

APROVADA POR UNANIMIDADE

**Destituição/perda do poder familiar frustrada: restabelecimento
jurídico do vínculo da filiação biológica**

Epaminondas da Costa
Promotor de Justiça no Estado de Minas Gerais

Sumário

- I- Introdução
- II- Fundamentação da tese
- III- Conclusão

Introdução

A ação de perda ou destituição do poder familiar visa, principalmente, a propiciar às crianças e aos adolescentes, em situação de abandono ou de desproteção total pelos pais, a possibilidade de colocação em família substituta. Esta medida somente pode ocorrer em situações deveras excepcionais, nos termos do art. 19 da Lei n. 8.069 de 13/07/1990 – Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA).

É necessário, ainda, que sejam esgotados os meios de promoção social, de orientação, de acompanhamento ou de tratamento dos pais, sob pena de a colocação em família substituta vir a implicar em violação ao direito fundamental de ser a criança ou adolescente criado e educado no seio da sua família, natural ou extensa (arts. 19 e 25 c/c arts. 101, § 9º e 129 do ECA).

Cumpridas as exigências legais para a que a decisão judicial declare a perda do poder familiar, casos há de inviabilidade quanto à colocação em família substituta das vítimas de abandono ou de maus-tratos graves e permanentes, quer em razão de sua idade ou de características pessoais, quer em razão de recusa categórica da própria criança ou adolescente, concernente ao seu encaminhamento para outro lar, sobretudo a título de adoção. Consequentemente, eles costumam fugir frequentemente da instituição de acolhimento, a fim de se encontrarem com os pais, sendo muitas vezes recebidos de forma afetuosa, apesar das dificuldades materiais e emocionais destes.

Portanto, pode-se admitir como razoável ou racionalmente compreensível que, em face de tal quadro, não se avalie a conveniência e a oportunidade do retorno à família natural, inclusive com o restabelecimento do vínculo jurídico da filiação biológica, extinto mediante a ação de perda do poder familiar? Eis, pois, o tema do presente trabalho.

Fundamentação da tese

O art. 1.638 da Lei n. 10.406 de 10/01/2002 – Código Civil – trata das situações que poderão acarretar a perda do poder familiar; emprega-se ali o verbo “perder”, a fim de indicar a ação humana ou a conduta dos pais que seja capaz de autorizar o Poder Judiciário, no campo do direito, a destituí-los da *função materno/paterno-filial*.

Portanto, enquanto a expressão “perda do poder familiar” aponta para a conduta dos pais em relação aos *filhos menores*, apta a produzir determinados efeitos jurídicos, a locução “destituição do poder familiar” encerra a ideia de ação em sentido processual, abrangendo assim a obrigatoriedade do estabelecimento de procedimento contraditório, sem o qual se mostrará inviável a extinção jurídica do *vínculo paterno/materno-filial*.

São causas legais para a destituição do poder familiar, nos termos do art. 1.638 do Código Civil: a) castigar imoderadamente o filho; b) deixar o filho em abandono; c) praticar atos contrários à moral e aos bons costumes (consumo de substâncias entorpecentes, alcoolismo, “vadiagem”, cometimento de crimes em geral); e d) incidir, reiteradamente, nas faltas previstas no artigo antecedente (abusar da autoridade de pai ou de mãe).

Afirma-se na introdução que nem sempre crianças e adolescentes, destituídos do poder familiar, são integrados numa família substituta, fato que normalmente ocorre por meio da adoção. A expressão “família substituta” se opõe à locução “família natural”, definida esta, legalmente, como a comunidade formada pelos pais ou qualquer deles e os seus descendentes (art. 25 do ECA).

Registre-se que, a partir da idade de 12 (doze), o adolescente tem o direito legal de aceitar ou recusar o seu encaminhamento a lar substituto, sobretudo sob a forma de adoção (cf. arts. 28, § 2º e 46, § 2º do ECA).

Com efeito, se a criança ou adolescente recusa-se a ser adotado por alguém e, além disso, foge frequentemente da instituição de acolhimento, a fim de se encontrar com os seus pais – sendo certo, ainda, que a permanência no “abrigo” é temporária, frequentemente com o *desligamento* compulsório após a idade de 18 (dezoito) anos –

afigura-se irracional que seja feito vista grossa ao malogro na promessa de propiciar nova família a essa criança ou adolescente.

É bem verdade que diversos operadores do direito, presos à ortodoxia processual da coisa julgada, argumentarão com a impossibilidade da resolução jurídica do problema apresentado, ou seja, que se restabeleça no registro civil a filiação extinta mediante a ação de perda do poder familiar, sobretudo quando se apresenta incabível o ajuizamento de ação rescisória.

Entretanto, algumas questões relevantes se apresentam aqui.

Primeiro, em face da crise do positivismo jurídico na contemporaneidade, em que, no direito de família, por exemplo, houve a relativização da coisa julgada material, exige-se postura profissional mais consentânea com a efetividade ou com maior racionalidade da justiça.

Segundo, na ação de destituição ou perda do poder familiar, a relação processual se estabelece geralmente entre o Ministério Público – como parte pública autônoma *presentando* a sociedade – e os pais da criança ou do adolescente em situação de abandono ou de maus-tratos graves e permanentes. Quer dizer, o Ministério Público não atua como substituto processual dessa criança ou adolescente, até porque o art. 81 da Lei n. 5.869 de 11/01/1973 – Código de Processo Civil (CPC) – prescreve que o Ministério Público exercerá o direito de ação nos casos previstos em lei. O art. 201, III do ECA, de forma expressa, atribui ao Ministério Público a legitimidade para a propositura da referida ação, de forma autônoma e não como substituto processual. A mesma pode ser ajuizada, também, pelos adotantes, cumulativamente com o pedido de adoção.

Terceiro, nos termos do art. 472 do Código de Processo Civil⁵⁰, a criança ou adolescente, deixando de figurar na ação de perda do poder familiar como parte, não pode ser prejudicado, mas apenas beneficiado pela coisa julgada material, por força do disposto nos arts. 19, 43 e 45, § 1º, parte final, do ECA. Noutros termos, o ajuizamento da ação em causa é indispensável para que, excepcionalmente, haja a integração familiar

⁵⁰ Art. 472. A sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não beneficiando, nem prejudicando terceiros. Nas causas relativas ao estado de pessoa, se houverem sido citados no processo, em litisconsórcio necessário, todos os interessados, a sentença produz coisa julgada em relação a terceiros.

substituta, quando os pais forem vivos e não aderirem expressamente a esta medida (integração familiar substituta).

Consequentemente, mostra-se até despidianda a discussão sobre a teoria da relativização da coisa julgada, haja vista que os seus efeitos, por disposição expressa de lei, estão impedidos de prejudicar a quem não foi parte na ação de destituição ou perda do poder familiar.

Lado outro, o art. 47, § 2º do ECA estabelece que, quando houver a sentença de adoção, expedir-se-á o mandado judicial, que será arquivado no registro civil, dele resultando o cancelamento do registro original do adotando. Inexistindo a adoção, constará apenas do registro civil a averbação da perda do poder familiar, conforme dispõe o art. 102, item “6”, da Lei n. 6.015 de 31/12/1973 – Lei dos Registros Públicos (LRP).

Enfim, constatada a impossibilidade do encaminhamento a lar substituto após a destituição do poder familiar, bem como verificada que a família biológica, com o passar do tempo, consegue acolher os filhos, sobretudo afetivamente, ainda que sem oferecer condições plenas de proteção, deve-se assim promover a reintegração familiar imediata. Em relação ao registro civil, bastará o requerimento de “suprimento”⁵¹ do registro (art. 109 da LRP), analogicamente, a ser feito por curador especial nomeado pelo juiz da infância e da juventude, nos termos do art. 141, § 1º do ECA. O Ministério Público atuará no processo como fiscal da lei, tendo em vista ser contraditória a sua posição de parte autora no processo de destituição do poder familiar e, em seguida, figurar como autor do requerimento em favor da criança ou do adolescente não beneficiado pelos resultados daquela ação (*destituição do poder familiar frustrada*).

Anote-se, por fim, que a hipótese em estudo é incompatível com a propositura de nova ação – suponha-se ação declaratória de maternidade e/ou de paternidade –, por inexistir pretensão resistida, ou seja, pais e filhos querem a manutenção do vínculo biológico. Afora isto, averba-se no registro público apenas a destituição ou a suspensão do poder familiar, sem o cancelamento do registro. Noutros termos, cuida-se de uma simples anotação (averbação), podendo ser cancelada posteriormente, contanto que sejam cumpridas as formalidades legais próprias, assim como ocorre com as anotações no

⁵¹ CAMPOS, Antônio Macedo de. *Comentários à lei de registros públicos. 1º VOLUME (arts. 1 a 113 da Lei nº 6.015)*. 2ª ed. rev. E atual. Bauru-SP, Ed. Jalovi Ltda., 1981, p. 407: “(...) c) O suprimento. É a prática de um ato no lugar de outro, que deveria ter existido, mas que nunca chegou a existir....”.

registro imobiliário, passíveis expressamente de cancelamento (cf. art. 250 da Lei n. 6.015 de 1973).

Outrossim, é inconcebível que a presente situação seja resolvida por meio do instituto da adoção, o qual se destina a estabelecer a relação de parentesco entre pessoas desvinculadas biologicamente. Portanto, a adoção como filho, de alguém que a natureza atribuiu tal condição, geraria o estado de perplexidade.

Conclusão

Quando se mostrar totalmente inviável a colocação em família substituta, da criança ou adolescente disponível para a adoção, contanto que os estudos psicossociais não contraindiquem o retorno à família natural, é possível a determinação judicial do cancelamento da averbação da destituição do poder familiar no registro civil, em sede de pedido fundado no art. 109 da Lei n. 6.015 de 1973, objetivando o restabelecimento jurídico do vínculo da filiação biológica.

Uberlândia-MG, em 17 de abril de 2012.