

Tese 123

**Proponente:** Peter Gabriel Molinari Schweikert

**Área de Atividade:** Infância e Juventude

## **SÚMULA**

Violam o requisito negativo da tutela de urgência (art. 300, §3º, do Código de Processo Civil) a decretação da suspensão liminar do poder familiar e a determinação para colocação de crianças e adolescentes em família substituta mediante acionamento do Cadastro de Pretendentes à Adoção antes da conclusão da ação de destituição do poder familiar.

## **ASSUNTO**

Adoção; colocação em família substituta; destituição do poder familiar; suspensão do poder familiar; cadastro de pretendentes à adoção; tutela de urgência

## **ITEM ESPECÍFICO DAS ATRIBUIÇÕES INSTITUCIONAIS DA DEFENSORIA PÚBLICA**

Artigo 5º, incisos I, III e VI, alínea "c", da Lei Complementar Estadual nº 988/06

Artigo 4º, incisos I, V, X e XI da Lei Complementar nº 80/94

## **FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA**

A tese proposta pretende demonstrar que a decretação da suspensão liminar do poder familiar com o objetivo de viabilizar a colocação da criança ou adolescente em família substituta mediante acionamento do Cadastro de Pretendentes à Adoção (CPA) antes mesmo da conclusão da ação de destituição do poder familiar viola, dentre outras normas, o requisito negativo para a concessão das tutelas de urgência em geral, consagrado no art. 300, §3º, do Código de Processo Civil vigente.

Inicialmente, temos o art. 157 do Estatuto da Criança e do Adolescente, que prevê expressamente a possibilidade de o juiz decretar a suspensão liminar do poder familiar no curso da ação de destituição do poder familiar, nos seguintes termos:

*"Art. 157 Havendo motivo grave, poderá a autoridade judiciária, ouvido o Ministério Público, decretar a suspensão poder familiar, liminar ou incidentalmente, até o julgamento definitivo da causa, ficando a criança ou adolescente confiado a pessoa idônea, mediante termo de responsabilidade".*

Sucedem que o referido mecanismo, justamente por ter a natureza jurídica de uma tutela de urgência, deve ser interpretado em conjunto com o art. 300 do Código de Processo Civil vigente, que prevê:

Art. 300. A tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.

§ 1º Para a concessão da tutela de urgência, o juiz pode, conforme o caso, exigir caução real ou fidejussória idônea para ressarcir os danos que a outra parte possa vir a sofrer, podendo a caução ser dispensada se a parte economicamente hipossuficiente não puder oferecê-la.

§ 2º A tutela de urgência pode ser concedida liminarmente ou após justificação prévia.

§ 3º **A tutela de urgência de natureza antecipada não será concedida quando houver perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão.**

A interpretação sistemática da norma que autoriza a decretação liminar da suspensão do poder familiar, portanto, conduz à necessária demonstração, por parte do Autor da ação, dos requisitos próprios à toda e qualquer tutela de urgência, a saber: (i) a probabilidade do direito invocado; (ii) o perigo da demora; e (iii) a reversibilidade dos efeitos da decisão. Tais requisitos, entretanto, no específico caso da medida de suspensão liminar do poder familiar, possuem suporte fático próprio.

A **probabilidade do direito**, como se sabe, corresponde à "plausibilidade da existência desse mesmo direito" (DIDIER JR[1], 2016: 608), que perpassa pela demonstração de uma *verossimilhança fática* (verdade provável dos fatos narrados, independentemente da produção de provas) e de uma *plausibilidade jurídica*.

Nesse ponto, recorde-se que quaisquer elementos extraídos dos autos de procedimento verificatório (também chamados de "pedidos de providência") jamais podem ser valorados pelo magistrado, independentemente da instauração do contraditório constitucional e do exercício da ampla defesa, para fins de decretação da suspensão liminar do poder familiar, já que tais procedimentos violam frontalmente o art. 153 do ECA e o Parecer nº 04/2010 da Coordenadoria da Infância e Juventude do E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Teses Institucionais nºs 33 e 36). Ainda que assim não fosse, não se pode desconsiderar o fato que, mesmo diante de prova pré-constituída trazida pela parte Autora, pode a parte Ré apresentar contraprova, também pré-constituída, de fato novo, extintivo, modificativo ou impeditivo do direito deduzido, invertendo, portanto, a verossimilhança.

Feita essa consideração preliminar, a questão primeira a ser analisada para se cogitar a probabilidade do direito invocado é a existência de uma *conduta pretérita*, praticada pelos pais, que tenha *violado ou ameaçado os direitos fundamentais de seus filhos*. Mas não é só. Tal violação deve ser de tal proporção que possa preencher a cláusula geral "motivo grave" contida no art. 157, de modo que autorize, antes mesmo da instauração do contraditório e da ampla defesa, a restrição do direito fundamental à convivência familiar e comunitária (art. 227 da Constituição Federal e art. 19 do Estatuto da Criança e do Adolescente).

Recorde-se, por outro lado, que a suspensão do poder familiar é medida aplicável aos pais (art. 129, X, ECA), em virtude de um ato ilícito praticado contra seus filhos, tal como o descumprimento injustificado dos deveres de sustento,

guarda e educação (art. 24, ECA) ou o abuso de autoridade (art. 1.637, CC). Outrossim, por se tratar de medida restritiva de um direito fundamental, sua cogitação deve passar pelo crivo do princípio da proporcionalidade e seus subprincípios da necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito.

E, aqui, relembremos uma vez mais, que a falta ou carência de recursos materiais não constitui motivo suficiente para a perda ou a suspensão do poder familiar (art. 23 do Estatuto da Criança e do Adolescente). Entendimento diverso poderia redundar no agravamento da violência social, relacionada, no mais das vezes, à violência de gênero, dirigida sobretudo às classes mais desfavorecidas, chancelando-se, por consequência, o fenômeno da culpabilização da mulher em razão das dificuldades enfrentadas para proporcionar o devido cuidado aos seus filhos.

Portanto, cabe à parte Autora da ação de destituição do poder familiar provar, independentemente da produção de provas e da utilização de elementos colhidos ao longo de procedimento verificatório, não apenas a prática de condutas previstas em lei que possam ensejar a suspensão do poder familiar (art. 1.637 do Código Civil), mas, principalmente, a existência de "motivo grave" de tal ordem que o exercício do direito à convivência familiar entre a criança ou o adolescente e seus genitores deixe de apresentar reais benefícios ao seu processo de desenvolvimento biopsicossocial e gere concreta violação de seus direitos fundamentais.

Por outro lado, o **perigo da demora** consiste na demonstração da probabilidade de prejuízos que podem advir à efetividade da tutela jurisdicional perseguida em razão do não atendimento imediato do pedido. Esse perigo de dano irreparável ou de difícil reparação, outrossim, deve ser (i) *concreto*, e não hipotético ou eventual, decorrente de mero temor subjetivo da parte; (ii) *atual*, ou seja, que está na iminência de ocorrer ou já esteja acontecendo; e (iii) *grave*, isto é, de grande ou médica intensidade e que tenha aptidão para prejudicar ou impedir a fruição do direito (DIDIER JR, 2016: 610).

Por fim, o §3º do art. 300 traz um *requisito negativo* para o deferimento das tutelas de urgência: **a reversibilidade da tutela provisória satisfativa**. É justamente essa, como ensina Didier Jr, a "marca da provisoriedade/precariedade da referida tutela". Nas palavras do Autor

"Já que a tutela provisória satisfativa (antecipada) é concedida com base em cognição sumária, em juízo de verossimilhança – sendo passível de revogação ou modificação –, é prudente que seus efeitos sejam reversíveis. Afinal, caso ela não seja confirmada ao final do processo, o ideal é que se retorne ao *status quo ante*, sem prejuízo para a parte adversária. Conceder uma tutela *provisória* satisfativa *irreversível* seria conceder a própria tutela *definitiva* – uma contradição em termos. Equivaleria a antecipar a própria vitória definitiva do autor, sem assegurar ao réu o devido processo legal e o contraditório, cujo exercício, 'ante a irreversibilidade da situação de fato, tornar-se-ia absolutamente inútil'" (p. 613)

Com efeito, na prática, verificamos que na grande maioria dos casos em que se decreta a suspensão liminar do poder familiar o objetivo final pretendido é a colocação da criança em família substituta, via de regra mediante acionamento do cadastro de pretendentes à adoção (CPA).

O art. 157 do Estatuto da Criança e do Adolescente, de fato, prevê que, na hipótese de decretação da medida, a criança deverá ser entregue à **pessoa idônea**. Entretanto, não há qualquer referência da lei sobre quem seja a “pessoa idônea” mencionada pelo art. 157, de modo que esta deve ser identificada a partir de uma interpretação sistemática de toda a legislação.

O art. 19, §3º, do Estatuto da Criança e do Adolescente prevê, nesse sentido, que *“a manutenção ou a reintegração de criança ou adolescente à sua família terá preferência em relação a qualquer outra providência, caso em que será esta incluída em serviços e programas de proteção, apoio e promoção, nos termos do § 1o do art. 23, dos incisos I e IV do caput do art. 101 e dos incisos I a IV do caput do art. 129 desta Lei”*

Desse modo, mediante análise sistemática da legislação vigente, ainda que haja **motivo grave**, cabalmente comprovado, que enseje a decretação da suspensão liminar do poder familiar (art. 24, ECA e art. 1.637, CC), podemos chegar a duas conclusões: (i) na hipótese de existirem membros da família natural ou extensa aptos à assunção do cuidado da criança cujos direitos foram violados, a eles deve ser atribuída a guarda; (ii) inexistido membros da família extensa, deverá ser encaminhada, preferencialmente, aos serviços de acolhimento familiar disponíveis ou, na inexistência, aos serviços de acolhimento institucional, de modo à propiciar à família de origem oportunidade para se reorganizar e, finalmente, assumir os cuidados da prole, garantindo-se-lhe o direito à convivência familiar

Portanto, ainda que decretada a suspensão liminar do poder familiar, incabível a entrega da criança a casal inscrito no Cadastro de Pretendentes à Adoção, já que tal medida gera, por si só, a irreversibilidade dos efeitos da decisão, esbarrando, por conseguinte, na proibição contida no art. 300, §3º, do Código de Processo Civil. Isso porque, uma vez inserida em outra família, nascem inevitavelmente crescentes expectativas recíprocas de manutenção e consolidação da situação de fato. Nas palavras de Isabella Collet Tambosi (2015):

“Este tipo de decisão gera preocupação no que diz respeito à falta de segurança jurídica, sendo que inexistente previsão no Estatuto do procedimento nos moldes que vem sendo realizado (...). A medida de colocação em família substituta é excepcional e deve ser realizada com cautela. **O período em que a criança permanece com a família adotiva, sob guarda provisória, durante o estágio de convivência, é o momento de criação e fortalecimento de vínculos afetivos** (...) neste contexto, a **reforma da sentença de destituição do poder familiar e a retirada da criança do núcleo da família adotiva, com a revogação da guarda provisória, apenas irá provocar ainda mais traumas no adotando**, que precisará romper o vínculo recentemente estabelecido e readaptar-se para o retorno à família natural”[2]

A propósito, cumpre destacar que a Resolução nº 54 do Conselho Nacional de Justiça, que dispõe sobre a implantação e funcionamento do Cadastro Nacional de Adoção, prevê que uma criança somente poderá ser incluída em cadastro na condição de “disponível para adoção”, **após o trânsito em julgado da ação de destituição do poder familiar** (art. 1º).

Assim já se posicionou a jurisprudência, primando-se pela cautela e pela maior segurança jurídica a todos os envolvidos:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. ECA. DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR. COLOCAÇÃO EM FAMÍLIA SUBSTITUTA. DESCABIMENTO, POR ORA. No caso, embora existam indicativos de negligência e de fragilidade dos vínculos afetivos entre os familiares, **considerando que o processo originário ainda está sendo instruído, por ora, deve ser mantida a compreensão do julgador singular que indeferiu o pedido de colocação dos infantes em família substituta, porquanto é prudente que, antes do estabelecimento de um novo vínculo paterno-filial, haja o encerramento do anterior.** AGRAVO DE INSTRUMENTO DESPROVIDO. (Agravado de Instrumento Nº 70064049463, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ricardo Moreira Lins Pastl, Julgado em 21/05/2015).

No mesmo sentido, a r. decisão monocrática proferida pelo Exmo. Desembargador Luiz Antônio de Godoy nos autos do Agravo de Instrumento nº 2239326-90.2016.8.26.0000, interposto pela Defensoria Pública do Estado de São Paulo, destacando-se a seguinte passagem:

"Diante de todo esse quadro, verifica-se que, caso não haja a suspensão liminar da decisão, muito provavelmente L. P. será rapidamente colada em família substituta, com quem estabelecerá vínculos afetivos, dificultando eventual reformada decisão ao final. Assim, tendo em vista que as famílias natural e extensa têm prioridade sobre a família substituta, mostra-se mais prudente a concessão da liminar, a fim de que se dê uma oportunidade de a criança ser inserida na sua família, mantido, para tanto o poder familiar da agravante, que reside com a avó materna de L.P. Durante esse período, a situação da menor e de sua família deverá ser acompanhada por meio de estudos sociais. Ante o exposto, a fim de assegurar uma oportunidade de inserção da menor em sua família, concedo a liminar para suspender a decisão agravada (26/11/16).

Entendimento idêntico foi adotado pelo Centro de Apoio Operacional das Promotorias da Criança e do Adolescente do Ministério Público do Estado do Paraná:

"É por isto que entendo NÃO SER RECOMENDÁVEL, sob todos os aspectos, a colocação de uma criança/adolescente acolhida sob a "GUARDA" de pessoas interessadas em adotar SEM QUE SUA SITUAÇÃO JURÍDICA JÁ ESTEJA DEFINIDA, o que, especificamente nos casos que você relatou, SEM QUE TENHA SIDO JULGADA AÇÃO DE DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR POR SENTENÇA TRANSITADA EM JULGADO.

**Trata-se de uma verdadeira TEMERIDADE, que deve ser EVITADA A TODO CUSTO** (ao invés de nos preocuparmos em encontrar pessoas/casais interessados em "assumir o risco" de reversão da destituição do poder familiar, **deveríamos estar nos perguntando - e mesmo perguntando à própria criança/adolescente se seria razoável - SOB A ÓTICA DESTA - e NUNCA podemos esquecer que É A ESTA que a medida visa aproveitar - "assumir" tamanho "risco" e contribuir para que ela tenha MAIS UMA PERDA EM SUA VIDA, PREJUDICANDO-A AINDA MAIS**), pois acredito que semelhante colocação familiar,

especialmente se feita "de qualquer jeito", como acima mencionado, AFRONTA de maneira expressa o disposto nos arts. 5º e 70 (além de diversos dos princípios relacionados no art. 100, par. único), da Lei nº 8.069/90, gerando de forma injustificada uma enorme ansiedade e insegurança jurídica para todos os envolvidos.

Em tais casos, o que se RECOMENDA é o EFETIVO CUMPRIMENTO do disposto no art. 163, caput, da Lei nº 8.069/90, ou seja, que a ação seja JULGADA no PRAZO MÁXIMO DE 120 (CENTO E VINTE) DIAS e, se houver recurso, que seja pedido TRÂMITE PRIORITÁRIO do mesmo, nos moldes do previsto nos arts. 199-C e D, do mesmo Diploma Legal (ou seja, zelar para que, como previsto em lei, no máximo em 180 dias, contados da propositura da ação, tenha sido a questão resolvida tanto em 1º quanto em 2º graus de jurisdição).

Enquanto ainda pendente o recurso, é até admissível que se faça a APROXIMAÇÃO da criança/adolescente daqueles que PODERÃO vir a adotá-la, mas isto deve ocorrer, como dito, no máximo, a título de ESTÁGIO DE CONVIVÊNCIA (caso tenha havido pedido de adoção e se entenda que esta é a medida mais adequada para o caso), SEM QUE HAJA O DEFERIMENTO DA "GUARDA" E A "ENTREGA" DA CRIANÇA/ADOLESCENTE ACOLHIDA PARA AQUELES, tendo a EQUIPE TÉCNICA que irá elaborar/readequar o Plano Individual de Acolhimento e acompanhar esse processo de aproximação/formação de vínculos a cautela de evitar a criação de "expectativas" que podem ser frustradas com eventual reversão da decisão de primeira instância pelo Tribunal.

Uma vez transitada em julgado a decisão, e considerado, a partir da avaliação da equipe técnica que acompanha o caso, que é possível a colocação da criança/adolescente sob guarda, será então possível deferir a medida, dando início (somente então) ao processo de adoção propriamente dito (caso se entenda, vale repetir, que esta é a medida mais adequada para o caso - até porque existem outras modalidades de colocação familiar)<sup>[3]</sup>.

Destarte, ante todo o exposto, não se pode cogitar a decretação da suspensão liminar do poder familiar com o objetivo de se inserir, prematuramente, a criança em família substituta, via acionamento do Cadastro de Pretendentes à Adoção, quer pela ausência dos requisitos para a concessão da tutela de urgência antecipada (art. 300, *caput*, do CPC/15), quer pela presença do requisito **negativo** para a concessão da tutela de urgência.

## **FUNDAMENTAÇÃO FÁTICA**

São frequentes, nas Varas da Infância e Juventude do Estado, decisões proferidas no bojo de ações de destituição do poder familiar decretando, liminarmente, a suspensão daquele poder, com o objetivo de inserir crianças, sobretudo de tenra idade, em família substituta, via acionamento do Cadastro de Pretendentes à Adoção.

Muitas dessas decisões são fundamentadas justamente nas consequências negativas que podem advir da institucionalização daquelas crianças, em detrimento de sua colocação em família substituta, subvertendo não apenas o sistema protetivo do Estatuto da Criança e do Adolescente, que prevê uma ordem lógica e sucessiva de medidas (da qual a colocação em família substitua é a última

opção) a serem aplicadas na hipótese de restar constatada situação de violação ou ameaça de violação aos direitos daquelas pessoas em desenvolvimento, mas sobretudo vilipendiando o direito fundamental à convivência familiar e comunitária, previsto no art. 277 da Constituição Federal, no art. 9 da Convenção sobre os Direitos da Criança, nos arts. 19, §3º e 100, inciso X, do ECA, e no art. 1, §1º, da Lei nº 12.010/09.

Assim, diante do conflito entre o direito dos titulares do poder familiar de serem inseridos nos programas previstos no art. 129 do Estatuto Protetivo e o direito da criança de ser criada em uma família, opta-se, à luz de um suposto melhor interesse deste, pela colocação imediata em família substituta, em detrimento de todas as demais medidas previstas no art. 101 do ECA.

Não bastasse, na ampla maioria dos casos, uma vez inserida em família substituta previamente cadastrada, a situação de fato tende a se consolidar, blindando qualquer tentativa posterior de reversão da medida. Isso porque a jurisprudência amplamente majoritária consolidou-se no sentido da inviabilidade de retorno da criança à família de origem quando iniciada a formação de vínculos afetivos com a família adotiva (fato consumado), ainda que a família, natura ou extensa, após inserida na rede de proteção, passe a reunir condições psicossociais para a assunção dos cuidados da criança.

Portanto, com o objetivo de se reafirmar a normatividade dos dispositivos do Estatuto da Criança e do Adolescente, da Convenção sobre os Direitos da Criança e da Constituição Federal que versam sobre o direito fundamental à convivência familiar e comunitária, pretende-se, com a tese ora proposta, evitar a criação de uma situação de fato que frustre, antes mesmo de oportunizado o direito de defesa aos titulares do poder familiar, o devido processo legal, já que a tutela de urgência satisfativa consistente na suspensão liminar do poder familiar como condição de possibilidade para a colocação da criança em família substituta torna irreversíveis os efeitos daquela decisão.

## **SUGESTÃO DE OPERACIONALIZAÇÃO**

Via de regra, uma vez constatada suposta situação de risco aos direitos das crianças e adolescentes, é instaurado um procedimento na Vara da Infância e Juventude, que pode gerar, a partir da iniciativa do Ministério Público ou legitimado diverso, outros dois processos: um com o pedido de aplicação de medida de proteção (a exemplo do acolhimento institucional) e outro com o pedido de destituição do poder familiar, cumulado ou não com pedido de suspensão liminar do poder familiar.

Tratando-se de criança com grande probabilidade de ser adotada, conforme dados estatísticos do Cadastro Nacional de Adoção do Conselho Nacional de Justiça (<http://www.cnj.jus.br/cnanovo/pages/publico/index.jsf>), o Ministério Público propõe ação de destituição do poder familiar e formula pedido de decretação da suspensão liminar desse poder.

Caso deferido, o órgão ministerial passa a formular, agora no procedimento em que se apurou a situação de risco (e, no mais das vezes, em que se acompanha a execução das medidas de proteção aplicadas), pedido para colocação da criança em família substituta, via acionamento do Cadastro de Pretendentes à Adoção (CPA).

Isso significa que, quando os genitores procuram a Defensoria Pública, duas são as decisões que devem ser combatidas (a suspensão liminar do

poder familiar na ação de destituição e a determinação para colocação em família substituta, no procedimento de execução das medidas de proteção), por meio de agravo de instrumento, com fundamento no art. 1.015, inciso I, do Código de Processo Civil, inclusive com pedido de concessão de efeito suspensivo (art. 1.019, inciso I, do CPC), lembrando-se, ainda, que o Estatuto da Criança e do Adolescente permite ao magistrado de primeiro grau a formulação de juízo de retratação (art. 198, VII).

Alternativamente, há a possibilidade de impetração de Habeas Corpus, que, em razão de sua celeridade inerente, pode ser alternativa mais adequada quando iminente o acionamento do CPA.

Surge, ainda, a dúvida de se acionar, ou não, o Centro de Atendimento Multidisciplinar da Defensoria Pública (CAM) para prévia elaboração de relatórios psicossociais, em que seja apurada a capacidade protetiva da família de origem, natural ou extensa. Entretanto, na prática, muitas vezes o tempo necessário para a realização das entrevistas e confecção dos relatórios pode ser maior do que o tempo para o início do estágio de convivência da criança com o/s adotante/s, tornando inócuo o recurso interposto em razão da instalação de nova situação de fato e início da construção de vínculos afetivos com a família substituta.

A estratégia deverá ser avaliada caso a caso, a depender dos elementos concretos disponíveis nos autos e da situação que ensejou a aplicação das medidas de proteção previstas no ECA.

---

[1] DIDIER JR, Fredie. Curso de Direito Processual Civil, vol 2, Salvador: Juspodivm, 2016.

[2] TAMBOSI, Isabella Collet. "A Concessão da guarda provisória nas ações de adoção antes da confirmação da destituição do poder familiar". Estatuto da Criança e do Adolescente: 25 anos de desafios e conquistas, São Paulo: Saraiva, 2015, p. 384/385

[3] Consulta disponível em:  
<http://www.crianca.mppr.mp.br/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=1475>