988, o pátrio poder foi se despedindo do seu despotismo e se funcionalizando cada vez mais ao “melhor interesse da criança”, a ser perseguido por ambos os pais de modo consensual, compartilhado e equilibrado. A expressão “melhor interesse da criança” tem origem na fórmula do idioma inglês *the best interests of the child*, empregada no art. 3º da Convenção dos Direitos da Criança, aprovada pela Assembleia Geral da ONU em 1989 e traduzida no Brasil pelo Decreto n. 99.710/90, que promulgou entre nós a Convenção, após aprovação do Congresso e ratificação pelo Governo brasileiro, como “o interesse maior da criança”.

Do mesmo modo, é possível depreender a função social do poder familiar a partir das seguintes considerações de Maria Berenice Dias⁵¹, quando realça o interesse social envolvido na matéria:

De objeto de poder, o filho passou a sujeito de direito. Essa inversão ensejou modificações no conteúdo do poder familiar, em face do interesse social que envolve. Não se trata do exercício de uma autoridade, mas de um encargo imposto por lei aos pais. O poder familiar é sempre trazido como exemplo da noção de poder-função ou direito-dever, consagradora da teoria funcionalista das normas de Direito das Famílias: poder que é exercido pelos genitores, mas que serve ao interesse do filho.

Rolf Madaleno⁵² é outro doutrinador que, ainda que implicitamente, reconhece a função social do poder familiar quando afirma que:

Há, contudo, mudança de estrutura e não apenas compartilhamento do poder entre os pais, por conta da igualdade dos sexos, como observa Denise Damo Comel, ao trazer à reflexão as profundas mudanças verificadas no campo da paridade da prole e no da supremacia dos interesses destinados à sua realização como pessoa em estágio de formação para uma vida adulta, e bem

⁴⁹ CASSETTARI, Christiano. **Multiparentalidade e parentalidade socioafetiva: efeitos jurídicos**. – São Paulo: Atlas, 2014, p. 27-28.

⁵⁰ SCHREIBER, Anderson. **Manual de direito civil contemporâneo** – 2. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 900.

⁵¹ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. – 13. ed. rev. ampl. e atual. – Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p. 303.

⁵² MADALENO, Rolf. **Direito de Família**. – 10. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 737.

preparada, em todos os aspectos da plena higidez moral, emocional e psíquica do menor e do adolescente.

Finalmente, parece-nos que também merecem ser acrescidos ao presente apanhado doutrinário os seguintes dizeres de Ana Carolina Silveira Akel⁵³, que reconhece não apenas a já destacada natureza jurídica de *munus* público do poder familiar, como também a sua inequívoca função social. Vejamos:

Concluimos, desta forma, que o poder familiar é uma função de ordem pública, ou seja, um *munus* público, do qual não se podem furtar os pais, pois o desenvolvimento da família é essencial para a sociedade e, conforme a feliz expressão de Lacruz Berdejo, a função tem por finalidade, não somente a proteção do filho, como pessoa em desenvolvimento, mas também a sua capacitação como manifestação da função social do poder familiar, não se restringindo, apenas, a uma função familiar.

Tendo como lastro todos esses ensinamentos, parece-nos natural concluir que, tal como ocorre no Direito Contratual, também aqui, na seara do poder familiar, a função social apresenta uma dupla eficácia.

Em outras palavras, observa-se que do mesmo modo que no Direito Contratual a avença produz efeitos não apenas entre as partes contratantes (eficácia interna), mas, em muitas ocasiões, acaba afetando também terceiros (eficácia externa), no Direito de Família o poder familiar produz efeitos não apenas entre os integrantes do núcleo familiar (eficácia interna), como também impacta nas interações do núcleo familiar com o meio social (eficácia externa).

De fato, a eficácia interna da função social do poder familiar é identificada na tutela do melhor interesse da criança e do adolescente, tudo com o intuito de proteger os seus direitos fundamentais à vida, à dignidade, à saúde, à alimentação, à educação e ao lazer, dentre outros direitos assegurados pelo artigo 227 da Constituição Federal de 1988⁵⁴. Percebe-se facilmente que o foco, neste ponto, é a proteção dos integrantes do núcleo familiar, notadamente daqueles mais vulneráveis.

A eficácia externa da função social do poder familiar, por outro lado, pode ser constatada tanto na finalidade de preparar a criança e o adolescente para uma harmoniosa integração à sociedade enquanto adultos responsáveis, equilibrados e

⁵³ AKEL, Ana Carolina Silveira. **Guarda compartilhada: um avanço para a família**. – 1. ed. – 2. reimpr. – São Paulo: Atlas, 2008, p. 19.

⁵⁴ Artigo 227 da Constituição Federal de 1988: “É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, 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”.

preparados (efeito endógeno ou centrífugo, de dentro para fora), quanto no objetivo de exigir tanto do Estado quanto da sociedade a fiscalização do adequado exercício do poder familiar, assim como de exigir de ambos, Estado e sociedade, a coparticipação, ao lado da família, no dever de assegurar à criança e ao adolescente todos os direitos de que trata o referido dispositivo constitucional (efeitos exógenos ou centrípetos, de fora para dentro).

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Desde o seu surgimento como instituto jurídico na Roma Antiga até o regramento dispensado pelos contemporâneos ordenamentos jurídicos ocidentais, o poder familiar passou por grandes transformações, caracterizadoras de uma intensa e incessante evolução, como é típico das relações sociais, dinâmicas por natureza.

Tal evolução é marcada pela gradativa e salutar valorização da dignidade da pessoa humana também dentro dos núcleos familiares, especialmente no que diz respeito aos filhos menores não emancipados, naturalmente vulneráveis, haja vista tratar-se de seres humanos em formação, em pleno processo de desenvolvimento físico, ético, moral, intelectual, emocional, educacional e social.

Essa valorização decorre da percepção de quão relevante é a função social do bom exercício do poder familiar, hoje mais focado em deveres do que direitos dos pais em relação à sua prole, a ponto de inúmeros juristas sugerirem, na esteira da evolução do conteúdo do instituto, também um novo avanço na mais apropriada nomenclatura do poder familiar, que já foi designado por séculos de pátrio poder – numa inequívoca referência ao viés paternalista que lhe era anteriormente inerente –, e atualmente tende a ser chamado de autoridade parental pela doutrina brasileira majoritária.

Nós ousamos ir além, sugerindo como mais adequada a expressão *função parental*, afastando a palavra autoridade – que inequivocamente remete a poder – e aproximando a nomenclatura do instituto à sua natureza jurídica, de *munus público*, de verdadeira função estatal delegada aos pais, de preparar as crianças e os adolescentes para a sua melhor possível integração à vida em sociedade.

Este trabalho procurou mostrar que essa relevantíssima função social possui uma dupla eficácia, tanto interna quanto externa, traçando um paralelo com o Direito Contratual, onde também se nota não apenas uma eficácia interna (efeitos em relação

às partes contratantes), como também uma inegável eficácia externa, afetando terceiros, que precisam respeitar determinados vínculos contratuais dos quais não fazem parte, bem como necessitam esses terceiros ser protegidos de eventuais efeitos negativos desses mesmos vínculos negociais dos quais não tomaram parte, a exemplo do que ocorre com os impactos ambientais de certos contratos de incorporação imobiliária.

Procuramos evidenciar que na função social do poder familiar também se verifica uma eficácia interna, voltada à proteção dos filhos menores não emancipados, partes vulneráveis dos vínculos familiares, igualmente se notando uma eficácia externa, quando as normas relativas ao poder familiar tem por escopo o melhor preparo possível dessas crianças e adolescentes para bem integrarem, com autonomia e independência, a vida em sociedade (efeitos endógenos ou centrífugos da eficácia externa, de dentro do núcleo familiar para fora, em direção ao seio da sociedade), bem como quando essas normas têm por objetivo obstar ou provocar interferências externas do Estado para um bom exercício do aludido *munus* público (efeitos exógenos ou centrípetos da eficácia externa, de fora para dentro do núcleo familiar).

Seja como for, sendo a eficácia interna ou sendo ela externa, o que não se pode negar é que o adequado exercício do poder familiar cumpre uma relevantíssima função social.

REFERÊNCIAS

AKEL, Ana Carolina Silveira. **Guarda compartilhada: um avanço para a família.** – 1. ed. – 2. reimpr. – São Paulo: Atlas, 2008.

ALVES, Jones Figueirêdo; DELGADO, Mário Luiz. **Código Civil anotado – inovações comentadas: artigo por artigo.** – São Paulo: Editora Método, 2005.

ALVES, José Carlos Moreira. **Direito romano II.** 5. ed., revista e acrescentada. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

BEVILÁQUA, Clóvis. **Direito da família.** 8. ed., atualizada pelo Desembargador Isaías Beviláqua. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1956.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 22 fev 2024.

_____. **Lei n.º 3.071, de 1º de janeiro de 1916**. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm. Acesso em: 22 fev 2024.

_____. **Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 22 fev 2024.

_____. **Lei n.º 12.318, de 26 de agosto de 2010**. Dispõe sobre a alienação parental. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2007-2010/2010/lei/l12318.htm. Acesso em: 22 fev 2024.

_____. **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**. Agravo de Instrumento n.º 0284181-67.2011.8.26.0000. 31ª Câmara de Direito Privado. Rel. Des. Francisco Cascone. Julgamento: 24 abr 2012. Publicação: DJe de 25 abr 2012.

_____. **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**. Apelação cível n.º 1000192-65.2019.8.26.0125. Câmara Especial. Rel. Des. Xavier de Aquino. Julgamento: 30 abr 2020. Publicação: DJe de 30 abr 2020.

_____. **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**. Agravo de Instrumento n.º 2077086-18.2020.8.26.0000. 10ª Câmara de Direito Privado. Rel. Des. J. B. Paula Lima. Julgamento: 08 jun 2020. Publicação: DJe de 08 jun 2020.

CASTILHO, Ricardo. **Filosofia geral e jurídica**. – 6. Ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

DELGADO, Mário Luiz. **Codificação, descodificação e recodificação do direito civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. **Guarda compartilhada**. – 3. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2018.

_____. **Novo direito intertemporal brasileiro: da retroatividade das leis civis: problemas de direito intertemporal no Código Civil – doutrina e jurisprudência**. – 2. ed. rev. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2014.

CASSETTARI, Christiano. **Multiparentalidade e parentalidade socioafetiva: efeitos jurídicos**. – São Paulo: Atlas, 2014.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. – 13. ed. rev. ampl. e atual. – Salvador: Editora JusPodivm, 2020.

ESPAÑA. **Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil**. Ministerio de Gracia y Justicia. Gaceta de Madrid, núm. 206, de 25 de julio de 1889. Referencia: BOE-A-1889-4763. Disponível em: <https://www.boe.es/buscar/pdf/1889/BOE-A-1889-4763-consolidado.pdf>. Acesso em: 22 fev 2024.

FACHIN, Luiz Edson. **Elementos críticos de Direito de Família**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: famílias, volume 6**. – 7. ed. rev. ampl. e atual. – São Paulo: Atlas, 2015.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil, volume 6: direito de família**. – 10. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro vol. 6: direito de família**. – 17. ed. - São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

LEAL, Renato Mello. **Do pátrio poder à função parental: o poder familiar na sociedade contemporânea**. Dissertação (Mestrado) – Orientadora: Professora Doutora Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka – Faculdade Autônoma de Direito (FADISP), Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu – São Paulo, 2021.

LÔBO, Paulo. **Direito civil : volume 5 : famílias**. – 10. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

MADALENO, Rolf. **Direito de Família**. – 10. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2020.

MARCOS, Rui de Figueiredo; MATHIAS, Carlos Fernando; NORONHA, Ibsen. **História do direito brasileiro**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

NÓBREGA, Vandick Londres da. **História e sistema do direito privado romano**. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1959.

PEGHINI, Cesar. **Elementos de direito de família e sucessões**. Rio de Janeiro: Editora Autografia, 2018.

_____. Poder familiar e guarda: um caminho assertivo para a devida aplicação da guarda compartilhada. *In*: COLTRO, Antônio Carlos Mathias; DELGADO, Mário Luiz (coord.). **Guarda compartilhada**. – 3. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2018.

PEREA, José Manuel de Torres. **Interés del menor y derecho de familia: una perspectiva multidisciplinar**. Madrid: Iustel, 2008.

RODRIGUES, Sílvio. **Direito civil – Vol. VI – Direito de Família**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 1985.

ROSPIGLIOSI, Enrique Varsi. **Tratado de derecho de familia: la nueva teoría institucional y jurídica de la familia – Tomo I.** – primera edición - Lima: Gaceta Jurídica, 2011.

SCHREIBER, Anderson. **Manual de direito civil contemporâneo** – 2. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

TARTUCE, Flávio. Comentários doutrinários ao art. 1.630 do Código Civil. *In*: SCHREIBER, Anderson [et al.]. **Código Civil comentado – doutrina e jurisprudência.** – Rio de Janeiro: Forense, 2019.

_____. **Direito Civil: direito de família – v. 5.** – 15. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2020.

TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. **Direito de família** – 1. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2020.

WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno.** 4. ed. Tradução de António Manuel Botelho Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1980.