

**O PODER FAMILIAR EM UMA VISÃO SISTÊMICA, A PARTIR DE UM
DIÁLOGO ENTRE O PÚBLICO E O PRIVADO: LEGITIMIDADE DA
"PALMADA" E SEUS IMPACTOS NO DIREITO DE FAMÍLIA E
NO DIREITO PENAL**

*THE FAMILY POWER IN A BROAD VISION, FROM A DIALOGUE BETWEEN THE
PUBLIC AND THE PRIVATE: LEGITIMACY OF THE "SPANKING" AND ITS FORCE IN
FAMILY LAW AND CRIMINAL LAW*

Hugo Rios Bretas*
Valéria Edith de Oliveira**

RESUMO: O Direito Penal de modo marcante, principiologicamente, traz consigo a subsidiariedade. Fenômeno esse, capaz de anunciar que a atração do Direito Penal pelo Direito de Família se perará em relação às hipóteses mais graves perpetradas no âmbito desta ciência. Para racionalizar esse discurso, é relevante também ponderar o princípio da proporcionalidade, considerado um impactante vetor constitucional. Quando singularizamos os aludidos elementos e conceituamos a palmada, percebemos que o poder familiar é diretamente ligado ao direito correccional, ao exercício regular de um direito e ao inelutável dever de educação dos pais em relação aos filhos, configurando uma hierarquia. Ora, dirigir a educação dos filhos menores e castigá-los moderadamente, à luz do Código Civil, são tarefas verdadeiramente complexas, e seu exercício não é idêntico entre as distintas famílias, em decorrência de uma pluralidade de variáveis culturais, econômicas, políticas e outras. Ante a profundidade do exercício do poder familiar e o discurso constitucional da proporcionalidade, nos parece delicado elidir abstratamente a legitimidade da palmada moderada, correccional e pedagógica. Reconhecemos que é

* Doutorando e Mestre em Direito Privado, Pós-graduado (Instituto de Educação Continuada) em Direito Civil e Graduado (Faculdade Mineira de Direito) em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais; Coordenador da Pós-graduação em Direito Público, Constitucional e Ambiental, Representante da Faculdade de Ciências Humanas (FACHI) na Comissão Própria de Avaliação (CPA), membro do Colegiado do Curso de Direito, Coordenador e Professor do Curso Intensivo de Direito, Professor Adjunto do curso de graduação em Direito, bem como da pós-graduação da Fundação Comunitária de Ensino Superior de Itabira (FUNCESI); Professor Adjunto I do curso de graduação da Escola de Direito, Unidades Carlos Luz e Buritis, Professor EAD dos Cursos de Administração e Ciências Contábeis e Professor Conteudista do curso de Ciências Econômicas do Centro Universitário Newton Paiva; Professor do curso de pós-graduação da Universidade Presidente Antônio Carlos; Professor dos cursos de MBA de Administração Pública do Serviço Nacional de Aprendizagem Comercial (SENAC); Professor do curso de pós-graduação do Instituto Doctum; Professor nos cursos preparatórios presenciais, a distância e de qualificação da Escola Superior dos Notários e Registradores de Minas Gerais, Associação dos Serventuários de Justiça de Minas Gerais; Também atuou como professor da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais; Coordenador e professor de Direito no curso preparatório Projeto OAB (2010-2011) da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais; Parecerista da Revista Brasileira de Estudos Constitucionais; Coordenador em 2010 e 2011 no Estado de Minas Gerais do grupo de pesquisas jurisprudenciais e doutrinárias do Instituto de Registro Imobiliário do Brasil.

** Graduada em Ciências Econômicas pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (1992) e em Direito pelo Centro Universitário Newton Paiva (2004). Especialista em Direito Empresarial pelo Centro Universitário Newton Paiva (2006) e mestre em Direito Privado pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (2009). Atualmente é professora e coordenadora do curso de Direito do Centro Universitário Newton Paiva. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Civil.

necessário um diálogo com outras áreas do saber, como a psicologia, e que é cogente a individualização do caso concreto. Afinal, há uma linha deveras exígua entre a palmada destrutiva e aquela moderada e construtiva, substancial para a formação de um homem.

Palavras-chave: Palmada; direito de família; proporcionalidade.

ABSTRACT: The Criminal Law with prominence, principiologicamente, is the last attempt. Therefore, there is an attraction of Criminal Law for Family Law, when we face serious situations. In order to discuss, it is also relevant to think of the principle of equilibrium, considered a north for constitutional law. When we individualize and conceptualize the spanking, we perceive that family power is directly linked to the right to correct, to the regular exercise of a right, and to the inevitable duty of parents to educate their children, generating a hierarchy. Therefore, conducting the education of the minor children and punishing them moderately, according to the Civil Code, are complex tasks, and their exercise is not equal between the families, because there are several different cultures, economic, political and other issues. Faced with the depth of the exercise of family power and the constitutional discourse of balance, we should not prohibit the patina of correction and pedagogy. We recognize that dialogue with other areas, such as psychology, is necessary, and that the individualization of the concrete case is fundamental. For there is a very small line between the destructive spanking and the moderate and constructive span, important for the formation of a man.

Key-words: Spanking; family law; balance.

1. INTRODUÇÃO

No Direito existe uma multiplicidade substancial de derivações, todavia, a hermenêutica clama por uma interpretação sistêmica, a partir da lucida constatação de uma interface entre ramos. Nesse cenário, pontos impactantes do Direito de Família podem interagir com o Direito Penal. Entre esses contatos, vislumbramos a alienação parental, a prisão civil, a palmada, entre outros.

O Direito de Família modificou seus parâmetros basilares, haja vista a migração histórica de uma hierarquia fortificada materialmente e formalmente para um horizonte hierárquico flexibilizado entre pais e filhos. Ora, para atingirmos esta proposição basta propedeuticamente cotejar o pátrio poder peculiar ao Código Civil de 1916 em relação ao poder familiar do Código Civil de 2002.

A onda flexibilizadora se perfez ao ponto de o poder legislativo veicular a possibilidade de se proibir dogmaticamente a palmada, conforme o teor do projeto de Lei

7672/2010, que não será objeto de análise detida neste trabalho.

Desse modo, mister será sopesar principiologicamente, nas searas do Direito Penal e Direito Civil a plausibilidade da palmada, valorando destacadamente a proporcionalidade.

2. PRINCÍPIOS

Os princípios, na visão de Paulo Nader, têm um viés dogmático, em virtude da possibilidade de serem invocados e até mesmo exigidos, afastando-se, reflexamente, de um viés merante valorativo e subjetivo.

Esses elementos são considerados decisivos para a cultura jurídica, na medida em que orientam o intérprete da lei a identificar bases, pilares de um pensamento jurídico.

A partir dos princípios é possível a construção de traços de congruência interpretativa. Dessa maneira, os princípios são vitais para a hermenêutica, conforme é possível apreender a partir das lições de Tércio Sampaio Júnior (2003). Por essa razão, consideramos imprescindível trazer alguns princípios dos dois ramos que estão decisivamente presentes neste trabalho.

2.1 PRINCIPIOLOGIA DO DIREITO DE FAMÍLIA

O texto constitucional de 1988 promoveu verdadeira reconstrução da dogmática jurídica e tornou sobremaneira relevante o estudo da principiologia ao estabelecer princípios gerais interpretativos que alcançam todo o sistema jurídico, inclusive o que trata das relações familiares. A superioridade hierárquica da normativa constitucional subordinou todas as demais normas denotando uma força normativa condicionante em sua estrutura. Assim só é possível uma leitura adequada dos princípios afetos ao Direito das Famílias sob as luzes das prescrições valorativas trazidas pela Constituição Federal.

Assim deve ser, pois a norma jurídica é apresentada como instrumento de implementação de soluções justas e adequadas para os mais diversos problemas que naturalmente emergem de uma sociedade aberta e plural.

Apresenta-se, então, o Direito de Família como sistema aberto de valores com sua base firmada em princípios que têm como marca a efetivação da dignidade do homem da solidariedade social, da igualdade e da liberdade transformando-os em direito positivo, primeiro passo para sua aplicação. É no direito das famílias onde mais se sente o reflexo dos princípios eleitos pela Constituição Federal, que consagrou como fundamentais valores sociais dominantes. Os

princípios que regem o direito das famílias não podem distanciar-se da atual concepção da família, dentro de sua feição desdobrada em múltiplas facetas. A Constituição consagra alguns princípios. (DIAS, 2010, p. 61)

Os reflexos da irradiação dos valores constitucionais são apresentados no trecho abaixo por Daniel Sarmento:

A eficácia irradiante, nesse sentido, enseja a “humanização” da ordem jurídica, ao exigir que todas as suas normas sejam, no momento de aplicação, reexaminadas pelo operador do direito com novas lentes, que terão as cores da dignidade humana, da igualdade substantiva e da justiça social, impressas no tecido constitucional. (SARMENTO, 2004, p. 155)

Todos estes princípios traduzem a intenção do legislador ao normatizar o arcabouço legislativo familista: garantir a funcionalidade da família, isto é assegurar sua função social, pois só tem razão de ser aquilo que tem uma finalidade. Assevera-se então que a família é espaço de integração, desenvolvimento social, de aprimoramento do indivíduo como ser humano. E tanto o é que o Código Civil estabeleceu positivamente proteção a este agrupamento celular, em seu art. 1513, ao estabelecer que “é defeso a qualquer pessoa, de direito público ou privado, interferir na comunhão de vida instituída pela família”. Este dispositivo consagra o princípio da não intervenção ou da liberdade na seara familista.

Aqui desenha-se uma estreita relação com o princípio da autonomia privada, que permite a cada indivíduo auto regulamentar seus próprios interesses.

Historicamente, dentro da família, sempre houve forte intervenção estatal a impor limites e restrições, em geral, com preponderância do poder de um membro sobre outro, com o propósito de proteger e defender o agrupamento familiar, mas a revisão de conceitos e valores ocorridas com a Constituição Federal em 1988, a partir do princípio da dignidade humana, acabou por despatrimonializar as relações familiares e valorizar seus membros componentes como indivíduos. Esta valorização implicou na ampliação da autonomia privada dos indivíduos dentro da família.

É inegável que a proteção estatal à família é uma conquista, mas não se pode desconsiderar que em uma sociedade plural cada família deve ser livre para direcionar a formação de seus filhos conforme suas crenças, cultura e convicções. Os dispositivos trazidos pela Lei da Palmada subvertem a ideia da intervenção mínima.

Ampara o posicionamento pela mínima intervenção estatal na família o item 3, do artigo 26 da Declaração Universal dos Direitos Humanos, da qual o Brasil é signatário, que estabelece que “aos pais pertence a prioridade do direito de escolher o gênero de educação a

dar aos filhos”.

Evidente que a liberdade que norteia o exercício da autonomia privada comporta restrições e limitações, mas a intervenção do estado, com a tentativa de impor um modelo único de formação, torna neutra esta autonomia dos pais e demonstra-se excessiva e contrária a todos os avanços obtidos a partir dos valores constitucionais de 1988.

Sobre esta intervenção estatal, Chaves, Braga Neto e Rosenthal, manifestam-se no seguinte sentido:

Mas, o que perigosamente se propõe para o futuro é uma subversão axiológica: suprimir a especial proteção do Estado à família em prol de uma pretensa superioridade estatal, para forjar a moralidade de nossos futuros cidadãos. Louva-se a transposição do pátrio poder ao poder de família. Porém o que não se deseja é que a autoridade parental se converta em autoridade estatal. (CHAVES, BRAGA NETO, ROSENVALD, 20015, p. 1002)

Em que pese todas as ponderações acerca do princípio da não intervenção no Direito das famílias, o contraponto com o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente não pode ser afastado.

Trata-se este princípio de uma proteção integral normatizada na Constituição Federal, em seu artigo 4º, com redação dada pela Emenda Constitucional nº 65 de 2010. Vejamos o que dispõe:

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. (BRASIL, 2015)

Reforça o norteammento protetivo o art. 3º do Estatuto da Criança e do Adolescente:

A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade. (BRASIL, 2014)

Atento a este princípio, reconhecido pela Convenção Internacional de Haia, o Código Civil teve reformulados os artigos 1583 e 1584 que regulamentam a guarda.

Assim, a partir da Constituição identificamos princípios que visam, em última razão, assegurar a proteção e desenvolvimento digno de cada um de seus membros aliados à proposta de funcionalidade da família como núcleo de desenvolvimento pleno do indivíduo.

Nesta esteira a Lei da Palmada surge como um dos mecanismos para coibir a aplicação de castigos físicos praticados no âmbito das relações domésticas, mas a nova normativa traduz uma intervenção excessiva na autonomia dos pais em relação à condução da educação de seus filhos ao interferir no exercício do poder familiar.

2.2 PRINCIPIOLOGIA PENAL

O primeiro princípio a ser trabalhado propedeuticamente consiste na reserva legal, esta que se preocupa em evitar a arbitrariedade estatal. A preocupação reside no fato de que é necessário instaurar uma previsibilidade normativa em favor dos cidadãos. Vale dizer, antes mesmo de delinquir a norma penal já deve estar em voga. A reserva legal é absolutamente interligada à legalidade, considerada destacável constitucionalmente, segundo Alexandre de Moraes.

Na concepção de Paulo Bonavides, a legalidade, em um discurso estatal assim pode ser teorizada:

O princípio da legalidade nasceu do anseio de estabelecer na sociedade humana regras permanentes e validas, que fossem obras de razão, e pudessem abrigar os indivíduos de uma conduta arbitrária e imprevisível da parte dos governantes. Tinha-se em vista alcançar um Estado geral de confiança e certeza na ação dos titulares do poder, evitando-se assim, dúvida, a intranquilidade, a desconfiança e a suspeição (...) (BONAVIDES, 2000, p. 112)

Na visão de Greco a legalidade apresenta desdobramentos nos termos seguintes:

O princípio da legalidade apresenta quatro funções fundamentais:
1ª) proibir a retroatividade da lei penal (*nulum crimen nulla poena sine lege praevia*);
2ª) proibir a criação de crimes e de penas pelos costumes (*nullum crimen nulla poena sine lege scripta*);
3ª) proibir o emprego de analogia para criar crimes fundamentar ou agravar penas (*nullum crimen nulla poena sine lege stricta*);
4ª) proibir incriminações vagas e indeterminadas. (*nullum crimen nulla poena sine lege certa*). (GRECO, 2009, p. 96)

A invocada preocupação no tocante a previsibilidade em favor dos jurisdicionados interliga o princípio em comento ao princípio da segurança jurídica e ao princípio da confiança. Senão vejamos:

A idéia de segurança jurídica reconduz-se a dois princípios materiais concretizados do princípio geral de segurança: 1) O princípio da determinabilidade das leis (exigência de leis claras e densas); 2) O princípio da proteção da confiança, traduzido na exigência de leis tendencialmente estáveis, ou, pelo menos, não lesivas de previsibilidade e calculabilidade dos cidadãos

relativamente aos seus efeitos jurídicos(...). sob o ponto de vista intrínseco, às seguintes idéias: Exigência de clareza das normas legais, pois de uma lei obscura ou contraditória pode não ser possível, através a interpretação, obter um sentido inequívoco, capaz de alicerçar uma solução jurídica para o problema concreto. Exigência de densidade suficiente na regulamentação , pois um acto legislativo que não contém uma disciplina suficientemente concreta (densa, determinada) não oferece uma medida jurídica capaz de: - alicerçar posições juridicamente protegidas dos cidadãos;- constituir uma norma de actuação para a administração; -possibilitar, como norma de controle, a fiscalização da legalidade e da defesa dos direitos e interesses dos cidadãos(...)o cidadão deve poder confiar em que aos seus actos ou às decisões públicas incidentes sobre os seus direitos, posições jurídicas e relações, praticados de acordo com as normas jurídicas vigentes, se ligam os efeitos jurídicos duradouros, previstos ou calculados com base nessas mesmas normas. (CANOTILHO, 1991, p. 375).

A fragmentariedade merece guarida em nosso trabalho, por se tratar de um princípio que reconhece a pluralidade de ramos jurídicos existentes. Entretanto, não é plausível que o Direito Penal se dedique plenamente a tutela de todas as esferas e bens jurídicos da sociedade.

Assim, a divisão aparentemente didática nos leva a compreensão de que cada um dos ramos se ocupará de determinados assuntos. Neste ponto, até mesmo as sanções atinentes a cada um dos ramos podem apresentar pontos de variação. Por essa razão, o Direito Penal se apresenta, num confronto em relação aos demais bens jurídicos, como aquele que defenderá as lesões mais gravosas em desfavor dos bens jurídicos reputados relevantes. Interligando este princípio ao tema central, observamos que, em uma dicção sistêmica, o corpo tem relevância para o Direito, entretanto, nem toda a conduta do pai, capaz de atingir o corpo de seu filho deverá sofrer a atração criminal.

Nesta feita, as palmadas edificantes e moderadas se mostram atraídas pelo Direito Civil de Família, consideradas, portanto, condutas concernentes ao âmbito privado. Por outro lado, as agressões dos pais em desfavor dos filhos repercutem como lesões substanciais em desfavor do bem jurídico corpo, considerado relevante para o Direito Civil e para o Direito Penal, entretanto, diante do aludido impacto, resta ao Direito Penal, com suas sanções mais gravosas primar pela repressão de forma mais proporcional e pertinente. Em síntese, ambos consideram o corpo como merecedor de tutela, porém, com métodos e atrações temáticas distintas. Nesse sentido:

Há relação de primariedade e subsidiariedade entre duas normas quando descrevem graus de violação de um mesmo bem jurídico, de forma que a norma subsidiária é afastada pela aplicabilidade da norma principal. (BITENCOURT, 2004, p. 229)

Essa dinâmica analítica demonstra a interface entre o público e o privado, mas, transmite uma separação de assuntos e atrações temáticas entre distintos ambientes do Direito. Nesse sentido:

A divisão do Direito, na esfera pública e privada, tem um critério organizacional pedagógico, entretanto, existem exceções. Neste

tópico, serão trabalhadas algumas marcas essenciais que permitem colaborar para a realização da divisão que se propõe. Neste primeiro momento, pode-se afirmar que o Direito Privado se divide nos seguintes ramos: Direito Civil, Direito Empresarial e Direito do Trabalho. O Direito Público, por outro lado, divide-se em: Direito Previdenciário, Direito Tributário, Direito Financeiro, Constitucional, Penal entre outros. (BRETAS, 2015, p. 120)

A fragmentariedade termina por se relacionar a subsidiariedade, que se preocupa em tutelar, no seio penal, basicamente os bens jurídicos considerados mais relevantes, atuando de forma seletiva. Cristalizemos tais concepções:

Resumindo, caráter fragmentário do Direito Penal significa que o Direito Penal não deve sancionar todas as condutas lesivas dos bens jurídicos, mas tão somente aquelas condutas mais graves e mais perigosas praticadas contra bens jurídicos mais relevantes. (BITENCOURT, 2004, p. 45)

A humanidade é um princípio destacável para a ciência do Direito Penal e de todos os demais ramos. É considerado um corolário para todo o ordenamento jurídico brasileiro, haja vista a preocupação constitucional no tocante à dignidade da pessoa humana, com supedâneo no artigo primeiro, inciso III da Constituição Federal de 1988. Podemos exaltar este princípio a partir da subsequente reflexão:

o valor da dignidade alcança todos os setores da ordem jurídica (...) o substrato material da dignidade, desse modo entendido, pode ser desdobrado em quatro postulados: i) sujeito moral (ético) reconhece a existência dos outros como sujeitos iguais a ele; ii) mercedores do mesmo respeito à integridade psicofísica de que é titular; iii) é dotado de vontade livre, de autodeterminação; iv) é parte do grupo social, em relação ao qual tem a garantia de não vir a ser marginalizado.”(MORAES, apud CHAUI, 2006, p. 17)

Sob a égide dogmática citemos a Constituição Federal, capaz de elencar como um dos princípios fundamentais da República Federativa do Brasil a dignidade da pessoa humana. Preceito considerado materialmente constitucional, protegido pelo artigo 60, parágrafo quarto, da Constituição Federal de 1988. Vejamos o preceito:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I - a soberania;

II - a cidadania

III - a dignidade da pessoa humana;

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V – pluralismo político. (BRASIL, 2011)

Luiz Régis Prado considera a dignidade da pessoa humana transcendente, antecedente ao próprio viés axiológico do legislador:

A dignidade da pessoa humana – da natureza humana – antecede, portanto, o juízo axiológico do legislador e vincula de forma absoluta sua atividade normativa, mormente no campo penal. Daí porque toda lei que viole a dignidade da pessoa humana deve ser reputada inconstitucional. Assim, pode-se afirmar que, “ se o Direito não quiser ser mera força, mero terror, se quiser obrigar todos os cidadãos em sua consciência, há de respeitar a condição do homem como pessoa, como ser responsável”, pois, “no caso de infração grave ao princípio material de justiça, de validade a priori, ao respeito à dignidade da pessoa humana, carecerá de força obrigatória e, dada sua injustiça será preciso negar-lhe o caráter de Direito”. (PRADO, 2010, p. 145)

Em similar sentido emerge o pensamento de Mirabete:

Por força do princípio da humanidade na execução das sanções penais deve existir uma responsabilidade social com relação ao sentenciado, em uma livre disposição de ajuda e assistência sociais direcionadas à recuperação do condenado. (MIRABETE, 2009, p. 41)

Parece-nos complexo mensurar a dimensão da dignidade da pessoa humana, mas, no arcabouço de bens jurídicos este preceito merece ser um pilar para quaisquer interpretações prudentes da ciência do Direito. Neste patamar, embora tenhamos uma multiplicidade de métodos e processos hermenêuticos, cremos que não há falar em um padrão interpretativo irretocável e perfeito. Trata-se de uma constante busca a identificação do melhor percurso hermenêutico. Porém, a prudente interpretação é aquela que não desprestigia a dignidade da pessoa humana.

3. PODER FAMILIAR

A Lei 13.010, Lei da Palmada, teve como principal fundamento o estabelecimento do direito da criança e do adolescente de não serem submetidos a qualquer forma de punição corporal, mediante a adoção de castigos moderados ou imoderados, sob a alegação de quaisquer propósitos, mesmo que seja com o objetivo pedagógico.

Isto trouxe à tona ampla discussão sobre sua legitimidade a partir de um diálogo norteado pelos limites da intervenção estatal na autonomia privada dos pais no tocante à forma de educar seus filhos.

O diálogo do Estado com as famílias sempre teve amplo espectro protetivo,

entretanto com a doutrina da proteção integral da criança e do adolescente isto se intensificou consolidando-se em uma intervenção passível de questionamentos.

Historicamente a condução da educação dos filhos sempre foi tema afeto apenas aos pais, intervindo o Estado em relação a estes apenas na ocorrência de práticas delitivas, praticadas por eles mesmos ou pelos genitores.

Entretanto, com os novos contornos, traçados a partir do princípio da dignidade humana, a criança e o adolescente passaram a ser percebidos de forma diferenciada no agrupamento familiar. Maria Berenice Dias destaca no trecho abaixo esta mudança e seu impacto no exercício da autoridade dos pais sobre os filhos:

De objeto de direito, o filho passou a sujeito de direito. Esta inversão ensejou a modificação do 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 de noção de poder-função ou direito-dever, consagradora da teoria funcionalista das normas de interesse das famílias: poder que é exercido pelos genitores, mas que serve ao interesse do filho. (DIAS, apud OLIVEIRA e MUNIZ, 2010, p. 418)

Apesar da responsabilidade e do poder-dever dos pais o Estado impõe limitação quanto aos castigos corporais a serem aplicados aos filhos neste processo, através da Lei 13010, Lei da Palmada.

A excessiva rigidez normativa trazida pela Lei em comento é passível da produção de efeitos perversos. Faz parte do processo educacional a imposição de ônus ao transgressor, ainda que assim consideremos aquele que transgride no âmbito familiar. A utilização da palmada, como medida corretiva no processo educacional, sempre teve aplicação em lares brasileiros e também mundo afora. Negar a existência de fatos pode muitas vezes impedir ou dificultar sobremaneira o alcance do propósito pretendido. Por suposto a escolha da punição mais adequada, ou daquela que alcance de maneira mais eficaz o intuito inibitório de uma conduta cabe aos pais, cientes estejam dos limites da aplicação. Nas palavras de Maria Berenice Dias (2010), “em sede de direito das famílias não dá para amoldar a vida à norma”.

Todas estas considerações tornam relevante a análise da Lei em comento a partir do poder familiar.

3.1 CONCEITO

Todo ser humano, durante sua infância, necessita da dedicação de outro para criá-lo, educa-lo, defendê-lo e prepara-lo para a vida. Para este exercício é conferido aos pais, simultânea e igualmente, poderes que permitirão que eles cuidem dos interesses dos filhos, regendo sua pessoa e seus bens, trata-se do poder familiar.

Maria Helena Diniz elucida muito bem o conceito. Vejamos:

O poder familiar pode ser definido como um conjunto de direitos e obrigações, quanto à pessoa e bens do filho menor não emancipado, exercido, em igualdade de condições, por ambos os pais, para que possam desempenhar os encargos que a norma jurídica lhes impõe, tendo em vista o interesse e a proteção do filho. (DINIZ, 2013, p. 617)

O Estado para evitar abusos no exercício deste poder o submete a sua fiscalização e por vezes apresenta algumas restrições aos direitos dos pais tendo em vista o melhor interesse dos menores e que este poder é exercido dentro de uma família com novos contornos conceituais, isto é, da família democrática, colaborativa e que se desenvolve em bases afetivas.

Gagliano e Pamplona Filho destacam algumas perspectivas, sobremaneira relevantes, no que tange a importância do poder parental:

Mais importante do que o aperfeiçoamento linguístico, é a real percepção imposta aos pais e mães deste país, no sentido da importância jurídica, moral e espiritual que a sua autoridade parental ostenta, em face dos seus filhos enquanto menores. (GAGLIANO, PAMAPLONA FILHO, 2012, p. 595)

Esta nova concepção de família, que tem raízes no princípio da dignidade humana, levou ao aperfeiçoamento do termo designativos destes poderes, como destacado na citação de Gagliano e Pamplona Filho, culminando na substituição da expressão utilizada anteriormente, pátrio poder, para poder familiar. Possível ainda identificar na doutrina sobre o tema a designação do termo *autoridade parental*, como destaca Paulo Nader no trecho abaixo:

...O poder familiar, modernamente, é concebido como instituto de proteção e assistência à criança e ao adolescente e não como fórmula autoritária de mando para benefício pessoal. Pertinente, ainda, à terminologia, embora a denominação atual seja mais expressiva, pois não dá ênfase à figura paterna, alguns autores entendem que a opção do legislador poderia ser melhor, acompanhando a preferência que se observa no direito comparado pela designação *autoridade parental*. (NADER, 2009, p.326)

Todas estas considerações conceituais destacam a relevância da responsabilidade dos pais no processo educativo dos filhos, mas não esgotam a necessidade de abordagem de outros elementos afetos ao tema.

3.2 ELEMENTOS

A teor do disposto no art. 1631, *caput*, do Código Civil, o poder familiar compete aos pais; na falta ou impedimento de um deles o outro o exercerá com exclusividade. O principal contorno desta regra está na isonomia estabelecida entre os genitores, trazida pela constituição federal, extinguindo a autoridade hierárquica entre eles, na condução da criação dos filhos. Em caso de divergência, complementa o dispositivo legal, é assegurado a qualquer um deles recorrer ao judiciário para solver o conflito.

Os direitos e deveres conferidos aos pais pelo poder familiar são delimitados no art. 1634 do Código Civil, nos seguintes termos:

Art. 1.634. Compete a ambos os pais, qualquer que seja a sua situação conjugal, o pleno exercício do poder familiar, que consiste em, quanto aos filhos:

I - dirigir-lhes a criação e a educação;

II - exercer a guarda unilateral ou compartilhada nos termos do art. 1.584;

III - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem;

IV - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para viajarem ao exterior;

V - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para mudarem sua residência permanente para outro Município;

VI - 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;

VII - representá-los judicial e extrajudicialmente até os 16 (dezesesseis) anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento;

VIII - reclamá-los de quem ilegalmente os detenha;

IX - exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição. (BRASIL, 2014)

A inteligência inicial dos artigos reforça o norteamto de que o poder familiar traduz uma prerrogativa dos pais que deve ser exercida como instrumento de viabilização dos direitos fundamentais dos filhos, de modo permitir-lhes em vida adulta autonomia responsável e madura. Estão sujeitos ao poder em comento todos os filhos até dezoito anos.

O exercício do poder de família é imprescritível, inalienável, irrenunciável e intransferível. Exercer os preceitos relativos a este dever é obrigação personalíssima dos pais.

Importante reforçar que no processo educacional dos filhos a autoridade atribuída aos pais pelo poder familiar tem limitações legais mas do tratamento cruel ou degradante e do uso de força física que lesione a criança até a “palmadinha educativa”, tudo está vedado pela Lei uma vez que nas proibições estão contempladas todas formas de castigo físico. Ações com marca de violência são inegavelmente reprováveis, mas o exercício moderado da palmada corretiva não estaria no âmbito lícito do poder de correção atribuído aos pais?

Parece-nos que a interpretação literal da Lei da Palmada representa ingerência desproporcional do Estado na família. O risco que se corre é que esta ingerência gere “uma fissura difícil de cicatrizar, mais danosa do que o próprio castigo que se quer coibir” (GAGLIANAO, PAMPLONA FILHO, 2012, p.604).

Diante do regramto da Lei 13010 fica o desafio de encontrar um ponto de equilíbrio no uso da autoridade e força no processo educacional dos filhos.

4. DISCURSO DA PROPORCIONALIDADE E A PLAUSIBILIDADE DA PALMADA

Os elementos que compõem o poder familiar são decisivos para a compreensão do tema aqui proposto. A partir destas individualizações, os interlocutores compreenderão a interface entre a palmada e os elementos do poder familiar, flagrantemente presente no castigo moderado.

Em sede teórica a proporcionalidade exige um equilíbrio em relação à postura

estatal, elidindo-se, assim, condutas despóticas, arbitrárias e desmedidas. Neste raciocínio:

Verifica-se pela consagração do princípio da proporcionalidade, não como simples critério interpretativo, mas como garantia legitimadora/limitadora de todo o ordenamento jurídico infraconstitucional. Assim, deparamo-nos com um vínculo constitucional capaz de limitar os fins de um ato estatal e os meios eleitos para que tal finalidade seja alcançada (BITENCOURT, 2004, p. 54)

O poder familiar se reflete, com fulcro no Código Civil, em uma inelutável hierarquia preceituada entre os pais em relação aos seus filhos menores. Assim, o referido poder familiar atribui diversos deveres dos pais, que devem contribuir para a edificação de cidadãos suficientemente civilizados para o convívio social. Nesse cenário, conforme o mesmo diploma, existem causas naturais biológicas e causas extraordinárias capazes de extinguir o poder em tela. Entre as causas naturais biológicas, emerge a capacidade civil de fato, a partir dos dezoito anos.

Essa argumentação nos remete ao pensamento constitucional de que a família é a base da sociedade, com amparo no artigo 226 da Constituição Federal. Família essa, que é composta por diversos personagens, cada um dos quais com características diversas. Dessa maneira, é inconteste que o ordenamento infraconstitucional e as demais fontes precisam construir elementos capazes de viabilizar a estruturação das famílias. Por esse motivo, segundo Dalmo Dallari, é possível compreender que a família é uma ordem de pertencimento extremamente relevante para o Estado.

Verdadeiramente, libertando-nos dos "muros meramente dogmáticos", somamos a este trabalho uma visão psicanalítica capaz de reforçar as análises contidas no último parágrafo. Este pensamento transmite que existem papéis distintos atinentes a cada um dos membros das famílias. Obviamente, na família é razoável defender que um dos membros exercerá um papel correccional, de direção, outros exercerão um papel de aleitamento, outros de maior submissão, enfim. O pensamento a ser invocado exalta o papel da mãe, senão vejamos:

Assim constituída, a imago do seio materno domina toda a vida do homem. Em razão de sua ambivalência, no entanto, ela pode conseguir se saturar no reviramento da situação que ela representa, o que só é realizado estritamente na ocasião da maternidade. No aleitamento, no abraço e na contemplação da criança, a mãe, ao

mesmo tempo, recebe e satisfaz o mais primitivo de todos os desejos. Até a tolerância da dor do parto pode ser compreendida como o fato de uma compensação representativa do primeiro dos fenômenos afetivos que surge: a angústia, nascida com a vida. Apenas a imago que imprime no mais profundo do psiquismo o desmame congênito do homem, pode explicar a potência, a riqueza e duração do sentimento maternal. A realização desta imago na consciência assegura à mulher uma satisfação psíquica privilegiada, ao passo que seus efeitos na conduta da mãe preservam a criança do abandono que seria fatal para esta. (HEGELE "apud" LACAN, 2014, p. 30)

É perceptível, a partir de uma visão "poeticamente livre", que a sociedade e a "comunidade jurídica" têm aspirado expectativas de revisar a autonomia das crianças e adolescentes e os limites de um poder familiar. Mas, apesar de algumas inspirações incipientes neste sentido, a plausibilidade da palmada proporcional ainda merece apreço e está respaldada pela ordem civil.

Esse pensamento nos inclina a indagar, tendo em vista as sanções peculiares a cada um dos ramos do Direito, notadamente Direito Civil versus Direito Penal, se seria congruente aplicar sanções penais àqueles pais que praticam o ato correcional da palmada em relação aos seus filhos.

Certamente a proporcionalidade é decisiva para a compreensão do tema proposto. Trata-se de uma noção de equilíbrio perpetrada no âmago do Direito, que deve conduzir a hermenêutica jurídica. Este considera absurda posturas estatais desmedidas e arbitrárias. Ora, uma conduta deve acarretar reações estatais ou pessoais proporcionais.

A proporcionalidade nos conduz a uma gradação, portanto. A palmada edificante e moderada deve gerar uma repercussão detidamente na seara civil, em decorrência do fato de que esta conduta não gera quaisquer violações normativas e não justifica a intervenção subsidiária penal, sob pena de uma nefasta confusão entre o público e privado, que devem se aproximar racionalmente.

Em contrapartida, o excesso da palmada atrai o Direito Penal e por ele deve ser reprimido, na medida em que o Direito Civil não apresenta mecanismos punitivos suficientes para coibir condutas efetivamente lesivas ao corpo.

5. CONCLUSÃO

O Código Civil prevê uma multiplicidade de deveres, de ordem existencial e patrimonial, que os pais têm em relação aos seus filhos, que refletem em uma profunda responsabilidade.

Especificamente a palmada pode ser ponderada como um meio para atingir outros deveres paternos, como a direção da educação, ante a prática de atos desviantes.

A palmada se amolda, amparando-nos no Código Civil, ao castigo moderado. Nesse sentido, a ordem vigente não proíbe a referida conduta. Mas, preceitua um discurso de proporcionalidade. Isto é, de modo algum, é autorizado o espancamento. Aliás, a desproporcionalidade da palmada deve ser efetivamente repelida e combatida.

Na discussão da dicotomia entre o público e o privado, reputamos que seria exagerada a intervenção do Estado na autonomia privada dos pais o ato de "ditar", abstrata e autenticamente no horizonte legislativo, a melhor e mais exemplar forma de os pais educarem seus filhos. Pensar de modo contrário, é acreditar que o Poder Legislativo (flagrantemente limitado e finito), é capaz de construir uma fórmula de educação. Ora, o subjetivismo de educar um filho apresenta diversas variáveis, sob a égide cultural, religiosa, econômica, estrutural, psicológica e outras tantas. Desse modo, obviamente o subjetivismo aqui defendido não se cristaliza ao ponto de legitimar a violência.

O Código Civil certamente prevê um discurso de proporcionalidade e de repulsa à agressão, haja vista que, preceitua a legitimidade do castigo moderado, porém, em contrapartida, a agressão gera a perda do poder familiar (artigo 1638 do Código Civil; a moderada obviamente não, conforme leciona Maria Helena Diniz), da curatela e da tutela, por exemplo. Por isso, caros leitores, percebamos como a nossa eloquência clama por proporcionalidade e elide generalizações precipitadas.

Em verdade, a fragmentariedade do Direito nos remete a uma divisão pedagógica do Direito, como podemos extrair da obra de Paulo Nader. Divisão essa, que termina por repartir atribuições para cada um dos ramos do Direito. Nesse condão, o castigo imoderado (capaz de gerar lesões corporais) não é um assunto de dedicação coercitiva típica do Direito Civil, afinal este âmbito não tem meios punitivos suficientemente robustos para o combate desta conduta. Este entendimento deve se desdobrar na seara criminal, em virtude das sanções previstas no artigo 32 do Código Penal, ante a prática da lesão corporal, homicídio e outros

delitos que podem se tipificar diante das palmadas imoderadas e agressivas. Assim, diante de uma palmada edificante e moderada, legitimada pelo Código Civil, as autoridades policiais, ministeriais e jurisdicionais, por certo, não devem mobilizar a máquina estatal com o fito de promover a persecução criminal, pois não haveria razão jurisdicional, nem tampouco lesão ao bem jurídico. Ao contrário, configura-se um exercício absolutamente regular, proporcional e estruturante por parte dos pais.

A palmada, fruto de um castigo moderado e de uma hierarquia proporcional, inelutavelmente individualizada na esfera do poder familiar, pode ser contributiva para a pessoa humana e ser compatível ao salubre exercício deste poder. Isso posto, exaltando a necessidade de valoração do caso concreto, não concordamos com a proibição da palmada nos moldes problematizados neste trabalho.

REFERÊNCIAS

- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. São Paulo: Saraiva, 2004.
- BONAVIDES, Paulo. *Ciência política*. 10. ed., São Paulo: Malheiros, 2000.
- BRASIL. Código Penal. In: PINTO, Antonio Luiz de Toledo; WINDT, Márcia Cristina Vaz dos Santos; CÉSPEDES, Livia. *Vade Mecum compacto Saraiva*. 5. ed., São Paulo: Saraiva, 2011.
- BRASIL. Código Civil. In: PINTO, Antonio Luiz de Toledo; WINDT, Márcia Cristina Vaz dos Santos; CÉSPEDES, Livia. *Vade Mecum compacto Saraiva*. 5. ed., São Paulo: Saraiva, 2011
- BRASIL. Estatuto da Criança e do Adolescente. In: CURIA, Luiz Roberto, CÉSPEDES, Livia, NICOLETTI; Juliana. *Vade Mecum Saraiva*. 17. ed. Atual. e ampl., São Paulo: Saraiva, 2014
- BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. In: PINTO, Antonio Luiz de Toledo; WINDT, Márcia Cristina Vaz dos Santos; CÉSPEDES, Livia. *Vade Mecum compacto Saraiva*. 5. ed., São Paulo: Saraiva, 2011.

BRETAS, Hugo Rios. *Lições Introdutórias Didáticas de Direito: Política e Instituições de Direito*. 2. ed., Rio de Janeiro: Multifoco/Luminária Academia, 2015

CANOTILHO, José Gomes. *Direito constitucional*. 4. ed. rev., Coimbra: Almedina, 1991.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. São Paulo: Saraiva, 2011.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro: volume 5: Direito de Família*. São Paulo: Saraiva, 2013.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito*. 4. ed., São Paulo: Atlas, 2003.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: Parte Geral*. 11. ed., Rio de Janeiro: Impetus, 2009.

MIRABETE, Júlio Fabbrini; FABRINI, Renato N. *Manual de Direito Penal. Parte Geral*. 25. ed., São Paulo: Atlas, 2009.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 19. ed. atual até a EC número 48/05, São Paulo: Atlas, 2006.

MORAES, Maria Celina Bodin de. O Princípio da Dignidade Humana. In: Maria Celina Bodin de Moraes. (Org.). *Princípios do Direito Civil Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, v. 1.

NADER, Paulo. *Introdução ao estudo do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

NADER, Paulo. *Curso de Direito Civil: Volume 5: Direito de Família*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro. Parte Geral*. 9. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004

HEGELE, Rui Marcelo Taube. *A problemática do ciúme em psicanálise*. 007 - Operação Skyfall. 2014. Trabalho de Conclusão de Curso. Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul.

Encaminhado em 03/04/18

Aprovado em 27/04/18