

TESE 69

Proponente: Alúcio Iunes Monti Ruggeri Ré

Área: Infância e Juventude

Súmula: Diante do princípio da primazia da família natural, é possível a reconstituição do poder familiar, por meio de ação própria, desde que os pais passem a viabilizar melhores condições aos filhos, mesmo após o trânsito em julgado ou após o prazo para ação rescisória da decisão que os destituíram do poder familiar, salvo se já consolidado o regular processo de adoção a terceiros.

ASSUNTO:

A tese a ser apresentada serve de instrumento em favor dos pais, que sofreram, no passado, ação de destituição do poder familiar, cuja sentença de procedência já transitara em julgado e ainda que já tenha transcorrido o prazo para eventual ação rescisória, desde que ostentam condições para cuidar adequadamente de sua prole.

Porém, vale advertir, tal possibilidade existe até a consolidação de eventual processo de adoção, quando outros laços afetivos já tenham se concretizado.

Não obstante o caráter definitivo da destituição do poder familiar, se as circunstâncias se alteraram e os pais adquiriram condições para cuidar da prole, aquela coisa julgada deve ser revista em garantia do princípio do melhor interesse da criança e adolescente, principalmente por se tratar de relações continuativas.

INDICAÇÃO DO ITEM ESPECÍFICO RELACIONADO ÀS ATRIBUIÇÕES INSTITUCIONAIS DA DEFENSORIA PÚBLICA:

Artigo 5º, incisos I, III, VI, "c", e IX da Lei Complementar Estadual nº 988 de 9 de Janeiro de 2008.

Artigo 4º, incisos I, V, X e XI da Lei Complementar nº 80 de 1994.

FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA:

A destituição ou suspensão do poder familiar é medida excepcional e jamais definitiva. Segundo leciona SILVIO RODRIGUES sobre as sanções de suspeição e destituição do poder familiar:

"Têm menos um intuito punitivo aos pais do que o de preservar o interesse dos filhos, afastando-os da nociva influência daqueles. Tanto assim é que, cessadas as causas que conduziram à suspensão ou destituição do poder familiar e transcorrido um período mais ou menos longo de consolidação, pode o poder

paternal ser devolvido aos antigos tutores.”(Curso de direito civil, V. 05, Saraiva).

Nesse mesmo sentido, nos ensina Carlos Roberto Gonçalves:

“A perda do poder familiar é permanente, mas não se pode dizer que seja definitiva, pois os pais podem recuperá-lo em procedimento judicial, de caráter contencioso, desde que comprovem a cessação das causas que a determinaram.” (Direito Civil, V.05, Saraiva).

É possível que os genitores, apesar de serem destituídos do poder familiar, possam, ao longo do tempo, demonstrar que foram cessadas as causas que levaram à destituição do poder familiar. Nesse caso, defendemos a possibilidade de revisão dessa decisão, ainda que coberta pela segurança da coisa julgada, por meio de ação autônoma, cuja realidade é completamente diversa do contexto fático anterior.

Ao ponderamos sobre o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, é possível ser reconstituído o poder familiar aos genitores, pois eles podem adquirir boas condições a oferecer aos filhos.

Em reforço, o art. 3º do próprio ECA prevê que a criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da *proteção integral*, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e as facilidades, a fim de facultar-lhes o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.

Por outro lado, dispõe o artigo Art. 19 do ECA:

“Toda criança ou adolescente tem direito a ser criado e educado no seio da sua família e, **excepcionalmente**, em família substituta” (grifo nosso).

Assim, devemos nos curvar a este que princípio que deixa claro que a criança/adolescente deve ser preferencialmente criado e educado no seio familiar, onde melhor poderá desenvolver suas potencialidades, sendo a retirada medida excepcional e jamais definitiva. Ou seja, a destituição, embora tenha caráter permanente, não pode configurar situação irreversível quando os genitores adquirem condições de oferecer assistência matéria e moral adequada.

Como se não bastasse, a Lei nº 12010/09 consagra/reforça expressamente o princípio da primazia da família natural. De fato, a Lei nº 12.010/09 teve a virtude de reafirmar os ideais e propósitos da Constituição Federal e do Estatuto original e ainda, além de outras inovações, trás um “*plus*” ao estabelecer expressamente as

responsabilidades da família, da comunidade e do Poder Público, conforme já estabelecia o artigo 227 da Constituição Federal e art. 4º e 73 do ECA:

Art. 100, § único, IX, ECA: *“responsabilidade parental: a intervenção deve ser efetuada de modo que **os pais assumam os seus deveres** para com a criança e o adolescente”;*

Art. 100, § único, X, ECA: **“prevalência da família: na promoção de direitos e na proteção da criança e do adolescente deve ser dada prevalência às medidas que os mantenham ou reintegrem na sua família natural** ou extensa ou, se isto não for possível, que promovam a sua integração em família substituta;”

Aliás, o STJ já se pronunciou sobre a excepcionalidade da destituição do poder familiar:

“DIREITO CIVIL. PÁTRIO PODER. DESTITUIÇÃO. PAIS BIOLÓGICOS CONDENADOS CRIMINALMENTE. CARÊNCIA DE RECURSOS. IRRELEVÂNCIA. HIPÓTESES ESPECÍFICAS. ART. 395 DO CÓDIGO CIVIL C/C ART. 22 DO ESTATUTO. INTERESSES DO MENOR. PREVALÊNCIA. ORIENTAÇÃO DA TURMA. PRECEDENTES. ENUNCIADO N. 7 DA SÚMULA/STJ. RECURSO DESACOLHIDO.

I - As hipóteses de destituição do pátrio poder estão previstas nos arts. 395, CC, e 22 do Estatuto da Criança e do Adolescente, exaustivas, **a não permitirem interpretação extensiva**. Em outras palavras, **a destituição desse poder-dever é medida excepcional**, sendo permitida apenas nos casos expressamente previstos em lei.

II - Nos termos do artigo 23 do referido Estatuto, "a falta ou a carência de recursos materiais não constitui motivo suficiente para a perda ou a suspensão do pátrio poder". E a destituição, como efeito da condenação criminal, nos termos do art. 92-II, Código Penal, só é automática quando se tratar de crime doloso, sujeito à pena de reclusão, cometido contra filho.

III - Por outro lado, na linha de precedente desta Corte, "a legislação que dispõe sobre a proteção à criança e ao adolescente proclama enfaticamente a especial atenção que se deve dar aos seus direitos e interesses e à hermenêutica valorativa e teleológica na sua exegese".

IV - Assim, **"apesar de a condenação criminal, por si só, não constituir fundamento para a destituição do pátrio poder, nem a falta de recursos materiais constituir motivo suficiente para essa consequência grave, o certo é que o conjunto dessas circunstâncias, somadas ao vínculo de afetividade formado com a família substituta, impossibilita que se modifique o "status familiae", no superior interesse da criança"**.

V - As instâncias ordinárias, ao concluírem que seria o caso de destituição do pátrio poder, basearam-se exclusivamente nas circunstâncias fáticas da causa, razão pela qual o recurso especial não comporta análise, a teor do enunciado n. 7 da súmula/STJ.”

(STJ, Resp 124621/SP)

Em outra frente de fundamentação, a imutabilidade da coisa julgada protege a declaração judicial **apenas enquanto as circunstâncias (fáticas e jurídicas) da causa permanecerem as mesmas**, inseridas que estão na causa de pedir da ação. **Sempre que as circunstâncias (fáticas e jurídicas) da causa forem**

alteradas de maneira a dar composição a nova causa de pedir, surgirá nova ação, totalmente diferente da ação anterior, e , por esta razão, não preocupada com a coisa julgada imposta sobre a primeira decisão.(MARIONI, Luiz Guilherme. Coisa julgada inconstitucional, Revista dos Tribunais, p.139) (grifo nosso).

Além disso, reza o art. 471 do Código de Processo Civil:

“nenhum juiz decidirá novamente questões já decididas, relativas à mesma lide, salvo:

I- se, tratando-se de relação jurídica continuada, sobreveio modificação no estado de fato e de direito.”

O que a lei concebe é a possibilidade de ser proferido outro julgamento à face de fatos novos, sobrevindo à sentença, a qual diante dela torna-se-ia insustentável precisamente porque exarada *rebus sic stantibus*. O que se examina, pois, são novos fatos, que constituem por sua vez nova causa de pedir, a qual autoriza outro pedido.”(DE ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz. Sentença e coisa julgada, p.279)

Melhor explicando: a alteração das circunstâncias de fato constitui alteração da causa de pedir, formando outra (nova) ação e abrindo ensejo a outra (nova) coisa julgada. Assim, quando são alteradas as circunstâncias de fato, será formada outra (nova) coisa julgada, que deverá conviver em harmonia com a coisa julgada respeitante as circunstâncias anteriores.

O fato de uma relação continuativa poder abrir oportunidade a uma outra ação, diversa da que foi primitivamente proposta, exige que se verifique com cuidado se, na segunda ação, foi alegada uma verdadeira “circunstância nova”.

Diante disso, é possível que as circunstâncias que justificaram a destituição do poder familiar não mais subsistem e foram modificadas, dando ensejo a reconstituição do poder familiar, a partir de ação própria e autônoma.

FUNDAMENTAÇÃO FÁTICA:

Em determinados casos, verificamos que os genitores, que sofreram a destituição do poder familiar, se reabilitam e alteram suas condições morais e materiais. Além disso, há hipóteses em que jamais se desligaram da vida e do desenvolvimento físico e psíquico da criança e adolescente, mantendo-se incólume os laços afetivos entre eles.

Nesse caso, se não houver processo de adoção consolidado ou outros laços afetivos construídos com terceiros, é possível o pleito para reconstituir o poder familiar em questão.

SUGESTÃO DE OPERACIONALIZAÇÃO:

Na circunstância acima, diante desse contexto fático, deve o Defensor Público se valer de ação de reconstituição do poder familiar, com pedido liminar de

suspensão de eventual ação de adoção em tramitação (art. 39, § 1º, ECA), com distribuição por dependência daquela a esta ação, em razão de inegável conexão das demandas. Sugerimos ainda, como pedido subsidiário, que seja concedida a adoção aos genitores desconstituídos do poder familiar, para fins de restabelecer a antiga relação entre o filho e seus pais, pois entendemos que, com a destituição não se fala mais em ascendência, o que nos faz superar o impedimento do artigo 42, § 1º, do ECA. Além disso, no caso dos genitores, não haverá a hipotética "confusão parental" que a lei pretendeu evitar com a vedação imposta pelo artigo acima. Por outro lado, tal adoção seria não cadastral em razão da relação de afeto existente entre adotantes e adotando, conforme autoriza o artigo 50, § 13º, II, do ECA.