

Apelação Cível n. 2012.045638-3, de Joinville
Relator: Des. Henry Petry Junior

APELAÇÃO CÍVEL. INFÂNCIA E JUVENTUDE. AÇÃO DE DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR. PROCEDÊNCIA NA ORIGEM. - OITIVA DA GENITORA. AUSÊNCIA. MEDIDA OBRIGATÓRIA. EXEGESE DO § 4º DO ART. 161 DO ECA. PROVIDÊNCIA REQUERIDA. CONTESTAÇÃO E OITIVA PERANTE A ASSISTENTE SOCIAL. IRRELEVÂNCIA. DEFESA PESSOAL IMPRESCINDÍVEL. OFENSA AO DEVIDO PROCESSO LEGAL. - CONVERSÃO DO JULGAMENTO EM DILIGÊNCIA.

- Consoante exegese do art. 161, §4º, do Estatuto da Criança e do Adolescente é obrigatória a oitiva da genitora demandada quando perfeitamente identificado e possível sua localização, como forma salutar de defesa pessoal a uma das mais graves sanções previstas no ordenamento, sendo irrelevante, para esses fins, a oitiva realizada por ocasião do estudo social e a apresentação de defesa técnica.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2012.045638-3, da comarca de Joinville (Vara da Infância e Juventude), em que é apelante T. L., e apelado Ministério Público do Estado de Santa Catarina:

A Quinta Câmara de Direito Civil decidiu, por votação unânime, converter o julgamento em diligência para a oitiva da ré, no prazo de 30 (trinta) dias. Custas legais.

O julgamento, realizado nesta data, foi presidido pelo Excelentíssimo Senhor Desembargador Monteiro Rocha, com voto, e dele participou o Excelentíssimo Senhor Desembargador Jairo Fernandes Gonçalves.

Florianópolis, 11 de outubro de 2012.

Henry Petry Junior
RELATOR

RELATÓRIO

1. A ação

Perante a Vara da Infância e Juventude da comarca de Joinville, o Ministério Público do Estado de Santa Catarina propõe "ação de perda do poder familiar" (n. 038.11.017654-2) contra T. L.

Argumenta, em síntese, que: [a] a ré é genitora de L. G. L., nascido em 28.3.2011, na maternidade Darcy Vargas em Joinville/SC, sendo seu nono filho; [b] um de seus filhos foi entregue para adoção direta para terceiras pessoas e com L. G. não foi diferente, uma vez que após a alta hospitalar deixou a criança diretamente na casa do casal J. V. e M. do. C. C., supostos padrinhos do infante; [c] a genitora confirmou que se a criança for desacolhida ficará aos cuidados dos padrinhos, pois admite não ter condições de cuidar do filho, haja vista que a precária habitabilidade de sua casa e que lá já residem seis dos nove filhos; [d] os ditos padrinhos se contradizem quando afirmam que ficam com a criança somente em certos momentos para que a mãe possa resolver problemas pessoais; [e] a demandada conheceu o casal referido no quinto mês de gestação, a partir de quando passaram a ajudar com cestas básicas e no pagamento de ultrassonografia; e [f] a família extensa não apresenta condições de cuidado do menor.

Pugna, liminarmente, por suspensão do poder familiar, ficando o infante na instituição em que já está abrigado. Ao fim, pede sua destituição.

Citada, a ré oferece resposta em forma de contestação (fls. 81/84). Argumenta, em síntese, que: [a] deixou seu filho na casa dos padrinhos para ir ao Ministério do Trabalho requerer seu seguro-maternidade e quando retornou foi surpreendida com a notícia de que a criança "havia sido levada para adoção"; [b] recebe ajuda de parentes e amigos em razão de sua situação difícil, mas nunca trocou seu filho por alimento; [c] seu último filho foi entregue para adoção, pois estava desempregada e morava de favor em casa alheia; [d] atualmente tem emprego e mora junto com sua irmã, tendo condições de criar seu novo filho; e [e]

não registrou seu filho na maternidade, porque queria que todos os irmãos fossem registrados no mesmo cartório.

Pugna, por improcedência do pleito inicial.

Há juntada de documentos (fls. 9/66, 106 e 111); deferimento da suspensão do poder familiar (fls. 67/71); informação do lar Abdon Batista de que a genitora visita o menor com frequência (fl. 73); impugnação à contestação (fls. 94/96); estudos sociais (fls. 88/92 e 113/114); audiência de instrução com a oitiva de quatro testemunhas (fls. 115/119); e oferecimento de razões finais (fls. 120/125 e 130/134).

1.1. A sentença

No ato compositivo da lide (fls. 136/139), lançado em 30.3.2012, o magistrado *a quo* – Juiz Márcio Renê Rocha – julga procedente o pleito exordial para destituir a ré do poder familiar em relação ao menor L. G. L. e, por conseguinte, determina que o setor psicossocial localize família substituta interessada em receber a criança para adoção.

1.2. O recurso

Irresignada, a ré interpõe recurso de apelação (fls. 145/152). Sustenta, em suma, que: [a] se tivesse intenção de entregar a criança não a teria visitado durante todo o processar; [b] a falta de recursos não constitui motivo suficiente para a perda do poder familiar; [c] não há prova alguma de negligência nos cuidados dos filhos; e [d] a sentença é nula em razão da negativa do magistrado *a quo* em ouvir a genitora em audiência.

Pede liminarmente a suspensão do comando sentencial que encaminha a procura por família substituta. Ao fim, pugna por anulação da sentença em razão da não oitiva da genitora ou, subsidiariamente, a restituição do poder familiar.

Recebido o recurso somente no efeito devolutivo, o *Parquet* oferece contrarrazões do recurso (fls. 158/163).

A Procuradoria-Geral de Justiça, por parecer do Dr. Tycho Brahe

Fernandes (fls. 174/180), manifesta-se pelo desprovimento do recurso.

É o relatório possível e necessário.

VOTO

2. A conversão do julgamento em diligência

2.a. O advento da Lei n. 12.010/2009, que modificou o Estatuto da Criança e do Adolescente (com nítido escopo de preservar ao máximo os vínculos biológicos do menor com seus pais ou família extensa), alterou o procedimento das ações destinadas à destituição poder familiar, acrescentando o art. 161, §4º ao Diploma, o qual expressa o seguinte: "§4.º É obrigatória a oitiva dos pais sempre que esses forem identificados e estiverem em local conhecido".

A respeito, MUNIR CURY destaca a necessidade da oitiva em razão da gravidade da medida de perda do poder familiar:

Finalmente, o §4º reforça a gravidade da perda ou suspensão do poder familiar, tornando obrigatória a oitiva dos pais sempre que esses forem identificados e estiverem em local conhecido. Obviamente tal obrigatoriedade encontra seu limite na renitência dos próprios pais que, embora intimados regularmente por várias vezes, deixam de comparecer perante a autoridade judiciária, com o seu silêncio revelando o desinteresse pela filiação. (CURY, Munir. Estatuto da criança e do adolescente comentado. 10 ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 761)

LUCIANO ALVES ROSSATO, PAULO EDUARDO LÉPORE e ROGÉRIO SANCHES CUNHA, na mesma linha, assentam a obrigatoriedade:

e) Necessária oitiva dos pais e da criança e adolescente: mesmo que não tenham contestado o pedido apresentado pelo autor, sendo identificados e estando em local conhecido, deverão os pais serem ouvidos em audiência de instrução (*Estatuto da criança e do adolescente comentado*: Lei 8.069/1990 - artigo por artigo. 2. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 419).

MURILLO JOSÉ DIGIÁCOMO e ILDEARA DE AMORIM DIGIÁCOMO esclarecem, igualmente, a importância da medida até mesmo para serem orientados das consequências de seus atos:

A participação dos pais na definição da situação é fundamental, inclusive na perspectiva de serem orientados das consequências da medida e lhes serem oferecidas orientação e assistência, tendentes a reverter a situação que determinou a propositura da ação, como decorrência do disposto no art.19, § 3º, do ECA e art. 226, caput e § 8º, da CF (*Estatuto da Criança e do Adolescente anotado e interpretado*: Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990 - atualizado até a Lei nº 12.010, de 03 de agosto de 2009 - Curitiba: Ministério Público do Estado do Pa-

raná, 2010, p. 227).

O recém-criado dispositivo estabelece, tal qual um interrogatório no processo penal, verdadeiro instrumento de defesa a ser exercido pelo próprio aréu em juízo, conferindo-lhe a oportunidade de se manifestar sobre o pleito de destituição e as razões por que entende deva ser mantido no poder familiar. Nessa linha, após a aprovação da chamada "Lei de Adoção", essa Corte tem assestado que a ausência de oitiva dos pais biológicos em audiência acarreta nulidade processual, *verbis*:

I) APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR. OUVIDA DOS PAIS. DESATENDIMENTO. OBRIGATORIEDADE. ATO ESSENCIAL. VIOLAÇÃO AO § 4º DO ART. 161 DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. NULIDADE RECONHECIDA. SENTENÇA CASSADA. RECURSO PROVIDO.

Com a Lei 12.010/2009, que introduziu parágrafos ao art. 161 do Estatuto da Criança e do Adolescente, tornou-se obrigatória a oitiva dos pais nas ações de destituição do poder familiar quando identificados e com localização conhecida. A inobservância faz acarretar ofensa ao princípio do contraditório e da ampla defesa. (TJSC, AC n. 2010.072702-8, de Gaspar, rel. Des. FERNANDO CARIONI, Terceira Câmara de Direito Civil, j. em 15.3.2011);

II) DIREITO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. AÇÃO DE DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR. JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE (ART. 330 DO CPC). VIOLAÇÃO AO ART. 2º DA LEI N. 12.010/2009, O QUAL ACRESCENTOU O PARÁGRAFO 4º AO ART. 161, DO ECA. OBRIGATORIEDADE DA OITIVA DA GENITORA DA CRIANÇA, PORQUE IDENTIFICADA E LOCALIZADA. SENTENÇA CASSADA. RECURSO PROVIDO.

Em tema de ação de destituição do poder familiar, após a vigência da Lei n. 12.010, de 03.08.2009, é obrigatória a oitiva, pelo juiz, dos genitores da criança ou do adolescente visado, sob pena de indesejada violação dos direitos fundamentais do infante, importando, a par disso, transgressão aos princípios da ampla defesa, do contraditório e do devido processo legal. (TJSC, AC n. 2011.004670-1, da Capital, rel. Des. ELÁDIO TORRET ROCHA, Quarta Câmara de Direito Civil, j. em 14.4.2011); e

III) APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE DESTITUIÇÃO DE PODER FAMILIAR. PRELIMINAR DE CERCEAMENTO DE DEFESA. AUSÊNCIA DE OITIVA DOS GENITORES DA CRIANÇA. ATO ESSENCIAL. EXEGESE DO ART. 161, § 4º DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. NULIDADE RECONHECIDA. RECURSO PROVIDO.

Consoante dispõe o § 4º do art. 161 do estatuto da criança e do adolescente, incluído pela lei n. 12.010/2009, na seção referente à perda e suspensão do poder familiar, é obrigatória a oitiva dos pais sempre que esses forem identificados e estiverem em local conhecido.

Desse modo, observando-se que os genitores, muito embora tivessem endereço certo e conhecido, além de participarem ativamente do feito, não fo-

ram ouvidos durante a instrução processual, evidenciando cerceamento de defesa, razão pela qual deve o processo ser anulado a partir da audiência de instrução e julgamento, determinando-se as oitivas mencionadas faltantes. (TJSC, AC n. 2010.071223-0, da Capital, rel. Des. JOEL FIGUEIRA JÚNIOR, Primeira Câmara de Direito Civil, j. em 27.6.2011).

Não é diferente nessa Câmara, que já apreciou a temática e chegou a idêntica conclusão por duas vezes (ambas de relatoria do Des. JAIR FERNANDES GONÇALVES), determinando, na oportunidade mais recente, a conversão do julgamento em diligência para a oitiva, por questão de celeridade processual:

APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO DE FAMÍLIA. AÇÃO DE DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR. PAIS DEPENDENTES QUÍMICOS. ESTUDO SOCIAL QUE DEMONSTRA A INAPTIDÃO DOS GENITORES PARA O DESEMPENHO DA FUNÇÃO PARENTAL. PROCEDÊNCIA NA ORIGEM. CERCEAMENTO DE DEFESA. AUSÊNCIA DE OITIVA DO GENITOR. INOBSERVÂNCIA DE PROCEDIMENTO OBRIGATÓRIO PREVISTO NO § 4º DO ARTIGO 161 DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. OFENSA AO DEVIDO PROCESSO LEGAL. CONVERSÃO DO JULGAMENTO EM DILIGÊNCIA PARA ESSA FINALIDADE. MEDIDA OBJETIVANDO A CELERIDADE PROCESSUAL.

Embora o Código de Ritos dê ao juiz autonomia para decidir quais são as provas relevantes que ele pode deferir ou requisitar, nas ações de destituição do poder familiar essa liberdade encontra-se restringida nesse aspecto, pois, estando identificados os pais e conhecido o local de sua residência pelo Juízo, é obrigatória sua oitiva em audiência de instrução e julgamento (§ 4º do artigo 161 da Lei n. 8.069/1990), sob pena de ofensa ao princípio do devido processo legal.

Não se pode consentir que, no afã de defender o melhor interesse da criança, seja permitida a violação do direito do genitor, privando-o do devido processo legal, principalmente quando o objeto da demanda é a maior e mais grave punição que se tem na relação familiar. (TJSC. AC n. 2012.013881-8, de Imbituba, Quinta Câmara de Direito Civil, j. em 4.5.2012).

Não se trata, é certo, de regra intransponível, que torna impossível o julgamento antecipado da lide. A propósito, colhem-se dos julgados deste Tribunal, situações outras em que a falta da oitiva é relevada, a exemplo da hipótese em que o julgamento for favorável aos réus:

PROCESSO CIVIL. ECA. AÇÃO DE DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR. PRELIMINAR. FALTA DA AUDIÊNCIA DA MÃE DA MENOR. DECISÃO FAVORÁVEL A ELA. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. NULIDADE AFASTADA. MÉRITO. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA DO PEDIDO DE DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR. INCONFORMISMO DA MÃE. FALTA DE PROVA DE NEGLIGÊNCIA E DO ABANDONO. PARECER FAVORÁVEL AO RETORNO DA CRIANÇA AO CONVÍVIO MATERNO. PODER FAMILIAR RESTABELECIDO.

RECURSO PROVIDO.

A falta de ouvida da mãe da menor, na audiência de instrução e julgamento, pode conduzir à nulidade do processo, nos termos do artigo 161, § 4º do ECA. Entretanto, não se decreta a nulidade do atos jurídicos quando não configurem a hipótese do artigo 249, § 2º, do CPC. (TJSC. AC n. 2010.051515-5, da Capital, rel. Des. LUIZ CARLOS FREYESLEBEN, Segunda Câmara de Direito Civil, j. em 8.10.2010).

Bem assim, precedente em que admitiu-se o julgamento antecipado quando os réus/pais não contestaram o pleito inicial: TJSC, AC n. 2011.036321-2, de Gaspar, rel. Des. ELÁDIO TORRET ROCHA, Quarta Câmara de Direito Civil, j. em 28.7.2011. E, também, julgados de outros Tribunais que, embora não apreciem a superveniência do art. 161, §4º, do ECA, admitem a possibilidade de julgamento antecipado da lide na destituição do poder familiar:

I) APELAÇÃO CÍVEL - DESTITUIÇÃO DE PODER FAMILIAR DECRETADA A PEDIDO DO MINISTÉRIO PÚBLICO - MENOR EM ESTADO DE ABANDONO - PRELIMINAR DE NULIDADE DA SENTENÇA AFASTADA - DESNECESSIDADE DA AUDIÊNCIA DE QUE TRATA O ART. 162 DO ECA - AUSÊNCIA DE PEDIDO DE PRODUÇÃO DE PROVAS - JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE PERMITIDO PELA LEI PROCESSUAL - SENTENÇA QUE NÃO MERECE REPAROS - PRESENÇA DOS REQUISITOS ENSEJADORES DA PROVIDÊNCIA EXTREMA - CONJUNTO PROBATÓRIO QUE RESPALDA PLENAMENTE ESSA DECISÃO - RECURSO CONHECIDO E NEGADO PROVIMENTO. (TJPR, AC n. 700733-8, de Curitiba, rel. Des. ANTONIO LOYOLA VIEIRA, - 12ª C.Cível, j. em 2.3.2011);

II) Civil e Processo Civil. Destituição do poder familiar. Julgamento antecipado da lide. Cerceamento de defesa. Bem estar do menor. O julgamento da lide, sem a designação de audiência, não configura cerceamento de defesa quando os fatos verificados e os elementos apresentados no processo autorizam a resolução antecipada do mérito do pedido. A submissão do poder familiar ao controle da autoridade jurisdicional constitui um dos traços mais avançados da socialização do direito e, para o bom exercício desse controle, deve o magistrado atentar, preferencialmente, para o bem estar da criança, destinatária maior de sua decisão. Mantém-se a procedência do pedido de destituição do poder familiar quando provado o abandono materno com exposição dos menores a risco. Recurso não provido. (TJMG, Proc. n. 1.0024.07.348690-4/001(1), rel. Des. ALMEIDA MELO, j. em 2.12.2010).

Todavia, na espécie, as particularidades não recomendam o entendimento excepcional, sendo mister a conversão do julgamento em diligência para que seja a ré ouvida em audiência perante o juízo singular.

2.1.b. Uma análise superficial da prova aponta, é certo, ter havido a entrega em adoção da criança a terceiros após o parto, como admite ter feito com

filho anterior (oitavo da genitora), bem como indica as condições periclitantes de moradia e as baixas perspectivas para o infante, a espelho do que ocorre com seus irmãos.

Contudo, não se pode olvidar que a ré demonstra arrependimento na entrega do infante; muda de lar no aparente intuito de melhorar suas condições de ser mãe; visita a criança no abrigo frequentemente durante o processado (fl. 73); e se diz pessoa de pouca instrução, razão por que foi influenciada nos estudos sociais, que lhe são desfavoráveis. Tal contexto, a par da obrigatoriedade insculpida na lei, recomenda escutar o que a própria genitora tenha a dizer em sua defesa, medida que foi postulada na própria audiência de instrução e rejeitada pelo magistrado *a quo*, sob o argumento da preclusão (fl. 115).

Não se diga, como faz a Procuradoria-Geral de Justiça, que a obrigatoriedade da oitiva prevista no art. 161, §4º, do Estatuto da Criança e do Adolescente, só se aplica quando não houver resposta da parte ré, sob a justificativa de que o *caput* desse artigo dispõe: *"Não sendo contestado o pedido, a autoridade judiciária dará vista dos autos ao Ministério Público, por cinco dias, salvo quando este for o requerente, decidindo em igual prazo"*. Ora, como se vê do próprio dispositivo, para as hipóteses de revelia, o procedimento legal recomenda o julgamento antecipado, no que incongruente sustentar que a obrigatoria oitiva se dê justamente quando não exista resposta.

A destituição do poder familiar, de se reforçar, é das medidas mais agressivas do ordenamento jurídico, quiçá a mais grave na seara do Direito Civil. Por essa razão, como já se disse, é salutar e essencial que se oportunize ao genitor demandado fazer-se escutar talvez pela última vez, expondo sua defesa pessoal além da defesa técnica, a qual, com as limitações conhecidas, frequentemente não consegue expor minuciosamente todos os argumentos defensivos, à semelhança do que ocorre com o interrogatório penal.

Destarte, para atender a celeridade que a natureza da ação exige, até mesmo porque já houve encaminhamento para família substituta, como de-

terminou o comando sentencial, impõe-se a conversão do julgamento em diligência para que se proceda à oitiva da ré perante o juízo, tudo com máxima urgência, no prazo de 30 (trinta) dias.

Não é caso, entretanto, de concessão de antecipação dos efeitos da tutela recursal para suspender a eficácia da sentença, evitando a entrega do menor para família substituta, uma vez que toda a prova produzida até então, consonante análise superficial deste relator, indica a tentativa de adoção direta (como já aconteceu anteriormente) e as parcas condições de exercício da maternidade e habitabilidade, como apontam os laudos dos estudos sociais realizados (fls. 88/92 e 113/114) e a prova oral (fls. 115/119), na linha do que assentado na sentença. Os inconvenientes do tempo para a oitiva da genitora, no caso, devem ser remediados com a concessão de prioridade máxima ao cumprimento da diligência.

3. A conclusão

Assim, quer pelo expressamente consignado neste voto, quer pelo que de seu teor decorre, suplantadas todas as questões ventiladas, deve julgamento ser convertido em diligência para que se proceda à oitiva da genitora perante o juízo *a quo*, **com prioridade, no prazo máximo de 30 (trinta) dias**.

É o voto.