

**CENTRO UNIVERSITÁRIO ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO DE
PRESIDENTE PRUDENTE**

CURSO DE DIREITO

**A (IN)VIABILIDADE DA DESFILIAÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO: ANÁLISE DA
MEDIDA COM BASE NO CASO MATSUNAGA**

Stephanie Caroline Têndolo

Presidente Prudente/SP

2022

**CENTRO UNIVERSITÁRIO ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO DE
PRESIDENTE PRUDENTE**

CURSO DE DIREITO

**A (IN)VIABILIDADE DA DESFILIAÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO: ANÁLISE DA
MEDIDA COM BASE NO CASO MATSUNAGA.**

Stephanie Caroline Têndolo

Monografia apresentada como requisito parcial de Conclusão de Curso para obtenção do grau de Bacharel em Direito, sob a orientação da professora Ms. Carla Roberta Ferreira Destro.

Presidente Prudente/SP

2022

**A (IN)VIABILIDADE DA DESFILIAÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO: ANÁLISE DA
MEDIDA COM BASE NO CASO MATSUNAGA**

Monografia aprovada como requisito
parcial para obtenção do Grau de
Bacharel em Direito

Carla Roberta Ferreira Destro
Orientadora

Natacha Ferreira Nagao Pires
Examinadora

Wilton Boigues Corbalan Tebar
Examinador

Presidente Prudente, 22 de novembro de 2022.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a todos que de alguma forma me inspiraram a tornar minhas atenções ao Direito de Família. Agradeço o suporte daqueles que eu acolho e entendo como família, dentre os quais agradeço especialmente a meu irmão mais novo, Pedro, por ter me apresentado pela primeira vez ao germe de amor que habita, creio eu, todos igualmente – e por todas as consequências dessa ideia –.

RESUMO

Este trabalho objetiva desenvolver um panorama atual da desfiliação no Direito nacional, especificamente se utilizando da observação das batalhas judiciais em que figura Elize Matsunaga, a filha e os seus avós paternos. Para tanto se emprega pesquisa bibliográfica, sobretudo do direito brasileiro, esclarecendo-se as nuances da família, do parentesco e as relações de filiação que se desenvolvem, notadamente após a recepção inarredável da multiparentalidade no Brasil, tudo sob a égide da Constituição e de seus princípios (tanto os genéricos, quanto os singulares do Direito de Família). Aborda-se, ademais, as incumbências naturais e jurídicas de um pai e de uma mãe assim reconhecidos pelo Direito, incluindo o exercício do poder familiar (e seu mau desempenho, que pode ser causa de sua suspensão ou perda). Aprofunda-se nesse ponto para diferenciar as duas providências judiciais e levantar algumas questões sobre as hipóteses de perda do poder familiar oriundas da Lei 13.715/2018. Examinou-se o cenário de Elize, que tem buscado, em oposição aos avós paternos de sua filha, estabelecer vínculos com a menina. Além disso, estudou-se a possibilidade de eventual adoção avoenga desta por aqueles e suas consequências jurídicas. Em derradeiro, alumiou-se a possibilidade de enveredar por opções com menor carga de definitividade, com enfoque na doutrina da primazia do melhor interesse da criança e do adolescente, plasmado na Constituição vigente.

Palavras-chave: Poder familiar. Suspensão do poder familiar. Destituição do poder familiar. Lei 13.715/2018. Desfiliação. Multiparentalidade.

ABSTRACT

This work aims to set a contemporary horizon about desfiliation in Brazil (as a consequence capable of undoing the legal status of filiation) establishing as a parameter the legal conflicts involving Elize Matsunaga, her daughter as a minor, and the daughter's paternal grandparents. For such purpose, the nuances of Family, kinship, and, more specifically, filiation (after the nationwide reception of multiparentality) are ventilated and examined under the constitutional principles through bibliographical research. To further dwell on the filiation topic, the institute of parental authority and its limitations are addressed in order to introduce a possibility of suspension or definitive deprivation (including those causes brought by Lei 13.715/2018). Then, there is an analysis of Elize's judicial conflicts in an attempt to reclaim her complete exercise of parental authority against her parents-in-law intentions, that have been seeking definitive termination of Elize's authority as a mother. Furthermore, the possibility of grandparental adoption, which is against Brazilian law, is also examined before the relatively recent reception of this modality of adoption in a Supremo Tribunal de Justiça Brasileiro case. In conclusion, moderate alternatives, essentially less permanent than adoption, are measured and proposed so that the chances of jeopardizing the child's best interests (constitutionally protected) are diminished.

Palavras-chave: Parental authority. Suspension of parental authority. Deprivation of parental authority. Lei 13.715/2018. Disestablishing filiation. Multiparentality.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	1
2	DAS RELAÇÕES DE PARENTESCO E DA FILIAÇÃO	3
2.1.	A Família e o Parentesco.....	3
2.2.	Conceito de Família e Princípios Regentes	5
2.3.	O Parentesco	11
2.4.	A Filiação	14
3	O PODER FAMILIAR	27
3.1.	Conceito e Características Gerais.....	27
3.2.	Guarda, Tutela e Poder Familiar	30
3.3.	O Exercício do Poder Familiar	31
3.4.	A Extinção do Poder Familiar.....	35
3.5.	A Suspensão do Poder Familiar	37
3.6.	A Perda (Destituição) do Poder Familiar.....	41
4	O CASO DE ELIZE MATSUNAGA	51
4.1.	Considerações Gerais Sobre a Lei 13.715/2018	52
4.2.	A Lei 13.715/2018: Aspectos Penais (Artigo 92, II, CP).....	54
4.3.	A Lei 13.715/2018: Aspectos Processuais (Civis) E Civis.....	58
4.4.	A Não Aplicação da Lei 13.715/2018 no Caso de Elize.....	67
4.5.	A Desfiliação no Caso de Elize: Comentários Introdutórios Sobre a Adoção Avoenga	71
4.6.	A (Im)Possibilidade da Adoção Avoenga no Caso de Elize	74
4.7.	A (Im)Possibilidade da Multiparentalidade no Caso de Elize	79
4.8.	Possíveis Consequências da Desfiliação no Caso de Elize.....	81
5	CONCLUSÃO	85
	REFERÊNCIAS	90

1 INTRODUÇÃO

A Constituição da República de 1988 engendrou uma mudança axiológica em sede de Direito de Família, imprimindo à família novos valores, guiados, sobretudo, pelo princípio-mor da dignidade da pessoa humana. Nas últimas décadas a filiação fora repaginada e o filho passou a ser observado por novas lentes: a medida que a dignidade se inseria como potestade no ordenamento jurídico, a margem para tudo aquilo que conflita ou restringe esse valor fundamental era diminuída, assim, a hipervalorização da família apenas como instrumento, altamente patrimonializado, acessível a núcleos assentados no matrimônio e marcados pela consanguinidade nas relações de filiação, cedeu lugar a uma concepção de família plural, independentemente de matrimônio ou compartilhamento de laços genéticos, distinta pelo caráter funcional.

Essa virada naturalmente teve amplíssimo impacto sobre o conceito de pai e de mãe, os quais não necessariamente conservarão vínculos genéticos com o(a) filho(a). A filiação é instituto complexo que não se radica simplesmente em alelos, mas tem fundamento na *realidade das coisas*, nas *verdades* que se desenvolvem sem interferência prévia do direito ou da genética: as verdades socioafetivas são postas em nível equânime ao da verdade biológica (as verdades não são incompatíveis e podem coexistir).

É nesse terreno que se assenta a filiação socioafetiva e a multiparentalidade, bem como a adoção avoenga, recentemente abordada em julgado do Superior Tribunal de Justiça.

Logicamente, a extensão dessas mudanças atingiu as prerrogativas e deveres naturais dos pais, reconhecidos pelo direito, reunidos no chamado poder familiar (ou autoridade parental), pois a criança (num sentido amplo, incluindo o adolescente) enquanto sujeito de direito demanda uma nova interpretação do poder familiar, o qual não há de servir a submeter ao jugo dos pais o interesse de seus filhos, mas, idealmente, há de desenvolver-se no interesse primordial das crianças, amparando-as e instruindo-as.

Nesse contexto, este trabalho buscou no direito brasileiro referências na doutrina, nos dispositivos legais e na jurisprudência para a finalidade de analisar as questões de filiação acerca do caso de Elize Matsunaga, que busca reaver suas

prerrogativas enquanto genitora sobre a sua filha em contraposição aos interesses dos avós paternos desta, que se opõem ao estabelecimento do vínculo materno-filial, remetendo o imbróglio ao judiciário. Para tanto, o trabalho se debruçou sobre os conceitos contemporâneos de família e principalmente sobre o panorama nacional de filiação que recebe, como regra, a multiparentalidade; bem como analisou-se a Lei 13.715 de 2018 que alterou o ordenamento para inserir dentre as possibilidades de perda do poder familiar a condenação por certas espécies de crime doloso mesmo quando não praticados contra a criança (ou adolescente) sujeita àquele.

2 DAS RELAÇÕES DE PARENTESCO E DA FILIAÇÃO

A família é sede das relações de parentesco dentre as quais se incluem as relações de filiação. Essas relações familiares tendem à expansividade, abandonando a obsoleta noção engessada de família centralizada pela união matrimonial. A Constituição Federal de 1988 confirma e integra essa tendência, assentando um arcabouço de princípios gerais (e de direito de família) aliado a uma nova concepção da família.

Por consequência, as relações jurídicas desenvolvidas no seio da família entre os parentes também estão sob a égide desse sistema implantado pela Constituição. Destacam-se nesse contexto as relações de filiação, profundamente modificadas por essa tendência, tanto no direito positivo, quanto na construção doutrinária e jurisprudencial.

2.1 A Família e o Parentesco

O direito de família brasileiro tem passado por profundas mudanças nas últimas décadas, tendo como maior matriz de alterações basilares a Constituição de 1988. A Constituição da República imprimiu à família novos valores, injetados de princípios que não podem ser sotopostos a quaisquer instituições (até mesmo pela instituição da família, de status constitucional).

A Constituição Cidadã se encarregou de alterar o conceito de unidade familiar e as finalidades da família, sublimando a “tutela essencialmente funcionalizada à dignidade de seus membros, em particular no que concerne ao desenvolvimento da personalidade dos filhos” (TEPEDINO e TEIXEIRA, 2022, p. 02).

Hoje, observa-se a família de modo *funcional* em vez de meramente *institucional*¹, o escopo da família contemporânea é a realização existencial de seus

¹ Pereira e Fachin (2022, p. 19) asseveram que: “Com o declínio do patriarcalismo, a família perdeu sua força como instituição e hierarquia rígida, ficou menos patrimonialista, deixou de ser essencialmente um núcleo econômico e de reprodução para ser o espaço do amor e do companheirismo, e um centro formador e de desenvolvimento do sujeito, de sua dignidade, de sua humanidade e humanização”.

membros enquanto pessoas alcançadas pelo sobreprincípio constitucional da dignidade humana. Guilherme Calmon Nogueira da Gama indica alguns fenômenos que serviram de pano de fundo para as profundas transformações no Direito de Família no século XX:

Estatização, ou seja, a crescente ingerência do Estado nas relações familiares; (b) a retração, no sentido da substituição do modelo de família extensa, do tipo patriarcal, pelo modelo de família nuclear, constituída do pai, da mãe e dos filhos menores; (c) a despatrimonialização, a saber, a mudança do caráter das relações patrimoniais da família, determinante da diminuição da importância do seu aspecto financeiro-econômico, dando maior ênfase aos aspectos existenciais; (d) a democratização, ou seja, a tendência em transformar a organização familiar num grupo societário do tipo igualitário, cujo processo acompanha a emancipação dos personagens familiar, como a esposa, a companheira e os filhos menores; (e) a repersonalização e a desencarnação, representando a substituição do elemento carnal (ou biológico) pelo elemento psicológico (ou afetivo) e a conscientização de que, na formação da pessoa humana, deve-se atribuir maior valor à educação, ao afeto, à comunicação próxima do que à hereditariedade; (f) a dessacralização do casamento, no sentido de retirar os privilégios odiosos da instituição matrimonial, aproximando-a da sociedade e do vínculo conjugal, a admissão do companheirismo como realidade jurídico-familiar e a indistinção entre filhos matrimoniais e extramatrimoniais. Tais fenômenos foram perfeitamente apreendidos no texto constitucional de 1988, e se notabilizam por viabilizarem as transformações do Direito de Família, fundamentadas naquilo que a civilização humana tem de melhor: as esferas afetiva, espiritual, existencial e psicológica de todos os familiares.
(GAMA, 2008, p. 24/25)

A família deixa de ser apenas reconhecida como aquela reunião oriunda do matrimônio, do vínculo conjugal (numa visão singular de família²) para admitir a pluralidades das famílias, entalhando-se no artigo 226 da Constituição da República uma definição exemplificativa³ de família, porquanto as famílias,

² Pereira e Fachin (2022, p. 15) pontuam que: “As Constituições de 1937, 1946, 1967 e 1969 (Emenda 1/1969), seguindo a mesma linha de pensamento, traziam em seu texto o casamento indissolúvel como a única forma de se constituir uma família”.

³ (...) A superação de óbices legais ao pleno desenvolvimento das famílias construídas pelas relações afetivas interpessoais dos próprios indivíduos é corolário do sobreprincípio da dignidade humana. 6. O direito à busca da felicidade, implícito ao art. 1º, III, da Constituição, ao tempo que eleva o indivíduo à centralidade do ordenamento jurídico-político, reconhece as suas capacidades de autodeterminação, autossuficiência e liberdade de escolha dos próprios objetivos, proibindo que o governo se imiscua nos meios eleitos pelos cidadãos para a persecução das vontades particulares. (...) A Constituição de 1988, em caráter meramente exemplificativo, reconhece como legítimos modelos de família independentes do casamento, como a união estável (art. 226, § 3º) e a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, cognominada “família monoparental” (art. 226, § 4º), além de enfatizar que espécies de filiação dissociadas do matrimônio entre os pais merecem equivalente tutela diante da lei, sendo vedada discriminação e, portanto, qualquer tipo de hierarquia entre elas (art. 227, § 6º). 9. As uniões estáveis homoafetivas, consideradas pela jurisprudência desta Corte como entidade familiar, conduziram à imperiosidade da interpretação não-reducionista do conceito de família como instituição que também se forma por vias

considerando a nova acepção da palavra, declararão vossas existências na concretização da vida, erigidas sobre a afetividade e poderão, portanto, ter respaldo constitucional.

Diz-se “poderão” deliberadamente, pois nem todas as organizações familiares em sentido lato serão entendidas e resguardadas com *status* de família. Embora seja pacífico o acolhimento, por exemplo, das uniões homoafetivas, a pluriparentalidade e as famílias monoparentais, as famílias não monogâmicas (poliafetivas e simultâneas) ainda sofrem com a resistência em ter seus direitos reconhecidos.

2.2 Conceito de Família e Princípios Regentes

A família contemporânea não se resume a um conceito único e estanque, mas consoante Gagliano e Pamplona Filho (2021, p. 17), pode-se traçar em linhas gerais um indicativo do que é entendido como família: “família é o núcleo existencial integrado por pessoas unidas por vínculo socioafetivo, teleologicamente vocacionada a permitir a realização plena dos seus integrantes”.

Este conceito sorve do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, valorizando o potencial teleológico da família enquanto instrumento de realização existencial dos integrantes do núcleo familiar (cujos vínculos se solidificam a partir da afetividade), observados e atendidos enquanto *indivíduos*, não mera massa amorfíca aglutinada tão-somente pelos laços consanguíneos.

Tepedino e Teixeira (2022, p. 10) resumem a mudança paradigmática ora exposta ressaltando que:

[...] a conquista representada pela prevalência no direito da realidade fática da família como comunidade de pessoas “de carne e osso” sobre a família no modelo formal e institucional de reprodução sexual e acumulação

distintas do casamento civil (ADI nº. 4277, Relator(a): Min. Ayres Britto, Tribunal Pleno, julgado em 05/05/2011). (...) Os arranjos familiares alheios à regulação estatal, por omissão, não podem restar ao desabrigo da proteção a situações de pluriparentalidade, por isso que merecem tutela jurídica concomitante, para todos os fins de direito, os vínculos parentais de origem afetiva e biológica, a fim de prover a mais completa e adequada tutela aos sujeitos envolvidos, ante os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III) e da paternidade responsável (art. 226, § 7º). 16. Recurso Extraordinário a que se nega provimento, fixando-se a seguinte tese jurídica para aplicação a casos semelhantes: “A paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro público, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante baseado na origem biológica, com os efeitos jurídicos próprios” (STF, RE nº 898060-SC, Rel. Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, j. 21/09/2016).

econômica em torno da autoridade patriarcal. O afeto e sua projeção social torna-se, nessa medida, elemento definidor de situações jurídicas, ampliando-se a relação de filiação pela posse de estado de filho e flexibilizando-se, com benfazeja elasticidade, os requisitos para a constituição da família.

A família hodierna sob a luz da Constituição se ordena seguindo os princípios da dignidade da pessoa humana; da autonomia privada; da solidariedade familiar; da convivência familiar; do melhor interesse dos menores; da pluralidade das entidades familiares; da igualdade e da afetividade.

Os princípios são *normas* que ideiam a realização de uma idealização numa definição amplíssima (dentro das possibilidades de fato e de direito), instilados de espírito finalístico e consubstanciam-se em *mandamentos de otimização*⁴.

Ao abordar a atual tessitura principiológica aplicável ao direito de família, impera elucidar a magnanimidade do sobreprincípio da dignidade da pessoa humana⁵, que instila idealização em todo o ordenamento e “traduz um valor fundamental de respeito à existência humana, segundo as suas possibilidades e expectativas, patrimoniais e afetivas, indispensáveis à sua realização pessoal e à busca da felicidade” (GAGLIANO e PAMPLONA FILHO, 2021, p. 29).

Diante de sua hercúlea extensão⁶, o princípio em voga pode ser deturpado ou usurpado de seu valor intrínseco se mal-empregado. Por isto, na aplicação dos princípios, o intérprete tem de fundamentar a incidência do preceito, fundamentação qual deve ser construída racionalmente.

Na verdade, não há consenso sobre o que é dignidade da pessoa humana, mas teorias erigidas sobre diferentes noções no decorrer da história, dentre elas destaca-se o pensamento de Kant, à qual se afeiçoam os doutrinadores jurídicos nacionais e internacionais⁷.

⁴ Termo empregado por Robert Alexy: “Princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes” (2008, p. 90).

⁵ Artigo 1, inciso III da CF.

⁶ E do fato de que não comporta definição estanque e unívoca, mas se trata de um conceito, na verdade, inatingível porque está em processo permanente de desenvolvimento (ANTUNES ROCHA, 2001, p. 50).

⁷ Observa Ingo Wolfgang Sarlet que: “É justamente no pensamento de Kant que a doutrina jurídica mais expressiva – nacional e alienígena – ainda hoje parece estar identificando as bases de uma fundamentação e, de certa forma, de uma conceituação de dignidade da pessoa humana” (2006, p. 34); e “Assim, à luz do que dispõe a Declaração Universal da ONU, bem como considerando os entendimentos colacionados em caráter exemplificativo, verifica-se que o elemento nuclear da noção de dignidade da pessoa humana parece continuar sendo reconduzido – e a doutrina majoritária

Immanuel Kant não foi pioneiro na tentativa de entender e teorizar a dignidade humana, mas concebeu um ideário de dignidade laicizado em contraposição às suas concepções cristãs e estoicas, instilando a autonomia da vontade do Homem em seu conceito de dignidade. Kant postulou a ideia do homem como um fim em si mesmo, “não simplesmente como meio para o uso arbitrário desta ou daquela vontade”, incondizente com o tratamento que se dispensa às coisas⁸, e seu pensamento influenciou profundamente as construções jurídicas acerca da dignidade da pessoa humana, repelindo a *coisificação* e a *instrumentalização* do Homem (SARLET, 2006, p. 32/33/36).

As ramificações do princípio da dignidade da pessoa humana têm implicações, por exemplo, no direito ao conhecimento das origens (direito à ascendência genética) (uma espécie de direito da personalidade⁹ que se radica tanto no direito à vida¹⁰, quanto na vontade de saber da própria ancestralidade), pois “se constata ser necessário (...) proteger o homem, não apenas garantindo que ele

conforta esta conclusão – primordialmente à matriz kantiana, centrando-se, portanto, na autonomia e no direito de autodeterminação da pessoa (de cada pessoa)” (2006, p. 45).

⁸ “Os seres cuja existência depende, não em verdade da nossa vontade, mas da natureza, têm contudo, se são seres irracionais, apenas um valor relativo como meios e por isso se chamam *coisas*” (KANT, 2019, p. 73).

⁹ EMENTA RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DIREITO PROCESSUAL CIVIL E CONSTITUCIONAL. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE DECLARADA EXTINTA, COM FUNDAMENTO EM COISA JULGADA, EM RAZÃO DA EXISTÊNCIA DE ANTERIOR DEMANDA EM QUE NÃO FOI POSSÍVEL A REALIZAÇÃO DE EXAME DE DNA, POR SER O AUTOR BENEFICÁRIO DA JUSTIÇA GRATUITA E POR NÃO TER O ESTADO PROVIDENCIADO A SUA REALIZAÇÃO. REPROPOSITURA DA AÇÃO. POSSIBILIDADE, EM RESPEITO À PREVALÊNCIA DO DIREITO FUNDAMENTAL À BUSCA DA IDENTIDADE GENÉTICA DO SER, COMO EMANAÇÃO DE SEU DIREITO DE PERSONALIDADE. 1. É dotada de repercussão geral a matéria atinente à possibilidade da repositura de ação de investigação de paternidade, quando anterior demanda idêntica, entre as mesmas partes, foi julgada improcedente, por falta de provas, em razão da parte interessada não dispor de condições econômicas para realizar o exame de DNA e o Estado não ter custeado a produção dessa prova. 2. Deve ser relativizada a coisa julgada estabelecida em ações de investigação de paternidade em que não foi possível determinar-se a efetiva existência de vínculo genético a unir as partes, em decorrência da não realização do exame de DNA, meio de prova que pode fornecer segurança quase absoluta quanto à existência de tal vínculo. 3. Não devem ser impostos óbices de natureza processual ao exercício do direito fundamental à busca da identidade genética, como natural emanção do direito de personalidade de um ser, de forma a tornar-se igualmente efetivo o direito à igualdade entre os filhos, inclusive de qualificações, bem assim o princípio da paternidade responsável. 4. Hipótese em que não há disputa de paternidade de cunho biológico, em confronto com outra, de cunho afetivo. Busca-se o reconhecimento de paternidade com relação a pessoa identificada. 5. Recursos extraordinários conhecidos e providos.

(RE 363889, Relator(a): DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 02/06/2011, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-238 DIVULG 15-12-2011 PUBLIC 16-12-2011 RTJ VOL-00223-01 PP-00420)

¹⁰ Nas palavras de LÔBO em “Direito ao estado de filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária”: “Toda pessoa tem direito fundamental, na espécie direito da personalidade, de vindicar sua origem biológica para que, identificando seus ascendentes genéticos, possa adotar medidas preventivas para preservação da saúde e, a fortiori, da vida” (2004, p. 2).

permaneça vivo, mas que mantenha respeitado e garantido o ato de viver com dignidade”¹¹.

É que o conhecimento da ascendência genética ultrapassa a filiação (ou a vontade de estabelecê-la), pois além de servir como um norte para prevenir doenças (um cuidado à integridade física, à vida), pode concretizar simples aspiração psicológica (TEPEDINO, BARBOZA e MORAES, 2014, p. 493).

Ainda que o direito à identidade pessoal na sua nuance biológica (de si para si, além do direito à identidade pela qual o indivíduo é reconhecido¹² no convívio comunitário) não esteja expresso no rol de direitos da personalidade do Código Civil Brasileiro, estes, por sua natureza, transcendem a tipificação e são cláusulas abertas, incondicionadas à previsão legal para merecerem tutela¹³.

A identidade, veículo para o autorreconhecimento de si enquanto indivíduo, encontra no sangue uma parcela de sua construção, haja vista que a unicidade do homem compreende tanto elementos ocasionais, quanto a verdade biológica. Isto se dá porque não é possível estremar do humano sua composição genética: “*un hecho que, según el modelo de rasgos determinados y genéticamente heredados del cuerpo humano, se puede desmentir, armar o, por el contrario, ocultar pero que jamás se puede obviar ni “deshacer” de forma realista*”¹⁴ (BAUMAN, 2005, p. 58), pois o sangue não é, hoje, especialmente uma demonstração de pertencimento a um grupo, mas integra a constituição do indivíduo, traduzindo-se em *marca de singularidade* (OLIVEIRA, 2001, p. 71).

O adotado, portanto, tem no conhecimento da ascendência genética, (uma possível vertente do direito à identidade que, por sua vez, se relaciona com a

¹¹ Carmen Lúcia Antunes Rocha em *O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e a Exclusão Social*, n. 2, p. 49-67, dez. 2001. ISSN 1677-1419. Disponível em: <https://revista.ibdh.org.br/index.php/ibdh/article/view/29>.

¹² O direito à identidade também pode se referir àquela identidade formada pelos signos de associação à pessoa, como o nome, o apelido, a imagem etc., os quais “facilitam a localização, desde logo, da pessoa, em si, ou na família, possibilitando a percepção de seu estado, ou de sua condição, tanto pessoal quanto patrimonial” (BITTAR, 2015, p. 195). O sentido ora abordado mais se afeiçoa a uma identidade interna, autocentrada, a qual não necessariamente será um elemento de identificação entre os pares.

¹³ Sobre esse caráter dos direitos da personalidade, Carlos Alberto Bittar explica que são “os direitos que transcendem, pois, o ordenamento jurídico positivo, porque ínsitos à própria natureza do homem, como ente dotado de personalidade. Intimamente ligados à condição humana, para sua proteção jurídica, independentes de relação imediata com o mundo exterior ou outra pessoa, são intangíveis, de *lege lata*, pelo Estado ou pelos particulares” (2015, p. 44).

¹⁴ Um fato que, segundo o modelo de traços determinados e geneticamente herdados do corpo humano, se pode desmentir, montar ou, ao contrário, ocultar mas que jamais se pode ignorar nem “desfazer” de forma realista (tradução da autora).

dignidade humana) um direito da personalidade, cuja pulsão se resume no anseio de firmar a própria identidade pessoal (sem implicações de ordem parental).

Em última observação, o princípio da dignidade da pessoa humana se imiscui nas relações de família, cuja natureza é de Direito Privado, havendo, portanto, eficácia horizontal da norma. Assim, os ideais de dignidade plausíveis têm de ser aplicados tanto na família, todo, quanto no que diz respeito aos membros enquanto *indivíduos*:

[...] o princípio da dignidade humana significa para o Direito de Família a consideração e o respeito à autonomia dos sujeitos e à sua liberdade. Significa, em primeira e última análise, uma igual dignidade para todas as entidades familiares. Neste sentido, podemos dizer que é indigno dar tratamento diferenciado às várias formas de filiação ou aos vários tipos de constituição de família. A ordem imperativa deste comando constitucional é despir-se de preconceitos, de modo a se evitar tratar de forma indigna toda e qualquer pessoa humana, principalmente no âmbito do Direito das Famílias, que tem a intimidade, a afetividade e a felicidade como seus principais valores
(PEREIRA e FACHIN, 2022, p. 86)

A afetividade enquanto princípio, embora careça de expressão legal, é decorrente da dignidade da pessoa humana, tendo seu valor normativo crescentemente¹⁵ reconhecido: é um dos principais pilares¹⁶ das relações familiares, mormente as socioafetivas (relações filiais sem consanguinidade). A vasta aplicabilidade deste princípio torna impraticável esgotar, aqui, as possibilidades previsíveis, mas pode-se afirmar que se estima no manejo do caso concreto os laços de afeto desenvolvidos entre membros de uma relação.

O princípio do melhor interesse dos menores¹⁷ (plena proteção das crianças e dos adolescentes) está insculpido no artigo 227 da CF (mais

¹⁵ Vide STJ, REsp 1.026.981/RJ, 3.^a Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 04.02.2010, DJe 23.02.2010; e o emblemático RE 898.060/SC (Relator(a): LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 21/09/2016, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-187 DIVULG 23-08-2017 PUBLIC 24-08-2017).

¹⁶ Para GAGLIANO e PAMPLONA FILHO “Todo o moderno Direito de Família gira em torno do princípio da afetividade” (2021,p. 33).

¹⁷ Embora a terminologia “menores” possa carregar conotação negativa, será utilizada no decorrer do trabalho, pois ainda não fora extirpada definitivamente do ordenamento ou da práxis. PEREIRA e FACHIN explicam: O Princípio do Melhor Interesse, que encontra sua melhor tradução na Lei nº 8.069/90, mudou a concepção filosófica sobre os menores de idade, inclusive alterando a expressão “menor” para “crianças e adolescentes”, “visita” para “convivência familiar”. Tais mudanças têm a intenção de dar outro significado ao significado desta palavra, extraíndo a ideia de que “menor” tem direitos menores. E assim, tornou-se politicamente incorreto o uso da expressão “direito dos menores” (2022, p. 91).

precisamente, entre os artigos 227 e 229), regulamentado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente. Gama (2008, p. 80) aclara as características gerais do princípio:

O princípio do melhor interesse da criança e do adolescente representa importante mudança de eixo nas relações paterno-materno-filiais, em que o filho deixa de ser considerado objeto para ser alçado a sujeito de direito, ou seja, a pessoa humana merecedora de tutela do ordenamento jurídico, mas com absoluta prioridade comparativamente aos demais integrantes da família de que ele participa.

Este comando fundamental reconhece a criança como *sujeito de direito* (KRELL, 2006, p. 109) e preconiza, na prática, o atendimento integral e prioritário dos interesses desses jovens, num sentido holístico e o mais próximo da plenitude quanto possível. Corroboram com esta afirmação Pereira e Fachin (2022, p. 91), os quais sublinham a importância da análise do caso concreto para revelar o que há de mais benéfico à criança ou ao adolescente na prática:

O que interessa na aplicação deste princípio fundamental é que a criança/adolescente, cujos interesses e direitos devem sobrepor-se aos dos adultos, sejam tratados como sujeito de direitos e titulados de uma identidade própria e também uma identidade social. E, somente no caso concreto, isto é, em cada caso especificamente, pode-se verificar o verdadeiro interesse sair da generalidade e abstração da efetivação ao Princípio do Melhor Interesse.

Este princípio está radicado na Declaração Universal dos Direitos da Criança, a qual foi ratificada pelo Brasil (Decreto 99.710/1990), que anuncia “os melhores interesses da criança” como fator determinante na confecção de leis a ela destinadas.

O princípio da convivência familiar determina como regra a manutenção da convivência entre pais e filhos, mas sem limitar-se às relações parentais, pois a Constituição Federal ampliou a incidência do mandamento para alcançar outros familiares, de sorte que “o afastamento definitivo dos filhos da sua família natural é medida de exceção, apenas recomendável em situações justificadas por interesse superior, a exemplo da adoção, do reconhecimento da paternidade socioafetiva ou da destituição do poder familiar por descumprimento de dever legal” (GAGLIANO e PAMPLONA FILHO, 2021, p. 39).

O direito a convivência está entalhado no art. 227 da Constituição Federal (um direito fundamental das crianças e adolescentes) no artigo 1.589 do Código Civil e nos artigos 16, V, e 19 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Também é abordado pela Lei n. 12.318/2010. É pela convivência familiar “que criança e adolescente desenvolvem recursos internos para a vida em sociedade e podem ter experiências ligadas à convivência intergeracional e, assim, construir e alimentar sua memória histórica familiar” (TEIXEIRA e TEPEDINO, 2022, p. 347).

2.3 O Parentesco

As relações de parentesco e o parentesco em si não são sinônimos de família, embora se entrelacem a todo tempo, haja vista que a família surge de vínculos afetivos entre pessoas num sentido amplo, incluindo as relações hetero e homoafetivas, bem como das filiações de toda a sorte (MADALENO, 2021, p. 556).

Nas lições de Paulo Lôbo (2017, p. 201), parentesco é “a relação jurídica estabelecida pela lei ou por decisão judicial entre uma pessoa e as demais que integram o grupo familiar. A relação de parentesco identifica as pessoas como pertencentes a um grupo social que as enlaça num conjunto de direitos e deveres”.

Para Guilherme Calmon Nogueira da Gama (MADALENO apud CALMON, 2021, p. 563) em sede de Direito de Família:

As relações jurídicas se classificam em: a) relações conjugais – atualmente alcançando também aquelas fundadas no companheirismo; b) as relações de parentesco, entre as quais se destacam aquelas relativas à filiação, mas que, no entanto, não se resumem aos liames entre filhos e pais; c) e as relações de afinidade.

Entre os companheiros (em sentido amplo, incluindo os cônjuges e os conviventes) não se estabelece parentesco, mas liame “meramente conjugal” ou de união estável, sujeito à dissolução pela morte, nulidade, anulação do casamento e pela dissolução da união estável (MADALENO, 2021, p. 557).

Contudo, entre os parentes dos consortes dos companheiros se estabelece o parentesco por afinidade.

Organiza-se o parentesco em linhas e graus: em linha reta estão os ascendentes e os descendentes, enquanto em linha colateral, os parentes por ancestral comum.

Os graus servem a elencar cada unidade de parentesco no desenvolvimento da linha, do mais próximo ao mais distante. Em linha reta, por exemplo, o primeiro grau é reservado ao pai e a mãe, enquanto o segundo aos avós.

Assim em diante. Em linha colateral estão os irmãos, os tios, os sobrinhos e os primos.

No recôndito das relações de parentesco é possível classificar (por origem) para fins didáticos o parentesco consanguíneo (natural), o parentesco por afinidade¹⁸, e o oriundo de adoção ou de *outra origem*¹⁹. É o que observa Carlos Roberto Gonçalves:

Em sentido estrito, a palavra “parentesco” abrange somente o consanguíneo, definido de forma mais correta como a relação que vincula entre si pessoas que descendem umas das outras, ou de um mesmo tronco. Em sentido amplo, no entanto, inclui o parentesco por afinidade e o decorrente da adoção ou de outra origem, como algumas modalidades de técnicas de reprodução medicamente assistida, que, nos países de língua francesa, é chamada de *procréation médicalement assistée*.
(GONÇALVES, 2021, p. 119)

No direito contemporâneo desponta há algum tempo a tendência pela pluralização dos vínculos familiares em sentido amplo, mitigando os seus pilares biológicos e admitindo relevância jurídica a modelos familiares que já existiam, mas por vezes eram negligenciados²⁰ em razão da resistência tradicionalista.

Esta tendência não é inédita, mas se revigora a cada trabalho intelectual, enunciado, posicionamento jurisprudencial etc. Na seção subsequente a esta, destinada à filiação, a proposição acima será retomada.

Uma vez estabelecido o parentesco, a lei conferir-lhe-á uma miríade de efeitos jurídicos, as obrigações e os direitos firmados entre quem é reconhecido como parente, tanto de natureza patrimonial, quanto de natureza pessoal. Leciona Paulo Lôbo:

O grau de parentesco decidirá das responsabilidades cometidas aos parentes, a exemplo do dever de prestar alimentos (art. 1.696 do Código Civil) ou da ordem de sucessão (art. 1.829 do Código Civil). O art. 28 do

¹⁸ Na redação do Código Civil: “Art. 1.595. Cada cônjuge ou companheiro é aliado aos parentes do outro pelo vínculo da afinidade.

§ 1o O parentesco por afinidade limita-se aos ascendentes, aos descendentes e aos irmãos do cônjuge ou companheiro.

§ 2o Na linha reta, a afinidade não se extingue com a dissolução do casamento ou da união estável”.

¹⁹ Conforme o Código Civil: “Art. 1.593. O parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consangüinidade ou outra origem”.

²⁰ Pereira e Fachin (2022, p. 16) pontuam ao comentar as alterações paradigmáticas sofridas pelo conceito de unidade familiar no direito brasileiro que “a lei, ao dizer que a forma de constituir família é o casamento civil e que este é indissolúvel, estava cerceando algo que se lhe contrapunha. Ou seja, se havia necessidade de se impor o casamento civil é porque deveria haver outras formas de constituir família que iriam, ou queriam, surgir a partir do Brasil República”.

ECA estabelece que na apreciação do pedido de colocação do menor em família substituta (guarda, tutela ou adoção), levar-se-á em conta o grau de parentesco e a relação de afinidade ou de afetividade, a fim de evitar ou minorar as consequências decorrentes da medida. (LÔBO, 2017, p. 208)

Carlos Roberto Gonçalves elenca outras consequências jurídicas originadas pela presença do vínculo de parentesco:

(...) a presença de vínculos de parentesco próximo entre as partes e o juiz, ou o serventário de justiça, acarreta a suspeição destes (CPC/2015, art. 144, III e IV), impede a citação nas hipóteses do art. 244, II, ainda da lei processual, e produz outras consequências de ordem processual. Ademais, no âmbito do direito eleitoral, pode provocar a inelegibilidade do candidato, como sucede nos casos do art. 14, § 7º, da Constituição Federal. Por outro lado, no direito penal, a existência de parentesco entre a vítima e o autor do crime pode acarretar agravamento da pena (CP, art. 61, II, e), sua isenção e até mesmo exclusão do Ministério Público para oferecimento da denúncia, como ocorre nos casos dos arts. 181 e 182 do Código Penal. (GONÇALVES, 2021, p. 119).

Num panorama geral, especificamente em sede de Direito de Família, proíbe-se o matrimônio entre os parentes; surge a obrigação alimentar recíproca; se estabelece a relação de poder familiar entre pai e filho menor não emancipado; outorga o direito à tutela ou curatela; bem como o direito de se opor à celebração de casamento.

Há também implicações no direito sucessório dos parentes, entre os quais se estabelecem as classes de herdeiros, limitada em linha colateral ao quarto grau, relevantes ao direito sobre a herança legítima; institui-se o direito de requerer redução das doações inoficiosas, e; a impossibilidade de testemunhar o testamento (MADALENO, 2022, p. 563).

A prestação de alimentos tem sido admitida entre os parentes afins em linha reta, malgrado inexista regra expressa para tal, o que decorreria do princípio da solidariedade nascido do parentesco (LÔBO, 2017, p. 210).

Em comentários sobre as relações de parentesco de filiação especificamente, Paulo Lôbo denunciava a potestade da verdade biológica da época (o artigo remonta a 2004):

(..) a verdade biológica converteu-se na “verdade real” da filiação em decorrência de fatores históricos, religiosos e ideológicos que estiveram no cerne da concepção hegemônica da família patriarcal e matrimonializada e da delimitação estabelecida pelo requisito da legitimidade. Legítimo era o filho biológico, nascido de pais unidos pelo matrimônio; os demais seriam

ilegítimos. Ao longo do século XX, a legislação brasileira, acompanhando uma linha de tendência ocidental, operou a ampliação dos círculos de inclusão dos filhos ilegítimos, com redução de seu intrínseco quantum despótico, comprimindo o discrimine até ao seu desaparecimento, com a Constituição de 1988. Com efeito, se todos os filhos são dotados de iguais direitos e deveres, não mais importando sua origem, perdeu qualquer sentido o conceito de legitimidade nas relações de família, que consistiu no requisito fundamental da maioria dos institutos do direito de família. Por consequência, relativizou-se o papel fundador da origem biológica. (LÔBO, s.n., 2004)

Em suma, o parentesco é uma relação jurídica desenvolvida a partir da afetividade, a qual é reconhecida para os fins de direito, independentemente da classificação (por afinidade, civil ou natural), diferenciando-se da noção de família com a observação simples de que nem todo familiar é parente, como cônjuges e companheiros, que são membros da mesma família, mas não parentes.

2.4 A Filiação

A filiação se insere nas relações de parentesco enquanto vínculo jurídico, em primeiro grau e em linha reta, cujos sujeitos são pai (ou mãe) e filho(a).

Não é imprescindível a verificação de laços sanguíneos para que se constitua a filiação, pois pode decorrer da adoção e da filiação socioafetiva, amplamente aceita pela doutrina e pela jurisprudência (MADALENO, 2021, p. 557).

Aos filhos, independentemente da origem da filiação, impera absoluta igualdade (parágrafo 6º, do artigo 227 da CF²¹), pois tornou-se inaceitável a distinção entre os filhos pela extinta classificação entre filhos legítimos e ilegítimos.

Nada obstante, há diferentes maneiras de identificar ou reconhecer a essa relação jurídica a depender dos elementos fáticos e de direito que a compõem:

Malgrado a inexistência, por vedação expressa da lei, de diversidade de direitos, qualificações discriminatórias e efeitos diferenciados pela origem da filiação, estabelece ela, para os filhos que procedem de justas núpcias, uma presunção de paternidade e a forma de sua impugnação; para os havidos fora do casamento, critérios para o reconhecimento, judicial ou voluntário; e, para os adotados, requisitos para a sua efetivação. (GONÇALVES, 2021, p. 125)

²¹ O artigo 1596 do Código Civil vigente reverbera o princípio da igualdade entre os filhos: “Os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação”.

São três parâmetros de reconhecimento da relação parental: o da verdade legal, da verdade biológica e o da verdade socioafetiva.

O genitor legal é sinônimo de genitor registrário, portanto, aquele que consta no registro de nascimento. O genitor biológico é o natural, quem fornece material genético para o filho. E o genitor socioafetivo é quem detém a posse do estado de filho, conservando com este relação de afeto prontamente identificável como relação parental (havendo *tractatio*, *nomeatio* e *fama*) (TARTUCE, 2022, p. 461/460).

Aos filhos concebidos na constância do matrimônio incide a presunção relativa de paternidade (*pater is est quem justae nuptiae demonstrant*), descrita no artigo 1567 do CC.

Os filhos não matrimoniais, que não podem se valer da presunção relativa de paternidade, podem ser reconhecidos voluntariamente²² ou não. Havendo dúvida ou litígio, os interessados no reconhecimento do vínculo de filiação poderão lançar mão de alguns instrumentos existentes no ordenamento, a depender das peculiaridades do caso.

Da perspectiva do filho enquanto autor (legitimado ativo), pode-se ajuizar a investigação de paternidade ou de maternidade, que se trata de postulação imprescritível (art. 27 do ECA), considerando-se o caráter de direito personalíssimo do estado de filiação. Como decorrência da imprescritibilidade, a discussão pode ser readmitida em juízo a despeito de já haver coisa julgada:

É oportuno recordar que a ação para estabelecimento da correta filiação é imprescritível pelo atual Código. Assim, a qualquer tempo a paternidade pode ser contestada em juízo. Esse fenômeno atrai outro que diz respeito à chamada relativização da coisa julgada nesses casos. A sentença que estabelece uma filiação sempre poderá ser revista em prol da verdade real. Dos exíguos prazos do passado, passou-se ao outro extremo. Mas, em qualquer situação, o magistrado deverá sempre ter em conta a relação afetiva, que poderá suplantar a realidade genética. (VENOSA, 2021, p. 230)

Da perspectiva do genitor, e.g. poderá reconhecer sua paternidade até mesmo extrajudicialmente, a qualquer tempo, em cartório: o Provimento n. 16, editado pela Corregedoria Nacional de Justiça, possibilita o reconhecimento espontâneo de filho a qualquer momento em Oficial de Registro de Pessoas

²² Dos modos previstos no artigo 1609 do Código Civil.

Naturais (artigo 6), dependendo de autorização da mãe se o filho for menor, ou do próprio filho, se este já houver atingido a maioridade (artigo 7).

Até mesmo o reconhecimento da parentalidade socioafetiva é viável extrajudicialmente, regulamentando-se pelo Provimento n. 63, de 14/11/2017, editado pela Corregedoria Nacional de Justiça (com as alterações do Provimento n. 83, de 14/08/2019). O tema da parentalidade socioafetiva em si será retomado na seção debruçada sobre a filiação.

O reconhecimento do vínculo parental estabelece a relação de parentesco entre os sujeitos, que pode ser civil, própria da adoção ou dos vínculos de socioafetividade, e ou biológico, por consanguinidade (TEPEDINO e TEIXEIRA, 2022, p. 223). Fala-se em relação de paternidade ou maternidade, e, naturalmente, em autoridade parental (estudada em seção própria), direitos sucessórios e direitos alimentares.

Hoje, como já pontuado verificam-se os rebentos de entendimentos sedimentados paulatinamente²³ entre os doutrinadores e a jurisprudência brasileira: a pluralização dos vínculos familiares em sentido amplo para concretizar o sobreprincípio da dignidade da pessoa humana, a desbiologização dos vínculos parentais, e a valorização jurídica do afeto tornaram a parentalidade socioafetiva amplamente aceita nos tribunais e, por consectário, também o fizeram com a multiparentalidade.

O professor João Baptista Villela discorria sobre a desbiologização da paternidade, sustentando a importância de o direito tornar as atenções (e dar guarida) à verdade socioafetiva, por vezes mais candente²⁴ e manifesta no mundo fático do que a verdade registral e a biológica. Ou então coexistindo com estas (a denominada multiparentalidade²⁵). Observa que:

²³ Pereira e Fachin, (2022, p. 100) elencam uma série de doutrinadores que contribuíram para fomentar o alvorecer e o firmamento da socioafetividade no direito brasileiro.

²⁴ Flávio Tartuce (2022, p. 536/540) aponta julgados convergentes em vários estados da federação, cujos entendimentos acolhem a força jurídica da afetividade, a parentalidade socioafetiva e a multiparentalidade.

²⁵ Para esclarecer o acolhimento da coexistência de diferentes vínculos parentais, seguem excertos do acórdão do RE 898.060/SC (Min. Rel. Luiz Fux, j. 21.09.2016, publicado no seu Informativo n. 840): “a paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante, baseada na origem biológica, com os efeitos jurídicos próprios”, e “A pluriparentalidade, no Direito Comparado, pode ser exemplificada pelo conceito de ‘dupla paternidade’ (*dual paternity*), construído pela Suprema Corte do Estado da Louisiana, EUA, desde a década de 1980 para atender, ao mesmo tempo, ao melhor interesse da criança e ao direito do genitor à declaração da paternidade. Doutrina. Os arranjos familiares alheios à regulação estatal, por omissão, não podem restar ao desabrigo da proteção a situações de pluriparentalidade, por isso que

As transformações mais recentes por que passou a família, deixando de ser unidade de caráter econômico, social e religioso para se afirmar fundamentalmente como grupo de afetividade e companheirismo, imprimiram considerável reforço ao esvaziamento biológico da paternidade. Tanto mais quanto é certo que esse movimento evolutivo, transportando a família de uma idade institucionalista para uma idade eudemonista, ocorre em período de extraordinária floração da tecnologia biomédica (VILELA, 1979, p. 412)

O STF robusteceu vultuosamente o tema da parentalidade socioafetiva (apontando a repercussão geral) na análise do RE 898.060/SC, cujo Ministro Relator fora Luiz Fux: julgado em 2016, estabeleceu requisitos para o reconhecimento da parentalidade socioafetiva, os quais serão abordados ainda nesta seção.

Harmoniza com a crescente da força da socioafetividade os julgados²⁶ que atestam a prevalência do vínculo socioafetivo sobre a verdade biológica: demandas destinadas a desfazer registros civis apenas porque o pai registrário não é pai biológico são tortuosas, pois impera apurar-se a existência da socioafetividade. Para que não haja prejuízo ao filho, nestes casos o vínculo se mantém inalterado.

merecem tutela jurídica concomitante, para todos os fins de direito, os vínculos parentais de origem afetiva e biológica, a fim de prover a mais completa e adequada tutela aos sujeitos envolvidos, ante os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana (art. 1.º, III) e da paternidade responsável (art. 226, § 7.º)".

²⁶ DIREITO CIVIL. FAMÍLIA. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO NEGATÓRIA DE PATERNIDADE C/C ANULAÇÃO DE REGISTRO DE NASCIMENTO. AUSÊNCIA DE VÍCIO DE CONSENTIMENTO. RELAÇÃO SOCIOAFETIVA. EXISTÊNCIA. JULGAMENTO: CPC/2015.

1. Ação negatória de paternidade cumulada com anulação de registro de nascimento ajuizada em 02/09/2017, da qual foi extraído o presente recurso especial interposto em 01/03/2019 e atribuído ao gabinete em 31/05/2019.

2. O propósito recursal é definir se é possível a declaração de nulidade do registro de nascimento do menor em razão de alegada ocorrência de erro e de ausência de vínculo biológico com o registrado.

3. O art. 1604 do CC/02 dispõe que "ninguém pode vindicar estado contrário ao que resulta do registro de nascimento, salvo provando-se erro ou falsidade do registro". Vale dizer, não é possível negar a paternidade registral, salvo se consistentes as provas do erro ou da falsidade.

4. Esta Corte consolidou orientação no sentido de que para ser possível a anulação do registro de nascimento, é imprescindível a presença de dois requisitos, a saber: (i) prova robusta no sentido de que o pai foi de fato induzido a erro, ou ainda, que tenha sido coagido a tanto e (ii) inexistência de relação socioafetiva entre pai e filho. Assim, a divergência entre a paternidade biológica e a declarada no registro de nascimento não é apta, por si só, para anular o registro. Precedentes.

5. Na hipótese, apesar da inexistência de vínculo biológico entre a criança e o pai registral, o recorrente não se desincumbiu do ônus de comprovar a existência de erro ou de outra espécie de vício de consentimento a justificar a retificação do registro de nascimento do menor. Ademais, o quadro fático-probatório destacado pelo Tribunal local revela a existência de nítida relação socioafetiva entre o recorrente e a criança. Nesse cenário, permitir a desconstituição do reconhecimento de paternidade amparado em relação de afeto teria o condão de extirpar da criança preponderante fator de construção de sua identidade e de definição de sua personalidade.

6. Recurso especial conhecido e desprovido.

(REsp n. 1.814.330/SP, relatora Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 14/9/2021, DJe de 28/9/2021).

No Código Civil o artigo 1.593 alude ao parentesco por adoção e parece, segundo a doutrina e a jurisprudência²⁷, fazê-lo a outras fontes de parentesco (oriundo de vínculos da reprodução artificial²⁸ e das relações socioafetivas). É o que se firmou com o Enunciado n. 103 (I Jornada de Direito Civil, ocorrida entre 11 e 13 de setembro de 2022) e o Enunciado n. 256 (III Jornada de Direito Civil), como assinala Rolf Madaleno (2022, p. 557).

Como fora mencionado, além do parentesco civil e consanguíneo o artigo 1.593 do Código Civil dá azo, ao empregar “de outra origem” referindo-se às relações de parentesco reconhecíveis juridicamente, ao acolhimento das relações socioafetivas, erigidas sobre a afetividade.

Para a doutrina e a jurisprudência o substrato para o reconhecimento da parentalidade socioafetiva se funda em 3 pilares: o *tractatus*, a *fama* ou *reputatio* e o *nomen*.

O acórdão do RE 898.060/SC menciona expressamente os critérios ora utilizados para averiguar a concreta posse de estado de filho que leva ao reconhecimento da socioafetividade:

Recurso Extraordinário. Repercussão Geral reconhecida. Direito Civil e Constitucional. Conflito entre paternidades socioafetiva e biológica. Paradigma do casamento. Superação pela Constituição de 1988. Eixo central do Direito de Família: deslocamento para o plano constitucional. Sobreprincípio da dignidade humana (art. 1º, III, da CRFB). Superação de óbices legais ao pleno desenvolvimento das famílias. Direito à busca da felicidade. Princípio constitucional implícito. Indivíduo como centro do ordenamento jurídico-político. Impossibilidade de redução das realidades familiares a modelos pré-concebidos. Atipicidade constitucional do conceito de entidades familiares. União estável (art. 226, § 3º, CRFB) e família monoparental (art. 226, § 4º, CRFB). Vedação à discriminação e

²⁷ APELAÇÃO CÍVEL - RECONHECIMENTO PATERNIDADE SÓCIOAFETIVA - ART. 1593 DO CC - AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO - DECISÃO MANTIDA. O parentesco não se funda apenas no critério da consanguinidade, tendo-se acolhido a tese da paternidade socioafetiva, fundada na posse de estado do filho, que somente veio a confirmar o já admitido pela doutrina e pela edificação jurisprudencial. A verdade sociológica da filiação se constrói, revelando-se não apenas na descendência, mas no comportamento de quem expende cuidados, carinho no tratamento, quer em público, quer na intimidade do lar, com afeto verdadeiramente paternal, construindo vínculo que extrapola o laço biológico, compondo a base da paternidade. No caso dos autos não houve comprovação da paternidade sócioafetiva do recorrente com o falecido. (TJMG - Apelação Cível 1.0003.09.030758-2/001, Relator(a): Des.(a) Mauro Soares de Freitas, 5ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 04/08/2011, publicação da súmula em 22/08/2011).

²⁸ Esclarecem essa interpretação do artigo 1563 do CC os seguintes excertos do julgado REsp n. 1.608.005/SC, cujo relator fora o Ministro Paulo de Tarso Sanseverino (Terceira Turma, julgado em 14/5/2019, DJe de 21/5/2019.) pelo STJ: ilam do já mencionado julgamento RE 898.060/SC que “A reprodução assistida e a paternidade socioafetiva constituem nova base fática para incidência do preceito “ou outra origem” do art. 1.593 do Código Civil”, pois “Muito embora, o precedente tenha feito expressa referência acerca da paternidade socioafetiva, houve também incursão para as técnicas de reprodução assistida”.

hierarquização entre espécies de filiação (art. 227, § 6º, CRFB). Parentalidade presuntiva, biológica ou afetiva. Necessidade de tutela jurídica ampla. Multiplicidade de vínculos parentais. Reconhecimento concomitante. Possibilidade. Pluriparentalidade. Princípio da paternidade responsável (art. 226, § 7º, CRFB). Recurso a que se nega provimento. Fixação de tese para aplicação a casos semelhantes. 1. O prequestionamento revela-se autorizado quando as instâncias inferiores abordam a matéria jurídica invocada no Recurso Extraordinário na fundamentação do julgado recorrido, tanto mais que a Súmula n. 279 desta Egrégia Corte indica que o apelo extremo deve ser apreciado à luz das assertivas fáticas estabelecidas na origem. 2. A família, à luz dos preceitos constitucionais introduzidos pela Carta de 1988, apartou-se definitivamente da vetusta distinção entre filhos legítimos, legitimados e ilegítimos que informava o sistema do Código Civil de 1916, cujo paradigma em matéria de filiação, por adotar presunção baseada na centralidade do casamento, desconsiderava tanto o critério biológico quanto o afetivo. 3. A família, objeto do deslocamento do eixo central de seu regramento normativo para o plano constitucional, reclama a reformulação do tratamento jurídico dos vínculos parentais à luz do sobreprincípio da dignidade humana (art. 1º, III, da CRFB) e da busca da felicidade. 4. A dignidade humana compreende o ser humano como um ser intelectual e moral, capaz de determinar-se e desenvolver-se em liberdade, de modo que a eleição individual dos próprios objetivos de vida tem preferência absoluta em relação a eventuais formulações legais definidoras de modelos preconcebidos, destinados a resultados eleitos a priori pelo legislador. Jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão (BVerfGE 45, 187). 5. A superação de óbices legais ao pleno desenvolvimento das famílias construídas pelas relações afetivas interpessoais dos próprios indivíduos é corolário do sobreprincípio da dignidade humana. 6. O direito à busca da felicidade, implícito ao art. 1º, III, da Constituição, ao tempo que eleva o indivíduo à centralidade do ordenamento jurídico-político, reconhece as suas capacidades de autodeterminação, autossuficiência e liberdade de escolha dos próprios objetivos, proibindo que o governo se imiscua nos meios eleitos pelos cidadãos para a persecução das vontades particulares. Precedentes da Suprema Corte dos Estados Unidos da América e deste Egrégio Supremo Tribunal Federal: RE 477.554-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, DJe de 26/08/2011; ADPF 132, Rel. Min. Ayres Britto, DJe de 14/10/2011. 7. O indivíduo jamais pode ser reduzido a mero instrumento de consecução das vontades dos governantes, por isso que o direito à busca da felicidade protege o ser humano em face de tentativas do Estado de enquadrar a sua realidade familiar em modelos pré-concebidos pela lei. 8. A Constituição de 1988, em caráter meramente exemplificativo, reconhece como legítimos modelos de família independentes do casamento, como a união estável (art. 226, § 3º) e a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, cognominada “família monoparental” (art. 226, § 4º), além de enfatizar que espécies de filiação dissociadas do matrimônio entre os pais merecem equivalente tutela diante da lei, sendo vedada discriminação e, portanto, qualquer tipo de hierarquia entre elas (art. 227, § 6º). 9. As uniões estáveis homoafetivas, consideradas pela jurisprudência desta Corte como entidade familiar, conduziram à imperiosidade da interpretação não-reducionista do conceito de família como instituição que também se forma por vias distintas do casamento civil (ADI nº. 4277, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 05/05/2011). 10. A compreensão jurídica cosmopolita das famílias exige a ampliação da tutela normativa a todas as formas pelas quais a parentalidade pode se manifestar, a saber: (i) pela presunção decorrente do casamento ou outras hipóteses legais, (ii) pela descendência biológica ou (iii) pela afetividade. 11. A evolução científica responsável pela popularização do exame de DNA conduziu ao reforço de importância do critério biológico, tanto para fins de filiação quanto para concretizar o direito fundamental à busca da identidade genética, como

natural emanção do direito de personalidade de um ser. 12. **A afetividade enquanto critério, por sua vez, gozava de aplicação por doutrina e jurisprudência desde o Código Civil de 1916 para evitar situações de extrema injustiça, reconhecendo-se a posse do estado de filho, e conseqüentemente o vínculo parental, em favor daquele utilizasse o nome da família (nominatio), fosse tratado como filho pelo pai (tractatio) e gozasse do reconhecimento da sua condição de descendente pela comunidade (reputatio).** 13. A paternidade responsável, enunciada expressamente no art. 226, § 7º, da Constituição, na perspectiva da dignidade humana e da busca pela felicidade, impõe o acolhimento, no espectro legal, tanto dos vínculos de filiação construídos pela relação afetiva entre os envolvidos, quanto daqueles originados da ascendência biológica, sem que seja necessário decidir entre um ou outro vínculo quando o melhor interesse do descendente for o reconhecimento jurídico de ambos. 14. A pluriparentalidade, no Direito Comparado, pode ser exemplificada pelo conceito de “dupla paternidade” (dual paternity), construído pela Suprema Corte do Estado da Louisiana, EUA, desde a década de 1980 para atender, ao mesmo tempo, ao melhor interesse da criança e ao direito do genitor à declaração da paternidade. Doutrina. 15. Os arranjos familiares alheios à regulação estatal, por omissão, não podem restar ao desabrigo da proteção a situações de pluriparentalidade, por isso que merecem tutela jurídica concomitante, para todos os fins de direito, os vínculos parentais de origem afetiva e biológica, a fim de prover a mais completa e adequada tutela aos sujeitos envolvidos, ante os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III) e da paternidade responsável (art. 226, § 7º). 16. Recurso Extraordinário a que se nega provimento, fixando-se a seguinte tese jurídica para aplicação a casos semelhantes: “A paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro público, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante baseado na origem biológica, com os efeitos jurídicos próprios”. (RE 898060, Relator(a): LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 21/09/2016, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-187 DIVULG 23-08-2017 PUBLIC 24-08-2017). Com grifos da autora.

O *tractatus*, ou *tractatio*, diz respeito ao tratamento de genitor para filho (e vice-versa) entre as partes.

A *fama*, ou *reputatio*, é o reconhecimento comunitário e geral dessa pretendida situação, isto é, a pessoa é reconhecida como filha pela família e pela comunidade (LÔBO, 2017, p. 233).

O *nomen*, ou *nominatio*, se relaciona com a *fama*, ao passo que é a utilização do nome de família pelo declarado filho (TARTUCE, 2022, p. 535).

Flávio Tartuce (2022, p. 541) ensina que se denota do firmado no RE 898.060/SC: 1. O valor jurídico da afetividade enquanto princípio; 2. O acolhimento da parentalidade socioafetiva como modalidade de parentesco civil, sem distinção da paternidade biológica, e; 3. O acolhimento irrefreável²⁹ da multiparentalidade para todos os fins, incluindo alimentares e sucessórios³⁰.

²⁹ Nas palavras de Flávio Tartuce (2022, p. 548) sobre o RE 898.060/SC, julgado em setembro de 2016 “A decisão do STF é o fim do caminho. A regra passou a ser a multiparentalidade, nos casos de

A multiparentalidade consagrada pela decisão supracitada é o que se verifica quando uma pessoa tem mais de dois ascendentes de primeiro grau em linha reta. Ou então, tem dois pais ou duas mães ao mesmo tempo, com todos os efeitos jurídicos daí oriundos.

É conceituada como “uma situação em que um indivíduo tem mais de um pai e/ou mais de uma mãe, simultaneamente, produzindo-se efeitos jurídicos em relação a todos eles”. Ou então, no mesmo sentido:

Multiparentalidade é o parentesco constituído por múltiplos pais, isto é, quando um filho estabelece uma relação de paternidade/maternidade com mais de um pai, ou mais de uma mãe. Os casos mais comuns são padrastos e madrastas que também se tornam pais/mães pelo exercício das funções paternas/maternas, ou em substituição a eles, embora haja uma linha tênue entre padrasto/madrasta e pai/mãe socioafetiva (PEREIRA e FACHIN, 2022, p. 394)

O reconhecimento da multiparentalidade, aliás, não está condicionado à anuência de todas as partes envolvidas³¹. É o que firma o RE 898.060/SC do STF e corrobora o STJ:

O Supremo Tribunal Federal, ao julgar o Recurso Extraordinário n.º 898.060, com repercussão geral reconhecida, admitiu a coexistência entre as paternidades biológica e a socioafetiva, afastando qualquer interpretação apta a ensejar a hierarquização dos vínculos. A existência de vínculo com o pai registral não é obstáculo ao exercício do direito de busca da origem genética ou de reconhecimento de paternidade biológica. Os direitos à ancestralidade, à origem genética e ao afeto são, portanto, compatíveis. O reconhecimento do estado de filiação configura direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, que pode ser exercitado, portanto, sem nenhuma restrição, contra os pais ou seus herdeiros” (STJ, REsp 1.618.230/RS, 3.ª Turma, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, j. 28.03.2017, DJe 10.05.2017)

O tema 622 firmado pelo STF, no julgamento do RE 898060, declara insustável “o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante baseado na origem biológica, com os efeitos jurídicos próprios” pela paternidade socioafetiva. Tese reiterada em outros julgados, como:

dilemas entre a parentalidade socioafetiva e a biológica. Uma não exclui a outra, devendo ambas conviver em igualdade plena”.

³⁰ Em harmonia com o Enunciado n. 632, da VIII Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal: “nos casos de reconhecimento de multiparentalidade paterna ou materna, o filho terá direito à participação na herança de todos os ascendentes reconhecidos”.

³¹ A multiparentalidade, aliás, pode ser declarada *ex officio*, independentemente do objeto da ação, priorizando o melhor interesse da criança ou do adolescente (Maria Berenice Dias (2021, p. 296/297).

DIREITO CIVIL E DIREITO DA CRIANÇA E ADOLESCENTE. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. MULTIPARENTALIDADE. RECONHECIMENTO CONCOMITANTE DE FILIAÇÃO PATERNA SOCIOAFETIVA E BIOLÓGICA. POSSIBILIDADE. PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO INTEGRAL E DO SUPERIOR INTERESSE DO MENOR. 1. O artigo 27 do Estatuto da Criança e do Adolescente estabelece que o reconhecimento do estado de filiação é direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, podendo ser exercitado contra os pais ou seus herdeiros sem qualquer restrição. 2. O Supremo Tribunal Federal fixou a seguinte tese no RE 898.060, em sede de repercussão geral: "A paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro público, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante baseado na origem biológica, com os efeitos jurídicos próprios.". 3. O apelante/pai biológico pretende exercer a paternidade responsável em relação à autora e não se opôs à condenação ao pagamento de alimentos, questionando tão somente a alteração registral. 4. É genérica e abstrata a alegação de possíveis constrangimentos pela dupla paternidade. Tal argumento não é capaz de afastar o registro do nome do pai biológico na certidão de nascimento da autora. 5. Diante do reconhecimento do vínculo afetivo da infante com o pai registral, bem como, da constatação da paternidade biológica do ora apelante por meio de exame de DNA, mostra-se correta a sentença que determinou que conste do registro da criança o nome de ambos os pais e de todos os avós paternos, fenômeno este denominado de multiparentalidade. 6. Negou-se provimento ao apelo. Honorários recursais fixados. (Acórdão 1281558, 07190947020188070007, Relator: ARQUIBALDO CARNEIRO PORTELA, 6ª Turma Cível, data de julgamento: 9/9/2020, publicado no DJE: 25/9/2020. Pág.: Sem Página Cadastrada.)

A adoção é, junto das relações de socioafetividade, outra modalidade de parentesco civil, regulamentada pelo ECA e distinta por dois motivos:

A adoção do Estatuto da Criança e do Adolescente nasce, portanto, com duas características singulares. Em primeiro lugar, é considerada medida excepcional, só sendo admitida na impossibilidade absoluta de se preservar o núcleo familiar natural, consoante estabelece seu art. 19. Em segundo lugar, o estabelecimento da família substituta visa à completa e definitiva reinserção da criança e do adolescente em novo seio familiar. Apaga-se, pura e simplesmente, da memória jurídica, a situação anterior de solidão e de inexistência de convivência familiar – a ponto de justificar a excepcional medida protetiva – estabelecendo-se uma nova família, em tudo e por tudo equiparada à família original, segundo art. 41 do ECA. (TEPEDINO e TEIXEIRA, 2022, p. 275)

A doutrina diverge quanto à natureza jurídica do instituto da adoção, ponderando se se trata de ato de natureza negocial ou ato jurídico em sentido estrito.

A quem afirma tratar-se de ato negocial, adoção é: “ato complexo, consensual na sua origem e solene no seu aspecto formal. Consensual porque se origina da vontade do adotante e é requisito de sua validade o consentimento dos pais ou responsável(is), e solene porque não se perfaz sem a participação do

Estado através de provimento judicial” (TEPEDINO e TEIXEIRA apud DA SILVA PEREIRA, 2022, p. 276).

Em sentido divergente, Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho definem adoção como “um ato jurídico em sentido estrito, de natureza complexa, excepcional, irrevogável e personalíssimo, que firma a relação paterno ou materno-filial com o adotando, em perspectiva constitucional isonômica em face da filiação biológica” (GAGLIANO e PAMPLONA FILHO, 2021, p. 237).

A adoção segue determinados requisitos dispostos no Estatuto da Criança e do Adolescente: 1. Adotante com no mínimo 18 anos de idade (art. 42, *caput*, ECA); 2. 16 anos de diferença entre a idade do adotante e do adotado (art. 42, §3, ECA); 3. Consentimento dos pais ou dos representantes legais do adotado; 4. Concordância do adotado, se tiver mais de 12 anos de idade; 5. Processo judicial (artigo 47, *caput*); 6. Prospecto de efetivo benefício ao adotado (artigo 43, ECA).

O consentimento dos pais, ou representantes legais do adotando também é requisito para a adoção, embora se torne dispensável se, v.g., o(s) genitor(es) tenham sido destituídos do poder familiar (GONÇALVES, 2021, p. 173).

O adotado tem o direito³² de buscar a sua ascendência genética³³, cujo reconhecimento não engendra efeitos jurídicos inerentes ao reconhecimento de vínculo parental-filial. Suas finalidades são diversas:

Conhecer a origem genética é direito fundamental do sujeito e reveste-se de importância simbólica, histórica e também direito à saúde. A informação do histórico genético familiar, em muitas situações, pode significar garantias de saúde. O desenvolvimento da engenharia genética muito tem contribuído para a descoberta de novas técnicas terapêuticas, e garantir ao indivíduo conhecer sua genética é de suma importância para os novos tratamentos, pelos quais é possível prevenir várias enfermidades, inclusive para as gerações futuras.
(PEREIRA e FACHIN, 2022, p. 387)

O artigo 42, em seu §1, do ECA veda inequivocamente a adoção de neto por avós. Em situação análoga de adoção por irmãos, que também é vedada pelo mesmo dispositivo, pondera-se:

³² Expresso no artigo 48 do ECA.

³³ No contexto dos direitos da personalidade, inserem-se os direitos à vida, à integridade físico-corporal, ao corpo, à imagem, à integridade psíquica, à intimidade, ao segredo, à honra e à identidade. O direito fundamental à vida abraça o direito à identidade, o direito à historicidade e à informação da sua ascendência genética como reflexos de relevo na vida das pessoas” (GAMA, 2003, p. 904).

[...] imagine o caso, por exemplo, de os pais de uma criança de 5 anos falecerem e o seu irmão mais velho pretender adotá-la. Passaria a ser seu pai? Tal providência não seria possível, embora, vale frisar, o amor e o cuidado dispensados ao pequenino possam justificar a designação da tutela ou da guarda.

(GAGLIANO e PAMPLONA FILHO, 2021, p. 239).

O excerto acima reafirma a ideia de que o menor posto sob a guarda ou a tutela de um ascendente, como os avós, não poderá ser adotado, tendo-se que o primeiro e o segundo instituto serão bastantes para atender aos interesses do menor.

A doutrina assinala motivos plausíveis para essa proibição expressa, especialmente a deturpação do instituto da adoção ao conferir-lhe essência meramente patrimonial (MADALENO, 2021, p. 751) e a confusão de parentesco que engendraria (GONÇALVES, 2021, p. 153).

Rolf Madaleno (2022, p. 752) tece comentários esclarecedores sobre os porquês da vedação à adoção avoenga:

A adoção por um avô, além de ensejar a confusão familiar do neto transmudado em irmão de seu pai, nada modifica em referência à principal função do instituto da adoção, de criar laços afetivos, porque esses vínculos de afeto já existem entre avós e netos, e tampouco com o propósito de formar uma família substituta a quem não a tem, circunstância igualmente inócua no caso dos netos adotados por avós. E, como a adoção procura imitar a natureza e manter a ordem lógica de parentesco, não há reais razões para justamente alterar essa ordem com a adoção por avós, sendo adequado nos casos de abandono ou morte dos pais promovam pedido de guarda ou de tutela da prole de seus filhos, até mesmo porque com a custódia oficial podem inclusive demandar os pais relapsos por crédito alimentar.

Na mesma direção, Paulo Nader (2016, p. 369) elucida os motivos da vedação:

As vedações do ECA se justificam, pois seria perturbador o fato de alguém ser, ao mesmo tempo, avô biológico e pai adotivo ou irmão biológico e pai por adoção. Por outro lado, a adoção provoca a ruptura jurídica do filho adotivo com a sua família biológica. A par de tal embaralhamento de parentesco, não se vislumbra nobreza de finalidade em tais adoções, pois tanto os avós quanto os irmãos não precisam de abdicar de sua condição para desenvolver vínculos de afetividade e assistência com o seu parente consanguíneo.

Apesar deste dispositivo e dos ensinamentos doutrinários, excepcionalissimamente a 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça acolheu a

possibilidade de adoção avoenga tendo como norte a primazia do interesse do menor, afastando a aplicação do artigo estatutário:

RECURSO ESPECIAL. ADOÇÃO DE MENOR PLEITEADA PELA AVÓ PATERNA E SEU COMPANHEIRO (AVÔ POR AFINIDADE). MITIGAÇÃO DA VEDAÇÃO PREVISTA NO § 1º DO ARTIGO 42 DO ECA. POSSIBILIDADE.

1. A Constituição da República de 1988 consagrou a doutrina da proteção integral e prioritária das crianças e dos adolescentes, segundo a qual tais "pessoas em desenvolvimento" devem receber total amparo e proteção das normas jurídicas, da doutrina, jurisprudência, enfim de todo o sistema jurídico.

2. Em cumprimento ao comando constitucional, sobreveio a Lei 8.069/90 - reconhecida internacionalmente como um dos textos normativos mais avançados do mundo -, que adotou a doutrina da proteção integral e prioritária como vetor hermenêutico para aplicação de suas normas jurídicas, a qual, sabidamente, guarda relação com o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, que significa a opção por medidas que, concretamente, venham a preservar sua saúde mental, estrutura emocional e convívio social.

3. O princípio do melhor interesse da criança e do adolescente tem por escopo salvaguardar "uma decisão judicial do maniqueísmo ou do dogmatismo da regra, que traz sempre consigo a ideia do tudo ou nada" (PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Dicionário de direito de família e sucessões. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 588/589).

4. É certo que o § 1º do artigo 42 do ECA estabeleceu, como regra, a impossibilidade da adoção dos netos pelos avós, a fim de evitar inversões e confusões (tumulto) nas relações familiares - em decorrência da alteração dos graus de parentesco -, bem como a utilização do instituto com finalidade meramente patrimonial.

5. Nada obstante, sem descurar do relevante escopo social da norma proibitiva da chamada adoção avoenga, revela-se cabida sua mitigação excepcional quando: (i) o pretendo adotando seja menor de idade; (ii) os avós (pretensos adotantes) exerçam, com exclusividade, as funções de mãe e pai do neto desde o seu nascimento; (iii) a parentalidade socioafetiva tenha sido devidamente atestada por estudo psicossocial; (iv) o adotando reconheça os - adotantes como seus genitores e seu pai (ou sua mãe) como irmão; (v) inexista conflito familiar a respeito da adoção; (vi) não se constate perigo de confusão mental e emocional a ser gerada no adotando; (vii) não se funde a pretensão de adoção em motivos ilegítimos, a exemplo da predominância de interesses econômicos; e (viii) a adoção apresente reais vantagens para o adotando. Precedentes da Terceira Turma.

6. Na hipótese dos autos, consoante devidamente delineado pelo Tribunal de origem: (i) cuida-se de pedido de adoção de criança nascida em 17.3.2012, contando, atualmente, com sete anos de idade;

(ii) a pretensão é deduzida por sua avó paterna e seu avô por afinidade (companheiro da avó há mais de trinta anos); (iii) os adotantes detêm a guarda do adotando desde o seu décimo dia de vida, exercendo, com exclusividade, as funções de mãe e pai da criança;

(iv) a mãe biológica padece com o vício de drogas, encontrando-se presa em razão da prática do crime de tráfico de entorpecentes, não tendo contato com o filho desde sua tenra idade; (v) há estudo psicossocial nos autos, atestando a parentalidade socioafetiva entre os adotantes e o adotando; (vi) o lar construído pelos adotantes reúne as condições necessárias ao pleno desenvolvimento do menor;

(vii) o adotando reconhece os autores como seus genitores e seu pai (filho da avó/adotante) como irmão; (viii) inexiste conflito familiar a respeito da

adoção, contra qual se insurge apenas o Ministério Público estadual (ora recorrente); (ix) o menor encontra-se perfeitamente adaptado à relação de filiação de fato com seus avós; (x) a pretensão de adoção funda-se em motivo mais que legítimo, qual seja, desvincular a criança da família materna, notoriamente envolvida em criminalidade na comarca apontada, o que já resultou nos homicídios de seu irmão biológico de apenas nove anos de idade e de primos adolescentes na guerra do tráfico de entorpecentes; e (xi) a adoção apresenta reais vantagens para o adotando, que poderá se ver livre de crimes de delinquentes rivais de seus parentes maternos.

7. Recurso especial a que se nega provimento.

(REsp n. 1.587.477/SC, relator Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 10/3/2020, DJe de 27/8/2020).

No precedente o Tribunal entendeu que o interesse da menor a ser adotada sobrepor-se-ia a eventuais “confusões nas relações familiares”, mas não deixou de considerar, diante da singularidade do caso, certos *requisitos* indicadores da possibilidade de levar adiante a adoção avoenga, extraídos do acordão: 1. O adotando há de ser menor de idade; 2. Os avós têm de exercer a função materna e paterna com exclusividade desde o nascimento; 3. A parentalidade socioafetiva tem de ser atestada em estudo psicossocial; 4. O neto tem de reconhecer os avós como seus genitores e seu pai (ou sua mãe) como irmão; 5. Inexistência de conflito familiar a respeito da adoção; 6. Inexistência de indicativos de eventual confusão mental e emocional no neto; 7. A adoção não se fundamente em motivos ilegítimos, como fins meramente patrimoniais; 8. Constatação de vantagem real ao menor.

A adoção uma vez perfeita³⁴ (não revogada e sem nulidades) é irrevogável (artigo 39, §1, e 41 do ECA), de sorte que posterior reconhecimento de vínculo biológico com pessoa diversa dos adotantes não é apta a gerar efeitos pessoais ou patrimoniais, não alterando sequer o registro de nascimento³⁵.

Dentre os efeitos operados pela adoção, o principal é a atribuição de *status* de filho ao adotado para todos os fins jurídicos (incluindo alimentares e sucessórios). O vínculo outrora conservado com a família natural é rompido

³⁴ Segundo Paulo Nader: “A adoção é irrevogável. Atendidos os requisitos legais e deferido o pedido pelo juiz, a filiação civil se torna imutável. O arrependimento superveniente, de pai ou de filho, é incapaz de desfazer o vínculo formado” (2016, p. 362).

³⁵ Investigação de paternidade. Configuração do vínculo biológico. Alteração do registro civil. Impossibilidade. Filiação socioafetiva configurada pela adoção promovida | pelos pais registrai há mais de 30 anos. Irrevogabilidade. 1. Assegurado o direito de investigar sua origem biológica e constatado o vínculo genético com o investigado, | é parcialmente procedente a pretensão do autor, na medida em que o reconheci- mento de paternidade não pode ter repercussões na esfera registral nem patrimonial, uma vez que encontra óbice na relação de filiação socioafetiva estabelecida pela adoção empreendida pelos pais registrai, que é irrevogável, e consolidada ao longo de 30 anos de posse de estado de filho. (...) (STJ — REsp 1.343.832/RS (2012/0190838-8), Rel. Lázaro Guimarães, p. 17/05/2018).

completamente³⁶, subsistindo, face à lei, apenas os impedimentos matrimoniais (artigo 41, ECA). Isto é, extingue-se o poder familiar (nos termos do artigo 1635, IV do CC) dos genitores naturais, bem como a própria relação de parentesco.

3 O PODER FAMILIAR

O poder familiar é um poder-dever cultivado na relação entre pais e filhos, assim, contido nas relações de família cujas concepções foram essencialmente alteradas pelas mudanças apontadas no capítulo 2.

O instituto, outrora denominado pátrio poder, naturalmente era regido pelas regras que acompanhavam os conceitos superados de família, de pai (ou mãe) e de filho, de modo que, por exemplo, o seu exercício era preferencialmente do *pater*, enquanto a atuação da mãe era preterida.

Hoje, a titularidade, o conteúdo e as limitações de exercício do poder familiar se submetem às previsões contemporâneas do direito positivo e das produções doutrinárias e jurisprudenciais, devendo cumprir sua função de proteger os filhos menores de idade enquanto sujeitos de direito.

3.1 Conceito e Características Gerais

A denominada responsabilidade, autoridade parental, ou poder familiar é fundamentalmente o dever que os pais conservam sobre os filhos menores não emancipados. Estas responsabilidades inerentes aos pais têm qualidade multifacetada, pois ao passo que são exigidos dos pais, reflexamente influem sobre um ou mais direitos do filho, isto é, são direitos-deveres (da perspectiva ativa) que

³⁶ Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho esclarecem "(...) a sentença proferida em sede de ação investigatória de paternidade é *declaratória da relação paterno ou materno filial*, a que for prolatada em procedimento de adoção, é de fato, *desconstitutiva do vínculo natural anterior e constitutiva do novo vínculo que se forma*" (2021, p. 241).

têm como finalidade última salvaguardar o interesse do menor (numa perspectiva passiva sobressaem os direitos de quem está sob a influência do poder familiar).

O poder familiar é um dos institutos próprios do direito de família que mais sofreu transformações no decorrer de sua história. Em priscas eras, de titularidade exclusiva do *pater*, caracterizado pela opressão física³⁷; mercantilização; manutenção de superestruturas, o obsoleto pátrio poder foi metamorfoseado no decorrer duma progressão em que, paulatinamente, despia-se destas características atualmente inimagináveis numa sistemática jurídica como é a brasileira.

Embora seja possível identificar resquícios herdados do patriarcalismo que influenciou o Brasil (e o Direito brasileiro), a progressão há pouco referida é contínua, característica observada ao sopesar “o que foi” e o “o que é”: o que equivaleria dantes a pátrio poder, hoje denomina-se poder familiar (ou responsabilidade parental), considerado dever legal (e natural) de proteção da prole, atribui-se igualmente aos pais sobre o filho menor (não emancipado) e é plasmado sob a perspectiva deste, cujo amplo desenvolvimento (em todas suas facetas) deverá ser alcançado num seio familiar íntegro, afetuoso, e sobretudo propício à fruição existencial da criança.

Essa constância nas transformações da autoridade parental é sintetizada pelo doutrinador Paulo Lôbo (2022, p. 326) ao pontuar que:

A evolução gradativa, ao longo dos séculos, deu-se no sentido da transformação de um poder sobre os outros em autoridade natural com relação aos filhos, como pessoas dotadas de dignidade, no melhor interesse deles e da convivência familiar. Essa é sua atual natureza. Assim, a autoridade parental, sendo menos poder e mais dever, converteu-se em *múnus*, concebido como encargo legalmente atribuído a alguém, em virtude de certas circunstâncias, a que se não pode fugir.

Tepedino e Teixeira (2022, p. 311) sintetizam esta mudança de perspectiva ao afirmar:

³⁷ Em digressão histórica sobre o poder familiar, pontuam Rodrigo da Cunha Pereira e Edson Fachin (2022, p. 398): “No Direito Romano, a autoridade sobre os filhos e até sobre a esposa e os escravos cabia ao *pater familiae*, inclusive, o direito de matar os filhos (*jus vitae et necis*), o que se estendeu até o período da República em Roma. Para suprir dificuldades financeiras, o chefe da família também podia vender o filho por até cinco anos e, depois, recuperá-lo. O direito de venda do filho (*ius vendendi*) era também a *noxae deditio*, ocasião em que este era entregue à vítima de um dano por ele causado para prestação de serviços que serviriam como compensação do prejuízo. O *pater familiae* tinha a faculdade de abandonar o filho recém-nascido (*ius exponendi*), como forma de seleção eugênica, isto é, quando nascia com debilidade física e/ou mental. Apenas no século II, com a influência de Justiniano, essa autoridade do chefe da família foi transformada em direito de correção dos atos da prole. Com o advento do cristianismo, e que se tornou a religião oficial do Estado Romano, foi proibida a venda, a morte e a entrega do filho ao credor”.

Antes preponderantemente hierárquica e patriarcal, a relação paterno/materno-filial transmuta-se para perspectiva dialógica, ou seja, encontra-se perpassada pela compreensão mútua e pelo diálogo, pois criança e adolescente – valorizados como protagonistas da família – tornam-se sujeitos ativos no âmbito da própria educação.

A doutrina do melhor interesse da criança e do adolescente (*the child's best interests and its own preference*) passou a integrar, como princípio, o ordenamento pátrio com a sua recepção mediada pela Convenção de Haia, tendo também guarida na Constituição Federal (artigo 227) e no Estatuto da Criança e do Adolescente (artigos 3º e 4º).

Em síntese, o princípio preceitua a abordagem de questões versadas sobre menores sob o prisma de uma sistemática de diretrizes e regramentos que interpenetram Constituição, tratados e leis ordinárias, com o fim ulterior de concretizar o “melhor interesse” das crianças e dos adolescentes.

A pormenorização desse direito-dever é extraída do Código Civil sob a redação do Capítulo V, atinente ao poder familiar, em harmonia com o artigo 22 do ECA e os deveres entalhados na Constituição Federal (sobretudo no artigo 227).

A autoridade parental (termo preferido por parte da doutrina³⁸ e constante na proposta de alteração do Estatuto das Famílias) pode ser conceituada como “o conjunto de atribuições, aos pais cometidas, tendo em vista a realização dos filhos menores como criaturas humanas e seres sociais” (CARVALHO, 1995, p. 175) e complementarmente como “prerrogativas e deveres atribuídos aos pais na tarefa de criarem e educarem sua prole e de zelarem pelos aspectos morais e materiais dos seus filhos enquanto ainda menores” (MADALENO, 2021, p. 744).

A fundamentação sobre a qual se erige esse instituto é, consoante Orlando Gomes o fato de que:

O ente humano necessita, ‘durante sua infância, de quem o crie e eduque, ampare e defenda, guarde e cuide dos seus interesses, em suma, tenha a regência de sua pessoa e seus bens. As pessoas naturalmente indicadas

³⁸ É o que asseveram Rodrigo da Cunha Pereira e Edson Fachin (2022, p. 398): “Poder familiar não é a expressão mais apropriada. A palavra poder não expressa a verdadeira intenção de atender ao princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, mas sim o sentido de posse. Familiar remeteria também à ideia de que os avós e irmãos estariam revestidos dessa função. A expressão mais adequada para a família atual, que é fundada na igualdade de gêneros e é democrática, seria autoridade parental, a qual exterioriza a ideia de compromisso de ambos os pais com as necessidades dos filhos, de cuidar, proteger, educar, dar assistência e colocar limites”.

para o exercício dessa missão são os pais. A eles confere a lei, em princípio, esse ministério, organizando-o no instituto do poder familiar. (GOMES, p. 389, 2002, apud GONÇALVES, p. 163, 2021)

Denota-se que: o poder familiar é exclusivamente dos pais; é exercido igualmente entre os pais; compõe-se tanto de direitos quanto de deveres; tem como último escopo a proteção da pessoa do filho e de seus bens; e tem como destinatário o filho menor não emancipado.

A titularidade deste poder é dos pais (e não da família, como a nomenclatura pode sugerir) igualmente, e incide sobre os filhos. Ou seja, o poder familiar deriva, e se mantém, da paternidade (natural ou legal), de sorte que não é atingido pelo tipo de união escolhida pelos pais (e pouco importa se os pais estão juntos ou separados); também não há distinção entre a “classificação” do filho (legítimo, ilegítimo, adotivo, socioafetivo), pois a distinção entre filhos colide frontalmente com o parágrafo 6 do artigo 227 da Constituição federal, no qual o princípio da igualdade entre os filhos se assenta (MADALENO, 2021, p. 397).

3.2 Guarda, Tutela e Poder Familiar

A guarda não se confunde com o poder familiar: a guarda é apenas um dos componentes do poder familiar, permitindo ao seu detentor o desempenho das atribuições e deveres próprios desta incumbência.

A guarda, portanto, não é um instituto exclusivo dos pais, admitindo-se a atribuição de guarda a terceiros com vistas a concretizar o melhor interesse do menor. É o que se extrai da previsão do artigo 1.584, §5º do CC e da conjugação dos artigos 19 e 33 do ECA.

Nada obstante, a guarda compartilhada com integrantes da família, que não os pais, é aceita no ordenamento jurídico pátrio, contudo, o integrante em questão (v.g. avô) naturalmente não exercerá o poder familiar:

APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO DE FAMÍLIA. GUARDA COMPARTILHADA. AVÓS E UM DOS GENITORES. POSSIBILIDADE. SUPREMACIA DO INTERESSE DA CRIANÇA. SENTENÇA REFORMADA.1- Exercendo os avós maternos e a genitora da criança, de fato a guarda compartilhada da menor, desde o seu nascimento, em razão da situação peculiar de que a mãe da criança sempre residiu com eles e que o relacionamento do casal não perdurou, permanecendo a infante sob os cuidados dos avós, a guarda compartilhada é a medida mais adequada para proteger os interesses da menor, mormente havendo concordância dos pais ao pedido. (TJMG -

Apelação Cível 1.0702.10.078236-7/001, Relator(a): Des.(a) Washington Ferreira, 7ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 04/10/2011, publicação da súmula em 21/10/2011)

Contudo, poderá tornar-se tutor. A tutela pode ser exercida pelo guardião e se destina à representação legal e à administração dos bens do menor de idade nas situações em que os pais faleceram, ou são desconhecidos ou estão destituídos do poder familiar, tendo a natureza de múnus, tal como o poder familiar. É um instituto com vistas a proteger o menor de idade nas situações em que os pais não podem fazê-lo, mediante o exercício do poder familiar. (LÔBO, 2022, p. 463).

Seja quem for que exerça a guarda, deve fazê-lo de forma responsável e invariavelmente em prol da criança ou do adolescente sob sua guarda, vedando-se, a título de exemplo, os atos de alienação parental, definida da seguinte maneira:

(...) ato comportamental repetido, em que se denota uma agressão psíquica, que se apresenta sob forma difamatória ou desmoralizante por parte do alienador, provocando sérias sequelas na criança ou adolescente, em virtude de seu afastamento do alienado, motivado por uma reação de medo e ódio, interferindo assim em sua formação psicológica.
(DINIZ, 2022, p. 64)

A alienação parental pode ser cometida não apenas pelos genitores: os avós e quaisquer pessoas “que tenham a criança ou adolescente sob a sua autoridade, guarda ou vigilância”³⁹ também pode ser alienadores.

3.30 Exercício do Poder Familiar

Antes da Constituição Cidadã, prevalecia o entendimento, sob a vigência do revogado Código Civil de 1916, que o poder familiar (à época pátrio poder) seria exercido pelo homem, enquanto a mulher conservaria apenas a possibilidade de exercício eventualmente subsidiário (apenas nas situações em que o marido não pudesse fazê-lo).

O advento da Constituição vigente solapou o preceito da exclusividade do exercício do poder familiar atribuído ao pai, aferrando o princípio da igualdade entre os cônjuges, no § 5º de seu artigo 226. Sob este princípio, “os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher”, incluindo o poder familiar.

³⁹ Consoante o artigo 2º da Lei 12.318/2010.

Em decorrência desta igualdade de exercício, havendo discordância entre os titulares, o judiciário poderá ser invocado a dirimir sobre a questão. É o que preceitua o artigo 21 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

O poder familiar se caracteriza pela impossibilidade de sua transferência a terceiro, porque, da perspectiva dos pais, é indisponível, pois não pode ser transferido a outrem (onerosa ou gratuitamente), e irrenunciável, embora certos atos incompatíveis com este poder e a adoção implique, de fato, a renúncia (VENOSA, 2021, p. 300). É também imprescritível⁴⁰ e apenas se extingue por força das hipóteses legais previstas no ordenamento, isto é, não decai pelo desuso.

Ademais, o poder familiar é um múnus público, idealmente exercido em prol dos menores, e indeclinável pelos pais, definido como um poder-dever (da perspectiva parental), assentado entre “poder” e “direito subjetivo” (DINIZ, 2010, 565).

O Estatuto da Criança e do Adolescente instila significado ao conceito amplo de “desenvolvimento” dos menores em seus artigos 3º e 4º:

A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade”.

Art. 4º É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

Ainda no âmbito dos deveres (atrelados aos direitos do menor) atribuídos natural e legalmente aos pais, os artigos 227 e 229 da Constituição Federal incumbe à família os deveres de preservar o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar, ao passo que o artigo 229 incumbe aos pais os deveres de assistência, de criação e de educação dos filhos sob a tutela do poder familiar (responsabilidade parental).

Tais salvaguardas estão intimamente relacionadas ao princípio da primazia do melhor interesse do menor, entalhado na Constituição Federal na

⁴⁰ Ou seja, o não exercício prolongado do poder familiar não ensejará, por exemplo, a transferência do atributo ao detentor da guarda do menor.

redação do artigo 227, o qual alça o desenvolvimento das crianças à máxima importância. Vê-se, portanto, forte contraste entre o entendimento social e jurídico de filho hodierno e o ultrapassado⁴¹.

As competências dos pais imbuídos do poder familiar dispostas no artigo 1.634, I a IX do CC são, quanto aos filhos sujeitos a ele, de:

- I - dirigir-lhes a criação e a educação; (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014)
- II - exercer a guarda unilateral ou compartilhada nos termos do art. 1.584 ; (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014)
- III - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem; (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014)
- IV - nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobreviver, ou o sobrevivente não puder exercer o poder familiar;
- V - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para mudarem sua residência permanente para outro Município; (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014)
- VI - nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobreviver, ou o sobrevivente não puder exercer o poder familiar; (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014)
- VII - representá-los judicial e extrajudicialmente até os 16 (dezesesseis) anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento; (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014)
- VIII - reclamá-los de quem ilegalmente os detenha; (Incluído pela Lei nº 13.058, de 2014)
- IX - exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição. (Incluído pela Lei nº 13.058, de 2014)

É dever dos pais assistir moral e materialmente os filhos, aconselhando-os e capacitando-os de várias formas, podendo empregar meios de correção que não sejam considerados imoderados (que são contrários ao exercício ideal dessa prerrogativa). A noção de castigo imoderado denota a existência, *contrariu sensu*, de castigo moderado, e embora aparente, em razão desta escolha terminológica, admissão deste último sem que se configure abuso de poder, Paulo Lôbo assinala que do ponto de vista constitucional esse tipo de prática não tem respaldo, seja na sua modalidade psíquica, seja na modalidade física, porquanto a

⁴¹ A mudança na maneira de observar e tratar das crianças e jovens impulsionada pela família da Constituição Cidadã, pelos diplomas estatutários versados sobre os direitos destes grupos e pelas mudanças no Código Civil Brasileiro, levaram a uma "(...) evolução gradativa, ao longo dos séculos", a qual "(...) deu-se no sentido da transformação de um poder sobre os outros em autoridade natural com relação aos filhos, como pessoas dotadas de dignidade, no melhor interesse deles e da convivência familiar. Essa é sua atual natureza. Assim, a autoridade parental, sendo menos poder e mais dever, converteu-se em múnus, concebido como encargo legalmente atribuído a alguém, em virtude de certas circunstâncias, a que se não pode fugir" (LÔBO, 2022, p. 325).

criança, enquanto sujeito de direito coberto pelo manto da dignidade não pode ter sua integridade física e psíquica perturbada (LÔBO, 2022, p. 337).

Incorrendo os pais em abuso do direito ao desempenhar esta função, além de sujeitarem-se à sua suspensão ou à sua perda (tema abordado em seção própria), poderão ser responsabilizados pelos danos morais (TARTUCE, 2022, p. 619). Ademais, poderão incidir medidas aplicadas pelo Conselho Tutelar.

Para realizar os objetivos do inciso I, os pais têm o direito-dever de exercer a guarda dos filhos, com eles convivendo independentemente do *status* civil dos pais (ainda que se separem, o direito de convivência dos sujeitos da relação filial não poderá ser olvidado).

Assim, os pais separados não deixam de ser titulares desse direito-função, permanecendo encarregados das questões existenciais e patrimoniais do menor, ainda que a guarda da criança seja de apenas um dos genitores. De mesmo modo, os pais que venham a se casar ou viver em união estável não terão esse encargo perturbado (LÔBO, 2022, p. 330/335).

Ainda, os pais, v.g., possuem o direito a ajuizar ação de busca e apreensão se depreenderem-se com situação em que terceiro detenha o menor de idade, bem como detêm o direito à exigência de obediência, naturalmente sem violar os direitos dos jovens (e nem os seus princípios regentes).

Na seara patrimonial, aos pais compete a “administração dos bens dos filhos menores sob sua autoridade ou não emancipados” (art. 1.689, II, CC) e o “usufruto sobre os bens dos filhos menores que se acham sob o seu poder” (art. 1.689, I, CC).

Naturalmente, embora o poder familiar constitua um conjunto de direito dos pais, não é absoluto e, especialmente por se tratar de um *múnus público*, o abuso deste acarreta consequências jurídicas. Os atos de alienação e de disposição feitos pelos pais, se desautorizados são nulos (TARTUCE, 2022, p. 621).

Carlos Roberto Gonçalves (2022, p. 168) esclarece que essa nulidade é apenas relativa, oponível pelo próprio filho, seus herdeiros ou seu representante legal (como prevê o artigo 1.691, em seu parágrafo único, do Código Civil). Aliás, havendo colisão entre os interesses do pai e do filho, o juiz nomear-lhe-á curador especial (artigo 1.692, CC).

Em prol da concreção do princípio da primazia do melhor interesse do menor, os pais que mal desempenhem esse *múnus público* poderão tê-lo suspenso

ou perdê-lo, sendo esta última medida a mais gravosa, pois significa a sua perda definitiva.

3.4 A Extinção do Poder Familiar

Ressalvadas as hipóteses de mau desempenho enquanto titulares do poder parental, os pais são naturalmente, *ipso iure*, destituídos deste posto quando o menor atinge a maioridade ou, antes disso, se é emancipado: trata-se da extinção estabelecida pelo artigo 1.635 do Código Civil.

São, nos termos deste artigo, causas de extinção do poder familiar: a morte do genitor, a morte do filho, a emancipação do filho, a sua maioridade, a adoção, e a perda do atributo *ope iudicis* (rol exemplificativo⁴² do artigo 1.638 do Código Civil).

É de se notar que há aparente confusão terminológica no artigo supracitado, pois o legislador insere o que é, na verdade, uma causa de perda do poder familiar sob um *caput* (artigo 1.635) que elenca as causas de extinção deste atributo parental por consequência lógica (fatos naturais e de pleno direito). Este tipo de extinção ocorre em razão das causas elencadas sob o *caput*: a morte (de genitor ou de filho), a emancipação, o alcance da maioridade ou a adoção do menor. Dentre estas causas o legislador inclui a perda oriunda de decisão judicial (inciso V) cuja natureza não é rigorosamente de “extinção”, mas de “perda”, porquanto esta apenas se dá com a imposição de sentença judicial, enquanto aquela decorre das demais hipóteses descritas no artigo 1.635, evidenciando a imprecisão ao subsumir dois fenômenos distintos sob a mesma terminologia (DOS SANTOS, 2002, p. 499).

Poder-se-ia interpretar essa escolha do legislador como uma maneira de insinuar que a decisão judicial que declare a destituição definitiva do poder familiar implica, forçosamente, a extinção definitiva do poder familiar. Se assim for,

⁴² Nada obstante opiniões divergentes, há entendimento doutrinário no sentido de que o rol de hipóteses de perda do poder familiar seja meramente exemplificativo: “essa enumeração legal não é taxativa, pois, pelo art. 1.638, IV, que contém cláusula geral, se pode cogitar de outras, com base em faltas (CC, art. 1.637) passadas dos pais, pois a prática reiterada daqueles atos puníveis geradores da suspensão do poder familiar, por serem vergonhosos ou reprováveis, deve ser considerada no pedido de sua destituição por revelar não só a insuficiência da suspensão do poder familiar ou da imposição da pena criminal para corrigir o mau comportamento paterno ou materno em relação à prole, como também a impossibilidade de uma perspectiva de vida melhor e da melhora da conduta do pai e da mãe. O art. 1.638, IV, possibilita ao juiz um elastério maior para poder aplicar pena mais severa do que a do art. 1.637” (DINIZ, 2022, p. 207)

há implicações sobre a revogabilidade da medida, considerando que a extinção objeto do artigo 1.635, em todos os seus demais incisos, é logicamente irrevogável (COMEL, 2003, p. 296).

Seja como for, para melhor compreensão do tema cerne deste trabalho far-se-á breve explicação sobre o rol supracitado, com exceção do inciso V que será objeto doutra seção.

O inciso primeiro estabelece a extinção do poder familiar resultado da morte de um ou mais sujeitos participantes da relação jurídica mediada pelo poder familiar, seja os pais (ou apenas um deles), seja o filho.

Na eventualidade do falecimento de apenas um dos pais, o poder familiar será concentrado no detentor sobrevivente deste atributo, ao passo que se ambos perecem, impõe-se a necessidade de nomeação de tutor a fim de assistir o menor.

A morte opera o mesmo efeito extintivo se é o menor que morre, pois enquanto a personalidade civil exsurge do nascimento com vida (artigo 2º do Código Civil), a morte extingue a titularidade dos direitos e das obrigações das pessoas (MADALENO, 2021, p. 761).

A maioria civil e a emancipação do filho (artigo 5º, parágrafo único, I, do Código Civil) também são causas da extinção do poder familiar, porque a presunção de necessidade de assistência, razão de ser do poder familiar, não subsiste após estes eventos.

A maioria se completa aos 18 anos de idade, decorrendo desta a presunção de que o maior de idade está apto a praticar todos os atos da vida civil (artigo 5º, Código Civil). A emancipação ocorre antes dos 18 anos de idade, podendo ser concedida pelos pais mediante escritura, ou, caso tutelado, via sentença judicial; pode ocorrer em razão do casamento, do exercício de cargo público efetivo, pela colação de grau em curso de ensino superior e pela existência de economia própria do menor (nas linhas do inciso V do mesmo artigo).

É também causa de extinção do poder familiar a adoção, vez que os adotantes são quem passarão a revestir-se deste atributo em face do adotado: o poder familiar dos seus detentores anteriores será definitivamente interrompido e transferido aos adotantes (LÔBO, 2022, p. 334).

3.5 A Suspensão do Poder Familiar

A suspensão do poder familiar, que é medida incidente sobre os mesmos atributos parentais, mas abrandada (se comparada à destituição), é condicionada a algum fator ensejador, de sorte que uma vez superado a medida poderá ser revista, pois não é dotada de fixidez (como a extinção decorrente de perda).

O artigo 1.637 do Código Civil elenca⁴³ esses fatores, quais sejam, o descumprimento dos deveres inerentes aos genitores, o abuso da autoridade, a prática de atos incompatíveis com o seu exercício, a ruína dos bens dos filhos, a condenação, por sentença irrecorrível, em virtude de crime cuja pena exceda dois anos de prisão.

Ao elencar “abuso da autoridade”, ou “atos incompatíveis”, sem delimitação, como possíveis causa de suspensão, o Código Civil viabiliza a ampliação dessas hipóteses pela via judicial, pois são diretrizes, a certo grau, indeterminadas, podendo se manifestar de diversos modos nos casos concretos. Para melhor entendimento e aplicação da medida suspensiva, remete-se ao artigo 187 do Código Civil que estabelece parâmetros para o abuso de direito, os quais, embora também sejam cláusulas gerais, norteiam a eventual responsabilidade objetiva do genitor, e o dever de indenizar (TARTUCE, 2022, p. 619).

A possibilidade de ampliação do rol aludido é comentada por Rolf Madaleno (2021, p. 764) ao aduzir:

Os motivos geradores da intervenção judicial para a adoção de posições processuais de salvaguarda dos interesses do menor não se limitam às hipóteses elencadas no caput do artigo 1.637 do Código Civil, de abuso de autoridade; de falta aos deveres paternos em que negligenciam ou se omitem ao regular cumprimento de suas atribuições, ou pertinente à ruína ou dilapidação dos bens dos filhos; existindo na casuística jurisprudencial um sem-número de situações fáticas com risco de exposição à vida, à saúde, ao lazer, à profissionalização, à dignidade, ao respeito, à liberdade, à convivência familiar e comunitária dos filhos, assim como fatos capazes de submetê-los a atos de discriminação, exploração, violência, crueldade e

⁴³ Art. 1.637. Se o pai, ou a mãe, abusar de sua autoridade, faltando aos deveres a eles inerentes 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, até suspendendo o poder familiar, quando convenha.

Parágrafo único. Suspende-se igualmente o exercício do poder familiar ao pai ou à mãe condenados por sentença irrecorrível, em virtude de crime cuja pena exceda a dois anos de prisão.

opressão, abalando, fundo, direitos fundamentais dos menores, postos sob a proteção do poder familiar.

Apesar do extensível cabimento da suspensão do poder familiar, o juiz deverá forçosamente direcionar sua decisão sob a luz dos princípios constitucionais, civis e familistas outrora mencionados, a fim de balancear a relação benefício *versus* malefício implicada por sua decisão (pendendo ao benefício do menor).

Para atestar o descumprimento dos deveres inerentes dos pais há, antes de tudo, a necessidade de delinear o que são estes deveres. São deveres dos genitores a assistência, a criação e a educação dos filhos (artigo 229 da CF/88), bem como o exercício da convivência e o respeito de vossa dignidade (artigo 227 da CF/88).

Também incumbe aos pais o dever de viabilizar e assegurar o desenvolvimento do menor num sentido holístico, envolvendo as suas necessidades materiais, morais e psíquicas (artigo 3, corroborado pelo artigo 22, do ECA). Além dos mencionados dispositivos, o Código Civil delinea certas funções ínsitas ao poder familiar, elencadas no artigo 1.634.

Em tese, o descumprimento dos comandos (constitucionais, supralegais e da legislação ordinária) exigidos dos pais pode ser substrato para a suspensão do poder familiar daquele que o descumpre. Nos julgados fala-se em “maternidade responsável” e “paternidade responsável⁴⁴”, remetendo a, por

44 Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul TJ-RS - Apelação Cível: AC 70078139508 RS. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul TJ-RS - Apelação Cível: AC 70070075437 RS. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul TJ-RS - Apelação Cível: AC 0003686-92.2020.8.21.7000 RS.

exemplo, situações de penúria⁴⁵, de drogadição⁴⁶ e de exposição a situações de perigo⁴⁷, a violência⁴⁸.

Dentre os fatos que podem ensejar a medida suspensiva do poder familiar merece menção a violência, conceito polissêmico que abrange uma multitude de “violências”. A Lei 13.431/2017 (a qual estabelece sistema de garantia de direitos da criança e do adolescente, vitimados direta ou indiretamente pela violência) esmiuça o seu significado sob a ótica da proteção da criança e do adolescente. Nomeia a violência física, a psicológica, a sexual e a institucional, e as conceitua, incluindo, por exemplo, a alienação parental.

Paulo Lôbo elenca possíveis situações causadoras da suspensão (ou, dependendo do caso concreto, da destituição):

Pontes de Miranda cita alguns exemplos de situações que caracterizam falta dos deveres inerentes à autoridade parental, que pode fundamentar a suspensão: a) os maus-tratos, que não se enquadrem no castigo imoderado, causador da perda; b) as restrições prejudiciais, ou privações de alimentos, ou de cuidados indispensáveis, que ponham em perigo a saúde do filho; c) exigir do menor serviços excessivos e impróprios, constitutivos do abuso do poder familiar; d) empregar o menor em ocupações proibidas ou manifestamente contrárias à moral e aos bons costumes, ou que lhe ponham em risco a saúde, a vida, ou a moralidade; e) não reclamar o filho

⁴⁵ As situações de vulnerabilidade devem ser analisadas *cum grano salis*, pois a pobreza por si só não é motivo de suspensão do poder familiar (é a inteligência do artigo 23 do ECA).

46 . DESTITUIÇÃO E SUSPENSÃO DO PODER FAMILIAR. VERIFICADA SITUAÇÃO DE RISCO. NEGLIGÊNCIA REITERADA DOS GENITORES, DEPENDENTES ALCOÓLICOS. PREVALÊNCIA DO INTERESSE DOS MENORES. INSERÇÃO EM FAMÍLIAS SUBSTITUTAS. GUARDAS PROVISÓRIAS TORNADAS DEFINITIVAS. SENTENÇA CONFIRMADA. Situação de fato em que 03 filhos menores da apelante se encontram em situação de risco há mais de 05 anos, em decorrência da reiterada negligência dos genitores, dependentes alcoólicos, configurando abandono na mais ampla acepção do termo. O genitor faleceu no curso do processo e a genitora não apresentou nenhuma alteração positiva. Contexto probatório que comprova a absoluta falta de condições da apelante em cumprir com os deveres derivados do poder familiar. Prova técnica que recomenda a suspensão do poder familiar sobre a filha adolescente e a concessão da sua guarda definitiva à tia materna, além da destituição do poder familiar sobre os dois filhos infantes, tornando-se definitiva a guarda de cada um deles, concedida provisoriamente no curso da lide, com vista à permanência nas respectivas famílias substitutas. APELO DESPROVIDO. (Apelação Cível Nº 70064974553, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sandra Brisolará Medeiros, Julgado em 04/11/2015).

47 SUSPENSÃO DO PODER FAMILIAR. INAPTIDÃO DO GENITOR PARA O DESEMPENHO DA FUNÇÃO PARENTAL. SITUAÇÃO DE RISCO. 1. Provada a completa negligência com que foi tratado o menor e o perigo a que foi relegado, configurando-se uma situação grave de risco, essa conduta ilícita é atingida na órbita civil pelas sanções de destituição ou suspensão do poder familiar. 2. É imperiosa a suspensão do poder familiar do genitor, a fim de que o filho tenha condições de se desenvolver de forma mais saudável e desfrutar de uma vida melhor, mais digna e equilibrada. Recurso desprovido. (Apelação Cível Nº 70067087577, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Julgado em 16/12/2015).

48 Tribunal de Justiça de Goiás TJ-GO - Agravo de Instrumento (CPC): AI 0049676-05.2020.8.09.0000; Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul TJ-RS - Apelação Cível: AC 70076321058 RS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais TJ-MG - Agravo de Instrumento-Cv: AI 0817748-43.2021.8.13.0000 MG.

de quem o detenha ilegalmente; f) o desleixo, abuso ou descuido; g) induzir o menor ao mal, por excitar, favorecer, ou produzir o estado em que se acha, ou possa achar-se o filho, ou de qualquer modo concorrer para sua perversão ou para torná-lo alcoólatra e viciado em drogas; h) deixar o filho em estado habitual de vadiagem, mendicidade, libertinagem ou criminalidade
(LÔBO apud MIRANDA 1974, v. 9, p. 154)

O parágrafo único do aludido artigo 1.637 trata da condenação por sentença irrecorrível, por perpetração de crime cuja pena exceda a dois anos de prisão. O motivo para a inclusão desta possibilidade de suspensão é a presumida incompatibilidade entre o cumprimento da pena e o exercício do poder familiar.

Na práxis, essa hipótese nem sempre atendia, de fato, ao interesse dos menores, pois alijava-os da fundamental convivência com o ascendente sem ponderar que: a. o crime não necessariamente guardava relação com a função (e seu exercício) parental e b. as penas, a depender dos parâmetros observados no caso concreto, poderiam ser cumpridas em regime aberto, ou seja, não representando óbice ao pleno exercício das prerrogativas do poder parental (MADALENO, 2021, p. 765).

Na contramão, advieram duas leis notáveis que são dignas de menção. A Lei n. 13.715/2018, antecedida pela Lei n. 12.962 de 2014, inovou a redação do parágrafo segundo do artigo 23 do Estatuto da Criança e Adolescente, que afasta a hipótese de destituição do poder familiar por condenação criminal (salvo se esta condenação tratar de crime doloso cometido contra outro titular do poder familiar, filho ou outro descendente, e que o crime esteja sujeito à pena de reclusão).

A Lei n. 12.962 de 2014 buscou consagrar o direito de convivência ao preconizar a garantia deste direito mediante visitas periódicas ao genitor privado de sua liberdade.

Tais inovações retiram a aplicação do parágrafo único em sua redação atual, porquanto se o mencionado artigo 23 (§2) afasta a hipótese de destituição do poder familiar havendo condenação do genitor por crime sujeito a pena excedente a dois anos de prisão, logicamente o faz para a hipótese de suspensão, pois esta se trata de medida menos gravosa do que a primeira.

A medida da suspensão, que é facultativa (PEREIRA, 2022), poderá recair sobre apenas um dos filhos daquele cujo poder familiar foi suspenso, em vez de fazê-lo sobre toda a prole.

Quanto à sua extensão material, a suspensão deste atributo poderá ser parcial ou total, isto é, recairá sobre específicas incumbências dos pais, como a administração dos bens (GONÇALVES, p. 2021), ou sobre o poder familiar em todo seu alcance.

A medida não é dotada de fixidez, é temporária e admite revisão: se o fator que lhe deu causa a princípio desaparece, não há motivo de prorrogação, retomando o genitor outrora destituído de suas incumbências, o exercício da autoridade parental (o que se dá mediante revogação, isto é, nova decisão judicial).

O alcance da suspensão constará na decisão judicial, cuja abrangência poderá ser limitada ou total, ou seja, o genitor será destituído de todos seus poderes parentais ou de apenas alguns, além de que, num sentido de alcance subjetivo, esse entrave aos exercícios parentais poderá incidir sobre um determinado filho (não impera a incidência apriorística sobre toda a prole).

A titularidade da autoridade parental é simetricamente pertencente a ambos os pais, logo, na eventualidade de suspender-se o exercício de um dos genitores o poder concentrar-se-á no genitor intocado pela decisão judicial, exceto se este for incapaz ou impedido (exurgindo a necessidade de tutoria).

A cessação do fato ensejador da suspensão viabiliza a retomada do poder familiar, ocasião em que o genitor sobre qual incidia a medida suspensiva submeter-se-á a avaliação psiquiátrica, a qual poderá ser compulsória (MADALENO, 2021, p. 765).

A finalidade da suspensão do poder familiar há de se priorizar a proteção do menor, embora a medida em si constitua espécie de sanção ao genitor, porque “a intervenção judicial é feita no interesse do menor” (GONÇALVES, 2021, p. 172).

3.6 A Perda (Destituição) do Poder Familiar

O poder familiar poderá, como fora mencionado, ser definitivamente interrompido por força de decisão judicial segundo as previsões exemplificativas do artigo 1.638 do Código Civil, em situações que o prejuízo ao filho é tão substancial e o exercício da autoridade parental é tão aviltante que sua perda é entendida como menos gravosa ao menor em comparação à sua manutenção.

A perda do poder familiar por força de decisão judicial não se limita às hipóteses elencadas no Código Civil (abandono; castigo imoderado; reincidência nas condutas do artigo 1637 do mesmo código; prática de atos contrários à moral e aos bons costumes; entrega irregular do filho para adoção; e, hipóteses inseridas pela Lei n. 13.715/2018), pois se trata, segundo parte da doutrina, de rol exemplificativo e na prática a incidência da medida abrange outros cenários (tal qual o que se dá em relação à suspensão do poder familiar), em prol do interesse dos filhos (DIAS, 2021, p. 318).

A perspectiva de ampliação do rol é incerta entre os doutrinadores, cujas opiniões se dividem em entendimentos opostos. Sobre o tema, assevera Akel (2009, p. 51):

(...)a perda do poder familiar está estribada em motivos mais gravosos do que aqueles que ensejam sua suspensão. As causas elencadas no texto da lei são exaustivas, não permitindo interpretação extensiva, uma vez que a sanção da destituição é medida excepcional, devendo sempre visar aos interesses do menor e ao bem-estar incondicional da prole.

Em sentido contrário, Dias (2015, p. 472) entende que as hipóteses de suspensão e de destituição do poder familiar são exemplificativas, permitindo a expansão do rol dos artigos 1637 e 1638 do Código Civil.

Maria Helena Diniz (2022, p. 207) se filia a este último entendimento:

Essa enumeração legal não é taxativa, pois, pelo art. 1.638, IV, que contém cláusula geral, se pode cogitar de outras, com base em faltas (CC, art. 1.637) passadas dos pais, pois a prática reiterada daqueles atos puníveis geradores da suspensão do poder familiar, por serem vergonhosos ou reprováveis, deve ser considerada no pedido de sua destituição por revelar não só a insuficiência da suspensão do poder familiar ou da imposição da pena criminal para corrigir o mau comportamento paterno ou materno em relação à prole, como também a impossibilidade de uma perspectiva de vida melhor e da melhora da conduta do pai e da mãe. O art. 1.638, IV, possibilita ao juiz um elastério maior para poder aplicar pena mais severa do que a do art. 1.637

O procedimento para as ações de suspensão e de destituição do poder familiar poderá ser instaurado pelo Ministério Público, ou por quem tenha legítimo interesse, e está disposto nos artigos, e 155 a 163 do Estatuto da Criança e do Adolescente, ordenando a oitiva dos envolvidos (das testemunhas, dos pais e dos menores) e o contraditório e a ampla defesa.

As ponderações feitas sobre a suspensão do poder familiar podem, em sua maioria, ser reiteradas para a perda judicial do poder familiar, com ressalvas ao debatido caráter irrevogável desta. É o que aduz Maciel (2008, p. 113):

A distinção entre os dois institutos estabelece-se pela graduação da gravidade das causas que as motivam e pela duração de seus efeitos. Se, por um lado, a suspensão é provisória e fixada ao criterioso arbítrio do juiz, dependendo do caso concreto e no interesse dos menores, a perda do poder familiar pode revestir-se de caráter irrevogável, como na situação de transferência do poder familiar pela adoção.

Embora a autora mencione especificamente a adoção, o imbróglio acerca da irrevogabilidade da medida assume maior relevo ao se tratar do rol previsto no artigo 1638 do CC, visto que não há previsão legal expressa quanto a eventual retomada dos atributos parentais perdidos por decisão judicial.

A conjuntura jurídica hodierna não é unânime ao tratar da (ir)revogabilidade da perda judicial do poder familiar, porquanto a lei não disciplina expressamente eventual retomada do poder familiar. Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade Maciel tece comentários acerca dessa possibilidade:

O restabelecimento do poder familiar não tem sido enfrentado pela Doutrina e Jurisprudência, sendo certo que um eventual restabelecimento deste direito pressupõe o afastamento das razões que geraram sua perda ou suspensão. Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade Maciel cita o art. 308 do Código Civil Argentino ao admitir o restabelecimento do poder familiar se os pais demonstrarem que, por circunstâncias novas, a restituição se justifica em benefício do interesse dos filhos. Algumas legislações civis europeias, de igual maneira, preveem a restauração de maneira expressa, como a francesa e a italiana. A mesma autora alerta, no entanto, para as duas vertentes do restabelecimento: a primeira concretiza-se na perda da autoridade parental com a transferência do poder familiar aos pais adotivos, hipótese na qual a lei expressamente estabelece o término definitivo do vínculo com os pais biológicos, porque extinto também o parentesco; na segunda circunstância, os pais destituídos e o filho permanecem parentes⁴⁹

⁴⁹ Isto é, havendo apenas a perda do poder familiar (não cumulada com a adoção e sua consequencial extinção do parentesco entre o adotado e a família natural) o genitor destituído não deixará de conservar seu parentesco com a criança, conforme se verifica na jurisprudência paulistana: "AÇÃO DE DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR. Pedido formulado por genitora em razão de o genitor-réu ter sido condenado pela prática de crime de estupro de vulnerável contra a outra filha da autora, então enteada do réu, de seus 7 aos 14 anos de idade. Sentença de improcedência com fundamento na manutenção do contato com a família paterna e na possibilidade de aproximação com o genitor, atualmente em regime semiaberto e que pleiteia regulamentação de visitas em outro processo. Recurso da autora. Sentença recorrida com premissas errôneas. Destituição do poder familiar não implica no cancelamento do registro civil (art. 163, pún., do ECA e art. 102, 6º, da Lei nº 6.015/13), e não extingue a relação de parentesco (arts. 1.591 e ss. do CC), efeitos que apenas decorrem de uma adoção (arts. 41, caput, e 47, caput e § 2º, do ECA), não cogitável na presente hipótese diante do poder familiar da genitora. Manutenção do dever do genitor destituído de prestar alimentos (art. 2º, caput, da Lei nº 5.478/1968; art. 34, §4º, do ECA; e art. 1.694 do CC). Permanência da relação de parentesco e do direito de visita dos parentes paternos (art.

consanguíneos em 1º grau em linha reta, apesar da perda do poder familiar. Dessa forma, sendo a relação jurídica entre pais/filho de natureza continuativa poderá a Decisão ser alterada se sobrevier modificação no estado de fato e de direito (art. 471, I, CPC/1973 – art. 505, I, CPC/2015). Por evidente, se a decisão judicial foi pela perda do poder familiar, somente através de outro pronunciamento judicial de natureza revisional será possível restabelecê-lo. Para tanto, é fundamental que os motivos determinantes da destituição tenham findado e que o filho expresse inequívoca aceitação ao retorno para o convívio dos pais biológicos. (MACIEL, 2010, p. 145/146, apud PEREIRA, 2022, p. 569)

Seja como for, entende-se como mais razoável a possibilidade de revisão da medida mediante novo procedimento judicial movido pelo genitor outrora destituído do poder familiar, quem deverá demonstrar a cessação das causas que o ensejaram em primeiro momento (GONÇALVES, 2017, p. 614).

No que tange ao conteúdo hipotético do artigo, o castigo imoderado ao filho, em que pese as discussões sobre o que é moderado em matéria de castigo, será causa da perda das prerrogativas do(a) genitor(a) e, consoante a doutrina contemporânea, o castigo, de qualquer intensidade (desde que físico), poderá implicar outras (que não a medida da perda, que é mais gravosa) sanções aos pais (GONÇALVES, 2017, p. 609), pois a punição (e da perspectiva do menor, a proteção) mais severa aos pais é reservada aos castigos bestiais (MADALENO, 2017, p. 705).

Paulo Lôbo (2022, p. 337) referencia o tema ao comentar o advento da Lei n. 13.010 (“Lei da Palmada”), assentadora do direito à educação sem uso de castigos físicos ou tratamento degradante:

Sob o ponto de vista estritamente constitucional não há fundamento jurídico para o castigo físico ou psíquico, ainda que “moderado”, pois não deixa de consistir violência à integridade física do filho, que é direito fundamental inviolável da pessoa humana, também oponível aos pais. O art. 227 da CF/1988 determina que é dever da família colocar o filho (criança ou

1.589, pún., do CC), com quem o menor já possui convivência saudável. Alimentos pagos pelos avós não ameaçados pela destituição. Procedência que impõe apenas a perda do poder familiar (art. 1.634 do CC e art. 22 do ECA), pelo histórico de abusador sexual e pela ausência de tratamento do distúrbio sexual, que levam à ausência de qualidade moral para o exercício. Aplicação do art. 1.638, III, do CC, relativo à prática de atos contrários à moral e aos bons costumes, bem como, por analogia, do art. 23, §2º, do ECA, e do art. 1.638, pún., II, "b", do CC, por ter sido o estupro de vulnerável praticado contra a irmã do menor, enteada do réu, a qual tinha neste figura paterna. Presunção legal de risco à segurança do menor no contato com genitor que praticou o crime de estupro. Melhor interesse da criança na destituição, sem direito de visita, por razões de impossibilidade moral ao exercício de poder familiar, de influência negativa do contato ao desenvolvimento do menor e de risco à sua incolumidade psicológica e física. Ação procedente. Recurso provido.

(TJSP; Apelação Cível 1005272-47.2019.8.26.0048; Relator (a): Mary Grün; Órgão Julgador: 7ª Câmara de Direito Privado; Foro de Atibaia - 1ª Vara Criminal Infância e Juventude; Data do Julgamento: 16/11/2020; Data de Registro: 16/11/2020)".

adolescente) a salvo de toda violência. Todo castigo físico configura violência. A detenção em situações desarrazoadas é manifestamente castigo imoderado, ou crime de cárcere privado. Note-se que a CF/1988 (art. 5º, XLIX) assegura a integridade física do preso. Se assim é com o adulto, com maior razão não se pode admitir violação da integridade física da criança ou adolescente, sob pretexto de castigá-lo. Portanto, na dimensão do tradicional pátrio poder era concebível o poder de castigar fisicamente o filho; na dimensão da autoridade parental fundada nos princípios constitucionais, máxime o da dignidade da pessoa humana, não há como admiti-lo. O poder disciplinar, contido na autoridade parental, não inclui, portanto, a aplicação de castigos que violem a integridade física e psíquica do filho.

O abandono de filho referenciado no artigo 1638 pode ser de ordem material ou moral. É o tratamento negligente conferido aos filhos, diametralmente oposto aos valores e objetivos do exercício do poder familiar. Decerto, esse tratamento desidioso deve ser aferido no caso concreto e a reparação da unidade familiar deve ser remota, pois, por exemplo, a carência de recursos por si só não enseja a perda do poder familiar (artigo 23, ECA).

Os atos contrários à moral e aos bons costumes também engendram a destituição do poder familiar, mas há de se atentar aos limites da subjetividade ao fazer incidir essa medida: “Não podem prevalecer os juízos de valor subjetivos do juiz, pois constituiriam abuso de autoridade. Em qualquer circunstância, o supremo valor é o melhor interesse do menor, não podendo a perda da autoridade parental orientar-se, exclusivamente, no sentido de pena ao pai faltoso” (LÔBO, 2022, p. 338).

Reincidir nas práticas do artigo 1637 do Código Civil (causas de suspensão do poder familiar) também é uma hipótese de perda do poder familiar.

A entrega irregular do filho para a adoção, alheia à justiça, dá azo a destituição do poder familiar. É aquela que ocorre “(...) quando a mãe ou ambos os pais biológicos entregam criança, comumente recém-nascida, diretamente a quem a pretenda adotar, sem fazê-lo mediante a intervenção judicial para o regular procedimento de adoção e observância do cadastro nacional das pessoas habilitadas” (DINIZ, 2022, p. 207).

Além das novas causas de perda advindas da Lei 13.715, o detentor do poder familiar também poderá perdê-lo se houver negligência injustificada aos deveres e obrigações previstos no artigo 22 do ECA⁵⁰.

Depreende-se do exame da gravidade das causas legais aptas a culminar na perda do poder familiar que se trata de uma medida gravíssima cuja aplicação deverá atender precipuamente o interesse do menor.

É o que leciona Maria Berenice Dias (2021, p. 315): “a suspensão e a destituição do poder familiar constituem sanções aplicadas aos genitores por infração aos deveres que lhes são inerentes, ainda que não sirvam como pena ao pai faltoso. O intuito não é punitivo. Visa muito mais preservar o interesse dos filhos, afastando-os de influências nocivas”.

A decretação da perda do poder familiar tem, portanto, como destinatário aquele que é está sob o poder familiar, num sentido protetivo em vez de se destinar a punir o titular deste poder (fim punitivo).

É razoável, contudo, mencionar a existência de entendimento doutrinário no sentido de extrair deste tipo de medida contornos sancionatórios, punitivos, como Silvio de Salvo Venosa e Maria Helena Diniz.

Embora esta nuance possa, de fato, ser observada na aplicação do instituto, o fim-último do poder parental é a proteção da prole, reflexamente, sua suspensão ou perda há de ser pautada, em última análise, no desempenho deficiente do poder parental (infligindo gravemente o fim protetional para os filhos).

Tendo-se em vista que o fim-último da destituição do poder familiar não deve ser punitivo, o dever alimentar do genitor em face do filho não deixa de existir, pois, como é cediço, deve-se atender aos interesses deste. Pô-lo em desamparo material, desincumbindo o genitor deste dever, desvirtuaria a essência protetiva da medida e premiaria o genitor faltoso (desvirtuando, também, as nuances punitivas). Contudo, se a destituição for cumulada com a adoção opera-se a desvinculação da criança com o genitor natural, de modo que, uma vez extinta a relação parental, extingue-se o dever aos alimentos (TEPEDINO e BROCHADO, 2022, p. 229).

A ampliação da destituição a fim de abranger toda a prole não é pacífica na doutrina: parte da doutrina entende que por ser medida imperativa

⁵⁰ ECA, Art. 24. A perda e a suspensão do pátrio poder familiar serão decretadas judicialmente, em procedimento contraditório, nos casos previstos na legislação civil, bem como na hipótese de descumprimento injustificado dos deveres e obrigações a que alude o art. 22.

justifica-se a abrangência de toda a prole (DINIZ, 2022, p. 206), enquanto outra, admite a possibilidade de, no caso concreto, limitar a abrangência da medida a filhos determinados, em prol dos interesses da prole (GONÇALVES, 2017, p. 173).

Quanto a definitividade da medida, Maria Helena Diniz (2022, p. 206) não deixa de observar a tendência a perenizar, mas pondera que excepcionalmente o poder familiar perdido poderá ser retomado (mediante processo contencioso) desde que se comprove a dissipação do fato motivador desta perda.

Por outro lado, há julgados no sentido de que a destituição do poder familiar por si só engendra a desfiliação:

APELAÇÃO CÍVEL. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR COM RELAÇÃO AOS FILHOS GÊMEOS. COMPROVAÇÃO DA NEGLIGÊNCIA E INAPTIDÃO DOS GENITORES PARA EXERCER OS DEVERES INERENTES AO PODER FAMILIAR. VÍNCULO BIOLÓGICO QUE NÃO TEM O CONDÃO DE SUPERAR AS NECESSIDADES DOS ADOLESCENTES DE AFETO, SAÚDE, EDUCAÇÃO E VIDA DIGNA. INTELIGÊNCIA DO ART. 1.638 DO CÓDIGO CIVIL E ARTS. 22 E SEQUINTE DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DE MÁXIMA PROTEÇÃO À CRIANÇA E DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. GÊMEOS ADOLESCENTES ABRIGADOS HÁ MUITOS ANOS. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA IGUALMENTE NO QUE TOCA AO JULGAMENTO DE IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO DE DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR COM RELAÇÃO AO ADOLESCENTE RAFAEL, BEM AINDA NO QUE PERTINCE À REVOGAÇÃO DA DECISÃO QUE DEFERIU OS ALIMENTOS PROVISÓRIOS AO INÍCIO DA DEMANDA. SENTENÇA MANTIDA POR SEUS PRÓPRIOS E JURÍDICOS FUNDAMENTOS. Comprovado que os genitores não apresentam condições de cumprir os deveres de sustento, guarda e educação dos filhos gêmeos de 14 anos de idade que se encontram abrigados há muito, sujeitando-os à negligência e extrema situação de risco, imperiosa mostra-se a destituição do poder familiar, oportunizando-se tenham os adolescentes suas necessidades básicas materiais e afetivas atendidas, dando-se eficácia ao princípio constitucional da máxima proteção à criança/adolescente e o da dignidade da pessoa humana. (...) Outrossim, **não há falar em pagamento de alimentos ao filho Rafael, cujo poder familiar ainda é exercido pelos genitores. Sentença que não merece qualquer reparo, devendo ser mantida por seus próprios e jurídicos fundamentos.** APELAÇÕES DESPROVIDAS. (Apelação Cível Nº 70036411197, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Conrado Kurtz de Souza, Julgado em 22/09/2010). Grifos da autora.

A Lei nº 13.715/18 introduziu hipóteses inéditas ao rol do artigo 1.638, pois dentre estas passaram a figurar atos cometidos contra terceiros (numa perspectiva em que a relação de genitor com descendente é o objeto central de análise): hipóteses de perda do poder familiar pelo autor de determinados crimes contra outrem igualmente titular do mesmo poder familiar ou contra filho, filha ou

outro descendente (BRASIL, Lei nº 13.715/2018). Dispõe o vigente parágrafo único do artigo 1.638 do Código Civil Brasileiro:

Parágrafo único. Perderá também por ato judicial o poder familiar aquele que:

I - praticar contra outrem igualmente titular do mesmo poder familiar:

a) homicídio, feminicídio ou lesão corporal de natureza grave ou seguida de morte, quando se tratar de crime doloso envolvendo violência doméstica e familiar ou menosprezo ou discriminação à condição de mulher;

b) estupro ou outro crime contra a dignidade sexual sujeito à pena de reclusão;

II - praticar contra filho, filha ou outro descendente:

a) homicídio, feminicídio ou lesão corporal de natureza grave ou seguida de morte, quando se tratar de crime doloso envolvendo violência doméstica e familiar ou menosprezo ou discriminação à condição de mulher;

b) estupro, estupro de vulnerável ou outro crime contra a dignidade sexual sujeito à pena de reclusão."

Com a inserção da lei supracitada no ordenamento jurídico, aquele que tenha sido condenado por crime doloso (sujeito à pena de reclusão) cometido contra titular do mesmo poder familiar, ou contra filho, outro descendente, tutelado, e curatelado, será considerado inapto para o exercício do poder familiar, culminando na decretação da perda deste atributo por efeito da condenação (artigo 92, inciso II do Código Penal).

Ou seja, esta redação também atingirá as situações em que o detentor do poder familiar cometa crimes desta sorte contra pessoa diversa da qual exerce o poder familiar sobre.

Na redação da Lei 7.209/94, a medida apenas incidia se o vitimado pelo detentor do poder familiar fosse o próprio filho (ou tutelado ou curatelado), mas, com o advento da Lei 13.715/18 o rol foi ampliado.

As hipóteses de crimes cometidos contra outrem igualmente titular do poder familiar (incluindo ex-companheiro) dizem respeito a situações de violência doméstica (inciso I). Também incidirá a destituição automática se o crime for cometido contra o filho ou qualquer outro descendente (como neto ou bisneto⁵¹).

A extensão da medida a toda prole, como mencionado, não é a regra, ou seja, a destituição normalmente recai sobre as prerrogativas exercidas em relação a um filho específico.

⁵¹ Hipótese aparentemente inexistente na prática, pois para isto ocorrer o ofensor teria de conservar, ainda, seu poder familiar sobre o filho. Considerando que o poder familiar jamais ultrapassa a maioridade, conseqüentemente este filho teria de já ser avô antes de completar 18 anos.

Contudo, as hipóteses introduzidas pela Lei preveem, por seu conteúdo, a extensão dos efeitos da perda do poder familiar à vítima secundária (reflexa) da violência, visto que o crime cometido não necessariamente será cometido contra o filho, tutelado ou curatelado. Este efeito, aliás, integra o conteúdo teleológico da redação da Lei, cuja finalidade é resguardar a incolumidade das vítimas indiretas de crime praticado pelo detentor do poder familiar (mormente nos casos de violência contra a mulher).

A senadora Marta Suplicy (AGÊNCIA SENADO, 2018), à época de tramitação da Lei (PLC nº 13/18), esclarecera a finalidade da mudança legislativa:

A mensagem trazida pelo projeto é clara: a reprovabilidade da conduta do homem que pratica crime doloso grave contra a mulher, ex-mulher, companheira ou ex-companheira, torna-o desprovido de condições morais para criar e educar os filhos comuns

Apesar do mote louvável da alteração legislativa, a inserção das possibilidades supracitadas no ordenamento gera certos questionamentos quanto a certidão da premissa em comento, ou melhor, se as medidas implicadas pela Lei obtêm êxito em concretizar a sua finalidade (e se a finalidade tem razão de ser sob a égide da primazia do melhor interesse do menor).

É incerto se destituir do poder familiar o algoz de pai ou mãe do menor realmente tem a potencialidade de ampliar a proteção à mulher (e a criança afetada) ou se pode se tornar um mecanismo punitivo para o agressor, o que, malgrado pareça permissível *prima facie* esbarra nos direitos do menor, os quais poderão ser afetados pela medida, gravíssima, impingida ao genitor agressor.

Urge lembrar que a natureza da destituição das prerrogativas paternais mais se aproxima duma finalidade protetiva do sujeito sob a influência do poder familiar, o menor, do que pretende punir o titular do poder familiar (ou de proteger qualquer outro alguém).

A perda do poder familiar não tem o fim de proteger ou zelar pelo direito daquele que não seja a criança à que ele se destina (não é um mecanismo de proteção à mulher, por exemplo).

As demais hipóteses de destituição do poder familiar são concretizadas necessariamente no bojo de processo judicial, em que se preza pela oitiva dos afetados, incluindo o(s) menor(es), seguindo o rito previsto no ECA, todavia, a destituição originada na Lei 13.715/18 é consequência automática da sentença

condenatória nos crimes supramencionados, o que em tese, pode ensejar situações em que o acusado seja considerado inapto ao exercício da autoridade parental mesmo que a sua conduta criminosa não tenha sido direcionada ao sujeito a quem destina esta autoridade, o filho.

Não é difícil, neste sentido, imaginar casos em que o menor será prolongadamente vulnerabilizado (tendo, por exemplo, seu direito de convivência familiar estremecido) em vez de protegido, contrariando diretamente o regime da proteção dos menores.

Deveras, é questionável se a medida da destituição do poder familiar por sentença condenatória contra outro titular deste poder é o meio correto (e sintonizado com o ordenamento), para aprofundar a reprovabilidade do agressor, ainda que não seja o escopo da medida e que não vitime diretamente os menores, especialmente pela incerteza quanto à possibilidade de o genitor destituído de suas prerrogativas conseguir retomá-las.

4 O CASO DE ELIZE MATSUNAGA

Elize Kitano Matsunaga se tornou nacionalmente reconhecida em 2012 quando assassinou seu marido, com quem teve uma filha, culminando numa condenação criminal cujo cumprimento segue em curso. Elize está cumprindo a pena de reclusão no regime semiaberto.

À época, a filha tinha menos de 2 (dois) anos de idade, e desde então não tem qualquer tipo de contato com a mãe, pois os avós, detentores da guarda da menor, o impedem.

Hoje, tramita⁵² ação de destituição do poder familiar movida pelos avós da menina, além de ação diversa com o objetivo de retirar da certidão de nascimento o nome da mãe.

A primeira, se julgada procedente despojará a mãe da menina das prerrogativas e dos deveres sobre ela, de modo que a proteção dos interesses pessoais e patrimoniais serão responsabilidade exclusiva dos guardiões.

A segunda, culminará na exclusão do nome de Elize da certidão de nascimento da menina, restando apenas os sobrenomes que a associam ao parentesco paterno-filial.

Na contramão, Elize é autora de ação⁵³ que visa reaver a guarda da filha, pois, por ora, seu poder familiar está suspenso e a convivência com a menor é inexistente.

O ponto central que norteia a análise desta conjuntura é o fato de as demandas supracitadas envolverem direitos de uma criança (fruto de um relacionamento encerrado de modo nefasto e atualmente se desenvolvendo alienada de sua genitora).

Rememora-se que as hipóteses de destituição do poder familiar do artigo 1.638 do Código Civil podem ser ampliadas, dum certo modo, dado o grau de abstração de suas previsões, em prol dos interesses do menor. Apesar disto, dentre aquelas não há nenhuma perfeitamente amoldável ao caso sob exame, pois o ponto

⁵² <https://g1.globo.com/sp/sao-paulo/noticia/2022/05/19/apos-10-anos-elize-matsunaga-escreve-piquenique-no-inferno-para-contar-a-filha-sua-vida-e-como-matou-marido-para-se-proteger.ghtml>.

⁵³ <https://muitainformacao.com.br/post/35658-buscando-a-guarda-da-filha--elize-matsunaga-volta-aos-tribunais-apos-condenacao-por-esquartejamento>.

de convergência entre as hipóteses⁵⁴ ensejadoras da medida é o agravo à pessoa do menor, diretamente, que ocorre logicamente *durante* o exercício do poder familiar.

No caso de Elize, a despeito do crime abjeto cometido contra o marido, não há registros de ofensas diretas à menor ou abandono voluntário, do contrário, a genitora busca judicialmente o estabelecimento do vínculo materno-filial, pois, até o momento não pôde conviver com a filha e a suspensão de seu poder familiar impede seu exercício.

Quanto às hipóteses oriundas da Lei 13.715/2018, far-se-á análise mais detida.

4.1 Considerações Gerais sobre a Lei 13.715/2018

É certo que se integraram ao rol as causas de destituição do poder familiar introduzidas pela Lei 13.715/2018, as quais destoam das demais. Como fora mencionado na seção sobre a perda do poder familiar, os únicos incisos que preveem a destituição por ofensa à terceiro, como, em tese, o pai, são os relativos ao parágrafo único, oriundos da aludida lei.

A concretização desta lei ante o caso em exame (e em outros) há de ser realizada *cum grano salis*, atentando-se a três tópicos: 1. A irretroatividade da lei nova; 2. A observância à essência da lei e a 3. Proteção concreta dos interesses e direitos da criança envolvida.

Num tom prefaciário, explica-se: as ponderações a seguir não se limitam ao caso Matsunaga, mas buscam conduzir a reflexões sobre eventuais casos similares que venham a ocorrer, cenários em que há pleito de destituição do poder familiar pelos crimes descritos no artigo 1.638 do Código Civil, cometidos contra “outrem igualmente titular do mesmo poder familiar” ou “outro descendente⁵⁵”.

Na seara penal, a lei modificou o artigo 92 do Código Penal, tornando uma consequência da condenação de crime doloso cometido contra outrem

⁵⁴ Excetuado o inciso III que permite como entendimento de desalinhamento com o exercício da paternagem ou da maternagem atos não necessariamente direcionados ao filho, v.g., a drogadição e o alcoolismo (FONSECA, 2000,23), os quais devem ser contemporâneos à discussão sobre a destituição do poder familiar (PONTES DE MIRANDA, 1954, 209).

⁵⁵ Que não o menor sobre o qual se perderá a autoridade parental (como o neto).

igualmente titular do poder familiar (sujeito à reclusão) a “incapacidade para o exercício do poder familiar”.

Noutros termos, aquele que pratica crime doloso sujeito à pena de reclusão (e é condenado) contra pai ou mãe (titular de poder familiar pode remeter apenas a pais) sofrerá incontinenti com o reconhecimento de sua incapacidade para exercer suas prerrogativas enquanto detentor do poder familiar (efeito de natureza civil da condenação).

Este efeito extrapenal específico, com ressalvas as situações em que o menor é o sujeito passivo do crime doloso contra a vida ou crime de caráter sexual, aparenta ser incompatível com a disciplina da proteção prioritária aos interesses do menor, a qual preconiza a discussão exaustiva acerca da “(in)capacidade”⁵⁶ para o exercício do poder familiar em juízo (cível, de família, ou da infância e da juventude), contexto em que o magistrado busca pautar sua decisão na totalidade da cognição propiciada durante, e apenas, a instrução no juízo cível, tendo em vista a delicadeza do tema.

O fundamento para este efeito está no grave abalo à relação entre o(a) genitor(a) e o(a) menor de idade quando esta, que deveria idealmente consagrar a proteção dos interesses pessoais e patrimoniais, se desvirtua e torna-se relação de agressor e vítima. Miguel Reale Jr. (2020, p. 357) ensina que:

Se o crime doloso é praticado contra o filho, o tutelado ou curatelado, isto é, contra aquele que deve proteger, cuidar, zelando por seus interesses, manifesta é a incompatibilidade do exercício do poder familiar, da tutela e da curatela, em relação a qualquer dos filhos, tutelados ou curatelados. Esta incompatibilidade justifica que o juiz pondere se deve, como efeito da condenação, decretar a perda do pátrio poder, da tutela e da curatela.

Nota-se a particular escolha terminológica do doutrinador ao adjetivar a incompatibilidade com o exercício do poder familiar como “manifesta” nos contextos em que a vítima é o destinatário deste exercício, e atribui ao juiz criminal a análise do cabimento, ou não, do reconhecimento desta incompatibilidade.

⁵⁶ A utilização do termo “incapacidade” no inciso II do artigo 92, do Código Penal, destoa do padrão utilizado no âmbito cível, cujos termos corriqueiramente empregados são “suspensão” e “destituição” (ou então “extinção”). Mas, de qualquer modo, no contexto em que se insere, “incapacidade” pode ser interpretada como algo assemelhado, ou até sinônimo, àquilo que redundaria na perda do poder familiar.

4.2 A Lei 13.715/2018: Aspectos Penais (artigo 92, II, CP)

Embora o mandamento do artigo 92, inciso II, por observância de seu parágrafo único, não seja absolutamente vinculante ao juiz criminal (REALE JUNIOR, 2020, 357; JESUS, 2020, 674); e, ainda que se preveja a construção da motivação na sentença ao decidir sobre a incidência do efeito do reconhecimento da incapacidade para o exercício para o poder familiar, o material posto à cognição do juiz será tão-somente aquilo propiciado pela instrução criminal construída na órbita do crime, alheia às particularidades relacionais do sujeito que exerce o poder familiar e de seu destinatário (particularidades quais haveriam de ser discutidas e enfrentadas para averiguar a aptidão do réu para o exercício do poder familiar).

Num tom comparativo, o inciso I do artigo 92 do Código Penal determina que poderá haver “a perda de cargo, função pública ou mandato eletivo” quando “aplicada pena privativa de liberdade por tempo igual ou superior a um ano, nos crimes praticados com abuso de poder ou violação de dever para com a Administração Pública”, ou se não houver abuso de poder ou violação destes deveres, o efeito poderá ser aplicado motivadamente “quando for aplicada pena privativa de liberdade por tempo superior a 4 (quatro) anos nos demais casos”.

Em ambos os cenários, o juiz da vara criminal terá elementos suficientes para decidir sobre a incidência (ou não) da sanção presente no inciso mencionado, pois, nas ações versadas sobre crimes relacionados ao desempenho da função pública aclarar-se-á, naturalmente, se ocorreu abuso de poder ou violação de dever para com a Administração Pública.

Outrossim, nos demais crimes, o julgador poderá embasar esta sanção extrapenal partindo da análise dos autos, pois o desempenho de função pública preconiza o respeito à determinadas diretrizes comportamentais erigidas sobre os princípios de direito público.

Nos julgados sobre a aplicação do inciso I do artigo 92 do CP, a importância do liame entre os elementos subjetivos e objetivos coletados durante a ação penal e a motivação no momento decisório é destacado:

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. HOMICÍDIO PRIVILEGIADO E QUALIFICADO. VIOLAÇÃO AOS ARTIGOS 59 E 92, I, "A", AMBOS DO CÓDIGO PENAL - CP, E

ARTIGO 381, III, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL - CPP. PERDA DA FUNÇÃO PÚBLICA DE POLICIAL MILITAR. DESCONTROLE EMOCIONAL INCOMPATÍVEL COM A FUNÇÃO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. "Nos termos da jurisprudência vigente neste Superior Tribunal de Justiça, em que pese a perda da função pública não ser decorrência automática da condenação, há a possibilidade de aplicação da referida penalidade pelo juiz sentenciante como efeito da reprimenda fixada, devendo o magistrado apenas fundamentar suas conclusões em critérios objetivos e subjetivos inseridos nos autos, que demonstrem a incompatibilidade do ato criminoso com o cargo ocupado pelo acusado. Precedentes" (AgRg no AgRg no AREsp 1.277.816/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, DJe de 26/9/2018).

1.1. No caso em tela, a perda do cargo público de policial militar imposta ao agente decorreu da prevalência de descontrole emocional diante de situações adversas de cunho pessoal que influenciaram o seu rendimento na função policial e culminaram com o homicídio mediante uso de arma de fogo, tendo sido aplicado o art. 92, I, "a", do Código Penal - CP.

2. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no REsp n. 1.798.325/RO, relator Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 10/12/2019, DJe de 19/12/2019.)

O inciso III do mesmo artigo segue a mesma lógica de essência consequencial desenvolvida no inciso I, de maneira ainda mais clara⁵⁷, pois bastará que se pilote um veículo para a prática de um crime doloso para ensejar a inabilitação para dirigi-lo (pilotou ou não pilotou, não há terceira suposição).

As observações tecidas sobre os incisos I e III do artigo 92 do Código Penal se destinam à contraposição entre seus fundamentos lógicos e a ausência de fundamentação lógica análoga em determinados casos⁵⁸ do inciso II: em decorrência do inciso I, o funcionário público⁵⁹ terá sua incapacidade para o exercício da função pública *porque* consumou prática flagrantemente aversa aos princípios e regras regentes desta função; em decorrência do inciso III, o sentenciado tornar-se-á inabilitado para a condução do veículo *porque* o operou criminosamente.

Em ambos os incisos, I e III, o efeito extrapenal específico aplicável tem aparente finalidade punitiva em desfavor do condenado. A finalidade punitiva do inciso II, contudo, tem ressalvas: em última análise a perda do poder familiar deve ocorrer em prol dos interesses do menor, senão não ocorrerá; o fim-último é a proteção do menor (DIAS, 2015, p. 470; MACIEL, 2017, p. 259/260; LÔBO, 2017, p. 300; COMEL, 2003, p. 291).

⁵⁷ Isto porque no inciso I, nas conjunturas cuja prática delituosa não guarda relação óbvia com a incompatibilidade com o exercício de função pública, o juiz criminal debruça-se não apenas sobre elemento objetivo (no inciso III basta a utilização criminosa do veículo), mas também sobre a subjetividade acerca da delinquência do funcionário público, para então firmar se há aquela incompatibilidade.

⁵⁸ Casos em que o menor não é vítima direta do crime praticado.

⁵⁹ Conceituado no artigo 327 do Código Penal.

Os julgados também evidenciam a excepcionalidade da perda do poder familiar e o seu fim protetivo, *exempli gratia*:

DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR. SITUAÇÃO DE RISCO QUE A JUSTIFICA. **A DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR É MEDIDA EXCEPCIONAL**, INSERIDA NO ORDENAMENTO JURÍDICO VISANDO A ASSEGURAR A PLENA PROTEÇÃO E SEGURANÇA DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES, DANDO EFETIVIDADE AOS PRINCÍPIOS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E DO ECA QUANTO À SUPREMACIA DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. **JUSTIFICA-SE EM SITUAÇÃO DE RISCO** QUE, NO CASO DOS AUTOS, ESTÁ SOBEJAMENTE COMPROVADA. A MENINA, ATUALMENTE COM CINCO ANOS DE IDADE, ESTAVA EXPOSTA A GRAVES RISCOS SOB A GUARDA MATERNA, UMA VEZ QUE A DEMANDADA TEM HISTÓRICO DE CONSUMO DE BEBIDAS ALCOÓLICAS, EMBORA AFIRME MELHORA COM O TRATAMENTO QUE VEM FAZENDO. ALÉM DISTO, TEVE CONDENAÇÃO POR TENTATIVA DE HOMICÍDIO DE UM SOBRINHO, TENDO PERMANECIDO UM PERÍODO INTERNADA NO IPF. (...). ASSIM, **EM QUE PESE A DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR SER MEDIDA EXTREMA, JUSTIFICA-SE NO CASO**, ESTANDO ATENDIDA A PREVISÃO DO INC. II, DO ART. 1.638, DO CC, PREVENDO QUE PERDERÁ O PODER FAMILIAR O PAI OU A MÃE QUE DEIXAR O FILHO EM ABANDONO. NEGARAM PROVIMENTO. UNÂNIME. (Apelação Cível, Nº 50035397920208210048, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Julgado em: 01-07-2021). Grifos da autora.

Todavia, similar relação consequencial à dos incisos I e III pode ser observada nas hipóteses em que o condenado pratica o crime contra o menor de idade sobre o qual detém o poder familiar. É o entendimento encontrado na jurisprudência:

Atentado contra a liberdade sexual da própria filha, o comportamento do agente revela insensibilidade moral e total incapacidade para o exercício do pátrio poder, sendo de se lhe aplicar, como efeito da condenação (art. 92, II, CP), a pena de destituição deste. (TJSP – AC – Relator Jarbas Mazzoni, RT 639/292)

É manifesta a incompatibilidade existente entre o exercício do pátrio poder (hoje, poder familiar), que o réu exerce sobre a filha, e condenação imposta pelo fato, sobremaneira gravíssimo, de havê-la estuprado e sujeita-la a prática de atos libidinosos (...) Como pena acessória ou efeito da condenação, o fato é que, a toda evidência, está o apeado manifestamente impossibilitado de exercer os direitos inerentes ao pátrio poder (hoje, poder familiar) por lhe faltar aquelas condições ético-morais, que são os fundamentos impostergáveis a que isso ocorra (TJSP – AC – Relator Nelson Fonseca – RJTJSP 111/505)

Estes cenários em que a relação de causa e consequência é tão pulsante que se torna evidente durante o curso de uma ação penal, poderão, decerto, ensejar o reconhecimento da inaptidão para o exercício do poder familiar no

juízo criminal, para, ultimamente, zelar pelos interesses do menor vitimado diretamente⁶⁰ por seu pai ou sua mãe.

Nos demais, em que o sujeito passivo do crime cometido não é o menor e conseqüentemente não há incompatibilidade *manifesta* com o exercício da autoridade parental, a submissão da discussão ao juízo cível parece a forma apropriada de proceder.

Nestes, a mencionada relação de causa e consequência observada no artigo 92 do CP languesce, cedendo espaço a uma quase-arbitrariedade. Se o juiz não conhece das questões atinentes ao poder familiar, não poderá presumir uma violência reflexa que atinja o menor de idade, sob pena de fazer recair sobre o condenado responsabilidade objetiva penal⁶¹ ao atribuí-lo autoria, inexistindo apuração de culpabilidade, de eventual violência reflexa contra o menor.

Diz-se quase-arbitrariedade, pois, embora o juiz esteja constitucionalmente (artigo 93, IX da CF) incumbido de fundamentar suas decisões e motivadamente declarar a incidência do efeito da perda familiar (parágrafo único do artigo 92 do CP), a fundamentação do julgador é limitada à sua cognição: se na construção desta não houve aprofundamento no aferimento da (in)aptidão do pai (ou da mãe), por consectário não pode se presumir que o juiz atine de forma assaz sua decisão neste ponto específico.

Estefam (2022, p. 635) pondera sobre a utilização com parcimônia da medida asseverando que o magistrado tem de atentar-se aos elementos concretos da causa a fim de determinar se o resultado do crime verdadeiramente implica incompatibilidade com o exercício do poder familiar, posto que este efeito não é automático e deve ser motivado na sentença (parágrafo único, 92, CP).

Todavia, se não há substrato cognoscível acerca do poder familiar do réu em ação penal, não há como se verificar a conveniência da destituição deste

⁶⁰ Antes da ampliação das hipóteses de perda do poder familiar promovidas pela Lei 13.715/2018, a redação da Lei n. 7.209/1994 previa a incidência do efeito específico (92, II, CP) se o crime cometido fosse sujeito à pena de reclusão e cometido *diretamente* contra filho, tutelado ou curatelado.

⁶¹ RESP – PENAL – ESTUPRO – PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA – **O DIREITO PENAL MODERNO É O DIREITO PENAL DA CULPA. NÃO SE PRESCINDE DO ELEMENTO SUBJETIVO.** INTOLERÁVEIS A RESPONSABILIDADE OBJETIVA E A RESPONSABILIDADE PELO FATOS DE OUTREM. A SANÇÃO, MEDIDA POLÍTICO-JURÍDICA DE RESPOSTA AO DELINQUENTE, DEVE AJUSTAR-SE A CONDUTA DELITUOSA. CONDUTA E FENOMENO OCORRENTE NO PLANO DA EXPERIÊNCIA. E FATOS. FATOS NÃO SE PRESUME. EXISTE OU NÃO EXISTE. O DIREITO PENAL DA CULPA É INCONCILIÁVEL COM PRESUNÇÕES DE FATOS. (...) **INCONSTITUCIONALIDADE DE QUALQUER LEI PENAL QUE DESPREZE A RESPONSABILIDADE SUBJETIVA.** (STJ – RECURSO ESPECIAL – RO Nº 46.424-2, T6 – SEXTA TURMA, MIN. REL. LUIZ VICENTE CERNICCHIARO). Grifos da autora.

atributo da perspectiva do menor. Logo, se torna impossível afirmar que o menor será beneficiado pela medida⁶². Trata-se de *non sequitur*. E então, a medida que é immanentemente protetiva (do menor) tornar-se-á meramente punitiva (ao pai ou mãe condenado).

A questão se aprofunda se a inteligência da aplicação da medida abarcar a extensão do efeito a outros filhos, que também não tenham sido vítimas diretas do delito (MASSON, 2009, p. 798; GONÇALVES, 2017, p. 614).

Este certamente não é o pretendido pela Lei 13.715/2018, cuja aplicação não pode soto-pôr a proteção do menor à importância da punição do condenado: o fim-último da Lei é rechaçar o “homem⁶³ que pratica crime doloso grave” em âmbito doméstico, reconhecendo-o como inapto para o exercício da autoridade parental. O fim-último da destituição do poder familiar, em que pese as nuances punitivas, é a proteção do menor de idade (LÔBO, 2017, p. 300).

E este fim há de prevalecer, pois a doutrina da primazia do interesse da criança e do adolescente preconiza a priorização dos seus interesses (PEREIRA, 2016, p. 149), se tratando de princípio que “não é uma recomendação ética, mas forma determinante nas relações da criança e do adolescente com seus pais, com sua família, com a sociedade e com o Estado” (LÔBO, 2017, p. 74).

É na análise do caso concreto, sobretudo, que o princípio do superior interesse das crianças e dos adolescentes se revela, proporcionando uma efetiva tutela de seus direitos fundamentais, os quais deverão ser atendidos na decisão judicial, isenta de subjetivismos (AMIN, 2017, p. 75/76).

4.3 A Lei 13.715/2018: Aspectos Processuais (Civis) e Civis

Em alternativa à aplicação da Lei n. 13.715/2018 nos casos em que a criança não é vítima direta da atividade criminosa, é razoável observar opções já inclusas no ordenamento.

⁶² Não podendo, portanto, ser aplicada: se inexistir interesse do menor, o elemento punitivo – em face do genitor – é o único a prevalecer, e como já fora exposto, este não basta para causar a incidência da medida.

⁶³ Embora os comentários tecidos à lei direcionem as atenções ao homem agressor no seio doméstico, decerto as suas previsões incluem mulheres no mesmo posto.

A situação em que o menor de idade é “vítima reflexa” de violência perpetrada contra seu familiar é um exemplo de violência psicológica de acordo com a alínea c, do inciso II, do artigo 4 da Lei n. 13.431/2017⁶⁴.

Se é violência, pode ser substrato para a ação de destituição do poder familiar esta conjuntura em que o menor de idade está inserido em rede de violência alimentada pelo(a) detentor(a) do poder familiar, haja vista que um dos deveres do titular da autoridade parental é a proteção do menor de todo o tipo de violência (quem deve concretizar as previsões constitucionais insertas nos artigos 226, §8 e 227 da Carta Magna). Além disto, Caio Mário da Silva Pereira (2022, p. 565) leciona que:

Na hipótese de violência intrafamiliar, impõem-se providências jurisdicionais visando proteger a criança, ficando em segundo plano o conflito entre os pais. Portanto, é competente o Juiz da Infância e Juventude para atender à regra do art. 130 do Estatuto da Criança e do Adolescente ao determinar, como medida cautelar, o afastamento do agressor da moradia comum, na hipótese de maus-tratos, opressão ou abuso sexual impostos pelos pais ou responsável. Esta medida também poderá ser processada, cumulativamente, com a suspensão do poder familiar.

Além da supracitada possibilidade de afastamento do agressor do seio familiar, durante o desenvolvimento da ação penal versada sobre os crimes contidos no parágrafo único do artigo 1.638 do CC, não há óbice ao ajuizamento de ação de destituição do poder familiar no juízo cível, independentemente de trânsito em julgado de eventual sentença criminal. Neste, havendo motivo grave, o Estatuto da Criança e do Adolescente permite a concessão de liminar para decretar a suspensão do poder familiar, nos ditames do artigo 157⁶⁵, pondo-se, se for o caso, a criança sob a guarda provisória de outra pessoa. É o que se observa na jurisprudência:

⁶⁴ Art. 4º Para os efeitos desta Lei, sem prejuízo da tipificação das condutas criminosas, são formas de violência:

(...)

II - violência psicológica:

(...)

c) qualquer conduta que exponha a criança ou o adolescente, direta ou indiretamente, a crime violento contra membro de sua família ou de sua rede de apoio, independentemente do ambiente em que cometido, particularmente quando isto a torna testemunha;

⁶⁵ ECA, Art. 157. Havendo motivo grave, poderá a autoridade judiciária, ouvido o Ministério Público, decretar a suspensão do pátrio poder poder familiar, liminar ou incidentalmente, até o julgamento definitivo da causa, ficando a criança ou adolescente confiado a pessoa idônea, mediante termo de responsabilidade. (Expressão substituída pela Lei nº 12.010, de 2009) Vigência.

APELAÇÃO - Infância e Juventude - Ação de destituição do poder familiar – Juízo da causa que destituiu o genitor do poder familiar, ex vi do art. 1638 , parágrafo único , inciso I , a , do Código Civil – Apelante pronunciado pelo crime de feminicídio praticado contra a genitora da criança – Recurso lastreado na falta de comprovação da culpa perante o juízo criminal, visto que o apelante aguarda o julgamento pelo plenário do júri – Proteção Integral à infância que impõe intensa responsabilidade do Estado na avaliação da aptidão moral para o exercício do poder familiar – Desnecessidade do trânsito em julgado da condenação para autorizar a destituição – Perda do poder familiar bem decretada – Sentença de procedência mantida – Recurso desprovido.

(TJSP; Apelação Cível 1004476-26.2020.8.26.0079; Relator (a): Guilherme G. Strenger (Pres. Seção de Direito Criminal); Órgão Julgador: Câmara Especial; Foro de Botucatu - 1ª Vara Criminal; Data do Julgamento: 25/11/2021; Data de Registro: 25/11/2021)

AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO DE FAMÍLIA E ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. AÇÃO DE INVERSÃO DE GUARDA. TUTELA DE URGÊNCIA. SUSPEITA DA PRÁTICA DE CRIME SEXUAL. PADRASTO. INDÍCIOS DE OCULTAÇÃO DO CRIME POR PARTE DA GENITORA. REQUISITOS PREENCHIDOS. INVERSÃO LIMINAR DA GUARDA EM FAVOR DO GENITOR. PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO INTEGRAL. DECISÃO MANTIDA. 1. Não se conhece de documento novo juntado antes da sessão de julgamento do Agravo de Instrumento quando o mesmo não foi submetido ao crivo do juízo de origem, sob pena de supressão de instância. 2. Para a concessão da tutela antecipada, exige-se prova que, por sua própria estrutura e natureza, gere a convicção segura dos fatos alegados e o juízo de certeza da definição jurídica respectiva, tendo como condições gerais elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo, requisitos elencados no art. 300 do atual Código de Processo Civil. 3. Tratando-se de interesse de criança no feito, deve o julgador observar as diretrizes impostas pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, em especial o princípio da proteção integral, onde a interpretação e aplicação de toda e qualquer norma contida no aludido Estatuto deve ser voltada à proteção integral e prioritária dos direitos de que crianças e adolescentes são titulares (art. 100, parágrafo único, do ECA). 2.1. Em atenção aos compromissos internacionais assumidos, compete aos órgãos nacionais proteger a criança contra todas as formas de violência física ou mental, abuso ou tratamento negligente, bem como orientar a sua educação no sentido de proporcionar-lhe meios para desenvolver-se em todo o seu potencial. Inteligência dos arts. 19 e 29 da Convenção da Organização das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança (Decreto 99.710/1990). 4. Considerando a existência de elementos que evidenciem a suspeita de abuso sexual pelo padrasto da menor, correta a decisão que inverteu, de forma liminar, a guarda e concedeu a guarda provisória para o pai até que os fatos relatados sejam devidamente esclarecidos. 3.1. A proteção dos interesses da criança estão acima dos interesses dos genitores, sendo que a manutenção da guarda da menor em favor do pai/agravado é a medida que, neste momento, melhor atende aos interesses da criança, em consonância com o princípio da proteção integral garantido pela Constituição Federal (art. 227) e pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (arts. 18 e 157), tendo o juízo recorrido, diante dos elementos que lhe foram submetidos, cumprido com o seu papel de resguardar os interesses da criança frente aos graves fatos aqui noticiados. 5. Agravo de Instrumento conhecido e improvido.

(Acórdão 1193163, 07090862120198070000, Relator: GISLENE PINHEIRO, 7ª Turma Cível, data de julgamento: 7/8/2019, publicado no PJe: 14/8/2019. Pág.: Sem Página Cadastrada.)

É similar à lógica investida na indignidade para fins sucessórios (a qual é constatada quando o herdeiro tiver incorrido nas hipóteses previstas no artigo 1.814 do CC): a apuração do fato, seja a indignidade, seja a inaptidão para o exercício da autoridade parental, concretizar-se-á no juízo cível (independentemente de ação penal): “ao contrário do Direito francês e do belga, que instituem a prévia condenação criminal do herdeiro, o nosso, como o italiano, não a erige em requisito da pena civil, reputando desta sorte indigno o que comete o fato, e não apenas o que sofre a condenação” (PEREIRA, 2017, p. 54).

Não obstante, no que tange à coisa julgada no cível oriunda de condenação⁶⁶, o paralelo sob exame é imperfeito. A perscrutação da indignidade no juízo criminal é plena e exaustiva, permitindo a busca da verdade real quanto a indignidade (são condições satisfativas para esclarecer se há ou não indignidade, e o resultado é um ou outro). Significa que o ato delituoso indicativo de indignidade poderá ser objeto de ação penal, cujo cerne será o próprio ato delituoso, de sorte que tudo aquilo que há para se conhecer será abordado nos autos desta. Consequentemente, ante condenação penal, não há motivo para submeter *exatamente*⁶⁷ a mesma questão ao juízo cível buscando, neste, o reconhecimento da indignidade em ação independente.

⁶⁶ Silvio Salvo Venosa (2021, p. 523) aponta a relação – acerca da coisa julgada – estabelecida entre o juízo cível e penal havendo sentença condenatória ou absolutória neste último: “No entanto, se o juízo conclui pela inexistência do crime ou declara não ter o agente cometido o delito, bem como se há condenação, isso faz coisa julgada no cível”.

⁶⁷ CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. AUTOR QUE SUSCITA CONFLITO EM FACE DO JUÍZO DA PRIMEIRA VARA DE FAMÍLIA E DE ÓRFÃOS E SUCESSÕES DE TAGUATINGA/DF E DO JUÍZO DA QUARTA VARA CÍVEL DE TAGUATINGA/DF. AÇÃO DE INDIGNIDADE DE HERDEIRO. PRETENSÃO FUNDADA EM CONDENAÇÃO CRIMINAL. EXISTÊNCIA DE PROVA DOCUMENTAL. AUSÊNCIA E COMPLEXIDADE. NÃO ATRAÇÃO DA COMPETÊNCIA DO JUÍZO CÍVEL. COMPETÊNCIA DO JUÍZO DAS SUCESSÕES. 1 - Cuida-se de Conflito de Competência negativo, suscitado por autor de ação de indignidade de herdeiro em face do JUÍZO DA PRIMEIRA VARA DE FAMÍLIA E DE ÓRFÃOS E SUCESSÕES DE TAGUATINGA/DF (Primeiro Suscitado) e do JUÍZO DA QUARTA VARA CÍVEL DE TAGUATINGA/DF (Segundo Suscitado). (...). 4 - Considerando-se que, nos termos do art. 612 do Código de Processo Civil, o juiz do inventário decidirá todas as questões de direito, desde que os fatos relevantes estejam provados por documentos, somente remetendo para as vias ordinárias as questões que dependam de outras provas, **o Juízo das Sucessões mostra-se competente para conhecer e julgar a ação de indignidade de herdeiro ajuizada pelo autor/suscitante, visto que fundada na aludida condenação criminal e, portanto, documentalmente comprovada**, além de inexistir complexidade para apuração dos fatos, a justificar a atração da competência do Juízo Cível. 5 - Conflito de Competência negativo conhecido para declarar competente o JUÍZO DA PRIMEIRA VARA DE FAMÍLIA E DE ÓRFÃOS E SUCESSÕES DE TAGUATINGA/DF. (Acórdão 1175660, 07039253020198070000, Relator: CESAR LOYOLA, 2ª Câmara Cível, data de julgamento: 27/5/2019, publicado no DJE: 10/6/2019. Pág.: Sem Página Cadastrada.). Grifos da autora.

Nas ações penais em que o réu seja processado (e condenado) em virtude de prática dos crimes abarcados pela Lei 13.715/18 a procura pela verdade, o mérito, refere ao crime e não as suas condições pessoais, ou, além, a relação conservada com o sujeito destinatário do poder familiar.

Portanto, o desencadeamento de coisa julgada no cível pela condenação criminal conduz um limbo, ao qual se relega o mérito tocante àquela relação e, por consectário, o faz à possibilidade de concretização do melhor interesse do menor: não há que se presumir, nesses cenários, a beneficência da perda do poder familiar como providência ideal ao jovem, ao juiz tem de tocar a conjuntura fático-probatória formada na ação cível. É a isto que serve o rito disciplinado pelo ECA.

Num viés procedimental, é observável o contraste das previsões legais de perda do poder familiar a partir da introdução da Lei 13.715/2018: enquanto nas hipóteses previstas no artigo 92, II, do Código Penal o condenado em ação penal perderá, no bojo desta, o exercício do poder familiar, nos demais casos desenvolve-se, em procedimento judicial cível, um conjunto de indícios a partir da instrução processual (a qual há de ser o mais célere⁶⁸, robusta⁶⁹ e minuciosa possível) a fim de aclarar ao julgador qual será a medida mais benéfica ao menor.

Sobre o procedimento para as ações desta sorte, discorre Gonçalves (2021, p. 172):

O Código Civil de 2002 não traça regras procedimentais para a extinção ou suspensão do poder familiar. Por inexistir incompatibilidade, permanecerão as do Estatuto da Criança e do Adolescente. Neste são legitimados para a ação o Ministério Público ou “quem tenha legítimo interesse”.

⁶⁸ O artigo 163 do ECA determina o encerramento da ação de destituição do poder familiar em 120 dias, mas na prática a ação pode se protractar no tempo (IBDFAM, 2017, p. 8).

⁶⁹ EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR - MEDIDA EXTREMA - FARTO BOJO PROBATÓRIO - MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA - EPISÓDIOS DE ABANDONO - DESCUMPRIMENTO DOS DEVERES INERENTES AO PODER FAMILIAR - PERDA DO PODER FAMILIAR

1. A destituição do poder familiar constitui medida extrema que gera impactos, principalmente de ordem psicológica, na vida dos genitores e dos menores. Logo, **essas ações devem ser conduzidas com extrema cautela e dependem de farto bojo probatório**, a fim de assegurar sempre o melhor interesse da criança.

2. Comprovada a situação de risco que a menor estava submetida, com episódios de abandono e de descumprimento dos deveres inerentes ao poder familiar, como cuidado com a criação e educação, deve ser mantida a sentença que decretou a perda do poder familiar. (TJMG - Apelação Cível 1.0000.21.106580-0/001, Relator(a): Des.(a) Carlos Roberto de Faria, 8ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 27/01/2022, publicação da súmula em 02/02/2022). Grifo da autora.

Aduz, ainda, que:

A sentença que decretar a perda ou suspensão será registrada à margem do registro de nascimento do menor (art. 163). Observar-se-ão, assim, o procedimento contraditório exigido no art. 24 e os trâmites indicados nos arts. 155 a 163 do aludido Estatuto.

O Estatuto da Criança e do Adolescente elenca como legitimados aqueles que tenham legítimo interesse e o Ministério Público, e enfatiza a imprescindibilidade do contraditório em seu artigo 24 ao discorrer que a “perda e a suspensão do pátrio poder serão decretadas judicialmente, em procedimento contraditório”, e, em seu artigo 158, que “o requerido será citado para, no prazo de dez dias, oferecer resposta escrita, indicando as provas a serem produzidas e oferecendo desde logo o rol de testemunhas e documentos”.

Maciel pontua a importância do contraditório tanto nas ações destinadas à suspensão quanto àquelas destinadas à destituição do poder familiar (2017, p. 246).

Gonçalves dita que “tal destituição só pode ser feita com rigorosa observância de procedimento contraditório (ECA, art. 24)” (2021, p. 157).

Na mesma direção Gagliano e Pamplona Filho apontam que a determinação da destituição do poder familiar se dará pelo juiz “por decisão fundamentada, no bojo de procedimento em que se garanta o contraditório” (2021, p. 214)

Durante a instrução, aliás, a opinião do infante é cara à demanda, consagrando-se a previsão do artigo 28, parágrafo 1 do ECA, cuja redação prioriza a sua vontade mediante oitiva, pois, conclui (MACIEL, 2014, p. 755):

Por ser ação de fortes efeitos, o conhecimento pelo magistrado do desejo da criança afigura-se-nos indispensável, seja ouvindo-a reservada e diretamente, seja através de oitiva por equipe social e psicológica. O direito do menor de expressar sua opinião está relacionado com seu direito ao respeito, à dignidade e à liberdade (arts. 15 e 16, II, do ECA)

Na jurisprudência, a imprescindibilidade do contraditório também é destacada:

(...) Sob a tônica do legítimo interesse amparado na socioafetividade, ao padrasto é conferida legitimidade ativa e interesse de agir para postular a destituição do poder familiar do pai biológico da criança. Entretanto, **todas as circunstâncias deverão ser analisadas detidamente no curso do processo, com a necessária instrução probatória e amplo**

contraditório, determinando-se, outrossim, a realização de estudo social ou, se possível, de perícia por equipe interprofissional, segundo estabelece o art. 162, § 1.º, do Estatuto protetivo, sem descuidar que as hipóteses autorizadas da destituição do poder familiar — que devem estar sobejamente comprovadas — são aquelas contempladas no art. 1.638 do CC/02 c.c. art. 24 do ECA, em *numerus clausus*. **Isto é, tão somente diante da inequívoca comprovação de uma das causas de destituição do poder familiar, em que efetivamente seja demonstrado o risco social e pessoal a que esteja sujeita a criança ou de ameaça de lesão aos seus direitos, é que o genitor poderá ter extirpado o poder familiar**, em caráter preparatório à adoção, a qual tem a capacidade de cortar quaisquer vínculos existentes entre a criança e a família paterna (...). (REsp 1106637/SP, rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 1.º-6-2010, DJe 1.º-7-2010, 3.ª Turma). Grifos da autora.

Sobre o tema firmou-se na III Jornada de Direito Civil, no bojo Enunciado 115 (página 604), a relevância jurídica da opinião dos menores nas situações existenciais que lhes digam respeito: “a vontade dos absolutamente incapazes, na hipótese do inciso I do art. 3º é juridicamente relevante na concretização de situações existenciais a ele concernentes, desde que demonstrem discernimento bastante para tanto”.

A realização de estudo social ou perícia por *experts* é prevista no §1 do artigo 157 do mesmo diploma e se destina a averiguar se há motivo para a suspensão ou a destituição do poder familiar.

Competirá ao juiz cível, na decisão de arremate, a determinação da extensão (ou não) da perda do poder familiar sobre toda a prole, pois, malgrado a adoção da medida denote a incapacidade de exercê-lo genericamente, os interesses dos menores envolvidos se sobrepõem, em determinados casos, a esta presunção⁷⁰:

Entretanto, como se deve dar prevalência aos interesses do menor, nada obsta a que, em caso de perda do poder familiar por abuso sexual de pai contra filha, por exemplo, se decida não atingir a destituição o filho, que trabalhava com o pai e estava aprendendo o ofício, sem nenhum problema de relacionamento, entendendo-se que, nesse caso especial, separá-lo do pai trar-lhe-ia prejuízo ao invés de benefício. (GONÇALVES, 2017, p.173)

As ponderações realizadas sob um viés procedimental se destinam a esclarecer que o mesmo diploma que organiza um conjunto de diretrizes e salvaguardas (dos artigos 155 a 163 do ECA), incluindo o exercício do contraditório

⁷⁰ Na contramão, Maria Helena Diniz (2022, 319, *apud* Figueiredo, Alexandridis, 2014, p. 31) perfilha a ideia de abrangência total da medida (incidente sobre toda a prole), por se tratar de reconhecimento judicial de incapacidade genérica para o exercício do poder familiar.

e da ampla defesa e a participação do Ministério Público (artigo 82, II, CPC), a serem observadas nas ações de suspensão e especialmente nas ações de perda do poder familiar, recepciona uma hipótese de incidência automática (artigo 23, §2 do ECA) da providência mais grave, cujo reconhecimento se dará no juízo criminal, nos termos do inciso II e do parágrafo único do artigo 92 do Código Penal.

Infere-se, portanto, que, se o propósito é a proteção da criança e do adolescente da violência, o ordenamento compila o direito material e os procedimentos para este propósito, cujos desenvolvimentos não de se realizar à luz dos direitos e garantias despendidos ao menor.

A problemática provocada por esta hipótese de incidência se torna mais relevante ao considerar as situações em que o sujeito ativo do crime em questão não tenha o praticado em face do menor sob o qual exerce o poder familiar, pois, consoante a redação do §2, o delito pode ter vitimado “outrem igualmente titular do mesmo poder familiar” (lê-se: outro genitor) ou “outro descendente”⁷¹. É este tipo de cenário que se analisa.

O *busílis* é presumir aprioristicamente que todo e qualquer pai ou mãe que seja condenado nos cenários supracitados seja completa e absolutamente inapto a desempenhar a função paterna (ou materna), presunção qual redundará no reconhecimento de sua incapacidade para o exercício do poder familiar no bojo do processo criminal o qual tem, naturalmente, como escopo o delito.

Ou seja, o debate acerca da (in)aptidão do condenado para a *maternagem* (ou *paternagem*) viabilizado pelo procedimento cível (regido pelas diretrizes dos artigos 155 a 163 do ECA) cederá lugar ao entendimento do juiz criminal, pautado numa instrução processual versada apenas sobre o crime.

Duma perspectiva, o pai ou mãe será despojado de seus deveres e prerrogativas enquanto tal, sem o devido exercício do contraditório (garantia fundamental entalhada na Carta Magna⁷²) viabilizado pelo *due process*⁷³, numa espécie de responsabilização ante presunção de violência, se aproximando de algo

⁷¹ Este trecho do artigo pode ser exemplificado pelo contexto em que o sujeito ativo do crime tenha o cometido contra neto, o qual há de ser logicamente filho de menor de idade sujeito ao poder familiar, senão não há que se falar em perda do poder familiar (o qual não engloba maiores de idade ou netos).

⁷² Artigo 5º, inciso LV.

⁷³ Sobreprincípio que contém a garantia ao juízo natural (artigo 5º, LIII, CF), competente para se embrenhar nas questões civis, mais especificamente as de família.

como a máxima da *versari in re illicita*⁷⁴, do direito penal da culpa; doutra, o menor de idade sujeito ao poder familiar deixará de sê-lo, em relação àquele que o perdeu, mesmo nas situações em que quiçá a medida fosse desnecessária ou, ainda mais grave, maléfica ao menor.

Denise Comel (2003, p. 275) ao tratar da hipótese de suspensão do poder familiar (note-se: medida menos gravosa se comparada à destituição) em virtude de condenação criminal irrecorrível, por crime cuja pena exceda a dois anos de prisão, assevera que:

Ainda que a conduta criminosa seja reprovável, não se pode reputar que sempre indicará falta de condições do apenado para exercer o poder familiar, senão cada caso deverá ser apreciado judicialmente, para que, sempre no interesse e em benefício do menor, sejam tomadas as medidas cabíveis. Até porque a apreciação de mérito que faz a justiça criminal é tão-somente com relação ao fato criminoso, e não quanto à pessoa do condenado, não entrando no julgamento de suas condições e habilidades pessoais, nem de forma genérica, muito menos no que tange ao exercício do poder familiar. A destituição do poder familiar não é objeto da ação penal, de modo que sobre tal fato não se vai observar o princípio do contraditório e o da ampla defesa, o que seria imprescindível sob pena de afronta à norma constitucional. Aliás, seria mesmo um caso de responsabilidade objetiva, há muito banida do ordenamento jurídico-penal.

As ponderações de Rolf Madaleno (2021, p. 766) sobre o mesmo tópico coadunam com o entendimento da doutrinadora:

Fácil, portanto, deduzir que resta completamente sem sentido o parágrafo único do artigo 1.637 do Código Civil ao suspender do poder familiar o pai ou a mãe condenados por sentença irrecorrível, em virtude de qualquer crime cuja pena exceda a dois anos de prisão, quando este mesmo genitor só seria destituído do poder familiar se o seu crime doloso fosse contra o próprio rebento, e se apesar de preso é garantida a convivência da criança e do adolescente com a mãe ou o pai privado de liberdade, por meio de visitas, qual o sentido então de suspender o poder familiar durante o cumprimento da pena, se não há nenhuma correlação entre o crime e o poder familiar e se o progenitor tem assegurada com seu filho uma relação de convivência. Se convivem pai preso e filho visitante é porque se trata de direito fundamental garantido em favor do filho e cujo pai nada fez contra seu filho para ver suspensa a sua responsabilidade como pai ou como mãe.

⁷⁴ Aforismo incompatível com o ordenamento jurídico brasileiro que, em síntese, permite a responsabilização do autor de ilícito até de eventuais consequências mediatas, das quais não se apura a culpabilidade, como explica Claus Roxin (1997, p. 335): “*historicamente, los delitos cualificados por el resultado proceden de la teoría, elaborada en el Derecho canónico, del llamado versari in re illicita (= encontrarse dentro de un asunto ilícito), conforme a la cual cualquier persona responderá, aunque no tenga culpa, de todas las consecuencias que se deriven de su acción prohibida*”. Em português: historicamente, os delitos qualificados pelo resultado provêm da teoria elaborada no Direito Canônico, do chamado *versari in re illicita* (se encontrar dentro de um assunto ilícito), no qual qualquer pessoa responderá, ainda que não tenha culpa, por todas as consequências que derivem sua ação proibida (tradução nossa).

Hoje, com as alterações promovidas pela Lei 13.715/2018 as únicas proposições de destituição do poder familiar causadas por condenação criminal são as constantes no §2 do artigo 23 do Estatuto da Criança e do Adolescente: “hipótese de condenação por crime doloso sujeito à pena de reclusão, contra outrem igualmente titular do mesmo poder familiar ou contra filho ou filha ou outro descendente”.

4.4 Da Não Aplicação da Lei 13.715/2018 no Caso de Elize

A Lei sob exame entrou em vigor na data de sua publicação, em 25 de setembro de 2018, passando a produzir efeitos desde então, modificando o código penal, o civil e o Estatuto da Criança e do Adolescente.

Quanto a Elize, especificamente, esta cumpre a pena que lhe foi imposta em decisão no juízo criminal, já transitada em julgado, afastando-se a possibilidade de retroação, mormente a prejudicial, do artigo 92, II, do CP, conforme a Carta Magna assevera em seu inciso XXXVI, do artigo 5º (“a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”), complementado pelo artigo 6º da Lei de Introdução às normas do Direito brasileiro.

A aplicação da lei penal no tempo se limita, nos termos do artigo 4 do CP, ao momento em que se pratica a conduta delituosa, consoante a teoria da atividade⁷⁵. O aludido crime ocorreu no ano de 2012, anteriormente às alterações trazidas pela lei supracitada e àquele tempo a perpetração de crime doloso apenado abstratamente com reclusão contra outrem igualmente detentor do poder familiar não era hipótese de perda do poder familiar por ato judicial.

A Lei, portanto, não terá efeito retroativo e não incidirá sobre o ato cometido por Elize, ainda que o processo criminal em que é ré estivesse em curso, vedada a retroatividade da *novatio legis in pejus* e atendendo a teoria encampada pelo ordenamento jurídico brasileiro, destinada a delimitar a aplicação da lei penal no tempo (ESTEFAM, 2022, p. 196).

⁷⁵ Esclarece Fernando Capez (2022, 38): “Pois bem. Entrando em vigor, as normas processuais têm sua incidência regulada pelo art. 2º do CPP, segundo o qual “a lei processual aplicar-se-á desde logo, sem prejuízo dos atos realizados sob a vigência da lei anterior”. Isso significa que o legislador pátrio adotou o princípio da aplicação imediata das normas processuais: o ato processual será regulado pela lei que estiver em vigor no dia em que ele for praticado (*tempus regit actum*). Quanto aos atos anteriores, não haverá retroação, pois eles permanecem válidos, já que praticados segundo a lei da época. A lei processual só alcança os atos praticados a partir de sua vigência (dali para a frente)”.

Já em campo cível, a título de exemplo, Tartuce (2022, p. 623) tece comentários sobre a (ir)retroatividade da Lei 13.509/2017 que tornou hipótese de perda do poder familiar a entrega de filho para a adoção irregular (adoção à brasileira) para atingir fato pretérito à sua vigência. O faz observando o entendimento do STJ ao julgar o REsp 1.674.207/PR e concluindo que a norma introduzida pela Lei não poderia retroagir sem uma análise do caso concreto:

(...) a propósito, a recente jurisprudência do STJ acabou por firmar a tese de que “na hipótese em que o reconhecimento de ‘adoção à brasileira’ foi fator preponderante para a destituição do poder familiar, à época em que a entrega de forma irregular do filho para fins de adoção não era hipótese legal de destituição do poder familiar, a realização da perícia se mostra imprescindível para aferição da presença de causa para a excepcional medida de destituição e para constatação de existência de uma situação de risco para a infante. (...) É importante consignar que a entrega de forma irregular do filho para fins de adoção somente foi considerada causa para a perda do poder familiar do pai ou da mãe (CC, art.1.638, V), com a vigência da Lei nº 13.509 de 22 de novembro de 2017, que nem sequer estava em vigor quando da entrega de MARIA LAURA e da prolação da sentença, do acórdão ou da interposição do presente recurso especial, de modo que não poderia a configuração da “adoção à brasileira”, por si só, ser causa para a desconstituição do poder familiar. (STJ, REsp 1.674.207/PR, 3.^a Turma, Rel. Min. Moura Ribeiro, j. 17.04.2018, DJe 24.04.2018).

Da tese do Superior Tribunal de Justiça se infere a imprescindibilidade da análise concreta do caso para consolidar o uso da destituição do poder familiar, sem prejuízo da aferição de eventual situação de risco para a criança.

A mencionada aferição de eventual situação de risco para a criança e da data dos fatos se correlacionam com a ideia de que a causa para a destituição do poder familiar deve existir legalmente ao tempo dos fatos e coincidir com o pleito de destituição em juízo, isto é, se não há causa premente, não há fundamento para tencionar este pleito. Ou seja, a causa há de ser prevista em lei ao tempo dos fatos e contemporânea à aplicação da medida.

Esta inteligência também possui implicações sobre as discussões acerca da possibilidade de restituir o poder familiar já perdido (VIANA, 1993, p. 60), pois, se a inexistência de fundamento contemporâneo ao ajuizamento da ação pode obstar a incidência da medida, de modo similar à dissipação de fundamento havido em algum momento pode dar azo ao pleito de restituição do poder familiar.

Em prol da segurança jurídica e das vedações à retroatividade da lei nova, ante a ausência de fatos posteriores⁷⁶ que embasem a aplicação das disposições próprias da Lei 13.715/2018, tanto não há de se pretender fazer incidir a perda do poder familiar de Elize sobre sua filha com fundamento no parágrafo único do artigo 1.638 do Código Civil, quanto não se vislumbra a possibilidade de, no âmbito penal, já em fase de execução da pena, dar efeito ao inciso II do artigo 92 do Código Penal.

Num panorama que transcende o caso de Elize, também é rechaçável a pretensa inexorabilidade da declaração da incapacidade para o exercício da autoridade parental. Consoante Damásio de Jesus, em seara penal, a condenação implica “incapacidade permanente” (2020, p. 673), incapacidade qual corresponde à perda, afirmando que se veda a reconstituição do exercício do poder familiar àquele que foi despojado deste atributo nos termos do artigo 92, II do Código Penal (2020, p. 676).

Miguel Reale Jr. (2020, p. 358) afirma ao tratar dos efeitos do instituto da reabilitação criminal em face da perda do poder familiar que “o pátrio poder, o familiar, poderá ser readquirido, no entanto, não com relação ao filho contra o qual se praticou o delito. O exercício do pátrio poder poderá se dar com relação aos demais filhos” (sublinhando o caráter permanente do reconhecimento da incompatibilidade com o exercício do poder familiar).

Damásio de Jesus (2020, p. 676) envereda pelo mesmo sentido:

A reabilitação também pode extinguir os efeitos específicos da condenação (art. 92). Entretanto, é vedada a reintegração na situação anterior nos casos de perda de cargo ou função pública (inc. I) e incapacidade para exercício do poder familiar, tutela ou curatela (CP, arts. 92, II, e 93, parágrafo único). Significa que o condenado que perdeu o cargo etc. não pode, reintegrado, ser reconduzido ao exercício do mesmo cargo etc., com reparação de vantagens, vencimentos etc. Assim também aquele que perdeu o poder familiar etc. não pode voltar a exercê-lo em relação ao sujeito passivo do delito.

Parte da doutrina civilista também espousa a ideia da austeridade da destituição do poder familiar, considerando-lhe providência definitiva⁷⁷.

⁷⁶ Contemporâneos ao pleito de destituição.

⁷⁷ Como Antonio Cezar Lima da Fonseca em “A ação de destituição do pátrio poder”, disponível em <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/597/r146-20.pdf?sequence=4#:~:text=395%20e%20incisos%20estabelece%3A%20%E2%80%9CPerder%C3%A1,moral%20e%20aos%20bons%20costumes%E2%80%9D>. Acesso em: 09/08/2022.

Da perspectiva do menor, a pretensa previsão da vedação abstrata ao retorno ao *status quo ante* viabilizada por outra decisão judicial não aparenta, de plano, estar em sintonia com a doutrina da primazia do melhor interesse da criança e do adolescente e com os direitos integrados pela sistemática de proteção aos seus direitos, porquanto o juízo é passível de erros e uma decisão judicial dessa magnitude, embora satisfatoriamente fundamentada nos parâmetros do parágrafo único do artigo 92 do CP, não possui o condão de utopicamente se amoldar ao caso concreto *ad aeternum*.

Da perspectiva do destituído, a perpetuação da sanção, observa Ishida (2015, p. 427), representa violação à previsão constitucional presente na alínea b, do inciso XLVIII do artigo 5º da CF:

A perda, na verdade, constitui-se em verdadeira sanção decorrente do descumprimento dos deveres inerentes ao pátrio poder. E, como sanção, veda-se a perpetuidade da mesma. Utiliza-se por analogia do princípio penal insculpido no art. 5º, XLVIII, letra "b", da CF, que menciona que 'não haverá penas: (...) b) de caráter perpétuo'. Assim, cessado o motivo, é possível ao juiz restituir o poder familiar ao genitor.

A sentença que decreta a destituição do poder familiar, embora nasça com a tendência à perenizar, não tem força "criogênica"⁷⁸, pois a situação fática muda, surgindo para os envolvidos nos imbróglios jurídicos novos almejos de tutela (diante da mutabilidade dos estados de fato e de direito⁷⁹).

Num panorama geral a doutrina majoritária parece tender à ideia de que uma vez findo o motivo para a perda do poder familiar surge a possibilidade de sua retomada (ELIAS, 1999, p. 100; PEREIRA, 2022, p. 570; GOMES, 2012, p. 293; MACIEL, 2014, p. 207). É o posicionamento adotado por Maria Berenice Dias (2022, p. 319):

(...) a perda é permanente, mas não seria definitiva. Os pais podem recuperar o poder familiar, desde que comprovem a cessação das causas que a determinaram. Como princípio da proteção integral dos interesses da criança, por imperativo constitucional, deve ser o norte, parece que a regra de se ter por extinto o poder familiar em toda e qualquer hipóteses de perda não é a que melhor atende aos interesses do menor.

⁷⁸ Silvio Salvo Venosa leciona ao discorrer sobre a coisa julgada que (2021, p. 243): "O dogma da coisa julgada passa a ter outra compreensão, o que nem sempre significa segurança jurídica. Na verdade, nada pode ser rígido e impermeável em Direito".

⁷⁹ Art. 505. Nenhum juiz decidirá novamente as questões já decididas relativas à mesma lide, salvo: I - se, tratando-se de relação jurídica de trato continuado, sobreveio modificação no estado de fato ou de direito, caso em que poderá a parte pedir a revisão do que foi estatuído na sentença; (CPC/2015).

Aponta-se no direito comparado a admissibilidade do restabelecimento da autoridade parental outrora perdida explicitamente nos diplomas argentinos, franceses e italianos (MACIEL, 2014, p. 208).

Portanto, em especial às hipóteses de perda do poder familiar como efeito extrapenal da condenação, é de se considerar a viabilidade do ajuizamento de uma ação de restituição do poder familiar, com o fito de obter revogação da sentença que determinou sua destituição (PEREIRA, 2022, p. 570).

Esta espécie de ação específica não encontra guarida imediata e exata no ECA, ou nos demais diplomas brasileiros, mas considerando os princípios norteadores explanados neste trabalho e diante da “omissão legislativa ser aplicado, por analogia, o rito previsto nos artigos 155 e seguintes antes comentado, sendo a competência do Juízo de Família ou da Infância e da Juventude (dependendo da situação jurídica do filho)” (MACIEL, 2014, p. 761).

In casu, o pedido é tecnicamente possível, supondo-se que a demanda ajuizada pelos avós da filha de Elize seja julgada procedente, pois como é cediço estes apenas detêm a guarda da garota e juridicamente não poderão adotá-la enquanto avós (pois o § 1º do artigo 42 do Estatuto da Criança e do Adolescente proíbe a adoção por avós expressamente).

Ou seja, a cessação jurídica do vínculo de parentesco (aqui, com Elize) oriunda da adoção não⁸⁰ terá lugar se adoção não houver, dando azo a eventual retomada do poder familiar pela aludida.

4.5 A Desfiliação no Caso de Elize: Comentários Introdutórios sobre a Adoção Avoenga

No cenário em que os avós da criança não pleiteiem apenas a destituição do poder familiar de Elize, mas também cumulem a ação com a adoção avoenga, outras consequências poderão ter lugar.

⁸⁰ Em que pese não haver disciplina legal clara sobre a potencialidade de a perda do poder familiar conduzir a destruição do vínculo paterno-materno-filial, Maria Berenice Dias (2022, p. 316) leciona: “A perda do poder familiar não rompe o vínculo de parentesco. Porém, destituído o genitor do poder familiar, não dá para admitir que conserve o direito sucessório com relação ao filho. No entanto, o filho permanece com direito à herança do pai. Ainda que esta distinção não esteja na lei, atende a elementar regra de conteúdo ético”.

Por ora, os avós da filha de Elize detêm apenas a sua *guarda*⁸¹ e Elize tem sua autoridade parental suspensa.

Isto é, exercem o instituto da guarda, cujas prerrogativas e consequências diferem do instituto da adoção (o qual modifica irrevogavelmente as relações de parentesco). Nada obstante, na prática, os interesses da criança podem ser atendidos de forma similar em ambos os institutos.

O guardião mantém sob seus cuidados, materiais e existenciais, o menor de idade, mas não terá o *status* de pai (ou de mãe) e não se operam os consectários do estabelecimento de parentesco propiciado pela adoção.

A guarda também não se confunde com a posse do estado de filho, uma situação de fato que indica, por presunção legal, relação de parentesco. O estado de filiação é caracterizado⁸² pela existência de *tractatus* (o tratamento usual de genitor em face de filho e vice-versa); de *nomen* (o filho carrega o nome de família dos pais), e; de *fama*, se resume no reconhecimento desse estado de filiação pela comunidade (LÔBO, 2017, p. 233).

Malgrado Paulo Lôbo (2017, p. 232/233) assinala que a convivência familiar, o cumprimento concreto dos deveres parentais de guarda, instrução e auxílio material prestado à criança, bem como a existência de vínculos afetivos entre esta e os pretensos pais denotam a “aparência do estado de filiação”, estas incumbências e ações, se desprovidas do que caracteriza o estado de filiação, são, na prática, quase⁸³ idênticas às da tutela⁸⁴ aliada à guarda⁸⁵.

Em tese, observando o advento deste precedente, hipotético pleito exarado pelos avós da filha de Elize no sentido de adotá-la torna-se plausível,

⁸¹ Na modalidade do parágrafo 2º, do artigo 33 do ECA que “representa uma medida ideal para amparo de crianças ou adolescentes quando existem razões pessoais ou impedimento legal para transformá-los em filhos próprios através da adoção” (PEREIRA, 2022, p. 631).

⁸² Insta esclarecer que, consoante Paulo Lôbo, nem todos os requisitos precisam estar presentes para o reconhecimento da posse do estado de filho, em prol da primazia dos interesses dos menores (2017, p. 233).

⁸³ Apesar de o instituto jurídico da tutela englobar quase todos os atributos do poder familiar, ao tutor não é dado adquirir em nome próprio, ou por terceiro, seja por instrumento público ou particular, bens de qualquer sorte de propriedade do menor; nem dispor gratuitamente destes bens, ou; constituir-se cessionário de crédito ou de direito, contra o menor (artigo 1.749 do CC).

⁸⁴ “A tutela jurídica é um instituto jurídico de natureza assistencial cujo objetivo é a substituição do poder familiar que incide sobre pessoas cujos pais faleceram, foram declarados ausentes, suspensos ou, ainda, destituídos de seu poder parental, de modo que o tutor passará a dirigir a pessoa e administrar seus bens” (NERY JUNIOR e NERY, 2011, p. 1.203, apud FACHIN, 2012, p. 195).

⁸⁵ ECA, Art. 33: “A guarda obriga a prestação de assistência material, moral e educacional à criança ou adolescente, conferindo a seu detentor o direito de opor-se a terceiros, inclusive aos pais”.

assim, impende a este trabalho tecer algumas considerações diante desta eventualidade.

Depreende-se dos critérios supracitados que a existência de conflito familiar acerca da pretendida adoção seja um empecilho à concretização da adoção avoenga. É que a adoção depende do consentimento⁸⁶ dos pais, ou representantes legais, do adotando (artigo 45, ECA), exceto se houverem sido destituídos do poder familiar (§1 do mesmo artigo).

No caso em exame, Elize não foi destituída de suas prerrogativas enquanto genitora, e presumidamente não aquiesce à eventual adoção pleiteada pelos avós paternos da criança (tendo em vista que busca judicialmente o direito de conviver com ela). Resta, contudo, a possibilidade de deferimento de destituição do poder familiar de Elize, que viabilizaria a adoção de sua filha mesmo sem seu consentimento (preservado, necessariamente, o exercício do contraditório no curso do processo).

Verificam-se 3 interesses distintos: 1. Os interesses dos avós (guardiões que detêm a tutela), 2. Os interesses de Elize, e, 3. Os interesses da criança. Todos deverão ser sopesados, e, no quanto é possível, congraçados, porém os direitos e interesses da criança, sob o prisma da primazia do interesse do menor tendem a prevalecer sobre os demais⁸⁷.

A destituição do poder familiar se assemelha ao que seria uma *ultima ratio* em matéria de direito penal, dentre as medidas com o escopo de retificar situações em que esta prerrogativa é mal desempenhada (como a suspensão), pois objetiva-se a concretização do melhor interesse da criança envolvida, especialmente “quando houver possibilidade de recomposição ulterior dos laços de afetividade” (LÔBO, 2022, p. 337).

⁸⁶ Apesar do comando deste artigo, o STJ admite que uma vez calcificada a situação de fato (criação de vínculo entre adotante e adotado) excepcione-se a necessidade de consentimento dos pais ou de prévia destituição do poder família: “(...) 5. Excepcionalmente, o STJ admite outra hipótese de dispensa do consentimento sem prévia destituição do poder familiar, quando for observada situação de fato consolidada no tempo que seja favorável ao adotando, como no caso em exame. Precedentes. (...)”. (SEC n. 274/EX, relator Ministro Castro Meira, Corte Especial, julgado em 7/11/2012, DJe de 19/11/2012.)

⁸⁷ “(...) 3. A colisão estabelecida entre os direitos e interesses resguardados à genitora e os conferidos ao filho menor é resolvida mediante a aplicação do princípio da preponderância, resultando na prevalência do direito que assiste à criança de ter sua integridade e higidez psicológica preservadas, relegado o direito inerente ao poder familiar conferido à mãe para nível subalterno como forma de ser conferida eficácia máxima à proteção integral legalmente apregoada (...)” (Acórdão 1197153, 07020944420198070000, Relator: TEÓFILO CAETANO, 1ª Turma Cível, data de julgamento: 21/8/2019, publicado no DJE: 4/9/2019. Pág.: Sem Página Cadastrada).

O fato de que Elize sequer tem convivido com a filha conduz a suposição de que não há relação atual de afetividade entre genitora e filha (o vínculo é tão-somente biológico e registral). Aliado a isto, a ruptura na convivência ocorreu nos primeiros anos de vida da infante, quem tinha pouco mais de 1 ano à época do crime. Desde então, os avós paternos conservam sua guarda.

Apesar do desiderato dos aludidos, não é possível afirmar com certeza que a desfiliação seja a medida que melhor atende à criança, pois, como fora abordado na seção atinente à filiação, a adoção faz cessar (definitiva e irrevogavelmente⁸⁸) os vínculos de parentesco entre o adotado e o(s) seu(s) genitor(es). O parentesco, por *facto iuris*, a partir da adoção será entre adotado e adotante, conforme ensina o *caput* do artigo 41 do ECA e o poder familiar outrora exercido pelo genitor natural será extinto (art. 1635, IV, CC), passando o adotante a exercê-lo.

4.6 A (Im)possibilidade da Adoção Avoenga no Caso de Elize

A factibilidade do julgamento procedente, neste cenário em que se cumula a destituição do poder familiar com a adoção avoenga (causando a obliteração do vínculo materno-filial de Elize com a sua filha), resvala em novas consequências jurídicas, especialmente no que toca a alimentos e sucessão.

Na ordem patrimonial o adotado deixa de suceder aos pais consanguíneos e obtém direitos sucessórios em relação ao adotante, bem como, em razão do parentesco, frui o direito e, eventualmente, dever alimentar (GONÇALVES, 2021, p. 159).

Decerto, as nuances patrimoniais não são as únicas merecedoras de reflexão: a menina tem crescido completamente alheia à própria história, alijada de sua origem e privada do direito de convivência⁸⁹ com a mãe⁹⁰ (o qual pode ser oportunizado mesmo quando há o recolhimento do (a) genitor(a) em unidade

⁸⁸ GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro – volume 6: direito de família – 18. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2021, 158.

⁸⁹ Direito previsto na Constituição Federal (artigo 227), no ECA (artigo 3), no Código Civil (artigo 1589) e na Lei 12.318/2010.

⁹⁰ E vice-versa: o direito de convivência não é apenas do filho em face do genitor, mas também é direito deste.

prisional⁹¹). É incerto se esta decisão de ocultar uma parcela tão significativa da vida da menina é a abordagem mais *dignificante*, tanto para a genitora quanto para a filha, numa situação tão delicada.

Há de se averiguar com máxima cautela se há respaldo jurídico para dar seguimento à destituição do poder familiar, ou se é mero cumprimento da vontade dos avós da menina⁹², visto que a destituição, ante a ausência de consentimento parental⁹³, é pressuposto para a adoção.

Como fora explicitado, a perda do poder familiar se consuma diante de quaisquer das hipóteses de violação dos direitos do menor a que este poder se destina. Esta violação, ou violações, devem, naturalmente, ocorrer no exercício desta prerrogativa parental, o que é inconcebível *in casu* porquanto Elize sequer convive com a filha.

Segundo os depoimentos de Elize à imprensa, o direito fundamental à convivência familiar (entre ela e a filha) é absolutamente obstaculizado pelos guardiões da menina. Paira o questionamento acerca dos motivos que movem essa decisão, pois, num panorama geral, não há razões flagrantes para estremar uma do convívio da outra. O fato de a primeira estar recolhida em estabelecimento prisional, por exemplo, não é empecilho à convivência, senão, é seu direito⁹⁴. Decerto, não se

⁹¹Dentre os direitos assegurados ao menor cujo genitor ou genitora está privado de liberdade, se insere o direito de convivência o qual será realizado “por meio de visitas periódicas promovidas pelo responsável ou, nas hipóteses de acolhimento institucional, pela entidade responsável, independentemente de autorização judicial”. É o que prevê o §4 do artigo 19 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

⁹² Vontade qual deve ser contida pelos agentes do Estado: CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. DIREITO DE FAMÍLIA. ADOÇÃO. DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR E ABANDONO AFETIVO. CABIMENTO. (...). ATO DE ADOÇÃO DE CRIANÇA EM AVANÇADA IDADE QUE, CONQUANTO LOUVÁVEL E NOBRE, DEVE SER NORTEADO PELA PONDERAÇÃO, CONVICÇÃO E RAZÃO. CONSEQUÊNCIAS GRAVES AOS ADOTANTES E AO ADOTADO. PAPEL DO ESTADO E DO MINISTÉRIO PÚBLICO NO PROCESSO DE ADOÇÃO. CONTROLE DO ÍMPETO DOS ADOTANTES. ZELO PELA RACIONALIDADE E EFICIÊNCIA DA POLÍTICA PÚBLICA DE ADOÇÃO. (...)

5- No processo de adoção, o papel do Estado e do Ministério Público é de extrema relevância, pois às instituições cabe, por meio dos assistentes sociais, psicólogos, julgadores e promotores, controlar o eventual ímpeto dos pretensos adotantes, conferindo maior racionalidade e eficiência à política pública de adoção, o que efetivamente ocorre na grande maioria das situações.

(REsp n. 1.698.728/MS, relator Ministro Moura Ribeiro, relatora para acórdão Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 4/5/2021, DJe de 13/5/2021.)

⁹³ Do contrário, a destituição do poder familiar é prescindível: “Não é de se exigir a prévia destituição do poder familiar, como pressuposto do pedido de adoção, tendo em vista que, à luz do art. 1.635, IV, CC, uma das causas de extinção do poder familiar é, exatamente, a adoção, que tem o condão de desligar o adotado de quaisquer vínculos anteriores, ressalvados os de ordem matrimonial, daí porque, nesta hipótese, opera-se automaticamente a perda do poder familiar (...). (TJMG - Apelação Cível 1.0024.09.715417-3/001, Relator(a): Des.(a) Edivaldo George dos Santos , 6ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 26/07/2011, publicação da súmula em 19/08/2011)

⁹⁴ Art. 41 - Constituem direitos do preso:

pode deixar de observar a perspectiva do menor⁹⁵. A presunção que impera, *prima facie*, é a da positividade da convivência familiar, porquanto “a presunção é de que seja salutar para a satisfação de seu direito fundamental” de modo que “recomenda-se, se houver indício de desatendimento ao interesse do menor, que se faça perícia (ou estudo psicossocial) a fim de se verificar se a imposição da convivência será maléfica para o filho” (TEPEDINO e TEIXEIRA, 349, p. 2022).

Sejam verdadeiras as declarações de Elize à imprensa, há, duma certa maneira, a prática de algo similar à alienação parental: dita similar pois no bojo do rol exemplificativo (DINIZ, 2022, p. 64) da Lei 12.318/2010 não consta algo como “investir forças à omitir completamente a existência do genitor”; ademais, as providências previstas na Lei 12.318/2010 (como a ampliação de convivência com o genitor alienado) subentendem o conhecimento do genitor alienado pelo menor; além disso, a própria definição de alienação parental torna claro que a criança conhece o genitor.

Apesar disto, poder-se-ia dizer que esta é uma forma extrema de alienar, não no sentido técnico de alienação parental empregado por Richard Gardner⁹⁶, mas extrapolado, transcendente aos malefícios que recaem sobre o menor que sofre de SAP (Síndrome de Alienação Parental): aqui, a campanha promovida pelos “alienadores” não apenas se destina a anular a existência da genitora “alienada”, mas fita ocultar, e desentranhar, da menina fragmentos de *si mesma*.

(...) X - visita do cônjuge, da companheira, de parentes e amigos em dias determinados; (...) LEP – Lei nº 7.210, 11 de julho de 1984.

⁹⁵ Malgrado o preso tenha direito às visitas e o direito constitucional à convivência familiar (bem como a criança), no caso concreto esses direitos podem ser limitados em prol dos interesses da criança segundo à jurisprudência: AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. (...). VISITA DO PRESO. DIREITO QUE NÃO É ABSOLUTO. PREPONDERÂNCIA DA PROTEÇÃO INTEGRAL À CRIANÇA. VISITA DOS NETOS AO AVÔ PRESO POR TRÁFICO EM REGIME FECHADO. (...)

2. O direito de visitação do preso, com o objetivo de ressocialização, não deve se sobrepor aos direitos do menor já que os estabelecimentos prisionais são, por sua própria natureza, ambientes impróprios à formação psíquica e moral de crianças e adolescentes, cuja proteção integral tem base constitucional, nos termos do art. 227 da Constituição Federal.

(AgRg no REsp n. 1.702.274/SC, relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 19/4/2018, DJe de 11/5/2018.)

⁹⁶ Psiquiatra que se debruçou sobre a Síndrome da Alienação Parental (SAP) em 1985. Ana Carolina Carpes Madaleno (2021,) ao tratar da SAP afirma que as práticas fomentadoras da Síndrome podem ser resumidas numa “campanha liderada por um genitor, no sentido de programar a criança para que odeie e repudie, sem justificativa, o outro genitor, transformando a sua consciência mediante diferentes estratégias, com o objetivo de obstruir, impedir ou mesmo destruir os vínculos entre o menor e o pai não guardião, caracterizado, também, pelo conjunto de sintomas dela resultantes, causando, assim, uma forte relação de dependência e submissão do menor com o genitor alienante. E, uma vez instaurado o assédio, a própria criança contribui para a alienação”.

O conhecimento das origens, como assinalado na seção sobre o parentesco é um direito da personalidade, e, por tal natureza, inato, absoluto, irrenunciável, indisponível, vitalício e, dentre outros predicados, imprescritível.

A Lei 13.509/2017 prevê, na redação alterada do artigo 48 do ECA, o direito de o adotado conhecer suas origens genéticas após a maioridade, ou, antes, quando manifestar essa vontade.

Como mencionado alhures, o conhecimento da própria ascendência pode satisfazer não apenas preocupações sanitárias do indivíduo, mas arrefecer as incertezas sobre si mesmo que podem ferver em seu íntimo. É que, embora a potestade do sangue tenha sido abalada nas últimas décadas (*para exempli gratia*, revitalizar a sobrepujança dos vínculos afetivos), ainda se mantém importante para outras questões relevantes ao Direito: como na adoção e na reprodução assistida heteróloga. Daí advém este direito do adotado, independentemente do fim que centraliza o impulso de reivindicá-lo, que fita:

(...) permitir que o adotado tenha conhecimento da identidade de seus pais biológicos e dos fatores que determinaram seu afastamento de sua família de origem e sua posterior adoção. Por ser decorrente do princípio da dignidade da pessoa humana, consagrado pelo art. 1º, inciso III, da Constituição Federal, o direito de acesso a informações relativas à origem biológica não poderia ser negado ao adotado pelo ordenamento jurídico, posto que reconhece e respeita não apenas a necessidade psicológica do adotado buscar sua identidade biológica, no intuito de se autoconhecer e saber de onde veio, mas também pode ir além da mera curiosidade, podendo mesmo se mostrar essencial à preservação do direito à vida, como diante de possíveis doenças genéticas que dependam de transplante de órgãos doados por parentes consanguíneos próximos. (DIGIÁCOMO e DIGIÁCOMO, 2020, p. 94)

Deveras, como elucidado na seção sobre a família e o parentesco, o adotado tem, como decorrência do sobreprincípio da dignidade humana, o direito às informações acerca de sua adoção, bem como de investigar sua ascendência biológica. Direito que, por ser *direito da personalidade*, pode ser reivindicado a qualquer tempo.

Todas estas observações, aliadas aos dispositivos do ECA, convergem à noção de atenção às peculiaridades do caso concreto, à significação da criança enquanto *sujeito de direito* e à sua proteção: ao adotando confere-se o direito à ser ouvido por equipe psicossocial e, durante a audiência, sua opinião é considerada

(art. 28, §1); o adotando maior de doze anos tem de consentir à sua adoção⁹⁷ (art. 45, §2); o artigo 100 do ECA, que aborda diretrizes para a aplicação de Medidas Protetivas reconhece a criança e o adolescente como sujeitos de direitos (I), os quais, sem deixar de observar o estágio de desenvolvimento em que estão, tem de ser informados sobre os seus direitos e da medida que se lhe aplica (XI).

O ordenamento repudia a *coisificação* da criança e do adolescente, nomeadamente quando lhes anuncia como pessoas em formação⁹⁸, naturalmente dignas no sentido kantiano: por exemplo, ao valorizar a oitiva do menor há uma tentativa de afastar o ventriloquismo não raro exercitado pelos pais, avós ou quaisquer guardiões, pois, em última análise, a decisão é sobre o direito à convivência familiar do jovem. Ao se permitir “o direito de conhecer sua origem biológica” ao adotando independentemente de sua idade (artigo 48, parágrafo único), a previsão estatutária o compreende como pessoa singular, apta a exarar e buscar seus desígnios.

É atribuída reiteradamente à análise do caso concreto (nestas demandas), distinta importância para viabilizar a efetiva tutela do melhor interesse da criança, mesmo que esta se dê *contra legem*, como no julgamento do REsp n. 1.587.477/SC, cujo *decisum* deu procedência aos pleitos de avós que desejavam tornar-se pais afetivos da criança sob seus cuidados.

Contudo, na ocasião o STJ selecionou determinados requisitos para embasar esta excepcionalidade: 1. O adotando há de ser menor de idade; 2. Os avós têm de exercer a função materna e paterna com exclusividade desde o nascimento; 3. A parentalidade socioafetiva tem de ser atestada em estudo psicossocial; 4. O neto tem de reconhecer os avós como seus genitores e seu pai (ou sua mãe) como irmão; 5. Inexistência de conflito familiar a respeito da adoção; 6. Inexistência de indicativos de eventual confusão mental e emocional no neto; 7. A adoção não se fundamente em motivos ilegítimos, como fins meramente patrimoniais; 8. Constatação de vantagem real ao menor.

Embora a maioria dos requisitos deva forçosamente ser aferido em análise concreta que foge a este trabalho, é possível concluir com o pensamento ora

⁹⁷ Senão, não ocorrerá: “APELAÇÃO CÍVEL. Ação de adoção unilateral ajuizada pelo padrasto. Oitiva da adolescente em juízo. Manifestação contrária à pretensão. Maior de 12 anos - Art. 45, §2º do Estatuto da Criança e do Adolescente. Necessidade de seu consentimento. Figura paterna atribuída desde cedo ao seu avô. Recurso conhecido e não provido. (TJPR. 11ª C. Cível. AC nº 1172217-7, de Paranaguá. Rel. Ruy Muggiati - Unânime - J. em 08/10/2014)”.

⁹⁸ É o que se destaca no artigo 1, inciso III, da CF e artigo 100, parágrafo único, inciso II, do ECA.

construído que há de imperar o interesse da criança sobre os demais, e havendo conflito entre os interesses de Elize e dos avós paternos a discussão deve ser dilatada num procedimento ilibado, consagrando o *due process*, especialmente porque o Supremo Tribunal de Justiça elenca entre os requisitos para a adoção avoenga a inexistência de conflito familiar quanto à adoção.

4.7 A (In)conveniência da Multiparentalidade no Caso de Elize

Considerando que a destituição do poder familiar por si só não ocasiona a desfiliação, o que ocorre apenas com a adoção⁹⁹, e diante do cenário descrito, poder-se-ia sumarizar o seguinte: 1. A criança e o adolescente ocupam no ordenamento pátrio posto distinto, reconhecidos como pessoas em desenvolvimento que imanizam tratamento digno (ao passo que repelem tudo aquilo que lhes coisifica) e adequado às suas peculiaridades, devendo o operador do direito direcionar suas atenções à concretização do melhor interesse desses jovens; 2. A guarda exercida pelo(s) tutor(es) são elementos suficientes para atender ao mínimo dos interesses patrimoniais e existenciais da criança, pois a tutela é, na prática, algo muito próximo do poder familiar; 3. A destituição do poder familiar é medida gravíssima, cabível apenas em regular procedimento cível e decretada apenas na ausência de outra medida menos impactante; 4. A adoção desvincula definitiva e irrevogavelmente o adotado de sua família natural, e a modalidade avoenga é vedada pelo ECA, porém, em decisão excepcional o STJ acolheu esta possibilidade (sem deixar de fixar alguns requisitos); 5. O resultado da decisão tomada pelo Supremo no enfrentamento do emblemático RE 898.060/SC firmou a multiparentalidade enquanto regra (coexistem laços biológicos e socioafetivos, um sem prejuízo do outro), privilegiando a pluralidade de vínculos.

Diante destas assertivas, propõe-se ao caso em exame uma abordagem convergente ao entendimento assentado pelo Supremo: numa suposição utópica em que não houvesse causticidade na relação entre os avós paternos da menina e Elize, poder-se-ia cogitar a possibilidade de reconhecer a

⁹⁹ A adoção opera a desvinculação com a família natural e conseqüentemente a extinção do poder familiar (artigo 1.635 do Código Civil), que tem origem na parentalidade.

parentalidade socioafetiva dos avós, erigida na posse do estado de filho¹⁰⁰, sem desfazer o vínculo registral e biológico com a mãe, pois está claramente acolhida a cumulação de parentalidades, a multiparentalidade, no ordenamento pátrio.

A opção pela multiparentalidade se daria em atenção aos interesses da infante, que conservaria simultaneamente 3 vínculos (com os avós paternos e com a mãe biológica), continuando o parentesco com Elize (e todos os seus conseqüentários, incluindo patrimoniais¹⁰¹). O resultado do RE 898.060 reconhece, aliás, a possibilidade de reconhecimento da pluriparentalidade sem a anuência de todos os envolvidos¹⁰².

Decerto, a proposição é arrojada, pois, como apontado alhures o vínculo materno-filial entre Elize e sua filha se radica tão-somente no critério biológico, haja vista o afastamento entre as duas. Além de que a relação inamistosa entre Elize e os avós paternos tornaria ainda mais desafiante harmonizar, na prática, o desempenho dos atributos parentais destinados à criança.

Portanto, há de se considerar a fomentação do desenvolvimento desse laço entre Elize e a filha, em vez de sua destruição, observando o cenário com vistas a realizar o que de mais vantajoso para a criança. Especialmente porque os cenários ora propostos (o de adoção avoenga e o de multiparentalidade) parecem prenunciar conseqüências mais intrincadas e inexploradas do que simplesmente conservar o *status quo*: mantendo-se a guarda com os avós, e refletindo sobre a permissão da convivência da menina com a mãe.

¹⁰⁰ Enunciado 7 do IBDFAM: “A posse de estado de filho pode constituir paternidade e maternidade”. E sobre o mesmo tema, na V Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal aprovou-se o Enunciado 519, com a seguinte redação: “O reconhecimento judicial do vínculo de parentesco em virtude de socioafetividade deve ocorrer a partir da relação entre pai(s) e filho(s), com base na posse do estado de filho, para que produza efeitos pessoais e patrimoniais”.

¹⁰¹ Em sede de direitos sucessórios aprovou-se na VIII Jornada de Direito Civil, Conselho da Justiça Federal (abril de 2018) o Enunciado n. 632: “nos casos de reconhecimento de multiparentalidade paterna ou materna, o filho terá direito à participação na herança de todos os ascendentes reconhecidos”.

¹⁰² É o que afirma Flávio Tartuce (2022, 549) ao mencionar o REsp 1.618.230/RS, de seguinte redação: “O Supremo Tribunal Federal, ao julgar o Recurso Extraordinário n.º 898.060, com repercussão geral reconhecida, admitiu a coexistência entre as paternidades biológica e a socioafetiva, afastando qualquer interpretação apta a ensejar a hierarquização dos vínculos. A existência de vínculo com o pai registral não é obstáculo ao exercício do direito de busca da origem genética ou de reconhecimento de paternidade biológica. Os direitos à ancestralidade, à origem genética e ao afeto são, portanto, compatíveis. O reconhecimento do estado de filiação configura direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, que pode ser exercitado, portanto, sem nenhuma restrição, contra os pais ou seus herdeiros” (STJ, REsp 1.618.230/RS, 3.ª Turma, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, j. 28.03.2017, DJe 10.05.2017).

Deste modo, alternativamente, o direito ao exercício do poder familiar de Elize poderia ser limitado para comportar os interesses em conflito sem que se lhe extinga definitivamente, Miranda (1974 apud Lôbo, 2022, p. 337), dizia na vigência do Código Civil revogado:

É possível tirar-se ao pai qualquer direito, inclusive o de representação legal ou de assistência legal ao filho (art. 384, V), sem que isso signifique perda do pátrio poder. Perda somente se dá quando *nenhum* direito, elemento do pátrio poder (não oriundo apenas da qualidade de pai), resta ao que foi destituído; e de modo definitivo. (MIRANDA, 1974, v. 9, p. 170).

Nesta toada, considerando a gravidade de eventual adoção avoenga, as consequências certas e plausíveis, repisa-se a imprescindibilidade da observância dos princípios protetivos da criança e do adolescente tanto na análise do caso concreto quanto na aplicação da medida que melhor atenda às necessidades da criança, tendo em vista que o ordenamento permite numerosas alternativas menos gravosas e com menor carga de definitividade.

4.8 Outras Possíveis Consequências da Desfiliação no Caso de Elize

Além do horizonte, na eventualidade de a adoção vir a ser, a menina poderá decidir *motu proprio* buscar sua origem biológica, não havendo impedimento qualquer ao exercício de seu direito de personalidade.

Na ação de investigação de origem genética busca-se somente a declaração de ascendência, sem quaisquer efeitos inerentes à relação parental-filial, que não é firmada no bojo desta demanda.

O reconhecimento das relações parentais conservadas com os avós não é óbice a esta procura, assim esclarece o REsp n. 1.618.230/RS¹⁰³, que congraça o direito à ancestralidade com a existência de vínculo com o pai registral, do qual se extraem os seguintes trechos:

3. A existência de vínculo com o pai registral não é obstáculo ao exercício do direito de busca da origem genética ou de reconhecimento de paternidade biológica. Os direitos à ancestralidade, à origem genética e ao afeto são, portanto, compatíveis.

¹⁰³ REsp n. 1.618.230/RS, relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 28/3/2017, DJe de 10/5/2017.

4. O reconhecimento do estado de filiação configura direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, que pode ser exercitado, portanto, sem nenhuma restrição, contra os pais ou seus herdeiros.
(REsp n. 1.618.230/RS, relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 28/3/2017, DJe de 10/5/2017.)

Noutro giro, supervenientemente a menina pode buscar restabelecer vínculos com a mãe e quiçá reparar a relação materno-filial outrora extinta pela adoção. O direito ao reconhecimento ao estado de filiação, com raízes no princípio da dignidade humana, é personalíssimo, imprescritível e indisponível, e a imprescritibilidade da investigação da parentalidade é atestada pelo Enunciado n. 149 do STF e reiterada tanto pelo artigo 27¹⁰⁴ do ECA, quanto pelo artigo 1601 do CC¹⁰⁵

É o que aponta a jurisprudência hodierna:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. VÍNCULO BIOLÓGICO. COEXISTÊNCIA. PATERNIDADE SOCIOAFETIVA. RECONHECIMENTO DE FILIAÇÃO. CONSEQUÊNCIAS PATRIMONIAIS E EXTRAPATRIMONIAIS. AGRAVO INTERNO NÃO PROVIDO. 1. O Tribunal local manifestou-se em consonância ao entendimento desta Corte Superior de Justiça no sentido de ser possível o ajuizamento de ação de investigação de paternidade, mesmo na hipótese de existência de vínculo socioafetivo, haja vista que o reconhecimento do estado de filiação é direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, assentado no princípio da dignidade da pessoa humana, podendo ser exercitado sem qualquer restrição em face dos pais, não se havendo falar que a existência de paternidade socioafetiva tenha o condão de obstar a busca pela verdade biológica da pessoa. 2. **O registro efetuado pelo pai afetivo não impede a busca pelo reconhecimento registral também do pai biológico, cujo reconhecimento do vínculo de filiação, com todas as consequências patrimoniais e extrapatrimoniais, é seu consectário lógico.** 3. Agravo interno a que se nega provimento. (AglInt no AREsp 962.969/RJ, Rel. Ministro LÁZARO GUIMARÃES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TRF 5ª REGIÃO), QUARTA TURMA, julgado em 18/09/2018, DJe 24/09/2018). Grifos da autora.

Pendem algumas questões procedimentais, contudo, caso a menina busque o reconhecimento jurídico do vínculo materno-filial: como, v.g., quem terá legitimidade, qual será a ação escolhida, quais as consequências desta ação.

Há de se atentar ao fato de que a menor sequer atingiu a capacidade relativa para fins civis (artigo 4, CC), de sorte que há de ser representada pelos representantes legais nas demandas judiciais. Se a busca tomar lugar depois de

¹⁰⁴ Artigo 27, ECA: reconhecimento do estado de filiação é direito personalíssimo, indisponível e imprescritível.

¹⁰⁵ Artigo 1601, CC: cabe ao marido o direito de contestar a paternidade dos filhos nascidos de sua mulher, sendo tal ação imprescritível.

adquirida a plena capacidade civil, a legitimidade será da filha, consoante o artigo 1606¹⁰⁶ do CC.

No que tange à opção instrumental, Fernanda Tartuce (2022, p. 464) esclarece que “há certo tempo a jurisprudência vem permitindo a apreciação das causas independentemente de tal diferenciação, tratando-as como semelhantes”.

Flávio Tartuce obtempera, ao comentar a ação vindicatória de filho, que em regra o registro pode ser “quebrado” ao verificar erro ou falsidade do registro, todavia não poderá afastar a parentalidade socioafetiva. Sendo caso de discutir eventual *inclusão* do genitor biológico no registro do filho para todos os fins de direito.

Nesta hipótese, embora rigorosamente não pareça o instrumento correto manejar ação vindicatória¹⁰⁷ de filho, Elize poderia ser incluída novamente no registro civil da filha com o seu consentimento.

Considerando inexistir indubitavelmente¹⁰⁸ no direito pátrio diferenciação¹⁰⁹ entre as relações de filiação (igualadas pela Carta Magna) as quais sequer são discriminadas no registro civil em caso de múltiplas origens, na prática, uma vez reconhecido o vínculo não há diferença entre o modo adotado para obtê-lo.

Em vez de ajuizar uma ação de investigação de origem genética, por exemplo, a filha de Elize poderá propor uma ação de investigação de parentalidade, o que parece esdrúxulo, tendo em vista que a busca pelo estabelecimento do vínculo parental com Elize presume que a menina tenha descoberto sua origem e saiba do vínculo biológico conservado com ela.

¹⁰⁶ Art. 1.606. A ação de prova de filiação compete ao filho, enquanto viver, passando aos herdeiros, se ele morrer menor ou incapaz. Parágrafo único. Se iniciada a ação pelo filho, os herdeiros poderão continuá-la, salvo se julgado extinto o processo.

¹⁰⁷ O Código Civil antecipa a ação vindicatória de filho em seu artigo 1.604, permitindo “(...) ao terceiro, suposto pai biológico, que pretende pleitear para si o vínculo de parentalidade, referente a um filho registrado em nome de outrem”. Contudo, havendo vínculo socioafetivo preestabelecido com o genitor registral, Flávio Tartuce (2018) sustenta que, em prol dos interesses da criança, o vínculo deve ser mantido inalterado.

¹⁰⁸ É o que firmou o REsp 1.487.596/MG (relator Ministro Antonio Carlos Ferreira, Quarta Turma, julgado em 28/9/2021, DJe de 1/10/2021) ao obstar a alcunha de “genitor afetivo” exposta no registro civil, invocando também o Provimento n. 63/2017 da Corregedoria Nacional de Justiça “instituinto modelos únicos de certidão de nascimento, casamento e óbito, a serem adotados pelos ofícios de registro civil das pessoas naturais, e dispondendo sobre o reconhecimento voluntário e a averbação da paternidade e da maternidade socioafetivas, sem realizar nenhuma distinção de nomenclatura quanto à origem da paternidade ou da maternidade na certidão de nascimento – se biológica ou socioafetiva”.

¹⁰⁹ O contrário seria admitir violação direta ao comando do parágrafo 6º do artigo 227 da CF e aos artigos 1596 do CC e a Lei 8069/1990.

Apesar disto, na suposição ora examinada o vínculo jurídico de filiação fora desfeito e, portanto, a decisão judicial é imprescindível para reconhecer “novo” vínculo e atribuir-lhe os respectivos efeitos. Seria reconhecer pela segunda vez o mesmo fato (anteriormente assentado na verdade registral e biológica), produzindo efeitos retroativos¹¹⁰.

Nesta ação de investigação de parentalidade, estabelecer-se-á a relação de filiação, com todos seus efeitos, *v.g.* direito ao sobrenome da mãe, à mudança do registro civil, bem como o direito aos alimentos e à herança (Cristiano Chaves de Farias *in* Tratado de Direito das Famílias, 2016, p. 263).

O reconhecimento da relação materno-filial, ademais, poderia ser feito extrajudicialmente de acordo com o Provimento nº 63/2017, posteriormente alterado pelo Provimento Nº 83 de 14/08/2019, que dá azo ao reconhecimento de multiparentalidade em Cartório, conquanto seja apenas um genitor socioafetivo.

Logo, em tese, Elize poderia retornar aos registros de sua filha por conservarem vínculo biológico entre si (ou até mesmo eventual vínculo de afetividade), sem perturbar as relações parentais atribuídas aos avós mediante a adoção, pois "a paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro público, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante baseado na origem biológica, com os efeitos jurídicos próprios"¹¹¹.

¹¹⁰ É o que esclarece Paulo Nader ao diferenciar os efeitos produzidos pela sentença de adoção e a de reconhecimento do parentesco: “No reconhecimento, todavia, a filiação preexiste ao ato, que é meramente declaratório, daí seus efeitos retro-operantes, *ex tunc*. Diversamente se passa com a adoção, pois o parentesco nasce com o trânsito em julgado da sentença, que é de natureza constitutiva. Por esta razão, os efeitos são *ex nunc*, não alcançando os fatos do passado” (2016, p. 363).

¹¹¹ RE 898060, Relator: LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 21/9/2016, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-187 DIVULG 23-8-2017 PUBLIC 24-8-2017

5 CONCLUSÃO

A introdução da Constituição da República de 1988 operou uma mudança paradigmática em matéria de Direito de Família. Tornou atenções, por exemplo, a valores de igualdade (tanto entre os filhos, quanto entre os cônjuges), de pluralidade, de afetividade, de dignidade, e buscou, para se adequar a estes valores, modificar o escopo da tutela primordial em sede familiar: o objetivo é aplicar-se à realização existencial de todo integrante do núcleo familiar em vez de preteri-la ao institucionalismo vão.

O “sobreprincípio” da dignidade da pessoa humana assumiu cargo solar no ordenamento, irradiando um ideal finalístico que tem influenciado massivamente as construções jurídicas em sede de Direito de Família. A pessoa humana imanta todo um arcabouço de direitos e garantias, dado o valor fundamental de sua existência, o qual norteia todo o ordenamento jurídico; ao passo que repele tudo que lhe *coisifica*.

O princípio da primazia do interesse das crianças e dos adolescentes foi alçado a um posto proeminente no ordenamento, tornado não apenas mandamento ao legislador, mas norte para a aplicação da norma nas especificidades do caso concreto: pois é apenas em sua análise pragmática que se revela o que há de mais benéfico ao menor.

A afetividade também passou por notável valorização jurídica, relacionando-se à mudança paradigmática engendrada pela Constituição de 1988 cujos ideais convergem a uma visão do indivíduo imanentemente dignificado e que não pode, por este motivo, servir apenas a ocupar um posto em uma instituição (como a família). Nesse diapasão, a afetividade está centralizada no Direito de

Família atual, viabilizando o acolhimento de famílias diversas, independentemente de consanguinidade.

É no seio familiar que se firmam as relações de parentesco, como a relação de filiação, da qual derivam diversos efeitos jurídicos para quem é considerado “pai”, “mãe” e “filho(a)”. Quanto a este, não há mais qualquer distinção em razão da origem da filiação, imperando a igualdade entre os filhos.

Isto é, consideram-se as *verdades* que podem contribuir para a formação destes vínculos sem distingui-las ou qualificá-las: o filho assim reconhecido por vínculo socioafetivo e o filho que compartilha do mesmo sangue do genitor são tratados do mesmo modo, para todos os efeitos.

É que a filiação não se dá, na verdade, unicamente pela consanguinidade ou por registros em um papel, pois a filiação é instituto multifacetado e a existência de uma sorte de vínculo, como o biológico, não exclui a existência doutro, como o socioafetivo. São verdades que podem (e devem) ser compatibilizadas em prol, precipuamente, dos interesses da criança e do adolescente. Assim, a multiparentalidade se tornou regra no Direito pátrio: admite-se ter duas mães ou dois pais ao mesmo tempo, para todos os efeitos jurídicos.

A adoção é uma das formas de constituir a filiação, distinguindo-se, até então, do reconhecimento da multiparentalidade porquanto causa a extinção dos vínculos de parentesco originados da filiação natural.

Nas relações de filiação é natural que se desempenhe o poder familiar, um atributo exclusivamente parental que visa conferir proteção aos menores não emancipados, motivo pelo qual há de ser observado sob o prisma do regime de tutela integral do interesse dos menores, senão terá, inadmissivelmente, sua finalidade protetiva desvirtuada.

É nos casos de malversação das prerrogativas parentais que se oportuniza legalmente a suspensão ou de destituição do poder familiar. A Lei 13.175/2018 inovou o Código Penal (artigo 92, II) e o civil, adicionando a hipótese de perda judicial do poder familiar por sentença condenatória de crime doloso contra outrem igualmente titular do poder familiar (outro genitor) ou contra o filho (ou outro descendente).

Ocorre que, embora a finalidade protetiva da medida seja presumível, ainda pendem questionamentos quanto à atuação do judiciário na concretização

desta finalidade (considerando que a mudança da Lei no Código Penal parece permitir a destituição daquele que comete crime contra pessoa diversa da criança).

O Código Penal (parágrafo único do artigo 92) faculta a aplicação do reconhecimento da inaptidão do genitor para o exercício do poder familiar, cujos efeitos deverão ser motivados. Apesar disto, parece impraticável, salvo os cenários de incompatibilidade manifesta, motivar suficientemente no bojo da ação penal a decretação da perda do poder familiar do réu nas situações em que o menor sequer é vítima direta do primeiro.

O juízo criminal não fita investigar meticulosamente as nuances da autoridade parental, de modo que a correta exegese do inciso II do Código Penal aparenta se aproximar do seguinte: a fim de evitar graves violações aos direitos do pai (ou da mãe) e causar efeitos deletérios ao menor, o *reconhecimento* da perda do poder familiar na sentença condenatória não poderá ter o condão de *decretar* incontinenti a destituição deste atributo, cujos efeitos só se concretizarão a partir de uma decisão no juízo cível. Ou seja, o postulado em sentença criminal não deve passar de mero reconhecimento.

Neste sentido a atuação do judiciário se destaca, uma vez que decretar a suspensão ou a destituição do poder familiar deve ser pautada no caso concreto e norteada pelo interesse supremo do vulnerável, bem como preceder um processo desenvolvido em sede cível, salvaguardando a garantia de um devido processo ao genitor (sem se olvidar, ademais, das regras de irretroatividade da lei nova) e o sopesamento dos benefícios e dos malefícios à criança no caso concreto, a fim de evitar desfechos em que a nuance punitiva da medida dirigida ao genitor ricocheteie e atinja o vulnerável.

Ainda no tema da perda do poder familiar e de eventual desfiliação (efetuada pela adoção), Elize Matsunaga é ré em ação destinada a este fim, movida pelos avós, e guardiões, de sua filha. Como fora desenvolvido no presente estudo, a adoção avoenga ainda não é tema simples ou pacificado, nada obstante o STJ reconheceu sua viabilidade condicionada a alguns requisitos.

Diante da eventual procedência da ação, que desfaria para todos os efeitos o vínculo materno-filial entre Elize e a menina, fez-se na construção do trabalho algumas ponderações sobre alternativas à adoção: como optar pela manutenção da guarda aliada à tutela, providência menos drástica, em primeira

análise, à vida da menina, que eventualmente poderá escolher fortalecer (ou não) os elos com Elize e o restante de sua família materna.

Ou, se houver verdadeira posse do estado de filho, em vez de desvincular a menina da linhagem materna definitivamente (com a adoção), considerar o reconhecimento da parentalidade socioafetiva dos avós sem detrimento ao vínculo jurídico materno-filial preexistente.

Se se recepciona a ideia de assumir o posto de genitor, embora seja avô ou avó o candidato, pela adoção, não parece haver motivos para impedir esse caminho pela multiparentalidade. Deveras, a abordagem mais adequada se revelará apenas no decurso das ações movidas, desde que promovidas todas as garantias do devido processo legal, bem como a oitiva técnica dos envolvidos (especialmente da menina).

É imprescindível para um ordenamento que pretende afirmar a criança e o adolescente enquanto sujeitos de direito o cumprimento das diretrizes espalhadas na Constituição Federal, nos Estatutos e na legislação infraconstitucional. Por exemplo, o adotado, antes mesmo de atingir a maioridade, tem o direito de buscar suas origens, e, se lhe aprouver, reivindicar o estado de filiação. Assim, caso haja a adoção da menina, não há empecilho legal para que ela busque um, outro ou ambos os direitos, podendo restabelecer um vínculo de filiação com Elize.

É certo que os presentes comentários são feitos sem olvidar-se de que os julgados e construções doutrinárias ventilados no decorrer do trabalho majoritariamente dizem respeito a situações imediatamente opostas à que se pondera: é que abordam o contexto em o buscado é o reconhecimento da parentalidade socioafetiva, havendo outro tipo de vínculo parental preexistente, enquanto no caso de Elize buscar-se-ia o reconhecimento do vínculo biológico havendo maternidade socioafetiva preexistente.

Seja como for, não há que se diferenciar nenhuma dessas situações, pois se é vedada a discriminação dos filhos, veda-se, também a distinção entre os pais (no registro de nascimento sequer consta a origem do vínculo), quem são, para todos os efeitos, iguais perante o filho.

Deste modo, é possível ilar que as ideias jurisprudenciais e doutrinárias no sentido de admitir a multiparentalidade também se aplicam aos

casos em que é o genitor biológico (ou o próprio filho) quem busca este reconhecimento.

O fim-último, em qualquer cenário, consagrando o princípio-mor da primazia do melhor interesse da criança e o da prioridade absoluta, é a proteção do infante em todas suas acepções e vertentes, salvaguardando seus direitos constitucionais (como o da convivência familiar e o direito ao estado de filiação) cujas importâncias são sobrepostas às opiniões, direitos e desideratos das pessoas que o cercam se verificada, na análise do caso concreto, a melhor opção para a criança ou adolescente.

REFERÊNCIAS

AKEL, A. C. S. **Guarda Compartilhada - um avanço para a família**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

ALEXY, R. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 5. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

AMIN, A. R. Princípios orientadores do direito da criança e do adolescente. In: MACIEL, K. R. F. L. A. **Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos**. São Paulo: Saraiva, v. 10, 2017.

ANTUNES ROCHA, C. L. A. **O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e a Exclusão Social**. ed. [S.l.]: n. 2, p. 49-67, dez. 2001. ISSN 1677-1419. Disponível em: <https://revista.ibdh.org.br/index.php/ibdh/article/view/29>, 2001. Acesso em: 26 set. 2022

BAUMAN, Z. **Identidad (Identity)**. [S.l.]: Mandius, 2005.

BITTAR, C. A. **Os direitos da personalidade**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BRASIL. **Constituição Da República Federativa Do Brasil**. Brasília, 5 de outubro de 1988, 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 9 mar. 2022.

BRASIL. Código Civil. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002**, 2002. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406compilada.htm#indice. Acesso em: 9 mar. 2022.

BRASIL. Código Penal. **Decreto-Lei N. 2.848, de 7 de Dezembro de 1940**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm. Acesso em: 9 mar. 2022.

BRASIL. **Lei Nº 13.715, de 24 de Setembro de 2018**. Altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), e a Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), para dispor sobre hipóteses de perda do poder familiar pelo autor de determinados crimes contra outrem igualmente titular do mesmo poder familiar ou contra filho, filha ou outro descendente. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13715.htm. Acesso em: 10 mar. 2022.

BRASIL. **Lei Nº 8.069, de 13 de Julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm. Acesso em: 5 mar. 2022.

BRASIL. **Lei nº 7.210 de 11 de Julho de 1984**. Institui a Lei de Execução Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm. ed. [S.l.]: [s.n.], 11 de Julho de 1984. Acesso em: 3 nov. 2022.

BRASIL. **Lei nº 12.318 de 26 de Agosto de 2010**. Dispõe sobre a alienação parental e altera o art. 236 da Lei no 8.069, de 13 de julho de 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12318.htm. ed. [S.l.]: [s.n.], 26/08/2010. Acesso em: 15 maio 2022.

BRASIL. **Provimento Nº 16 de 17/02/2012**. Dispõe sobre a recepção, pelos Oficiais de Registro Civil das Pessoas Naturais, de indicações de supostos pais de pessoas que já se acharem registradas sem paternidade estabelecida, bem como sobre o reconhecimento espontâneo de filhos perante os referidos registradores. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2012/03/Provimento_N16.pdf. ed. [S.l.]: DJe/CNJ nº 29, de 23 de fevereiro de 2012, p. 31-33. Acesso em: 29 set. 2022.

BRASIL. **Provimento Nº 63 de 14/11/2017**. Institui modelos únicos de certidão de nascimento, de casamento e de óbito, a serem adotadas pelos ofícios de registro civil das pessoas naturais, e dispõe sobre o reconhecimento voluntário e a averbação da paternidade e maternidade socioafetiva no Livro “A” e sobre o registro de nascimento e emissão da respectiva certidão dos filhos havidos por reprodução assistida. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2525>. ed. [S.l.]: DJe/CNJ nº 191, de 17 de novembro de 2017. Acesso em: 29 set. 2022.

BRASIL. **Provimento Nº 83 de 14/08/2019**. Altera a Seção II, que trata da Paternidade Socioafetiva, do Provimento n. 63, de 14 de novembro de 2017 da Corregedoria Nacional de Justiça. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2975>. ed. [S.l.]: DJe/CNJ nº 165/2019, de 14/08/2019, p. 8/9. Acesso em: 29 set. 2022.

CAPEZ, F. **Curso de Processo Penal**. 29. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022.

CARVALHO, J. A. **Tutela, curatela, guarda, visita e pátrio poder**. Rio de Janeiro: Aide, 1995.

COMEL, D. D. **Do Poder Familiar**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL, C. **Enunciado n. 632**. Nos casos de reconhecimento de multiparentalidade paterna ou materna, o filho terá direito à participação na herança de todos os ascendentes reconhecidos.
▪ Família e Sucessões. ed. [S.l.]: VIII Jornada de Direito Civil, abril de 2018.

DIAS, M. B. **Manual de direito das famílias – de acordo com o Novo CPC**. 14 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021.

DIGIÁCOMO, M. J.; DIGIÁCOMO, I. D. A. **Estatuto da Criança e do Adolescente Anotado e Interpretado**. 8. ed. Curitiba: Ministério Público do Estado do Paraná. Centro de Apoio Operacional das Promotorias da Criança e do Adolescente, 2020.

DINIZ, M. H. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, v. 5, 2010.

DINIZ, M. H. **Curso de Direito Civil Brasileiro: direito de família**. 36. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022.

ELIAS, R. J. **Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente**. São Paulo: Saraiva, 1994.

ELIAS, R. J. **Pátrio Poder: guarda dos filhos e direito de visita**. São Paulo: Saraiva, 1999.

ESTEFAM, A. **Direito Penal Parte Geral**. 11. ed. [S.l.]: Saraiva Jur, 2022. *E-book*.

FACHIN, L. E. **Comentários ao novo Código Civil, volume XVIII (arts. 1581 a 1.638): do direito de família, do direito pessoal, das relações de parentesco**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

FARIAS, C. C. D. A família Parental. In: (ORGANIZADOR), R. D. C. P. **Tratado de Direito Das Famílias**. 2. ed. Belo Horizonte: IBDFAM, 2016.

FONSECA, A. C. L. D. **A ação de destituição do pátrio poder**. n.29. ed. Curitiba: Igualdade, v. 8, out/dez 2000.

GAGLIANO, P. S.; PAMPLONA FILHO, R. **Novo curso de direito civil: direito de família**. 11. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

GAMA, G. C. N. D. **O Biodireito e as Relações Parentais. De acordo com o novo Código Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

GAMA, G. C. N. D. **Princípios constitucionais de direito de família: guarda compartilhada à luz da lei nº 11.698/08: família, criança, adolescente e idoso**. São Paulo: Atlas, 2008.

GESSE, E. **Família Multiparental: Reflexos na Adoção e na Sucessão Legítima em Linha Reta Ascendente**. Curitiba: Juruá, 2019.

GOMES, O. **Direito de Família**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

GONÇALVES, C. R. **Direito civil, 3: esquematizado: responsabilidade civil, direito de família, direito das sucessões**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

GONÇALVES, C. R. **Direito Civil Brasileiro - Direito de Família**. 18. ed. São Paulo: Saraiva jus, v. 6, 2021. *E-book*.

IBDFAM. **Crianças invisíveis: por que elas estão depositadas, esquecidas em abrigos brasileiros?** 31. ed. [S.l.]: Revista Brasileira do Direito de Família, fevereiro/março 2017.

INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA, I. Enunciados do IBDFAM. **IBDFAM - Instituto Brasileiro de Direito de Família**. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/conheca-o-ibdfam/enunciados-ibdfam#:~:text=Enunciado%2007%20%2D%20A%20posse%20de,%C3%A0%20rep>

ara%C3%A7%C3%A3o%20pelo%20dano%20causad. Acesso em: 08 de ago. de 2022.

ISHIDA, V. K. **Estatuto da criança e do adolescente**: doutrina e jurisprudência. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

JESUS, D. D. **Direito Penal 1 - parte geral**. 37. ed. São Paulo: Saraiva Educação, v. 1, 2020.

JESUS, D. D. **Direito Penal 1 - Parte geral**. 37. ed. São Paulo: Saraiva Educação, v. 1, 2022. *E-book*.

KRELL, O.J.G. **Reprodução Humana Assistida e Filiação Civil**. Curitiba: Juruá, 2006.

KANT, I. **Fundamentação da metafísica dos costumes - (Textos filosóficos ; 7)**. [S.l.]: Edições 70, 2019.

LÔBO, P. **Direito ao estado de filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária**. jus.com.br, 2004. ISSN. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/4752/direito-ao-estado-de-filiacao-e-direito-a-origem-genetica/3>. Acesso em 20 set. 2022.

LÔBO, P. **Do poder familiar**. Jus, 2006. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/8371/do-poder-familiar#:~:text=O%20ECA%2C%20quando%20cuida%20do%20poder%20familiar%2C%20incumbe,destes%2C%20o%20dever%20de%20cumprir%20as%20determina%C3%A7%C3%B5es%20judiciais>. Acesso em: 8 mar. 2022.

LÔBO, P. **Direito Civil - famílias**. 7. ed. São Paulo: [s.n.], 2017.

LÔBO, P. **Direito Civil - Famílias**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, v. 5, 2022. *E-book*.

LÔBO, P. L. N. **Direito ao estado de filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária**. IBDFAM: Instituto Brasileiro de Direito de Família, 23/03/2004. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/artigos/126/Direito+ao+estado+de+filia%C3%A7%C3%A3o+e+direito+%C3%A0+origem+gen%C3%A9tica:+uma+distin%C3%A7%C3%A3o+necess%C3%A1ria#:~:text=Home-,Direito%20ao%20estado%20de%20filia%C3%A7%C3%A3o%20e,origem%20gen%C3%A9tica%3A%20uma%20di>. Acesso em: 18 set. 2022.

MACIEL, K. R. F. L. A. **Curso de Direito da criança e do Adolescente**: aspectos teóricos e práticos. 7. ed. São Paulo : Saraiva, 2014.

MACIEL, K. R. F. L. A. **Curso de Direito da Criança e do Adolescente**: Aspectos Teóricos e Práticos. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MACIEL, K. R. L. A. **Curso de direito da criança e do adolescente - aspectos teóricos e práticos**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007.

MADALENO, N. C. C. **Alienação parental: importância da detecção: aspectos legais e processuais**. 7 ed., Rio de Janeiro: Forense, 2021. *E-book*.

MADALENO, R. **Direito de Família**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. *E-book*.

MASSON, C. R. **Direito Penal Esquematizado - Parte Geral**. 2. ed. São Paulo: Método, 2009.

NADER, P. **Curso de direito civil, v. 5: direito de família**. Rio de Janeiro: Forense, v. 5, 2016.

OLIVEIRA, G. D. **O Sangue e o Direito - Entre o Ser e o Pertencer**. Revista de Legislação e de Jurisprudência, v. Secção doutrinal, n. ano 134, nº 3924 e 3925, p. 66/71, 2001.

PEREIRA, C. M. D. S. **Instituições de direito civil – Vol. VI**. 24. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

PEREIRA, C. M. D. S. **Instituições de direito civil: direito de família**. 29. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022. *E-book*.

PEREIRA, R. D. C. **Princípios fundamentais norteadores do direito de família**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

PEREIRA, R. D. C. **Tratado de Direito das Famílias**. 2. ed. Belo Horizonte: IBDFAM, 2016.

PEREIRA, R. D. C.; FACHIN, E. **Direito das Famílias**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

PONTES DE MIRANDA, F. C. **Tratado de direito privado: parte especial**. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954.

REALE JÚNIOR, M. **Fundamentos de direito penal**. 5. ed. Rio de Janeiro. Forense. 2020. *E-book*.

REDAÇÃO. **Quem cometer crime contra cônjuge perderá a guarda dos filhos, decide Senado**. Agência Senado, 2018. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2018/08/08/quem-cometer-crime-contra-conjuge-perdera-a-guarda-dos-filhos-decide-senado#:~:text=%E2%80%9CA%20mensagem%20trazida%20pelo%20projeto,comuns%E2%80%9D%2C%20disse%20a%20senadora..> Acesso em: 1 maio 2022.

REDAÇÃO - Muita Informação com Osvaldo Lyra. **Buscando a guarda da filha, Elize Matsunaga volta aos tribunais após condenação por esquitejamento**. Muita Informação com Osvaldo Lyra, 2021. Disponível em:. Acesso em: 19 ago. 2022.

ROXIN, C. **Derecho Penal. Parte General, Tomo I: Fundamentos. Estructura de la teoría del delito.** 2. ed. Madrid: Editorial Civitas, 1997.

SANTOS, R. B. D. **O Código Civil de 2002: omissões e distorções quanto ao poder familiar.** In: BARROSO, L. A. **Introdução Crítica ao Código Civil.** ed. [S.l.]: Forense, 2006. p. 499.

SARLET, I. W. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988.** 4. ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2006.

TARTUCE, F. **Da ação vindicatória de filho - Análise diante da recente decisão do STF sobre a parentalidade socioafetiva.** 2018. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/familia-e-sucessoes/286476/da-acao-vindicatoria-de-filho---analise-diante-da-recente-decisao-do-stf-sobre-a-parentalidade-socioafetiva>. Acesso em: 22 set. 2022.

TARTUCE, F. **Direito Civil - Direito de Família.** 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, v. 5. *E-book*.

TARTUCE, F. **Processo civil no direito de família: teoria e prática.** 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

TEPEDINO, G.; BARBOZA, H. H.; DE MORAES, M. C. B. **Código Civil interpretado conforme a Constituição da República.** 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, v. 1, 2014.

TEPEDINO, G.; TEIXEIRA, A. C. B. **Fundamentos do direito civil: direito de família.** 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

TOMAZ, K.; MATEUS, V.; BERLINCK, F.; OLIVEIRA, M. **10 anos após matar marido, Elize revela manuscrito de livro em que pretende contar à filha sua vida e por que matou Matsunaga.** g1 globo, 2022. Disponível em: <https://g1.globo.com/sp/sao-paulo/noticia/2022/05/19/apos-10-anos-elize-matsunaga-escreve-piquenique-no-inferno-para-contar-a-filha-sua-vida-e-como-matou-marido-para-se-proteger.ghtml>. Acesso em: 22 maio 2022.

VENOSA, S. D. S. **Direito Civil – Direito das Sucessões.** 13. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

VENOSA, S. D. S. **Direito Civil - Família e Sucessões.** 21. ed. São Paulo: Atlas, v. 5. *E-book*.

VIANA, M. A. S. **Da guarda, da tutela e da adoção.** 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.

VILLELA, J. B. **Desbiologização da Paternidade.** Revista da Faculdade de Direito, 9 Maio 1979. p. 400-418.

UNICEF - Fundo das Nações Unidas para a Infância. **Declaração Universal dos Direitos da Criança**. Disponível em:

http://lproweb.procempa.com.br/pmpa/prefpoa/cgvs/usu_doc/ev_ta_vio_leg_declaracao_direitos_crianca_onu1959.pdf. ed. [S.l.]: [s.n.], 1959. Acesso em 08 ago. 2022.