

PODER FAMILIAR DOS PADRASTOS E MADRASTAS SOBRE SEUS ENTEADOS

Amanda Barros Macedo

Graduada em Direito pelo Centro Universitário Salesiano de São Paulo. Pós-Graduada em Direito Civil e Processo Civil. Monitora de Direito de Família em 2014. Advogada.

Luiza Helena de Sá Sodero

Graduada em Direito pelo Centro Universitário Salesiano de São Paulo. Especialista em Direito Civil. Mestre em Direito pelo Centro Universitário Salesiano de São Paulo. Integrante do Grupo IBDFAM. Advogada.

Resumo

O ponto de partida deste trabalho é a análise do poder familiar exercido pelos padrastos e madrastas sobre seus enteados. Com o objetivo de mostrar o afeto como ponto mais importante da formação familiar, é analisada a história do Direito de Família e sua evolução, à luz de doutrinadores contemporâneos Maria Berenice Dias e Paulo Lôbo. O exame se pauta pela atual constituição familiar, seus membros e suas necessidades, e por fatores não pragmáticos e hodiernos. A delimitação teórica inclui os trabalhos de Carlos Roberto Gonçalves, Maria Helena Diniz, Silvio Salvo Venosa e outros. Conclui-se que todos os pontos abordados se centralizam no significado da convivência familiar dos enteados com seus padrastos e madrastas, levando em conta a situação da sociedade nos tempos modernos, ou seja, buscam a intenção da redefinição do conceito de poder familiar restrito. As diferenças entre o poder familiar disciplinado pelo atual Código Civil ao nível descrito diretamente em lei, ao ponto que se observa a derivação da necessidade da nova interpretação da norma.

Palavras-chave: Poder Familiar; Padrastos; Madrastas; Enteados.

Introdução.

O presente trabalho discorre sobre o poder familiar dos padrastos e madrastas sobre seus enteados, de tal forma que mesmo não estando disciplinado em lei lhes será cabível possuí-lo.

A proteção da família está regulada pelo Código Civil, e na forma da legislação vigente, em especial da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. O Estado brasileiro possui uma estrutura em que o exercício do poder familiar é atribuído aos pais, cada qual com sua função,

prevendo-se, ainda, um sistema de controle e organização entre eles, de modo que nenhum possa agir em desacordo com as leis e o Código.

A questão que norteia o presente estudo é basilar e não reconhecida em lei. Pretende-se discutir se o poder familiar se estende aos padrastos e madrastas, ou seja, se a eles também caberá o direito aos filhos, como se fosse legítima a filiação, e quando isso deverá ser considerado.

Nesse contexto, pretende-se fazer a resolução de uma questão específica: o poder familiar poderá ser estendido aos padrastos e madrastas e quando isso poderá poder aplicado, bem como analisar as consequências no plano prático advindas de tal conclusão.

Família e poder familiar – Conceito e natureza histórica.

Em Roma, a família era organizada pelo princípio da autoridade. O pai era o chefe político, sacerdote e juiz, ele comandava os cultos dos deuses domésticos. Podia impor aos filhos o direito de vida e de morte, podia, inclusive, vendê-los. Já a mulher vivia subordinada à autoridade marital, sendo, primeiro, subordinada ao seu pai e, passando de filha à esposa, era regida segundo as leis do marido. Somente o pai de família poderia adquirir bens e, assim sendo, exercia o poder sobre o patrimônio familiar, os filhos e a esposa. (PEREIRA, 1999, p.18).

É clara a opinião de que o afeto evidentemente não fazia parte da família romana nessa época e, sim, a autoridade do homem sobre a mulher. A família era vista como uma unidade econômica, religiosa, política e jurisdicional. Os bens eram patrimônio da família, mas somente administrados pelo “*pater*”. (WALD, 2002, p.10)

No Império, o Estado restringia a autoridade do “*pater*”, admitindo que o “*alieni juris*” pudesse recorrer ao magistrado caso houvesse abuso de poder por parte do “*pater*”. Nesse momento, o pai só poderia aplicar penas moderadas aos filhos e não mais condená-los à morte, e a mãe, em virtude das mudanças e do direito pretoriano, passou a poder substituir o pai, tendo, portanto, a guarda de seus filhos. (WALD, 2002, p. 11)

Já quando se trata do instituto do poder familiar, pode-se dizer que é resultado de uma necessidade natural, já que desde que se constitua a família é imprescindível não somente educá-los, mas também dirigi-los. Nos dias atuais, não tem mais o caráter absoluto que possuía no Direito Romano, graças à influência do Cristianismo. Hoje vai além do direito privado, chegando ao direito público por seu caráter protetor. O Estado precisa e é o

diretamente interessado em assegurar a proteção dos jovens que serão o futuro do país e do mundo. De tal modo que se torna um "*munus*" público, em que o Estado impõe aos pais que zelem pelo futuro de seus filhos. (GONÇALVES, 2011, p. 412/ 413).

A expressão "poder familiar" é um instituto novo e corresponde ao pátrio poder, termo referente ao Direito Romano. Por ser inteiramente machista a aludida expressão o movimento feminista reagiu, fazendo surgir o novo termo: poder familiar. (DIAS, 2011, p. 423). O Estatuto da Criança e do Adolescente, acompanhando as mudanças das relações familiares, mudou substancialmente o referido instituto, dando sentido de proteção, deixando de ser, então, dominação. (DIAS, 2011, p. 424)

O poder familiar é instituto recíproco entre pais e filhos. Os pais com o poder-dever de dar aos filhos toda assistência necessária e os filhos com o direito de receber esse tratamento, além do dever de respeito com relação a seus genitores.

A família pluriparental ou a família mosaico.

Quando se fala em pluralidade familiar é possível identificar uma expansão da então considerada unidade ou entidade familiar. No panorama da Sociologia, Psicologia, Psicanálise e outros saberes, a família não se formava somente pelo casamento, mesmo antes da Constituição de 1988, porque não se restringia ao modelo legal. (LÔBO, 2011, p.78).

Valendo-se da multiplicidade de vínculos e da ambiguidade de compromissos a formação dessa estruturação familiar começa pela organização dos casais, que são egressos de uniões anteriores. Eles trazem para a família seus filhos e, ainda, têm filhos em comum. É a comum expressão: "os seus, os meus e os nossos...". (DIAS, 2011, p. 49)

Para os padrastos e madrastas existe uma sensação de apenas assumir deveres de intrusos, decorrentes da não demarcação formal da lei, mesmo as instituições pluriparentais revelando características próprias e sido parte do núcleo familiar. (LÔBO, 2011, p. 96); a família hoje é identificada não somente pela celebração do casamento, ou pela diferença de sexo do outro ou pelo envolvimento de caráter sexual, mas pela presença do vínculo afetivo, de modo que una as pessoas com identidade de projetos de vida e propósitos comuns, gerando comprometimento mútuo. (DIAS, 2011, p. 42)

As pessoas começam a viver em uma sociedade mais indulgente e, com mais liberdade, buscando realizar a aspiração de serem mais felizes sem precisar permanecer em estruturas rígidas. (DIAS, 2011, p. 44)

Rompeu-se o entendimento do casamento e dos laços sanguíneos para formação da instituição familiar, em prol dos laços afetivos. (PEREIRA, 2009, p. 50)

É nítida a necessidade de mudança, a sociedade deve se conscientizar que o mundo está se modernizando e, para tanto, é preciso ter novos comportamentos.

O afeto como característica principal das novas famílias.

Dispõe, igualmente, o Estatuto das Famílias em seu artigo 9º que o parentesco resulta da consanguinidade, da socioafetividade ou da afinidade. (NERY, 2011, p. 214)

O principal fundamento das relações familiares, hoje, é o afeto. Mesmo não estando a expressão em questão no texto constitucional, caracteriza-se como um direito fundamental, e decorre da alta valorização da dignidade da pessoa humana. Em exemplo, é o caso do marido que reconhece como seu o filho de sua mulher, estabelecendo um vínculo de afeto que após a formação da socioafetividade, não poderá quebrar esse laço. (TARTUCE, 2012, p. 22/24)

O vínculo de afetividade se projeta, cada vez mais, como essência das relações familiares no campo jurídico. (PEREIRA, 2010, p. 33)

Os casamentos de fachada já não existem mais, ocorre, agora, uma democratização dos sentimentos, e o respeito mútuo e a liberdade individual são preservados. As novas famílias buscam construir uma história em comum, na qual existe, imprescindivelmente, a comunhão afetiva, e cuja ausência implica o desfazimento do projeto de vida. (DIAS, 2011, p. 44)

Por força de norma constitucional, deve ser atendido, com absoluta prioridade, o melhor interesse da criança e do adolescente. Este, sem dúvida, é o de conviver com sua família, que não é, necessariamente, a biológica, a legal ou a economicamente melhor situada, mas a que resulta do bem querer. Não deve, assim, prevalecer a identidade genética sobre a paternidade afetiva, sob pena de descumprimento do mandamento constitucional. (BARBOSA, 2010)

O amor, ou a afetividade, tem vários aspectos e faces envolvidos em toda essa complexidade. É preciso ter a certeza insuperável de que se trata de uma força elementar, norteadora de todas as relações da vida. (GAGLIANO, 2011, p. 88)

De tal modo que a presença da afetividade, mais do que em qualquer ramo do Direito, é mais forte nas relações de família. (GAGLIANO, 2011, p. 88)

É necessário esclarecer que a afetividade é um dos principais pilares do Novo Direito de Família, e que a parentalidade socioafetiva vem ganhando força nos tribunais superiores. (TARTUCE, 2012, p. 25)

A instituição familiar está baseada em um paradigma que explica a sua função social, qual seja, a afetividade. É possível perceber que enquanto houver afeto haverá família. Será sempre unida por laços de liberdade e responsabilidade, e desde que estejam simetricamente juntas, pela colaboração em prol da comunhão de vida. (LÔBO, 2011, p. 17)

Vale salientar que o próprio conceito de família deriva da afetividade. O liame socioafetivo é que vincula os seus membros, sem que se percam as individualidades. (GAGLIANO, 2011, p. 88)

É nítida a conclusão no sentido de que o afeto é característica essencial das novas famílias e que, sem ele, a formação da entidade em questão se torna defasada.

Abordagem do afeto como analogia na família moderna.

Característica do artigo 96 do então mencionado Projeto de Lei n. 6.583, o direito à convivência poderá ser estendido a qualquer pessoa com quem a criança possua vínculo de afetividade. (NERY, 2011, p. 223)

O divisor entre o direito obrigacional e o familiar é que os negócios têm exclusivamente a vontade como princípio, enquanto na entidade familiar é o afeto. (DIAS, 2011, p. 43)

É possível mencionar o princípio jurídico da afetividade, à medida em que seu conceito é interpretado pela Constituição Federal, baseada no artigo 5º, §2º. (PEREIRA, 2010, p. 55)

Mesmo o legislador não dando respaldo aos relacionamentos extramatrimoniais, não coibiu o surgimento de convivências que buscavam a felicidade, de modo que os vínculos formavam novas famílias. (DIAS, 2011, p. 46)

O Direito de Família, em seu atual aspecto, é baseado mais na afetividade do que na estrita legalidade. (TARTUCE, 2012, p. 4)

Na atualidade se reconhece que é no âmbito das relações afetivas que se estrutura a personalidade da pessoa. Ou seja, é a afetividade e não a vontade o elemento constitutivo dos vínculos interpessoais. O afeto entre as pessoas orienta o desenvolvimento dos membros do instituto familiar. (DIAS, 2010, p. 55)

No Superior Tribunal de Justiça o tema da socioafetividade parental tem sido debatido de forma constante, visto que há várias decisões publicadas em seus informativos de jurisprudência. A título de exemplo, o Informativo n. 414, de Novembro de 2009, que dispõe que o reconhecimento de paternidade é válido se refletir que a existência de vínculo contínuo socioafetivo entre pai e filho, pois a ausência de parentesco biológico não é suficiente para desfazer o laço. É passível de reconhecimento também a socioafetividade materna, como dispõe o texto do Informativo n. 436 de maio de 2010, a convivência por anos, constituída por vontade própria da mãe, e desde que seja pública, terá seus efeitos validados. (TARTUCE, 2012, p. 345/346)

O afeto é reconhecido pela vitória da solidariedade, pela supremacia do amor e pela busca da felicidade como único meio de cuidado da vida e definição de família. (DIAS, 2010, p. 55)

É a afetividade que cria e justifica os laços entre os membros das famílias, formando-a. A entidade familiar é fato social, que produz efeitos jurídicos. (GAGLIANO, 2011, p. 44)

A família agora se identifica pela comunhão de vida, de afeto e de amor no que tange à igualdade, liberdade, solidariedade e da responsabilidade recíproca. (DIAS, 2010, p. 55)

Independentemente de qualquer cláusula ou demarcação característica, o afeto é o princípio norteador da instituição familiar, e sem ele não há que se falar nela.

O poder familiar estendido aos companheiros dos pais.

Sem delimitar o poder familiar do pai ou mãe da criança, ao padrasto ou madrasta devem ser atribuídas situações e decisões de cunho protetor ou que envolva o interesse da criança, como em matéria educacional, legitimidade processual para defesa do menor, direito de adoção do nome, direito de visita em caso de divórcio, preferência para adoção, cuidados inerentes à saúde, atividades relacionadas com o lazer, e até mesmo responsabilidade civil pelos danos causados pelo menor, por fim, a nomeação como beneficiário de seguros ou de planos de saúde. (LÔBO, 2011, p. 97)

Com relação ao Estatuto das Famílias, descreve o artigo 87 que os pais, constituindo nova entidade familiar, os direitos e deveres decorrentes da autoridade parental, que serão exercidos com a colaboração do novo cônjuge ou convivente. Aprofundando, o parágrafo único diz que cada cônjuge ou convivente deve colaborar de modo apropriado no exercício da autoridade parental, e representá-lo, quando for necessário. (NERY, 2011, p. 222-223)

A relação entre padrasto ou madrasta e enteado forma vínculo de parentalidade, dos novos membros daquele núcleo familiar com seus enteados. (LÔBO, 2011, p. 97)

O Supremo Tribunal Federal (STF), em seu REsp 1106637, reconheceu a legitimidade de padrasto para pedir a destituição do poder familiar, como medida de preparação para a adoção, em face do pai biológico, quando houver sido comprovada qualquer das causas de destituição do poder familiar. (LÔBO, 2011, p. 97)

Assim como os pais, os companheiros ou conviventes participam diretamente da educação da criança, e, por consequência, precisam ter seu poder disciplinado em lei, como já temos visto em alguns precedentes.

Hoje, já é permitido falar em adoção pelo padrasto e madrasta, se os pais forem desconstituídos do poder familiar. O STJ, em seu REsp 1207185/MG, admitiu como válida a adoção pelo padrasto sem que o pai biológico fosse destituído do poder familiar.

O direito de guarda concedido aos padrastos e madrastas em relação aos seus enteados na Alemanha.

Existe na Alemanha o chamado “pequeno direito de guarda” do padrasto ou madrasta, segundo o §1.687 b do Código Civil, que permite aos novos entes o direito de participação das decisões nas questões da vida diária do filho, caso este ente biológico possua a guarda de forma unilateral. O direito anteriormente mencionado depende de comum acordo, e o guardião poderá revogá-lo a qualquer tempo. (LÔBO, 2011, p. 97/98)

No que tange à posição jurídica do padrasto e madrasta é comparável ao do substabelecimento de mandato. Entretanto, havendo perigo de mora, poderão estes exercer sozinhos os atos jurídicos que sejam necessários ao bem-estar da criança. (LÔBO, 2011, p. 97-98)

Em se falar em direito comparado, é notória a lei alemã e sua abertura eudemonista. Antes de tudo, é necessário preservar o interesse do menor, como demonstra o direito anteriormente aludido.

A regulamentação em lei do poder aderido pelos conviventes no Brasil.

O artigo 62 do mencionado Projeto de Lei n. 6.583/2013, também conhecido como Estatuto das Famílias, determina que as relações pessoais entre os conviventes obedecem aos deveres de lealdade, respeito e assistência recíproca, bem como o de guarda, sustento e educação dos filhos. (NERY, 2011, p.220)

A jurisprudência tem resistido em atribuir encargos ao padrasto, na ausência do pai. Não é reconhecido ao filho do cônjuge ou companheiro direito a alimentos, ainda que comprovada a existência de vínculo afetivo entre ambos, e mesmo que tenha aquele certificado seu sustento durante o período em que conviveu com seu genitor, somente em casos especiais. O que é admitido, acanhadamente, é a regulamentação do direito de visitas. (DIAS, 2010, p. 50)

No que concerne à posse do estado de filho é possível considerar, com a convivência familiar e a afetividade, o reconhecimento da filiação. (GAGLIANO, 2011, p. 633)

Entende-se, hoje, que na medida em que a condição paterna ou materna vai além da situação de origem biológica, traz-se a importância do significado espiritual profundo entre os entes da relação em questão. (GAGLIANO, 2011, p. 628)

Já dispõe a Jurisprudência do STJ, REsp 119346/GO, que aceito é o reconhecimento da filiação pela socioafetividade, também chamada de adoção à brasileira. Já se fala, inclusive, na possibilidade de se ajuizar ação de investigação de paternidade socioafetiva, desde que sejam situações consolidadas tanto no afeto quanto no tempo. (GAGLIANO, 2011, p.629/631)

Destaque-se que o Enunciado n. 341 da IV Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal expressamente reconheceu a relação socioafetiva como elemento gerador de obrigação alimentar. (GAGLIANO, 2011, p. 633)

Nova perspectiva, a Lei 11.924 de 2009, ou comumente chamada “Lei Clodovil”, dá o direito aos enteados de adquirirem nomes de seus padrastos e madrastas, com a anuência destes, sem prejuízo dos apelidos de família, não gerando a exclusão do poder familiar pelo genitor. (DIAS, 2010, p. 50)

No tocante a Clodovil Hernandez, ressalta-se que ele foi eleito em 2006, com o terceiro maior número de votos. Propôs a lei 11.924 de 2009 porque queria demonstrar que os laços de afeto se fazem independentemente dos laços de sangue, já que fora adotado por um casal de espanhóis, que o cuidaram e o amaram, refletindo essa afetividade na modificação do direito, e na preocupação com a figura do enteado. Clodovil faleceu em 17 de Março em virtude de um Acidente Vascular Cerebral (AVC), entretanto, deixou um legado digno de ser lembrado.

Fato inerente ao mundo moderno é o dever de se atualizar constantemente, baseando-se nas realidades formadas. O ex-deputado Clodovil foi um exemplo na mudança dos preceitos, como mostra a Ação Rescisória, julgada no TJ-SP - AR: 02217599020108260000 SP 0221759-90.2010.8.26.0000, trazendo sua realidade ao ordenamento, assim como se espera que cada vez mais aconteça.

Considerações finais

É de notório saber que a realidade vai se modificando de acordo com o passar do tempo. Sendo possível observar, de acordo com o primeiro capítulo, a modificação da estrutura familiar, que passa do "*pater*", ou seja, o marido como chefe da sociedade conjugal, para a unificação do comando e até mesmo sua disseminação, de tal modo que as famílias progridem para o seu entendimento como instituto formado não só pelo matrimônio.

A família passou a ser entendida como um sujeito de direitos e deveres, ou melhor, um instituto jurídico ou sociedade reconhecida e protegida pelo direito. Torna-se uma instituição necessária e sagrada que compreende os cônjuges, companheiros, parentes e todos os afins ligados por ancestral comum, afinidade ou adoção.

No segundo capítulo se reconhece o poder familiar resultante de imperativa natural, sendo imprescindível aos filhos não somente educá-los, mas, principalmente, instruí-los na direção correta. Os pais têm um poder-dever para com seus filhos, sendo que, não somente eles sejam titulares, mas também os conviventes, e aos que se identificarem como genitores do menor.

Já no terceiro capítulo verifica-se a presença do instituto então tratado no presente trabalho, em que a incidência, cada vez maior, do divórcio faz crescer as famílias recompostas, ou seja, as formadas pelo cônjuge ou companheiro e os filhos do outro, vindos de um relacionamento anterior. Forma-se, com a prole, um grupo. A família moderna começa a se abrir para novos entendimentos, em que o afeto se torna característica fundamental destes novos grupos.

Portanto, torna-se imprescindível a adequação do instituto familiar de acordo com a necessidade das pessoas, sem limitação do poder familiar somente ao pai ou mãe da prole, mas também aos padrastos e madrastas para que lhes seja atribuído poder de decisão de cunho protetor, cuidados à saúde, assuntos educacionais, defesa do menor, adoção do nome, direito de visita em caso de divórcio e até mesmo atividades de lazer.

De tal modo, o Direito de Família, assim como todos os ramos do Direito, preconiza que há modificações como o Estatuto das Famílias, Projeto de Lei n. 6.583/2013, de suma importância ao ordenamento jurídico. Não há que se questionar a precisão de mudança.

Institutos que devem ser abordados com maior enfoque, o afeto e a homogeneidade familiar, independentemente dos laços de sangue, sendo fato inerente ao direito brasileiro e moderno o dever se atualizar para tutelar os novos institutos.

Em suma, conclui-se que no que tange ao poder familiar dos padrastos e madrastas sobre seus enteados há que se falar e discutir, para que o ordenamento reflita, cada vez mais, a realidade das famílias nos dias atuais.

Referências.

BARBOSA, Heloísa Helena. **O Reconhecimento Jurídico**. Disponível em <<http://www.ibdfam.com.br>>. Acesso em 03 de Fevereiro de 2015.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Ação Rescisória** nº 0221751099020108260000 SP 0221759-90.2010.8.26.0000, Relator: Des. Paulo Alcides, Data de Julgamento: 01/08/2013, 6ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 05/08/2013.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

_____. _____. 8. ed. . rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

GAGLIANO, Pablo Stoze; FILHO. Rodolfo Pampolha. **Novo curso de direito civil**, volume IV: Direito de família – as famílias em perspectiva constitucional. 1. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: direito de família**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011.v.6.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil. Famílias**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

NERY, Rosa Maria de Andrade. **Tratado Jurisprudencial e Doutrinário**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v.5.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

TARTUCE, Flávio; SIMÃO. José Fernando. **Direito Civil: direito de família**. 7.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Método, 2012, v.5.

WALD, Arnoldo. **O novo direito de família**. São Paulo: Saraiva, 2002.10