



PRINCÍPIO DA PRIORIDADE
RELATIVA DA FAMÍLIA NATURAL:
DIRETRIZES PARA AS SOLUÇÕES
DE CONFLITOS E PARA O
LEGISLADOR

Carlos Eduardo Elias de Oliveira

PRINCÍPIO DA PRIORIDADE RELATIVA DA FAMÍLIA NATURAL: DIRETRIZES PARA AS SOLUÇÕES DE CONFLITOS E PARA O LEGISLADOR

Carlos Eduardo Elias de Oliveira¹

¹ Consultor Legislativo do Senado Federal, em Direito Civil, Processo Civil e Direito Agrário. Professor de Direito Civil (UnB, IDP etc.) Curriculum: <https://www12.senado.leg.br/institucional/old-documentos/institucional/SF/OAS/CONLEG/perfis/carlos-eduardo-elias-de-oliveira>. E-mail: carlosee@senado.leg.br e carloseliasdeoliveira@yahoo.com.br

SENADO FEDERAL

DIRETORIA GERAL

Ilana Trombka – Diretora-Geral

SECRETARIA GERAL DA MESA

Luiz Fernando Bandeira de Mello Filho – Secretário Geral

CONSULTORIA LEGISLATIVA

Danilo Augusto Barboza de Aguiar – Consultor-Geral

NÚCLEO DE ESTUDOS E PESQUISAS

Rafael Silveira e Silva – Coordenação

Brunella Poltronieri Miguez – Revisão

João Cândido de Oliveira – Editoração

CONSELHO EDITORIAL

Eduardo Modena Lacerda

Ivan Dutra Faria

Denis Murahovschi

Núcleo de Estudos e Pesquisas
da Consultoria Legislativa



Conforme o Ato da Comissão Diretora nº 14, de 2013, compete ao Núcleo de Estudos e Pesquisas da Consultoria Legislativa elaborar análises e estudos técnicos, promover a publicação de textos para discussão contendo o resultado dos trabalhos, sem prejuízo de outras formas de divulgação, bem como executar e coordenar debates, seminários e eventos técnico-acadêmicos, de forma que todas essas competências, no âmbito do assessoramento legislativo, contribuam para a formulação, implementação e avaliação da legislação e das políticas públicas discutidas no Congresso Nacional.

Contato:

conlegestudos@senado.leg.br

URL: www.senado.leg.br/estudos

ISSN 1983-0645

O conteúdo deste trabalho é de responsabilidade dos autores e não representa posicionamento oficial do Senado Federal.

É permitida a reprodução deste texto e dos dados contidos, desde que citada a fonte. Reproduções para fins comerciais são proibidas.

Como citar este texto:

OLIVEIRA, Carlos Eduardo Elias de. **Princípio da prioridade relativa da família natural: diretrizes para as soluções de conflitos e para o legislador**. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/ CONLEG/Senado, Outubro 2020 (Texto para Discussão nº 287). Disponível em: <www.senado.leg.br/estudos>. Acesso em: 28 out.2020.

PRINCÍPIO DA PRIORIDADE RELATIVA DA FAMÍLIA NATURAL: DIRETRIZES PARA AS SOLUÇÕES DE CONFLITOS E PARA O LEGISLADOR

RESUMO

O autor, após definir as espécies de família quanto à natureza (natural, extensa e ampliada) e explicar o conceito de família recomposta, indica os fundamentos e os postulados do princípio da prioridade relativa da família natural. Trata, então, de problemas envolvendo conflitos entre padrasto/madrasta e pai/mãe registral, como o dever de pagar pensão alimentícia, o direito de guarda sobre o mirim, a viabilidade de acréscimo de sobrenome do padrasto/madrasta no nome do mirim, a possibilidade de exclusão do sobrenome do pai/mãe registral do nome do filho e outros imbróglios práticos. Ao final, expõe diretrizes para o legislador nesse assunto.

PALAVRAS-CHAVE: Família natural e substituta. Família recomposta ou reconstituída. Padrasto e madrastra.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	1
2	CONCEITOS IMPORTANTES.....	3
2.1.	CLASSIFICAÇÃO DA FAMÍLIA QUANTO À NATUREZA.....	3
2.2.	FAMÍLIA NATURAL.....	3
2.2.1.	DEFINIÇÃO.....	3
2.2.2.	FAMÍLIA NATURAL DE SEGUNDO GRAU E DE OUTROS GRAUS.....	4
2.2.3.	SITUAÇÃO DA FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA.....	5
2.2.4.	UTILIDADE DA CLASSIFICAÇÃO.....	5
2.3.	FAMÍLIA EXTENSA OU AMPLIADA.....	6
2.3.1.	DEFINIÇÃO.....	6
2.3.2.	UTILIDADE PRÁTICA.....	6
2.3.3.	TERCEIROS COMO PADRINHOS (“DINDOS”), MADRINHAS (“DINDAS”) ETC.....	7
2.4.	FAMÍLIA SUBSTITUTA.....	7
3	PRINCÍPIO DA PRIORIDADE RELATIVA DA FAMÍLIA NATURAL.....	8
3.1.	IMPORTÂNCIA DE IDENTIFICAÇÃO DE PRINCÍPIOS.....	8
3.2.	POSTULADOS E FUNDAMENTOS.....	9
4	QUESTÕES PRÁTICAS NO ÂMBITO DA FAMÍLIA MOSAICO.....	11
4.1.	FAMÍLIA PLURIPARENTAL, RECOMPOSTA, RECONSTITUÍDA OU “MOSAICO”: DEFINIÇÃO.....	12
4.2.	PREVALÊNCIA RELATIVA DOS PAIS SOBRE OS PADRASTOS E MADRASTAS.....	13
4.3.	QUESTÕES PRÁTICAS.....	13
4.3.1.	DEVER ALIMENTAR EM DESFAVOR PADRASTO OU MADRASTA.....	13
4.3.2.	GUARDA: PADRASTO OU MADRASTA VS PAIS REGISTRADOS.....	14
4.3.3.	ACRÉSCIMO DE SOBRENOME DO PADRASTO OU DA MADRASTA.....	17
4.3.4.	EXCLUSÃO DO SOBRENOME DO PAI OU MÃE AUSENTE COM OU SEM ACRÉSCIMO DO SOBRENOME DO PADRASTO/MADRASTO OU DE TERCEIROS.....	18
4.3.5.	OUTROS EFEITOS PRÁTICOS.....	19
5	CONCLUSÃO E SUGESTÕES AO LEGISLADOR.....	19
6	REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	20

1 INTRODUÇÃO

Várias questões de Direito de Família deixam o legislador e aplicador do Direito em controvérsias. Apesar das divergências, o ordenamento precisa observar uma coerência lógica nas soluções, de maneira que é fundamental identificarmos os princípios reitores do ordenamento.

O presente estudo tem por finalidade apontar um princípio importante do Direito de Família brasileiro para, em seguida, enfrentar problemas concretos que geram muita divergência na doutrina, na jurisprudência e no Parlamento.

Falecida a mãe, o padrasto poderá reivindicar a guarda do enteado em detrimento do pai registral? A pergunta obviamente pode mudar de gênero: falecido o pai, a madrasta poderá pleitear a guarda do enteado em detrimento da mãe registral? Trata-se de situação comum no cotidiano como nas hipóteses de filhos de pais separados quando um dos genitores conheceu um novo amor (padrasto/madrasta).

A resposta a essa questão e a outros casos envolvendo conflitos entre padrasto/madrasta e pais/mães constituem uma das metas deste artigo, mas isso depende previamente de expormos o que designamos de “princípio da prioridade relativa da família natural”.

Começaremos por esclarecer alguns conceitos legais para, depois, delinear o supracitado princípio e enfrentar uma das inúmeras utilidades desse princípio: a resolução de conflitos entre padrasto/madrasta e o pai/mãe registral.

Para facilitar, sistematizamos o que se defenderá nestas sentenças:

- a) Família natural de primeiro grau é o núcleo formado pelos pais e o filho. Pode ser de primeiro grau quando envolver os pais originários (biológicos ou por reprodução assistida); será de segundo grau quando se tratar de um pai adotivo. No caso de pais socioafetivos, pode-se ter uma família natural de primeiro ou de segundo grau a depender da forma como se aperfeiçoou a parentalidade socioafetiva (**capítulo 2.2.**).

- b) Família extensa ou ampliada é a que alcança os parentes paternos ou maternos com vínculo de afinidade e afeto com o mirim, conceito que tem utilidade prática. Terceiros como padrinhos e madrinhas não se encaixam nesse conceito, apesar de que, a depender do caso concreto e de modo bem excepcional, podem vir a prevalecer sobre outros de parentesco biológico na hipótese de colocação do mirim em família substituta (**capítulo 2.3.1. e 2.3.2.**).
- c) Família substituta é a que substitui a família natural e operacionaliza-se juridicamente por tutela, guarda ou adoção (**capítulo 2.4.**).
- d) Adoção civil *lato sensu* abrange a adoção civil *stricto sensu* e a adoção socioafetiva. Esta última pode operacionalizar-se por via judicial ou extrajudicial (**capítulo 2.4.**).
- e) Família pluriparental, recomposta, reconstituída ou “mosaico” é o núcleo que envolve, além da relação parental com os pais, uma ou mais relações similares a de pai, como as mantidas com padrastos ou madrastas (**capítulo 4.1.**).
- f) Princípio da prioridade relativa da família natural: o ordenamento jurídico prestigia (1) a família natural em detrimento de terceiros e (2) o vínculo biológico ou o decorrente de reprodução assistida heteróloga em relação ao de outra natureza (**capítulos 3.1., 3.2. e 4.2.**).
- g) Alimentos: padrasto/madrasta não podem ser condenados a pagar alimentos (**capítulo 4.3.1.**).
- h) Guarda: padrasto/madrasta não deve prevalecer sobre o genitor biológico em conflitos envolvendo a guarda do mirim, salvo quatro hipóteses: (1) recusa do genitor registral; (2) prova de inaptidão do genitor registral a exercer a guarda, como na hipótese de ele ser viciado em tóxicos ou ser agressivo; (3) prova de que genitor registral propositalmente “abandonou” afetivamente o filho e nunca sequer buscou exercer direito de visita ao filho; (4) vontade expressa e inequívoca (reitere-se: inequívoca!) do filho maior de 12 anos por aplicação analógica do art. 45, § 2º, do ECA (**capítulo 4.2.2.**).

- i) Sobrenome do padrasto/madrasta: somente se deve admitir o acréscimo do sobrenome do padrasto ou da madrasta se concorrerem três fatores: (1) o genitor guardião ter absorvido o sobrenome ao casar com o padrasto ou madrasta; (2) esse genitor concordar; e (3) o outro genitor concordar ou ser uma pessoa absolutamente ausente da vida do filho (**capítulo 4.2.3.**).
- j) Exclusão de sobrenome: O filho maior pode pedir a retirada do sobrenome do pai ou mãe registrais “ausentes”, assim entendidos aqueles que nunca mantiveram relacionamento afetivo com o filho (**capítulo 4.3.4.**).
- k) Outros efeitos práticos (**capítulo 4.3.5.**).

2 CONCEITOS IMPORTANTES

2.1. CLASSIFICAÇÃO DA FAMÍLIA QUANTO À NATUREZA

Quanto à natureza, a família pode ser classificada como (1) natural; (2) substituta; ou (3) extensa ou ampliada. Trata-se de classificação expressamente adotada pelo ECA.

2.2. FAMÍLIA NATURAL

2.2.1. Definição

Família natural é o núcleo familiar composto pelo filho menor e, ao menos um dos pais consanguíneos. Diz-se natural, porque decorre da natureza: o genitor tem vínculo consanguíneo com o menor.

É preciso, porém, estender esse conceito de família natural para alcançar também casos em que a filiação tenha decorrido de reprodução assistida heteróloga (fruto da fecundação com gametas de terceiros), pois, apesar de não haver um vínculo consanguíneo, o mirim nasceu sob a batuta paterna e materna dos “encomendadores” da reprodução artificial. Nos idos da década de 90, o legislador, ao empregar o termo família natural ao longo do ECA (fazendo alusão à família que a “natureza” dá), não atentou para o fato de que, com as técnicas de reprodução assistida heteróloga, a ciência também pode gerar uma

filiação. Para efeitos legais, o conceito de família natural tem de alcançar essa nova realidade.

Enfim, buscando uma formulação geral, podemos afirmar que família natural é o núcleo composto entre o filho menor e os pais “originários” (os primeiros pais), que podem ter ou não vínculo consanguíneo.

Estamos aqui a definir a família natural “de primeiro grau”, que foi a textualmente tratada pelo legislador no ECA. É preciso, porém, reconhecer, por analogia, a extensão das referências feitas pelo legislador à “família natural” para os demais graus, conforme exporemos a seguir.

2.2.2. Família natural de segundo grau e de outros graus

A adoção é uma espécie de família substituta, conforme art. 28 do ECA. Afinal de contas, os pais adotivos substituem os pais originários.

Uma vez ocorrendo a adoção, os pais adotivos devem ser considerados “família natural” para todos os efeitos. Como se trata de uma paternidade/maternidade que sucede a originária, batizamos esse núcleo familiar formado entre o mirim e os pais adotivos de “família natural de segundo grau”, que, por analogia, para fins legais, sujeita-se a todas as consequências jurídicas de uma família natural.

Se o filho adotivo vier a ser submetido a uma nova adoção – o que é raro de acontecer –, haverá a formação de uma “família natural de terceiro grau”, que, por analogia, para fins legais, também se sujeitará a todas as consequências jurídicas previstas na legislação para a “família natural”.

Portanto, sempre que a legislação se referir à expressão “família natural”, deve ser entendido que ela alcança os sucessivos graus de família natural, ou seja, a família natural de primeiro grau (pais originários e filho), de segundo grau (pais adotivos e filhos) etc.

Daí decorre que a retirada do mirim da família natural (de segundo grau) para colocá-la em uma família substituta (uma tutela, uma guarda ou uma nova adoção) só ocorrerá à luz do binômio necessidade-excepcionalidade (art. 19, do ECA).

2.2.3. Situação da filiação socioafetiva

No caso de vínculo de parentalidade socioafetiva, também haverá uma família natural, pois os pais socioafetivos são pais para todos os fins jurídicos. A questão é definir qual é o grau dessa família natural, o que dependerá do caso concreto. Podemos distinguir duas situações.

A primeira é a de que a filiação socioafetiva rompe o vínculo como os pais originários (pai biológico ou por técnica de reprodução assistida), a exemplo da hipótese de adoção à brasileira (registrar como próprio filho alheio). Nesses casos, a filiação socioafetiva está substituindo os pais originários, razão por que o núcleo familiar aí deve ser considerado uma “família natural de segundo grau”. Equipara-se à situação dos pais adotivos (até porque os pais socioafetivos são fruto de uma adoção civil *lato sensu*, conforme classificação que fazemos de adoção a ser exposta mais abaixo).

A segunda situação é a de que a filiação socioafetiva se une aos pais registrais, formando uma multiparentalidade. Nesse caso, deve-se entender que considerar que a família natural aumentada com o ingresso do(s) pai(s) socioafetivo(s) continua com o mesmo grau. Desse modo, se se tratava de uma família natural de primeiro grau (pais originários), esse núcleo expandido seguirá sendo uma família natural de primeiro grau.

2.2.4. Utilidade da classificação

A principal utilidade em classificar uma família como natural é a de guiar a resolução de questões relativas ao convívio dos mirins. O ECA dá preferência para a família natural, ou seja, para o convívio do menor com os pais biológicos. Trata-se de uma decorrência do já designamos de “princípio da prioridade relativa da família natural”, que exporemos mais à frente.

A retirada de um mirim da sua família natural (dos seus pais biológicos) para ser colocado em família substituta só deve acontecer quando for extremamente necessário e de modo excepcional, ou seja, quando há o binômio necessidade-possibilidade (art. 19, do ECA).

2.3. FAMÍLIA EXTENSA OU AMPLIADA

2.3.1. Definição

Família extensa ou ampliada é conceito que diz respeito aos parentes paternos ou maternos que tenham vínculos de afinidade e afetividade com o mirim (art. 25, parágrafo único, do ECA). Não estão, pois, inclusos aí parentes distantes com os quais o mirim não tenha círculo de convívio.

Como o ECA define o conceito de família extensa e ampliada em um parágrafo do seu art. 25 (dispositivo que trata da família natural), pode-se indagar: apenas parentes biológicos devem ser considerados integrantes da família extensa para efeito da lei?

A resposta é negativa. O mirim pode ter tios, irmãos e outros parentes que tenham vínculo de parentesco por conta de uma adoção civil (incluindo a adoção decorrente de uma filiação socioafetivo). O que importa é que haja: (1) vínculo formal de parentesco e (2) afinidade e afeto com o mirim.

2.3.2. Utilidade prática

A principal utilidade prática do conceito é o de que os membros da família extensa possuem preferência no caso de colocação do mirim em família substituta (aquela que decorre de adoção, tutela ou guarda). Citamos alguns exemplos:

- a) o esgotamento dos recursos de manutenção do mirim na família natural e extensa deve ocorrer antes da sua colocação em família substituta (arts. 92, II, ECA).
- b) a adoção só deve ser deferida após o esgotamento dos esforços em manter o mirim a família natural (com os pais) ou na família extensa (com os parentes com os quais o mirim tenha afinidade (art. 39, § 1º, do ECA), o que vale mesmo para os casos do que chamamos de adoção gestacional¹ (art. 19-A, § 3º-A e § 4º, do ECA).

¹ A adoção gestacional é aquela por meio da qual a mãe objetiva entregar o seu filho em gestação ou recém-nascido para adoção, o que só será concedido após a frustração da tentativa do juiz de identificar o pai ou algum representante da família extensa para prestigiar a permanência da criança no seio da família natural (com os pais) ou extensa (os parentes próximo afetivamente).

2.3.3. Terceiros como padrinhos (“dindos”), madrinhas (“dindas”) etc.

Não se pode negar a grande proximidade afetiva que o infante pode vir a formar com terceiros que, embora não sejam parentes, assumem um vínculo afetivo forte e chegam a assumir o compromisso moral (e não jurídico) de proteção. É o caso, por exemplo, da figura não jurídica dos famosos “dindos” ou “dindas”, apelido carinhoso dos padrinhos e madrinhas.

Entendemos que esses terceiros não podem ser considerados integrantes da família extensa, pois não são parentes.

Todavia, é inegável que, em nome do princípio do melhor interesse da criança, o juiz deverá avaliar a intensidade desse vínculo de afinidade e, havendo necessidade de colocar o mirim em família substituta (tutela, guarda ou adoção), deverá de dar predileção a esse “dindo” ou a essa “dinda”. Essa preferência poderá ocorrer mesmo que seja em detrimento de algum parente biológico com pouco vínculo de afinidade com o infante, mas obviamente isso só deve ocorrer de modo muito excepcional à luz do que chamamos de princípio da prioridade relativa da família natural (sobre o qual deitaremos luzes mais à frente).

2.4. FAMÍLIA SUBSTITUTA

Família substituta é aquela que substitui a família natural e, conforme art. 28 do ECA, operacionaliza-se juridicamente por três institutos: guarda, tutela e adoção.

Não aprofundaremos esses institutos por escapar ao objetivo deste artigo. Cabe-nos apenas realçar que entendemos que a adoção aí se refere ao que chamamos de adoção civil *lato sensu*, da qual são espécies:

- a) adoção civil *stricto sensu*: é a adoção propriamente dita, operacionalizável pela via processual e material disciplinada no ECA.
- b) adoção socioafetiva: é a fruto de uma filiação socioafetiva e pode operacionalizada por dois procedimentos: (1) procedimento extrajudicial, que se dá por meio de escritura pública na forma do Provimento nº 83/2009-CN/CNJ; e (2) procedimento judicial, que deságua em sentença que reconhece a presença do vínculo

socioafetivo e que não se submete a nenhum rito processual específica². A via extrajudicial gera uma sentença com eficácia *ex nunc*, ao passo que a via judicial pode gerar efeito *ex tunc* ou *ex nunc*, a depender do caso concreto. A adoção socioafetiva não necessariamente implica ruptura com os pais originários, pois é admitida a formação de uma situação de multiparentalidade. Alertamos que, na doutrina e na jurisprudência, há quem também chame essas hipóteses de “adoção socioafetiva” como “reconhecimento de filiação”: temos que não há atecnia nessa outra forma de qualificação, pois o que importa é o conteúdo, e não o *nomen iuris* dos institutos.

Não há disciplina legal específica para essas hipóteses, as quais são frutos de construção doutrinária, jurisprudencial e administrativa (atos normativos do Conselho Nacional de Justiça e das Corregedorias-Gerais dos Tribunais locais). Entretanto, algumas regras materiais e processuais de adoção civil *stricto sensu* podem ser aplicadas, por analogia, para a adoção socioafetiva, como a regra geral de vedação de adoção por avós.

3 PRINCÍPIO DA PRIORIDADE RELATIVA DA FAMÍLIA NATURAL

3.1. IMPORTÂNCIA DE IDENTIFICAÇÃO DE PRINCÍPIOS

A identificação, pela doutrina, de princípios ou subprincípios é importante para guiar discussões futuras e para preservar a coerência lógica da jurisprudência, da doutrina e do legislador. Um princípio pode ser visto como uma *topoi*, um espaço comum de consenso a partir do qual a comunidade jurídica poderá partir para outras discussões³. No mesmo sentido, Mário Luiz

² A sentença pode, por exemplo, decorrer de uma ação de reconhecimento de filiação socioafetiva proposta pelo pai socioafetivo, de uma ação de investigação de paternidade ajuizada pelo filho ou de outra via judicial.

³ Em outro artigo, já tivemos a oportunidade de explicitar importância dos princípios, citando, inclusive, um dos precursores da teoria *standard* da argumentação jurídica, Theodor Viehweg. (OLIVEIRA, C. E. E. de. **O princípio do aviso prévio a uma sanção no Direito Civil Brasileiro**. Brasília: Núcleos de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado, maio/2019 (Texto para Discussão nº 259). Disponível em: <www.senado.leg.br/estudos>. Acesso em: 30 mai. 2019.

Delgado⁴, antes de anunciar o seu princípio da presença virtual, averbou, *in litteris*:

As normas jurídicas, quanto à estrutura, podem ser enquadradas em duas principais categorias: regras e princípios. Já é entendimento assente na dogmática moderna a dissociação estrutural entre normas-regras e normas-princípios.

Alguns princípios se concretizam através de regras, ao passo que outros não: são os chamados “princípios implícitos”, que ainda não foram descobertos ou resgatados pelo intérprete. Em muitos casos o princípio somente será descoberto diante da necessidade concreta de se normatizar uma determinada situação da vida, ainda não regrada, o que levará à descoberta do princípio dentro do sistema, a partir de uma investigação deflagrada pelo intérprete em razão justamente dessa demanda concreta de regulação.

Os princípios podem ser descobertos mediante indução a partir das regras, pela indução a partir de valores, de fatos históricos, de dados sociológicos, das práticas sociais e das práticas jurídicas, especialmente o comportamento dos tribunais.

3.2. POSTULADOS E FUNDAMENTOS

Pelo que chamamos de princípio da prioridade da família natural, há uma preferência do ordenamento jurídico em prestigiar:

- a) a família natural (assim entendida aquela compreendida pelos filhos com os pais⁵) em detrimento de terceiros; e
- b) o vínculo biológico (ou o decorrente de reprodução assistida heteróloga) em relação ao de outra natureza.

Esse princípio está implícito na CF e explícito nos arts. 19, *caput*, e 92, II, 100, parágrafo único X, do ECA bem como nos arts. 1.599, 1.600, 1.601, 1.608 e 1.614 do CC.

⁴ DELGADO, Mário Luiz. **A pandemia e o princípio da presença virtual**. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/330732/a-pandemia-e-o-principio-da-presenca-virtual>>. Acesso em: 16 jul. 2020.

⁵ A referência aqui é aos pais originários, que podem ser biológicos ou decorrentes de técnicas de reprodução assistida.

De um lado, o *caput* do art. 19 do ECA é expresso que o mirim deve ser criado ao amparo da família natural e, só “excepcionalmente, em família substituta”. O art. 92, II, do ECA fixa o princípio da “integração em família substituta, quando esgotados os recursos de manutenção na família natural ou extensa”. O art. 100, parágrafo único, X, do ECA anuncia o princípio da “prevalência da família”, conferindo “prevalência às medidas que os mantenham ou reintegrem na sua família natural ou extensa ou, se isso não for possível, que promovam sua integração em família adotiva”.

De outro lado, os arts. 1.599, 1.600 e 1.601 do CC asseguram ao marido impugnar a paternidade presumida provando a falta de vínculo de filiação biológico. O art. 1.608 do CC permite que a própria mãe impugne a maternidade provando a falsidade do assento de nascimento ou da declaração nele contida, o que envolverá discussão da existência ou não de vínculo biológico. O art. 1.614 do CC credencia o filho a impugnar a paternidade reconhecida, o que também envolve perquirições biológicas.

Esse princípio sofre várias flexibilizações a depender do caso concreto, razão por que o princípio é designado de “prioridade” relativa. A preferência pela família natural e pelo vínculo biológico é relativa, mas, por ser uma preferência, só pode ser afastada quando houver algum outro forte motivo jurídico no caso concreto.

Daí decorrem várias consequências práticas.

Uma delas é a de que, somente em situações excepcionalíssimas de inaptidão dos pais (família natural), o mirim poderá ser colocado sob o convívio de uma família substituta.

Outra é a de que, mesmo quando o mirim for colocado em família substituta (tutela, guarda ou adoção) diante da inaptidão dos pais, deve-se prestigiar os parentes paternos ou maternos (família extensa) em detrimento de terceiros.

Mais um desdobramento do princípio acima é a de que, provada a falta de um vínculo biológico entre o pai registral e o filho, é viável o desfazimento do registro, salvo se houver algum outro justo motivo, a exemplo do fato de o

registro ter sido feito propositalmente por esse pai em ato conhecido como “adoção à brasileira”.

Há vários casos de aplicação desse princípio. Trataremos, mais à frente, de alguns conflitos que ocorrem no seio da família mosaico. Não há soluções apodíticas nesse assunto: os princípios carregam certo grau de indeterminação, o que, somado à riqueza do casuísmo, pode causar divergências de posições entre os juristas.

Por fim, cabem duas averbações.

Em primeiro lugar, é verdade que pais não necessariamente são por consanguinidade, a exemplo de pais decorrentes de técnica de reprodução assistida heteróloga. Como o ordenamento admite a reprodução artificial com os mesmos efeitos de uma reprodução biológico, também se deve reconhecer que a preferência da filiação artificial sobre outras formas de família, assim como se dá com a filiação biológica: o pai biológico e o pai artificial possuem igual *status* jurídico. A propósito, como já afirmados, o conceito de família natural abrange pais biológicos ou por reprodução assistida.

Em segundo lugar, apesar de a afetividade ser também relevante no Direito de Família, isso não significa que o vínculo biológico deixou de ser a regra. No ordenamento brasileiro, o parentesco natural (o decorrente da natureza, ou seja, o biológico) só deve ser preterido em situações excepcionais em que o princípio do melhor interesse da criança ou do adolescente seja realmente aplicável.

4 QUESTÕES PRÁTICAS NO ÂMBITO DA FAMÍLIA MOSAICO

Enfrentaremos problemas práticos envolvendo questões com padrasto/madrastas em conflito com os pais, o que será feito à luz do princípio da prioridade relativa da família natural em conciliação com outros do Direito de Família.

4.1. FAMÍLIA PLURIPARENTAL, RECOMPOSTA, RECONSTITUÍDA OU “MOSAICO”: DEFINIÇÃO

Há certa diversidade de nomenclatura entre a doutrina⁶. Expomos aqui a que nos parece mais sistemática.

Família pluriparental, reconstituída ou “mosaico” é aquela que envolve, além da relação parental com os pais, uma ou mais relações similares a de pai, como as mantidas com padrastos ou madrastas. Não importa se todos os vários “pais” estão no mesmo núcleo (se todos moram sob o mesmo teto com o filho ou enteado) ou se eles formam núcleos diversos (cada um mora em lugar diverso). A interação familiar entre eles, ainda que de modo indireta, acaba sendo inevitável pelo vínculo comum com o filho ou enteado.

Diz-se “pluriparental”, porque há uma pluralidade de relações parentais (de pais). Diz-se “reconstituída”, porque costuma ser fruto de novos relacionamentos de um dos genitores. Diz-se “mosaico”, porque o novo núcleo familiar envolve uma diversidade de origens biológicas, de modo que, na hipótese de uma mulher que está no quarto casamento e que teve um filho em cada um dos anteriores casamentos, os três filhos conviverão entre si e com o eventual novo irmão fruto do atual casamento da mãe, formando um “mosaico” biológico no núcleo familiar.

Não confunda a expressão “família pluriparental” com a multiparentalidade: nesta, há o registro da mais de um pai ou de uma mãe registrais; naquela, há padrasto ou madrasta, e não pais registrais.

Quando envolve madrasto ou padrasto, a família pluriparental ou mosaico pode também ser chamada de família recomposta ou reconstituída, pois tal decorrerá de novos relacionamentos do pai ou da mãe, que estariam reconstituindo o seu núcleo familiar após um anterior relacionamento. O relacionamento anterior pode ter sido uma união estável, um casamento, um namoro, um mero encontro ou, até mesmo, um mero negócio jurídico de

⁶ Há quem associe família pluriparental ao caso de multiparentalidade (DELGADO, Mário Luiz; SIMÃO, José Fernando. **Famílias conjugais e famílias (co)parentais**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-mar-08/processo-familiar-familias-conjugais-familias-coparentais>>. Publicado em 8 de março de 2020). Há quem vincule apenas aos casos de padrastos ou madrastas, igualando ao caso de família reconstituída ou recomposta, como o jurista Conrado Paulino Rosa (ROSA, Conrado Paulino da. **Curso de Direito de Família contemporâneo**. Salvador: JusPodivm, 2018).

coparentalidade (um ajuste negocial de duas pessoas para gerar um filho, sem necessariamente manter relação sexual por poder usar técnicas de reprodução assistida).

4.2. PREVALÊNCIA RELATIVA DOS PAIS SOBRE OS PADRASTOS E MADRASTAS

Na família mosaico, o padrasto ou a madrasta não são juridicamente pai ou mãe; todavia, eles são integrantes de um novo núcleo familiar, de maneira que algumas consequências jurídicas podem ser daí extraídas à luz das particularidades do caso concreto.

Entendemos, porém, que é preciso ter cautela antes de buscar, em algum caso concreto, equiparar o padrasto ou a madrasta aos pais ou preterir estes em relação àqueles.

É que, à luz da legislação – a exemplo do *caput* do art. 19 do ECA –, os pais biológicos ou oriundos de reprodução assistida (que formam a família natural) têm uma preferência em tudo. Ressalvam-se as hipóteses em que, à luz do binômio necessidade-excepcionalidade, o mirim tenha de ser colocado em uma família substituta (o padrasto ou a madrasta se enquadraria aí por analogia em razão de aproximarem de um adotante). Trata-se de um desdobramento do que chamamos de princípio da prioridade relativa da família natural.

Vamos tratar de questões práticas envolvendo questões com padraustos/madrastras.

4.3. QUESTÕES PRÁTICAS

4.3.1. Dever alimentar em desfavor padrasto ou madrasta

Indaga-se: padrasto ou madrasta podem ser obrigados a pagar pensão alimentícia em favor do enteado?

Entendemos que não, pois não há vínculo jurídico de filiação nem há fundamento legal para o dever alimentar. As regras de alimentos (arts. 1.694 e seguintes, do CC) e o dever de sustento por parte dos pais em relação aos filhos (arts. 1.566, IV, 1.590, 1.703 e 1.724, do CC) não podem ser elásticas para

impor um dever tão severo (sob a ameaça de prisão civil no caso de inadimplemento) para quem não têm dever legal.

Não importa se o padrasto ou a madrasta mantinha forte vínculo afetivo com o enteado: padrasto ou madrasta não são pais.

Os alimentos devem ser prestados pelos pais ou demais parentes na forma dos arts. 1.694 do CC.

Cabe um alerta: não estamos a tratar aqui da hipótese de um padrasto ou madrasta que forma um vínculo jurídico de paternidade socioafetiva devidamente reconhecido judicial ou extrajudicialmente, pois aí já se passa a ter pais, e não mais padrasto ou madrasta. Esse reconhecimento, porém, não pode ser banalizado, assunto que deixamos de tratar aqui por escapar ao escopo do artigo.

4.3.2. Guarda: padrasto ou madrasta vs pais registrais

Se um padrasto ou madrasta briga pela guarda do enteado menor em detrimento do pai/mãe registral, indaga-se: quem deverá assumir a guarda? Problemas como esse costumam acontecer no caso de morte do genitor que detinha a guarda unilateral do filho e que vivia com um padrasto/madrasto próximo afetivamente da criança. Nesses casos, eventualmente o padrasto (o viúvo) pode vir a tentar reivindicar a guarda do infante em detrimento do genitor registral supérstite.

Entendemos que, à luz do princípio da prioridade relativa da família natural e do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, o pai/mãe registral deve prevalecer, salvo em quatro hipóteses: (1) recusa do genitor registral; (2) prova de inaptidão do genitor registral a exercer a guarda, como na hipótese de ele ser viciado em tóxicos ou ser agressivo; (3) prova de que genitor registral propositalmente “abandonou” afetivamente o filho e nunca sequer buscou exercer direito de visita ao filho; (4) vontade expressa e inequívoca (reitere-se: inequívoca!) do filho maior de 12 anos por aplicação analógica do art. 45, § 2º, do ECA⁷.

⁷ Art. 45, § 2º, ECA: “Em se tratando de adotando maior de doze anos de idade, será também necessário o seu consentimento”.

É irrelevante se o padrasto/madrasta possui um convívio afetivo mais próximo do enteado. Decidir o contrário é contrariar não apenas a preferência legislativa pela família natural (princípio da prioridade relativa da família natural), mas também punir um pai/mãe registral que ficou privado de desenvolver laços afetivos com o seu filho em razão de um regime de guarda unilateral imposto por um juiz. Afinal de contas, foi Estado-juiz que criou essa situação ao fixar um regime de guarda que restringiu o tempo de convivência do filho com o pai/mãe registral, transformando-o em um mero “visitante” a exercer direitos de visitas). Em outras palavras, foi o Estado-juiz que estimulou a criação de laços afetivos com um padrasto/madrasta. Não se pode chancelar uma “usurpação paternal impulsionada pelo Estado”, ainda mais quando a opção legislativa pela família natural é explícita no texto legal (a exemplo do *caput* do art. 19 do ECA).

É também irrelevante se o padrasto/a madrastra possui melhores condições financeiras, intelectuais ou de outra natureza comparativamente com o genitor registral, pois é opção legislativa fazer prevalecer a família natural sobre a substituta.

Se a discussão descambar para o lado da preferência pessoal do jurista-intérprete, a divergência nunca terá fim. Há quem ache melhor prestigiar um pai/mãe registral e há quem prefira desprezá-lo em prol de um terceiro. Se perguntarmos a alguém: você prefere ser criado pelo seu pai biológico ou por seu ex-padrasto? A resposta será sortida, tal qual sortidas são as opções pessoais de cada um. Como dito o ditado popular, “gosto não se discute”. Ou, como ensinava velho provérbio dos escolásticos da Idade Média, “*de gustibus et coloribus non disputandum*” (“gostos e cores não se devem discutir”). Por isso, o jurista-intérprete não pode deixar sua preferência pessoal subverter a opção valorativa feita pelo jurista-legislador, tal como se dá na hipótese em pauta. O “gosto” do legislador é pela família natural; não cabe ao intérprete usurpar a função legislativa.

Seja como for, apesar de o pai/mãe registral ter direito à guarda, nada impede que o padrasto/madrasta seja autorizado judicialmente a exercer eventual direito de visita, ainda que com menor frequência do que sucederia com um genitor. Afinal de contas, os pais/mães não devem privar o filho menor

de terem contato com amigos saudáveis e próximos, categoria na qual deve enquadrar aquele que, antes da morte do outro genitor, era um padrasto/madrasta.

A propósito, o TJDFT foi certo ao manter liminar em favor do pai que buscava assumir a guarda do filho menor no lugar do ex-padrasto. Nesse julgado, o Desembargador João Egmont, após realçar que, à luz do § 2º do art. 33 do ECA, a guarda só deve ser deferida a terceiros quando os genitores ou os seus familiares não puderem se responsabilizar pela criança, arrematou que:

No caso, por mais que possa existir forte laço afetivo do ex-padrasto com a criança, a continuidade da posse de fato afronta ao melhor interesse do menor, considerando seu direito ao convívio com os genitores biológicos.⁸

Alertamos ser ilegítimo afirmar que o padrasto/madrasta é um pai/mãe socioafetivo, pois o conceito de parentalidade socioafetiva – que gera o efeito jurídico de filiação – não pode ser confundido com a mera convivência afetiva do enteado no ciclo da família mosaico. Se o pai/mãe registral mantinha contato com o filho, ainda que sob as restrições impostas pelo regime de guarda, ele deve ter a preferência na obtenção da guarda em detrimento do padrasto/madrasta.

Fique claro: a preferência dos pais/mães em relação ao ex-padrasto/madrasta não é absoluta; pode ser excepcionado nos casos que já citamos acima.

Sob essa ótica, o TJRS acertadamente manteve a guarda de uma adolescente de 13 anos com o padrasto após a morte da mãe, pois: (1) ela demonstrou receio de viver com o pai biológico devido às suas atitudes violentas durante o tempo em que era casada com a mãe; (2) o pai biológico pouquíssimas vezes viu a filha desde quando esta tinha 4 anos de idade – momento da separação dos pais – e nunca demonstrou interesse em auxiliar a filha durante o crescimento⁹.

⁸ TJDFT, AGI 20130020206143 DF 0021514-86.2013.8.07.0000, 5ª Turma Cível, Rel. Des. João Egmont, DJE 10/02/2014.

⁹ TJRS, AC 70055182554 RS, 8ª Câmara Cível, Rel. Des. Alzir Felipe Schmitz, DJ 05/08/2013.

4.3.3. Acréscimo de sobrenome do padrasto ou da madrasta

Indaga-se: é ou não viável acrescer o sobrenome do padrasto ou da madrasta ao do enteado? Alertamos que esse acréscimo de sobrenome não transforma o padrasto ou a madrasta em pai ou mãe, mas apenas se prestaria a fins de identificação. A discussão gira em torno do art. 57 da LRP, que, flexibilizando o princípio da imutabilidade do nome, autoriza a mudança de nome de modo excepcional e mediante motivação (razoável). O fato de alguém ter um padrasto ou madrasto se encaixaria nessa exceção e nessa motivação razoável?

A resposta é que depende do caso concreto.

Segundo o STJ, é admitido, judicialmente, o acréscimo do sobrenome do padrasto, se presentes três requisitos: (1) o enteado ser conhecido por esse sobrenome; (2) sua mãe ter adotado esse sobrenome; e (3) não tiver havido oposição do outro genitor (STJ, REsp 220.059/SP, 2ª Seção, Rel. Ministro Ruy Rosado de Aguiar, DJ 12/02/2001¹⁰).

É preciso, porém, ter cuidado ao se falar em acrescer o sobrenome do padrasto ou da madrasta ao nome do enteado.

Se este for maior capaz e assim requerer por se sentir conhecido socialmente por esse nome, o pleito deve ser acolhido, ainda que os pais biológicos se oponham. Prestigia-se aí a autonomia da vontade do enteado, os seus direitos da personalidade e a figura da família mosaico.

Se, porém, o enteado for menor, não há clareza na jurisprudência do STJ, que apenas apreciou casos de pedidos feitos por enteados maiores ou com o consentimento dos pais registrais. Para essas hipóteses de enteado menor, entendemos que somente se deve admitir o acréscimo do sobrenome do padrasto ou da madrasta se concorrerem três fatores: (1) o genitor guardião ter absorvido o sobrenome ao casar com o padrasto ou madrasta; (2) esse genitor concordar; e (3) o outro genitor concordar ou ser uma pessoa absolutamente ausente da vida do filho. Quanto a este último requisito, especificamente à hipótese de o pai ser ausente da vida do filho, há de se ter rigor para só admiti-lo

¹⁰ Nesse caso, o enteado, já maior de idade, pediu o acréscimo do patronímico do padrasto que já era usado pela mãe por meio de uma ação de retificação de registro.

quando esse outro genitor nunca ter mantido contato com o filho ou tiver mantido contato esporádicos indicativos de sua indiferença ou desdém afetivo em relação ao filho. O mero fato de o genitor, por força do regime judicial de guarda que foi imposto, ver o filho com pouca frequência não significa que ele é ausente.

O motivo desse entendimento é o de que não se pode presumir que a vontade presumida de uma criança seria a de, mesmo tendo um pai/mãe registral e se identificando com ele e com os demais parentes dele/dela (avós, tios etc.), querer que ao seu nome fossem acrescidos os sobrenomes dos novos padrastos/madrastas que ele for vindo a ter durante a vida com os sucessivos amores dos pais/mães. Além do mais, se o genitor registral não concorda como o acréscimo ao nome do filho do sobrenome do novo amor do outro genitor, essa opção há de ser respeitada diante do que chamamos de princípio da prevalência da família natural.

4.3.4. Exclusão do sobrenome do pai ou mãe ausente com ou sem acréscimo do sobrenome do padrasto/madrasto ou de terceiros

O filho maior pode pedir a retirada do sobrenome do pai ou mãe registrais “ausentes”, assim entendidos aqueles que nunca mantiveram relacionamento afetivo com o filho. É o caso, por exemplo, do filho que foi “abandonado” afetivamente pelo pai desde a infância e foi criado por outra pessoa. Trata-se uma hipótese excepcional e motivada que autoriza a mudança do nome à luz do art. 57 da LRP. Essa alteração de nome não desfaz o vínculo de filiação: “nome civil” é instituto jurídico que não se confunde com o da “filiação”.

Nesses casos, o filho maior poderá vir a pleitear, se quiser, que seja acrescido o sobrenome do seu padrasto/madrasta ou até mesmo de um “pai ou mãe de criação”, sem que tal implique a formação de um vínculo de filiação com eles.

O STJ acena nessa direção (REsp 1304718/SP, 3ª Turma, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, DJe 05/02/2015¹¹; Ag nº 989812/SP, Rel. Min.

¹¹ No caso, a pessoa maior obteve a supressão do sobrenome do pai que o havia abandonado desde a infância, substituindo-o pelo sobrenome da avó materna, que efetivamente criou.

Fernando Gonçalves, DJe 07/03/2008¹²; REsp 220.059/SP, 2ª Seção, Rel. Ministro Ruy Rosado de Aguiar, DJ 12/02/2001¹³; REsp 66.643/SP, 4ª Turma, Rel. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ 09/12/1997¹⁴).

4.3.5. Outros efeitos práticos

O conceito de família moisaco pode ter outras utilidades práticas, como ser levado em conta para efeito de: (1) respaldar alegações de impenhorabilidade de bem de família à luz da Lei nº 8.009/90 – se bem que essa impenhorabilidade é estendida até para uma pessoa que vive sozinha –; ou (2) aferição de requisitos de renda familiar para a obtenção de benefícios administrativos, creditícios e sociais (renda familiar para contratos, assistências sociais – como o famoso “bolsa-família” –, etc.).

5 CONCLUSÃO E SUGESTÕES AO LEGISLADOR

A busca por precisão terminológica e por princípios é importante para o debate científico no Direito, especialmente em questões de Direito de Família. Isso, porém, não significa que haverá respostas únicas, mas apenas que as diferentes respostas decorrerão do manejo adequado das normas do ordenamento jurídico.

Enfrentamos, neste estudo, várias questões práticas envolvendo padrasto/madrasta valendo-se dos conceitos doutrinários e dos princípios informadores do nosso ordenamento.

Externamos, ainda, os postulados do princípio da prioridade relativa da família natural. Deixamos um resumo sistemático de cada uma das conclusões no primeiro capítulo.

Por fim, é fundamental que o legislador se atente para todos esses problemas concretos atualmente existentes no ordenamento e, no exercício de seu papel constitucional, edite leis que deem clareza para o enfrentamento dessas questões.

Além do mais, o pedido foi formulado no primeiro ano da maioridade, o que poderia atrair o art. 56 da LRP, que, apesar de permitir a alteração imotivada do prenome nesse momento, deve ser interpretado em conjugação ao art. 57 da LRP para credenciar a mudança do sobrenome quando houver justo motivo.

¹² Foi admitida a substituição do sobrenome do pai pelo do padrasto.

¹³ A pessoa maior requereu exitosamente o acréscimo do sobrenome do padrasto, que a criou desde a infância.

¹⁴ Pessoa maior obteve a exclusão do sobrenome do pai que o abandonou desde a infância.

6 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

DELGADO, Mário Luiz. **A pandemia e o princípio da presença virtual**. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/330732/a-pandemia-e-o-principio-da-presenca-virtual>>. Acesso em: 16 jul. 2020.

DELGADO, Mário Luiz; SIMÃO, José Fernando. **Famílias conjugais e famílias (co)parentais**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-mar-08/processo-familiar-familias-conjugais-familias-coparentais>>. Acesso em: 8 mar.2020

OLIVEIRA, Carlos Eduardo Elias de. **O princípio do aviso prévio a uma sanção no Direito Civil Brasileiro**. Brasília: Núcleos de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado, maio/2019 (Texto para Discussão nº 259). Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/557986/Texto_para_discussao_259.pdf?isAllowed=y> Acesso em: 30 mai. 2019.

ROSA, Conrado Paulino da. **Curso de Direito de Família contemporâneo**. Salvador: JusPodivm, 2018

Missão da Consultoria Legislativa

Prestar consultoria e assessoramento especializados ao Senado Federal e ao Congresso Nacional, com o objetivo de contribuir com o aprimoramento da atividade legislativa e parlamentar, em benefício da sociedade brasileira.



Núcleo de Estudos
e Pesquisas

Consultoria
Legislativa

SENADO
FEDERAL



ISSN 1983-0645