



Faculdade Paraíso - CE

FACULDADE PARAÍSO DO CEARÁ - FAP

Curso de Direito

Isabel Holanda Sampaio

DESTITUIÇÃO COMO FORMA DE EXTINÇÃO DO PODER FAMILIAR.

Juazeiro do Norte-CE

2013

Isabel Holanda Sampaio

DESTITUIÇÃO COMO FORMA DE EXTINÇÃO DO PODER FAMILIAR.

Monografia apresentada à Coordenação do Curso de Direito da Faculdade Paraíso do Ceará - FAP, como requisito para a obtenção da graduação de bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Esp. Giácomo Tenório Farias

Juazeiro do Norte-CE

2013

Isabel Holanda Sampaio

DESTITUIÇÃO COMO FORMA DE EXTINÇÃO DO PODER FAMILIAR.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Esp. Giácomo Tenório Farias
Orientador

Prof (a). Esp. 1
Avaliador (a)

Prof (a). Esp. 2
Avaliador (a)

Prof. Esp. Giácomo Tenório Farias
Coordenador do Curso

Juazeiro do Norte-CE
2013

"Você pode dizer adeus a sua família e a seus amigos e afastar-se milhas e milhas e, ao mesmo tempo, carregá-los em seu coração, em sua mente, em seu estômago, pois você não apenas vive no mundo, mas o mundo vive em você".
- Frederick Buechner, Telling The Truth

AGRADECIMENTOS

Primeiramente a Deus, pois sem ele não chegaria até aqui.

Aos meus queridos pais, por seus incansáveis esforços para comigo, aos meus queridos familiares e amigos, que acreditaram na conclusão deste trabalho quando eu mesma não confiava.

Em especial ao professor/orientador, Esp. Giacomo Tenório Farias pelo apoio, paciência, dedicação e ensinamentos profissionais que possibilitaram a construção desse trabalho.

LISTA DE ABREVIATURAS

Art – Artigo

CC – Código Civil

CPC – Código de Processo Civil

ECA – Estatuto da Criança e do Adolescente

RESUMO

A presente monografia analisará a destituição como meio para a extinção do poder familiar. Após adoção feita pelo Estatuto da Criança e Adolescente da teoria da proteção integral, o infante passou a ser considerado como possuidor de direito cabendo ao Estado, juntamente com a sociedade e aos pais, atuar de forma que estes sejam garantidos, protegendo-os e proporcionando-lhe o essencial para um bom desenvolvimento social e moral. Diante desta afirmativa passou a ser dever do Estado intervir nos casos em que tais prerrogativas sejam ameaçadas pelo mal exercício do poder familiar que é atribuído aos genitores e que o vinculam ao menor até que este seja considerado capaz civilmente. Em primeiro momento, analisaremos o conceito de poder familiar assim como sua origem e forma de extinção. Em segundo momento será analisado a destituição como forma de intervenção estatal no exercício do poder familiar, como procedimento por meio do qual ela ocorre. Por fim verificaremos a sentença resultante de tal procedimento assim como a possibilidade de restituição do poder familiar chegando a conclusão que a destituição em si constitui medida extrema adotada pelo judiciário, devendo sempre ser fundamentada de forma que não incorra em erro o juiz ao decretar a sentença. O objetivo do presente trabalho é verificar o exercício do poder familiar como *múnus* público atribuído aos pais; especificar a intervenção estatal através do processo de destituição, bem como analisar a possibilidade de restituição do poder familiar de pais destituídos. A metodologia utilizada será o estudo bibliográfico, publicações em revistas jurídicas, jornais e artigos de internet; como método de abordagem será utilizado o dedutivo; os métodos procedimentais utilizados serão histórico, descritivo e exploratório.

Palavras-chave: Adolescente, criança, destituição, poder familiar.

SUMARIO

INTRODUÇÃO	8
1.1 Breve Histórico	10
1.2 Do Conceito, Conteúdo e Exercício.....	13
1.3 Das Características	14
1.4 Das Causas de Extinção do Poder Familiar.....	15
1.5 Da intervenção do Estado em nome do melhor interesse do menor	17
1.5.1 <i>Da suspensão</i>	18
2 DA AÇÃO PARA PERDA OU DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR.....	20
2.1 Conceito e Previsão Legal.....	20
2.2 Cabimento.....	21
2.3 Legitimações Ativa e Passiva	23
2.4 Da Competência	25
2.5 Da Petição Inicial	26
2.5.1 <i>Da emenda e indeferimento da inicial e da desistência da ação</i>	29
2.5.2 <i>Da citação</i>	29
2.6 Medidas Preventivas	30
2.7 Respostas do Réu e Revelia.....	31
2.8 Audiência de Instrução e Julgamento	32
3 DA SENTENÇA E SEUS EFEITOS	34
3.1 Da Sentença e sua Revisão.....	34
3.2 Da Recuperação do Poder Familiar.....	35
3.3 Da Destituição como Pressuposto para Adoção e suas Consequências.....	36
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	39
REFERÊNCIAS	41

INTRODUÇÃO

A destituição é o termo utilizado para a denominação da chamada perda do poder familiar que corresponde a uma das medidas adotadas pelo Estado como forma de intervir na relação pai-filho sempre quando esta se mostrar prejudicial ao menor. Suas hipóteses de cabimento encontram previsão tanto no Código Civil, quanto no Estatuto da Criança e Adolescente. Em ambos, atua o legislador fundamentado na teoria da Proteção Integral que visa resguardar o infante buscando sempre o seu melhor interesse, mesmo que para tanto seja necessária a retirada do poder familiar do qual são titulares os pais.

O poder familiar é o conjunto de direitos e deveres atinentes aos pais, que tem por obrigação a guarda e sustento dos filhos menores. Tal entidade origina-se na idade antiga, juntamente com os primeiros aglomerados de pessoas, passando a ser regulado, entretanto, apenas com o surgimento da sociedade e suas respectivas normas e leis.

A evolução dos ordenamentos assim, como progresso do instituto em análise, resultou na alteração da denominação e definição do mesmo. Sendo assim, o poder familiar até então chamado de pátrio poder, deixou de ser exercido apenas pelo pai, passando a mãe também a ser titular do composto de direitos e deveres que o caracteriza.

Para alguns estudiosos tal expressão ainda é considerada errônea visto que o termo poder nos remete ao Direito Romano, que permitia ao pai dispor da vida dos filhos como bem quisesse, torna-se preferível então à utilização do vocábulo autoridade, como já é previsto pelo Projeto do Estatuto das Famílias.

Diante do exposto, o presente trabalho ira abordar em seu primeiro capítulo um breve histórico sobre poder familiar, apontando as características do mesmo e as formas pelas quais o seu exercício é extinto.

A duração do poder familiar esta subordinada à incapacidade civil atribuída ao filho menor que, em decorrência da condição que se encontram, devem ser representado ou assistido pelos seus genitores, cabendo a estes os proteger e orienta-los enquanto sob sua guarda e cuidado.

Sua extinção esta prevista no Código Civil, em rol taxativo, que prevê além da forma natural, na qual a menoridade cessa passando assim o filho a ser apto para

os atos da vida civil, às formas em que este ocorre de forma arbitrária através da emancipação, ou mediante decisão judicial, que é o caso da Destituição.

Dando continuidade ao trabalho, abordar-se-á no segundo capítulo a destituição como meio de intervenção do estado em prol do melhor interesse do menor, dissipando o poder familiar até então de titularidade dos pais, e dando por fim as prerrogativas atinentes a estes.

A aplicação desta medida configura a forma mais grave de intervenção no poder familiar, e compreende na retirada do infante de ambiente e presença consideradas prejudiciais para os mesmos.

Para tanto serão analisadas as hipóteses em que o judiciário deverá ser ativado, como também o procedimento pelo qual este ocorre, desde a sua legitimação, até o momento do seu julgamento.

Diante disso se faz necessário que, durante o procedimento sejam analisadas todos os fatos alegados assim como a possibilidade de substituição de tal ação por adoção de medidas mais leves que permitam ao infante a possibilidade de continuar na sua família natural.

Por fim, no ultimo capítulo será demonstrada a importância da realização de estudo do caso para a fundamentação da sentença assim como a possibilidade de restituição do poder familiar mesmo tratando-se de coisa julgada. Por ultimo será tratado da destituição como pressuposto para a adoção, apontando os efeitos resultantes da atribuição de tal valor a sentença.

1 DO PODER FAMILIAR

1.1 Breve Histórico

O início da relação familiar nos leva aos primeiros grupos de pessoas, as quais se reuniam em tribos e praticavam a poligamia, onde os filhos ficavam sob a guarda da mãe, cuja era a única que os reconhecia, visto ser quase inviável o reconhecimento paterno, por conta do modo pelos quais ocorriam os relacionamentos.

Com o surgimento da monogamia esse poder para com os filhos passou para a figura paterna quem passou a ter autoridade sobre a prole, cabendo à mãe apenas guardá-los e amá-los.

No entanto, é com o direito grego e romano que nos é apresentado os primeiros sinais expressos da existência do pátrio poder ou poder patriarcal, dentro da sociedade, onde antes mesmo de os legisladores instituírem suas leis, a religião já se fazia presente como orientador e regulador do instituto familiar.

A família era tida como uma pequena sociedade no qual o pai era sua representação ao mesmo tempo em que era o elo desta para com os deuses a quem adoravam. Esta posição lhe era atribuída por um poder maior que estabelecia os graus de autoridade dentro do lar.

Desta forma, o homem aparecia no topo, sendo o primeiro, responsável pelo culto, e a propagação da religião e da família. A mulher por outro lado, não possuía tal papel, atuando de forma subsidiária e dependente do pai e marido, desta forma, não poderia ela constituir família sozinha, nem continuar com uma, caso seu marido viesse a falecer.

Durante o culto apenas auxiliava o esposo, nunca tomando a frente na celebração. Tal condição diante da família tinha respaldo nas leis de MANU (Código de MANU, Livro nono, art. 420), que diz: “Uma mulher está sob a guarda de seu pai, durante a infância, sob a guarda de seu marido durante a juventude, sob a guarda de seus filhos em sua velhice; ela não deve jamais se conduzir à sua vontade”.

Quanto à relação pai-filho, este último, de acordo com a religião, possuía subordinação ao poder paternal de tal modo a nunca atingir a maioridade. Tal sujeição foi sumindo a partir do momento no qual a religião deixou de vigorar, dando

espaço à lei grega e romana que passaram a estabelecer os direitos do pai em relação ao filho, alguns fundamentados ainda na religião.

Entre eles, estava o direito atribuído ao pai, e tão somente a ele, de reconhecer ou não uma criança como filho seu, decidir sobre casamento de filhas, assim como emancipar filhos, ou adotar incluindo-o no culto do lar, além de escolher tutor para esposa e filhos, em caso de sua morte.

Necessário se faz lembrar que, para tal sociedade, a propriedade era indivisível concentrada nas mãos paternas, de modo que os bens recebidos pelos filhos assim como sua mão de obra, eram na verdade propriedade do pai, “O patrimônio era integralmente do pai. Os filhos não tinham bens próprios” (VENOSA, 2009), Diante disso, poderia os filhos ser vendidos como qualquer bem de valor, através de contratos de compra e venda que muitas vezes estipulavam cláusulas que resguardavam a possibilidade de os mesmos serem recomprados pelo pai.

Na Roma, o pátrio poder estava previsto na IV Tabua, Lei das XII Tabuas, e garantia ao pai o direito de matar o filho, quando este nascesse com alguma anomalia ou deformidade, tal acontecimento deveria, de acordo com o código, ser julgado por 5 (cinco) vizinhos.

Com o passar do tempo, o pátrio poder assim como as normas que o regulavam, religiosas ou civis, foram moldando-se de acordo com a evolução do instituto familiar. No Brasil, no entanto a influência do direito romano ainda se fez presente. Segundo Venosa (2009, p. 301):

(...), a noção romana, ainda que mitigada, chega até a Idade Moderna. O patriarcalismo vem até nós pelo Direito Português e encontra exemplos nos senhores de engenho e barões do café, que deixaram marcas indelévels em nossa história.

Desta forma, por um grande período, a mulher era vista como dependente do homem, não como ocorria na Roma antiga, visto que com o decorrer de acontecimentos, vieram a adquirir alguns direitos, mas sua atuação dentro da família e perante a criação dos filhos ainda ocorria de forma auxiliar, considerada como principal a decisão do pai cabendo à mãe apenas na ausência deste, decidir algo em relação aos filhos, ou, em caso de considerar injusta ou errônea tal decisão feita pelo genitor, recorrer judicialmente em favor do filho.

A Constituição Federal, assim como a criação de leis especiais, o Estatuto da Mulher Casada, por exemplo, foram de suma importância para a evolução desse instituto dentro do nosso direito, visto que acabaram com diferenças existentes entre o homem e mulher, trazendo esta última a uma posição de igual importância dentro do lar.

Assim, passou não só o pai, como também a mãe a exercer papéis idênticos e essenciais na vida e criação dos filhos. Aos poucos, a mulher deixou de atuar como mera auxiliadora, agindo de forma ativa e passando a ter direito de tomar parte das decisões referentes à prole mesmo que de contra a decisão do pai, cabendo ao judiciário resolver caso haja divergência, decidindo sempre de forma a buscar o melhor interesse da criança ou adolescente.

Diante de tais progressos e de tantas outras decorrentes da evolução do direito e do instituto da família, o poder familiar passou por várias transformações, de modo que atualmente, pouco se vê daquele pátrio poder, concentrado nas mãos do pai, regulado por religião e leis nela fundamentados.

O poder tornou-se autoridade, de maneira a não ter mais o pai o direito de dispor do filho como bem queira, passando a ter obrigação, não só ele como também à mãe, de zelar e cuidar do filho, de modo a garantir-lhe, dentro de suas finanças, o necessário para que a criança ou adolescente possua condições adequadas para um pleno desenvolvimento, moral, pessoal e profissional.

Em 2002, a evolução até então aludida, se fez expressa no nosso Código Civil, que substituiu a expressão, pátrio poder, pela que por nós é utilizada, o denominado poder familiar.

Tal denominação passa, no entanto, por questionamentos, visto que como já mencionado não se trata mais de poder, e sim poder-dever, caracterizador de uma autoridade ora atribuída a ambos os pais.

No direito comparado as indagações continuam. A utilização da expressão “poder paternal” feita por alguns ordenamentos, mesmo diante da evolução dos mesmos, ainda remete a um passado recente no qual o pai se prevalecia diante da mãe nos direitos referentes ao Poder Familiar, ou Parental como é chamado pelo Direito Português, dentre outros.

1.2 Do Conceito, Conteúdo e Exercício.

Compreende-se por poder familiar o conjunto de direito e deveres inerentes aos pais, com o intuito de proteger e garantir condições aptas para um bom desenvolvimento dos filhos menores de 18 (dezoito) anos. Tal definição, assim como, o instituto em si, passou por varias modelações como já visto, de modo que atualmente esta relacionado mais aos deveres dos pais para com os filhos, do que com os direitos daqueles sobre estes.

As mudanças surgidas na família, fez com que o papel de seus integrantes tivesse uma conotação mais igualitária, surgindo, assim, o dever de cuidado mútuo, senão vejamos a lição de Diniz (2009, p. 383):

(...) a evolução das relações familiares, mudou substancialmente o instituto. Deixou de ter um sentido de dominação para tornar-se sinônimo de proteção, com mais características de deveres e obrigações dos pais para com os filhos do que de direitos em relação a eles.

Deixa claro desta forma a mudança de objeto do instituto em estudo, deixou de ser o direito inerente aos pais passando a ser a proteção do menor.

Segundo, Diniz (2012, p.601), o poder familiar:

É o 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 proteção do filho.

Tal conceito, nos trás o elemento que hoje caracteriza o Poder Familiar, que vem a ser a obrigação atribuída aos pais de zelo e cuidado do menor quando ainda se encontram sob a guarda daqueles.

A expressão poder familiar, como já vista, vem substituir a utilizada pelo Código Civil de 1916, até então denominado pátrio poder, de modo a expandir o poder de decisão, antes concentrado na figura do pai, até a alteração advinda do Código Civil de 2002, todavia, como já dito anteriormente, tal denominação ainda encontra questionamento por não se aceitar a expressão 'Poder' aplicada juntamente ao instituto familiar, sendo previsto pelo projeto do Estatuto das Famílias,

a substituição desse termo para o de Autoridade Familiar, rompendo, assim, com a imagem de Poder existente no Direito Romano.

O seu exercício está previsto no artigo 1634 do Código Civil, que destaca:

Art. 1.634. Compete aos pais, quanto à pessoa dos filhos menores:
I - dirigir-lhes a criação e educação;
II - tê-los em sua companhia e guarda;
III - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem;
IV - 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;
V - representá-los, até aos dezesseis anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento;
VI - reclamá-los de quem ilegalmente os detenha;
VII - exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição.

Destarte, cabe aos pais responder pelos filhos, quando impúberes e assistir-lhes quando púberes, assim como tê-los sob sua guarda e companhia até que ocorra a emancipação destes, seja natural ou judicialmente. Tal dispositivo tem fulcro no artigo 229 da nossa Constituição de 1988, primeira parte que afirma que “é dever dos pais assistir, criar e educar os filhos menores”.

No tocante a igualdade entre os pais ora apresentada pelo novo conceito de poder familiar, no desempenho desses, esta encontra seu fundamento constitucional no artigo 5º inciso I da Carta Magna que reza que “homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta constituição”.

O Estatuto da Criança e Adolescente, que entrou em vigor em 1990, trás em seu corpo diversos dispositivos protetores e garantidores de direitos as crianças e adolescentes, ressaltando em seu artigo 22 o dever dos pais na concretização desses direitos: “Aos pais incube, o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhes ainda, no interesse deste, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais”.

1.3 Das Características

Como já visto, com decorrer do tempo o poder familiar passou por evoluções concernentes a sua constituição e regulamentação. Tais mudanças acabaram por levar o esvaziamento de alguns elementos, e o surgimento de novas características inerentes ao mesmo, de modo a distingui-lo dentro do âmbito jurídico-social.

O poder familiar como conjunto de direitos e deveres que é, corresponde a um instituto personalíssimo, um ônus imposto pelo Estado perante aos pais, tratando-se desta forma de um *múnus publico*. Não podendo vir a ser alienado, delegado, renunciado, nem tampouco substabelecido, não tendo os pais o direito de se abdicar da condição a eles atribuída, de responsabilidade quanto à criação de seus filhos, caracterizando-o assim como irrenunciável e indelegável, sendo nulo qualquer ato realizado por iniciativa dos titulares.

A única exceção, segundo Gonçalves (2009, p.374): “é a prevista pelo artigo 166 do Estatuto da Criança e Adolescente, sob forma de adesão ao pedido de colocação do menor em família substituta, mas feita em juízo, cuja conveniência será examinada pelo juiz”.

Outra característica inerente ao poder familiar, a sua imprescritibilidade. Desta forma, não decai o genitor, o seu poder, pelo fato deste não o exercê-lo.

Mais um aspecto atinente, é o fato do instituto *in casu* não ser compatível com a tutela, de maneira que não se pode nomear tutor a criança ou adolescente cujo pai ou a mãe não tenha sido destituído do poder.

Retém ainda, um caráter vinculante relativo ao poder de mando da prole e de dever dos filhos de obediência, qualificando - o como autoridade.

Uma novidade trazida pelo Código de 2002 é a abrangência do artigo 1.630, que passa a incluir além dos filhos havidos na constância do casamento, aqueles de origem diversa e também os adotados.

A menoridade civil cessa de forma natural aos 18 (dezoito) anos completos, ou de forma antecipada através da emancipação, passando o jovem a possuir capacidade para responder pelos seus atos no âmbito cível dando fim por vez ao poder dos pais a ela vinculada.

1.4 Das Causas de Extinção do Poder Familiar

A cessão do poder familiar se dá de variados modos, levando ao fim o exercício daquele pelos pais. O artigo 1.635 do nosso Código Civil trás em seus incisos o rol das formas pelas quais tal instituto pode vir a ser extinto dando fim à autoridade parental assim como as prerrogativas inerentes ao mesmo.

I – pela morte dos pais ou do filho;

Tal dispositivo se faz claro em seu inciso primeiro, ao afirmar que o poder familiar extingue-se pela morte dos pais ou do filho. Nota-se que o legislador colocou pais em plural, visto que a morte de apenas um dos genitores não exclui o dever que recai sobre o sobrevivente, cabendo a este, exercer o múnus imposto a sua pessoa na condição de pai ou mãe. No que toca a morte do filho, esta extingue de forma natural a relação pai-filho, cessando, portanto, o poder familiar que dela origina.

Art. 1.635 (...)

II – pela emancipação, nos termos do art. 5º, parágrafo único;

Prevista pelo parágrafo único do artigo 5º do Código Civilista, compreende-se por emancipação o meio pelo qual o filho relativamente incapaz, ou seja, o maior de 16 (dezesseis) e menor de 18 (dezoito) completos adquire capacidade civil antes mesmo de atingir a idade estabelecida pelo nosso Diploma Civil, podendo desta forma contrair deveres e obrigações sem que seja necessária representação ou supervisão por parte dos pais ou responsáveis.

A emancipação pode se dar tanto por homologação judicial, nesse caso se faz necessária à permissão dos pais, quanto de forma automática, através dos casos previstos nos incisos do dispositivo em comento.

Art. 1.635 (...)

III – pela maioridade;

Ao ser atingida a maioridade por parte do filho, exclui-se automaticamente a responsabilidade ora atribuída aos pais pertinente ao poder familiar. Isso ocorre por acreditar-se que, segundo Gonçalves (2009, p.387) que: “Presume a lei que os maiores de 18 anos e os emancipados não mais precisam da proteção conferida aos incapazes.”

Diante disso, rompe-se o vínculo de subordinação existente na relação pai-filho. Cabendo ao pai, tão somente orientar de forma **superficial** o filho quando este lhe solicitar.

Art. 1.635 (...)

IV – pela adoção;

A adoção corresponde à extinção do poder familiar na pessoa do pai biológico, passando tal exercício a ser realizado pelo adotante. Trata-se, desta forma, de transferência de titularidade da autoridade familiar. Para tanto, é necessário à realização de procedimento judicial, no qual o contraditório se faz indispensável, visto que uma vez ocorrida, não há mais possibilidade de arrependimento eficaz.

Art. 1.635 (...)

V – por decisão, judicial na forma do artigo 1.638.

A modalidade de extinção prevista no inciso V do dispositivo em comento foi acrescentada ao nosso ordenamento, pelo Código Civil de 2002. Corresponde a mais extrema forma encontrada pelo nosso legislador para proteger os direitos da criança e adolescente, consistindo na remoção dos direitos referentes ao Poder Familiar, podendo ser ingressado tanto em face dos pais biológicos quanto dos adotivos, de modo a extinguir, em regra, de forma definitiva as prerrogativas a este instituto atribuídas.

Prevista no nosso Código Civil, suas hipóteses nos são apresentadas pelos incisos do artigo 1.638 do diploma em comento, configurando as possibilidades em que o processo judicial pode ser iniciado, resultando na perda das prerrogativas atinentes ao poder familiar, em regra, de forma definitiva.

1.5 Da intervenção do Estado em nome do melhor interesse do menor

É dever do Estado, juntamente com a sociedade e os pais, garantir as crianças e adolescentes condições favoráveis para o seu desenvolvimento. Isto posto, é responsabilidade Estatal a fiscalização do correto exercício do poder familiar pelos genitores podendo intervir em nome do melhor interesse do menor, sempre que este encontrar-se em situação considerada prejudicial a dignidade que lhe é inseparável.

O art. 98 do Estatuto da Criança e Adolescente prediz:

Art. 98. As medidas de proteção à criança e ao adolescente são aplicáveis sempre que os direitos reconhecidos nesta Lei forem ameaçados ou violados:

(...)

II - por falta, omissão ou abuso dos pais ou responsável;

Destarte, caberá ao judiciário aplicar a medida cabível, de acordo com a gravidade do risco ao qual a criança ou adolescente estejam submetidos.

1.5.1 Da suspensão

Tomando como fundamento a teoria da proteção integral adotada pelo Estatuto da Criança e Adolescente, o legislador tomou diversos cuidados para que a mesma seja concretizada no nosso ordenamento. Prevendo para tanto possibilidades nas quais os direitos resultantes da autoridade familiar sejam suspensos ou até mesmo extintos, como veremos adiante, tudo com o escopo de garantir o melhor interesse do menor.

A suspensão do poder familiar esta prevista no artigo 1.637 do código civil, que dispõe:

Se o pai, ou a mãe, abusar de sua autoridade, faltando aos deveres a eles inerentes ou arruinando os bens dos filhos, cabe ao juiz, requerendo algum parente, ou o Ministério Público, adotar à medida que lhe pareça reclamada pela segurança do menor e seus haveres, até suspendendo o poder familiar, quando convenha.

Paragrafo único. Suspende-se igualmente o exercício do poder familiar ao pai ou à mãe condenados por sentença irrecorrível, em virtude de crime cuja pena exceda a dois anos de prisão.

Compreende-se por suspensão o impedimento em caráter transitório do exercício do Poder Familiar, através de decisão judicial. O Estatuto da Criança e Adolescente faz, em seu artigo 24, referencia a aludida procedimento utilizado na proteção dos bens materiais e morais dos menores, ao afirmar que:

A perda e a suspensão do poder familiar serão decretadas judicialmente, em procedimento contraditório, nos casos previstos na legislação civil, bem como na hipótese de descumprimento injustificado dos deveres e obrigações a que alude o art. 22.

Sendo assim, fica evidente que a aplicação de tal modalidade como sanção, fica vinculada a atividade judiciária cabendo ao juiz competente aplicá-la aos pais, quando caracterizada uma das hipóteses em que o direito do menor encontra-se ameaçado pelo mau exercício de seus genitores, ou pela incompatibilidade transitória dos mesmos exercê-lo, possuindo desta forma caráter temporário, podendo vir a ser revogada quando as causas que fundamentaram sua aplicação se cessarem.

A aplicação da suspensão é tida como punição mais leve e pode dar-se em relação a um dos pais, caso em que o exercício se concentrará na mão daquele que ainda encontra-se apto para o desempenho do mesmo, ou a ambos, cabendo neste caso à nomeação de tutor para responder e proteger o menor. Também há possibilidade de a aplicação ser limitada a determinada obrigação ou direito, continuando o pai, responsável pelos demais deveres referentes ao poder familiar, Pode assim, o pai ser privado do direito de administrar o patrimônio do filho, mas continuar responsável pela guarda e proteção do menor.

A prática reiterada das causas suspensivas do direito familiar pode resultar na aplicação outra sanção judicial, considerada mais grave, e que já foi citada como forma de extinção. A chamada perda ou destituição do poder familiar é prevista no artigo 1.638 do Código Civil, e será objeto de estudo do nosso próximo capítulo.

2 DA AÇÃO PARA PERDA OU DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR

2.1 Conceito e Previsão Legal

O poder familiar como já visto no capítulo anterior, é um *múnus publico* imposto pelo Estado aos pais, a quem é atribuída à responsabilidade de sustento, guarda e proteção pessoal e patrimonial dos filhos púberes e impúberes, de forma a garantir-lhes o essencial a um bom desenvolvimento até que o mesmo seja considerado atinja a maioridade, ou seja, emancipado, passando assim a ser considerado capaz civilmente.

Cabe ao Estado, diante disto, a fiscalização, para que as prerrogativas referentes ao poder familiar sejam executadas corretamente pelos progenitores de modo que atenda as necessidades dos filhos; e intervenção caso as mesmas não sejam, adotando quando necessárias medidas protetivas, como forma de garantir a criança e adolescente o direito que lhe são próprios e que são deveres dos pais enquanto responsáveis por eles.

Isso se dá em decorrência do fato de ser atualmente adotada pelo ECA a teoria da proteção integral, onde o objetivo do legislador é sempre buscar o melhor interesse dos menores, mesmo que para o concretização deste seja necessário o afastamento, provisório ou permanente, da criança de sua familiar biológica.

A perda do poder familiar, também conhecida como destituição, é tida como a medida repressiva de maior peso dentre as de possível aplicação aos pais em caso de estes virem a falhar na execução do ônus a eles imposto pelo Estado de zelar pelos seus filhos e prepara-los para a sociedade, podendo ser aplicada tanto em relação a só um pai, quanto a ambos ao mesmo tempo, mas afastando sempre em sua totalidade das obrigações e direitos que lhe eram atribuídos quanto no exercício da autoridade familiar.

Maria Helena Diniz (2009, p. 565) nos trás em sua lição que:

A destituição do poder familiar é uma sanção mais grave do que a suspensão, operando se por sentença judicial (Lei n. 8.069, art. 148, parágrafo único, b) se o juiz (...) se convencer de que houve uma das causas que a justificam.

Indispensável se faz a análise e estudo do caso concreto, de forma minuciosa, por parte do juiz, avaliando os fundamentos e natureza, social ou pessoal, dos atos cometidos pelos pais considerados prejudiciais para o

desenvolvimento da criança/adolescente. Não podendo, destarte, em hipótese alguma, o magistrado atuar de forma objetiva ou indiferente as necessidades do menor e o seu melhor interesse.

O artigo 1.635 do nosso diploma civil prevê como forma de extinção do poder familiar, em seu inciso V, a perda por meio de decisão judicial, caracterizando assim a destituição.

Art. 1.635. Extingue-se o poder familiar:
(...)
V - por decisão judicial, na forma do artigo 1.638.

O artigo 24 do ECA afirma em seu texto que:

A perda e a suspensão do poder familiar serão decretadas judicialmente, em procedimento contraditório nos casos previstos na legislação civil, bem como na hipótese de descumprimento injustificado dos deveres e obrigações a que alude o artigo 22.

Desta forma ficam estabelecidas as primeiras prerrogativas concernentes ao procedimento pelo qual ocorre a destituição do poder familiar, assim como também, as hipóteses nas quais ela pode incidir, resultando na terminação do vínculo afetivo existente entre o pai ou mãe destituído e seus filhos.

2.2 Cabimento

Os casos em que a destituição pode ser aplicada são previsto pelos artigos 24 e 1.638 do ECA e Código Civil, respectivamente, podendo vir a ter natureza tanto sociais na qual a situação em que se encontra o menor não é responsabilidade exclusiva dos pais, cabendo ao estado sua parcela de contribuição para a situação do menor; quantos pessoais, estas estão intimamente ligados à conduta dos progenitores. Estes últimos apresentam maior recorrência, sendo objeto da maioria das ações de destituição.

O artigo 1.638, nos trás algumas hipóteses nas quais o juiz pode determinar a destituição do poder familiar:

Art. 1.638 – Perderá por ato judicial o poder familiar o pai ou a mãe que:

- I – Castigar imoderadamente o filho;
- II – deixar o filho em abandono;
- III – praticar atos contra a moral e os bons costumes
- IV – Incidir, reiteradamente, nas faltas previstas no artigo antecedente.

Tais hipóteses estão relacionadas a pessoas dos pais e suas condutas na educação do filho e zelo deste. No que toca ao castigo imoderado, entende-se este como uma forma de violência física e moral, ofensivo aos princípios subjetivos do instituto familiar e aos preceitos constitucionais que o regula, vindo a ser considerado ainda, por doutrinadores, como abuso da autoridade inerente ao poder familiar. Segundo Carlos Roberto Gonçalves, (2009, p. 387): “Seria realmente iníquo que se conservasse, sob o poder de pai violento e brutal, o filho que ele aflige com excessivos castigos e maus tratos”.

O abandono ora citado pelo inciso II do dispositivo em análise, não vem a ser apenas o abandono físico, mas também o intelectual e moral. Trata-se desta forma dos casos em que mesmo possuindo condições para garantir o sustento e desenvolvimento do filho, o pai deixa este a mercê da própria sorte. Sem qualquer proteção ou cuidado para com o futuro do menor.

Relativo a pratica de atos contrários a moral e aos bons costumes acredita-se que os filhos são reflexos dos pais e como espelhos que são, cabe a estes agirem de maneira a garantir aos infantes um exemplo a ser seguido e que seja aprovado diante da sociedade. Nesse sentido, Gonçalves (2009, p. 389) explica que “o lar é uma escola onde se forma a personalidade dos filhos. Sendo eles facilmente influenciáveis, devem os pais manter uma postura digna e honrada, para que nela se amolde o caráter daqueles”.

Os pais que procedem diante dos filhos com a prática de prostituição, mendicância, vadiagem, dentre outras não passa para o menor nada além de um modelo de vida regrado pela ausência de princípios constituintes de um bom caráter, representando assim uma ameaça para o desenvolvimento moral e social do infante.

O inciso IV do dispositivo supracitado, foi incorporado ao nosso ordenamento pelo Código de 2002, não sendo previsto pelos diplomas anteriores. E é referente a pratica frequente das hipóteses que dão causa a suspensão do poder familiar, estando elas previstas no art.1.637 do Código Civil.

Não possui, todavia, o rol do 1.638, caráter taxativo, sendo previstas por nosso legislador no Estatuto da Criança e Adolescente outras hipóteses nas quais o

Estado, representado neste caso pelo seu poder judiciário, pode interferir de maneira definitiva no exercício do poder familiar.

2.3 Legitimações Ativa e Passiva

A perda, ou destituição, do poder familiar, como já visto, trata-se de uma das formas de extinção do poder familiar, prevista pelo nosso código civil e se dá através de ato judicial. Ação de Destituição, ou para destituição, é o procedimento por meio do qual, o poder familiar é retirado dos pais, dando término ao laço afetivo, assim como as prerrogativas, que embasam este instituto.

Através de tal mecanismo, é a criança/adolescente retirado do convívio dos pais biológicos ou adotivos, por ser considerado este prejudicial ao desenvolvimento do menor, seja pelos motivos aludidos no artigo 1.638 do CC, seja por qualquer das hipóteses que preveem a adoção de tal medida como forma de proteger o infante.

Evidencia-se deste modo que o objetivo da destituição enquanto ação, é a garantia de proteção ao melhor interesse do menor, sendo previsto pelo artigo 155 do ECA aqueles que possuem legitimação para ingressar com ação cabível, junto ao judiciário.

Art. 155. O procedimento para perda ou a suspensão do pátrio poder terá início por provocação do Ministério Público ou de quem tenha legítimo interesse.

No dispositivo supracitado, o legislador deu fim ao caráter taxativo presente no código de menores expandindo de forma genérica o rol de legitimados para a propositura da ação para destituição.

Referente ao Ministério Público, este manteve sua legitimação respaldada pelo ECA. Diante disto, cabe a ele provocar o judiciário sempre que, na ausência de colegitimados interessados, for de seu conhecimento a ocorrência de uma das causas que resultam na ação para a perda, sejam as hipóteses previstas pelo artigo 1.638, sejam as previstas pelo ECA.

Também atuará no polo ativo em concorrência com colegitimado, quando as ações a que deram início divergirem ou no pedido ou na causa de pedir, cabendo ao magistrado de ofício ou a pedido dos legitimados com fulcro no artigo 105 do CPC, “reunir as ações propostas em separado, a fim de que sejam decididas simultaneamente”, evitando assim decisões contraditórias.

Por outro lado, caso coincidam as ações em seus pedidos e causar de pedir, caberá ao MP abrir mão de sua legitimidade, sendo extinta a ação por ele proposta, passando assim a intervir no processo de destituição apenas como fiscal da lei. Indispensável se faz lembrar que quando não atuando no polo ativo da lide, caberá ao Ministério o papel de intervir junto ao processo, visando sempre garantir que o melhor interesse da criança/adolescente seja alcançado, acarretando em nulidade a ausência de sua intervenção.

No tocante a expressão genérica adotada pelo artigo 155 do ECA “detentor de legítimo interesse”, esta se refere a não tão somente aqueles já previsto pelo código de menores, como também a todo aquele que possua interesse pessoal na destituição, como por exemplo, os adotantes.

Vicente de Paula Ataíde Junior (2009, p.74) afirma a respeito do interesse pessoal que:

O interesse pessoal do sujeito ativo deve estar umbilicalmente ligado à proteção da criança e do adolescente. A personalidade referida para compor a definição de legítimo interesse, abarca, sem dúvidas, os interesses familiares.

Diante disso, limita-se a legitimidade a aqueles que têm por objetivo garantir ao infante a proteção que lhe é de direito, proporcionando todos os meios possíveis para um bom desenvolvimento.

Assim, não possui tal legitimidade o Conselho Tutelar que, ao ter conhecimento de atos de negligencia e abuso por parte dos pais para com os filhos, cabe apenas o dever de recorrer ao Ministério Público para o que este, dotado de legitimidade extraordinária que lhe é atribuída, ingresse com a devida ação.

Também é dotado de legitimação, o pai que, com o intuito de proteger o filho de condutas lesivas praticadas pelo outro genitor, ingressa com ação junto ao judiciário para destituição do poder familiar atribuído a este ultimo.

Considera-se igualmente detentor de legítimo interesse para propositura da ação o próprio infante, que devera ser representado por seu genitor, quando ingressada apenas contra um dos progenitores, ou por curador especial determinado pelo juiz, quando ambos os pais ocupam o polo passivo da lide podendo ainda recorrer à defensoria publica para que esta atue em sua defesa.

Quanto à legitimação passiva, essa é figurada por aqueles a quem é atribuído as prerrogativas atinentes ao poder familiar, sendo assim, segundo Vicente de Paula Ataíde Junior (2009,p.77) “a legitimidade passiva da ação destituidora reserva-se a pai e mãe, assim estabelecidos em decorrência da relação jurídica de filiação”.

Quanto ao reconhecimento do estado de filiação e as formas pelas quais este pode vir a ser realizado, estas são previstas pelo nosso Diploma Civil assim como também pelo ECA, que se mostrou inovador como explicita em seu artigos 26:

Art. 26. Os filhos havidos fora do casamento poderão ser reconhecidos pelos pais, conjunta ou separadamente, no próprio termo de nascimento, por testamento, mediante escritura ou outro documento público, qualquer que seja a origem da filiação.

Indispensável se faz, todavia, para propositura de Ação para Destituição, a apresentação de prova pré-constituída de estado de filiação, seja por meio de certidão de nascimento, seja por termo de reconhecimento de filiação.

Tal exigência se faz pelo fato de que não se pode ingressar ação restituidora contra pais desconhecidos sendo considerado pressuposto para a destituição, o exercício do poder familiar por parte dos genitores.

2.4 Da Competência

A competência para julgar os casos de destituição do poder familiar, é definida pelo sistema de alçadas estabelecido pelo Estatuto da criança e do adolescente. Este determina regulamentos referentes à competência territorial e a competência material buscando através desta última determinar a atuação do Juiz da Infância e Juventude ou do juiz que por este responderá.

O artigo 148 do aludido Estatuto, determina em seus incisos de I ao IV matérias que competem exclusivamente ao juizado da infância e juventude. Assim, Ataíde Junior afirma (2009, p.85):

(...) por exemplo, os pedidos de adoção e seus incidentes, casos previstos no inciso III do art. 148, sempre serão propostos perante o Juiz da Infância e Juventude, sob pena de nulidade absoluta.

Já referente às hipóteses arroladas nos demais incisos, estas podem vir a ser ajuizadas na justiça comum, mais precisamente na vara da família, desde que não incorra nos casos em que haja situação de risco para a criança/adolescente, como os previstos pelo seu parágrafo único, alíneas “a” à “h”, circunstâncias nas quais a competência passa da justiça comum para a do juizado da infância e juventude.

Diante disso, caberá a apreciação do Juiz da Infância e Juventude, os casos em que os direitos atinentes ao infante encontrem-se ameaçados por ação ou omissão por parte do estado, sociedade ou dos próprios pais.

Isto posto, levando em conta o fato de o procedimento para destituição estar previsto na alínea “b” do parágrafo único do art. 148, encontra-se esta no rol de competência originária da justiça comum, somente podendo ser de conhecimento do Juizado, nos casos que incidirem situação de risco cujo é definida pelo art. 98 do Estatuto em comento.

Uma vez definida a competência material, considerada como absoluta, passa então a se estabelecer a competência relativa, denominada territorial. Para tal, preceitua o art. 147 do ECA o seguinte:

Art.147. A competência será determinada:
I – pelo domicílio dos pais ou responsável;
II- pelo lugar onde se encontre a criança ou adolescente, à falta dos pais ou responsável.

Indispensável se faz deixar claro que, tal dispositivo se aplicará apenas aos casos em que a competência material é aplicada ao Juizado de Infância e Juventude, sendo os casos de justiça comum, regulamentados pelo art. 94 do CPC.

2.5 Da Petição Inicial

Como já visto a competência para o julgamento de casos de destituição do poder familiar vai ser determinada pela condição que o infante se encontra no momento da propositura da ação, se caracterizada como de risco, caberá apreciação pelo juizado da infância e juventude, caso contrário, poderá o juiz da vara da familiar julgar o caso que lhe for apresentado pela inicial.

A petição inicial é a peça introdutória de qualquer procedimento ou processo, e tem como principal função propiciar o conhecimento da lide ao judiciário, para que este possa apreciar e julgar a causa. De acordo com Ataíde Junior (2009, p.92): “A petição expõe os limites da lide e vincula a sentença a esses limites, pelo que passa a ser concebida como um ‘projeto de sentença’”.

Concernente a destituição, a petição que lhe dá início deve ser sempre, quando não proposta por MP, redigida por advogado devidamente habilitado junto a OAB, não podendo desta forma, postular o colegitimado diretamente em cartório judicial. Devendo obedecer as normas previstas pelo art. 156 que prevê os requisitos que devem se fazer presentes na peça inaugural para destituição.

Art. 156. A petição inicial indicará:

I – a autoridade judiciária a que for dirigida;

II – o nome, estado civil, a profissão e a residência do requerente e do requerido, dispensada a qualificação em se tratando de pedido formulado por representante do Ministério Público;

III – a exposição sumária do fato e pedido;

IV – as provas

Referente ao endereçamento, este deve ser encaminhado ao órgão judiciário competente para conhecer e julgar a causa.

Já no tocante a qualificação, objeto do inciso II do dispositivo em comento, esta ocorre de maneira análoga à prevista pelo artigo 282, inc. II do CPC. Todavia, quando o MP figura no polo ativo, o Estatuto prevê a dispensa da qualificação completa de ambas as partes, tendo em vista o fato de que se tratando de ação com escopo de proteger direito de menor, não pode o Ministério Público ficar dependente de informações precisas concernentes a contra quem deve ser a ação proposta. Tal exceção, entretanto, não se estende aos colegitimados, devendo estes sempre apresentar a qualificação completa com intuito de individualizar ao máximo as partes envolvidas.

A exposição sumária dos fatos constitui neste caso a apresentação da causa de pedir. Diferentemente do que é pedido pelo CPC, o Estatuto prevê uma breve explanação dos motivos que originou a ação, acompanhado de um sucinto relatório contendo o tempo e espaço de acontecimento dos fatos aludidos dotado de clareza e objetividade, capaz de permitir o pleno direito à defesa.

Faz-se importante também que o autor especifique a condição em que o infante se encontra a fim de determinar a competência a qual a ação deve ser remetida. Não é necessário, contudo, à apresentação de fundamentação do direito postulado.

No que toca ao pedido, Ataíde Junior (2009, p.96) explica que o

[...] pedido é o coração da petição inicial porque contém a providência que se espera do órgão jurisdicional. Portanto, é preciso pedir bem para se obter uma boa prestação jurisdicional, que corresponda à efetiva pretensão do autor.

Caberá então ao advogado, como profissional do direito e representante postulatório do autor, fazer ao fim da petição os pedidos fundamentados pela causa de pedir. Sendo requerida, necessariamente, a destituição do poder familiar. Pode ainda o autor requerer além do pedido primordial, postular medidas de proteção para a criança ou adolescente. Deve, entretanto ser caracterizado o pedido como certo e determinado, seguindo assim o preceito do artigo 286 do CPC.

No que dispões sobre provas, estas deveram ter seu rol pré-estabelecido referente aos documentos a serem utilizados, assim como também as testemunhas que devem ser ouvidas no decorrer do processo diferenciando-se deste modo, ao procedimento ordinário no qual é necessária apenas a determinação dos meios de prova, e não da prova em si como acontece na ação de destituição.

O artigo 156 não traz em seu corpo a obrigatoriedade de requerimento para citação do réu, assim como determinação de valor da causa e dos honorários advocatícios. No entanto, estes se fazem necessários diante da importância peculiar atribuída a cada um desses requisitos.

Sendo assim, a citação do réu se faz necessária para certificação contra quem se postula a ação, sendo indispensável o requerimento por parte do autor para posterior determinação por parte do Juiz para que aquela ocorra.

Embora afirme o Estatuto (Lei 8.069, art. 141, §2º) que: “as ações judiciais de competência da Justiça da Infância e Juventude são isentas de custas e emolumentos, ressalvados a hipótese de litigância de má-fé”, entende-se que a atribuição de valor a causa no caso de destituição, não viola a regra estabelecida pelo Estatuto em comento, visto que impõe o CPC em seu art. 258 que “ainda que não tenha conteúdo econômico imediato, a toda causa será atribuída um valor

certo”. Além do mais, o oportuno art. 141, § 2 do ECA prevê a hipótese em que, ocorrendo litigância de má-fé, serão cobradas custas e demais taxas.

O encerramento da petição inicial ocorrerá com a utilização dos termos comuns ao procedimento ordinário, seguido de data e local, assim como assinatura do advogado habilitado ou promotor que promoveu a ação.

2.5.1 Da emenda e indeferimento da inicial e da desistência da ação

Em hipótese de o autor apresentar petição na qual se faça presente a inobservância de algum dos requisitos elencados pelo artigo 156 do Estatuto da Criança e do Adolescente, prejudicando, assim a análise por parte do magistrado do caso apresentado, como dificultando a defesa dos réus, caberá ao juiz determinar o prazo de 10 dias para que a parte autora faça as emendas necessárias.

Caso não haja emendas à petição, na forma estabelecida, caberá ao juiz, mediante sentença apelável, indeferir a inicial.

A desistência da ação por parte do autor resultará na extinção do processo sem resolução do mérito. Compreende-se por desistência segundo Humberto Theodoro Jr (1996, p.313) “ato unilateral do autor, quando praticado antes de vencido o prazo de resposta do réu, não depois dessa fase processual”.

Todavia, por tratar-se de demanda com escopo de proteger direito de infante, que se encontra ameaçado por ação ou omissão por parte do pai ou mãe, não se fala na possibilidade de desistência por parte do autor. Isto posto, uma vez ajuizada ação de destituição do poder familiar, não poderá o autor por oportunidade desistir da demanda, devendo a ação seguir até a decisão final seja proferida. Cabendo em caso de inércia processual por parte do colegitimado o Ministério Público dar prosseguimento ao processo.

2.5.2 Da citação

Caso esteja a petição em condição regular, ou seja, de acordo com os pressupostos estabelecidos pelo art.156 do Estatuto da criança e do adolescente. Não havendo indeferimento, ocorrerá a citação para que réu apresente resposta no prazo 10 (dez) dias.

A citação na ação para destituição do poder familiar ocorrerá, inicialmente, através do chamamento pessoal mediante mandado, por oficial de justiça. Caso o réu se oculte, dificultando assim o trabalho do oficial, poderá ser aquele citado por hora certa. A citação ficta, só poderá ser autorizada em caso de esgotamento das possibilidades de citação pessoal, devendo conter nos autos todas as tentativas feitas no sentido de localizar o réu.

2.6 Medidas Preventivas

As medidas preventivas subdividem-se em cautelares e antecipação de tutela. O Estatuto da Criança e do Adolescente prevê duas medidas que poderão ser pleiteadas pelo autor na ação para destituição do poder familiar sendo elas o afastamento do agressor da moradia comum prevista pelo art. 130 do ECA, e a suspensão do poder familiar, liminar ou incidental antevista pelo art. 157 do Estatuto.

O art. 130 do ECA estabelece que:

Verificada a hipótese de maus-tratos, opressão ou abuso sexual impostos pelos pais ou responsável, a autoridade judiciária poderá determinar, como medida cautelar, o afastamento do agressor da moradia comum.

Ante o exposto pelo dispositivo supracitado, evidencia-se o afastamento do agressor como restrição de coabitação, não se confundindo com suspensão do poder familiar, visto que não ha interdição transitória dos deveres a ele inerentes. O pedido poderá ser feito incidentalmente, ou preparatório à ação, circunstancia na qual deve ser requerido no pra de 30 dias.

Concedida à demanda, deverá ser o genitor-agressor intimado para retirar-se da moradia na qual se encontra o menor vitimado. Interessante se faz lembrar que possui tal medida natureza provisória tendo como escopo assegurar o direito a proteção pertinente à criança ou adolescente. Impondo que a cautelar seja conferida liminarmente.

O art. 157 do Estatuto prevê a possibilidade de suspensão de forma liminar ou incidental do poder familiar, impõe desta forma que:

Art.157. Havendo motivo grave, poderá a autoridade judiciária, ouvido o Ministério Público, decretar a suspensão do pátrio poder,

liminar ou incidentalmente, até o julgamento definitivo da causa, ficando a criança ou adolescente confiado a pessoa idônea, mediante termo de responsabilidade.

Tal medida prevista no artigo acima transcrito consiste em uma antecipação da tutela pretendida. Para tanto, deverá o autor, de acordo com Vicente de Paula Ataíde jr (2009, p.107).

“se embasar nos casos em que a lei autoriza a suspensão, juntando prova inequívoca que convença o juiz da verossimilhança das alegações, evidenciando também que há fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação”.

A suspensão enquanto medida preventiva pode ser requerida pelo autor de forma liminar ou incidental. Podendo ainda ser decretada de ofício pelo juiz, devendo este atuar de forma a objetivar o melhor interesse do menor, protegendo os direitos fundamentais que a estes são inerentes. Cabe ao MP desde que não esteja figurando o polo ativo, a intervenção, devendo ser ouvido sob pena de nulidade.

2.7 Respostas do Réu e Revelia

Após citação, terá o requerido o prazo de 10 dias para apresentar resposta escrita indicando as provas a serem produzidas assim como o rol de testemunhas a serem ouvidas (ECA, art.158). Cabe ao CPC, todavia, a regulamentação no tocante a contagem do prazo que passa a ser contado a partir da data da juntada aos autos do mandado de citação cumprido (CPC, art. 241, II). Tal artigo, porém, comporta a exceção prevista no artigo 159, que prevê a nomeação de advogado dativo nos casos em que o requerido não possua condições para constituir advogado passando o prazo a ser contado a partir da intimação do defensor dativo.

A resposta pelo requerido deverá sempre ser subscrita por advogado habilitado, devendo o réu requerer advogado dativo, nos casos em que não possa constituir um, junto ao cartório do Juízo da causa. Pode ainda o requerido encaminhar-se para a defensoria, caso este em que seu prazo para contestar será dobrado.

Na ação para destituição, a resposta a ser apresentada pelo requerido é a contestação, devendo através de ela o réu impugnar individualmente todos os fatos

apresentados pela inicial de forma a demonstrar que não incide nenhuma das hipóteses legais que fundamentam a perda do poder familiar.

Cabível igualmente, como resposta do réu as chamadas exceções de incompetência relativa, assim como os impedimentos e suspeição do juiz, previstos no artigo 304 e SS do Código de Processo Civil.

O descumprimento do preceito que visa à impugnação detalhada dos fatos narrados pela inicial, não faz presumir a veracidade dos mesmos. Assim como, na eventualidade de o réu não se manifestar ou o fazer intempestivamente, não incidirá este na confissão ficta, sendo, no entanto, autorizado neste caso o julgamento antecipado da lide de acordo com os moldes previsto pelo art. 161 do ECA.

Entretanto, tal antecipação só se configurará quando, em consonância com a previsão de incumbir ao autor o ônus da pré-constituição de provas referentes à comprovação da verdade por ele aludida na petição. Fundamentado nisto, afirma Ataíde Jr. que (2009, p.113) que:

O julgamento antecipado da lide, na forma do art. 161, *caput*, do ECA, somente será possível caso o requerente consiga pré – constituir todas as provas necessárias para convencer o juiz acerca da necessidade do decreto de suspensão ou perda do poder familiar.

Ainda referente ao art. 161 do ECA e sua aplicação a revelia, no que toca ao réu citado por edital ou hora certa ao qual foi nomeado curador especial, só ocorrerá julgamento antecipado da lide no caso de este não requerer produção de provas em audiência.

Por fim, relativo à conduta do requerido diante do processo de destituição, não é admitido o reconhecimento jurídico do pedido pelo réu, não sendo considerada válida a aceitação por parte deste de sentença que lhe retire as prerrogativas pertencentes ao poder familiar uma vez que este possui como característica o fato de ser em regra irrenunciável e indisponível.

2.8 Audiência de Instrução e Julgamento

De acordo com o artigo 162 do Estatuto da Criança e do Adolescente, após apresentação de resposta por parte do réu, o magistrado remeterá os autos para visto no Ministério Público pelo prazo de cinco dias determinando desde logo a

audiência de instrução e julgamento onde se fará presente o genitor-réu, o representante do MP e o colegitimado, nos casos em que não tenha sido proposta a ação pelo promotor.

No tocante a possibilidade de previa conciliação em casos de ações para destituição do poder familiar, são previstas duas hipóteses nas quais se faz possível tal procedimento sendo elas a ação de destituição como pressuposto para adoção, na qual os pais darão seu consentimento expresso, e a destituição motivada pela prática reiterada das hipóteses que dão cabimento a suspensão do poder parental, situação na qual com o objetivo de manter a criança na sua família natural, caberá ao juiz estabelecer prazo para sobrestamento, no qual será analisado se incorrerão os pais novamente na prática de atos abusivos contra os filhos.

Referente à realização da audiência instrução, esta será regulada pelas normas gerais previstas no Código de Processo Civil com as adequações estipuladas pelo art. 162 do ECA que preceitua:

Art. 162.

(...)

§ 2º Na audiência, presentes as partes e o Ministério Público, serão ouvidas as testemunhas, colhendo-se oralmente o parecer técnico, salvo quando apresentado por escrito, manifestando-se sucessivamente o requerente, o requerido e o Ministério Público, pelo tempo de vinte minutos cada um, prorrogável por mais dez. A decisão será proferida na audiência, podendo a autoridade judiciária, excepcionalmente, designar data para sua leitura no prazo máximo de cinco dias.

Não havendo contestação ao pedido, dará o magistrado, vista ao Ministério Público, pelo prazo de cinco dias, que deverá em igual prazo apresentar sua decisão. Sendo estipulado pelo art. 162 do ECA o prazo máximo de 120 dias para que seja concluso o processo.

A sentença que resultara na perda do poder familiar será averbada ao registro de nascimento do menor, ficando sujeita a apelação nos moldes do art. 199- B do ECA.

3 DA SENTENÇA E SEUS EFEITOS

3.1 Da Sentença e sua Revisão

A destituição do poder familiar, como já dito anteriormente, é uma das medidas mais severas a serem adotadas na defesa dos direitos das crianças e adolescente que se encontre em situação que comprometa seu desenvolvimento moral e biológico, ameaçando assim a dignidade humana que lhe é inerente e que deve ser resguardada por seus genitores ou responsáveis.

Posto isto, a destituição do poder familiar tem por principal objetivo o melhor interesse do menor e, conseqüentemente, o bem estar do infante, propiciando a perspectiva de um futuro benemerente, distinto da realidade em que se encontra.

Não obstante, para que tal medida seja utilizada, e o poder familiar retirado do exercício dos pais, é necessário à realização por parte da autoridade a quem foi encaminhado o caso, de estudo referente às causas que motivaram a propositura da ação assim como uma análise dos elementos que fundamentaram a prática das respectivas condutas que acarretaram na caracterização das hipóteses previstas pelo nosso Código Civil e Estatuto da Criança e do Adolescente e que dão respaldo necessário a provocação do judiciário para julgamento de ação para perda do poder familiar.

O ECA em seu art. 161, paragrafo primeiro determina:

Art.161

(...)

§ 1º A autoridade judiciária, de ofício ou a requerimento das partes ou do Ministério Público, determinará a realização de estudo social ou perícia por equipe Inter profissional ou multidisciplinar, bem como a oitiva de testemunhas que comprovem a presença de uma das causas de suspensão ou destituição do poder familiar previstas nos arts. 1.637 e 1.638 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil, ou no art. 24 desta Lei.

(...)

Por conseguinte, deverá ser averiguada a situação social em que a família se desenvolve, assim como a postura adotada pelos pais que venham a ser consideradas prejudiciais ao exercício do poder familiar e conseqüentemente o desenvolvimento da prole.

APELAÇÃO. FAMÍLIA. AÇÃO DE DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR. TJ-RS - Apelação Cível: AC 70043996875 RS

A destituição do poder familiar é medida de caráter excepcionalíssimo, devendo ser adotada apenas em face do melhor interesse da criança, porquanto a medida priva os genitores do exercício de um direito natural, mostrando-se justificável somente nas hipóteses em que o abuso ou inobservância dos deveres paternos vão ao ponto de atentar contra os valores e os direitos fundamentais dos filhos cuja integridade aos pais incumbia preservar e desenvolver.

A situação dos autos demonstra claramente a impossibilidade dos genitores de bem conduzirem os interesses do menor. A mãe muito embora relute para ficar com o filho, foi acompanhada bastante tempo por assistentes sociais e não reúne as mínimas condições de criar corretamente sequer o primeiro filho, quiçá o segundo.

Por certo que os direitos dessa criança devem ser abrigados, a qual possui a chance de viver em uma família estruturada, organizada e, principalmente, que lhe ofereça carinho, proteção e amor, rompendo, com isso, a situação de abandono e negligência que lhe foi imposta pela família de origem. Sentença mantida.

APELAÇÃO DESPROVIDA. (Processo: AC70043996875 RS Relator(a): Roberto Carvalho Fraga Julgamento:24/08/2011 Órgão Julgador :Sétima Câmara Cível)

Deverá a sentença ser composta por relatório que conterá a qualificação das partes assim como também resumo dos acontecimentos que ocorreram no decorrer do processo e um resumo dos pedidos apresentados na inicial. Em seguida deverá o magistrado fundamentar embasado nos fatos e direitos a sua decisão, resolvendo as questões que lhe foram lançadas no dispositivo da sentença.

Tal fundamentação servirá de suporte para o caso de a aquela venha a tornar-se objeto de recurso.

Poderá ser questionada a destituição, por meio de ação rescisória na qual será postulada não a anulação da sentença inicial, mas a possibilidade de restituição do *múnus*. Tal ação, assim como o recurso, possui natureza revisional diferenciando-se deste por tratar-se de ação autônoma que deverá ser proposta no prazo decadencial de 2 (dois) anos contados do trânsito em julgado da decisão (CPC, art. 495).

3.2 Da Recuperação do Poder Familiar

O Decreto Lei nº 17. 943 de 12 de outubro de 1927, denominado Código de Menores, previa em seu art. 45 a possibilidade de restituição por parte do genitor-réu, do *múnus* outrora destituído mediante processo judicial contencioso.

Para tanto, se fazia necessário adequação a do mesmo a alguns requisitos previstos diploma em comento, atualmente revogado.

Art. 45. O pai ou a mãe inibido do pátrio poder não pode ser reintegrado senão depois de preenchidas as seguintes condições.
I, serem decorridos dois anos, pelo menos, depois de passada em julgado a respectiva Sentença, no caso de suspensão e cinco anos pelo menos, no caso de perda;
II, provar a sua regeneração ou o desaparecimento da causa da inibição;
III, não haver inconveniência na volta do menor ao seu poder;
IV, ficar o menor sob a vigilância do juiz ou tribunal durante um ano

Tal previsão não acompanhou a evolução do ordenamento, não havendo resquícios do dispositivo supracitado no Estatuto da Criança e Adolescente, que silenciou juntamente com o Diploma Civil no tocante a essa possibilidade.

Entretanto, nada obsta que seja a Ação de Destituição revisada por nova ação, preceitua a respeito de tal possibilidade o art. 471 do CPC que afirma:

Art. 471. Nenhum juiz decidirá novamente as questões já decididas, relativas à mesma lide, salvo:
I – se, tratando-se de relação jurídica continuativa, sobreveio modificação no estado de fato ou de direito; caso em que poderá a parte pedir a revisão do que estatuído na sentença.
(...)

Ainda referente à possibilidade de revisão, Vicente de Paula Ataíde Jr, *apud Luiz Carlos Azevedo* (2009, p.128):

Tais sentenças referem-se à relação jurídica continuativa, de sorte que, se sobrevier modificação no estado de fato ou de direito, poderão as partes requerer a revisão do que ficou estatuído no julgado. Em tais condições, poderão requerer a cessação da suspeição, antes do término do prazo fixado na sentença, ou a restituição do direito ao pátrio poder, assim procedendo por meio de ação própria, na qual deverão demonstrar que os motivos que autorizam a suspensão ou a perda já não mais subsistem.

3.3 Da Destituição como Pressuposto para Adoção e suas Consequências

Como já visto, a destituição do poder familiar ocorre através da cassação, por vias judiciais, das prerrogativas atinentes à relação de filiação. Perde assim o pai que agir com negligência ou abuso do poder que lhe é conferido, toda e qualquer

autoridade e direito referente ao filho menor vitimado, dando por fim a relação afetiva e encaminhando o infante para uma possível colocação em família substituta.

Para tanto é necessário que seja observado o método previsto pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, esgotando se todas as possibilidades para que a criança permaneça no seio da família natural, se faz indispensável neste caso à presença da ampla defesa e contraditório.

Com base nisso o artigo 169 do Estatuto da Criança e do Adolescente preceitua que:

Art. 169. Nas hipóteses em que a destituição da tutela, a perda ou a suspensão do poder familiar constituir pressuposto lógico da medida principal de colocação em família substituta será observado o procedimento contraditório previsto nas Seções II e III deste Capítulo.

Todavia, a possibilidade de adoção por muitas vezes faz com que o processo pelo qual ocorre a destituição seja dotado de falhas no que toca a seu procedimento, resultando conseqüentemente em decisões equivocadas referentes a essas perdas.

O artigo 166 do aludido estatuto prediz:

Art.166

(...)

§ 3º O consentimento dos titulares do poder familiar será colhido pela autoridade judiciária competente em audiência, presente o Ministério Público, garantida a livre manifestação de vontade e esgotados os esforços para manutenção da criança ou do adolescente na família natural ou extensa.

(...)

Diante disto cada vez mais se faz presentes casos em que o Ministério Público recorre junto ao poder judiciário alegando vícios processuais, inclusive no tocante a sua participação. Vale lembrar que, a ausência de participação do MP poderá acarretar na anulação de sentença. Visto que, é obrigatório que este se faça presente nesta e em toda e qualquer ação que verse sobre direito de criança ou adolescente.

Outro vício existente, igualmente resultante da inobservância do devido procedimento, é o fato de não ser tomado o depoimento de testemunhas assim como não realização de pesquisa por parte de equipe técnica do caso em análise.

Por fim, sabe-se que a colocação em família substituta, por consequente a adoção, corresponde à medida excepcional, devendo sempre o juiz recorrer a aquelas que permitam a permanência do infante em sua família natural.

A respeito disto preceitua o §1º, art. 39 do ECA:

Art. 39. (...)

§ 1º A adoção é medida excepcional e irrevogável, à qual se deve recorrer apenas quando esgotados os recursos de manutenção da criança ou adolescente na família natural ou extensa, na forma do parágrafo único do art. 25 desta Lei.

Desta forma, devera o magistrado procurar meio de sanar os motivos que fundamentaram a perda de poder familiar, dando sempre preferência a continuidade do infante em seu lar originário.

Concernente a isso o art. 19 prediz:

Art. 19. Toda criança ou adolescente tem direito a ser criado e educado no seio da sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente livre da presença de pessoas dependentes de substâncias entorpecentes.

(...)

§ 3º A manutenção ou reintegração de criança ou adolescente à sua família terá preferência em relação a qualquer outra providência, caso em que será esta incluída em programas de orientação e auxílio, nos termos do parágrafo único do art. 23, dos incisos I e IV do caput do art. 101 e dos incisos I a IV do caput do art. 129 desta Lei.

Assim, atuará o Magistrado de modo a buscar sempre o melhor interesse para a criança ou adolescente, recorrendo à destituição apenas em casos de preocupante ofensa aos direitos do menor.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O poder familiar na antiguidade atribuía à figura do pai o direito de dispor de sua prole como lhe era conveniente, de forma a decidir sobre a vida e morte dos mesmos, cabendo a mãe, neste contexto, apenas atuar de forma subsidiária no tocante as decisões a serem tomadas. Com o passar dos anos, esta imagem foi sendo desfeita.

A evolução do instituto familiar resultou em notória modificação nas normas que regulamentavam as prerrogativas atinentes ao pai sobre os filhos, passando estes a serem tidos como possuidores de direitos.

Desta maneira, deixa de ser o referido instituto, o conjunto de direitos atribuído ao pai, tornando-se um complexo de deveres e obrigações, caracterizando-se como *múnus* público e possuindo titularidade agora não somente na figura do pai, mas igualmente a mãe.

Ostensivamente foi modificado o objeto caracterizador do poder familiar, passando este a ter como principal escopo a garantia dos elementos necessários para o desenvolvimento da criança e adolescente. Sendo assim, é considerado como dever dos pais enquanto titular do poder familiar, proporcionar ambiente saudável e, igualmente, condições favoráveis para um pleno crescimento social e moral do menor.

A referida titularidade encerra-se nas hipóteses previstas pelo art. 1.635 do Código Civil, que preceitua as formas pelas quais o poder familiar se extingue, trazendo em seu inciso V a possibilidade de extinção por decisão judicial.

Como visto, é dever do Estado o papel de fiscalizar o exercício do poder familiar por parte dos pais, cabendo ainda a ele o direito de intervir, sempre a favor do melhor interesse do infante, nos casos em que este se encontre em situação caracterizadora de aplicação de medida protetiva.

Sendo assim, poderá o Estado, mediante o poder judiciário, empregar, sempre que ameaçado ou violado uma garantia do menor, as medidas previstas pelo artigo 129 do Estatuto da Criança e do Adolescente, assegurando assim que o infante tenha os seus direitos preservados e respeitados.

A destituição como já explanado, compreende medida adotada em última circunstância, visto que, o menor é retirado de ambiente de convívio com os

genitores, extinguindo assim o poder familiar exercido pelos pais e rompendo conseqüentemente com os laços afetivos existentes da relação pai-filho.

A ação que resultará em tal processo deve ser em regra, proposta na vara de família, cabendo apreciação por parte do Juizado da Infância e Juventude apenas nos casos em que se evidencie situação de risco para o menor, circunstancia essa que deverá ser informada através da petição inicial, sendo legitimados ativos para a propositura desta o Ministério Público e quem possuir legítimo interesse, dentre estes o próprio menor, desde que devidamente representado ou assistido.

Seguirá destarte, o rito estabelecido pelo Estatuto da Criança e Adolescente, obedecendo ao contraditório e apresentando peculiaridades se comparado com os ritos expressos no Código de Processo Civil, principalmente no tocante aos efeitos da revelia. Devendo ainda, ser concluído em prazo, pré-estabelecido, de 120 dias.

Por fim, conclui-se que a inobservância do procedimento estabelecido pode resultar em desconcertadas decisões, levada muitas vezes por um anseio latente de que aquela destituição seja considerada o primeiro passo para uma possível adoção, deixando deste modo o magistrado de atuar em busca do seu proposito inicial qual seja o melhor interesse do menor, decidindo pelo mais conveniente.

REFERÊNCIAS

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro. Volume 5. Direito de Família.** 24ª edição. Editora Saraiva. 2009.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro. Volume VI. Direito de Família.** 6ª edição. Editora Saraiva. 2009.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil. Volume VI. Direito de Família.** 9ª edição. Editora Atlas. 2009.

JUNIOR, Vicente de Paula Ataíde. **Destituição do poder familiar.** Editora Juruá. 2009.

COULANGES, Fustel de. **A cidade Antiga.** 2006. Disponível em: <http://www.ebooksbrasil.org/adobeebook/cidadeantiga.pdf>

Estatuto da Criança e do Adolescente. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm

Código de MANU. Disponível em: <http://www.ufra.edu.br/legislacao/CODIGO%20DE%20MANU.pdf>

SILVA, Keith Diana da. **A PROTEÇÃO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE EM FACE DO PODER FAMILIAR** Disponível em: <http://www.fmr.edu.br/npi/044.pdf>

NOGUEIRA, Grasiela. **Aspectos fundamentais acerca do poder familiar.** Disponível em : http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8912