

Apelação Cível n. 2011.002085-5, de Chapecó
Relator: Des. Guilherme Nunes Born

APELAÇÕES CÍVEIS - PEDIDO DE GUARDA FORMULADO PELOS PADRINHOS DA CRIANÇA EM CONJUNTO COM A MÃE BIOLÓGICA - SENTENÇA QUE JULGOU IMPROCEDENTE O PEDIDO DE GUARDA E DETERMINOU A COLOCAÇÃO DA CRIANÇA PARA ADOÇÃO - RETRATAÇÃO DO CONSENTIMENTO DA GENITORA - ART. 166, §5º DO ECA - AUSÊNCIA DE PROCEDIMENTO ESPECÍFICO PARA DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR - ART. 24 DO ECA - RESPEITO AO DEVIDO PROCESSO LEGAL, AO CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA - DEVOLUÇÃO DA CRIANÇA A GENITORA - PERDA SUPERVENIENTE DO OBJETO DA APELAÇÃO CÍVEL QUE VISAVA A CONCESSÃO DA GUARDA EM FAVOR DOS PADRINHOS.

Civil. Adoção. Consentimento da genitora. Ausência. Destituição do pátrio poder. Procedimento próprio. Inobservância. Lei n. 8.069/90.(ECA), ARTS. 24, 45, § 1.º, 155, 156, 166 E 169. Situação fortemente consolidada no tempo. Preservação do bem estar do menor. Manutenção, excepcional, do status quo. I. A dispensa do consentimento paterno e materno para a adoção de menor somente tem lugar quando os genitores sejam desconhecidos ou quando destituídos do pátrio poder. **II. Não se configurando expressa anuência da mãe, esta, para perfazer-se, depende, então, da destituição da genitora, o que se opera mediante ação própria, obedecido o devido processo legal previsto na Lei n. 8.069/90, inservível, para tanto, o aproveitamento de mero requerimento de jurisdição voluntária.** [...] IV. Recurso especial não conhecido. (REsp. 100294/SP, Rec. Especial 1996/0042191-9, Rel. Min. Aldir Passarinho Júnior, 4ª Turma, j. em 28.06.2001. (sem grifo no original).

A restituição da criança à mãe biológica em sede de recurso, face a retratação do consentimento para adoção, acarreta a perda superveniente do objeto do recurso que buscava a concessão da guarda aos padrinhos.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2011.002085-5, da comarca de Chapecó (Cartório da Família, Infância e Juventude),

em que é/são apelante M. R. e outros, e apelado Ministério Público do Estado de Santa Catarina:

ACORDAM, em Câmara Especial Regional de Chapecó, por unanimidade, conhecer dos recursos para dar provimento ao recurso de Apelação Cível interposto por M.R. e declarar a perda superveniente do objeto da Apelação Cível ofertada por A. do A. e M.L. da R. Expedir ordem para a imediata entrega da criança à mãe biológica.

RELATÓRIO

Perante o juízo da Vara da Família, Infância e Juventude da comarca de Chapecó (autos n. 018.10.123250-4), os autores A. de A., M. L. da R. e M. R. ajuizaram *Pedido de Guarda* da menor L. C. R. com a alegação de que, ante ausência de amparo financeiro do pai da criança e dos poucos recursos financeiros da mãe M.R, a criança foi entregue aos autores A. de A. E M. L da R. que passaram a prestar os cuidados e auxílios necessários desde os primeiros dias de vida. A mãe biológica anui com o pedido de guarda e o tem como justo.

Recebida a inicial, ordenou-se o apensamento à ação de de inscrição de pretendente à adoção (018.09.010908-0) e ordenou-se a realização do estudo social.

Em audiência, foi ouvida a autora M.R. acerca da renúncia do poder familiar, tendo sido alertada sobre os efeitos decorrentes (fl. 21).

Realizado o estudo social (fls. 23/29).

Em parecer, o MP opinou pelo indeferimento do pedido de guarda (fls. 30/32).

Após regularmente processamento, a douta juíza substituta Dra. Heloisa Beirith julgou improcedente o pedido de guarda formulado e determinou o acolhimento institucional da criança e sua imediata adoção (fls. 33/35).

Em petição, manifestando o desejo de revogar o consentimento para adoção de sua filha, a autora M.R. pugnou pela reforma da decisão e restituição de guarda da criança. Pedido não apreciado pelo juízo *a quo* ante a prestação jurisdicional (fl. 70).

Irresignada, a autora M. R. ofertou o presente *Recurso de Apelação Cível* alegando que, em face da sua precariedade financeira e da necessidade de trabalhar durante o período noturno, passou a receber auxílio de A. de A. e M. L. da R., pois residem nas proximidades de sua casa. Destacou que o consentimento retratado em juízo visava tão somente regularizar a situação de sua filha perante seus padrinhos, também autores do pedido de guarda, pois jamais pretendeu dar sua filha à adoção.

Em contrarrazões, o representante do MP assuntou que o interesse da mãe biológica, ora recorrente, era de entregar sua filha para adoção, tendo recorrido da *decisum* tão somente porque a criança não ficaria com os autores A. de A. e M. L.

da R. Por fim, ressaltou a ausência de cerceamento de defesa quando da oitiva da recorrente em juízo ante ao seu comparecimento espontâneo para a realização do ato.

Igualmente desgostosos com a decisão proferida, A. de A e M.L. da R. ofertaram *Recurso de Apelação Cível* enfatizando que a criança não deve ser afastada do convívio familiar e, por isso, a mãe biológica deve ser mantida no poder familiar e os apelantes com a guarda da criança, haja vista que possuem as condições necessárias para proporcionar o desenvolvimento completo da menor.

Noutro vértice, asseverou o Ministério Público que o apelo interposto não merece guarida, pois pretendem, com o deferimento do pedido de guarda, reforçar os laços afetivos com a criança a fim de proporcionar uma adoção futura em desrespeito aos procedimentos legais de habilitação.

Em parecer, o douto Procurador de Justiça opinou pelo improvimento de ambos os apelos, mantendo a sentença monocrática.

VOTO

Cuida-se de Apelações Cíveis com o desiderato de ver reformada a decisão resolutiva de mérito que julgou improcedente o pedido de guarda formulado por A. de A., M. L. da R. e M. R.

Ab initio, observa-se que a apelante M.R. deu luz a L.C.R. em 26/05/2010 (fl. 16) e, sob a alegação de que não apresentava condições suficientes e necessários para cuidar da infante, entregou-a aos cuidados dos apelantes A. de A., M. L. da R.

1) Apelação Cível interposta por M.R.

1.1) Ofensa ao princípio da plena defesa.

Com o nascimento de L.C.R. e dos parcos recursos financeiros, passou a receber ajuda econômica dos padrinhos da criança que, também, passaram a auxiliar nos cuidados necessários. No curso do procedimento de pedido de guarda, foi instada a comparecer em juízo desacompanhada de seu advogado e, ouvida, consentiu em regularizar a situação de sua filha em favor exclusivo dos padrinhos A. de A., M. L. da R., mas nunca pretendeu entregar sua filha à adoção em favor de estranhos.

Portanto, como foi ouvida em juízo desacompanhada de advogado e não tendo auferido a amplitude de suas declarações, configurada a ofensa ao princípio da plena defesa.

Compulsando detidamente os autos, é possível vislumbrar em sentido diametralmente oposto ao asseverado, que a apelante M.R. quando do ajuizamento da ação, estava devidamente acompanhada de profissional investido de capacidade postulatória. Situação instrumentalizada na procuração de fl. 12, inclusive com poderes especiais para o ajuizamento da ação.

Seguindo ao trâmite processual, a apelante não foi instada a comparecer em juízo, pois sua presença deu-se espontaneamente. E, se assim agiu é porque estava absolutamente ciente do seu interesse e das suas condições

financeiras e sociais que o impediam de permanecer com o poder familiar sobre a L.C.R.

Neste contexto, tendo a apelante M.R. ajuizado a ação de guarda em companhia de A. de A., M. L. da R, todos com advogado regularmente constituído, não há que se falar em ofensa a plenitude de defesa.

Ademais, quando da narração fática da pretensão inaugural, destacou a autora que "A menor, em virtude da falta de condições da genitora em prover de forma plena suas necessidades foi entregue ao casal requerente [...]" (fl. 02). Situação fática que foi reprisada em audiência "Assim, não guarda condições econômicas e sociais para bem criar a filha [...]" (fl. 21). Desta forma, afastada a alegação de ausência de conhecimento da amplitude dos termos retratados em juízo.

Portanto, não havendo pretensão resistida, dispensada a participação de advogado em audiência que ouviu a genitora da criança.

Luiz Carlos de Barros Figueiredo (Cadernos de Direito da Criança e do Adolescente, Malheiros Editora, n. 1, pág. 41) salienta: "...inexistindo lide, não há que se falar na essencialidade e indispensabilidade da presença do advogado, cuja função precípua é a de defender pretensões resistidas".

Portanto, não há que se falar em ofensa a plenitude de defesa.

1.2) Ausência dos requisitos para Adoção.

Em que pese constar no termo de audiência, a apelante não consentiu com a adoção de sua filha, pois com a busca e apreensão da criança, buscou judicialmente a retomada da posse da filha, inclusive com declaração revogatória a intenção de cede-la à adoção.

Para que uma criança e/ou adolescente seja submetido ao procedimento de adoção, exige-se: I) o consentimento dos pais ou representante legal (art. 45, ECA); II) destituição do poder familiar em processo judicial submetido ao contraditório capaz de suprir o consentimento dos genitores:

Raciocínio que se retira do art. 166 do ECA:

Art. 166. Se os pais forem falecidos, tiverem sido destituídos ou suspensos do poder familiar, ou houverem aderido expressamente ao pedido de colocação em família substituta, este poderá ser formulado diretamente em cartório, em petição assinada pelos próprios requerentes, dispensada a assistência de advogado

Assim entende o STJ:

CIVIL. ADOÇÃO. CONSENTIMENTO. AUSÊNCIA. DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR. NECESSIDADES DO MENOR. CONDIÇÕES DE PROVIMENTO PELOS PAIS BIOLÓGICOS. REEXAME DE PROVAS. SÚMULA 07/STJ. DESPROVIMENTO. I - O pedido de adoção não pode ser deferido sem o devido consentimento dos pais, a teor do art. 45 do Estatuto da Criança e do Adolescente. II - "A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial" - Súmula n. 7-STJ. III - Agravo desprovido. (AgRg no Ag 841816 / SP. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. 2006/0266392-3 Relator(a) Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR (1110) Órgão Julgador T4 - QUARTA TURMA Data do Julgamento 17/04/2007 Data da Publicação/Fonte DJ 28/05/2007 p. 360)

No mesmo sentido, entende o TJMG:

Apelações cíveis. Ação de adoção. Menor. Negativa de consentimento dos

pais. Poder familiar. Destituição prévia. Procedimento autônomo próprio. Necessidade. Observância do Estatuto da Criança e do Adolescente. Princípios constitucionais da ampla defesa, contraditório e devido processo legal. Violação. Nulidade processual presente. Preliminar instalada de ofício. 1. A adoção de menor, cujos pais, expressamente, tenham oposto resistência, somente é possível se houver prévia destituição do poder familiar. Esta deve ser obtida em ação própria que assegure a ampla defesa, o contraditório e o devido processo legal, além dos direitos personalíssimos relativos ao poder familiar. 2. Inexistente a prova da prévia, o feito encontra-se parcialmente eivado de nulidade. 3. Apelações cíveis conhecidas e, de ofício, instalada preliminar de invalidade parcial do processo. APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0480.06.090093-7/001 - COMARCA DE PATOS DE MINAS - APELANTE(S): MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADO MINAS GERAIS PRIMEIRO(A)(S) A.P.E. E OUTRO(A)(S), SEGUNDO(A)(S) - APELADO(A)(S): R.N.S. E OUTRO(A)(S) - RELATOR: EXMO. SR. DES. CAETANO LEVI LOPES.

No caso em apreço, a celeuma recursal instaurada pela mãe biológica/apelante reside no consentimento desta em entregar a filha L.C.R. a adoção, pois sustenta que não detinha conhecimento da amplitude dos termos declarados na audiência de fl. 21 e porque manifestou inequivocamente o interesse em revogar qualquer entendimento passível de admitir a adoção.

Embora sustente a apelante a não compreensão da amplitude das declarações ofertadas em audiência (fl. 21), tal assertiva, porque condizente com os termos da pretensão inaugural, não merecem acolhida.

Contudo, o exercício da retratação do consentimento, consoante redação encartada no §5º do art. 166 do Estatuto da Criança e do Adolescente, poderá ser exercido pelos genitores até o trânsito em julgado da sentença de colocação em família substituta, transcrevo:

Art. 166 - *omissis*

§ 5º—O consentimento é retratável até a data da publicação da sentença constitutiva da adoção.

No caso em comento, a partir da ordem de busca e apreensão da criança L.C.R., a apelante manifestou inequivocamente a retratação a qualquer possível consentimento em entregar sua filha à adoção. Os atos de revogação são observados pelas peças processuais de pedido de restituição da criança (fls. 38/39), bem como pela declaração de fl. 58, cito:

Eu, M.R., [...] compareço perante este r. Juízo de Direito da Vara de Família da Comarca de Chapecó-SC, paa dizer que não compreendi a extensão e implicações dos atos que pratiquei e documentos que assinei perante o processo n. *Omissis*.

Pela presente manifestação expressa de minha vontade, declaro que NUNCA PRETENDI DAR MINHA FILHA L.C.R. para adoção.

Diante desta expressa manifestação requeiro a revogação de eventual consentimento neste sentido e a suspensão de processo de adoção, requerendo a restituição de minha filha.

A manifestação expressa de vontade subscrita pela apelante - genitora da criança - merece guarida jurídica, mormente que proferida antes do trânsito em julgado de eventual procedimento à adoção, respeitando o §5º do art. 166 do ECA.

Então, admitida a revogação do consentimento da genitora, a colocação

da criança L.C.R. em família substituta (adoção) exige procedimento próprio para a destituição do poder familiar.

A destituição do poder familiar, porque rompe com os vínculos maternos e afetivos entre a criança e seus genitores, exige a submissão à ação própria a fim de comprovar a ação/omissão dos pais que viola os direitos da criança/adolescente e, também, para propiciar àqueles o contraditório e a ampla defesa.

É o que prescreve o art. 24 do ECA:

Art. 24. A perda e a suspensão do 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.

Entendimento consagrado pelo e. STJ:

Direito civil. Adoção plena. Destituição prévia do pátrio-poder. Necessidade de procedimento próprio com esse fim. Observância do estatuto da criança e do adolescente. O deferimento da adoção plena não implica, automaticamente, na destituição do pátrio-poder, que deve ser decretada em procedimento próprio autônomo, com a observância da legalidade estrita e da interpretação normativa restritiva. A cautela é imposta, não só pela gravidade da medida a ser tomada, uma vez que importa na perda do vínculo da criança com sua família natural, como também por força das relevantes repercussões em sua vida sócio-afetiva. Sem isso, serão desrespeitados, entre outros, os princípios do contraditório e do devido processo legal (artigos 24, 32, 39 a 52, destacando-se o artigo 45, e ainda, os artigos 155 a 163 do Estatuto da Criança e do Adolescente). Recurso especial provido, para julgar os autores carecedores do direito à ação, por impossibilidade jurídica processual do pedido, com a ressalva de que a situação da criança não será alterada, permanecendo ela na guarda dos ora recorridos. (REsp. 476382/SP, Rec. Especial 2002/0145642-3, Rel. Min. Castro Filho, 3ª Turma, j. em 08.03.2007)

Para finalizar, colaciona-se mais um julgado do e. STJ:

Civil. Adoção. Consentimento da genitora. Ausência. Destituição do pátrio poder. Procedimento próprio. Inobservância. Lei n. 8.069/90.(ECA), ARTS. 24, 45, § 1.º, 155, 156, 166 E 169. Situação fortemente consolidada no tempo. Preservação do bem estar do menor. Manutenção, excepcional, do status quo.

I. A dispensa do consentimento paterno e materno para a adoção de menor somente tem lugar quando os genitores sejam desconhecidos ou quando destituídos do pátrio poder.

II. Não se configurando expressa anuência da mãe, esta, para perfazer-se, depende, então, da destituição da genitora, o que se opera mediante ação própria, obedecido o devido processo legal previsto na Lei n. 8.069/90, inservível, para tanto, o aproveitamento de mero requerimento de jurisdição voluntária.

III. Caso, todavia, em que a adoção perdura por longo tempo - mais de dez anos - achando-se o menor em excelentes condições, recebendo de seus pais adotivos criação e educação adequadas, como reconhecido expressamente pelo Tribunal estadual e parquet federal, a recomendar, excepcionalmente, a manutenção da situação até aqui favorável à criança, cujo bem estar constitui o interesse maior de todos e da Justiça.

IV. Recurso especial não conhecido. (REsp. 100294/SP, Rec. Especial

1996/0042191-9, Rel. Min. Aldir Passarinho Júnior, 4ª Turma, j. em 28.06.2001. (sem grifo no original).

Portanto, com a revogação do consentimento da genitora acerca da colocação de sua filha em família substituta e ausente procedimento próprio de destituição do poder familiar, a criança L.C.R. não pode ser submetida a adoção, como ordenado pela douta juíza de primeiro grau (*"Independentemente de trânsito em julgado, realiza-se imediatamente o acolhimento institucional da criança, que deverá ser colocada de imediato para adoção, tendo em conta o consentimento expresso da mãe biológica"* (fl. 35)).

Assim, a criança L.C.R. deverá ser imediatamente restituída a apelante a fim de restabelecer os laços afetivos, devendo, ser for de interesse do Ministério Público ou de quaisquer outros interessados (art. 155, ECA), ajuizar competente ação para destituição do poder familiar.

2) Apelação Cível de A. do A. e M.L. da R.

Nas razões recursais, sustentaram os apelantes que a sentença objurgada merece ser reformada, haja vista que não resguardou o melhor interesse da criança, mormente que são detentores de condições para suprir as necessidades físicas e psicológicas da criança.

Quando da pretensão inaugural, os apelantes, em litisconsórcio ativo facultativo com a mãe biológica, pugnaram pela concessão da guarda da criança L.C.R. sob o argumento de que a genitora, destituída de recursos financeiros e necessitando exercer suas atividades laborativas no período noturno, entregou a menor à guarda fática dos apelantes, pois são detentores de condições para suprir as necessidades desta.

Em que pese restar demonstrado pelo estudo social que a mãe biológica não detém condições financeiras de suportar as necessidades de sua filha, deveria esta, como pretende manter o poder familiar sobre a criança, solicitar auxílio junto aos programas sociais (art. 23, parágrafo único, ECA) ou, então, socorrer-se das autoridades para entrega-la à adoção, respeitando o procedimento legal para tanto.

Ainda que a Lei 8.069/90 assegure o direito de pedido de guarda de criança e adolescente para regulamentação de guarda de fato (§1º, art. 33, ECA), o caso em tela representa particularidades que afastam tal possibilidade, mormente que o intento dos apelantes, já inscritos em procedimento de adoção, é burlar a lista de inscritos à adoção (art. 50, ECA). Circunstância que não pode ser referendada judicialmente, ante a configuração da chamada "adoção á brasileira".

Todo o processado na presente apelação tornou-se inócuo, esvaziado, pois a mãe biológica ofertou revogação ao consentimento de colocar sua filha em família substituta (adoção ou guarda). Situação acolhida no seu apelo.

Portanto, se a genitora manifestou interesse em continuar a exercer o poder familiar sobre a filha, o pedido de colocação em família substituta formulado pelos apelantes em conjunto com aquela encontra-se esvaziado. E, por certo, o presente recurso, quando delibera acerca da modificação da sentença para conceder a guarda da criança aos apelantes, perdeu seu objeto, ante a impossibilidade lógica que restituir a criança a guarda da mãe biológica e aos apelantes simultaneamente.

DECISÃO

Ante o exposto, esta Câmara Especial Regional de Chapecó, por unanimidade, conheceu dos recursos para dar provimento ao apelo interposto por M.R. e, em consequência, reconhecer a perda superveniente do objeto do recurso ofertado por A. do A. e M. L. R. Expedir ordem para a imediata entrega da criança à mãe biológica.

O julgamento, realizado no dia 21/06/2011, foi presidido pelo Exmo. Sr. Des. Paulo Roberto Camargo Costa, com voto, e dele participou o Exmo. Sr. Des. Substituto Eduardo Mattos Gallo Júnior.

Chapecó, 21 de junho de 2011.

Guilherme Nunes Born
RELATOR