

FÓRUM NACIONAL DA JUSTIÇA PROTETIVA

PROJETO DE ENUNCIADO N° 01, de 18 de outubro de 2017.

Reconhece a Entrega Voluntária prevista no art. 166, *caput*, do ECA como hipótese de extinção do Poder Familiar.

O FONAJUP aprova:

ENUNCIADO 02: Após a oitiva judicial dos pais, na entrega voluntária de seus filhos para colocação em família adotiva, o juiz homologará a declaração de vontade dos pais nos próprios autos e declarará extinto o poder familiar.

Base Legal: Art. 166, §1o, 2o, 3o, 4o, 5o e 6o do Estatuto da Criança e do Adolescente.

JUSTIFICATIVA

O enunciado proposto tem por função: a) definir a natureza jurídica da manifestação de vontade dos pais que “houverem aderido expressamente ao pedido de colocação em família substituta” (art. 166 do ECA); b) ressaltar a finalidade do instituto; c) definir a natureza jurídica da decisão judicial nestes casos; d) estabelecer a consequência civil da decisão; e) orientar sobre o procedimento a ser adotado pelas Varas de Infância e Juventude do Brasil.

FÓRUM NACIONAL DA JUSTIÇA PROTETIVA

O dispositivo previsto no “caput” do art. 166 do ECA trata daquilo que é denominado de Entrega Voluntária, quando os pais conhecidos manifestam o desejo de entregar o filho biológico em adoção.

Tem sustentação jurídico-filosófica na teoria do desacordo moral razoável, em que o poder político democrático deve levar em consideração necessariamente o pluralismo de ideias religiosas, filosóficas e morais que refletem, invariavelmente, na concepção de família, permitindo, através do consenso mínimo, a coexistência de políticas de Estado que otimizem medidas que permitam o desenvolvimento do indivíduo, tanto no seio da família natural, afetiva ou adotiva.

Diante do pluralismo de ideias e concepções latentes na sociedade brasileira, a Constituição Federal trata a família como instituto axiologicamente aberto, nos termos do art. 226 c/c art. 5º §2º da CF/88, merecedora, em qualquer acepção, de integral proteção do Estado, que adotará políticas públicas para sua fomentação, não estabelecendo qualquer primazia ou hierarquia em razão de sua formação.

Inegavelmente, existe um consenso mínimo de que a família é uma estrutura de indivíduos unidos por laços de afinidade, afetividade e cuidados mútuos, capaz de potencializar as qualidades individuais, de promover o desenvolvimento sadio dos seus membros e de inserir a pessoa em sociedade, ainda que inexista laços sanguíneos.

Ainda que tardio, é o reconhecimento definitivo na Justiça Infanto-juvenil de conceitos já bem trabalhados pelo Direito de Família, entre eles o que expressa a concepção de paternidade socioafetiva.

FÓRUM NACIONAL DA JUSTIÇA PROTETIVA

Justamente como fruto da democracia deliberativa, o instituto da Entrega Voluntária para Adoção, normatizada no art. 166 do ECA, encontra legitimidade na Constituição Federal, quando em seu artigo 226, § 7o, expressamente afirma que:

“ fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas”.

A Entrega Voluntária consubstancia por sua vez o princípio da proteção integral da criança e do adolescente permitindo a possibilidade do seu acolhimento por uma nova família, marcada por relação de afetividade, ambiente propício ao sadio desenvolvimento da criança.

Além disso, não se pode negar que o instituto reverbera em outros direitos e valores extremamente caros para a sociedade plural e democrática atual, inclusive como ação afirmativa para proteção de direitos fundamentais ligados à igualdade de gênero, igualdade racial, saúde pública e o próprio direito à vida.

Ao prever e disciplinar a Entrega Voluntária, o Estado acolhe os genitores, em especial a mulher. Não se pode desconsiderar o contexto histórico- cultural do país, machista e escravocrata, no qual recai sobre a mulher a responsabilidade de conduzir sozinha a gravidez, mesmo que não esteja preparada para a maternagem, enquanto ao homem se tolera o chamado aborto social.

FÓRUM NACIONAL DA JUSTIÇA PROTETIVA

Obviamente o instituto fomenta o direito fundamental à vida, pois inibe o aborto, inegavelmente uma realidade social. Mães que sofrem deste dilema moral – sob qualquer fundamentação - serão encorajadas a manter a gestação, sem julgamentos morais, sem burocratização, dando destino familiar a seus filhos.

Conseqüentemente, desestimulando o aborto, o Estado atua positivamente na saúde pública, evitando a automutilação frequente de jovens, em geral pobres e negras. Trata-se, sem dúvida, de ação afirmativa frente a desigualdade racial. Preserva, ainda, a integridade física do feto como vítima reflexa das práticas abortivas.

Tem por finalidade, ainda, desestimular a institucionalização de crianças e adolescentes, ambiente impessoal e impróprio ao seu pleno desenvolvimento, permitindo com a maior brevidade sua colocação em família adotiva.

Igualmente desestimula a adoção irregular. Não encontrando apoio no judiciário, os pais tendem a entregar seus filhos a terceiros que não passaram pelo crivo da habilitação, instrumento adequado para avaliar os futuros pretendes a adoção.

Tal fato fortalece, também, a política atual de concretização do cadastro nacional de adoção prestigiando o cidadão que cumpre os tramites legais e que se habilitou perante a Justiça da Infância e Juventude.

Necessário se faz enfrentar, ainda, a discussão sobre a natureza jurídica do ato judicial e as conseqüências civis desta decisão.

FÓRUM NACIONAL DA JUSTIÇA PROTETIVA

Os pais que houverem aderido expressamente ao pedido de colocação em família substituta terão sua manifestação de vontade homologada por sentença, de natureza constitutiva, cuja consequência civil é a extinção do poder familiar sobre a criança.

Em que pese manifestação em contrário, não parece razoável entender que a consequência da sentença seria a decretação da perda do poder familiar, por abandono, nos termos do art. 1638, II, do Código Civil, ainda que qualificado eufemisticamente como “ abandono afetivo”.

Entende-se que o caso se amolda melhor nas hipóteses de extinção do poder familiar.

Primeiro porque diante do contexto constitucional e valorativo, exaustivamente explicitado acima, a entrega voluntária não pode ser equiparada ao abandono. Ao contrário, revela na origem um ato de amor, em que os genitores reconhecem expressamente a incapacidade de dar à criança o ambiente sadio que lhe é devido, encaminhando formalmente seu filho ao Juízo da Infância e Juventude, de forma regular, para que seja colocada em uma família habilitada pelo Poder Judiciário, evitando-se caminhos ilegais como aborto, mutilações, tráfico de crianças, institucionalizações, ou exposições da criança em risco (abandono de crianças em lixões e terrenos baldios, corriqueiramente noticiado pela mídia).

Tal gesto não se amolda à natureza da perda do poder familiar, ontologicamente ligado a maus tratos, abandono e negligência dos genitores, com um viés notoriamente sancionatório.

A hipótese se assemelha àquelas previstas no Código Civil para a extinção do poder familiar como maioridade, morte, emancipação e adoção.

FÓRUM NACIONAL DA JUSTIÇA PROTETIVA

Hipóteses que derivam de fatos jurídicos naturais ou civis que independem da vontade humana (morte e maioridade) ou de ato jurídico, derivado da manifestação de vontade consciente e legítima da parte (emancipação e adoção).

Ademais, não se pode deixar de considerar que a interpretação normativa é carregada de simbolismo e transmite inevitavelmente uma mensagem aos indivíduos que a ela estão sujeitos. Ao se estabelecer como efeito a extinção e não a perda do poder familiar, transmite-se ao interlocutor a ideia de que o Estado está disposto a acolher os genitores que o procuram, não os sujeitando a julgamentos morais, sinalizando que a criança é prioridade absoluta.

Tal interpretação decorre naturalmente dos instrumentos de hermenêutica jurídica.

Utilizando-se dos métodos de interpretação sistemática, teleológica e extensiva do ordenamento jurídico legal, pode-se concluir que o artigo 166 do ECA deve ser lido e interpretado conjuntamente como o art. 1635, em especial o inciso IV do Código Civil, todos sob a filtragem constitucional do art. 227 da CF/88.

O art. 166 do ECA trata do instituto da adoção, que pode ocorrer em razão da perda ou da extinção do poder familiar. Nota-se, portanto, que tais questões são prejudiciais de mérito para que ocorra a colocação da criança em família adotiva. Nesse sentido, a entrega voluntária é concebida como ato prévio necessário, assim como a morte, em casos onde não se houve a destituição do poder familiar.

Analisando o “caput” do artigo 166 do ECA, constata-se que o legislador distinguiu a hipótese de entrega voluntária daquelas derivadas da

FÓRUM NACIONAL DA JUSTIÇA PROTETIVA

destituição ou suspensão do poder familiar. Se o objetivo do legislador fosse considerar a hipótese como caso de perda do poder familiar não teria expressamente mencionado a hipótese decorrente da manifestação de vontade dos pais. Se o fez de forma expressa foi para distinguir claramente das hipóteses de perda do poder familiar, caso contrário seria notoriamente redundante. Aqui o brocado jurídico de que “ não existe palavras ou expressões inúteis na lei” expressa claramente o sentido da norma em apreço.

Desta forma, pode-se concluir que o art. 166 do ECA, ao lado do fato morte, evidencia outra hipótese de extinção de poder familiar, qual seja a entrega voluntária, prejudiciais de mérito para a adoção. Frise-se que o ECA e o Código Civil são de mesma hierarquia, permitindo que os institutos jurídicos previstos em cada lei dialoguem em perfeita harmonia.

Assim, verifica-se que o art. 1635, IV, do CC, disse menos do que deveria dizer, necessitando, portanto, de interpretação extensiva capaz de englobar a hipótese da entrega voluntária, prevista no art. 166, *caput* do ECA.

Destaca-se, ainda, apenas como argumento de reforço que o legislador no recente projeto aprovado no Congresso Nacional (PROJETO DE LEI No 5580 DE 2016), que neste momento aguarda por sanção presidencial, definiu a situação acima como hipótese de extinção do poder familiar, quando dispõe no art. 19 –A, § 4º que: “Na hipótese de não haver a indicação do genitor e de não existir outro representante da família extensa apto a receber a guarda, a autoridade judiciária competente *deverá decretar a extinção do poder familiar* e determinar a colocação da criança sob a guarda provisória de quem estiver habilitado a adotá-la ou de entidade que desenvolva programa de acolhimento familiar ou institucional.” (grifo nosso).

FÓRUM NACIONAL DA JUSTIÇA PROTETIVA

Por fim, o enunciado ainda revela que o procedimento para entrega voluntária deve ser desburocratizado e célere, quando diz que o juiz homologará a manifestação de vontade nos próprios autos.

Sem dúvida, trata-se de ato de jurisdição voluntária, não contencioso, cujo procedimento apenas exige as formalidades expressas na lei, amparado pelo princípio da instrumentalidade das formas, afastando inclusive o uso de procedimentos inadequados para o instituto da entrega voluntária como a Ação de Destituição do Poder Familiar – ADPF – própria para os casos de perda do poder familiar.

Essa interpretação se alinha tanto aos princípios de ordem material (prioridade absoluta e brevidade) quanto àqueles de ordem processual (economia processual e duração razoável do processo).

Nesse sentido, é o parecer para a aprovação do enunciado.

Relator: Daniel Konder de Almeida – Juiz de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro