



RAFAEL MACEDO BARCELOS

DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR E ADOÇÃO: necessidade
de instauração de procedimento autônomo em observância ao
devido processo legal

MONOGRAFIA JURÍDICA

JUIZ DE FORA
2010



RAFAEL MACEDO BARCELOS

DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR E ADOÇÃO: necessidade de instauração de procedimento autônomo em observância ao devido processo legal

Monografia apresentada à banca examinadora da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora, como exigência para obtenção do grau de bacharel em direito, sob a orientação do Professor Israel Carone Rachid.

JUIZ DE FORA

2010

FOLHA DE APROVAÇÃO

DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR E ADOÇÃO: necessidade de instauração de procedimento autônomo em observância ao devido processo legal

Banca Examinadora:

(Prof. Orientador Israel Carone Rachid)

(Prof^a. Isabela Gusman Ribeiro do Vale)

(Prof^a. Flávia Lovisi Procópio de Souza)

Data de Aprovação ___ / ___ / ____

Ao querido e admirado Professor Israel, principal responsável por despertar em mim o interesse pelo Direito de Família.

Ao Dr. Marco André e Dr. Otonio, por sempre acreditarem no meu potencial e por terem me guiado, sabiamente, pelos meandros da prática jurídica.

Aos meus pais e irmãos, pela confiança, carinho e apoio incondicionais

RESUMO

A destituição do poder familiar é questão muito séria no Direito de Família, haja vista a completa ruptura que opera nos laços paterno-filiais. É trivial na praxe jurídica a cumulação das demandas de destituição do poder familiar e adoção, o que, não raramente, acaba por reduzir, significativamente, a importância conferida à destituição, que passa a ser analisada à sombra da adoção, de maneira acessória e superficial. Nesse contexto, o presente trabalho acadêmico discute a necessidade de instauração de procedimento autônomo de destituição do poder familiar como forma de viabilizar a propositura de ação de adoção, em observância ao princípio constitucional do devido processo legal. O estudo faz uma abordagem dos aspectos gerais dos institutos da adoção e do poder familiar, dando especial enfoque à questão da destituição da potestade parental no âmbito das adoções. Para tanto, busca subsídios na doutrina e na jurisprudência pátria.

Palavras-chave: Destituição do poder familiar . Adoção . Devido Processo Legal.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	7
1. O PODER FAMILIAR.....	9
1.1) Do pátrio poder ao poder familiar no ordenamento brasileiro	9
1.2) Impropriedade terminológica	12
1.3) Tentativa conceitual.....	14
1.4) Características	15
1.5) Titularidade do poder familiar.....	17
1.6) Conteúdo do poder familiar	19
1.7) Suspensão e destituição do poder familiar	21
1.7.1) Suspensão do poder familiar	22
1.7.2) Destituição do poder familiar	24
2. ADOÇÃO (LEI 12.010/2009).....	26
2.1) Breves apontamentos	26
2.2) Adoção e procedimento.....	26
2.3) A colocação em família substituta como medida excepcional e o art. 24 do Estatuto da Criança e do Adolescente	28
2.4) A jurisdição civil: voluntária e contenciosa	29
2.5) O devido processo legal (“ <i>processo justo</i> ”) como garantia constitucional.....	30
2.6) A questão do consentimento e sua dispensabilidade.....	31
2.7) Adoção e jurisdição voluntária	32
2.8) A adoção e jurisdição contenciosa	33
2.9) A destituição como pressuposto lógico da adoção	34

3. DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR: NECESSIDADE DE INSTAURAÇÃO DE PROCEDIMENTO AUTÔNOMO EM OBSERVÂNCIA AO DEVIDO PROCESSO LEGAL	35
3.1 O que dizem a doutrina e a jurisprudência?	35
3.1.1) Dispensabilidade de prévia destituição do poder familiar quando há concordância dos genitores ou existência de ação de adoção em andamento	35
3.1.2) Indispensabilidade do contraditório, mesmo havendo a concordância dos pais com o pedido de adoção, os quais sempre deverão ser chamados para se manifestar em juízo	36
3.1.3) Comentários aos itens 3.1.1 e 3.1.2.....	36
3.2) A questão da cumulação de pedidos de adoção com destituição	40
3.2.1) Cumulação objetiva com pedido de destituição expresso	40
3.2.2) A vinculação implícita do pedido de destituição do poder familiar nas ações de adoção	41
3.2.3) Comentários aos itens 3.1.2 e 3.2.2.....	42
3.3) Superior Tribunal de Justiça: a destituição do poder familiar não pode ser encarada como uma mera decorrência lógica do deferimento de um pedido de adoção.....	45
CONSIDERAÇÕES FINAIS	50
BIBLIOGRAFIA	55

INTRODUÇÃO

Com o advento do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), através da promulgação da Lei 8.069 de 13.07.1990, veio à tona uma nova sistemática jurídica relativa ao tratamento da criança e do adolescente, abandonando-se de vez os preceitos que vigiam sob a égide da Lei 6.697 de 10 de outubro de 1979, o antigo Código de Menores.

O novo Estatuto Menorista dispõe em seu art. 1º que: *“Esta lei dispõe sobre a proteção integral à criança e ao adolescente”*. Consagrou-se, então, a chamada Doutrina da Proteção Integral, onde os menores passaram a ser vistos, não mais como meros objetos de tutela estatal, e sim como titulares de direitos, com interesses alçados à categoria de prioridade absoluta, consoante preconizado pelo art. 227, *caput*, da Constituição Federal.

O ECA representou, sem dúvida, uma enorme evolução do ponto de vista do direito interno, haja vista ter inaugurado no panorama nacional uma nova vertente jurídica – O Direito da Criança e do Adolescente.

Não obstante ter desempenhado significativo avanço legal em nosso ordenamento, é fato incontroverso que o Direito Infanto-Juvenil ainda não recebeu tratamento condizente com a devida dignidade a que faz jus. A realidade é que as prateleiras das livrarias carecem de obras teóricas, tratados e manuais mais aprofundados sobre o tema. Quando muito, o que se vê são Estatutos da Criança e do Adolescente superficialmente comentados por um ou dois professores de renome. Ademais, a jurisprudência que enfrenta os temas relacionados à criança e ao adolescente é oscilante e nada pacífica.

Sabe-se que não há como pretender adoção diante da existência do poder familiar dos pais biológicos. São situações incompatíveis. Nesse contexto, o presente estudo surge com o intuito de analisar uma questão que, já há algum tempo, vem sendo motivo de acirradas controvérsias na doutrina e na jurisprudência.

Afinal de contas, faz-se necessária, ou não, a instauração de procedimento autônomo de destituição do poder familiar como forma de viabilizar a propositura de ação de adoção, em observância ao devido processo legal?

Tal indagação ganha relevo, sobretudo, em virtude das incessantes mudanças de entendimento que vêm se operando sobre a temática, ao longo dos anos, nas Cortes de Justiça e entre os estudiosos do ramo do Direito de Família.

Há quem defenda a imprescindibilidade da instauração de ação autônoma de destituição do poder familiar e, em sentido diametralmente oposto, há quem entenda pela desnecessidade de tal procedimento prévio, sob os mais diversos argumentos. É justamente sobre essa divergência de opiniões que pairam sobre a matéria é que reside o foco do presente trabalho acadêmico.

O estudo encontra-se estruturalmente dividido em três grandes blocos: o poder familiar, a adoção e a discussão da temática central propriamente dita.

O primeiro capítulo retrata um panorama geral do poder familiar, apontando os aspectos relevantes do instituto, a saber: lineamento histórico, conceito, características, titularidade, conteúdo, suspensão e destituição do poder parental.

O segundo capítulo se inicia com a apresentação de noções gerais do instituto da adoção e prossegue pontuando questões específicas que se revelam importantes para este estudo, quais sejam: a excepcionalidade da medida e o art. 24 do ECA, a questão do consentimento e sua dispensabilidade, o devido processo legal como garantia constitucional, o art. 169 do ECA e a destituição do poder familiar como pressuposto lógico da adoção, aspectos procedimentais da adoção, além de breves noções acerca do tema jurisdição civil,.

O terceiro capítulo surge como uma ponte de ligação entre os dois primeiros, dando ênfase, notadamente, ao assunto que constitui o cerne desta monografia. Isso significa que, através das noções do que seja adoção, poder familiar e sua destituição busca-se, nesse momento do trabalho, examinar de maneira mais detida se a perda do poder familiar deve ser feita em procedimento específico para tanto, em observância ao *due process of law*.

Portanto, este trabalho monográfico de graduação não tem qualquer pretensão de por uma pá de cal sobre a controvérsia. O objetivo é, tão somente, discutir o assunto, assim como demonstrar o que dizem os doutrinadores e a jurisprudência acerca da questão proposta. Enfim, busca-se realizar um detido estudo sobre a temática ora suscitada.

1. O PODER FAMILIAR

1.1) Do pátrio poder ao poder familiar no ordenamento brasileiro

A nomenclatura *poder familiar*, consagrada pelo Código Civil de 2002, é recente, vindo a substituir o que antes era tratado pelo Código Beviláqua como *pátrio poder*, expressão esta que nos remonta ao Direito Romano – *pater potestas* – que consistia em um direito absoluto e ilimitado conferido ao chefe da organização familiar sobre a pessoa dos filhos.¹

Diante das primeiras considerações sobre o tema, resta clarividente o sentido machista ostentado pela aludida terminologia no Código Civil de 1916, já que o poder exercido sobre a prole era conferido, unicamente, ao patriarca, ignorando completamente o papel desempenhado pela genitora no seio familiar.

Não obstante, em virtude das grandes transformações vividas pela família no curso da história, tal concepção, focada essencialmente no homem, foi gradativamente sendo mitigada, motivo pelo qual o instituto inicialmente denominado *pátrio poder* teve seu *nomen juris* modificado para *poder familiar*, alteração esta não apenas nominal, mas fundamentalmente principiológica, pois abandonou-se um sistema em que a figura do patriarca empalmava toda a autoridade do lar, para confiar a ambos os genitores o poder de criar, educar e orientar a prole².

Os primeiros esboços desta mudança paradigmática operada em nosso ordenamento foram vistos com a redação dada pela Lei nº. 4.121/62 – Estatuto da Mulher Casada – que alterou o Código de 1916 no art. 380, *caput* e seu parágrafo único, *in verbis*:

“Art. 380. Durante o casamento competem o pátrio poder aos pais, exercendo-o o marido com a colaboração da mulher. Na falta ou impedimento de um dos progenitores passará o outro a exercê-lo com exclusividade.

Parágrafo único. Divergindo os progenitores, quanto ao exercício do pátrio poder, prevalecerá a decisão do pai, ressalvado à mãe o direito de recorrer ao juiz para a solução da divergência.” (grifo nosso).

¹ Sílvio Rodrigues. **Direito Civil: Direito de Família**, p. 353.

² Paulo Nader. **Curso de Direito Civil. Direito de Família**, p. 324.

Percebe-se, nitidamente, que o ingresso da figura maternal no cenário do *pátrio poder* não ocorreu de maneira súbita e radical.

Apesar do CC de 1916 se referir expressamente ao *pátrio poder* como competência dos pais, nota-se que a mãe era relegada a segundo plano, exercendo papel de mera colaboradora, ao passo que o genitor assumia o posto de senhor da verdade, cabendo a ele, inclusive, a última palavra no que diz respeito a eventuais divergências havidas entre os pais no tocante à maneira de exercer o *pátrio poder*.

Em nosso ordenamento jurídico, somente com o advento da Constituição Federal Republicana de 1988, diploma que colocou o homem e mulher no mesmo patamar (art. 5º, inc I)³, conferindo-lhes iguais direitos e deveres no âmbito da sociedade conjugal (art. 226, § 5º)⁴, é que o *poder familiar* passou a ser exercido, efetivamente, por ambos os genitores, em relação aos filhos comuns.

Nessa toada, o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA - Lei 8.069/90), acompanhando a nova onda de direitos e garantias fundamentais trazidos pela novel Carta Magna, logo se encarregou de dar sua parcela de contribuição nas transformações que se operavam no instituto do *pátrio poder*, consagrando o princípio da isonomia entre homens e mulheres no exercício da autoridade parental, conforme retratado em seu art. 21, *in verbis*:

“Art. 21. O pátrio poder será exercido, em igualdade de condições, pelo pai e pela mãe, na forma que dispuser a legislação civil, assegurado a qualquer deles o direito de, em caso de discordância, recorrer à autoridade judiciária competente para a solução da divergência.”⁵ (grifo nosso)

Assim, verifica-se que o Estatuto Menorista foi, sem dúvida, o principal responsável por sacramentar a paridade entre homem e mulher no desempenho dos atributos referentes ao poder familiar, rompendo de vez com a ultrapassada concepção patriarcal e despótica que caracterizava o instituto. A essência era nova, mas o rótulo permanecia velho. A mudança só ocorreria em nosso ordenamento doze anos mais tarde.

³ “Homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição.”

⁴ “Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.”

⁵ Trata-se da redação original do texto do ECA utilizada para demonstrar a evolução do instituto que hoje não mais intitula-se pátrio poder, mas poder familiar.

Finalmente, com a edição do Código Civil de 2002, consagrou-se de vez a tão sonhada e paradigmática mudança nominal e substancial do até então pátrio poder, que passou a ser tratado como poder familiar e a trajar, finalmente, as vestes de um instituto paritário de proteção dos filhos incapazes, exercido em igualdade de condições pelo pai e pela mãe durante o casamento e a união estável (art. 1.631, CC)⁶, circunstância essa que não se altera com a eventual separação do casal (art. 1.632, CC)⁷.

Sobre a questão, assevera Raquel Pacheco Ribeiro de Souza:

“Com efeito, se nossa ordem jurídica prima pela proteção integral das crianças e adolescentes, mais que coerente que os pais exerçam, ambos, o poder familiar. Afinal, quatro olhos vêem melhor do que dois, propiciando uma proteção mais eficaz ao filho comum, estejam os pais juntos ou separados. Os pais de hoje estão mais perto dos filhos, porque já não existe um espaço pré-determinado e compartimentado para cada qual na instituição familiar. Os pais e as mães contribuem para a manutenção do núcleo familiar de forma igualitária, misturando papéis, alternando responsabilidades, complementando as lacunas mútuas. Ambos os genitores têm, pois, plenas condições de exercer ativamente o poder familiar.”⁸ (grifo nosso)

Recentemente, com a promulgação da nova Lei de Adoção (12.010/09), tivemos uma prova cabal de que a mudança operada no instituto ora em comento encontra-se cada vez mais sedimentada em nosso ordenamento jurídico, a teor do que prescrevem os arts. 2º e 3º da referida lei:

“Art. 2º. A lei 8.069, de 13 de julho de 1990, Estatuto da Criança e do adolescente, passa a vigorar com as seguintes alterações:

Art. 3º. **A expressão ‘pátrio poder’** contida nos arts. 21, 23, 24, no parágrafo único do art. 36, no §1º do art. 45, no art. 49, no inciso X do caput do art. 129, nas alíneas b e d do parágrafo único do art. 148, nos arts. 155, 157, 163, 166, 169, no inciso III do caput do art. 201 e no art. 249, todos da Lei 8.069, de 13 de julho de 1990, bem como na Seção II do Capítulo III do Título VI da Parte Especial do mesmo Diploma Legal, **fica substituída pela expressão ‘poder familiar’.**” (grifo nosso)

⁶ **Art. 1631.** Durante o casamento e a união estável, compete o poder familiar aos pais [...].

⁷ **Art. 1632.** A separação judicial, o divórcio e a dissolução da união estável não alteram as relações entre pais e filhos senão quanto ao direito, que aos primeiros cabem, de terem em sua companhia os segundos.

⁸ **Poder familiar compartilhado.** Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1329, 20 fev. 2007. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9516>>. Acesso em: 15 out. 2010.

1.2) Impropriedade terminológica

A novel terminologia adotada pelo CC de 2002 e, mais recentemente, pela nova pela Lei de Adoção (12.010/09) – *poder familiar* no lugar do antigo *pátrio poder* do CC de 1916 – sofre duras críticas por parte da doutrina especializada.

Essa alteração terminológica se deu em virtude das substanciais mudanças sofridas pelo instituto ao longo dos séculos. Com a gradual evolução das relações familiares, aquela concepção primitiva, cujas bases repousavam sobre pilares essencialmente patriarcais, foi sendo, pouco a pouco, abandonada, dando lugar, atualmente, a um poder familiar que reflete um múnus público, exercido por ambos os genitores, sendo menos um poder e mais um dever.⁹

Nesse diapasão, os ensinamentos de Ana Carolina Akel¹⁰:

*“Na verdade, a alteração teve como fundamento o fato de que **a expressão pátrio poder denota, imediatamente, a idéia da prevalência da figura paterna sobre os filhos, o que não é verdade**, uma vez que a designação pátrio, há muito tempo, se dissociou do elemento masculino da paternidade.” (grifo nosso)*

Se por um lado o abandono do termo *pátrio* se harmoniza com a igualdade de gêneros preconizada pela ordem constitucional vigente, por outro, a utilização do vocábulo *poder* confere à expressão enorme carga tirânica, como se ainda existisse, na estrutura familiar contemporânea, lugar para comandantes e comandados.

Após o declínio jurídico e social do modelo familiar patriarcal, não há mais razão para que a reconstrução do instituto apenas desloque o poder do pai (pátrio) para o poder compartilhado dos genitores (familiar), já que as mudanças foram muito mais intensas, na medida em que o interesse dos pais está condicionado ao interesse do filho, isto é, no interesse de sua realização como pessoa em desenvolvimento¹¹.

A propósito, Silvio Rodrigues, parafraseado por Maria Berenice Dias:

⁹ **Manual de Direito das Famílias**. 5ª ed., p. 383.

¹⁰ **Guarda compartilhada: um avanço para a família**, p. 9.

¹¹ Paulo Luiz Netto Lôbo. **Do poder familiar**. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8371>> Acesso em : 07 ago. 2010.

“Ainda que a expressão poder familiar tenha buscado atender à igualdade entre homem e a mulher, não agradou. Mantém ênfase no poder, somente deslocando-o do pai para a família. Pecou gravemente ao se preocupar mais em retirar da expressão a palavra pátrio do que incluir seu real conteúdo, que, antes de um poder, representa obrigação dos pais, e não da família, como o nome sugere.”¹² (grifo nosso)

Há na doutrina quem defenda a utilização dos termos *função familiar*, *poder de proteção*, *pátrio dever* ou *dever familiar*. Na tentativa de encontrar expressão neutra capaz de refletir as transformações operadas no instituto, o professor Luiz Edson Fachin sugere a utilização da expressão *poderes e deveres parentais*¹³.

Todavia, a denominação mais simpática aos olhos da doutrina é *autoridade parental*. Explica-se tal predileção.

Para o linguista José Artur Rios¹⁴, *autoridade* não se confunde com *poder*. Enquanto este é a coação física ou psíquica exercida sobre grupos ou indivíduos que a ela são forçados a se submeter, aquela pode ser encarada como uma espécie de poder legítimo, pois significa a ascendência sobre outros indivíduos, fundada na legitimidade.

A partir de tal compreensão linguística, o significado do verbete *autoridade* realmente parece ser mais consentâneo com o real sentido que deve ser atribuído ao *poder familiar*, haja vista que, atualmente, o que se observa é a preponderância de direitos e deveres numa proporção justa e equânime no convívio familiar. Poder familiar não mais representa uma hierarquização familiar fundada no autoritarismo, mas um encargo imposto pela paternidade e maternidade, decorrente de lei.¹⁵

Segundo Paulo Luiz Netto Lôbo, no que diz respeito ao vocábulo *parental*, este termo melhor destaca a relação de parentesco por excelência que há entre pais e filhos, o grupo familiar, de onde deve ser haurida a legitimidade que fundamenta a autoridade.¹⁶

¹² Sílvio Rodrigues. **Direito Civil: Direito de Família**. São Paulo: Saraiva, 2004, p.355, *apud* Maria Berenice Dias. **Manual de Direito das Famílias**, 2ª ed., p.380.

¹³ In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Org.). **Direito de família contemporâneo**, p. 585-604.

¹⁴ Cf. verbete "autoridade", **Dicionário de Ciências Sociais**. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1986.

¹⁵ Arnaldo Rizzardo. **Direito de Família**, 897.

¹⁶ **Do poder familiar**. Texto extraído do Jus Navigandi <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8371>> Acesso em:19/08/2010

Assim, não há dúvida de que a discussão terminológica se revela oportuna, já que reflete as radicais mudanças operadas no instituto. As predileções e justificativas da doutrina para a adoção de uma nomenclatura mais compatível com a atual significação assumida pelo poder familiar são pertinentes.

Entretanto, não se pode perder de vista que doutrina e realidade marcham em ritmos bem distintos. Enquanto a doutrina nos contempla com calorosos debates e nos propõe soluções de vanguarda, o mesmo não ocorre com nossos legisladores.

A denominação adotada por nosso ordenamento – poder familiar – não se afigura como a mais adequada, pois mantém a ênfase no poder, o que confere enorme carga de onipotência à expressão.

Logo, a expressão *poder familiar*, apesar de não gozar da mesma simpatia doutrinária que a famigerada terminologia *autoridade parental*, já representa um avanço e é melhor do que a resistente locução *pátrio poder*, mantida por longos anos em nosso ordenamento e que somente teve sua aplicabilidade afastada com a vinda do novo Código Civil e, mais tarde, com as novas disposições trazidas pela atual lei de adoção.

1.3) Tentativa conceitual

Nos ensinamentos do professor Waldyr Grisard Filho, o poder familiar:

“É o conjunto de faculdades encomendadas aos pais, como instituição protetora da menoridade, com o fim de lograr o pleno desenvolvimento e a formação integral dos filhos, física, mental, moral, espiritual e social.”¹⁷

Conceituar poder familiar nada mais é do que enfeixar uma série de atribuições legais que os pais detêm em relação aos filhos, a fim de garantir-lhes uma formação pessoal saudável, bem como prepará-los para enfrentar a sociedade e as vicissitudes da vida.

Trata-se de instituto com acentuado viés protetivo e que não reflete propriamente um poder, mas, essencialmente, o exercício de uma série de deveres, que habilitam os genitores a dirigir sua prole com responsabilidade, suprimindo-lhe não

¹⁷ **Guarda Compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental**, p.35.

só as necessidades de índole material, mas também as de caráter afetivo.¹⁸ Nesse sentido, a renomada civilista Maria Helena Diniz nos contempla com sua aceção:

*“O poder familiar pode ser definido como um conjunto de direitos e obrigações, quanto à pessoa e bens do filho menor não emancipado, exercido, em igualdade de condições, por ambos os pais, para que possam desempenhar os encargos que a norma jurídica lhes impõe, **tendo em vista o interesse e proteção dos filhos.**”¹⁹
(grifo nosso)*

Hoje em dia, o poder familiar é visto muito mais como um dever do que como um poder, tendo se convertido em um encargo legalmente atribuído aos pais.²⁰ Na verdade, é um poder-dever conferido aos genitores, pelo qual ficam incumbidos de gerir a vida de seus filhos em todos os aspectos, enquanto eles não tenham condições de fazê-lo com discernimento, independência e maturidade.

Mencionado instituto transcende as raias do direito privado, ingressando no âmbito do direito público, já que é de interesse do Estado assegurar a proteção das novas gerações, pois elas são a matéria-prima do futuro da sociedade.²¹ O grande desafio é encontrar o ponto de equilíbrio entre a supremacia do Estado nos domínios da família e a onipotência daqueles que assumem o poder de dirigi-la.²²

Em suma, a autoridade parental pode ser conceituada como o veículo instrumentalizador dos direitos fundamentais da prole, guiado pelos pais, sob a supervisão do Estado, que visa contemplar e salvaguardar os interesses dos filhos, de modo a conduzi-los à autonomia responsável.²³

1.4) Características

O poder familiar é instituto de ordem pública. Tal caráter publicístico já era acentuado pelo notável Min. Orosimbo Nonato, nos idos de 1950, quando em um de seus lapidares votos proferidos no Supremo Tribunal Federal, asseverou que: *“A submissão desse poder ao controle da autoridade pública constitui um dos traços mais coloridos da socialização do direito”*.²⁴ Assim, configura um múnus público

¹⁸ Guilherme Calmon Nogueira da Gama. **Direito de Família brasileiro**, p. 147.

¹⁹ Maria Helena Diniz. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito de Família**, p. 514.

²⁰ Maria Berenice Dias. **Direito das Famílias**, 2ª ed, p. 380.

²¹ Sílvio Rodrigues. **Direito Civil: Direito de Família**, p. 354.

²² Taisa Maria Macena de Lima. **Responsabilidade Civil dos pais por negligência na educação e formação escolar dos filhos**, p. 673.

²³ Ana Carolina Brochado Teixeira. **A disciplina jurídica da autoridade parental**, p 121.

²⁴ STF, Rec. Extraordinário nº 11.601, 2ª T, 10.01.1950, Ver Forense, vol.143, p.172.

atribuído aos pais, já que ao Estado, fixador das normas para o seu exercício, interessa o seu bom desempenho.²⁵

A irrenunciabilidade é outro traço marcante da autoridade parental, já que aos pais não é permitida a desoneração de quaisquer de seus deveres.²⁶ Nesse sentido, José Antônio de Paula Santos Neto diz que:

“O pai e a mãe não podem renunciar ao pátrio poder, pois os direitos, que têm, não lhes foram concedidos por virtude de medida em favor deles, mas em benefício dos filhos ou do filho. O pátrio poder é suscetível de destituição, porém, em quaisquer circunstâncias, persiste irrenunciável. E será nulo o pacto pelo qual se renuncie ou se prometa a renúncia.”²⁷ (grifo nosso)

O poder familiar é indivisível, não podendo os pais confiar a terceiros parcela de suas atribuições. É, também, personalíssimo, indisponível e intransferível, uma vez que o poder familiar cabe restritamente aos genitores, não lhes sendo possível conferir a outrem atribuições que lhes são próprias.

O mesmo não se aplica, entretanto, em relação ao seu exercício, que é divisível, situação esta que fica bem evidenciada na hipótese de pais separados em que a guarda fica a cargo de um deles.

Outra característica é a imprescritibilidade, já que a potestade parental não se extingue pelo desuso, somente se operando a perda diante da verificação de uma das hipóteses legais previstas para sua cessação ou destituição (arts. 1.635 e 1.638, CC).

Além disso, é instituto incompatível com a tutela, visto que não se pode nomear tutor a menor cujos pais não foram suspensos ou destituídos do poder familiar.²⁸

Conserva, ainda, a natureza de uma relação de autoridade calcada no vínculo de subordinação existente entre pais e filhos, vez que os genitores detêm o poder de mando e a prole, por sua vez, possui o dever de obediência.²⁹

Por fim, temos que intermitência é uma das características mais visíveis e claras do poder parental, eis que seu exercício é temporário, perdurando tão

²⁵ Carlos Roberto Gonçalves. **Direito Civil Brasileiro: Direito de Família**, vol. VI, p. 369.

²⁶ Resp. nº 158920/SP, STJ, 4ª T, rel. Min Sálvio de Figueiredo Teixeira, pub, em 24.05.1999, DJ, p.172

²⁷ **Do pátrio poder**, p.62.

²⁸ Carlos Roberto Gonçalves, op. cit. p. 371.

²⁹ Maria Helena Diniz, op. cit. p. 516.

somente até a maioridade ou emancipação dos filhos. Encerra-se, igualmente, com a morte dos genitores ou dos filhos, bem como através da perda – por sentença judicial - motivada por condutas nocivas perpetradas pelos pais.³⁰

1.5) Titularidade do poder familiar

A Codificação Civil de 1916 conferia a titularidade e o exercício do poder familiar privativamente ao pai, na condição de chefe da sociedade conjugal. Com a chegada da CF de 1988 e com a edição do ECA em 1990, homens e mulheres foram equiparados no tocante aos deveres inerentes ao poder familiar, passando a exercê-lo em igualdade de condições (art. 226 § 5º, CF e art. 21, ECA).

Nas palavras de Paulo Nader, *“autoridade investida do poder familiar são os pais, que exercem função dual, pois as decisões e iniciativas devem ser tomadas em conjunto”*.³¹

Em 2002, o novo Código Civil estabeleceu em seu art. 1.631 que o poder familiar compete aos pais durante o casamento ou união estável, cabendo ao outro, na falta de um deles, exercê-lo com exclusividade. Não contempla a lei, infelizmente, as hipóteses de filho de pais solteiros ou advindo de relação concubinária.³²

A coabitação dos pais não é requisito para a titularidade do poder familiar, o qual apenas é passível de suspensão ou destituição por sentença judicial, de acordo com as hipóteses legais previstas no art. 1.635 e seguintes do CC.

O Código Civil estabelece, ainda, que, havendo separação judicial, divórcio ou dissolução da união estável, o poder familiar permanece íntegro, exceto quanto ao direito de ter os filhos em sua companhia (art. 1.632, CC). Assim, nem mesmo a ruptura dos vínculos conjugais é capaz de alterar as relações existentes entre pais e filhos, permanecendo intacto o poder familiar do genitor destituído da guarda física dos filhos.

Diante da separação, a guarda compartilhada, instituída pela Lei nº. 11.698/08, surge como medida menos traumática e mais viável para resolver a questão do exercício do poder familiar, de modo a permitir que o filho sinta a

³⁰ Paulo Nader, **Curso de Direito Civil. Direito de Família**, p.330.

³¹ *Ibidem*, p.331.

³² *Ibidem*, mesma página.

presença constante de ambos os pais, apesar do afastamento deles. No entanto, a guarda compartilhada é de difícil aplicação na prática, haja vista os enormes transtornos e turbulências gerados pelos rompimentos conjugais.

Urge salientar que o novo Código revogou o art. 10 da Lei n. 6.515/77, que atribuía a guarda dos filhos ao cônjuge que não tivesse dado causa à separação judicial. Logo, o filho ficará sob a guarda de quem revelar melhores condições para exercê-la, já que o papel de consorte não se confunde com o de guardião.

Ao abordar a questão da dissolução da sociedade conjugal no art. 1.589, o Diploma Civil determina que, o pai ou a mãe que não detiver a guarda dos filhos poderá, não apenas visitá-los, mas tê-los em sua companhia, assim como fiscalizar sua criação e educação.

Da mesma forma, o art. 1.579 do CC diz que o divórcio não modifica os direitos e deveres dos pais em relação aos filhos. O direito e dever do cônjuge que ficou com a guarda dos filhos quando da separação não exclui o do outro no que tange ao direito de visita.

Dispõe o art. 1.630 do CC que *"os filhos estão sujeitos ao poder familiar, enquanto menores"*, orientação esta que se ajusta perfeitamente à ordem constitucional estabelecida pela Carta Magna de 1988, a qual equiparou juridicamente todos os filhos, sem exceção, não havendo distinções entre legítimos, ilegítimos, consanguíneos ou adotivos (art. 227, §§ 5º e 6º, CF).

Em interessante observação, pondera Paulo Luiz Netto Lôbo que uma rápida e despretensiosa leitura do dispositivo legal supratranscrito (art. 1.630, CC):

"[...] pode nos levar à interpretação ligeira de serem os pais os únicos titulares ativos e os filhos os sujeitos passivos dele. Para o cumprimento dos deveres decorrentes do poder familiar, os filhos são titulares dos direitos correspectivos. Portanto, o poder familiar é integrado por titulares recíprocos de direitos."³³

Finalmente, o art. 1.633 do CC estabelece que o filho não reconhecido pelo pai *"fica sob o poder familiar exclusivo da mãe"*. Desconhecida a genitora, ou estando a mesma incapaz de exercer sua autoridade parental, o menor ficará sob tutela, instituto que se assemelha ao poder familiar.

³³ **Do poder familiar.** Texto extraído do Jus Navigandi <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8371>> Acesso em: 19/08/2010

1.6) Conteúdo do poder familiar

A gênese do conteúdo do poder familiar se encontra nos arts. 227 e 229 da CF, os quais elencam como deveres inerentes aos pais os de assistirem, criarem e educarem seus filhos menores. Na mesma direção, aponta o art. 22 do ECA ao prescrever que incumbe aos genitores o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores.

Por sua vez, a Lei Substantiva Civil enumera os deveres que competem aos pais, no exercício da autoridade parental, quanto à pessoa dos filhos menores no art. 1.634: (I) dirigir-lhes a criação e a educação, (II) tê-los em sua companhia e guarda, (III) conceder-lhes, ou negar-lhes consentimento para casar, (IV) nomear-lhes tutor, (V) representá-los e assisti-los nos atos da vida civil, (VI) reclamá-los de quem ilegalmente os detenha e (VII) exigir obediência, respeito e serviços próprios de sua condição.

Segundo Maria Berenice Dias, “*nesse extenso rol não consta o que talvez seja o mais importante dever dos pais com relação ao aos filhos: o dever de lhes dar amor, afeto e carinho*”.³⁴

Além disso, o poder familiar comporta, ainda, o dever de manter os filhos na escola (arts. 205 e 208 §1º, CF), o dever de sustentá-los, que se convola em obrigação de prestar alimentos com a maioria civil dos filhos (art. 1.694, CC) e dever de zelar pela administração de seus bens (art. 1.689 a 1.693, CC).

Criar não é somente oferecer recursos materiais aos filhos, mas, fundamentalmente, dar-lhes atenção, carinho e diálogo.³⁵ Os pais devem zelar pelo sadio desenvolvimento físico e psíquico do menor, ministrando-lhe ensinamentos, ajudando-lhe a descobrir os segredos da vida e a vencer os obstáculos que porventura encontre pelo caminho. Cabe aos genitores, ainda, o dever de serem símbolos de honestidade, dignidade e de caráter, de modo a servirem como parâmetro de referência para sua prole.

O dever de educar consiste em trabalhar os filhos para que eles adquiram uma boa formação humana e conquistem, no futuro, sua independência pessoal. Aos pais incumbe a transmissão de valores morais, éticos, sociais e espirituais aos

³⁴ Maria Berenice Dias. **Manual de Direito das Famílias**, 5ª ed., p.388.

³⁵ Paulo Nader. **Curso de Direito Civil. Direito de Família**, p. 334.

filhos, os quais são necessários ao amadurecimento e à formação integral do infante.

Em uma outra perspectiva, educar significa, também, propiciar aos filhos plenas condições de estudo e aprendizado, qualificando-os para o futuro profissional através do desenvolvimento intelectual.

Compete aos pais ter os filhos sob sua companhia e guarda, sendo detentores, inclusive, do poder coercitivo de trazê-los para junto de si, através de medida de busca e apreensão, em situações nas quais os rebentos se afastem do lar injustificadamente ou estejam com quem ilegalmente os detenha.

Significa, ademais, protegê-los dos perigos a que ficam expostos, das más companhias e das péssimas influências. Quem possui a guarda assume a responsabilidade *in vigilando*, razão pela qual deve manter o menor sob controle e supervisão, sob pena de responder civilmente pelos danos que ele eventualmente possa ocasionar (art. 932, inc. I, CC).

A idade núbil prevista pelo ordenamento civil para ambos os sexos é de dezesseis anos, mas enquanto não atingida a maioridade civil, estão sujeitos à autorização dos pais para se casarem. Trata-se de mais um dever ínsito ao poder familiar dos pais que encontra abrigo legal no art. 1.517 do Código Civil.

Ficará a cargo dos pais verificar se o menor que pretende contrair matrimônio está apto a assumir os deveres emergentes deste compromisso. Configurada injusta denegação do consentimento, o art. 1.519 do CC abre a possibilidade de suprimento judicial, ficando ao alvedrio do magistrado decidir, dadas as peculiaridades do caso concreto, se supre ou não o consentimento, sempre pautado no princípio do melhor interesse do adolescente.

O art. 1.729 do CC confere aos pais o direito de nomear tutor aos filhos para o caso de serem declarados ausentes ou falecerem. Nessas hipóteses, a nomeação deverá constar de testamento ou qualquer outro documento autêntico. O permissivo legal justifica-se, pois ninguém melhor do que os genitores para saber quem apresenta melhores condições para dar continuidade à criação e educação de seus filhos. A nomeação deverá ser feita por quem detenha o poder familiar e trata-se de medida meramente indicativa, estando sujeita, portanto, ao controle judicial de conveniência, conforme disposto no art. 1.732 do CC.

Também constitui tarefa dos pais em relação aos filhos o dever de representá-los até os dezesseis anos e assisti-los até os dezoito anos, salvo nos casos em que venham a ser emancipados para os atos da vida civil (art. 1.690, CC). A representação e a assistência se afiguram como institutos de grande serventia à proteção dos incapazes, seja absolutamente ou relativamente, haja vista a imaturidade destes para lidar com os atos da vida civil, fato este que os tornaria presas fáceis diante da vilania de certas pessoas inescrupulosas.³⁶

Por derradeiro, devem os pais exigir dos filhos obediência, respeito e serviços compatíveis com a idade, força e aptidão do menor. Assim, compete aos genitores fazer com que os filhos se submetam à disciplina da casa, sejam incumbidos da realização de pequenas tarefas domésticas, bem como ajam com acatamento em relação a eles.

À guisa de conclusão, arremata o professor Rolf Madaleno:

“Como dever prioritário e fundamental, devem os genitores antes de tudo, assistir seus filhos, no mais amplo e integral exercício de proteção, não apenas em sua função alimentar, mas mantê-los sob a sua guarda, segurança e companhia, e zelar por sua integridade moral e psíquica e lhes conferir todo o suporte necessário para conduzi-los ao completo desenvolvimento e independência, devendo-lhes os filhos a necessária obediência.”³⁷

1.7) Suspensão e destituição do poder familiar

Na época do Direito Romano, o pátrio poder era perpétuo e ilimitado, extinguindo-se, geralmente, como decorrência da morte do chefe da família.

Com a evolução do instituto e a remodelagem de suas finalidades, o poder familiar relativizou-se, abandonando seu caráter tirânico e opressivo, para tornar-se de ordem pública, admitindo amplo controle estatal, notadamente do Judiciário e do Ministério Público.³⁸

Desta forma, a potestade parental passou a admitir outras formas de extinção, as quais representam limitações necessárias ao seu exercício, de forma a salvaguardar os interesses dos filhos menores, assim como preservar a integridade da estrutura familiar.

³⁶ Rolf Madaleno. **Curso de Direito de Família**, p. 504.

³⁷ *Ibidem*, p. 501

³⁸ **Destituição do Poder Familiar**, p. 43.

Nesse contexto, Maria Helena Diniz considera que:

“Sendo o poder familiar um múnus público que deve ser exercido no interesse dos filhos menores não emancipados, o Estado controla-o, prescrevendo normas que arrolam casos que autorizam o magistrado a privar o genitor de seu exercício temporariamente, por prejudicar o filho com seu comportamento, hipótese em que se tem a suspensão do poder familiar.”³⁹

Sobre a mesma questão, bem acentua Vicente de Paula Ataíde Junior:

“Assim, nos casos em que os pais deixam de cumprir com os deveres decorrentes da potestade parental, fugindo da função de protetores e assumindo as vestes de algozes infantis, a ordem jurídica investe contra eles, subtraindo-lhes as prerrogativas parentais, através da suspensão e da perda do poder familiar.”⁴⁰ (grifo nosso)

Logo, percebe-se que o Poder Público não hesita em intervir e afastar as crianças e adolescentes do convívio de seus pais, suspendendo-os ou destituindo-os do poder familiar, quando vulnerados os deveres inerentes ao seu exercício. Contudo, cumpre advertir que são medidas drásticas, haja vista as profundas sequelas que podem causar ao menor, razão pela qual somente devem ser decretadas diante da impossibilidade de serem mantidos os laços parentais.

1.7.1) Suspensão do poder familiar

Segundo o art. 1.637 do CC, nas hipóteses em que os pais agirem com abuso de autoridade, faltando com os deveres a eles impostos ou arruinando os bens dos filhos, estão sujeitos à suspensão do poder familiar. Trata-se de uma sanção legal imposta em decorrência do abuso ou negligência dos pais no exercício da autoridade parental.⁴¹

Nas palavras do ilustre professor Paulo Nader, abusar da autoridade:

*“[...] é impor sacrifícios desnecessários aos filhos, causando-lhes constrangimentos. **Abusar significa ir além do admissível.** A autoridade é conferida para o fim de promover a criação e o desenvolvimento físico, moral e intelectual da criança e do adolescente, não para atos de maldade e mero capricho. [...]”⁴²* (grifo nosso)

³⁹ Maria Helena Diniz. **Curso de Direito Civil Brasileiro**, p. 539-541.

⁴⁰ **Nesse sentido:** STJ – 4ª T.- Resp. 245.657 – Rel. Min. Aldir Passarinho Junior – v.u., j.em 25.03.2003- DJU 23.06.2003.

⁴¹ Vicente de Paula Ataíde Junior. **Destituição do Poder Familiar**, p. 45.

⁴² Paulo Nader. **Curso de Direito Civil. Direito de Família**, p. 344.

Em relação aos deveres inerentes aos genitores, estabelece o art. 22 do ECA que a eles incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo, ainda, assegurar-lhes, segundo o art. 227 da CF, os direitos à vida, à saúde, à alimentação, ao lazer, à profissionalização, à dignidade, ao respeito, à liberdade, à convivência familiar e comunitária, além de não os submeter a discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Ante a inobservância de qualquer dos deveres acima elencados, os pais poderão sofrer privação do poder familiar, ressalvada a exceção prevista no art. 23 do Estatuto Menorista, que inadmite a carência de recursos materiais como motivo bastante para ensejar a suspensão ou até mesmo a perda da potestade parental.

Arruinar os bens dos filhos, por seu turno, significa mal administrar seus interesses patrimoniais, ocasionando-lhes perdas de natureza pecuniária, não importando para o Código Civil se houve dolo ou culpa no resultado da administração desastrosa. Constatado o fracasso na gestão patrimonial dos bens dos filhos, os genitores correm o risco de ter suspenso o poder familiar.

O parágrafo único do citado art. 1.637 dispõe que o poder familiar será igualmente suspenso caso os genitores sejam condenados, por sentença definitiva, a pena superior a dois anos de prisão. Tal previsão se afigura um tanto quanto desarrazoada, uma vez que tal apenação não acarreta, necessariamente, em privação da liberdade em regime fechado ou semi-aberto, haja vista a possibilidade de: a) cumprimento da pena igual ou inferior a 4 anos em regime aberto; b) substituição por penas restritivas de direitos e; c) concessão de livramento condicional, hipóteses estas constantes, respectivamente, dos arts. 33, § 2º, “c”, 44 e 83, todos do Código Penal.

A suspensão é modalidade de inibição do poder familiar menos severa do que a destituição, pois se constitui como uma medida de caráter temporário e reversível. Poderá ela ser decretada, liminarmente, nas ações para destituição do poder familiar, consoante disposto no art. 157 do ECA, *in verbis*:

*“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.”*

Por fim, ficará ao prudente critério do magistrado decidir acerca da conveniência e do tempo de aplicabilidade da medida suspensiva do poder familiar, lembrando que, uma vez cessados os motivos lhe deram ensejo, poderá haver o restabelecimento da autoridade parental, em atenção ao interesse dos filhos e da convivência familiar.

1.7.2) Destituição do poder familiar

A perda do poder familiar é a medida de maior gravidade a ser imposta aos pais que violarem os deveres parentais em relação aos filhos.⁴³ Trata-se de medida imperativa e não facultativa.⁴⁴

O art. 1.635, incisos I a IV do Código Civil, prevê algumas hipóteses em que não há propriamente uma destituição da autoridade parental, já que na verdade o que ocorre é uma extinção *ipso iure* do poder familiar, como decorrência natural da verificação de fatos jurídicos, quais sejam: morte dos pais ou do filho, emancipação, maioridade e adoção.

Para o Código Civil, a destituição propriamente dita somente se verifica por ato judicial, conforme previsto no art. 1.638 do CC, estando sujeitos à perda do poder familiar o pai e a mãe que: (I) castigar imoderadamente o filho, (II) deixar o filho em abandono, (III) praticar atos contrários à moral e aos bons costumes e (IV) incidir, reiteradamente, nas faltas previstas no art. 1.637 do CC 2002, que aludem ao descumprimento injustificado dos deveres e obrigações a que faz menção o art. 22 do ECA – sustento, guarda, educação e cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais.

Para além das hipóteses de destituição do poder familiar previstas na Lei Civil e no Estatuto Menorista, haverá, também, perda do poder familiar no caso de cometimento de crime doloso, punido com reclusão, contra o filho (art. 92, II, CP).

Igualmente, ficarão os genitores sujeitos à perda de sua potestade parental caso não tomem atitudes no sentido de afastar os filhos de atividades laborais que reduzam o tempo destinado ao repouso semanal necessário à saúde do menor ou prejudique sua educação moral (art. 424 e 437, CLT).

⁴³ Silvio de Salvo Venosa. **Direito de Família**, p. 369.

⁴⁴ Silvio Rodrigues. **Direito Civil: Direito de Família**, p. 369.

Dentre todas as causas de cessação definitiva do poder familiar ora listadas, no presente trabalho nos limitaremos, apenas, a analisar questões relacionadas ao instituto da adoção e sua relação com a destituição da autoridade parental.

2. ADOÇÃO (LEI 12.010/2009)

2.1) Breves apontamentos

A adoção, prevista nos arts. 39 a 52 do ECA, constitui modalidade artificial de filiação, uma vez que não resulta de uma relação biológica, mas de manifestação de vontade condicionada à chancela judicial.⁴⁵

Mais do que uma relação jurídica irretroatável, é um parentesco de caráter eletivo,⁴⁶ que cria laços de paternidade e filiação, com todos os direitos e deveres daí advindos, entre pessoas estranhas. Trata-se de espécie de filiação cujas bases repousam, notadamente, sobre a afetividade.

A partir da Constituição Federal de 1988, que consagrou a Doutrina da Proteção Integral da Criança e do Adolescente, é vedado qualquer tipo de designação ou referência discriminatória relativa à filiação (art. 227, §§ 5º e 6º).

Deste modo, atribuiu-se ao adotado a condição de filho, com iguais direitos e deveres de um filho consanguíneo, inclusive os sucessórios, além de desligá-lo de todos os vínculos existentes com os pais e parentes naturais, ressalvados os impedimentos matrimoniais (art. 41, ECA).

2.2) Adoção e procedimento

Os processos de adoção são realizados mediante procedimento de jurisdição voluntária ou contenciosa, a depender do caso concreto. Sempre se faz necessária a intervenção do Ministério Público, por se tratar de ação de estado (art. 82, II, CPC) e, no caso de adoção de menores, por se tratar da defesa do interesses de incapazes.

A competência para processar e julgar as adoções de crianças e adolescentes será da Vara da Infância e Juventude, consoante previsão legal do art. 148, inciso III, do Estatuto da Criança e do Adolescente.

⁴⁵ Sílvio de Salvo Venosa, op. cit., p. 315.

⁴⁶ Maria Berenice, op. cit., p. 426.

A petição inicial deverá observar os requisitos do art. 282 do CPC, bem como do art. 165 e seguintes do ECA, que tratam dos requisitos e do procedimento para colocação em família substituta.

Os genitores deverão ser citados para apresentar resposta escrita em 10 dias, aproveitando a oportunidade para indicar as provas que pretendam produzir, assim como o rol de testemunhas e documentos (art. 158, ECA).

Todos os meios para citação pessoal deverão ser exauridos e, caso estes restem frustrados, dever-se-á proceder a citação pela via editalícia (art. 158, *p.u* do ECA). Não se manifestando os genitores, será nomeado curador especial pelo juiz.

Importante salientar que, nos processos de adoção, não há revelia, uma vez que estamos diante de direitos indisponíveis, não se aplicando o efeito material que faz presumir como verdadeiros os fatos alegados na inicial.

No tocante ao estágio de convivência entre o adotante e o adotando, caberá ao juiz determinar o prazo para que se possa verificar se a pretensão atende ao interesse da criança e do adolescente (art. 46, ECA).

A remessa dos autos de adoção ao Setor Técnico para realização de estudo por equipe interprofissional é o ato mais importante do processo de adoção, pois os relatórios confeccionados pelas assistentes sociais e psicólogas judiciais irão influenciar diretamente sobre a decisão a ser prolatada (art. 167, ECA).

Realizado o estudo psicossocial, ouvidos os genitores e o menor, se possível, serão os autos remetidos ao MP para emissão de parecer final e, após, o magistrado proferirá a sentença, podendo deferir ou indeferir a pretensão deduzida inicialmente (art. 168, ECA).

O vínculo da adoção constitui-se por sentença judicial (art. 47, ECA) que, após o trânsito em julgado, passa a produzir seus efeitos, sendo a adoção ato de caráter irrevogável (art. 39, § 1º, ECA).

2.3) A colocação em família substituta como medida excepcional e o art. 24 do Estatuto da Criança e do Adolescente

Consoante a ordem jurídica constitucional estabelecida pela Carta Magna de 1988, “a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado” (art. 226, caput).

O art. 227, caput, da CF, em conjunto com os arts. 19 e 39, §1º do ECA, prescrevem que constitui direito fundamental da criança e do adolescente a criação e educação no seio de sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar.

Dessa forma, o ordenamento jurídico em vigor impõe, via de regra, que a criança ou o adolescente sejam criados e educados por sua família de origem.

Todavia, a lei não considera o poder familiar como um direito absoluto, motivo pelo qual, diante da impossibilidade de manutenção do menor sob o manto protetor da família natural, poderá a criança ou adolescente ser colocado em uma família substituta mediante guarda, tutela ou adoção (art. 28, ECA), o que constitui alternativa viável para evitar a institucionalização de crianças e adolescentes impossibilitados do convívio com a família biológica.

A regra do art. 24 do ECA impõe a observância de procedimento contraditório para a decretação judicial da perda ou suspensão do poder familiar, nos casos previstos na legislação civil, bem como na hipótese de descumprimento injustificado dos deveres e obrigações a que alude o art. 22, que diz, *in verbis*: “Aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhes ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais.”

Partindo do pressuposto de que os pais são os responsáveis e maiores interessados pela criação, formação, desenvolvimento e proteção dos filhos, mesmo quando carentes de recursos materiais, procura-se, em regra, manter a criança e o adolescente em sua família de origem, reservando-se apenas a casos-limites, previstos em lei, o afetamento da autoridade parental.⁴⁷

⁴⁷ Romero de Oliveira Andrade. **Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado**, p. 99.

Contudo, mesmo no caso extremo de destituição do poder familiar, assegurar-se-á aos genitores todas as cautelas legais cabíveis, ou seja, o deferimento da medida somente se dará por sentença judicial, onde se observe o procedimento contraditório, com observância da legalidade estrita e da interpretação normativa restritiva.⁴⁸

Diante desse contexto, muito se discute acerca da necessidade de instauração de procedimento prévio e autônomo para fins de desconstituição do poder familiar para, somente então, ser ajuizada a ação de adoção, o que será amplamente debatido no capítulo 3.

2.4) A jurisdição civil: voluntária e contenciosa

Na lição de Luiz Rodrigues Wambier, a jurisdição no âmbito do processo civil representa a função de resolver os conflitos que a ela sejam dirigidos, seja por pessoas naturais, jurídicas ou entes despersonalizados, em substituição a estes, segundo as possibilidades normatizadoras do Direito.⁴⁹

Para Athos Gusmão Carneiro, jurisdição é a atividade pela qual o Estado soluciona a lide, declarando ou realizando o direito em concreto, ou seja, o meio pelo qual o Estado-Juiz, em substituição às partes, e com desinteresse na lide, decide a quem cabe o direito, declarando-o ou fazendo-o ser concretizado, com base na legislação vigente.⁵⁰

A processualística civil compreende as atividades desenvolvidas pelo Estado no exercício da “*jurisdição civil, contenciosa e voluntária*”, na exata dicção do comando do artigo 1º do Código de Processo Civil.

Na jurisdição contenciosa, o Estado atua por intermédio do Judiciário, de maneira substitutiva às partes. É a jurisdição propriamente dita, isto é, aquela função estatal desempenhada na pacificação e composição dos litígios. Pressupõe a existência de uma controvérsia entre as partes (lide), a ser solucionada pelo juiz. É exercida a partir do surgimento de conflitos de interesses qualificados por uma pretensão resistida.

⁴⁸ Washington de Barros Monteiro. **Curso de Direito Civil**. p. 37

⁴⁹ Luiz Rodrigues Wambier. **Curso Avançado de Direito Processual Civil**, p. 54..

⁵⁰ Athos Gusmão. Carneiro. **Jurisdição e Competência**, p. 102.

Ao revés, a jurisdição voluntária, não há lide nem partes, mas apenas um negócio jurídico processual, envolvendo o Juiz e os interessados. Busca-se o Judiciário para que ele declare, valide ou homologue determinada situação jurídica que o interessado titulariza. Não há partes confrontantes. Em síntese, trata-se de atividade realizada pelo juiz na gestão pública de interesses privados.

2.5) O devido processo legal (“*processo justo*”) como garantia constitucional

Nos processos de jurisdição voluntária, assim como nos de jurisdição contenciosa, são aplicáveis todas as garantias constitucionais inerentes ao processo civil, as quais são fundamentais e indispensáveis à efetiva tutela jurisdicional.

A CF de 88 estabelece que a todo cidadão são asseguradas as garantias inerentes ao devido processo legal (art. 5º, LIV), o qual atua na proteção do direito de liberdade, garantindo a paridade de armas entre a parte e o Estado-juiz, bem como salvaguardando a plenitude de defesa. Assim, igualmente resguardados constitucionalmente estão o contraditório e a ampla defesa (art. 5, inc. LV), os quais representam corolários imediatos do *due process of law*.

A propósito, segundo as lições de Alexandre Freitas Câmara:

“Dos princípios gerais do Direito Processual o mais importante, sem sombra de dúvida, é o devido processo legal. Consagrado no art. 5º, LIV, da Constituição da República, este princípio é, em verdade, causa de todos os demais.”⁵¹ (grifo nosso)

O princípio do contraditório assegura que ninguém poderá ser atingido por uma decisão judicial na sua esfera de interesse sem ter ampla possibilidade de influir, eficazmente, na sua formação, ou seja, é uma garantia de ciência bilateral dos atos e termos do processo com a consequente possibilidade de manifestação sobre os mesmos.⁵²

Questão que merece ser comentada é o fato de que o contraditório não significa contenciosidade, mas a garantia de participação efetiva e igualitária dos

⁵¹ Alexandre Freitas Câmara. **Lições de Direito Processual Civil**, p. 29

⁵² *Ibidem*, p. 45

interessados no processo. Assim, mesmo em procedimentos de natureza não contenciosa, existe a figura do contraditório.⁵³

A ampla defesa, por sua vez, corresponde à garantia conferida às partes ou interessados de apresentar suas alegações, contestar as do adversário, produzir todas as provas que julgarem cabíveis para convencer o juiz a acolher sua pretensão ou não acolher a da parte contrária, bem como recorrer das decisões que lhes forem desfavoráveis.

Logo, a observância do devido processo legal nada mais é do que a garantia de um *“processo justo, isto é, um processo em que seja assegurado um tratamento isonômico, num contraditório equilibrado, em que se busque um resultado efetivo [...]”*⁵⁴

2.6) A questão do consentimento e sua dispensabilidade

O art. 45 do ECA diz que a adoção depende de consentimento dos pais ou do representante legal do adotando. O consentimento dos adolescentes maiores de 12 anos também é indispensável (art. 45, §2º).

Nesse sentido, Wilson Donizeti Liberati assinala que o consentimento *“para adoção é uma exigência providencial”*.⁵⁵

Assim, em princípio, a adoção é procedimento de jurisdição voluntária, no qual os genitores do adotando concordam com a transferência do poder familiar para o adotante, gerando um desligamento dos vínculos parentais existentes. No caso de adotando cujos pais sejam falecidos, o assentimento expresso deverá emanar de seu representante legal.

Abordando a questão, a jurisprudência do TJSP:

“O Estatuto da Criança e do Adolescente só admite a adoção direta quando não há pretensão resistida, ou seja, quando haja consentimento expresso dos pais ou do representante legal. Neste caso caracteriza-se como mero procedimento de jurisdição voluntária. (TJSP – C. Esp. – ap. 21.117-0 Rel. Yussef Cahali – j. 26-1-1995.)”

⁵³ Leonardo Greco. **Garantias Fundamentais do Processo: O Processo Justo**, p.34.

⁵⁴ Alexandre Freitas Câmara. Op. Cit, pág, 36.

⁵⁵ **Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente**, Malheiros Editores, 7ª ed., 2003, pág. 46.

Portanto, diante da inexistência de litigiosidade, a adoção opera-se de maneira consensual, consoante procedimento previsto no art. 165 e seguintes do ECA. Existindo manifestação contrária dos genitores, necessária se faz a discussão do litígio em procedimento onde o devido processo legal seja observado e o contraditório preservado, ou ao menos, oportunizado.

No tocante à dispensabilidade do consentimento, conforme prevê o art. 45, §1º do ECA, poderá a adoção se dar pelo procedimento de jurisdição voluntária, mesmo sem o assentimento dos pais ou representante legal do adotando, ante a implementação de uma das hipóteses legais contempladas no referido dispositivo. Assim, nas ações de adoção, o consentimento somente será dispensável no caso de adotandos com pais desconhecidos ou destituídos do poder familiar, não sendo lícito ao magistrado ampliar tais hipóteses, devendo ser estritamente observados os limites legais.

Ressalte-se, ainda, que a falta ou vício do consentimento dos pais ou representante legal, no que diz respeito à adoção, constituem motivos suficientes para sua revisão judicial e possível anulação, situação que não deve ser confundida com revogação, uma vez que a adoção é ato irrevogável (art. 39 § 1º, ECA).

2.7) Adoção e jurisdição voluntária

A jurisdição voluntária, talvez um dos assuntos mais tortuosos do processo civil, pode ser entendida, de maneira bem simplória, como a administração pública de interesses privados.

Tendo em vista que a adoção é um instituto de ordem pública e visa, em última análise, à satisfação de interesses particulares do adotante, poderá se dar por meio de processo de jurisdição voluntária em determinadas hipóteses, quais sejam: a) pais destituídos do poder familiar; b) concordância expressa dos genitores em relação ao pedido de adoção; c) pais desconhecidos ou que não constem do assento de nascimento do menor.

Se os pais forem falecidos, tiverem sido destituídos ou suspensos do poder familiar, ou houverem aderido expressamente ao pedido de adoção, este poderá ser formulado diretamente em cartório, de acordo com o artigo 166 do

Estatuto Menorista, sendo dispensável a atuação do advogado. Contempla-se, portanto, claramente, os princípios da celeridade e a economia processual.

Na específica hipótese de concordância dos pais com o pedido de adoção, serão os mesmos ouvidos pelo juiz e pelo Ministério Público, tomando-se por termo as declarações (art. 166, § 1º do ECA). O consentimento dos titulares do poder familiar deverá ser precedido de orientações prestadas pela equipe interprofissional da Justiça da Infância e da Juventude, em especial quanto a irrevogabilidade da medida (§2º), evitando, dessa maneira, a ocorrência de eventuais fraudes por manifestações de vontade precipitadas, manipuladas ou viciadas.

Uma vez proposta a ação de adoção e citados os genitores biológicos do adotando, automaticamente instalar-se-á o contraditório. Estando cientes da existência do processo, poderão os pais biológicos contestar os termos e pedidos contidos na inicial ou com eles concordar, condutas essas que garantem a consagração do devido processo legal e seus consectários naturais, a saber, o contraditório e a ampla defesa, essenciais na espécie, dada a irrevogabilidade da adoção.

Desta forma, o que se verifica é que, mesmo nas adoções que tramitam pelo rito da jurisdição voluntária, deve ser assegurado um processo justo, que respeite todas as garantias a ele inerentes, não importando o fato da inexistência de litígio no caso concreto.

2.8) A adoção e jurisdição contenciosa

Nas hipóteses em que os pais naturais titularizam o poder familiar e não consentem na adoção, estaremos diante de um procedimento de jurisdição contenciosa, que seguirá o rito ordinário previsto nos arts. 282 a 475 do CPC, respeitadas todas as peculiaridades constantes do ECA, as quais já foram analisadas em tópico anterior.⁵⁶

Em procedimentos dessa natureza, onde a litigiosidade aflora, deve-se primar pela garantia de um processo capaz de respeitar o melhor interesse da criança e do adolescente, de forma efetiva e real, bem como dar às partes

⁵⁶ Ver item 2.5

envolvidas na lide plenas condições de interagirem, num contraditório equânime e equilibrado.

Assim, nas palavras de Carla Hecht Domingos, a tutela jurisdicional efetiva é, *“não apenas uma garantia, mas, ela própria também um direito fundamental. Dessa forma, o processo tem a finalidade de disciplinar o exercício da jurisdição por meio de princípios e regras que sejam capazes de conferir ao processo a mais ampla efetividade.”*⁵⁷

2.9) A destituição como pressuposto lógico da adoção

Como visto, sem o consentimento dos pais biológicos vivos, conhecidos e com paradeiro certo, não é possível ao adotante deduzir em juízo o pedido de adoção por meio de procedimento de jurisdição voluntária previsto no art. 165 e seguintes do ECA.

Diante desse quadro, a destituição do poder familiar passa a figurar como *conditio sine qua non*, pressuposto lógico para a adoção, com observância de todos os trâmites legais previstos nos arts. 155 a 163 do ECA, como evidenciado pelo art. 169 do Estatuto, *in verbis*: *“Nas hipóteses em que a destituição da tutela, a perda ou a suspensão do pátrio poder constituir pressuposto lógico da medida principal de colocação em família substituta, será observado o procedimento contraditório previsto nas Seções II e III deste Capítulo.”*

Comentando o art. 169 do ECA, Valter Kenji Ishida assinala que:

*“[...] no caso de tutela, **havendo oposição dos pais**, é necessária a suspensão ou destituição do pátrio poder e, **no caso de adoção, é necessária a prévia destituição, porque a tutela e a adoção conferem a seu detentor o exercício do mesmo e, conseqüentemente, obriga aos deveres elencados no art. 22 do ECA e no art. 1634 do CC. Daí que incompatível, e.g., o exercício concomitante do “patria potestas” entre o pai adotante e o genitor biológico.** [...] Todavia, entendemos que a destituição do pátrio poder se faz imprescindível em duas hipóteses: (1) quando o genitor se opõe ao pedido de colocação em família substituta (tutela ou adoção); (2) quando o genitor estiver mencionado no assento de nascimento e estiver em local incerto e não sabido”.*⁵⁸ (grifo nosso)

⁵⁷ A importância do processo de adoção-Brasil (1988 - 2006), p.539.

⁵⁸ Valter Kenji Ishida. Estatuto da Criança e do Adolescente. Doutrina Jurisprudência, p. 279.

3. Destituição do poder familiar: necessidade de instauração de procedimento autônomo em observância ao devido processo legal

Cumprida a etapa de contextualização da matéria, chega o momento de nos debruçarmos, especificamente, sobre o tema central do presente trabalho acadêmico, qual seja, buscar subsídios para definirmos se, nas ações de adoção, faz-se necessária a instauração de procedimento autônomo de destituição do poder familiar, em observância ao devido processo legal.

3.1 O que dizem a doutrina e a jurisprudência?

Os tópicos que a partir de agora passaremos a analisar mais detidamente retratam questões que vem sendo motivo de acirradas divergências entre os juristas pátrios, sobretudo em virtude da irrevogabilidade da medida de adoção e das sérias implicações decorrentes do afastamento de uma criança do convívio de seus familiares e, o que é pior, com o aniquilamento definitivo de todos os laços parentais.

3.1.1) Dispensabilidade de prévia destituição do poder familiar quando há concordância dos genitores ou existência de ação de adoção em andamento

Examinando o tema após recurso ministerial que se insurgia contra a destituição desacompanhada de procedimento contraditório, o Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo consolidou o entendimento de que, nos casos de concordância dos genitores ou quando já existir ação de adoção em curso, o procedimento contencioso prévio de destituição do poder familiar é dispensável, bastando a instauração do contraditório na esfera do mesmo processo, como se verifica a partir do fragmento do acórdão prolatado por aquela insigne Corte de Justiça na Apelação Cível nº. 23.703/7-SP:

*"Como não se desconhece, porque expressamente previsto na lei de regência, **a perda do pátrio poder só será decretada judicialmente em procedimento contraditório**. Desse modo, exige-se que se intente a ação adequada, com a regular citação (ECA, art. 24). Se estes estiverem de acordo com o pedido de adoção ou guarda formulado por outrem, inexistirá lide ou pretensão resistida e a questão passa a ter caráter meramente administrativo ou de jurisdição voluntária. (cf. Ap. 16.222-0, C.Esp., Rel. Ney Almada, j. 21-7-94). **Esta Eg. Câmara evoluiu, também, no sentido de que para a adoção simples ou plena não se exige prévia destituição do pátrio poder, ou ação própria visando esse desiderato,***

podendo esta ocorrer incidentalmente nos próprios autos em que se pede a adoção (cf. Ap. 15.132-0, C.Esp., Rel. Sabino Neto, j. 26-11-92). Mais recentemente deixei assentado, em julgamento de que fui relator, esse posicionamento (Ap. 20.033-0) [...] **Do que se conclui que, não havendo concordância dos pais, a perda do pátrio poder deverá ser decretada em processo onde se instaure o contraditório. Havendo concordância dos pais, a perda só será decretada como medida incidental em pedido formal de adoção do interessado, não se admitindo que o magistrado atue de ofício**".⁵⁹ (grifo nosso).

3.1.2) Indispensabilidade do contraditório, mesmo havendo a concordância dos pais com o pedido de adoção, os quais sempre deverão ser chamados para se manifestar em juízo

Segundo posicionamento jurisprudencial capitaneado pelo eminente Desembargador Yussef Said Cahali, em pedidos de adoção, a instauração de procedimento contraditório de destituição do poder familiar se afigura indispensável, ainda que haja assentimento expresso dos genitores do infante, a teor do que prescreve o art. 169 do ECA, sendo oportuna a transcrição de trecho do voto por ele proferido quando do julgamento da Apelação de nº. 13.647-0/2, da Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo:

"Nulidade - Ausência de citação da genitora que concordara com a adoção - Ocorrência. "A citação da genitora da criança era de rigor, não obstante as declarações de fls. 03, posto que indispensável à instauração do contraditório (ECA, art. 169). A nulidade é ipso iure (Mello Freire, 'Instituciones Iuris Civilis Lusitani', Liv. IV, título 23, § 20), tal que impede a sentença de passar em julgado (Lobão, 'Segundas Linhas', I, nota 578). É por isso que 'em todo tempo se pode opor contra ela, que é nenhuma...' (Liebman, 'Estudos', Saraiva, p. 183). (Ap. nº 14.034-0/2 - Câmara Especial TJSP - Rel. Dês. Sabino Neto - v.u. em 13-2-92). (...) **Embora a mãe de sangue tenha concordado com a colocação do filho em família substituta (fls. 12/13), o que, em princípio, atende ao disposto no art. 45, caput, da Lei nº 8.069/90, tal fato não dispensava a instauração do procedimento contraditório; é o que se depreende da norma do art. 169, caput, do ECA, que dispõe: 'Nas hipóteses em que a destituição da tutela, a perda ou a suspensão do pátrio poder constituir pressuposto lógico da medida principal de colocação em família substituta, será observado o procedimento contraditório previsto nas Seções II e III deste Capítulo.** (...) De outro lado, os arts. 155 e seguintes do mesmo Estatuto dispõem sobre o procedimento para a perda ou suspensão do pátrio poder, inferindo-se do texto do art. 158 que o requerido será sempre citado para, (...) no prazo de dez dias, oferecer resposta escrita, indicando provas a serem produzidas e oferecendo desde logo o rol de testemunhas e documentos."⁶⁰ (grifo nosso)

3.1.3) Comentários aos itens 3.1.1 e 3.1.2

Com efeito, a adoção pela via da jurisdição voluntária depende, sempre, do consentimento dos pais ou do representante legal do adotando, nos termos do art. 45 do ECA. Inexistindo tal consentimento, haverá necessidade da destituição do

⁵⁹ Ap. Cível. nº. 23.703/7 - TJSP.

⁶⁰ Ap. nº. 13.647-0/2 – Câmara Especial – TJSP – Rel. Dês. Yussef Cahali – v.u em 12-3-92.

poder familiar, em procedimento contencioso ou incidentalmente na própria ação de adoção, como pressuposto lógico para o deferimento desta, já que não há possibilidade de adoção daquele que se encontre sob o poder familiar de outrem, em razão da incompatibilidade desses institutos (art. 169, ECA).

Acreditamos que o consentimento dos pais nos autos de adoção elide a necessidade de instauração de procedimento litigioso para a destituição do poder familiar, uma vez que não se verifica pretensão resistida. Contudo, o chamamento dos pais naturais a juízo é indispensável em respeito à exigência de instauração do contraditório (art. 24, ECA).

Assim, acordes os genitores quanto à adoção e cientes das implicações decorrentes da destituição do poder familiar, esta poderá ser decretada de maneira incidental no processo de adoção, sem que haja a necessidade de ação autônoma para tal desiderato.

Como se não bastasse, preceitua o art. 166 do ECA que, caso os pais tenham falecido, sido destituídos ou suspensos do poder familiar, ou aderido expressamente ao pedido de colocação em família substituta, este poderá ser feito diretamente em cartório.

Logo, resta clarividente a intenção do legislador em não obstaculizar a adoção quando há manifesto assentimento dos pais. Nesses casos, poderá a adoção ser feita por iniciativa pessoal dos envolvidos, de quem não se exige capacidade postulatória, havendo necessidade de oitiva deles em juízo, intervenção obrigatória do *Parquet* e sentença judicial constitutiva, o que atende a exigência do contraditório.

Ao fundamentar seu voto com arrimo no art. 169 do ECA, bem procedeu o professor Yussef Said Cahali ao entender que, mesmo diante do assentimento da genitora, impõe-se a observância do procedimento contraditório.

Passemos à análise mais detida do aludido artigo 169, *in verbis*:

“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.”

O sentido que se extrai do dispositivo supratranscrito é que o procedimento contraditório, previsto nas Seções II (Da perda e da suspensão do pátrio poder) e III (Destituição da tutela) deste capítulo (Dos Procedimentos), será observado somente, e tão somente, nos casos em que a destituição da tutela, a destituição ou a suspensão do poder familiar constituir pressuposto lógico da medida principal de colocação em família substituta.

Como sabido, para que a adoção seja possível, o consentimento dos pais é exigível, sendo dispensado, entretanto, caso sejam os genitores desconhecidos ou destituídos do poder familiar (art. 45, § 1º, ECA), hipóteses essas nas quais o contraditório ou é impossível (os genitores são desconhecidos) ou desnecessário (já operou-se a destituição do poder familiar).

Valter Kenji Ishida, em sua obra *“Estatuto da Criança e do Adolescente, Doutrina e Jurisprudência”*, 7ª ed. Atlas, p. 281 e 282, ao tecer comentários sobre o art. 169 do Estatuto Menorista, assinala que:

“Em nossa opinião, o consentimento do genitor nos autos do pedido de adoção dispensa o procedimento contraditório objetivando sua destituição. É o que explica a norma do art. 45. O próprio art. 45, § 1º, dispensa a necessidade do consentimento na hipótese de genitores desconhecidos. Seria desconhecer a facilidade possibilitada pela norma, dificultando o procedimento de colocação em família substituta.”

Ishida, com a devida vênia, equivoca-se ao afirmar a dispensabilidade do procedimento contraditório quando houver consentimento dos pais, já que o mesmo somente será dispensado quando impossível sua instauração. Ademais, o parágrafo único do art. 166 do ECA exige que, mesmo consentindo os pais na adoção, faz-se necessária a ratificação de tal manifestação volitiva perante o Ministério Público e autoridade judiciária, exigências estas que garantem a observância do contraditório de que fala a lei.

Questão que deve ser aclarada, de uma vez por todas, é que processo não é procedimento, sendo tal distinção lição básica da Teoria Geral do Processo. Enquanto processo é o meio de que se vale o Estado para cumprir a função jurisdicional, que se reflete num conjunto de atos concatenados com o fito de realizar o direito, o procedimento é a forma prevista em lei pela qual se guiará o processo, ou seja, diz respeito ao rito e a forma como os atos se realizarão.

Assim, o fato de não ser exigível a instauração de ação (processo) autônoma para se pleitear a destituição do poder familiar dos pais biológicos nada tem a ver com a dispensabilidade de procedimento contraditório. São coisas completamente distintas. O procedimento contraditório, isto é, toda a observância de um trâmite que viabilize a participação efetiva dos pais biológicos no processo, mesmo que consentindo os mesmos com o pedido de adoção, deve ser observado. É o entendimento que deflui da lei. Parece-nos que Valter Kenji Ishida não conseguiu alcançar o real sentido da norma.

Nessa linha de entendimento e a título de arremate, pertinente é a lição do Des. Sabino Neto, quando do julgamento do Agravo de Instrumento n.º 15.254 - 0/3, TJSP, C. Esp., 03.09.92, - Revista Igualdade, n.º 08 – MPPR:

“O art. 169 do ECA não exige prévia destituição do pátrio poder, em processo autônomo, para o exercício da ação de adoção. Exige, apenas, no mesmo processo, a observância do princípio do contraditório, se a perda do pátrio poder constitui pressuposto lógico da adoção. Vale dizer, o dispositivo não cuida de dois processos distintos, mas duas situações jurídicas distintas: a) perda do pátrio poder, em razão da conduta culposa dos pais, e b) negócio jurídico da adoção.” (grifo nosso)

Ao comentar o art. 24 do ECA⁶¹, pondera Romero de Oliveira Andrade:

“Mesmo na hipótese extrema de afetamento do pátrio poder, assegurar-se-á aos pais inestimável cautela legal, isto é, a decretação da perda ou suspensão do pátrio poder dependerá de decisão judicial, onde se assegure o procedimento contraditório, entendendo-se este, inclusive, como a possibilidade jurídica de os pais interessados se valerem do princípio da ampla defesa, sem a observância do qual faleceria o contraditório.”⁶² (grifo nosso)

Assim, conclui-se que a lei exige apenas a observância das garantias que tornam o processo justo (devido processo legal, contraditório e ampla defesa), não fazendo qualquer menção à necessidade de instauração de processo autônomo para fins de desconstituição do poder familiar.

⁶¹ **Art. 24.** A perda e a suspensão do pátrio poder 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.

⁶² Romero de Oliveira Andrade In: Munir Cury. **Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado**, p. 99.

3.2) A questão da cumulação de pedidos de adoção com destituição

3.2.1) Cumulação objetiva com pedido de destituição expresso

Inicialmente, entendiam os estudiosos que os pedidos de adoção e de destituição do poder familiar deveriam ser veiculados através de ações próprias, cada qual em processo autônomo. A partir de uma evolução do posicionamento doutrinário sobre a temática, passou-se a admitir a tramitação da ação de adoção cumulada com a ação de destituição, no bojo do mesmo processo, sob o argumento de que não há razões que impeçam a cumulação das referidas ações, com a única ressalva de que o pedido destitutivo conste expressamente da petição inicial.

Reflete tal entendimento a lição de Vicente Paula de Ataíde Junior, na obra “*Destituição do Poder Familiar*”, Ed. Juruá 2009, p. 58:

*“Em princípio, a cumulação objetiva seria impossível, dada a regra do art. 292 §1º, III⁶³, do CPC, mas há norma especial permissiva no art. 169 do ECA. O art. 169 é explícito em se referir que, nas hipóteses em que a perda do poder familiar constituir pressuposto lógico da adoção, será observado o procedimento contraditório previsto a partir do seu art. 155. Assim, a **petição inicial da ação de destituição do poder familiar, mesmo cumulada com a adoção, deverá indicar todos os requisitos previstos no art. 156⁶⁴. No caso de cumulação com adoção, faz-se exigível a presença, também, dos requisitos do art. 165⁶⁵. (...) Com isso, torna-se imperativo que o adotante, que detém legítimo interesse para tal, formule expressamente o pedido de destituição do poder familiar, dando-lhe, inclusive, a causa de pedir, consubstanciada na sumária exposição do fato. A norma jurídica em comento afasta qualquer entendimento no sentido da existência de pedido implícito de destituição do poder familiar, quando requerida a adoção.** (grifo nosso)*

⁶³ **Art. 292** - É permitida a cumulação, num único processo, contra o mesmo réu, de vários pedidos, ainda que entre eles não haja conexão § 1º - São requisitos de admissibilidade da cumulação: [...] III - que seja adequado para todos os pedidos o tipo de procedimento.

⁶⁴ **Art. 156.** A petição inicial indicará: **I** - a autoridade judiciária a que for dirigida; **II** - o nome, o 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 o pedido; **IV** - as provas que serão produzidas, oferecendo, desde logo, o rol de testemunhas e documentos.

⁶⁵ **Art. 165.** São requisitos para a concessão de pedidos de colocação em família substituta: **I** - qualificação completa do requerente e de seu eventual cônjuge, ou companheiro, com expressa anuência deste; **II** - indicação de eventual parentesco do requerente e de seu cônjuge, ou companheiro, com a criança ou adolescente, especificando se tem ou não parente vivo; **III** - qualificação completa da criança ou adolescente e de seus pais, se conhecidos; **IV** - indicação do cartório onde foi inscrito nascimento, anexando, se possível, uma cópia da respectiva certidão; **V** - declaração sobre a existência de bens, direitos ou rendimentos relativos à criança ou ao adolescente.

3.2.2) A vinculação implícita do pedido de destituição do poder familiar nas ações de adoção

Há na jurisprudência posicionamento segundo o qual o pedido de destituição do poder familiar está implicitamente veiculado nas ações de adoção, já que, com base no art. 1.635, IV do CC, o deferimento da adoção acarreta, inevitavelmente, a extinção da potestade parental.

Consoante essa linha de entendimento, o deferimento da adoção gera o término do poder familiar por efeito reflexo da sentença,⁶⁶ ou seja, a perda do *pater familias* seria efeito automático da procedência do pedido de adoção, razão pela qual a propositura de ação prévia e autônoma para destituição da autoridade parental seria absolutamente despropositada.

A corroborar a tese ora esposada, os acórdãos infra:

*"Adoção - Destituição prévia do pátrio poder - Desnecessidade - Hipótese em que o **deferimento do pedido de adoção implica a perda imediata do pátrio poder** - Inteligência do art. 41 do Estatuto da Criança e do Adolescente - Recurso não provido. **Desnecessária a prévia decretação de perda do pátrio poder para posterior deferimento de adoção, vez que esta última desliga o adotado de quaisquer vínculos anteriores**, ressalvados os de ordem patrimonial" (Apelação. Cível nº 22.660-0 – Guairá – rel. Lair Loureiro – C. Esp. V.u – 23.02.95 – TJSP- C. Esp. – Ap.- JTJ-LEX 169/11) (grifo nosso)*

*"Adoção - **Prévia destituição do pátrio poder. Desnecessidade. Vinculação implícita dos pedidos** - O art. 169 do ECA não exige prévia destituição do pátrio poder, em processo autônomo, para o exercício da ação de adoção. Exige, apenas, no mesmo processo, a observância do princípio do contraditório, se a perda do pátrio poder constitui pressuposto lógico da adoção." (TJSP - AR 19.823-0 - C.E. - Rel. Des. Dirceu de Mello - J. 09.03.1996. (RJTJESP 170/278) (grifo nosso)*

*"ADOÇÃO. **Pedidos expressos de destituição do pátrio poder e de adoção. Desnecessidade.** Deferimento do pedido de adoção implica na perda automática do pátrio poder. Agravo improvido. **Desnecessários pedidos expressos de destituição do pátrio poder e de adoção, uma vez que esta última desliga o adotado de quaisquer vínculos anteriores, ressalvados os de ordem matrimonial.** Em havendo adoção, automaticamente opera-se a perda do pátrio poder." (TJDF - AI 9.173/97(103861) –3ª T.- rel. Des. Nívio Gonçalves – DJU 27/11/2002). (grifo nosso)*

No REsp nº. 283.092 de junho de 2006, manejado contra acórdão proferido pelo desembargador do TJSC, Alcides Aguiar, mais uma vez a cumulação objetiva dos pedidos de adoção e destituição do poder familiar foi motivo de discussão. Na oportunidade, o Min. Rel. Gomes de Barros adotou como razões de

⁶⁶ Maria Berenice, **Manual de Direito das Famílias**, p. 442.

decidir de seu voto os fundamentos lançados pelo citado desembargador, ficando assentado que:

*[...] Admite-se, é certo, que o deferimento da adoção está condicionado, inarredavelmente, à destituição do pátrio poder dos pais biológicos. **Contudo, é justamente tal fato que torna este pedido absolutamente implícito** ao objeto da ação, porquanto constituem-se – a adoção e a destituição da tutela – pleitos sucessivos em que aquele – reitere-se – condiciona-se ao deferimento deste (fls. 262). (grifo nosso)*

*“De fato, a doutrina e a jurisprudência vêm se manifestando no sentido da dispensa de processo autônomo para o pedido de destituição do pátrio poder, entendendo, mais ainda, **que o mesmo está implícito no pedido da própria adoção, como sua condicionante lógica.**” (grifo nosso)*

*[...] **não pode ser óbice à apreciação do pedido de adoção a falta de requerimento expresso da destituição do pátrio poder, porque está implícito naquela a perda deste,** como diz o próprio artigo 392⁶⁷ do Código Civil, em seu inciso IV, quando preceitua que o pátrio poder extingue-se pela adoção”.⁶⁸ (grifo nosso)*

No citado aresto (REsp. 283.092/SC), mencionou-se a opinião da Procuradora de Justiça aposentada e professora titular de Direito Civil da UERJ, Dr^a. Heloisa Helena Barbosa, que está em harmonia com a tese segundo a qual a idéia de que a desconstituição do poder familiar decorre naturalmente do deferimento da adoção, como demonstrado no fragmento abaixo aduzido:

*“Razoável afirmar-se que adoção de criança e de adolescente opera a extinção do pátrio poder dos pais naturais, que se transfere, de pleno direito e **sem necessidade de qualquer procedimento específico, para os adotantes.** A análise dos requisitos específicos para a adoção não revela exigência da destituição prévia do pátrio poder. **A adoção, por si só, opera o efeito extintivo, não prestando, portanto, prévia destituição a qualquer título.**”⁶⁹ (grifo nosso)*

3.2.3) Comentários aos itens 3.1.2 e 3.2.2

Entendemos que a observância do devido processo legal, especialmente do contraditório, transcende questões meramente procedimentais. O fato de determinada discussão sediar-se no bojo de um ou de outro processo, sem dúvida, não é fator determinante para que haja, ou não, afronta ao princípio do contraditório.

Dito isto, a preocupação que devemos ter nas destituições do poder familiar diz respeito à garantia que deve ser dada aos genitores biológicos para o

⁶⁷ Atual art. 1635 do CC.

⁶⁸ Resp. Nº. 283.092/SC – Rel. Humberto Gomes -14.06.2006

⁶⁹ Heloisa Helena Barbosa. **O consentimento na adoção e de adolescente.** (RF 371/74).

efetivo exercício do contraditório, que em linhas gerais significa: a) o direito dos genitores de serem citados para se defenderem amplamente; b) o direito de serem intimados de todos os atos processuais; c) o direito de serem ouvidos em juízo; d) o direito de produzir provas e contraprovas; e) o direito de recorrerem dentro do prazo legal.

Assim, no que diz respeito à destituição do poder familiar, não interessa se as garantias do devido processo legal e do contraditório serão observadas na esfera de uma ação própria com essa finalidade ou no âmbito de um processo de adoção, através da cumulação de pedidos, posto que não há qualquer incompatibilidade para tanto. Apesar das formalidades que se adote, o que importa realmente é a salvaguarda do conteúdo substancial do contraditório e não sua feição procedimental.

Apesar de entendermos plenamente possível a cumulação objetiva do pedido de adoção com a destituição do poder familiar, não nos parece aceitável admitir a veiculação implícita do pedido destitutivo sob o argumento de que a destituição da potestade parental seria corolário inarredável do deferimento da adoção.

Nesse diapasão, a lição do saudoso Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, na época compondo uma das cadeiras do STJ:

“É certo que não enxergo vedação a que sejam cumulados os pedidos de adoção com o de perda do poder familiar. Isso é perfeitamente possível. Mas, então, somente se decretada a perda do pátrio poder é que se defere a adoção. Logo, examinar-se-á se estão presentes os pressupostos que autorizam a perda do poder familiar. A pressuposição de que no pedido de adoção estaria embutido o de perda do poder familiar não me parece razoável [...]”⁷⁰ (grifo nosso)

Definitivamente, não podemos compactuar com isso, razão pela qual não nos parece aceitável que a destituição se opere por via transversa, fazendo-se necessária a instauração de procedimento autônomo para tanto ou, pelo menos de cumulação expressa de pedidos no âmbito da adoção, de forma que os genitores biológicos sejam alertados da possibilidade de rompimento dos laços parentais com o adotando e, assim sendo, possam se defender de forma plena.

⁷⁰ REsp nº. 283.092/SC -(2000/0106353-7). 3ª turma. Rel. Min Humberto Gomes - DJ: 14/02/2006)

Sobre a questão, obtemperam Cury, Garrido e Marçura, in “Estatuto da Criança e do Adolescente Anotado” – 2ª. ed. rev. e atual. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 35:

“A destituição do pátrio poder não pode ser decretada incidenter tantum nos procedimentos de adoção, reclamando o devido processo legal, que obviamente não prescinde de inicial na qual fatos ensejadores do pedido sejam devidamente descritos, a possibilitar o exercício da ampla defesa. Nada obsta, contudo, a cumulação objetiva, porquanto os dois pedidos, ainda que um deles (destituição do pátrio poder) esteja implicitamente vinculado ao outro (adoção), podem ser tratados num único processo, posto que compatíveis entre si, para ambos é competente o mesmo juízo e o tipo de procedimento é adequado para todos” (RT 692/58).

Segundo os doutrinadores citados, quando dizem “*incidenter tantum*”, significa que não pode a destituição ser analisada de maneira acessória no processo de adoção, como mero efeito da sentença. A observância ao *due process of law* se impõe, devendo a desconstituição do poder familiar se dar de acordo com os trâmites previstos na Lei Civil e no ECA, garantida participação dos pais biológicos de maneira ampla e efetiva, de forma a viabilizar o contraditório.

Ressalte-se que, em nossa opinião, não há entraves à cumulação objetiva das demandas (adoção e destituição), pois o juízo competente é o mesmo (Infância e Juventude), os pais naturais terão que ser citados, invariavelmente, em ambas as hipóteses, os estudos psicossociais realizados pelo Setor Técnico envolverão exatamente os mesmos personagens, ou seja, não há razões processuais que impeçam tal veiculação concomitante de pedidos. Contudo, convém sobrelevar que a destituição não poderia prescindir de pedido expresso para esse fim, valendo sublinhar que o artigo 156, III, do ECA exige que a petição inicial indique, além da exposição sumária do fato, o pedido, com a apresentação das razões de fato e de direito conducentes ao acolhimento da pretensão destitutória.

Apesar das críticas que ora tecemos àqueles que entendem que a destituição está implícita nas adoções, tiveram os defensores dessa corrente seu momento de glória quando, no voto proferido pelo ilustre Min. Rel. Gomes de Barros, no Recurso Especial nº. 283.092/SC, inclinou-se o julgador no sentido de admitir a destituição da potestade parental como consectário inarredável do deferimento da adoção, no qual aquela estaria implícita nesta.

Por um momento, tal posicionamento deu mostras de que um ponto final havia sido posto no tema, ficando dispensado, dali por diante, o pedido expresso de

destituição do poder familiar nas ações de adoção. Afinal de contas, tratava-se de orientação emanada de um respeitável Ministro de Tribunal Superior, o Tribunal da Cidadania, a qual deveria servir de parâmetro para futuras decisões prolatadas pelos Cortes de Justiça Estaduais.

Todavia, no julgamento do aludido Recurso Especial, o voto do notável relator foi declarado vencido, tendo prosperado o voto do insigne Min. Castro Filho, acompanhado, naquela oportunidade, pelos Min. Ari Pargendler e o Min. Menezes Direito, o qual será abordado no tópico a seguir.

3.3) Superior Tribunal de Justiça: a destituição do poder familiar não pode ser encarada como uma mera decorrência lógica do deferimento de um pedido de adoção

Controvérsias a parte, o posicionamento mais atual que vigora no âmbito do STJ foi sedimentado através do voto vencedor proferido pelo Min. Castro Filho, no âmbito do REsp nº. 283.092/SC de 2006, cujas razões foram novamente adotadas pelo eminente ministro no julgamento do REsp nº. 476.382/SP de 2007.

Nas duas oportunidades, firmou-se o entendimento de que a destituição do poder familiar não pode ser encarada como uma mera decorrência lógica do deferimento de um pedido de adoção, sendo imperativa a instauração de procedimento específico para esse fim, em acatamento ao contraditório e devido processo legal.

A propósito, a transcrição das ementas dos referidos REsp:

“DIREITO CIVIL. ADOÇÃO PLENA. DESTITUIÇÃO PRÉVIA DO PÁTRIO-PODER. NECESSIDADE DE PROCEDIMENTO PRÓPRIO COM ESSE FIM. OBSERVÂNCIA DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. I - O deferimento da adoção plena não implica automaticamente na destituição do pátrio-poder, que deve ser decretada em procedimento próprio autônomo com esse fim, com a observância da legalidade estrita e da interpretação normativa restritiva, cautela essa imposta não só pela gravidade da medida a ser tomada, uma vez que importa na perda do vínculo da criança com sua família natural, como também por força das relevantes repercussões em sua vida sócio-afetiva, sob pena de serem ainda desrespeitados os princípios do contraditório e do devido processo legal (artigos 24, 32, 39 a 52, destacando-se o artigo 45, e ainda, os artigos 155 a 163 do Estatuto da Criança e do Adolescente). II - Note-se que, no caso, a adoção está sendo deferida contra a vontade da mãe biológica, como espécie de sanção pela violação de deveres jurídicos preestabelecidos - circunstância própria do procedimento de jurisdição contenciosa, que somente se aperfeiçoa por ato judicial -, situação que só vem a reforçar a necessidade de instauração do procedimento autônomo ao fim almejado, visando até mesmo impedir violação a direitos personalíssimos relativos à maternidade. Recurso especial provido, para julgar a autora carecedora do direito à ação, por

impossibilidade jurídica processual do pedido, com a ressalva de que a situação da criança não será alterada, permanecendo ela na guarda da autora. (REsp nº 283.092/SC -(2000/0106353-7). 3ª turma. Rel. Min Humberto Gomes - DJ: 14/02/2006)" (grifo nosso)

*"DIREITO CIVIL. ADOÇÃO PLENA. DESTITUIÇÃO PRÉVIA DO PÁTRIO-PODER. NECESSIDADE DE PROCEDIMENTO PRÓPRIO COM ESSE FIM. OBSERVÂNCIA DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. **O deferimento da adoção plena não implica, automaticamente, na destituição do pátrio-poder, que deve ser decretada em procedimento próprio autônomo, com a observância da legalidade estrita e da interpretação normativa restritiva.** A cautela é imposta, não só pela gravidade da medida a ser tomada, uma vez que importa na perda do vínculo da criança com sua família natural, como também por força das relevantes repercussões em sua vida sócio-afetiva. **Sem isso, serão desrespeitados, entre outros, os princípios do contraditório e do devido processo legal (artigos 24, 32, 39 a 52, destacando-se o artigo 45, e ainda, os artigos 155 a 163 do Estatuto da Criança e do Adolescente).** Recurso especial provido, para julgar os autores carecedores do direito à ação, por impossibilidade jurídica processual do pedido, com a ressalva de que a situação da criança não será alterada, permanecendo ela na guarda dos ora recorridos. (REsp nº 476.382/SP-(2002/0145642-3). 3ª turma. Rel. Min Castro Filho - DJ: 26/03/2007)" (grifo nosso)*

A partir do teor das ementas supratranscritas, verifica-se que a insigne Corte Federal vem reiterando o entendimento de que a destituição não é mero corolário do deferimento da adoção, razão pela qual deve ser analisada em procedimento apartado para esse fim, em obediência ao devido processo legal, ao contraditório e à estrita legalidade.

Para embasar tal entendimento, argumenta o Min. Castro Filho que:

***"A destituição do pátrio poder - poder familiar, na linguagem do novo Código Civil - é questão muito séria.** Trata-se de verdadeiro processo, com procedimento estabelecido no Estatuto da Criança e do Adolescente nos artigos 155 a 163. Já para a adoção, não; inexistem normas rígidas, uma vez que se cuida de mero procedimento de jurisdição não contenciosa".⁷¹ (grifo nosso)*

Dada essas circunstâncias, todos os holofotes devem ser direcionados para a desconstituição do poder familiar que, às avessas da adoção, trata-se de medida de alta gravidade, uma vez que poderá destruir todos os laços parentais.

Além disso, o ECA ressalta o caráter de excepcionalidade da destituição ao dizer no art. 23 que, nem mesmo a falta de recursos materiais, dará ensejo à perda do poder familiar. Dizer que algo é excepcional, significa que deve ser tratado com maior cautela. Nesse sentido, merece transcrição trecho do referido REsp nº. 476.382 – SP, *in verbis*:

⁷¹ REsp nº. 476.382/SP-(2002/0145642-3). 3ª turma. Rel. Min Castro Filho - DJ: 26/03/2007, pág. 7.

“Resta evidente da dicção desse dispositivo a preocupação do legislador em aplicar a destituição a situações absolutamente distintas e necessárias, como medida de garantia dos direitos fundamentais do menor. É que não se pode perder de vista as sérias implicações decorrentes da iniciativa de afastar uma criança do convívio de seus familiares e, o que é pior, com a imposição do rompimento de todos os laços do parentesco.”⁷² (grifo nosso)

Prosseguindo nessa linha argumentativa, em artigo intitulado “O consentimento na adoção de criança e de adolescente”, publicado na Revista Forense, 1998, p. 74, a professora da Universidade Estadual do Rio de Janeiro, Heloisa Helena Barboza, evidencia questão interessante sobre a temática ora em comento, ao dizer que o poder familiar:

“[...] atende, não só à necessidade natural de alguém que cuide do infante, mas também à relação de afeto que une, naturalmente, pais e filhos. Portanto, ainda que modernamente instituído em benefício do filho, contempla os interesses paternos/materno.”

Assim, a destituição da autoridade parental, cujo efeito é desconstituir os vínculos de filiação e parentesco entre pais e filhos, é sempre perturbadora, gerando impactos tanto na criança, que perderá seus pais, quanto para os próprios genitores, os quais, certamente, sofrerão, e muito, com a perda de um filho.

Apesar de toda a legislação menorista ter sido construída em torno da proteção dos interesses da criança e do adolescente, não há como negar os efeitos deletérios que uma eventual destituição do poder familiar gera em um pai.

O rompimento das relações paterno-filiais é uma situação extremamente traumática. Dada a seriedade e relevância da medida, a lei a trata como excepcionalidade, prevista em procedimento específico e pormenorizado nos artigos 155 a 163 do Estatuto da Criança e do Adolescente, os quais devem ser observados em todos os aspectos, com todas as cautelas legais exigíveis.

Nesse diapasão, pondera Vicente de Paula Ataíde Junior que:

“É em relação ao preenchimento das exigências legais para a colocação em família substituta, medida excepcional, que deve ser observado estreitamente o teor da lei, interpretada de forma restrita, de modo a evitar a profusão de expropriações descríticas do poder familiar, violando direitos individuais, e o afastamento da criança da sua família natural como meio mais fácil e econômico

⁷² REsp nº. 476.382/SP-(2002/0145642-3). 3ª turma. Rel. Min Castro Filho - DJ: 26/03/2007, pág. 8.

para a solução do problema social da exclusão e do abandono, guiado mais pelo interesse dos pretensos adotantes que pelo interesse do menor.”⁷³ (grifo nosso)

Como prova de que o entendimento atualmente esposado pelo STJ vem ganhando eco nas instâncias inferiores, recentemente, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais vem se utilizando dos fundamentos expostos no aludidos arestos, na íntegra, como razões de decidir nos seguintes recursos de apelação:

- TJMG. APELAÇÃO CÍVEL N° 1.0083.04.001548-5/001 – 5ª Câmara Cível – Comarca de Borda da Mata - Rel. Des. Maria Elza. DJ: 09/03/2007
- TJMG. Apelação Cível nº. 1.0480.07.097265-2/001 – 1ª Câmara Cível - Comarca de Patos de Minas - Rel. Des. Vanessa Verdolim Hudson Andrade. DJ: 17/07/2009
- TJMG. Apelação Cível nº. 1.0083.07.009678-5/001 - 3ª Câmara Cível - Comarca de Borda da Mata - Relator: Des. Kildare Carvalho. DJ: 23/08/2010.

Ainda na ocasião do REsp nº. 283.092/SC, o saudoso Min. Menezes Direito, em voto de vista, manifestou-se sobre a temática citando Carlos Eduardo Pacchi:

*"a perda do pátrio poder **deve ser decretada em procedimento adequado, com observância do princípio do contraditório**, iniciado por quem porte r. legitimidade a tanto, devidamente comprovada conduta, omissiva ou comissiva, dolosa ou culposa, dos pais, que se amolde em um dos casos ensejadores da perda do pátria poder, previstos em lei"⁷⁴ (grifo nosso)*

Apesar da acentuada nota de conservadorismo do atual posicionamento abraçado pelo Superior Tribunal de Justiça, que defende, sem exceções, a instauração de ação própria para a destituição do poder familiar, tal entendimento tem seus méritos.

De todas as correntes de idéias aqui apresentadas, é a que, sem dúvida, melhor contempla as garantias constitucionais do devido processo legal e seus corolários, assim entendidos o contraditório e ampla defesa, já que não enxerga a destituição da autoridade parental à sombra da adoção, tratando-a de maneira autônoma, com a cautela e importância a que faz jus.

⁷³ Vicente de Paula Ataíde Júnior. **A destituição do pátrio poder como pressuposto lógico da adoção**, p.212.

⁷⁴ Carlos Eduardo Pacchi .Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado, pág. 168).

Outrossim, a veiculação da destituição do poder familiar e da adoção em processos independentes poderia ser justificada sob o argumento de que, enquanto na adoção se busca a obtenção de uma sentença constitutiva, que fará com que nasçam vínculos de pai e filho entre adotante e adotado, em sentido oposto, na ação destitutória, o que se busca é uma decisão judicial declaratória desconstitutiva, que irá desatar os laços paterno-filiais.

Desta forma, diante dos sentidos diametralmente opostos que as referidas ações visam a alcançar, seriam plenamente aceitáveis as diretrizes traçadas pelo STJ, mas, como já exaustivamente abordado no presente trabalho, nada impede que adoção e destituição do poder familiar veiculem conjuntamente, desde que respeitados o devido processo legal e não haja, obviamente, prejuízo para as partes.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O poder familiar nunca deixará de ser um assunto atual. Apesar de suas remotas origens, o instituto sempre será motivo de infindáveis reflexões, haja vista a nobreza de seus fins, que almejam a proteção de crianças e adolescentes, seres frágeis, em peculiar situação de desenvolvimento, através da atribuição de poderes-deveres conferidos aos pais naturais.

A constitucionalização dos mecanismos de salvaguarda infanto-juvenil, através do art. 227 da CF de 88, teve grande importância na mudança operada na autoridade parental, rompendo com uma ultrapassada concepção de que o poder familiar existia em função dos desígnios paternos para encontrar no interesse dos filhos a sua razão de ser. De mero objeto de direito, o filho passou a sujeito de direitos.

O relevante e fundamental papel desempenhado pela família natural na vida de um ser em formação foi reconhecido pelo art. 19 do ECA, ao consagrar que toda criança ou adolescente tem direito à convivência familiar e à manutenção dos vínculos familiares biológicos, os quais só poderão ser desfeitos ante a verificação de insustentabilidade de manutenção dos laços parentais.

Diante de tais situações extremas, a suspensão e a destituição do poder familiar surgem como medidas que objetivam a proteção do menor, que, inserido em uma família desestruturada, torna-se um ser vulnerável e cujo pleno e sadio desenvolvimento pode restar totalmente comprometido.

Mesmo nessas situações-limites, a suspensão ou desconstituição dos laços paterno-filiais somente poderão se efetivar com observância da legalidade estrita e do devido processo legal. Assim, somente nas hipóteses legais taxativas é que estarão os pais biológicos sujeitos à privação do poder familiar, com a cautela e devida observância do rito previsto nos arts. 155 a 163 do Estatuto Menorista, a se desenvolver em procedimento contraditório (arts. 24 e 169, ECA).

Nesse contexto de destituição, a adoção aparece como uma das formas de colocação do menor em família substituta (art. 28, ECA). Muitas vezes é a única chance de uma criança ter uma família de verdade, bem estruturada e com relações

interpessoais pautadas no respeito e na afetividade. Ao mesmo tempo, representa a possibilidade de concretização de um sonho para quem não teve condições de ter um filho natural.

Apesar de a adoção ser um instituto belíssimo, que parece ter sido criado para viabilizar a concretização de sonhos, não podemos esquecer que a criança, objeto do processo de adoção, quase sempre tem pais, os quais são titulares do poder familiar. Enquanto não desfeitos juridicamente os laços que os unem, os pais continuarão sendo pais. Diante disso, para que a adoção seja possível, surge a necessidade de destituir os genitores biológicos de sua autoridade parental, para que, somente então, a criança tão desejada esteja em condições de ser adotada.

É exatamente sobre a análise deste procedimento destitutivo no âmbito das adoções é que os esforços deste trabalho acadêmico foram direcionados. Após árdua pesquisa e comprometimento, é chegado o momento das conclusões e impressões finais tomarem corpo.

Afinal, nas ações de adoção, é necessária a instauração de procedimento próprio com vistas à destituição do poder familiar, em observância ao devido processo legal? Impõe-se, necessariamente, a propositura de dois procedimentos autônomos, um para adoção e outro para a destituição? Quais as razões impeditivas da cumulação das aludidas demandas? O que diz a lei? E a doutrina? Como se manifesta a jurisprudência sobre a questão?

A primeira conclusão que se chega é que não há como pleitear adoção de menor que ainda permanece sob o jugo do poder familiar dos pais. Não há como se pretender estabelecer laços parentais com uma criança que ainda os mantém com os genitores naturais. Nesses casos, a destituição surge como pressuposto lógico da adoção, e, por força do disposto do art. 169 do ECA, será observado o procedimento contraditório, devendo ser respeitados todos os trâmites legais previstos nos arts. 155 a 163 do ECA (citação e oitiva dos genitores, estudo psicossocial, intervenção do MP, etc.), de forma a assegurar às partes o devido processo legal.

Outro aspecto relevante diz respeito à terminologia empregada pelos arts. 24 e 169 do ECA, os quais, ao se referirem à destituição do poder familiar, salientam a necessidade de observância de “*procedimento contraditório*”. Ressalte-se, mais uma vez, que processo não é procedimento. Muitos autores não se preocupam com

a distinção e com a utilização da terminologia adequada, o que, não raras as vezes, provoca sérias confusões sobre o tema. A exigência legal de procedimento contraditório para os casos de decretação da perda do poder familiar não significa que a instauração de uma ação autônoma se faz exigível. É uma questão de pura hermenêutica jurídica. Assim, em sintonia com esse entendimento, não há exigência legal no sentido de que a destituição deva se operar em processo próprio.

Independentemente da maneira que se faça a propositura da destituição do poder familiar (autônoma ou cumulada), o que é exigível, de fato, é a observância do procedimento contraditório, com a efetiva possibilidade das partes tomarem ciência de todos os atos processuais e, em relação a eles, poderem amplamente se manifestar.

Mais uma questão que merece destaque reside no consentimento dos pais biológicos, que constitui requisito objetivo, ao qual se condiciona a ação de adoção (art. 45, ECA). Sem o consentimento expresso dos genitores, não há que se falar em adoção, ressalvadas, obviamente, as hipóteses legais que o dispensam.

Diante da discordância dos genitores, a adoção perderá, imediatamente, seu caráter de jurisdição graciosa, dada a litigiosidade que emana de tal situação.

Ao revés, concordando os genitores quanto ao pedido de adoção, apesar do caráter voluntário da jurisdição, não está dispensado o contraditório. Não se pode confundir contraditório com contenciosidade. Um não tem absolutamente nada a ver com o outro. Não é o fato de ter surgido uma lide no decorrer de um processo que torna exigível a observância do contraditório. Ele deve ser observado em qualquer hipótese.

Assim, mesmo quando haja assentimento expresso por parte dos genitores em relação à adoção, o contraditório deve ser levado em consideração, devendo os pais estar cientes de tudo o que acontece no bojo do processo, sendo-lhes permitido, inclusive, a retratação do consentimento, caso se arrependam antes do trânsito em julgado da sentença destitutória.

No tocante à divergência existente em relação à cumulação das demandas de adoção e poder familiar, em síntese, há quem a admita e quem não a admita. E, dentre aqueles que a admitem, há os que entendem que o pedido de destituição do poder familiar deve ser explícito e outros que abraçam a tese de que o

mesmo estaria implícito no pedido de adoção, uma vez que o deferimento desta acarreta, inevitavelmente, a perda daquele.

Urge evidenciar, ainda, que, diante da compatibilidade entre as ações (adoção e destituição), já que em ambas figurarão como envolvidos os genitores biológicos e a criança, bem como serão submetidas, igualmente, ao crivo da Vara da Infância e da Juventude, não há razões, de natureza material ou processual, que obstaculizem tal cumulação objetiva, desde que não haja, evidentemente, prejuízo às partes.

A única advertência que fazemos é em relação à inadmissibilidade do pedido implícito de destituição, com base no art. 1.635, IV do CC, que diz que a sentença procedente de adoção implica, automaticamente, na destituição da potestade parental.

Definitivamente, não há como aderirmos a tal posicionamento. Nesse sentido, também se inclina o STJ. Como é sabido, o ordenamento processual civil rejeita, em regra, o pedido implícito. Dispõe o artigo 286 do CPC que: “*o pedido deve ser certo e determinado*”. Como se não bastasse, trata-se de requisito legal, exigido pelo ECA, que as petições iniciais para destituição façam constar, expressamente, além da exposição sumária dos fatos, o pedido (art. 156, III, ECA).

Por derradeiro, em relação ao posicionamento atualmente esposado pelo Superior Tribunal de Justiça, o qual defende a instauração de procedimento autônomo de destituição do poder familiar para toda e qualquer hipótese, entendemos que o mesmo se afigura um tanto quanto retrógrado se comparados a outros entendimentos mencionados no decorrer deste trabalho monográfico.

Entretanto, trata-se de posicionamento agasalhado por um Tribunal Superior, composto por notáveis ministros, com notórios conhecimentos e vasta experiência na prática jurídica, razão pela qual merece respeito. Apesar do conservadorismo que marca tal juízo de idéias, é o que melhor contempla as garantias processuais do devido processo legal.

De fato, a destituição feita no bojo de uma adoção, apesar de não vermos incompatibilidade para tanto, acaba não recebendo o tratamento adequado a que faz jus, uma vez que se pretende matar “*dois coelhos com uma cajadada só*”, por economia processual e celeridade. De outra banda, quando se analisa uma

destituição da potestade parental em processo apartado, é inegável que há todo um cuidado especial do magistrado e dos envolvidos em relação à demanda, a qual caminha na sua marcha natural, sem atropelos e com a máxima observância dos princípios constitucionais a ela inerentes.

Ademais, argumento forte a favor da corrente de entendimento abraçada pelo STJ, reside na absoluta contraposição de pedidos, uma vez que a adoção visa constituir vínculos, ao passo que a destituição, como o próprio nome já diz, visa destituí-los, razão pela qual seria justificável a propositura de duas ações estanques.

Conclui-se, portanto, que não há posicionamento pacífico na doutrina sobre o tema central deste estudo. O que se sabe é que o entendimento mais atual adotado no âmbito do STJ é revestido de extremo conservadorismo.

Assim, sem embargo do rigorismo que emerge do posicionamento daquela Corte de Justiça, o que para muitos pode representar um entrave à prestação jurisdicional, tal linha de raciocínio, sem dúvida, é a que melhor se coaduna com a devida importância e cautela que devem ser dispensadas às ações de destituição do poder familiar no âmbito de adoções, dada a delicadeza e fragilidade de tais procedimentos que, em última análise, detêm o poder de decidir vidas.

BIBLIOGRAFIA

AKEL, Ana Carolina Silveira. *Guarda compartilhada: um avanço para a família*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 9.

BARBOZA, Heloisa Helena. *O Consentimento na Adoção de Criança e de Adolescente*. In: Revista Forense: Rio de Janeiro, Vol. 341, p. 71-76, jan/mar 1998.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº. 283.092/SC* - (2000/0106353-7). 3ª turma. Rel. Min Humberto Gomes - DJ: 14/02/2006.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº. 476.382/SP*-(2002/0145642-3). 3ª turma. Rel. Min Castro Filho - DJ: 26/03/2007.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. 4ª ed., ver. e atual., Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2000.

CARNEIRO, Athos Gusmão. *Jurisdição e Competência*. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

CURY, Munir; **PAULA**, Paulo Afonso Garrido de; **MARÇURA**, Jurandir Norberto. *Estatuto da Criança e do Adolescente anotado*. 3ª ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 2ª. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

_____. *Manual de Direito das Famílias*. 5ª. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito de Família*. 5º vol. 22ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 514.

DOMINGOS, Carla Hecht. *A importância do processo de adoção-Brasil (1988-2006)*. Revista da Faculdade de Direito de Campos, Ano VII, Nº 9 – Dez. de 2006, p. 539.

FACHIN, Luiz Edson. *Em nome do pai, estudo sobre o sentido e alcance do lugar jurídico ocupado no pátrio dever, na tutela e na curatela*. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Org.). *Direito de família contemporâneo*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997, p. 585-604.

FILHO, Waldyr Grisard. *Guarda Compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental*. 4ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 35-36.

FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS, *Dicionário de Ciências Sociais*. Cf. verbete "autoridade", Rio de Janeiro: Ed. FGV, 1986.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Direito de família brasileiro. Introdução: Abordagem sob a perspectiva civil-constitucional*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro: direito de família*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007, vol VI, p. 369.

GRECO, Leonardo. *Garantias Fundamentais do Processo: O Processo Justo*. Revista Jurídica. Porto Alegre: Notadez, 2003, ano 51, nº. 305, p.34, mar.2003.

ISHIDA, Valter Kenji. *Estatuto da Criança e do Adolescente: doutrina e jurisprudência*. 7ª ed. atual. São Paulo: Atlas, 2006.

LIBERATI, Wilson Donizeti, *Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente*, 7ª ed., Malheiros: São Paulo, 2003, p. 46.

LIMA, Taisa Maria Macena. *Responsabilidade civil dos pais por negligência na educação e formação escolar dos filhos*. In: Pereira, Rodrigo da Cunha (coord.). Anais do IV Congresso Brasileiro de Direito de Família. Afeto, ética e família e o novo Código Civil brasileiro. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 621-631.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil*. São Paulo: Saraiva, 1994. v.1.

NADER, Paulo. *Curso de Direito Civil: direito de família*. 3ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2009. v.5.

NETTO LÔBO, Paulo Luiz. Do poder familiar. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8371>> Acesso em : 07 ago. 2010

NUNES, Rizzato. *Manual da monografia jurídica*. 4ª ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2002.

PACCHI, Carlos Eduardo. *Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado*, 6ª ed., São Paulo: Malheiros, 2003, p. 168.

WAMBIER, Luiz Rodrigues (coord.). *Curso Avançado de Direito Processual Civil*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001

RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de Família*. Rio de Janeiro: Aide, 1994. v.1.

RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil: Direito de Família*. 28ª ed. rev. e atual. Por Francisco José Cahali. São Paulo: Saraiva, 2004. v.6.

SOUZA, Raquel Pacheco Ribeiro de. Poder familiar compartilhado . Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1329, 20 fev. 2007. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9516>>. Acesso em: 15 out. 2010.

SANTOS NETO, José Antônio de Paula. *Do Pátrio Poder.*, ed. *Revista dos Tribunais: São Paulo 1992*, p. 62.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *A disciplina jurídica da autoridade parental*. In: Pereira, Rodrigo da Cunha (coord.). Anais do IV Congresso Brasileiro de Direito de Família. Família e dignidade humana. Belo Horizonte: IBDFAM, 2006, p. 103-124.