

RESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR: POSSIBILIDADE JURÍDICA E BREVES
CONSIDERAÇÕES PROCEDIMENTAIS

*RESTORATION OF FAMILY POWER: LEGAL POSSIBILITY AND BRIEF PROCEDURAL
CONSIDERATIONS*

Daniela Braga Paiano;¹

João Pedro Minguete Goulart.²

Resumo: O presente trabalho tem por escopo tecer considerações acerca da possibilidade da restituição do poder familiar aos genitores destituídos por sentença judicial, a partir da construção de uma revisão bibliográfica narrativa, em que a abordagem apresentada é meramente descritiva e consubstanciada em estudos revisados da literatura, análise do ordenamento jurídico e decisões dos tribunais. Entende-se que, por se tratar de relação jurídica continuativa e, portanto, sujeita à ação do tempo sobre seus integrantes, modificadas as condições objetivas, outra poderá ser a decisão sobre a autoridade parental anteriormente extinta, sem que haja ofensa à coisa julgada. Assim, para que seja possível o restabelecimento do poder familiar, faz-se necessário que os pais faltosos logrem êxito ao provar, em ação autônoma, que, de fato, superaram as condições que os fizeram perdê-lo. Cumpre esclarecer que, conforme previsão expressa do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), o único instituto definido como irreversível é a adoção, e mesmo a sua definitividade já foi flexibilizada em recente precedente do Superior Tribunal de Justiça (STJ), estabelecendo-se que a base principiológica do ECA tem a possibilidade de retirar a peremptoriedade de qualquer texto legal atinente aos interesses de crianças ou adolescentes, submetendo-o a um crivo objetivo de apreciação judicial. Na sequência, pretensamente estabelecida a viabilidade jurídica do restabelecimento dos vínculos familiares, far-se-ão breves considerações quanto ao seu possível procedimento, permitindo a instrumentalização dessa medida judicial.

Palavras-chave: Poder familiar. Restituição do poder familiar. Possibilidade jurídica.

Abstract: This paper aimed to discuss the possibility of restoration of family power to parents deprived of it by judicial sentence, based on the construction of a narrative bibliographical review, in which the presented approach is merely descriptive and based on revised literature

¹ Professora Adjunto nível B da Universidade Estadual de Londrina (UEL). Doutora em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). Mestre pela Universidade de Marília (UNIMAR). Possui graduação em Direito pela Associação Educacional Toledo de Ensino (2001). Professora convidada na Pós Graduação da Universidade Estadual de Londrina e outras instituições. Advogada. Associada ao Instituto Brasileiro de Direito de Família - IBDFAM.

² Cursando Programa de Pós-Graduação "Lato Sensu" (Especialização) em Direito e Processo Penal na Universidade Estadual de Londrina (UEL). Bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Londrina (UEL). Estagiário de Pós-Graduação no Ministério Público do Estado do Paraná.

studies, legal order and court decisions. Whereas, as it is a continuous legal relationship and therefore susceptible to the action of time on its members, there may be another judicial decision on parental authority previously extinguished, in case of modification of the objective conditions, without any offense to the *res judicata*. Thus, in order to restore the family power, it is necessary for the failing parents to succeed in proving, through an autonomous legal action, that they have, in fact, overcome the conditions that made them lose it. In addition, according to the express provision of the Statute of the Child and Adolescent (ECA), the only institute defined as irreversible is adoption, and even its definiteness has already been eased in a recent precedent of the Superior Court of Justice (STJ), establishing that the ECA principles have the possibility of removing peremptory mandamus from any legal text concerning the interests of children or adolescents, subjecting it to an objective consideration of the court. Regarding the presumed legal feasibility of restoring family ties, brief comments will be made concerning to its procedure, allowing the instrumentalization of this judicial measure.

Keywords: Family power. Restoration of family power. Legal possibility.

1 INTRODUÇÃO

O poder familiar configura-se como um conjunto de direitos e deveres atribuídos aos pais em relação à pessoa e aos bens de seus filhos menores de 18 (dezoito) anos. Nesse sentido, tal instituto reconhece crianças e adolescentes como sujeitos de direitos em formação e que demandam, por esta condição, uma série de cuidados especiais por parte, principalmente, dos genitores, mas também da comunidade, da sociedade e do Estado.

Assim, existem algumas situações, especialmente no que se refere ao descumprimento destas prerrogativas inerentes ao exercício da autoridade parental, em que o Estado precisa intervir nas relações intrafamiliares, aplicando aos pais determinadas sanções e, nos casos mais graves, podendo suspender ou até mesmo extinguir o poder familiar dos genitores faltosos.

A controvérsia da destituição surge quanto à definitividade – ou não – desta medida tão rigorosa, que se configura como um verdadeiro rompimento de vínculos, não apenas jurídicos, mas também e principalmente afetivos. Seria possível reconstituir a autoridade parental dos genitores destituídos de seu múnus? Quais seriam os requisitos exigidos para tal?

Neste aspecto, o presente estudo objetiva analisar a possibilidade jurídica da restituição do poder familiar dos genitores destituídos por meio de decisão judicial, ainda que

transitada em julgado, nos casos em que houver a alteração do cenário fático que primeiramente ensejou a extinção do vínculo parental.

Na sequência, estabelecendo-se como possível juridicamente este instituto, far-se-ão breves comentários e sugestões quanto ao seu procedimento e desdobramentos processuais.

2 DA POSSIBILIDADE JURÍDICA DA AÇÃO DE RESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR

O antigo Código de Processo Civil, de 1973, elencava, em seu artigo 267, inciso VI, três condições para o exercício do direito de ação: a legitimidade das partes, o interesse processual e a possibilidade jurídica do pedido (BRASIL, 1973). Esta divisão, formulada pelo processualista italiano Enrico Tullio Liebman e adotada pelo ordenamento pátrio, apontava as “condições da ação” como os requisitos mínimos para o exercício do direito de ação e a subsequente análise do mérito da demanda (GALIO, 2014, p. 451).

Neste aspecto, Alves e Azevedo (2014, p. 174) argumentam que haveria possibilidade jurídica do pedido quando a pretensão estivesse permitida (não proibida) pelo ordenamento jurídico. Dessa forma, impossível juridicamente seria apenas aquela pretensão expressamente vedada pelo ordenamento normativo. Os autores (2014, p. 173) ainda ressaltam que não se confundiam os casos de improcedência, presentes quando os pedidos não eram amparados pelo direito material e, as hipóteses de impossibilidade jurídica, que se verificavam quando havia a vedação daquela discussão no plano processual.

Todavia, o novel Estatuto Instrumental Civil, em seu artigo 485, inciso VI, decidiu por extirpar, definitivamente, a possibilidade jurídica do pedido do rol de condições da ação, não a mencionando em qualquer de seus dispositivos e elencando apenas o interesse processual e a legitimidade das partes (BRASIL, 2015). Infere-se, portanto, que com o advento da nova legislação processual, o reconhecimento da impossibilidade jurídica implica necessariamente uma análise de mérito (procedência ou improcedência) da demanda (ALVES; AZEVEDO, 2014, p. 182).

Feitas estas considerações introdutórias acerca do instituto da possibilidade jurídica do pedido e verificando-se que a seara para a discussão desta temática transmudou-se do âmbito do direito processual para o do direito material, discorrer-se-á sobre o cabimento da ação de restabelecimento da autoridade parental.

2. 1 DA POSSIBILIDADE MATERIAL DA AÇÃO DE RESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR

O ponto nevrálgico da discussão quanto à possibilidade jurídica da ação de restituição do poder familiar surge da omissão legislativa no que se refere à irrevogabilidade da medida de destituição da autoridade parental. Silenciou o legislador quanto à solução do tema, no entanto, como bem se sabe, não é facultado ao magistrado escusar-se de decidir os casos que chegam ao seu conhecimento com base na mera inexistência de dispositivo legal específico.

Nesse sentido, Miguel Reale (2001, p. 270) salienta que o direito não se confunde com a lei ou com os textos escritos, sendo os diplomas normativos meros instrumentos de revelação da ordem jurídica, e, por esta razão, são imperfeitos, porquanto não preveem tudo aquilo que a existência oferece no seu desenvolvimento histórico. Evidencia-se que “a lei tem lacunas, tem claros, mas o Direito interpretado como ordenamento da vida, este não pode ter lacunas, porque deverá ser encontrada, sempre, uma solução para cada conflito de interesses” (REALE, 2001, p. 270).

Destarte, Tepedino (2018, p. 328) acrescenta que o magistrado tem o dever de decidir acerca das controvérsias que lhe são submetidas, desde que estas se encontrem no âmbito de sua competência e estejam presentes os pressupostos e condições da ação. Deve fazê-lo com base no ordenamento e valendo-se de princípios e valores que uniformizem o sentido das decisões. Complementa o autor:

Consolida-se hoje o entendimento de que cada regra deve ser interpretada e aplicada em conjunto com a totalidade do ordenamento, refletindo a integralidade das normas em vigor. A norma do caso concreto é definida pelas circunstâncias fáticas nas quais incide, sendo extraída com complexo de textos normativos em que se constitui o ordenamento. O objeto da interpretação são as disposições infraconstitucionais integradas visceralmente às normas constitucionais, sendo certo que cada decisão abrange a totalidade do ordenamento, complexo e unitário. Cada decisão judicial, nessa perspectiva, é um ordenamento singular extraído da mesma tábua axiológica. (TEPEDINO, 2018, p. 329)

No mesmo sentido, Maria Celina Bodin de Moraes (2006, p. 234) pondera que, no contexto pós-positivista, o respeito às normas infraconstitucionais não deve ser examinado apenas do ponto de vista formal, mas com base em sua correspondência substancial aos valores, que são incorporados ao texto constitucional e adquirem positividade na medida em que são consagrados normativamente sob a forma de princípios. Destarte, a solução normativa dos problemas concretos não pode mais ser analisada apenas pela subsunção do

fato à regra, mas exige do intérprete um procedimento de avaliação condizente com os diversos princípios jurídicos envolvidos.

Por sua vez, Schreiber e Konder (2016, p. 14) sustentam que:

O direito civil-constitucional não aprisiona o intérprete na literalidade da lei, nem o deixa livre para criar o direito a partir de seus próprios instintos e opiniões: reconhece-lhe um papel criativo, mas sempre vinculado à realização de valores constitucionais. Por meio dos princípios, valores sociais e culturais invadem claramente o mundo do direito, mas mediados pelos significantes que os expressam e por um cuidadoso mecanismo científico – posto argumentativo – de aplicação.

Com efeito, o legislador, prevendo a existência destes lapsos no ordenamento pátrio, positivou no artigo 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB) que, quando a lei for omissa, o juiz decidirá a demanda de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito (BRASIL, 1942).

Neste viés, o procedimento analógico se funda em um raciocínio baseado em razões relevantes de similitudes entre dois institutos distintos. Reale aduz que “quando encontramos uma forma de conduta não disciplinada especificamente por normas ou regras que lhes sejam próprias, consideramos razoável subordiná-la aos preceitos que regem relações semelhantes” (2001, p. 79).

Costumes, ao seu turno, são regras seguidas na sociedade por força de hábitos consagrados, ou, como impropriamente se diz, em virtude de “convenção social”. Configuram-se, portanto, em normas de trato social (REALE, 2001, p. 53).

Por sua vez, em relação aos princípios gerais do direito, Reale ensina que:

Princípios gerais do direito são enunciações normativas de valor genérico, que condicionam e orientam a compreensão do ordenamento jurídico, quer para a sua aplicação e integração, quer para a elaboração de novas normas. Cobrem desse modo, tanto o campo da pesquisa pura do Direito quanto o de sua atuação prática. (REALE, 2001, p. 286)

Além da analogia, dos costumes e dos princípios gerais do direito, Miguel Reale elenca, dentre outras, a jurisprudência como uma das fontes do direito:

A jurisprudência, muitas vezes, inova em matéria jurídica, estabelecendo normas que não se contêm estritamente na lei, mas resultam de uma construção obtida graças à conexão de dispositivos, até então considerados separadamente, ou, ao contrário, mediante a separação de preceitos por largo tempo unidos entre si. Nessas oportunidades, o juiz compõe, para o caso concreto, uma norma que vem complementar o sistema objetivo do Direito. (REALE, 2001, p. 159)

Isto posto, infere-se que, havendo omissão legislativa sobre determinado tema, cabe ao magistrado, utilizando-se da analogia, dos costumes e dos princípios gerais do direito, julgar o caso. Outrossim, ainda é possível constatar que a jurisprudência, entendida como “uma série de julgados que guardam, entre si, uma linha essencial de continuidade e coerência” (REALE, 2001, p. 158), consubstancia-se como uma das fontes através das quais emana o direito. Complementa ainda Reale que “o juiz constitui norma para o caso concreto toda vez que houver lacuna na lei, assim como nos casos em que lhe couber julgar por equidade” (2001, p. 159).

Quanto ao papel da doutrina, o autor esclarece que esta:

[...] banha as matrizes do Direito, indagando do papel histórico e da função atual de cada uma delas, das relações de dependência existentes entre as diversas fontes do direito em cada País e em cada ciclo histórico, e, indo além esclarece-nos sobre o significado das normas ou modelos que das fontes derivam. [...]

A doutrina, por conseguinte, não é fonte do Direito, mas nem por isso deixa de ser uma das molas propulsoras e a mais racional das forças diretoras, do ordenamento jurídico. (REALE, 2001 p. 168)

Desta feita, pretensamente esclarecidos os papéis da analogia, dos costumes e dos princípios gerais do direito, bem como da jurisprudência e da doutrina, como fonte do direito e como força diretora do ordenamento jurídico, respectivamente, apresentar-se-á, em sequência, argumentos capazes de fundamentar a viabilidade jurídica da ação de restabelecimento do vínculo familiar.

Através de raciocínio analógico é possível constatar que, pautando-se em interpretação sistemática das disposições contidas no Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), evidencia-se que a única medida “irreversível”, por ser expressamente irrevogável, é a adoção, conforme apresenta o art. 39, § 1º, do ECA (BRASIL, 1990). Diante do silêncio da lei acerca do restabelecimento da autoridade parental, também se poderia inferir, *a contrario sensu*, pela possibilidade de reversão da medida de destituição do poder familiar³. No mesmo sentido, Vieira Júnior e Melotto (2011, p. 35) explicitam que o ECA em nenhum de seus dispositivos qualifica a medida de destituição do poder familiar como definitiva, sendo a irrevogabilidade inerente apenas à adoção.

Cumprido esclarecer que mesmo a definitividade da adoção já foi flexibilizada em recente precedente do Superior Tribunal de Justiça (STJ), estabelecendo-se que o princípio

³ Precedente: TJ-RS – AC: 70058335076 RS, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Data de Julgamento: 22/05/2014, Oitava Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 27/05/2014.

do interesse superior tem a possibilidade de retirar a peremptoriedade de qualquer texto legal atinente aos interesses de crianças ou adolescentes, submetendo-o a um crivo objetivo de apreciação judicial⁴.

Destarte, se o único instituto caracterizado pelo ECA como irreversível pode ser moldado por força do princípio geral do melhor interesse, parece coerente afirmar que a destituição da autoridade parental, que não é definida como imutável em nenhum de seus dispositivos, pode ser revogada, desde que esta medida seja compatível com a base principiológica inerente aos direitos da criança e do adolescente.

No que se refere aos princípios gerais que permeiam esta seara do direito, deve-se enfatizar os da proteção integral e prioritária, do interesse superior e da prevalência da família. Com efeito, em que pese estes postulados, em sua gênese, regerem apenas a aplicação das medidas de proteção, evidencia-se que todas as disposições contidas no ECA devem ser interpretadas tendo-os como base. Nesse diapasão, verificando-se que o retorno do infante ao seio de sua família natural (princípio da preservação da família), é medida que mais bem atende aos seus interesses (princípio do interesse superior) e se mostra eficaz a atender suas necessidades (princípio da proteção integral e prioritária), seria incoerente a sua vedação.

Nessa direção se encontram alguns precedentes dentro do ordenamento pátrio. Em decisão paradigmática, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJ-RS) entendeu pela possibilidade da restituição do poder familiar, estabelecendo que, à luz da doutrina da proteção integral e prioritária, caso o retorno dos menores do convívio materno se mostre a medida que mais bem atenda aos seus interesses, não há razão para sua obstrução. Tratando-se de relação jurídica de trato continuado e, portanto, sujeita à ação do tempo sobre seus integrantes, modificadas as condições objetivas, outra poderá ser a decisão sobre a autoridade parental anteriormente extinta, sem que haja ofensa à coisa julgada.

APELAÇÃO CÍVEL. ECA. AÇÃO DE RESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR. POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. PROTEÇÃO INTEGRAL E PRIORITÁRIA DOS DIREITOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. DESCONSTITUIÇÃO DA SENTENÇA EXTINTIVA.

1. A atenta e sistemática leitura dos artigos do Estatuto da Criança e do Adolescente permite concluir que apenas a adoção tem caráter irrevogável, porque expressamente consignado no § 1º do art. 39. Diante do silêncio da lei acerca do restabelecimento do poder familiar, também se pode concluir, a contrário senso,

⁴ Precedente: STJ - REsp 1.545.959-SC, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, Rel. para acórdão Min. Nancy Andrighi, por maioria, julgado em 06/06/2017, DJe 01/08/2017.

pela possibilidade da reversão da destituição do poder familiar, desde que seja proposta ação própria para tanto, devendo restar comprovada a modificação da situação fática que ensejou o decreto de perda do poder familiar. Desse modo, impõe-se a desconstituição da sentença que extinguiu o processo por impossibilidade jurídica do pedido.

2. À luz da doutrina da proteção integral e prioritária dos direitos da criança e do adolescente preconizada pelo ECA, a intervenção do Estado deve atender prioritariamente aos superiores interesses dos menores, nos termos do art. 100, inc. II e IV, do ECA, de modo que, caso o retorno dos menores ao convívio materno se mostre a medida que melhor atenda aos seus interesses, não há motivos para que se obste tal retorno, com a restituição do poder familiar pela genitora, mormente porque os menores não foram encaminhados à adoção.

3. Trata-se, no caso, de uma relação jurídica continuativa, sujeita, portanto, à ação do tempo sobre seus integrantes (tal qual ocorre com as relações jurídicas que envolvem o direito a alimentos). Logo, a coisa julgada, formal e material, que antes se tenha produzido, fica preservada desde que as condições objetivas permaneçam as mesmas (cláusula rebus sic stantibus). No entanto, modificadas estas, outra poderá ser a decisão, sem que haja ofensa à coisa julgada. DERAM PROVIMENTO. UNÂNIME.

(TJ-RS – AC: 70058335076 RS, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos Data de Julgamento: 22/05/2014, Oitava Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 27/05/2014).

Assim sendo, compulsando o precedente ora colacionado, constata-se que o Egrégio Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul concluiu naqueles autos pela viabilidade da restituição do poder familiar, consignando que esta discussão deve ser feita, quando cabível, através de ação autônoma. Não há que se falar, desse modo, em impossibilidade jurídica do pedido e a conseqüente extinção do processo sem resolução de mérito, mesmo porque, conforme já mencionado, o novo Código de Processo Civil retirou este instituto do rol de condições da ação.

Ainda, o eminente relator destacou na referida decisão que o debate judicial acerca do restabelecimento do vínculo da autoridade parental não implica ofensa à coisa julgada, formal ou material, uma vez que, tratando-se de relação jurídica de trato continuado, na hipótese de alteração do cenário fático, outro poderá ser o pronunciamento judicial, tal qual ocorre nas relações jurídicas que envolvam direito a alimentos.

Neste aspecto, o novel Código de Processo Civil estabeleceu, em seu artigo 505, que, em respeito ao instituto da coisa julgada, nenhum juiz decidirá novamente questões já decididas relativas à mesma lide, salvo se, em se tratando de relação jurídica de trato continuado, sobrevier modificação no estado de fato ou de direito, caso em que as partes podem pedir a revisão do que foi estabelecido na sentença (BRASIL, 2015). Assim sendo, entendendo como de trato continuado as relações jurídicas inerentes à privação e ao

consequente restabelecimento do exercício da autoridade parental, não há que se falar em ofensa à coisa julgada, em virtude da alteração superveniente do cenário fático.

Da mesma maneira, em decisão do Tribunal de Justiça de Santa Catarina (TJ-SC), decidiu-se que, havendo alteração da situação de fato que ensejou a destituição, há possibilidade do restabelecimento da autoridade parental. No caso concreto, demonstrou-se que a genitora era etilista e que seu constante estado de embriaguez fazia com que ela não dispensasse aos filhos os cuidados necessários relativos à saúde, higiene e alimentação. Contudo, constatou-se que, depois de determinada a perda do poder familiar, ela aderiu voluntariamente ao tratamento contra a dependência alcoólica e demonstrou-se apta a exercer os cuidados de seus filhos. Ademais, as próprias crianças manifestaram o desejo de retornar ao convívio materno e, nesse viés, justificou-se a retomada dos vínculos familiares. O referido julgado foi assim ementado:

DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA. PRESTAÇÃO JURISDICIONAL FUNDADA EM ACERVO PROBATÓRIO SEGURO QUANTO ÀS SITUAÇÕES DE RISCO A QUE OS MENORES ERAM EXPOSTOS EM VIRTUDE DO ALCOOLISMO DA GENITORA. MODIFICAÇÃO, TODAVIA, DO CENÁRIO FÁTICO APÓS PROLATADO O *DECISUM*. GENITORA QUE INICIOU, DE FORMA ESPONTÂNEA, TRATAMENTO CONTRA A DEPENDÊNCIA ALCOÓLICA, ALÉM DE CONSTITUIR UNIÃO ESTÁVEL COM PESSOA IDÔNEA E APTA A AUXILIÁ-LA NO ATENDIMENTO DOS INTERESSES DOS FILHOS. POR OUTRO LADO, INVIÁVEL A INSERÇÃO DOS MENORES EM FAMÍLIAS SUBSTITUTAS, OS QUAIS, POR SUA VEZ, MANIFESTAM A VONTADE DE RETORNAR AO CONVÍVIO MATERNO E RESTABELECEM OS LAÇOS AFETIVOS. RESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR. MEDIDA QUE MELHOR ATENDE AOS INTERESSES DAS CRIANÇAS. DECISÃO REFORMADA. RECURSO PROVIDO.

(TJ-SC - AC: 354351 SC 2010.035435-1, Relator: Maria do Rocio Luz Santa Ritta, Data de Julgamento: 19/05/2011, Terceira Câmara de Direito Civil, Data de Publicação: Apelação Cível n. 2010.035435-1, de Caçador)

No supracitado caso, a sentença que determinou a destituição do poder familiar, de fato, estava solidamente alicerçada no conjunto probatório, consubstanciado em produção de prova testemunhal, estudos sociais e relatórios elaborados pelo Conselho Tutelar, pelo Serviço Social Forense e pela ACEIAS (Associação Caçadoreense de Educação Infantil e Assistência Social), todos uníssomos ao apontarem a situação de abandono e negligência da genitora em relação aos seus filhos.

Todavia, ante as frustradas tentativas de reinserção das crianças em famílias adotivas, a manifesta vontade delas em retornarem aos cuidados da mãe e da irmã mais velha e, principalmente, em razão da adesão voluntária da genitora em programa de tratamento para

alcoolismo, autorizou-se a reinserção dos filhos ao convívio materno. Desde então, a família passou a ser acompanhada por profissionais da psicologia e da assistência social e, depois de alguns meses da retomada dos vínculos, o Serviço Social Forense emitiu parecer atestado que:

Hoje inexistem situações de agressão da genitora aos filhos, nem mesmo abandono ou exposições dos rebentos em situações de risco, como acontecia anteriormente, e qualquer adversidade que possa ainda ocorrer em relação ao alcoolismo, D. e B. não estão desamparadas, porque contam com o apoio e proteção do padrasto e da irmã S⁵.

Nestes termos, tendo em vista a comprovação da reestruturação do núcleo familiar e a evidente alteração do cenário fático que motivou a extinção do vínculo materno-filial, determinou-se a restituição do poder familiar da genitora em relação aos seus dois filhos. Destaca-se, no caso concreto, o imprescindível trabalho realizado pela rede de proteção, que forneceu todas as condições para que a mãe pudesse reconstruir sua família e exercer novamente seu papel, livre da dependência etílica e disposta a superar os obstáculos socioemocionais que a impediam de proceder adequadamente em relação aos cuidados de seus filhos.

Prosseguindo na argumentação, constata-se que a possibilidade do restabelecimento do poder familiar é, inclusive, uma das teses jurídicas institucionais da Defensoria Pública do Estado de São Paulo, aprovada no IV Encontro Estadual de Defensores Públicos de São Paulo, ocorrido em 04 de dezembro de 2010, com o seguinte teor:

TESE 01/10. Diante do princípio da primazia da família natural, é possível a reconstituição do poder familiar, por meio de ação própria, desde que os pais passem a viabilizar melhores condições aos filhos, mesmo após o trânsito em julgado ou após o prazo para ação rescisória da decisão que os destituíram do poder familiar, salvo se já consolidado o regular processo de adoção a terceiros. (DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO, 2010)

Verifica-se, nesse sentido, que a possibilidade do restabelecimento do vínculo familiar é uma das prerrogativas da Defensoria Pública paulista. Destaca-se na tese aprovada que nem mesmo o trânsito em julgado ou o fato de já se ter transcorrido o prazo para ajuizamento da ação rescisória obstam essa discussão jurídica, por meio de ação própria. Pondera-se, no

⁵ Precedente: Tribunal de Justiça de Santa Catarina (Terceira Câmara de Direito Civil). AC: 354351 SC 2010.035435-1, Relator: Maria do Rocio Luz Santa Ritta. Caçador, 3 de maio de 2011. Data de Publicação: Diário de Justiça do dia 19/05/2011.

entanto, que não há esta possibilidade no caso de já estar consolidado o processo regular de adoção.

Na doutrina, existem diversos autores que defendem a revogabilidade da destituição do poder familiar e a conseqüente viabilidade de seu restabelecimento jurídico. Nesse sentido, Pasini e Trentin (2015, p. 67) entendem que, nos casos em que os pais conseguirem efetivamente superar os motivos ensejadores da destituição de seu vínculo familiar, seria juridicamente aceitável a restituição da autoridade parental.

Caio Mário da Silva Pereira (2018, p. 433) também advoga pelo caráter revogável da destituição do poder familiar, ao argumento de que a ideia predominante em matéria de assistência, proteção, salvaguarda e defesa de crianças e adolescentes é o melhor interesse dos mesmos.

Na mesma linha de raciocínio, Santos Neto (1994, p. 192) sustenta que a maior parte das leis estrangeiras admite a recuperação do poder familiar, pressuposta tal conveniência em caso de regeneração dos inibidos ou de desaparecimento das causas que determinaram a sanção. O autor (1994, p. 192) pontua que, sabendo-se que os motivos que ensejam medida tão drástica são sempre graves, o restabelecimento do vínculo parental só se justifica quando o interesse da criança ou do adolescente manifestamente o reclamar, em caráter excepcional. Nesse sentido, deve o Juízo se certificar da existência das condições propícias para tal, ofertando ao Ministério Público oportunidade de manifestação.

Da mesma maneira, Orlando Gomes (2000, p. 399) defende que o “pátrio poder perdido pode ser restabelecido, provada a regeneração do pai ou desaparecida a causa que determinou. A reintegração no exercício do múnus, de que o pai foi privado, deve ser pleiteada judicialmente pelo interessado”.

Por sua vez, Costa (2012, p. 4) entende que, constatada a impossibilidade do encaminhamento da criança ou do adolescente a lar substituto após sentença de destituição do poder familiar, ainda que transitada em julgado, bem como verificado que a família biológica, com o passar do tempo, restabeleceu a condição de receber os filhos, sobretudo afetivamente, deve-se promover a reintegração de maneira imediata. O autor (2012, p. 5), entretanto, faz a ressalva de que esta medida deve estar em consonância com os pareceres de avaliações psicológicas do caso concreto.

Ao seu turno, Vieira Júnior e Melotto (2011, p. 33) argumentam que, tendo em vista que a sentença que determina a perda do poder familiar é meramente averbada à margem do

registro de nascimento da criança, não há que se falar em seu respectivo cancelamento e, conseqüentemente, do rompimento dos vínculos de parentesco e das obrigações ou deveres decorrentes. Nesta linha de raciocínio, só haveria o cancelamento do registro original com a confecção de outro, estabelecendo assim novos vínculos de parentesco, como no caso de adoção de criança. Dessa forma, patente a possibilidade de reversão da destituição do poder familiar, na medida em que sequer há o cancelamento do registro de nascimento.

Costa (2012, p. 4) acrescenta que, cuidando-se a destituição do poder familiar simples anotação (averbação) ao registro do nascimento, esta pode ser cancelada posteriormente, desde que devidamente cumpridas as formalidades legais exigidas, do mesmo modo que ocorre, *mutatis mutandis*, com as anotações no registro imobiliário, passíveis expressamente de cancelamento.

Igualmente, Akel (2008, p. 54) pontua que:

A nosso entender, *data vênia*, a questão resta pacífica à luz dos preceitos constitucionais vigentes no país, norteadores de todos os ramos do direito, que, expressamente, no art. 5º, XLVII, *b*, estabelece “não haverá penas de caráter perpétuo”. Assim, defendemos que, comprovada a regeneração de qualquer um dos genitores que deu causa à aplicação da sanção ou desaparecida a causa que determinou a perda do poder familiar, poderá o interessado requerer, perante o juízo competente, sua reintegração no exercício do *munus*.

Prosseguindo na argumentação, Akel (2008, p. 54) apresenta que, ainda que se entenda que o Código Civil estabelece a irrevogabilidade da pena, diante do art. 1.635, inciso V, que dispõe que a decisão judicial, na forma do art. 1.638, é causa extintiva do poder familiar, evidencia-se que tal dispositivo se encontra eivado de inconstitucionalidade, uma vez que, além de estabelecer punição de caráter perpétuo, agride o princípio da proteção integral dos interesses da criança e do adolescente, também constitucionalmente garantido.

Fonseca (2000, p. 266) aduz que existem divergências entre os autores no que se refere à definitividade da extinção do poder familiar por meio da destituição e que, apesar de não ser este o seu posicionamento, reconhece que a maior parte da doutrina entende que, cessada a causa motivadora da destituição, a autoridade parental perdida poderá ser recuperada.

Apresentados variados argumentos jurídicos presentes dentro do ordenamento brasileiro capazes de fundamentar a viabilidade de restituição do poder familiar, torna-se relevante trazer à baila posicionamentos adotados por legislações estrangeiras.

Miguel Reale (2001, p. 289) argumentava que, quando o ordenamento jurídico pátrio apresenta lacunas, deve o intérprete apoiar-se em soluções dadas por outras legislações. Dessa forma, o estudo do Direito Estrangeiro constitui uma das mais altas manifestações da cultura universal, sendo possível verificar similaridades entre sistemas normativos de diferentes nações, ainda que separados por fortes divergências ideológicas. O Direito Estrangeiro é, portanto, um dos campos de pesquisa de maior importância na ciência jurídica de nossos dias.

Neste aspecto, verifica-se que, nas legislações estrangeiras pesquisadas, a tendência tem sido admitir a recondução dos genitores afastados de suas funções, desde que cessadas as causas que motivaram o afastamento, colocando sempre o interesse da criança em primeiro lugar.

Quanto aos ordenamentos alienígenas, Akel (2008, p. 54) discorre que:

No mesmo sentido é o direito comparado que, majoritariamente, admite a recondução do pai afastado às suas funções, desde que cessadas as causas que lhe deram motivo, prevalecendo, assim, o interesse do menor.

O posicionamento é observado no art. 170-1 do Código Civil espanhol, no art. 1.916 da legislação civil de Portugal, no ordenamento jurídico peruano, bem como no direito civil argentino, conforme o art. 308, demonstrando o compromisso manifesto com o bem-estar e pleno desenvolvimento do menor que, frise-se, necessita do exercício do poder familiar.

Nessa senda, o Código Civil argentino, em seu artigo 308, apresenta que “a privação da autoridade dos pais pode ser tornada ineficaz pelo juiz, se estes demonstrarem que, devido a novas circunstâncias, a restituição se justifica em benefício ou interesse dos filhos” (ARGENTINA, 1869)⁶.

No direito português, há norma determinando que seja revogada a inibição do poder paternal decretada judicialmente quando cessarem as causas que lhe deram origem, o que pode ser feito a qualquer tempo, desde que passado um ano da sentença de inibição (destituição) ou da que houver desatendido pedido anterior de revogação (PORTUGAL, 1967)⁷.

⁶ Tradução deste autor. Texto original: “Art. 308. – *Lá privación de la autoridad de los padres podrá ser dejada sin efecto por el juez si los padres demostraran que, por circunstancias nuevas, la restitucion se justifica em beneficio o interés de los hijos*”.

⁷ Código Civil português, art. 1916º “1. A inibição do exercício das responsabilidades parentais decretadas pelo tribunal será levantada quando cessem as causas que lhe deram origem. 2. O levantamento pode ser pedido pelo Ministério Público, a todo o tempo, ou por qualquer dos pais, passado um ano sobre o trânsito em julgado da sentença de inibição ou da que houver desatendido outro pedido de levantamento”.

Da mesma forma, o Código Civil espanhol, em seu artigo 170, apresenta que os tribunais poderão, em benefício e interesse do filho, conceder a recuperação do poder familiar aos genitores, quando houver cessado a causa que motivou a privação, nos seguintes termos:

Artigo 170. O pai ou a mãe podem ser privados total ou parcialmente do seu poder familiar por uma sentença fundamentada na violação dos deveres inerentes a ele ou proferida em causa criminal ou matrimonial.

Os Tribunais podem, em benefício da criança, acordar com a recuperação da autoridade parental quando houver cessado a causa que motivou a privação (ESPANHA, 1889)⁸.

O cabimento da ação de restabelecimento do poder familiar também é previsto no Código Civil do Uruguai, estabelecendo-se que “os pais que perderam a autoridade parental ou que estiverem limitados ou suspensos em seu exercício, podem solicitar ao juiz a sua restituição” (URUGUAI, 1868)⁹.

O ordenamento jurídico venezuelano igualmente permite que os genitores privados do poder familiar sejam reabilitados, nos seguintes termos: “o pai ou a mãe privados da autoridade parental poderão ser reabilitados posteriormente, quando sua correção ou regeneração resultem de fatos plenamente comprovados e notórios” (VENEZUELA, 1982)¹⁰.

De acordo com o Código Civil chileno, “[...] o juiz, no interesse da criança, poderá ordenar que o pai ou a mãe recuperem a autoridade parental quando houver cessado a causa que motivou a suspensão” (CHILE, 1855)¹¹.

Como se vê, no direito estrangeiro pesquisado há compromisso manifesto e claro com os princípios da proteção integral e da preservação da família. Via de regra, a privação da autoridade parental pode ser superada, desde que cessados os motivos que a ensejaram, havendo interesse do filho que assim recomende. Comel (2003) conclui:

[...] mesmo se reconhecendo o caráter de definitividade da perda do poder familiar, não há que se tê-lo de modo absoluto, admitindo-se a recondução do pai faltoso ao encargo se o interesse e bem-estar do filho reclamarem, o que, de resto, implicará,

⁸ Tradução deste autor. Texto original: “*Artículo 170. El padre o la madre podrán ser privados total o parcialmente de su potestad por sentencia fundada en el incumplimiento de los deberes inherentes a la misma o dictada en causa criminal o matrimonial. Los Tribunais podrán, en beneficio del hijo, acordar a la recuperación de la patria potestad cuando hubiere cesado la causa que motivo la privación*”.

⁹ Tradução deste autor. Texto original: “*296. Los padres que hubiesen perdido la patria potestad o a los cuales se les hubiese limitado o suspendido su ejercicio, podrán pedir al Juez su restitución*”.

¹⁰ Tradução deste autor. Texto original: “*Artículo 280.- El padre o la madre privados de la patria potestad podrán ser rehabilitados posteriormente cuando su corrección o regeneración resulten de hechos plenamente comprobados y además notorios*”.

¹¹ Tradução deste autor. Texto original: “*Art. 268. [...] El juez, em interés del hijo, podrá decretar que el padre o madre recupere la patria potestad cuando hubiere cesado la causa que motivó la suspensión*”.

dentre outros, prova bastante de que restou superada a situação que ensejou a medida. (COMEL, 2003, p. 298)

Estabelecendo-se a possibilidade jurídica da reconstituição do poder familiar, far-se-á, na sequência, uma breve análise quanto ao procedimento da referida ação e seus desdobramentos processuais.

2. 2 DO DIREITO PROCESSUAL – UMA ANÁLISE PROCEDIMENTAL

Conforme apresentado anteriormente, em decisão paradigmática do Egrégio Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, estabeleceu-se que a discussão judicial acerca da viabilidade da reconstituição do poder familiar deve ser feita, quando cabível, através de ação autônoma¹².

No mesmo sentido, na tese que norteia a atuação da Defensoria Pública do Estado de São Paulo sobre o tema, determina-se que tal debate judicial seja feito por meio de ação própria (DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO, 2010). Assim sendo, deve-se evitar a análise da possibilidade do restabelecimento da autoridade parental nos mesmos autos em que foi determinada a destituição.

Tal conclusão decorre, nos termos do parecer do Procurador de Justiça Ricardo Vaz Seelig nos autos da Apelação Cível nº 70058335076/RS, do fato de que, em que pese exista ação de destituição do poder familiar procedente, com trânsito em julgado, as causas de pedir das demandas são distintas, o contexto fático é outro e a situação das crianças e dos genitores é completamente diversa (SEELIG, 2014).

Há que se destacar, no entanto, que nada obsta que os elementos probatórios produzidos naquele processo sejam utilizados na ação de restituição como prova emprestada, nos termos do artigo 372 do Código de Processo Civil (CPC), que define que “o juiz poderá admitir a utilização de prova produzida em outro processo, atribuindo-lhe o valor que considerar adequado, observado o contraditório (BRASIL, 2015).

Nesse sentido, definindo-se que a restituição do poder familiar deve ser abordada em ação autônoma e tendo-se em vista que ela busca questionar, em regra, uma sentença de

¹² Precedente: TJ-RS – AC: 70058335076 RS, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Data de Julgamento: 22/05/2014, Oitava Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 27/05/2014.

mérito já transitada em julgado, em uma primeira e superficial análise, poder-se-ia dizer que o instrumento viável para referida discussão jurídica seria uma ação rescisória.

Entretanto, cumpre esclarecer que o cabimento desta ação judicial limita-se ao rol taxativo apresentado pelo art. 966, do CPC, *in verbis*:

Art. 966. A decisão de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando:
I – se verificar que foi proferida por força de prevaricação, concussão ou corrupção do juiz;
II – for proferida por juiz impedido ou por juízo absolutamente incompetente;
III – resultar de dolo ou coação da parte vencedora em detrimento da parte vencida ou, ainda, de simulação ou colusão entre as partes, a fim de fraudar a lei;
IV – ofender a coisa julgada;
V – violar manifestamente norma jurídica;
VI – for fundada em prova cuja falsidade tenha sido apurada em processo criminal ou venha a ser demonstrada na própria ação rescisória;
VII – obtiver o autor, posteriormente ao trânsito em julgado, prova nova cuja existência ignorava ou de que não pôde fazer uso, capaz, por si só, de lhe assegurar pronunciamento favorável;
VIII – for fundada em erro de fato verificável do exame dos autos. (BRASIL, 2015)

Compulsando as hipóteses taxativas colacionadas, conclui-se que, na análise da adequação do restabelecimento da autoridade parental, não há que se falar em prova falsa, prova nova ou mesmo que a sentença extintiva do poder familiar se fundou em erro de fato. A discussão judicial da reconstituição deste vínculo se fundamenta na inexistência dos motivos que ensejaram a sua destituição, isto é, na alteração superveniente do cenário fático que passou a tornar possível a restituição do vínculo familiar perdido.

Dessa forma, nos termos do que foi tratado em tópico anterior, evidencia-se que, em se tratando de relação jurídica de trato continuado e, portanto, sujeita à ação do tempo sobre seus integrantes, modificadas as condições objetivas, outra poderá ser a decisão sobre a autoridade parental anteriormente extinta, sem que haja ofensa à coisa julgada¹³. Assim sendo, entendendo como de trato continuado as relações jurídicas inerentes à privação e ao consequente restabelecimento do exercício da autoridade parental, não há que se falar em ofensa à coisa julgada, em virtude da alteração posterior do cenário fático.

Ainda, conforme a redação do artigo 975 do Código de Processo Civil, extingue-se o direito à rescisão em 2 (dois) anos, contados do trânsito em julgado da última decisão proferida no processo (BRASIL, 2015). Nesse sentido, o STJ inclusive sumulou o

¹³ Precedente: TJ-RS – AC: 70058335076 RS, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Data de Julgamento: 22/05/2014, Oitava Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 27/05/2014.

entendimento de que o prazo decadencial da ação rescisória só se inicia quando não for cabível qualquer recurso do último pronunciamento judicial¹⁴.

Por sua vez, entende-se que a ação de restituição do poder familiar não deve conter prazo decadencial como requisito de tempestividade para seu ajuizamento. Com efeito, aos legitimados para a propositura da referida ação, isto é, os pais destituídos de sua autoridade parental, cumpre apenas comprovar que não mais persistem os motivos pelos quais foi determinada judicialmente a extinção do poder familiar, independentemente de já se ter transcorrido lapso temporal superior a 2 (dois) anos da última decisão do processo.

Noutro giro, isto não significa que esta ação judicial poderá ser proposta a qualquer tempo. Evidencia-se que só há interesse processual quando a criança ou o adolescente alvo desta medida jurídica for menor de 18 (dezoito) anos, sob pena de indeferimento da exordial. Por certo, o poder familiar se extingue de qualquer modo em razão da maioridade, não havendo que se falar em restituição da autoridade parental nestes casos (cf. art. 1.635, inciso III, do Código Civil) (BRASIL, 2002).

Nesse sentido, em breve síntese, pode-se dizer que a ação de restabelecimento do poder familiar não possui prazo decadencial, todavia, só há que se falar na possibilidade de seu ajuizamento quando a criança ou o adolescente alvo desta ação autônoma ainda não tiver completado 18 (dezoito) anos de idade, sob pena de indeferimento da petição inicial por ausência de interesse processual, nos termos do artigo 330, inciso III, do CPC (BRASIL, 2015).

Ainda, vale dizer que são legitimados para a propositura desta ação judicial apenas os genitores que tiveram seu poder familiar extinto por meio de decisão judicial. Não há, contudo, litisconsórcio necessário ativo. Nesse sentido, tem-se a lição de Fredie Didier Jr:

O fundamento dessa conclusão é apenas um: o direito fundamental de acesso à justiça (inciso XXXV do art. 5º da CF/88). O direito de ir a juízo não pode depender da vontade de outrem; se houvesse litisconsórcio necessário ativo, seria possível imaginar a situação de um dos possíveis litisconsortes negar-se a demandar, impedindo o exercício do direito de ação do outro. (DIDER JR, 2012, p. 1)

Evidencia-se, desse modo, que não há necessidade de que ambos os genitores ajuízem a ação de restabelecimento do poder familiar conjuntamente. Além disso, nada impede que estes proponham ações autônomas, em momentos distintos, mesmo porque a análise acerca

¹⁴ Súmula 401, STJ. “O prazo decadencial da ação rescisória só se inicia quando não for cabível qualquer recurso do último pronunciamento judicial”.

da alteração do cenário fático deve ser feita de forma individualizada, isto é, ambos os genitores devem comprovar que superaram as condições que os fizeram perder sua autoridade parental. Se apenas um deles provar sua reestruturação socioemocional, apenas a este deverá ser restabelecido o vínculo familiar.

Cumprido esclarecer que a criança ou o adolescente que teve os seus genitores destituídos da autoridade parental não tem legitimidade, ainda que representado por curador especial, para propor a ação de restituição do poder familiar em nome destes e nem o Ministério Público é parte legítima para figurar no polo passivo da demanda¹⁵.

A intervenção do Ministério Público no processo é imprescindível, porém como *custos legis*, em defesa dos direitos e interesses das crianças e adolescentes envolvidos, podendo pedir vista dos autos depois das partes, juntar documentos e requerer diligências, utilizando-se dos recursos cabíveis, com fundamento no art. 202 do ECA (BRASIL, 1990). Nesse sentido, verifica-se ainda que a ausência de atuação do *Parquet* acarretará inevitavelmente a nulidade do feito, que será declarada de ofício pelo juiz ou a requerimento de qualquer interessado (art. 204, do ECA) (BRASIL, 1990).

Em relação à legitimidade passiva, verifica-se que, em se tratando de procedimento de jurisdição voluntária, não há lide e, conseqüentemente, não há polo passivo. Nesse sentido, Tesheiner argumenta que:

[...] ainda que possa existir, em concreto, conflito de interesses, do ponto de vista legal, ou seja, em abstrato, não há lide, mas apenas controvérsia sobre o melhor modo de tutelar-se o interesse único a considerar, que é o do incapaz. Não se trata, em absoluto, de definir direito subjetivo sobre o incapaz, por qualquer dos interessados. Crianças, adolescentes, e os incapazes de um modo geral, não são coisas, que possam ser tratados como objetos de direitos. Trata-se, nesses casos, de encontrar a solução mais conveniente para o incapaz, e não de definir “direitos” do pai ou da mãe. Essa a razão pela qual nos encontramos, nesses casos, ante hipóteses de jurisdição voluntária. (TESHEINER, 2003, p. 26)

Daniel Amorim Assumpção Neves, retomando ensinamentos de Carnelutti, apresenta que a lide:

É o conflito de interesses qualificado por uma pretensão resistida. A ideia, portanto, é de um sujeito que pretende obter um bem da vida, no que é impedido por outro, que lhe cria uma resistência a tal pretensão, surgindo desse choque de interesses (obter o bem da vida e impedir a sua obtenção) o conflito de interesses entre as partes. (NEVES, 2016, p. 117)

¹⁵ Precedente: Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (TJ-RJ) (Décima Sétima Câmara Cível). Apelação Cível nº 0025391-74.2013.8.19.0202. Relator: Edson Vasconcelos. Rio de Janeiro, 03 de outubro de 2014. Data de Publicação: Diário de Justiça do dia 08/10/2014.

Dessa forma, na jurisdição voluntária, não há lide, na medida em que não há conflito de interesses entre as partes. Na hipótese da ação de restituição do poder familiar, não existe sujeito no processo que ofereça resistência para que os genitores consigam, de fato, reaver a autoridade parental perdida. Há mera atuação do *Parquet* como fiscal da lei para garantir a efetivação do superior interesse da criança e do adolescente.

Nesse diapasão, Fonseca (2000) sustenta que:

Na ação de destituição do 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. (FONSECA, 2000, p. 265)

Utilizando-se da argumentação de Fonseca (2000, p. 65) para esclarecer a razão das ações referentes à destituição do poder familiar serem de jurisdição voluntária, a *contrario sensu*, pode-se concluir que, de mesmo modo, as ações que tratam do restabelecimento dos vínculos parentais também devem se utilizar do mesmo procedimento não-contencioso.

Infere-se, nestes termos, que, em se tratando de procedimento de jurisdição voluntária, não há parte que integre o polo passivo. Contudo, ao Ministério Público, atuando como fiscal da lei, incumbe a defesa dos interesses da criança ou do adolescente, podendo, se entender que tal atuação contribuirá para a efetivação de seus direitos, contrapor-se à pretensão dos genitores, ofertando pareceres contrários e até mesmo recorrendo da decisão que determinar o restabelecimento do poder familiar. Isso não significa, no entanto, que o *Parquet* e os genitores estarão em lados opostos na demanda.

Cristalina também a aplicabilidade do disposto no art. 161, § 3º, do ECA, que determina a obrigatoriedade, desde que seja possível e razoável, da oitiva da criança ou do adolescente em procedimentos desta natureza, respeitado seu estágio de desenvolvimento e grau de compreensão sobre as implicações da medida (BRASIL, 1990).

A garantia de oitiva obrigatória e participação é inclusive um dos princípios que regem a aplicação das medidas protetivas de crianças e adolescentes, nos seguintes termos:

Art. 100, XII – oitiva obrigatória e participação: a criança e o adolescente, em separado ou na companhia dos pais, de responsável ou de pessoa por si indicada,

bem como os seus pais ou responsável, têm direito a ser ouvidos e a participar nos atos e na definição da medida de promoção dos direitos e de proteção, sendo sua opinião devidamente considerada pela autoridade judiciária competente, observado o disposto nos §§ 1º e 2º, do art. 28 desta Lei. (BRASIL, 1990)

Ademais, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) decidiu em recente precedente pela grande relevância e imprescindibilidade de perícia psicossocial nos casos de perda do poder familiar. Destarte, pautando-se na argumentação apresentada pelo Egrégio Tribunal, notabiliza-se que, nas ações de restituição da autoridade parental, também é indispensável a realização de pareceres psicológicos – e médicos, quando necessários – que atestem a aptidão dos genitores em reaverem o vínculo familiar perdido¹⁶.

Nesse sentido, ainda que a restituição do poder familiar não se trate, evidentemente, de uma das espécies de colocação em família substituta (guarda, tutela e adoção), configuram-se como aplicáveis supletivamente algumas das disposições previstas na Seção IV do Capítulo III, do ECA. Assim, nos termos do art. 167, do ECA, impõe-se à autoridade judiciária, de ofício ou a requerimento das partes, que determine a realização de estudo social ou, se possível, perícia por equipe interprofissional, decidindo sobre a concessão de guarda provisória ou de estágio de convivência (BRASIL, 1990).

Depois de apresentado o relatório social ou o laudo pericial, e ouvida, sempre que possível a criança ou o adolescente, dar-se-á vista dos autos ao Ministério Público, conforme determinação do art. 168, do mesmo diploma normativo (BRASIL, 1990).

Neste ponto, importante trazer o esclarecimento de Costa (2012, p. 4) que, entendendo pela possibilidade da restituição do poder familiar, afasta a viabilidade da retomada dos vínculos por meio do instituto da adoção, o qual exclusivamente se destina a estabelecer relação de parentesco entre pessoas desvinculadas biologicamente.

Vale dizer também que nada impede que a restituição do poder familiar surja como uma das próprias medidas protetivas à criança ou ao adolescente, porquanto o rol previsto no art. 101, do ECA, não é taxativo, mas meramente exemplificativo. Esta conclusão decorre de seu próprio *caput*, que apresenta que “verificada qualquer das hipóteses previstas no art. 98, a autoridade competente poderá determinar, dentre outras, as seguintes medidas [...]” (BRASIL, 1990).

¹⁶ Precedente: Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.674.207-PR, Rel. Min. Moura Ribeiro, por unanimidade, julgado em 17/04/2018, DJe 24/04/2018.

Assim sendo, o artigo 98 do ECA admite o cabimento das medidas de proteção nas seguintes hipóteses:

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

I – por ação, omissão da sociedade ou do Estado;

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

III – em razão de sua conduta. (BRASIL, 1990)

Poder-se-ia dizer, nestes termos, que sendo violado o direito à convivência familiar e comunitária por ação do Estado, na medida em que este determinou o afastamento da criança ou do adolescente de seu núcleo familiar, seria cabível a utilização da restituição do poder familiar como uma medida protetiva.

Cumprido mencionar que, quando a destituição do poder familiar for motivada por condenação criminal de um dos genitores, nos termos do art. 23, § 2º, do ECA (BRASIL, 1990), em caso de revisão criminal que absolva o acusado, conforme a redação do artigo 627 do Código de Processo Penal (CPP), a absolvição implicará o restabelecimento de todos os direitos perdidos em virtude da condenação (BRASIL, 1941), inclusive a autoridade parental, sendo esta a causa de pedir da ação de restituição do poder familiar.

Por fim, evidencia-se que a competência para o processamento e julgamento de ação de restabelecimento da autoridade parental é do Juízo da Infância e da Juventude, respeitadas as regras estabelecidas nos artigos 146 e seguintes do ECA (BRASIL, 1990). Nos termos do artigo 148, parágrafo único, alínea “b”, do ECA, estabelecendo-se a Justiça da Infância e Juventude como competente para conhecer de ações de destituição do poder familiar, perda ou modificação da tutela ou guarda (BRASIL, 1990), a *contrario sensu*, também se poderia inferir ser este o Juízo competente para a apreciação de seu restabelecimento.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ante todas as considerações apresentadas, defende-se a possibilidade jurídica da ação de restituição do poder familiar, na hipótese em que os genitores o haviam perdido por decisão judicial, ainda que transitada em julgado. Para tal, por tratar-se de relação jurídica de trato continuado, e, portanto, sujeita à ação do tempo sobre seus integrantes, modificadas as condições objetivas, outra poderá ser a decisão sobre a autoridade parental anteriormente extinta, sem que haja ofensa à coisa julgada. Faz-se necessário, assim, que os pais faltosos

comprovem, por intermédio de uma ação autônoma, que de fato superaram as condições que os fizeram perder o poder familiar.

Vale dizer ainda que, conforme previsão expressa do ECA, o único instituto definido como “irreversível” é a adoção. Nesse sentido, conforme apresentado ao longo deste estudo, cumpre esclarecer que mesmo a definitividade da adoção já foi flexibilizada em recente precedente do Superior Tribunal de Justiça, estabelecendo-se que o princípio do interesse superior tem a possibilidade de retirar a peremptoriedade de qualquer texto legal atinente aos interesses de crianças ou adolescentes, submetendo-o a um crivo objetivo de apreciação judicial.

Assim sendo, na hipótese de o restabelecimento da autoridade parental se mostrar a solução que mais bem atenda à base principiológica do estatuto protetivo de crianças e adolescentes, seria incoerente, com base na doutrina da proteção integral, a sua vedação.

Destarte, evidencia-se que temática tão complexa e delicada demanda escorregada dilação probatória, bem como acompanhamento psicossocial dos genitores e do infante durante o curso do processo, para que os pareceres sobre as condições sociais, psicológicas e médicas comprovem a inexistência e a superação das causas que ensejaram a destituição.

Ad argumentandum tantum, verifica-se que, à luz do direito estrangeiro, a recondução dos pais faltosos ao seu múnus é prevista e autorizada em uma série de diplomas normativos alienígenas, estabelecendo-se como requisito padrão a comprovação da regeneração dos genitores.

Dentro do ordenamento jurídico pátrio, existem precedentes jurisprudenciais e estudos de doutrinadores que sustentam a viabilidade jurídica do restabelecimento dos vínculos familiares, refutando a definitividade absoluta da destituição do poder familiar.

REFERÊNCIAS

AKEL, Ana Carolina Silveira. *Guarda compartilhada: um avanço para a família*. 1 ed. São Paulo: Atlas, 2008.

ALVES, Gabriella Pellegrina. AZEVEDO, Júlio Carmago. Condições da ação e o novo Código de Processo Civil: avanços e retrocessos. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*. v. XIV, p. 164-194, 2014.

ARGENTINA. *Código Civil de la República Argentina*. Buenos Aires, 1869. Disponível em: https://www.oas.org/dil/esp/Codigo_Civil_de_la_Republica_Argentina.pdf. Acesso em: 10 fev. 2017.

BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. Institui o Código de Processo Penal. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 13 de out. de 1941, Seção 1, p. 19699.

_____. Decreto-Lei nº 4.657, de 04 de setembro de 1942. Dispõe sobre a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 09 de set. 1942. Seção 1, p. 13635.

_____. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 17 de jan. 1973, Seção 1, p. 1.

_____. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 16 de jul. 1990. Seção 1, p. 13563.

_____. Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. *Diário Oficial da União*. Brasília, DF, 11 de jan. 2002, Seção 1, p.1.

_____. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Institui o Código de Processo Civil. *Diário Oficial da União*. Brasília, DF, 17 de mar. 2015, Seção 1, p. 1. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm. Acesso em: 23 fev. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 1.545.959-SC*, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, Rel. para acórdão Min. Nancy Andrighi, por maioria, julgado em 06/06/2017, DJe 01/08/2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Súmula 401*. “O prazo decadencial da ação rescisória só se inicia quando não for cabível qualquer recurso do último pronunciamento judicial”. Disponível em: http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Jurisprud%C3%Aancia/S%C3%BAmulas. Acesso em: 22 mai. 2018.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (TJ-RJ) (Décima Sétima Câmara Cível). *Apelação Cível nº 0025391-74.2013.8.19.0202*. Relator: Edson Vasconcelos. Rio de Janeiro, 03 de outubro de 2014. Data de Publicação: Diário de Justiça do dia 08/10/2014.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJ-RS) (Oitava Câmara Cível). *Apelação Cível nº 70058335076*. Relator: Luiz Felipe Brasil Santos. Porto Alegre, 22 de maio de 2014, Data de Publicação: Diário de Justiça do dia 27/05/2014.

_____. Tribunal de Justiça de Santa Catarina (TJ-SC) (Terceira Câmara de Direito Civil). *Apelação Cível nº 354351 SC 2010.035435-1*, Relatora: Maria do Rocio Luz Santa Ritta. Caçador, 03 de maio de 2011. Data de Publicação: Diário de Justiça do dia 19/05/2011.

CHILE. *Código Civil de la República de Chile*, 1855. Disponível em: <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=172986&idParte=8717776>. Acesso em: 01 set. 2017.

COMEL, Denise Damo. *Do poder familiar*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

COSTA, Epaminondas da. Destituição do poder familiar frustrada: restabelecimento do vínculo deontico da filiação biológica. In: *XXIV Congresso da Associação Brasileira de Magistrados, Promotores de Justiça e Defensores da Infância e Juventude*. Natal, 2012.

DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO. *Tese 01/10*. IV Encontro Estadual de Defensores Públicos de São Paulo. 04 de dez. 2010. Disponível em: <https://www.defensoria.sp.def.br/dpesp/Default.aspx?idPagina=5194>. Acesso em: 10 fev. 2017.

DIDIER JR, Fredie. *Litisconsórcio necessário ativo*. Disponível em: <http://www.frediedidier.com.br/wp-content/uploads/2012/02/litisconsorcio-necessario-ativo.pdf>. Acesso em: 22 mai. 2018.

ESPANHA. *Código civil español*, 1889. Disponível em: <http://civil.udg.es/normacivil/estatal/CC/1T7.htm>. Acesso em: 01 set. 2017.

FONSECA, Antônio Cezar Lima da. A ação de destituição do pátrio poder. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, v. 37, n. 146, p. 261-279, abr. 2000.

GALIO, Morgana Henicka. Condições da ação, direitos fundamentais e o CPC projetado. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*. v. XIV, p. 450-467, 2014.

GOMES, Orlando. *Direito de família*. 12 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

MORAES, Maria Celina Bodin de. A constitucionalização do direito civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil. *Direito, Estado e Sociedade*. Rio de Janeiro, v. 9, n. 29, p. 233-258, jul./dez. 2006.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil*. 8 ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

PASINI, Vivian Carla Lamberti. TRENTIN, Fernanda. Restabelecimento do poder familiar: reintegração à família natural. *Interfaces Científicas*, Aracajú, v.1, n.1, p. 64-74, out.2015.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: direito de família*. 26 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

PORTUGAL. *Código Civil Português*. Lisboa, 1967. Disponível em: http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?artigo_id=775A1916&nid=775&tabela=leis&pagina=1&ficha=1&so_miolo=&nversao=#artigo. Acesso em: 10 fev. 2017.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de Direito*. 25 ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

SANTOS NETO, José Antônio de Paula. *Do pátrio poder*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

SEELIG, Ricardo Vaz. In: TJ-RS – AC: 70058335076 RS, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Data de Julgamento: 22/05/2014, Oitava Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 27/05/2014.

SCHREIBER, Anderson. KONDER, Carlos Nelson. Uma agenda para o direito civil-constitucional. *Revista Brasileira de Direito Civil*. v. 10, out./dez. 2016.

TEPEDINO, Gustavo. Os Sete Pecados Capitais da Teoria da Interpretação. *Revista da EMERJ*. Rio de Janeiro, v. 20, n. 3, p. 319-343, set./dez 2018.

TESHEINER, José Maria Rosa. Procedimentos de jurisdição voluntária segundo o novo Código Civil. *Revista Nacional de Direito e Jurisprudência*. Ribeirão Preto (41): 12-35, mai. 2003.

URUGUAI. *Código Civil de Uruguay*, 1868. Disponível em: <https://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/es/uy/uy029es.pdf>. Acesso em: 01 set. 2017.

VENEZUELA. *Código Civil de Venezuela*, 1982. Disponível em: http://www.oas.org/dil/esp/codigo_civil_Venezuela.pdf. Acesso em: 01 set. 2017.

VIEIRA JÚNIOR, Enio Gentil. MELOTTO, Amanda Oliari. Os pais destituídos do poder familiar e a obrigação de prestar alimentos. *Revista da Esmesc*. Florianópolis, v. 18, n. 24, 2011.