

Apelação Cível n. 2011.078056-6, da Capital
Relatora: Desa. Maria do Rocio Luz Santa Ritta

AÇÃO DE TUTELA C/C SUSPENSÃO DO PODER FAMILIAR PLEITEADA PELOS AVÓS MATERNOS. GENITOR QUE COMETEU O CRIME DE HOMICÍDIO CONTRA A ESPOSA, MÃE DA MENOR, NA PRESENÇA DESTA, QUE, À ÉPOCA, CONTAVA COM MENOS DE TRÊS ANOS DE IDADE. PRESTAÇÃO JURISDICIONAL FUNDADA EM ACERVO PROBATÓRIO SEGURO QUANTO ÀS SITUAÇÕES DE RISCO A QUE A MENOR ESTAVA EXPOSTA. COMANDO JUDICIAL DE DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR DO REQUERIDO SOBRE A FILHA. SENTENÇA *ULTRA PETITA*. ARTS. 128 C/C 460 DO CPC. ADEQUAÇÃO DE OFÍCIO PARA DECLARAR A SUSPENSÃO DO PODER FAMILIAR DO REQUERIDO SOBRE A FILHA.

EXCLUSÃO DO NOME DO GENITOR DA CERTIDÃO DE NASCIMENTO DA MENOR. INADMISSIBILIDADE. HIPÓTESE CABÍVEL APENAS EM CASOS DE ADOÇÃO. EXEGESE DO PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 163 DO ECA QUE PREVÊ A AVERBAÇÃO À MARGEM DO REGISTRO CIVIL A FIM DE INFORMAR O TEOR DA DECISÃO DE SUSPENSÃO DO PODER FAMILIAR. PARCIAL PROVIMENTO DO APELO, NESSE ASPECTO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2011.078056-6, da comarca da Capital (Vara da Infância e da Juventude), em que é apelante L. M. e apelados D. B. de O. e outro:

A Terceira Câmara de Direito Civil decidiu, por unanimidade, adequar a sentença aos limites da lide, de ofício, cassando a destituição do poder familiar em substituição à suspensão do poder familiar, que ora se decreta, bem como dar parcial provimento ao apelo para, tão somente, reconhecer o direito de permanecer o nome de L. M. como genitor na certidão de nascimento da menor L. M. de O. M.. Custas legais.

O julgamento, realizado nesta data, foi presidido pelo Exmo. Sr. Des. Fernando Carioni, com voto, e dele participou o Exmo. Sr. Des. Marcus Tulio

Sartorato.

Florianópolis, 7 de fevereiro de 2012.

Maria do Rocio Luz Santa Ritta
RELATORA

RELATÓRIO

Trata-se de ação de tutela c/c suspensão do poder familiar relacionada à menor L. M. de O. M., ajuizada por seus avós maternos, D. B. de O. e I. F. M. de O., contra L. M., genitor da infante, em face da situação de risco em que se encontra. Relataram que o requerido tirou brutalmente a vida de F. M. de O. M. - filha dos requerentes e mãe da menor -, queimando-a viva na presença da menina, quando esta tinha menos de 3 (três) anos de idade. Narraram que o réu está atualmente preso. Diante disso, postulam a tutela da neta, de quem cuidam e prestam toda a assistência material e psicológica necessária, exercendo a guarda de fato sobre ela, desde a ocorrência do evento criminoso. Por fim, pleiteam a consequente suspensão do poder familiar de L. M. em relação à filha L. M. de O. M..

À fl. 19 foi deferida a guarda provisória ao casal acionante, devidamente lavrada por termo, bem como a suspensão do poder familiar de L. M. sobre L. M. de O. M..

Realizado o estudo psicossocial do caso, às fls. 126-128, houve a manifestação positiva do Representante do *Parquet* no tocante ao deferimento do pedido inicial para a menor permanecer sob a guarda dos avós maternos (fls. 133/134).

Citado, o requerido apresentou resposta na forma de contestação. Preliminarmente, apontou a conexão com a ação de regulamentação de visitas interposta por sua genitora M. E. M., avó paterna da menor. Alegou carência de ação, por falta de interesse processual. No mérito, sustentou não se enquadrar em nenhuma das hipóteses previstas para a extinção de seu poder familiar. Afirmou que não permitiu que a filha assistisse ao fato ocorrido e que jamais deixou de exercer seu papel de pai. Arguiu que não pode ser penalizado com a medida de suspensão por ato que ainda não teve julgamento definitivo. Pleiteou, assim, a revogação da liminar e, ao final, a improcedência do pedido exordial.

Impugnação às fls. 159-163.

Instruído o feito, sobreveio sentença nos seguintes termos:

Ante o exposto, atendendo ao mais que dos autos consta e aos princípios de direito aplicáveis à espécie, **JULGO PROCEDENTE** o pedido da exordial para fins de colocar a infante em família substituta, **DEFERINDO A TUTELA** de **L. M. de O. M.** em favor dos requerentes D. B. de O. M. e I. F. M. de O., e, em consequência, declaro **EXTINTO** o poder familiar do requerido **L. M.** em relação a sua filha L. M. de O. M..

Os requerentes passam a ter os direitos e deveres constantes nos arts. 33 e ss. do Estatuto da Criança e do Adolescente, devendo ser lavrado respectivo termo.

Expeça-se mandado de averbação, conforme determina o artigo 163, do ECA, constando na certidão de nascimento da criança apenas o nome de sua genitora, a qual já se encontra falecida.

Sem custas, conforme preceitua o artigo 141, § 2º, do ECA.

Publique-se. Registre-se. Intimem-se (fls. 169-174).

Irresignado com a prestação jurisdicional, o requerido interpôs recurso

de apelação. Inicialmente, defende o direito de manter seu nome na certidão de nascimento de sua filha. Ressalta que, embora tenha sido condenado pelo crime descrito, e diante da possibilidade de obter, futuramente, a liberdade provisória, não pode ser destituído do poder familiar sobre a filha. Diz que pretende manter os laços afetivos e voltar a exercer seu papel de pai, uma vez que o ato por ele praticado jamais teve a finalidade de prejudicar a infante. Apontou cerceamento de defesa por não ter sido atendido o pleito formulado às fls. 100/101 dos autos em apenso (ação de regulamentação de visitas ajuizada pela avó paterna), a fim de que fosse prestada assistência psicológica para que a criança pudesse desenvolver a capacidade valorativa quanto à figura paterna em sua vida. Requer, assim, o provimento do recurso.

Contra-arrazoado o apelo, a douta Procuradoria-Geral de Justiça, por seu representante, Dr. Paulo Roberto de Carvalho Roberge, manifestou-se pelo parcial provimento do recurso e recomendou alterações a serem feitas *ex officio*, no tocante à sentença *ultra petita* e à impossibilidade de nomeação de mais de uma pessoa para exercer o cargo de tutor da menor (fls. 198-201).

VOTO

Tema dos mais sensíveis no Direito de Família, a suspensão e a destituição do poder familiar é medida extrema, que se reflete nos campos psíquico, social e jurídico da vida da criança. E assim o é por se tratar de uma exceção ao postulado de que a criança deve ser criada e educada no seio de sua família, apregoado pela Constituição Federal (art. 227) e pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (art. 19).

Sobre o tema, além dos casos previstos na lei civil (art. 1.637), o art. 24 do ECA preceitua que pode ser decretada judicialmente a suspensão ou a perda do poder familiar quando descumpridos os deveres e obrigações aludidas no art. 22 do mesmo diploma.

Da mesma forma, a medida pode ser decretada pelo juiz liminarmente no processo de destituição, ou mesmo de suspensão, para resguardar a segurança da criança até o julgamento definitivo da ação. É o que estabelecem os arts. 155 a 163 do ECA, que disciplinam o procedimento para a suspensão e a perda do poder familiar.

A propósito:

Art. 157. Havendo motivo grave, poderá a autoridade judiciária, ouvido o Ministério Público, decretar a suspensão do poder familiar, liminar ou incidentalmente, até o julgamento definitivo da causa, ficando a criança ou adolescente confiado a pessoa idônea, mediante termo de responsabilidade (redação dada pela Lei n. 12.010/2009).

Sobre o assunto, colhe-se da jurisprudência pátria:

Constatado que os pais colocam os filhos em situações de risco e não lhes proporcionam condições para um desenvolvimento saudável, deixando-os em abandono ou praticando atos contrários à moral e aos bons costumes, deve ser decretada a suspensão do poder familiar, liminar ou incidentalmente, até o julgamento definitivo da causa, devendo a criança ser confiada à pessoa idônea, mediante termo de responsabilidade - art. 157, ECA c/c art. 1.638, II e III, CC. 3. Agravo provido (TJAM, n. AI 2007.004901-0, Rel. Desa. Maria das Graças Pessoa Figueiredo, DJ de 26-8-2008).

Já as hipóteses de perda do poder familiar, sem descurar os dispositivos acima mencionados, estão expressamente previstas na legislação civil (art. 1.638). São elas: I - castigar imoderadamente o filho; II - deixar o filho em abandono; III - praticar atos contrários à moral e aos bons costumes; IV - incidir, reiteradamente, nas faltas previstas no artigo 1.637.

Com efeito, no caso em tela, a exordial revela o intento dos avós maternos em obter a tutela de L. M. de O. M. e, para tanto, postulam a suspensão do poder familiar do genitor L. M. sobre a menor, o que foi deferido liminarmente.

Quanto à pretensão de destituição, já no decorrer da instrução, verifica-se que houve sugestão pelo MP para a manifestação dos autores em eventual interesse ao aditamento de sua pretensão, conforme fls. 29/30. Denotou-se também o interesse demonstrado pelo próprio advogado da infância e juventude, ao questionar

o MP sobre a necessidade/possibilidade de ajuizamento de ação própria para destituir definitivamente o requerido do poder familiar (fl. 153). Entretanto, em que pesem tais sugestões e questionamentos, o fato é que não houve manifestação concreta e expressa dos requerentes no sentido de emendar a inicial para pleitear a perda definitiva do poder familiar do requerido sobre a filha. Acrescenta-se que não há sequer informações sobre a existência de outra ação nesse sentido.

Ora, certo é que a decisão resolutória deverá ater-se aos termos do pedido formulado na exordial, postulação essa que limita o foco de incidência do pronunciamento judicial, à luz do princípio da correlação entre a demanda e a sentença no Direito Processual Civil, esposado no art. 128.

E conquanto a presente ação tenha observado o procedimento específico regulado pelos arts. 155 a 163 do ECA para decretar judicialmente a perda do poder familiar, e nos termos prescritos pelo art. 24 do ECA, o certo é que essa medida concedida não foi objeto de postulação dos requerentes. Diante disso, forçoso o reconhecimento de afronta aos princípios do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório, uma vez que o réu formulou sua defesa (contestação às fls. 144-157), albergando fundamentos tendentes a derruir, tão somente, o pedido de suspensão, e não de destituição, de seu poder familiar.

A bem elucidada observação ministerial no que tange ao julgamento *ultra petita*, revela a violação ao texto do art. 460, *caput* do Código de Processo Civil, de que “é defeso ao juiz proferir sentença, a favor do autor, de natureza diversa da pedida, bem como condenar o réu em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado”. Assim, tendo em vista que o pleito da ação se restringiu à suspensão do poder familiar, não poderia o juízo *a quo* ter decidido pela destituição.

Da lição de Humberto Theodoro Júnior:

[...] a sentença *extra petita* incide em nulidade porque soluciona causa diversa da que foi proposta através do pedido [...] O defeito da sentença, *ultra petita*, por seu turno, não é totalmente igual ao da *extra petita*. Aqui, o juiz decide o pedido, mas vai além dele, dando ao autor mais do que fora pleiteado (art. 460). A nulidade, então, é parcial, não indo além do excesso praticado, de sorte que, ao julgar, o recurso da parte prejudicada, o tribunal não anulará todo o decisório, mas apenas decotará aquilo que ultrapassou o pedido (*in Curso de Direito Processual Civil*, vol. 1. 24ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, pp. 516/517).

Em consequência, não havendo pedido de destituição do poder familiar de L. M. sobre a filha L. M. de O. M., o comando que o decretou, nesse particular, é nulo.

Outro não é o entendimento deste Sodalício. *Mutatis mutandis*:

[...]

2 - SENTENÇA *ULTRA PETITA* - PRONUNCIAMENTO JUDICIAL DE 1º GRAU QUE EXTRAPOLA OS LIMITES DA LIDE AO DESTITUIR DO PODER FAMILIAR A GENITORA DOS INFANTES, PESSOA QUE NÃO FIGUROU COMO RÉ NO PROCESSO - FLAGRANTE AFRONTA AOS ARTS. 128 E 460, AMBOS DO *CODEX INSTRUMENTALIS*, E AOS PRINCÍPIOS DO DEVIDO PROCESSO LEGAL, CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA - POSSIBILIDADE DE SE FAZER O REPARO, DE OFÍCIO, PARA EXTIRPAR DO DECISÓRIO RECORRIDO TAL COMANDO, NULO, POR TRATAR-SE DE MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA -

SOLUÇÃO QUE, ADEMAIS, PRESERVA OS INTERESSES DAS PARTES E DOS MENORES ENVOLVIDOS.

Constatando-se que a sentença combatida ordenou providência em desarmonia com o objeto da lide, excedendo-se ao decretar a perda do poder familiar de ambos os genitores embora apenas contra um deles tenha sido deflagrada a ação, é de rigor o reconhecimento da nulidade quanto a tal ponto, com a preservação do acolhimento daquilo que realmente constituiu a pretensão deduzida pelo autor, o que é possível com base nos princípios da instrumentalidade, economia e celeridade, além do que, *in casu*, não importará qualquer prejuízo para os litigantes e aos interesses dos menores, que poderão, desde logo, ser encaminhados para família substituta, independentemente da destituição judicial do poder familiar quanto à genitora, considerando a sua prévia e expressa concordância com a adoção (AC n. 2011.016556-8, Rel. Luiz Fernando Boller, j. em 18-8-2011).

Mostrando-se, então, o pronunciamento judicial *ultra petita* por extrapolar os limites da lide, e tratando-se de matéria pública, necessário o seu ajuste, de ofício, para cassar a sentença na parte que decretou a extinção do poder familiar, substituindo-na para declarar suspenso o poder familiar do requerido L. M. em relação à sua filha L. M. de O. M. enquanto perdurar a condenação penal que lhe foi imposta.

Saliente-se que, se a pretensão for mesmo a de retirar definitivamente o poder familiar do requerido, fica a possibilidade de ajuizamento de ação específica para tanto. E caso assim seja, supondo-se que posteriormente a destituição venha a ser confirmada, em autos próprios, cabe frisar que, existindo vantagens reais para a filha, "o poder familiar perdido pode ser restabelecido se desaparecerem as causas que determinaram a perda e se ainda não tiver sido o filho adotado por alguém, devendo ser pleiteada em juízo a reintegração" (*in* GUIMARÃES, Giovane Serra. Adoção, Tutela e Guarda. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005, p. 9).

Ultrapassada a questão, denota-se o esvaziamento do objeto recursal nesse ponto. Isso porque o apelante se insurgiu contra a decisão que o destituiu do poder familiar sobre a filha, não fazendo qualquer oposição, em sede de apelo, quanto à suspensão de seu poder familiar. Dessa forma, afigurando-se incontroversos os motivos que levaram à suspensão do poder familiar do genitor sobre a menor L. M. de O. M. e, levando-se em conta o que reza o parágrafo único do art. 1637 do CC, de que "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", como é o caso dos autos, não há qualquer outro reparo a ser feito, devendo permanecer a medida que declarou a suspensão dos direitos do requerido sobre a menor.

A insurgência contra a determinação judicial para excluir o nome do genitor L. M. da certidão de nascimento da menor L. M. de O. M., fazendo nela constar apenas o nome da mãe, já falecida, merece acolhida, porquanto o comando legal, outrora indicado para fundamentar o pronunciamento da MM^a. Togada de primeiro grau, não dispõe nesse sentido. De sua leitura, extrai-se:

Art. 163 [...]

Parágrafo único. A sentença que decretar a perda ou a suspensão do poder familiar será averbada à margem do registro de nascimento da criança ou do adolescente. (Incluído pela Lei nº 12.010, de 2009)

Portanto, claramente se percebe o equívoco gerado, uma vez que o dispositivo prevê apenas e tão somente a expedição de mandado para que a decisão que decretar a suspensão do poder familiar seja averbada na certidão de nascimento (ex vi art. 102, 6º da LRP - n. 6.015/73), sem que, no entanto, haja qualquer supressão ou cancelamento do registro original quanto ao nome do genitor, tal como ocorre nos processos de adoção.

Reforma-se, assim, o *decisum* para que o teor desta decisão de suspensão do poder familiar do genitor seja averbada na certidão de nascimento da criança, nos termos do parágrafo único do art. 163 do ECA, sem qualquer espécie de supressão ou cancelamento de registro.

No tocante ao alegado cerceamento de defesa, adotam-se, como razão de decidir, os argumentos lançados no parecer ministerial:

[...] tenho que deva ser afastado o alegado cerceamento ao direito de defesa, pois o pedido de nova avaliação psicológica nem mesmo foi objeto da presente demanda. Foi, sim, realizado nos autos da Ação de Regulamentação de Visitas n. 023.09.055241-9 (fls. 100/101), em apenso, proposta de forma autônoma pela avó paterna, por tratar especificamente de interesse desta.

A avaliação psicológica por ele reclamada não tem relação com a causa de pedir do presente processo, pois não se destina a avaliar a suspensão do poder familiar, mas, apenas a relação familiar entre a avó paterna e sua neta. Portanto, qualquer análise de cerceamento do direito de defesa deve ser realizado naqueles autos (fl. 200).

Por fim, em relação ao apontamento feito pelo D. Representante do Ministério Público, cumpre esclarecer que não há qualquer óbice quanto ao deferimento em conjunto, da tutela da menor aos avós maternos. Muito pelo contrário, na atual ordem jurídico-constitucional e com o advento do Estatuto da Criança e do Adolescente, a nomeação de casal para exercer o encargo de tutores visa a preservar o ambiente familiar a que a criança deve estar inserida.

Acerca do assunto, Sílvio de Salvo Venosa elucida:

Acentuou-se anteriormente que a tutela é encargo unipessoal. A lei civil não prevê a nomeação de mais de um tutor concomitantemente para o exercício do encargo. Na sistemática do Estatuto da Criança e do Adolescente, nas situações de menores que essa lei regula, perfeitamente sustentável que a situação é outra, levando em consideração o conjunto de disposições dessa lei e os princípios estabelecidos pela Carta de 1988. O intuito dessa legislação protetiva é integrar a criança e o adolescente na família substituta. Não existe forma melhor de fazê-lo, tal como na guarda e na adoção, do que entregá-lo ao carinho e à proteção de um casal que lhe dê um lar. A concepção do estatuto faz com que o critério tradicional do Código Civil seja revisto, pois não se cuida aqui de cuidado com os bens do menor unicamente, mas de sua formação e personalidade (*in* Direito Civil: direito de família, v. 6. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 451).

Esta Corte, igualmente, é favorável a esse entendimento:

APELAÇÃO CÍVEL. FAMÍLIA E CRIANÇA E ADOLESCENTE. TUTELA REQUERIDA POR CASAL. BISAVÓS EM RELAÇÃO AOS BISNETOS. DEFERIMENTO DO *MUNUS* EXCLUSIVAMENTE À BISAVÓ. - TUTELA CONJUNTA. POSSIBILIDADE. MEDIDA SUPLETIVA DO PODER FAMILIAR.

FORMA DE COLOCAÇÃO EM FAMÍLIA SUBSTITUTA. ART. 28 DO ECA. SUAUIZAÇÃO DO ENCARGO. MELHOR ATENDIMENTO DOS INTERESSES MORAIS E MATERIAIS DOS INFANTES. INTERPRETAÇÃO TELEOLÓGICA E HISTÓRICA DO ART. 1.733 DO CC. - SENTENÇA REFORMADA. RECURSO PROVIDO.

- Não obstante interpretação literal do art. 1.733 do Código Civil vigente (reprodução integral do art. 411 do Código Civil de 1916) possa indicar óbice à nomeação conjunta de casal para a função de tutor, a extinção do pátrio poder (sobre o qual estavam estabelecidas as normas familiaristas do Diploma anterior) recomenda revisão da característica da unipessoalidade da tutela, uma vez que instituto supletivo do atual poder familiar.

- Nessa perspectiva, tratada também como forma de colocação do menor em família substituta (art. 28 do Estatuto da Criança e do Adolescente), sendo natural seu exercício concomitante por um casal, de se reconhecer a viabilidade da tutela conjunta, sobretudo porque medida que, em tese, ameniza o reconhecido encargo e possibilita melhor atendimento dos interesses materiais e morais dos tutelados (AC n. 2010.044051-1, Rel. Des. Henry Petry Junior, j. em 31-3-2011).

O voto é, portanto, para, de ofício, adequar a sentença aos limites da lide, a fim de cassar a decisão que destituiu o poder familiar do requerido L. M. confirmando-se, entretanto, a suspensão de tal poder, bem como dar parcial provimento ao recurso para reconhecer o direito à permanência do nome do genitor na certidão de nascimento da menor L. M. de O. M., e determinar a averbação, tão somente, do conteúdo do teor decisório quanto à suspensão. Mantidos os demais termos.