

A ação de destituição do pátrio poder

Antonio Cezar Lima da Fonseca

Sumário

Introdução. 1. O pátrio poder. 1.1. Generalidades. 1.2. Características. 2. A destituição do pátrio poder. 2.1. Tipos de destituição. 2.2. As hipóteses legais de perda do pátrio poder. 2.3. Competência, legitimidade e procedimento. 2.4. Destituição e sentença penal condenatória. 2.5. A sentença de destituição. 2.6. A destituição e a intervenção do Ministério Público.

Introdução

Os temas de Direito de Família têm ocupado nosso dia-a-dia desde que fomos classificados funcionalmente como Procurador de Justiça junto à 8ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça Rio Grande do Sul. Essa Câmara é uma daquelas especializadas em Direito de Família em nosso Estado. Entre seus fascinantes assuntos, um desses é o que diz respeito ao pátrio poder ou poder parental.

A ação de destituição de pátrio poder, a rigor, é tema que não tem sido vislumbrado detidamente pela doutrina. Em geral, integra tratados de Direito de Família, que tratam do pátrio poder em geral, na ótica material, simplesmente. As posições doutrinárias, no mais das vezes, repetem-se desde a vigência do anterior Código de Menores (Lei nº 6.697/79).

Nossa pretensão neste modesto estudo é contribuir para o aprimoramento de tão importante instituto, mostrando algumas

Antonio Cezar Lima da Fonseca é Procurador de Justiça no RS.

polêmicas existentes na matéria e propondo algumas soluções, na ótica do Direito da Criança e do Adolescente.

1. O pátrio poder

O pátrio poder, tal como concebido, é oriundo do Direito Romano. Sua denominação vem de *patria potestas*, instituto que significava um direito *absoluto* do pai sobre seus filhos, porque fundado no poder do *Pater Familiaes* (o pai).

A terminologia *pátrio poder*, a rigor, hoje, diante do avanço constitucional na matéria, até mereceria uma “arejada”, uma “renovada”, aliás, proposta por grande parte da doutrina nacional. Ocorre que há muito não temos mais um “pátrio poder” como entendiam os romanos e o nosso Direito Civil anterior à Constituição Federal. Temos um feixe de atribuições (direitos e deveres) a cargo dos pais (pai e mãe), a serem exercidos de forma simultânea¹ (conjuntamente), em comum acordo, um verdadeiro “poder parental”², um “poder de proteção” ou mesmo um “pátrio dever”³. Na verdade, o instituto não é mais ligado unicamente ao poder absoluto do pai sobre seus filhos e não se entende o tal poder com aquela “severidade” de antanho. Ademais, não se pode ignorar o pátrio poder da mãe sobre os filhos e nem a fiscalização judiciária nesse campo. No entanto, aquele termo é o consagrado; é o que vem sendo utilizado inclusive em obras recentes sobre o assunto, pelo que continuamos tradicionais e fiéis àquela terminologia: pátrio poder. O tema tem implicações de Direito Constitucional, Direito Civil, Penal e Menorista.

O *pátrio poder* engloba um direito subjetivo, sobre a pessoa dos filhos, e um direito objetivo, sobre os bens desse filho. Trata-se de um poder *complexo*, daí por que se diz tratar-se de um “feixe” de direitos e obrigações, mas exercido sempre no melhor interesse do filho, na sua proteção integral como criança ou adolescente.

Como sabemos, o *pátrio poder* não se confunde com a *guarda dos filhos*. A regra é que o pátrio poder (e a tutela) englobe a guarda, mas esta pode separar-se daquele, porque é apenas *um dos seus atributos*⁴. A guarda pode existir sem o pátrio poder, *v.g.*, quando os pais, por ato voluntário, entregam o filho a terceiro. Quando a guarda do filho é legitimamente (acordo judicial, por exemplo) conferida apenas a um dos pais na separação do casal, o outro genitor não pode exercê-la fundado apenas no pátrio poder. Mas isso não significa que não possa orientar-lhe a criação e a educação, insurgindo-se até judicialmente quanto aos atos de guarda do outro cônjuge. Ambos (pátrio poder e guarda) *são direitos* e devem ser respeitados na medida de suas desigualdades.

Inúmeros *conceitos* têm sido dados ao pátrio poder, alguns ressaltando apenas o poder parental (do pai e da mãe) sobre o filho, sem vislumbrar a promoção pessoal deste, que, ao fim e ao cabo, é o que interessa presentemente. Daí por que a correção do pensamento de Silvio Rodrigues, para quem

“o pátrio poder é o conjunto de direitos e deveres atribuídos aos pais, em relação à pessoa e aos bens dos filhos não emancipados, tendo em vista a proteção destes”⁵.

No mesmo sentido é o conceito proposto por José Antonio de Paula Santos Neto, para quem

“o pátrio poder é o complexo de direitos e deveres concernentes ao pai e à mãe, fundado no direito natural, confirmado pelo direito positivo e direcionado ao interesse da família e do filho menor não emancipado, que incide sobre a pessoa e o patrimônio deste filho e serve como meio para o manter, proteger e educar”⁶.

O pai e a mãe, conjunta ou separadamente, são os *titulares* do pátrio poder, um *munus público*, como garante a Cons-

tituição Federal nos arts. 226, § 5º, e 229⁷; no art. 384, *caput*, do Código Civil; no art. 22 do Estatuto da Criança e do Adolescente⁸ (ECA). Na tutela, porque sucedâneo do pátrio poder, igualmente, o tutor detém o pátrio poder sobre o tutelado ou pupilo; na mera guarda, o pátrio poder é conservado com os pais ou conferido a terceiro. Os ascendentes não o detêm, salvo se postulado pela via adequada.

Não é direito absoluto, como disse Galeno Lacerda⁹, cedendo ao interesse maior do filho.

1.1. Generalidades

A destituição do pátrio poder é uma das sanções do Estado imposta aos pais, ou a apenas um deles, relativamente ao pátrio poder, porque existem sanções penais que dizem respeito ao pátrio poder, como veremos. Tais sanções podem ser impostas ao tutor também, porque o tutor desempenha o pátrio poder.

A *destituição* é a própria perda do pátrio poder, nos termos do art. 395 e incisos do Código Civil¹⁰. Fala-se, igualmente, em extinção e suspensão do pátrio poder, pelo que importa distingui-los para os fins deste trabalho.

O art. 392 e incisos¹¹ do Código Civil refere-se a casos de *extinção* do pátrio poder. São as hipóteses legais de extinção, ali elencadas em *numerus clausus*, ou seja, não podemos *descobrir* outra causa não prevista em lei, para *extinguir* o pátrio poder. A extinção não é sanção, mas término do pátrio poder, seja por causa natural (morte) ou prevista em lei (emancipação). Na extinção, pode haver ou não a intervenção judicial, ou seja, a sentença não é da sua essência. Como disse Elias: *ela ocorre de forma não traumática*¹².

O art. 394 do Código Civil¹³ trata da *suspensão* do pátrio poder, que é outra das sanções, ou uma *inibição do pátrio poder*¹⁴ imposta aos pais. A sentença é de sua essência, porque só por via judicial pode ser decretada. Na suspensão, ocorre uma

paralisação temporária no exercício do pátrio poder, imposta a um ou a ambos os pais, ou seja, findo o prazo fixado pela autoridade, restaura-se o exercício¹⁵.

Muitas vezes, a destituição é providência necessária e prévia para outras medidas protetivas. Na adoção, por exemplo, se os pais não emitirem seu consentimento, impõe-se a prévia destituição do pátrio poder (AC-595112699, Rel. Sérgio Gischkow Pereira, 8ª CCível).

Apenas dos casos de perda, cassação ou destituição do pátrio poder trataremos neste estudo.

1.2. Características

O *pátrio poder* é um instituto de direito privado, mas de importância primordial à órbita pública, tanto que a própria lei penal o considera em inúmeros dispositivos. Nos crimes dolosos praticados contra filho, tutelado ou curatelado, prevê-se a incapacidade (perda) do exercício do pátrio poder (art. 92, inc. II, CP); pode existir circunstância agravante da pena criminal (art. 61, II, “e”, CP); pode configurar-se crime de abandono material (art. 244, CP), de entrega de filho a pessoa inidônea (art. 245, CP), abandono intelectual (art. 246, CP) ou desleixo de guarda e vigilância (art. 247, CP).

Na Lei nº 8.069/90 (ECA), mesma forma, outros dispositivos de cunho penal dizem respeito ao pátrio poder. Se o pai, *v.g.*, promove a entrega do filho a terceiro, mediante paga ou recompensa, responde pelo art. 238, com pena de até quatro anos de reclusão.

Verifica-se, ainda, a obrigatoriedade de participação do Ministério Público nos processos em que se discute pátrio poder (art. 82, II, CPC). Destarte, isso mais acentua o *caráter público* das suas normas.

Ao lado dos direitos que o compõem, a lei impõe deveres ou proibições para aqueles que exercitam o pátrio poder. Em regra, o pátrio poder é *indisponível*, isto é, ninguém pode dele descartar-se, como se

não tivesse existido, sendo que o juiz não está adstrito ao impulso das partes. O pátrio poder impõe-se tanto aos pais quanto aos filhos. Disso decorre ser *inalienável e intransferível*: os titulares do pátrio poder não podem negociá-lo, de qualquer forma, com terceiros. Daí dizer Caio Mário que é *incompatível com a transação*⁶.

O filho menor e não emancipado não pode unilateralmente considerar-se fora do pátrio poder, nem os pais desconsiderá-lo. Em princípio, é *irrenunciável*. Dizem alguns que em apenas dois casos é possível a renúncia: na adoção e na emancipação. Não concordamos, porque tais hipóteses são de extinção do pátrio poder (art. 392, II e IV, CC).

O entendimento de que o pátrio poder podia ser *delegado*, pelos pais ou pelo magistrado restou superado com o advento do ECA (art. 33, § 2º), ou seja, o pátrio poder é *indelegável*. Ocorre que norma da anterior legislação (Código de Menores, art. 21) previa a delegação do menor a terceiro “para prevenir a ocorrência de situação irregular de menor”. Hoje, com o instituto da guarda, não se justifica a delegação do pátrio poder, porque se permite que o guardião supra a falta eventual dos pais ou responsável, com a ordem do juiz.

Algumas pessoas, que detêm filho de outrem por certo período de tempo, ajuízam ações visando *regularizar* a situação fática da criança, até pretendendo sua adoção. Amparam-se, geralmente, na tese do abandono da criança pelos pais, ou pelo não-exercício do pátrio poder durante o tempo de guarda fática, o que, em tese, ratificaria aquele abandono. Via de regra, o pátrio poder é *imprescritível*, ou seja, não é porque os pais não o exerceram durante certo período temporal que o pátrio poder possa, como num passe de mágica, ou como numa “usucapio”, ir parar em definitivo nas mãos dos detentores da guarda do menor. Não sofre os efeitos da *decadência*. Por ser matéria de ordem pública, como dissemos, não se pode

presumir esteja a criança abandonada. O abandono da criança não se presume. Em tais casos, devemos evitar a aplicação da “teoria do fato consumado” e verificar se houve o *abandono efetivo* da criança, pelos pais. Se estes visitam os filhos, mandam cartas, enviam avós ou parentes a visitá-lo, mesmo dentro de suas raras possibilidades de tempo, não significa o abandono do filho. Por outro lado, os detentores da guarda de fato não adquirem “direito” à adoção da criança apenas porque os genitores não a levaram consigo. Daí por que se assegura aos pais o direito de reclamar seus filhos (por busca e apreensão), independente do advento temporal, contra aqueles que ilegalmente os detenham (art. 384, VI, CC).

As normas de pátrio poder têm *caráter protetivo* à criança e ao adolescente, ou seja, visamos seu *melhor interesse*¹⁷. No conflito entre os direitos de pátrio poder, entre os pais, ou entre eles e o melhor interesse da criança, este sempre prevalece. Sabe-se que os pais dirigem a educação dos seus filhos, mas incumbe ao Estado velar (*rectius*: fiscalizar) para que tal *diretriz* não seja desvirtuada, ao ponto de prejudicar a formação moral das crianças. Quando algum dos pais, que não tem a guarda do filho, divergir da orientação educacional ou de vigilância imposta ao filho, incumbe levar o caso ao Poder Judiciário, que decidirá à vista dos interesses do menor (art. 21, ECA). Como sabemos, não se permite justiça de mão própria, ou seja, não é porque se trata do pai ou da mãe se vá permitir medidas autoritárias, impeditivas ou obstativas, na guarda de outrem. Tivemos um caso em que uma mãe pretendia submeter o filho, que tinha sob guarda, a uma cirurgia delicada, quando o pai se opôs a isso, ingressando com medida judicial. Em outra oportunidade, duas crianças (meninas), que estavam sob a guarda da mãe, foram levadas, por esta e seu novo companheiro, para residirem em campo de naturistas (nudismo). O genitor das

crianças, que não tinha a guarda, mas detinha o pátrio poder, entendendo tal ato de guarda e de pátrio poder da mãe prejudicial ao interesse moral das crianças, ajuizou ação visando reverter a guarda. Como se vê, o exercício do pátrio poder, além de não ser absoluto, está sujeito à fiscalização.

2. A destituição do pátrio poder

A destituição (perda) de pátrio poder é solução amarga, porque atinge em cheio o pátrio poder. Assim, deve ser utilizada apenas em casos muito especiais, apenas quando não se encontrar solução consensual, adequada e fiscalizada pelo Poder Público, para controlar o conflito entre os detentores do pátrio poder e o filho.

Trata-se de medida gravosa, antipática, mas tantas vezes necessária, que atinge os direitos mais elementares da pessoa humana: atinge o direito da personalidade (porque pode haver posterior adoção e até troca de nome da criança); atinge o Direito Natural da pessoa, da constituição de prole e de origem; atinge o direito dos pais de criarem e terem consigo os seus filhos (art. 384 e incs., CC); atinge o direito dos filhos de serem criados e educados no seio da sua família natural (art. 19, ECA). Enfim, a ação deve ser pensada, só utilizada como o último recurso (a *ultima ratio*, como dizem os penalistas) contra o mau desempenho (causa culposa) dos pais em relação aos seus filhos.

Às vezes, temos visto um certo desvirtuamento nesse tipo de ação, um certo exagero, para nós, fruto de açodamento e até desvio do instituto. Existem hipóteses de *suspensão do pátrio poder* em que se ajuíza a destituição, como se fosse uma ação comum, sendo que, em inúmeros casos, tem-se exigido até a prévia destituição de pátrio poder, como mero óbice processual, formal, para outra medida que imediatamente se impõe no interesse da criança. Deixa-se de lado o “melhor interesse da criança”, para abraçar-se as

picuinhas formais do processo, violando-se a sua efetividade, a finalidade de proteção à criança e ao adolescente. Existem casos de prova mal formada, prova mal produzida, prova precária, em que, mesmo assim, ajuíza-se temerariamente a ação de destituição de pátrio poder, como se esta fosse a cura para todos os males da criação e da má orientação dos pais. Não se pode olvidar que o instituto está para proteger a criança e não para ser utilizado como sanção de um pai contra o outro, ou até contra ambos.

Não se retira o pátrio poder para atender apenas à pretensão dos adultos que pretendem-lhe a adoção. Não. Verifica-se se a retirada do pátrio poder está ao encontro dos interesses da criança.

Destarte, como ensina José Raimundo Gomes da Cruz, *a destituição aparece como sanção com eficácia plena para remover situação de fato contrária aos interesses do menor*¹⁸.

Na ação de destituição de pátrio poder, embora apareça uma certa “litigiosidade” entre autor-réu, o processo não traz uma “lide”, um litígio entre eles. Claro, há subjacente um conflito de pretensões, porque o autor quer retirar o pátrio poder da parte adversa, relativamente ao filho. Todavia, a ação deve ser vislumbrada sob a ótica da criança e do adolescente, que nela tem seus *interesses* discutidos. Destarte, a sentença decide interesses, nela não é o autor ou o réu que saem *vencedores*, mas a criança que é protegida. A decisão, portanto, funda-se naquilo que é o melhor interesse da criança, a sua proteção integral. *A ação é de jurisdição voluntária*, portanto, sendo que nela assegura-se o contraditório, como corolário da importância dos direitos discutidos.

Assim a lição do Des. José Maria Rosa Tesheiner¹⁹:

“Assim, as mesmas razões que levaram o Código de Processo Civil a incluir a ação de remoção de tutor entre os procedimentos de jurisdição

voluntária nos levam a caracterizar como tal a ação de suspensão ou destituição do pátrio poder, regulada pelos arts. 155 e ss. do Estatuto da Criança e do Adolescente”.

2.1. Tipos de destituição

Há certa falta de sintonia na doutrina se a perda do pátrio poder (por meio da destituição) tem caráter definitivo ou temporário, ou seja, se os pais perdem o pátrio poder para sempre ou em prazo variável podem recuperá-lo. Para a maioria da doutrina, cessada a causa motivadora da destituição, o pátrio poder pode ser recuperado²⁰. Diz-se, então, que, muitas vezes, cessadas as causas que conduziram à destituição ou à suspensão do pátrio poder e *transcorrido um período mais ou menos longo de consolidação, pode o poder paternal ser devolvido aos antigos titulares*²¹. Para outros, somente a prova robusta pode determinar a reintegração dos pais ao pátrio poder²², sendo que ainda se diz que *embora seja permanente pode restabelecer-se o poder anteriormente outorgado, dentro de cinco anos, contados da imposição da penalidade*²³. Na lei menorista de 1927, permitia-se expressamente a reintegração do pátrio poder. (art. 45).

Data venia, entendemos que a destituição é definitiva, porque tratamos da mais grave “sanção” prevista em lei a ser imposta aos pais. Afinal, se o caso em julgamento não está previsto em lei, nas hipóteses estritas e fechadas do art. 395 do CC, não é caso de destituição, mas sim de suspensão do pátrio poder ou quiçá outra medida. Isso compete ao juiz observar fundamentadamente em sua sentença, porque, em vislumbrando que o pai pode emendar-se, não deve impor a sanção mais grave (destituição), quando pode impor a menos grave (suspensão ou outra medida). Em nossa vida funcional, não vimos pais destituídos de pátrio poder emendarem-se ou mesmo buscarem reintegração na *patria potestate* perdida.

O que leva a pensar-se que o pátrio poder pode ser devolvido aos pais, no caso de *destituição* de pátrio poder, por restabelecimento ou reintegração, é o puro interesse dos pais e não o dos filhos. Os pais emendam-se visando recuperar o pátrio poder, mas podem recuperá-lo quando suspenso, e não quando destituídos. Mas essa “recuperação” dos pais muitas vezes pode não mais ser benéfica ao interesse da criança, porque o tempo é inclemente nos sentimentos de cada pessoa.

Veja-se que, na prática, como poderemos saber se o pai ou a mãe não irão mais castigar imoderadamente o filho (art. 395, inc. I, CC), se não entregarmos a criança a seus cuidados? Por outra, podemos correr o risco de o pai reincidir no castigo imoderado e até matar a criança?! Quantas vezes os estudos psicológicos e psiquiátricos enganam-se a respeito do comportamento das pessoas. Isso é comum no Direito Penal, com os estudos que aconselham o livramento condicional de condenados.

Como podemos ter a certeza de que o pai não vai mais deixar o filho em abandono se não o deixarmos novamente sob sua guarda (art. 395, inc. II, CC)? Podemos correr o risco de o pai/mãe mudarem-se para outra região e igualmente por lá abandonarem seu filho? Tivemos caso em que o pai mudou-se para outro Estado da federação com o filho e deixou a justiça da infância e da juventude a ver navios, diligências e precatórias. Como podemos saber se o pai/mãe deixaram em definitivo de praticar atos contrários à moral do filho (art. 395, III, CC), sem submeter a criança ou o adolescente, novamente, ao risco da convivência com os pais, às vezes, com conseqüências imprevisíveis? O pai que pratica atos sexuais com a filha pode emendar-se? Esse ato não deixou seqüelas na criança ou adolescente?

Na tentativa infrutífera dessa “recuperação” do pátrio poder perdido, obviamente, nova ação teria de ser ajuizada e

novo percurso processual teria de ser percorrido, quando os mesmos sofrimentos à criança seriam impostos. Tais sofrimentos, repetidos, s.m.j., não é atendimento ao “melhor interesse”. Ao contrário, seria uma violência inominável.

A destituição de pátrio poder, portanto, é medida definitiva²⁴, porque determina a mudança no *status quo* da criança; porque está regradada *estritamente* na lei e é matéria de *ordem pública*. Isso significa que, na notícia de ocorrência de alguma das suas hipóteses (art. 395, CC), o juiz deve ter a sensibilidade de verificar se não ocorreu, no caso em julgamento, *um abuso* do pátrio poder, temporário, de menor gravidade, para não impor de imediato a destituição e sim a suspensão do pátrio poder ou outra medida de proteção. Daí por que devemos pesquisar profundamente a prova e meditar muito antes de adotar a sanção extremada.

Aqueles que vislumbram a possibilidade de os pais regenerarem-se, em atos de extrema gravidade praticados contra o filho, atos marcantes e psicologicamente danosos, tanto que são causa de perda do pátrio poder, como disse, pensam apenas nos direitos dos pais. Na suposta dor que devem sentir com a perda do pátrio poder, olvidando-se que a reincidência em tais casos pode ser fatal à criança e ao adolescente.

Há de se atentar, por outro lado, que as hipóteses do art. 395 do Código Civil, de pouca danosidade ou tentadas, podem perfeitamente ser enquadradas no art. 394 do mesmo diploma. Veja-se que todas aquelas (art. 395, CC) são *formas qualificadas* de abuso de pátrio poder, são *faltas aos deveres paternos*, como diz o art. 394, só que mais graves e com caráter de irreversibilidade. Se têm caráter de irreversibilidade, a medida adequada é a destituição pura e simples, mas sem volta; se os pais podem ser “recuperados”, então que não se imponha a destituição. Destarte, lúcida a observação do Prof. Silvio Rodrigues²⁵,

porque *mais rigoroso deve ser o juiz no exame do pedido de destituição, do que no de suspensão*.

Segundo lecionou o clássico Edgard de Moura Bittencourt²⁶, a destituição do pátrio poder não deve ser decretada, mas substituída pela suspensão, medida temporária, se o pai ou a mãe, infratores de seus deveres, revelam *intenção de corrigir-se*. A descoberta dessa intenção de corrigir-se compete aos figurantes do processo, ao juiz, ao Promotor e às partes, forte na prova da instrução. Para isso é preciso ter altas sensibilidade e paciência.

Como se vê, tanto a destituição quanto a suspensão têm previsão expressa na lei civil e são taxativas²⁷. São diversas as medidas, diversos seus requisitos. A destituição, repetimos, tem o caráter de perda definitiva do pátrio poder, daí por que se diz “destitui-se do pátrio poder”; por isso, no mínimo, deve ser *nomeado tutor* ao menor e/ou colocado em programa de abrigo ou em família substituta.

A destituição do pátrio poder, por seu turno, pode ser *total ou parcial*. Daqui se define se a destituição pode abranger apenas determinados filhos, ou deve ser imposta a todos. Muitos autores defendem a última solução.

A destituição é *total* quando abrange não só todos os direitos que compõem o pátrio poder (art. 384 e incisos do CC e art. 22, ECA), mas também quando atinge toda a prole. Impõe-se a destituição a todos os filhos, mesmo àqueles não envolvidos na hipótese legal. Na destituição *parcial*, a perda dá-se relativamente a alguns direitos, porque o pai/mãe pode, *v.g.*, conservar o direito de administração dos bens do filho, sendo que, na *parcial*, a destituição também pode dizer respeito apenas a filho determinado.

Essa divisão da destituição em *parcial/total* é possibilitada no Direito Civil francês, como nos ensina José Raimundo Gomes da Cruz (op. loc. cit.). Isso se justifica, sob pena de o juiz não ter como agir para evitar uma injustiça.

Como se escreveu, a maioria da doutrina vislumbra a destituição como abrangedora (obrigatória) de toda a prole (por todos: Maria Helena Diniz²⁸). No entanto, veja-se o caso de pai que castiga imoderadamente apenas um dos seus filhos, ou abandona apenas um filho adolescente, por qualquer motivo.

Suponhamos hipótese de o pai desconfiar de adultério da mulher relativamente a certo filho, porque estaria afastado do lar comum durante a época da concepção. Quanto a este, o genitor anima-se a dirigir-lhe castigos imoderados, tratando-o diversamente dos demais filhos. É justo que perca o pátrio poder relativamente àqueles outros filhos que trata adequadamente? Pode até ser que tal pai tenha de sofrer um acompanhamento legal ou psiquiátrico, mas a perda de pátrio poder a toda a prole, nesse caso, implicará ferimento ao melhor interesse das demais crianças. Tivemos um caso, *v.g.*, em que o magistrado destituiu o pátrio poder quanto a um filho e o suspendeu quanto a outro. Não se pode dizer que isso esteja errado, porque tais medidas atenderam ao “melhor interesse das crianças”. Destarte, o caso concreto é que demonstrará a melhor solução. Assim, pode perder-se de forma parcial o pátrio poder, mesmo no caso quando se atinge apenas um dos pais.

2.2. As hipóteses legais de perda do pátrio poder

A destituição (perda) do pátrio poder rege-se pelo disposto no Código Civil e na Lei nº 8.069/90 (ECA). Não há exclusão de um pelo outro diploma legal, antes, interpenetram-se.

Com efeito, dispõe o art. 24 da Lei nº 8.069/90 (ECA) que a perda do pátrio poder será decretada judicialmente, em procedimento contraditório, nos casos previstos na lei civil, bem como na hipótese de descumprimento injustificado dos deveres e obrigações a que alude o art. 22.

O art. 22 do ECA, por seu turno, refere que 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.

A lei civil a que se refere o art. 24 é o Código Civil, que no art. 395 e incisos estabelece:

“Perderá por ato judicial o pátrio poder o pai, ou mãe: I - que castigar imoderadamente o filho; II - que o deixar em abandono; III - que praticar atos contrários à moral e aos bons costumes”.

Os direitos, deveres e obrigações dos pais, previstos no art. 22 do ECA, por seu turno, são, basicamente, aqueles do art. 384 e incisos do Código Civil. Temos que à motivação de perda do pátrio poder, do art. 395 do CC, a lei estatutária ainda acresceu aos pais o dever de obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais. Isso significa que, se o juiz determinar certa medida em prol da formação da criança ou de determinado adolescente e os pais deixarem de cumpri-la, estarão sujeitos à sanção de perda do pátrio poder. Tal interpretação funda-se no próprio art. 22 do ECA, porque, ao lado dos deveres de sustento, guarda e educação, o dispositivo ainda acresceu essa outra obrigação, colocando-a no mesmo patamar das demais.

O art. 395 do CC, por seu turno, a rigor, prevê que apenas a exacerbação maldosa do exercício de alguns direitos inerentes ao pátrio poder, estes previstos no art. 384 do CC, é causa da perda do pátrio poder.

Assim, se compete aos pais dirigir a criação e a educação dos filhos menores (inc. I, art. 384), exigindo-lhes obediência (inc. VII), tendo-os em sua companhia e guarda (inc. II), reclamando-os de quem ilegalmente os detenha (inc. VI), o desvirtuamento gravoso de tais direitos implica sanção de perda do pátrio poder. Note-se, porém, que não basta o mero descumprimento de uma ou de todas as obrigações elencadas no art. 22, ou no art. 384 do CC,

para a perda do pátrio poder, mas, sim, como dizem Cury, Garrido e Marçura, *devendo ficar caracterizada a inescusabilidade da ação ou omissão*²⁹.

Essa inescusabilidade é determinante, a nosso sentir, para a imposição da sanção da perda do pátrio poder, porque o juiz deve sempre e sempre averiguar a possibilidade de “acertar” a criança em sua família natural.

Consoante dispõe o *inc. I, art. 395, CC*, os pais perderão o pátrio poder se castigarem imoderadamente o filho. O castigo exagerado, vedado em lei, não se resume ao físico, mas também ao psicológico, porque ambos podem chegar à tortura.

Embora alguns entendam que não há qualquer direito de os pais castigarem fisicamente os filhos, ao que vemos uma menção meramente filosófica, a leitura do *inc. I-art. 395, CC*, dá a entender pela existência da possibilidade de se impor aos filhos um *castigo moderado*, físico ou psicológico. Na verdade, a vida e a lei o demonstram, para toda ilicitude existe um castigo.

Obviamente, identifica-se um *jus corrigendi* a cargo dos pais relativamente aos seus filhos. Na vida funcional, temos visto que, via de regra, quando o pai não exercita o *jus corrigendi* aos filhos, a vida o faz pelas vias mais dolorosas e implacáveis. Já vi alguns reclamando: “Eu nunca fui agredido pelo meu pai e agora venho apanhar da Polícia...”.

Ora, é aos pais que compete a criação e a educação dos filhos, bem como *exigir-lhes* a prestação de obediência e respeito (*incs. I e VII, art. 384, CC*). Não se trata de mera faculdade outorgada aos pais, mas um verdadeiro poder-dever, porque na vida a criança encontrará limites, no dever de obediência, no dever de hierarquia funcional, enfim. É a previsão legal. Muitas vezes, a supressão de benefícios, ou vantagens usufruídas pelos filhos, são meras supressões de regalias, *castigos psicológicos* que se revelam inúteis, que

nem de longe tocam a sensibilidade de alguns filhos. Ficam, portanto, “sanções” vazias de significado. Assim, só resta ao pai exercer devidamente o *jus corrigendi*.

O que a lei visa coibir não é a palmada, o castigo físico, em si, mas veda-se a *agressão* pura e simples, a *agressão* gratuita, exagerada, a brutalidade, a estupidéz. O castigo é lícito³⁰, pelo que pode o pai aplicá-lo ao filho, *com o propósito de emendá-lo*, como ensina Silvio Rodrigues, *a infração ao dever só se caracteriza quando for excessivo o castigo*³¹.

Mas, como o magistrado poderá aquilatar se houve ou não um rigor excessivo no exercício do *jus corrigendi*? Muitas vezes, qualquer comum sabe quando presente uma agressão desmedida, seja porque imotivada, seja porque estúpida, contra uma criança ou adolescente, mas outras vezes, não. José Antonio de Paula Santos Neto propõe que, *para aquilatar o excesso, sopesará o juiz a faixa etária em que se encontra o menor, bem como suas condições de desenvolvimento físico e psicológico*³². Com efeito, há certa diferença entre o pai agredir a socos e a pontapés uma criança (até doze anos, como dispõe o ECA) e assim fazê-lo quanto a um adolescente de dezessete anos. Já vimos casos de o filho adolescente agredir imoderadamente o pai e a mãe. Isso deve ser bem pensado, portanto.

A agressão desmedida do pai ao filho, obviamente abusiva, *pode* redundar em violação da lei penal, porque *pode* configurar o crime de maus tratos (art. 136, CP), em face do abuso dos meios de correção ou disciplina. Em o agente ministerial, que oficia na ação de perda do pátrio poder, tendo ciência de tal agressão, deve providenciar no envio da prova de materialidade ao seu colega de Ministério Público para a competente ação penal, *se for o caso*. Tratamos de ação penal pública incondicionada.

Na verdade, muitas vezes a agressão abusiva não passa de um furor colérico,

passageiro, do pai ou da mãe. Pode nunca ter-se agredido o filho, mas, em razão de momentâneo desvio psicológico do pai ou da mãe, pode vislumbrar-se, aparentemente, a hipótese legal. Isso deve ser investigado, sob pena de sérias injustiças. Tivemos um caso, *v.g.*, em que a mãe, desesperada porque desempregada, perdeu a paciência pela teimosia da criança. Alguns passantes viram apenas a agressão e denunciaram-na ao agente ministerial. Este, imediatamente, ajuizou uma ação de destituição e obteve liminarmente, sem ouvir a parte adversa, o afastamento da criança de sua mãe. Obviamente, um exagero corrigido pela Corte.

A segunda hipótese legal dá-se quando os detentores do pátrio poder deixam a criança ou o adolescente em *abandono* (art. 395, inc. II, CC).

Os pais (ou detentor do pátrio poder) têm o direito de ter seus filhos em sua companhia e guarda (art. 384, inc. II, CC), reclamando-os de quem injustamente os detenha (inc. VI). Em contrapartida, os filhos também têm o direito a serem criados e educados no seio da sua família (art. 19, ECA). A criança e o adolescente devem ser educados e criados no seio de sua família natural, entendendo-se esta como a comunidade formada pelos pais ou qualquer deles e seus descendentes (arts. 19 e 25, ECA). Destarte, os direitos dos filhos são os deveres dos pais.

Na situação de *abandono*, os pais violam os seus deveres, relativamente à guarda, à criação e à educação. Priva-se o filho da necessária subsistência, negando-se-lhe alimentos, saúde, moradia, instrução, enfim, deixando-o na rua à própria sorte. O abandono não precisa ser total, mas a causa deve ser devidamente perquirida, porque, muitas vezes, a causa de abandono é a própria pobreza, ou seja, não é porque os pais deixem os filhos na rua, sem alimentos, que necessariamente há o abandono. É preciso, portanto, perquirir as causas do abandono, sabido que a

pobreza não é motivo de perda do pátrio poder (art. 23, ECA), assim como não o motiva o baixo nível cultural ou a falta de outros recursos materiais. Como se sabe, existem outras soluções para resolver o problema da criança (art. 23, parágrafo único, ECA, *v.g.*), sem atingir os pais com a sanção de perda do pátrio poder. Daí por que se diz que o abandono deve ser intencional (RT-761/371).

O abandono também implica a violação do dever de guarda dos filhos.

A *guarda*, ensina Caio Mário da Silva Pereira³³, tem caráter *dúplice*, porque é um dever atribuído aos pais, e ao mesmo tempo um direito. É um dos liames do feixe de direitos componente do pátrio poder. Está ligada a uma situação jurídica, ou a uma situação de fato juridicamente protegida. Na situação jurídica, pode também ser um instituto (art. 33 § 1º, e art. 34, ECA); na situação fática, é a criticada expressão *posse dos filhos*.

Difere a companhia da guarda e não tratamos de mero jogo de palavras, porque há sentido prático nisso. Muitas vezes discute-se a mera companhia sob a alegação de estar em discussão a guarda. Via de regra, como ensinava Edgard de Moura Bittencourt³⁴, a companhia, que é um direito, está contida na guarda. Mas esta é mais do que um direito, “é sobretudo um dever, que se impõe mediante sanções civis e até criminais”. As visitas à criança, por exemplo, daqueles que estão privados da guarda ou do exercício do pátrio poder, configuram casos de companhia.

A mãe, mesmo casando-se novamente, não perde qualquer direito à guarda de seus filhos. Nem mesmo o adultério da mãe, se não prejudicial aos interesses da criança, justifica a perda de guarda ou companhia de seus filhos.

A perda do pátrio poder por abandono não significa isenção da obrigação alimentar a cargo dos pais.

A terceira hipótese de destituição dá-se pela prática de atos contrários à moral e

aos bons costumes (inc. III, art. 395, CC). Note-se mesmo a tentativa de atos contrários à moral já configura o atentado aos bons costumes, ou seja, não é porque não tenha sido consumado o crime de atentado violento ao pudor ou o crime de estupro que o pai (ou a mãe) não possa perder a guarda do filho (a).

Atos contrários à moral e aos bons costumes são aqueles atos que ferem a integridade moral, o comportamento decente e digno das crianças e adolescentes.

Como sujeitos de direitos, as crianças e adolescentes têm todos os direitos da pessoa humana, relativos à dignidade, à moral, ao ensino, enfim, *gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana*, como dispõe o art. 3º do ECA.

Os atos atentatórios à moral e aos bons costumes podem estar sendo praticados *junto* ao menor, isto é, não é preciso que as crianças sejam diretamente atingidas com o proceder dos pais para a decretação de perda do pátrio poder. Basta a potencialidade do perigo, para que uma medida seja tomada. No mínimo, há abuso, o que é causa de suspensão do pátrio poder.

Inúmeras hipóteses podem configurar a violação do dispositivo. Se os pais convivem com viciados em substâncias entorpecentes, utilizando-se de drogas na presença dos filhos; se praticam atos ímoraes; se praticam ou tentam praticar atos de abuso sexual contra os filhos; se convivem com pessoas nas mesmas condições, na prática de atos depravados, em presença dos filhos; pais que incentivam o filho ao ilícito, civil ou penal. Enfim, são todos os atos que contaminam a formação moral dos filhos, como diz Silvio Rodrigues³⁵.

A legislação trabalhista, igualmente, prevê caso de perda do pátrio poder quando o pai ou a mãe não concorrem para que o menor complete sua alfabetização, ou trabalhe em lugares perigosos ou insalubres ou em serviços prejudiciais à sua moralidade (CLT, art. 437, parágrafo único, e 405).

Na verdade, a previsão da lei trabalhista padece do mesmo equívoco da decretação de perda pela motivação penal, ou seja, o juízo trabalhista não deve decretar a perda de pátrio poder, porque é matéria que não lhe diz respeito por regra de competência. Aliás, pode até cometer-se flagrante injustiça, porque, no Brasil, a maior parte do trabalho indevido de crianças e adolescentes decorre da pobreza, situação social que, na maioria das vezes, não pode ser debitada aos pais, mas aos nossos dirigentes e à nossa precária política de proteção à criança e ao adolescente. Em Porto Alegre, por exemplo, um programa de apoio financeiro-alimentar aos pais das crianças tem retirado inúmeros menores do trabalho de rua. A pobreza, diz a lei, não é (e nem pode ser) causa de destituição do pátrio poder.

A solução que indicamos é o envio da sentença trabalhista, comprovadora da situação ilegal, ao órgão do Ministério Público Estadual, para as providências do *due process of law*, que podem consistir até na inclusão da família em programas de apoio.

2.3. Competência, legitimidade e procedimento

Quanto à *competência* para o ajuizamento e julgamento da ação em estudo, é preciso fazer certa distinção, também, fundada no *status quo* da criança envolvida no procedimento de perda do pátrio poder.

Se a situação fática da criança *não está enquadrada* nas hipóteses do art. 98 do ECA, e necessitar uma providência de perda do pátrio poder, a ação compete à Vara de Família ou à Vara Cível, nas Comarcas onde inexistir aquela. A competência *ratione loci* determina-se nos termos do art. 147 do ECA. Veja-se o caso de criança que reside com os pais, em lar devidamente constituído, e o Ministério Público tem notícia de que está havendo violação de algum inciso do art. 395 do CC.

Nesse caso, a ação de destituição é de competência do Juiz de Família da Comarca (Cível) onde residem os pais da criança (art. 147, I, ECA). No mais das vezes, tais ações originam-se de particulares, caso de cônjuges separados, tios ou avós da criança, enfim, interessados em fazer valer sua pretensão relativa ao pátrio poder.

De outro lado, se a criança encontrar-se *desassistida*, desamparada, enquadrando-se em alguma hipótese do art. 98, ECA, a busca da medida protetiva de destituição faz-se por meio do Juizado da Infância e Juventude da Comarca onde se encontra a criança ou adolescente, quando não tiver pais ou responsável (art. 147, II, ECA). Em certas Comarcas, a competência da infância e da juventude está acumulada com aquela das Varas Cíveis ou de Família, sendo que, em outras, como Porto Alegre, *v.g.*, está albergada em Juizados Especiais da Infância e da Juventude. Estes não afastam a competência dos Juizados Regionais.

Já se decidiu:

“CONFLITO DE COMPETÊNCIA. PEDIDO DE DESTITUIÇÃO DE PÁTRIO PODER. COMPETÊNCIA DA VARA DE FAMÍLIA. EXCEPCIONALIDADE DO JUÍZO DA INFÂNCIA E DA JUVENTUDE.

É da Vara de Família a competência para processar e julgar pedidos de destituição de pátrio poder, reservando-se ao juízo da infância e da juventude apenas a excepcionalidade das hipóteses relacionadas no art. 98 do ECA. Refoge àquelas situações a do menor que se encontra regularmente sob o poder e guarda de um dos pais e não necessita de família substituta. Conflito acolhido (Rel. Des. Paulo Heerdt, RJTJRS-176/414)”.

Os *legitimados ativos* à ação de destituição ou perda do pátrio poder são: 1) os pais; 2) os parentes em geral (inclusive os próprios filhos por meio de um dos geni-

tores); 3) aqueles que demonstrem legítimo interesse (art. 155 do ECA) e 4) o Ministério Público (art. 155, ECA). Os detentores do Pátrio Poder são os *legitimados passivos* (os pais), sendo que pode ser a ação ajuizada contra o tutor também.

O magistrado não pode agir de ofício e destituir os pais do pátrio poder (RT-728/219; RT-671/80), nem mesmo por procedimento administrativo. Mas o juiz não deve ficar de braços cruzados ante notícia de maus tratos ou de abandono de criança. Nesse caso, pode encaminhar a parte ou a notícia ao Ministério Público, para as providências que couberem, evitando, ao máximo, induzir ou indicar o caminho a ser trilhado pelo agente ministerial, sob pena de estar prejudgando a causa e ficar sob suspeita.

O pai ou a mãe podem ajuizar a ação de destituição do pátrio poder, um contra o outro, o que comumente ocorre, quando um deles quer exercer o poder parental em sua totalidade. Nesse caso, um dos pais entende que o outro enquadra-se em alguma das hipóteses de perda do pátrio poder. Dá-se, por exemplo, quando um dos pais está com a guarda do filho e o outro pretende não só reaver a guarda, mas verdadeiramente “punir” o outro cônjuge. Na hipótese de pais solteiros, a ação pode ser ajuizada por qualquer um dos pais (RT-605/49; 653/103).

Os parentes em geral, em qualquer grau e até por afinidade, mesma forma, podem ajuizar a destituição de pátrio poder, desde que comprovem interesse. Obviamente, nesse caso, devem provar o parentesco, seja por documento ou até mencionando-o na inicial, fins prova futura.

Os filhos, como aventamos, representados pela mãe ou pelo pai, mesma forma, podem ajuizar a ação (TJSP-Ap. 31.197-0/0, rel. Cunha Bueno³⁶).

O terceiro que esteja com a guarda do filho (o guardião) tem legítimo interesse ao ajuizamento da destituição. Isso é

comum nos casos de adoção, quando a criança está sob a guarda de fato dos pretendentes. Mas não se pode nomear Curador Especial para o ajuizamento da ação, porque para isso existe o Ministério Público. Nem mesmo se nomeia Curador Especial para resguardar a identidade dos guardiães (RT-716/146).

Finalmente, o Ministério Público, que é o grande autor na destituição, porque é um dos agentes da doutrina de proteção integral às crianças e adolescentes. Via de regra, o Conselho Tutelar é quem representa ao Ministério Público os casos em que entender necessária a medida extrema.

Quando a ação for ajuizada apenas contra um dos pais, não se pode deixar de intimar o outro detentor do pátrio poder, para manifestar interesse. Aliás, nesse caso, o outro genitor não demandado representará também o interesse do filho na ação. De qualquer forma, o pai ou mãe não acionada deve estar ciente de que tramita uma ação que diz respeito ao pátrio poder e que pode ser o (a) encarregado (a) de detê-lo em sua plenitude. O genitor não citado não pode perder o pátrio poder, porque não demandado.

A Lei nº 8.069/90 (ECA) traça o *procedimento* para a destituição (perda) do pátrio poder. Mesmo em se tratando de lei especial, em que sua finalidade é a de proteger crianças e adolescentes que se encontram nas hipóteses do art. 98 e incisos do Estatuto, mais afeto à justiça especializada da Infância e da Juventude, temos que o procedimento dos arts. 155 e ss. do ECA se impõe até à destituição ajuizada em Vara de Família ou Cível. Com efeito, trata-se de procedimento regrado, em que inexistente norma contrária a tal respeito.

Assim ensina Ulisses Fialho Simas³⁷:

“Na hipótese de perda ou suspensão do Pátrio Poder e considerando a regra do parágrafo único do art. 148, serão utilizados os procedimentos previstos no Estatuto, mesmo

tratando-se de ação proposta junto à Vara de Família ou junto a outro juízo definido como competente pelo Código de Organização e Divisão Judiciária Estadual para o exercício dessa atribuição. O fundamento para a referida medida encontra-se nos arts. 394 e 395 do Código Civil e art. 22, ECA, ao determinar as obrigações decorrentes do Pátrio Poder.

Podemos afirmar, portanto, que, embora especiais, os procedimentos do Estatuto (...) podem e devem ser aplicados em outros juízos sempre que, se tiver em vista interesses de crianças e de jovens”.

No mesmo sentido: Cury, Garrido e Marçura: Estatuto Anotado, RT, p.139.

Os arts. 155 usque 163 do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90) detalham o procedimento a ser adotado na destituição de pátrio poder.

A petição inicial deve atender os requisitos do art. 156 do ECA: a) autoridade judiciária a que for dirigida, segundo as regras de competência; b) identificação dos requerentes; c) exposição sumária do fato e o pedido e d) as provas que serão produzidas, oferecendo, desde logo, o rol de testemunhas e documentos. Tais requisitos devem ser norteados também por aqueles previstos nos arts. 282 e 283 do CPC, consoante indicação do art. 152 do ECA.

O valor da causa é inestimável, pelo que se deve fornecer o valor de alçada.

O juiz pode requisitar qualquer documento, mesmo no limiar da ação (art. 160, ECA). Entre os documentos que devem ser apresentados com a inicial, não se pode esquecer da indispensável certidão de nascimento da criança, que deve ser exigida pelo juiz, se for omitida. Lembramos isso porque alguns processos que discutem direitos das crianças aparecem na Corte sem esse básico documento, que passa desnecessário algumas vezes.

O juiz, desde logo, havendo motivo grave e ouvido o Ministério Público a tal

respeito, pode decretar liminarmente a suspensão do Pátrio Poder, até o julgamento definitivo da causa, ficando a criança ou adolescente confiado a pessoa idônea, mediante termo de responsabilidade, consoante dispõe o art. 157 do ECA. No mesmo sentido, pode-se determinar o afastamento do pai-agressor do lar comum e não da vítima menor (RJTJRS-165/199), igualmente, amparado no art. 130 do ECA.

O dispositivo encontra respaldo no poder cautelar geral do juiz, mas se aconselha forte prudência, porque, sem dúvida, a decisão surge apenas em se constatando “motivo grave”. Isso significa que a motivação deve ser constatada devidamente pelo juiz, ouvindo testemunhas e até fazendo inspeção, se for o caso. A decisão deve ser fundamentada, não apenas naquele lacônico “defiro a suspensão liminar nos termos do pedido”. Ademais, não é porque houve pedido nesse sentido, oriundo do Ministério Público, que o juiz vá deferir-lo de imediato, olvidando as providências que o caso requer. Evidente, trata-se de providência urgente a cargo do magistrado que não pode ser postergada “para quando houver pauta”.

A *citação dos pais*, observado o regramento da lei processual civil (arts. 130 a 233 do CPC), assume importância primordial, porque deve ser tentada a qualquer custo e esgotados todos os meios para que se a faça pessoalmente. Para tanto, o juiz deve esgotar as possibilidades de citação: oficial aos Correios, às Centrais de luz e água, à telefônica e ao Juízo Eleitoral, inclusive, independentemente de pedido do autor. Não basta certidão lacônica do Oficial de Justiça, exigindo-se fé pública no sentido de que, realmente, o citando se encontra em lugar incerto e que as diligências tenham sido infrutíferas.

A citação deve ser clara, cientificando-se o réu do prazo de dez dias para contestar a ação. Se houver liminar deferida, desde a intimação pessoal começa a correr

o prazo para o recurso de agravo. É preciso considerar que o prazo recursal da liminar é um; o prazo para a contestação conta-se da juntada aos autos do mandado de citação devidamente cumprido.

O mandado de citação deve informar também a respeito da necessidade de constituir advogado, porque, se o réu não tiver disponibilidade econômica, tem direito à nomeação de Defensor Público. Com efeito, assegura-se a participação da Defensoria Pública, observando-se que esta, se for constituída pelo demandado apenas na fase recursal, terá quinze dias para recorrer e não o prazo em dobro. Para o prazo de resposta, como determinação legal, conta-se-o a partir da intimação pessoal do Defensor e não da juntada aos autos do mandado de citação.

Quando se determinar a citação edital, maior cuidado se deve ter, porque o Edital deve atender a todos os requisitos da lei, inclusive com as certidões de afixação e desafixação, sob pena de nulidade do processo. Tivemos caso em que as iniciais do nome da filha do citando foram trocadas, determinando-se a renovação da citação. Citado editalmente e não contestado o feito, impõe-se a nomeação de Curador Especial, que deverá contestar e não apenas por negativa geral.

Depois de citado, o réu contesta e o feito vai ao Ministério Público pelo prazo de cinco dias, para as providências que entender necessárias.

A audiência de instrução é indispensável. Mesmo que não haja contestação pelo réu, não entendemos a previsão do art. 161 do ECA, praticamente permitindo a decisão da causa como se a revelia fosse possível. Ora, a revelia não ocasiona seus efeitos nos processos de direitos indisponíveis. O pátrio poder não pode ser retirado numa penada, sem qualquer estudo social prévio, sem a ouvida de testemunhas, enfim, há exigência de investigação judicializada. O juiz pode (e deve) agir de ofício, buscando provas e verificando a real situação do infante.

O estudo social assume importância fundamental nesse tipo de ação, porque norteia a decisão e mune a Corte de elementos claros a respeito da situação em desate. A rigor, todos os processos de destituição devem conter um estudo firmado por equipe técnica (psicólogo, psiquiatra e assistente social), em que não só os pais devem ser ouvidos, mas a própria criança.

A propósito, a criança deve sempre ser ouvida, dependendo de sua idade, obviamente. Ocorre que a criança, como sujeito de direitos que é, deve ter a sua vontade considerada nos feitos da infância e da juventude. Naqueles em que se discute a própria guarda, com maior razão impõe-se a sua ouvida (art. 161, § 2º, ECA).

Colhida a prova, realizados os debates, ou apresentados memoriais escritos, sobrevem a sentença, mas sempre com a urgência que o caso requer. Não se é dado ao juiz empilhar o feito de destituição junto a outros que eventualmente se encontrem conclusos.

O recurso é o de apelação, no prazo de dez dias, na forma da lei processual civil, recebido no efeito devolutivo. O juiz pode receber a apelação em efeito suspensivo, também, se entender a possibilidade de prejuízo à criança. Não se paga preparo no recurso.

2.4. Destituição e sentença penal condenatória

Dispõe o art. 92, inc. II, do Código Penal que

“há incapacidade para o exercício do pátrio poder, tutela ou curatela, nos crimes dolosos, sujeitos à pena de reclusão, cometidos contra o filho, tutelado ou curatelado”.

O art. 394, parágrafo único, do Código Civil, por seu turno, determina que

“suspende-se igualmente o exercício do pátrio poder, ao pai ou mãe condenados por sentença irrecorrível, em crime cuja pena exceda de 2 (dois) anos de prisão”.

Disso decorrem algumas questões, a saber: 1) a *incapacidade* a que se refere a lei penal é caso de suspensão ou de perda do pátrio poder? 2) quem decreta a perda ou a suspensão do pátrio poder, no caso da condenação penal?

A doutrina penal não se tem debruçado especificamente acerca da “incapacidade” (1) a que se refere o art. 92, II, do CP. Claro, a hipótese de *incapacidade para o exercício de pátrio poder* é identificada como um dos efeitos civis extrapenais da condenação³⁸, ou um dos efeitos específicos da condenação, não automático e dependente de motivação na sentença³⁹.

Evidente, embora posições em contrário existam, tal efeito de condenação, segundo a lei, só pode subsistir nos crimes dolosos contra os filhos, desde que envolvam questões relativas ao pátrio poder e ainda cominados com pena de reclusão.

Diante da nova ótica do Direito da Criança e do Adolescente, temos que o juiz penal apenas pode *reconhecer* em sua sentença tanto a hipótese de perda quanto a de suspensão de pátrio poder, no caso do art. 92, II, CP. Em outras palavras: não é caso de o juiz penal *condenar* à perda ou suspensão do pátrio poder, mas de reconhecer uma dessas possibilidades, submetendo tal reconhecimento ao juiz competente.

Temos que a mera imposição objetiva, mesmo fundamentada, de tal efeito específico da condenação penal pode configurar outros gravames (piores) à criança e ao adolescente. Mais: mesmo que a sentença seja fundamentada a tal respeito, isso não foi objeto da ação penal, ou seja, no processo não se discutiu a perda do pátrio poder, que só pode dar-se nas hipóteses fechadas da lei civil. Se isso não foi discutido no processo penal, obviamente, não temos apenas cerceamento de defesa, com relação à hipótese civil de perda do pátrio poder, mas temos caso de responsabilidade penal objetiva, que há muito tempo foi banida do ordenamento jurídico-penal.

Destarte, se o juiz penal só pode *reconhecer* a hipótese de perda ou suspensão do pátrio poder, responde-se à segunda indagação. Quanto a esta, temos que somente o juízo de família, cível ou da infância e da juventude pode determinar a perda do pátrio poder, no caso de reconhecimento na sentença penal condenatória.

Entendem Cury, Garrido e Marçura⁴⁰ que o efeito não é automático, reclamando motivação da sentença penal condenatória, sendo que, a omissão leva à necessidade de ação própria. Entendemos que, embora o caso de perda do pátrio poder deva ser reconhecido expressamente na sentença penal condenatória, isto é, deva ser “pronunciada por disposição especial da sentença de condenação”⁴¹, os seus efeitos devem ser devidamente apurados dentro do devido processo legal, porque há de se apurar o “melhor interesse” da criança ou do adolescente. Aí, sim, por ação própria de destituição do pátrio poder.

Ainda, não se pode permitir que *disposição penal*, dirigida à punição daquele que detém o pátrio poder, atinja também direta e imediatamente a criança ou o adolescente. Há quem defenda que a mera condenação a pena superior a dois anos, em qualquer crime doloso, já implicaria a destituição do pátrio poder⁴², sem mesmo perquirir-se até que ponto tal condenação atinge o melhor interesse da criança/adolescente. Isso, como disse, é a pura responsabilidade penal objetiva, quando é sabido que a perda do pátrio poder pressupõe *culpa dos pais*.

Por outro lado, a lei especial do Estatuto (a lei penal é geral) determina que a perda do pátrio poder seja feita em procedimento contraditório (art. 24, ECA). Obviamente, em se tratando de um *efeito da condenação*, incorreu o devido *contraditório específico* a respeito do assunto “pátrio poder”. Destarte, se decretada e efetivada a perda do pátrio poder, por sentença penal condenatória, feriu-se não só a lei do Estatuto, mas a própria Constituição Federal (art. 5º, inc. LV).

O procedimento de perda do pátrio poder exige a intervenção ministerial (art. 201, inc. III, ECA). Não do agente que labutou na área penal, naquele processo penal em que foi reconhecida a perda do exercício do pátrio poder, mas do oficiante nos feitos da criança e do adolescente, no agente que labuta na Vara de Família ou Cível, que é o órgão competente e especializado na órbita dos direitos da criança e do adolescente.

Assim, temos que, se reconhecida ou decretada a perda do pátrio poder (destituição), cópia da sentença penal condenatória deve ser enviada ao agente ministerial competente (cível ou de família, ou aquele que oficia no juizado da infância e da juventude), para as providências posteriores, relativas à perda do pátrio poder dentro do *due process of law*.

2.5. A sentença de destituição

A sentença de destituição tem cunho declaratório, constitutivo e condenatório.

É *declaratória* não só porque tal efeito está presente na maioria das ações civis, mas porque declara a existência da hipótese legal de perda do pátrio poder, reconhecendo a presença de um ou mais dos incisos do art. 395, CC; é *constitutiva* porque o juiz deve encaminhar a nova situação da criança e do adolescente (tutela, guarda, abrigo, etc). O juiz deve dizer como é que fica a situação da criança, quem será o detentor da guarda, quem exercerá o pátrio poder; é *condenatória* porque os pais são condenados à perda de um direito, podendo até interpor recurso contra tal sentença.

A sentença, obviamente, deve ser fundamentada. Não amparada simplesmente na revelia, mesmo porque esta incorre na ação em que se discute relação de pátrio poder. A sentença deve convencer-nos no sentido de que a sanção que traduz é a última e única possível no caso *sub judice*.

Por outro lado, a sentença pode não impor a destituição, seja porque o autor

não logrou provar os fatos arrolados, ou porque nem mesmo as diligências procedidas de ofício assim o fizeram. A propósito, pensamos que a sentença pode reconhecer hipótese de atingimento menos grave contra o infante e sancionar os pais com a suspensão do pátrio poder, ou outra providência, sem que isso importe em nulidade da sentença.

Ocorre que na ação de destituição, tal como na ação de guarda, em que estão envolvidos interesses de crianças e adolescentes, a sentença não está vinculada ao pedido, ou seja, não pode ser reconhecida como *ultra petita* ou *citra petita*, porque deve visar o *best interest* da criança, e este, às vezes, não se encontra na procedência da destituição. Assim, a parte pode pretender a destituição do pátrio poder, ajuizar a ação, mas o juiz concluir pela aplicação de outras medidas, como aquelas constantes do art. 101 e incs. do ECA, tudo no interesse da criança. Não se pode perder de regularizar a situação que aflige o menor, apenas fundado nos caminhos estreitos da destituição. Nesse caso, ajuizada a ação de destituição de pátrio poder, se o juiz concluir em aplicar a suspensão ou outra medida, a sentença será de parcial procedência, porque não se atendeu à integralidade do pedido.

Em qualquer caso, incorrerá imposição de ônus sucumbenciais, seja em custas ou verba honorária, mesmo que a parte tenha-se socorrido de advogado particular. A única exceção ocorre na hipótese de litigância de má-fé, quando se pode aplicar condenação em verba honorária, mesmo que suspensa na forma da Lei nº 1.051/50.

A sentença de destituição não pode deixar de reconhecer a subsistência do dever alimentar dos pais relativamente aos filhos. Não, assim, impondo valores de alimentos, mas reconhecendo o direito ao guardião/tutor ao ajuizamento de ações tendentes a fazer valer o direito a alimentos, porque a destituição não implica a exoneração desse dever dos pais⁴³.

Igualmente, a decisão não pode omitir o comando relativo ao registro na certidão de nascimento da criança ou do adolescente, fins averbação, consoante determina o art. 102, §6º, da Lei nº 6.015/73 (Lei dos Registros Públicos), bem como manifestar-se a respeito da extensão da perda, ou seja, se atinge os pais conjuntamente, ou se o pátrio poder subsistirá no pai ou na mãe. Ocorre que, imposta a sanção de perda, “passa este à mãe. Se ela não for viva, ou se a perda lhe for igualmente imposta, ou se não estiver apta a exercê-lo, o mesmo juiz, que a impuser, nomeará tutor ao menor”⁴⁴. Isso deve ficar claro na sentença, para evitar-se embargos declaratórios ou apelação.

2.6. A destituição e a intervenção do Ministério Público

O Promotor de Justiça, no Juízo de Família, Cível ou da Infância e da Juventude, é o grande interveniente e autor das ações de perda do pátrio poder. Sua presença no feito não é qualquer favor judicial, mas pura obrigação decorrente de lei. Não pode ser excluído do feito, não pode ser olvidado durante a instrução, sob pena de nulidade do processo.

Compete ao Ministério Público não só ajuizar as ações de perda do pátrio poder, bem como acompanhá-las, quando não for o autor (art. 201, III, ECA). Naquele caso, investe-se na qualidade de parte; neste, tem sua função duplicada, porque atua como (1) fiscal da lei e do procedimento e (2) como protetor dos interesses da criança e do adolescente.

A lei processual civil, mesma forma, determina que compete ao Ministério Público intervir em todas as causas relativas ao pátrio poder (art. 82, inc. II, do CPC). Não só as ações principais, mas também em todas aquelas que delas decorram, seja nas execuções ou cautelares.

Temos entendido, embora com a contrariedade de inúmeros colegas, que,

quando o agente ministerial é o *autor* da ação, ele desveste-se da qualidade inerente e peculiar de protetor integral da criança, tornando-se *parte* na ação. Isso porque o Ministério Público não pode assumir duas funções ao mesmo tempo: parte e curador dos interesses da criança. Na verdade, como parte, o Ministério Público ajuizou a ação para ser o vencedor; ajuizou a ação porque “viu” violação dos interesses da criança ou do adolescente, o que não significa necessariamente que a destituição seja o melhor interesse da criança.

Os pais, por seu turno, que representam ou assistem legalmente seus filhos, em sendo os réus, tornaram-se *parte*. Como parte, os réus visam, mesma forma, não perder o pátrio poder, não perder a demanda. Se os réus são partes, não estão na condição de bem representar ou patrocinar o melhor interesse dos filhos. E tais interesses, obviamente, que são inerentes à criança, são o objeto da discussão judicial. Destarte, presente um conflito de interesses entre os pais, que entendem conservar o pátrio poder, e o Ministério Público, que entende que o melhor para a criança é a perda do pátrio poder. Diante disso, quem velará pelo “melhor interesse” da criança? Em tais casos, temos entendido que se deve nomear um curador à lide, um curador especial à criança, que apenas verificará as suas condições fáticas, velará pela proteção do seu “melhor interesse”, velará por aquilo que para si é melhor no processo, distante e próximo da discussão a respeito do pátrio poder.

O entendimento tem sido acolhido por unanimidade em nossa Câmara (Ap. Cíveis 599011400 e 70000191809, ambos da 8ª Câmara Cível do TJRS).

O Promotor de Justiça, por seu turno, pode recusar-se ao ajuizamento da ação de destituição, porque nesse tema não vige qualquer obrigatoriedade. Todavia, seu entendimento não é absoluto, porque se pode encaminhar notícia ao Chefe do

Ministério Público, similarmente ao que se faz no juízo penal, para que este apure a conveniência do caso e nomeie outro agente para a missão. Já houve precedente nesse sentido: TJSP, AI-25.336-0⁴⁵.

Notas

¹ CF-Art. 226, §5º. Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

² LEITE, Eduardo de Oliveira. *Síntese de Direito Civil: Direito de Família*. Curitiba: JM Editora, 1997. p. 246.

³ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 11. ed. Rio de Janeiro, Forense, v. 5, s./d., p. 239.

⁴ BITTENCOURT, Edgard de Moura. *Guarda de filhos*. SP, LEUD, 1981, p. 3.

⁵ In: *Direito Civil*, v. 6, São Paulo, Saraiva, 1995, p. 339.

⁶ In: *Do pátrio poder*. São Paulo, RT, 1994. p. 55.

⁷ CF-Art. 229. Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade.

⁸ Lei nº 8.069/90. Art.22. 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.

⁹ IN, *RJT/RS-104/405*.

¹⁰ Art. 395. Perderá por ato judicial o pátrio poder o pai, ou mãe: I- que castigar imoderadamente o filho; II- que o deixar em abandono; III- que praticar atos contrários à moral e aos bons costumes.

¹¹ Art. 392. Extingue-se o pátrio poder: I- pela morte dos pais ou do filho; II- pela emancipação, nos termos do parágrafo único do art. 9º, Parte Geral (melhor: §1º do art. 9º); III- pela maioridade e IV- pela adoção.

¹² ELIAS, Roberto João. *Pátrio Poder*. p. 42.

¹³ Art. 394. Se o pai, ou a mãe, abusar do seu poder, faltando aos deveres paternos, ou arruinando os bens dos filhos, cabe ao juiz, requerendo algum parente, ou o Ministério Público, adotar a medida, que lhe pareça reclamada pela segurança do menor e seus haveres, suspendendo até, quando convenha, o pátrio poder. *Parágrafo Único*. Suspende-se igualmente o exercício do pátrio poder, ao pai ou mãe condenados por sentença irrecorrível, em crime cuja pena exceda de 2 (dois) anos de prisão.

¹⁴ ELIAS, Roberto João. *Pátrio Poder*. Op. cit., p. 45.

¹⁵ VIANA, Marco Aurelio S. Da guarda, da tutela e da adoção. [S.l.]: Del Rey, 1993, p. 59.

¹⁶ In: *Instituições*, cit., p. 241.

Bibliografia

- ¹⁷ PEREIRA, Tânia da Silva. O melhor interesse da criança. In: *O melhor interesse da criança: um debate interdisciplinar*. Rio de Janeiro, Renovar, 2000, p. 6.
- ¹⁸ In: Destituição do Pátrio Poder. *Revista de Direito Civil-35/117*.
- ¹⁹ In: Jurisdição Voluntária, Rio de Janeiro, Aide, 1992, p. 79.
- ²⁰ ELIAS, Roberto João. Pátrio Poder. Op. cit., p. 100/1.
- ²¹ Nesse sentido é a lição de RODRIGUES, Silvio. op. cit., p. 351.
- ²² VIANA, Marco Aurélio S. Da Guarda, da tutela e da adoção, op. cit., p. 60.
- ²³ LEITE, Eduardo de Oliveira. *Síntese de Direito Civil: Direito de Família*, Curitiba, JM-Editora, 1997.
- ²⁴ No mesmo sentido: Fachin, LUIZ EDSON. Elementos críticos do Direito de Família, Rio de Janeiro, Renovar, 1999, p. 225.
- ²⁵ In: *Direito Civil: Direito de Família*, op. cit., p. 352.
- ²⁶ In: Guarda de Filhos, São Paulo, LEUD, 1981, p. 32.
- ²⁷ DINIZ, Maria Helena, op. cit., p. 384.
- ²⁸ In: *Curso de Direito Civil Brasileiro*. 5. v. [S.l.] : Saraiva, 1999, p. 383.
- ²⁹ In: *Estatuto da Criança e do Adolescente* São Paulo : 2. ed., Revista dos Tribunais, 2000, p. 36.
- ³⁰ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições*, p. 248.
- ³¹ RODRIGUES, Silvio. *Direito de Família*, op. cit., p. 353.
- ³² In: Do Pátrio Poder. São Paulo, *Revista dos Tribunais*, op. cit., p. 189.
- ³³ Op. cit. p. 249-50.
- ³⁴ In: *Guarda de filhos*, São Paulo, LEUD, 1981, p. 4.
- ³⁵ Op. loc. cit., p. 354.
- ³⁶ Apud. CURY, Garrido e Marçura, op. loc. cit., p. 138.
- ³⁷ O Melhor Interesse da criança e do adolescente em face das regras processuais e procedimentos cíveis da Lei nº 8.069/90. In: *O melhor interesse da criança: um debate interdisciplinar*. Op. cit., p. 608.
- ³⁸ JESUS, Damásio de. *Direito Penal*. [S.l.]: Saraiva, v. 1, 1985, p. 550.
- ³⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Lições de Direito Penal*. parte geral. 3. ed., Porto Alegre, Liv. Advogado, p. 286.
- ⁴⁰ In: *Estatuto da Criança e do Adolescente anotado*. 2. ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2000, p. 36.
- ⁴¹ CRUZ, José Raimundo Gomes da. Op. loc. cit., p. 118.
- ⁴² SILVA, José Luiz Mônaco da. *A família substituta*. cit., p. 159.
- ⁴³ SILVA, José Luiz Mônaco da. Op. cit., p. 61.
- ⁴⁴ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições*, op. cit., p. 249.
- ⁴⁵ Apud. CURY, Garrido e Marçura, op. cit., p. 138.
- ALMEIDA, Flávio Renato Correia de. Da revelia na ação de perda ou suspensão de pátrio poder. In: *Direito de Família e aspectos constitucionais civis e processuais*. (org.). Teresa Wambier e Alexandre Lazzarini. São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 3, 1996.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Lições de Direito Penal: parte geral*. 3. ed. Porto Alegre : Ed. Liv. Advogado, 1995.
- BITENCOURT, Edgard de Moura. *Guarda de Filhos*. São Paulo : Leud, 1981.
- CHAVES, Antonio. *Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente*. São Paulo : LTR, 2. ed. 1997.
- CRUZ, José Raimundo Gomes da. Destituição de Pátrio Poder. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1986. Ver *Direito Civil-35*.
- CUNHA, Maria Otávia. *Cartilha de Direito de Família*. Rio de Janeiro : Ed. Rio, 1981.
- CZAPSKI e KOK. Aurélia Lizete e Clarice. Destituição de Pátrio Poder. In: *Revista de Direito Civil-40*, São Paulo : Revista dos Tribunais, 1987.
- CURY, AMARAL E SILVA e GARCIA MENDEZ. *Estatuto da Criança e do Adolescente comentado*. 2. ed. São Paulo : Malheiros, 1996.
- CURY, GARRIDO E MARÇURA. *Estatuto da Criança e do Adolescente anotado*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*, São Paulo : Saraiva, v. 5, 1999.
- ELIAS, Roberto João. *Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente* São Paulo : Saraiva, 1994.
- _____. Pátrio Poder. guarda dos filhos e direito de visita. São Paulo : Saraiva, 1999.
- HÖER e SARAIVA, Cláudio Gilberto Aguiar, TREGNAGO, Heleno. (Org.) *Coletânea Doutrinária*. CD-ROM, Rio Grande do Sul : Plenum, 1999.
- JESUS, Damásio de. *Direito Penal*, São Paulo : Saraiva, v. 1, s.d.
- LEITE, Eduardo de Oliveira Leite. *Síntese de Direito Civil. Direito de Família*. Curitiba : JM, 1997.
- NOGUEIRA, Paulo Lúcio. *Estatuto da Criança e do Adolescente : comentado*. 3. ed. São Paulo : Saraiva, 1996.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 11. ed. v. 5, Rio de Janeiro : Forense, 1996.
- RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil*. V. 6, São Paulo : Saraiva, 1995.
- SABINO JÚNIOR, Vicente. *O Menor, sua guarda e seus direitos*. 4. ed. São Paulo : Bed.
- SANTOS NETO, José Antonio de Paula. *Do Pátrio Poder*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1994.
- SILVA, José Luiz Mônaco da. *A família substituta*. São Paulo : Saraiva, 1995.
- TESHEINER, José Maria Rosa. *Jurisdição voluntária*. Rio de Janeiro : AIDE, 1992.
- VIANA, Marco Aurélio S. Da guarda, da tutela e da adoção. [S.l.] : Del Rey, 1993.