



LFBS

Nº 70057721771 (Nº CNJ: 0496804-04.2013.8.21.7000)
2013/CÍVEL

APELAÇÃO CÍVEL. ECA. AÇÃO DE ADOÇÃO CUMULADA COM DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR. DISPUTA DE GUARDA ENTRE A AVÓ MATERNA E A AUTORA. SENTENÇA QUE JULGA IMPROCEDENTE O PEDIDO, INDEFERINDO O PEDIDO DE REAVALIAÇÃO PSICOSSOCIAL COM O MENOR. NECESSÁRIA OITIVA DO INFANTE ACERCA DA COLOCAÇÃO EM FAMÍLIA SUBSTITUTA. INTELIGÊNCIA DO ART. 28, § 1º, DO ECA. AUSÊNCIA DE INTERVENÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. NULIDADE ABSOLUTA. DESCONSTITUIÇÃO DA SENTENÇA.

1. Nos termos do art. 28, § 1º, do Estatuto da Criança e do Adolescente, sempre que possível o menor deverá ser ouvido por equipe interprofissional acerca da colocação em família substituta. Na espécie, considerando o longo período transcorrido desde a oitiva do menino – que inicialmente manifestou o desejo de permanecer sob a guarda da autora – e que, durante a tramitação do feito, já esteve ele sob os cuidados tanto da autora quanto de sua avó materna, é imperiosa a realização de reavaliação, na forma do art. 28, § 1º, do ECA, a fim de proporcionar o fornecimento de elementos para subsidiar a decisão final a respeito do pedido de adoção e também em relação à guarda e visitas, sempre visando a priorização dos interesses do menino.

2. Ademais, tratando-se de processo que diz respeito a interesse de incapaz, é obrigatória a intervenção do Ministério Público, conforme o art. 82, I e II, do CPC. No caso, não tendo sido oportunizada ao *Parquet* a apresentação de parecer final de mérito, resta configurada a nulidade da sentença, nos termos do art. 84 e 246 do CPC.

DE OFÍCIO, DESCONSTITUÍRAM A SENTENÇA, PREJUDICADA A APELAÇÃO. UNÂNIME.

APELAÇÃO CÍVEL

OITAVA CÂMARA CÍVEL

Nº 70057721771 (Nº CNJ: 0496804-04.2013.8.21.7000)

COMARCA DE CAXIAS DO SUL

C.M.O.D.

APELANTE



LFBS

Nº 70057721771 (Nº CNJ: 0496804-04.2013.8.21.7000)
2013/CÍVEL

..

J.S.

APELADO

..

A.S.S.

APELADO

..

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos.

Acordam os Desembargadores integrantes da Oitava Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado, à **unanimidade, em, de ofício, desconstituir a sentença, prejudicada a apelação.**

Custas na forma da lei.

Participaram do julgamento, além do signatário (Presidente), os eminentes Senhores **DES. ALZIR FELIPPE SCHMITZ E DES.^a SANDRA BRISOLARA MEDEIROS.**

Porto Alegre, 30 de janeiro de 2014.

DES. LUIZ FELIPE BRASIL SANTOS,
Presidente e Relator.

RELATÓRIO

DES. LUIZ FELIPE BRASIL SANTOS (PRESIDENTE E RELATOR)

CLEUSA MARIA O. D. interpõe recurso de apelação em face da sentença das fls. 622-628v. que, nos autos da ação de busca e apreensão, cumulada com adoção e destituição do poder familiar, ajuizada contra ALINE S. S. e JOCELAINE S., em relação ao menor RAFAEL S., julgou improcedentes os pedidos, reconhecendo à autora CLEUSA o direito de visitas à criança.



LFBS

Nº 70057721771 (Nº CNJ: 0496804-04.2013.8.21.7000)
2013/CÍVEL

Sustenta, em suma, que: (1) inicialmente, o convívio entre as litigantes era harmônico e a guarda fática de RAFAEL era exercida por CLEUSA, que jamais ocultou do menino que sua mãe biológica era ALINE e sua avó materna era JOCELAINE; (2) a apelada ALINE havia concordado com a pretensão da apelante de adotar RAFAEL, porém a avó materna JOCELAINE reteve o menino em sua casa, ensejando o pedido de busca e apreensão do infante; (3) foi procedida a avaliação social com as partes envolvidas, sendo constatada a existência de fortes vínculos afetivos entre o menor e a apelante; (4) a conclusão do estudo social realizado aponta que a guarda provisória do pequeno RAFAEL deveria ser exercida pela apelante; (5) a própria apelada reconhece que a recorrente que assumiu os cuidados do menor RAFAEL desde os dois meses de vida deste, o que, somado aos demais elementos carreados aos autos, demonstram o vínculo afetivo e de convívio entre CLEUSA e o infante; (6) a avaliação psicológica realizada também aponta a forte relação afetiva entre a criança e a apelante, equivalente à relação de mãe e filho; (7) a prova testemunhal coligida confirma que a apelante é que esteve presente na vida escolar de RAFAEL, inclusive em datas comemorativas, como dia das mães, dia dos pais e festas de final de ano; (8) o laudo psicológico das fls. 473-474 dá conta de que a avó materna mostra-se rígida e afetivamente fria, fato que é corroborado pelo relato do menor RAFAEL, o qual afirmou em Juízo que o ambiente do lar mantido por JOCELAINE é de tensão; (9) ao contrário da avó materna, a apelante dispõe de tempo para prestar os cuidados ao infante, sendo inegável que o lar da recorrente melhor atende aos interesses do menino; (10) a sentença encontrou solução diversa da prova técnica produzida nos autos, que sugere a permanência do infante sob a guarda da apelante; (11) o regime de visitas estabelecido em sentença tende a não ser efetivado em razão do difícil temperamento da apelada JOCELAINE, que inclusive afirmou



LFBS

Nº 70057721771 (Nº CNJ: 0496804-04.2013.8.21.7000)
2013/CÍVEL

para a apelante que esta jamais iria rever o infante RAFAEL; (12) está cabalmente comprovado que a genitora e a avó materna do menor não reúnem condições de prestar os cuidados a ele, sendo que a peculiaridade do caso em exame autoriza a colocação em família substituta, embora se trate de medida excepcional, conforme o art. 19 do ECA. Requer o provimento do recurso para, liminarmente, deferir a reversão da guarda do menor RAFAEL em favor de CLEUSA, e, no mérito, para reformar a sentença atacada, tornando definitiva a guarda da apelante em relação ao infante. Alternativamente, requer o aumento do período de visitação estabelecido em sentença (fls. 639-651).

Contrarrazões nas fls. 660-663, nas quais é suscitada preliminar de não conhecimento do recurso, por intempestividade.

O Ministério Público opina pela desconstituição da sentença, de ofício (fls. 668-669v.).

Vieram os autos conclusos, restando atendidas as disposições dos arts. 549, 551 e 552 do CPC, pela adoção do procedimento informatizado do sistema Themis2G.

É o relatório.

VOTOS

DES. LUIZ FELIPE BRASIL SANTOS (PRESIDENTE E RELATOR)

Em que pese a existência de preliminar contrarrecursal de não conhecimento da apelação por intempestividade, inicio pela análise da prefacial de nulidade suscitada pelo Ministério Público nesta instância, tendo



LFBS

Nº 70057721771 (Nº CNJ: 0496804-04.2013.8.21.7000)
2013/CÍVEL

em vista que as nulidades arguidas no parecer das fls. 668-669v. são passíveis de conhecimento até mesmo de ofício, por se tratar de matéria de ordem pública – desimportando, quanto a este ponto, se o recurso interposto pela autora CLEUSA é ou não tempestivo.

Com efeito, tal como assinalado pela eminente Procuradora de Justiça HELOÍSA HELENA ZIGLIOTTO, é de ser desconstituída a sentença vergastada. Para evitar desnecessária tautologia, peço vênias para transcrever, na íntegra, o parecer ministerial, adotando seus bem lançados fundamentos como razões de decidir:

A hipótese trata de pedido de adoção cumulado com destituição do poder familiar em ação ajuizada por Cleusa Maria de Oliveira Dias em face de Aline da Silva Soares e Jucelaine da Silva, respectivamente, genitora e avó – guardiã – do menor Rafael Soares, nascido em 05/01/2006.

Rafael manifestou à equipe técnica do Juizado da Infância e da Juventude o desejo de permanecer sob a guarda da autora, tendo, assim, o juízo a quo, com base na manifestação da criança, deferido a guarda provisória, de modo a garantir proteção jurídica ao infante, forte no artigo 33, parágrafo 1º, do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Pois bem.

Depois de longa instrução, o Ministério Público na origem lançou promoção manifestando-se pela citação da demandada Aline, para colher manifestação se concorda com as provas produzidas, a fim de evitar a reabertura da instrução; e pela realização de reavaliação psicossocial, inclusive com visita in loco, a fim de verificar a situação atual da criança, se há necessidade de alterar a guarda e visitas e para dar cumprimento ao artigo 28, parágrafo 1º, do ECA.



LFBS

Nº 70057721771 (Nº CNJ: 0496804-04.2013.8.21.7000)
2013/CÍVEL

Com efeito, dispõe tal dispositivo legal que:

Art. 28. A colocação em família substituta far-se-á mediante guarda, tutela ou adoção, independentemente da situação jurídica da criança ou adolescente, nos termos desta Lei.

§ 1º Sempre que possível, a criança ou o adolescente será previamente ouvido por equipe interprofissional, respeitado seu estágio de desenvolvimento e grau de compreensão sobre as implicações da medida, e terá sua opinião devidamente considerada. (Redação dada pela Lei nº 12.010, de 2009) Vigência

Entretanto, tal sistemática não foi observada no caso concreto, sendo o processo sentenciado no estado em que se encontrava, pela improcedência dos pedidos.

Tal conjuntura conduz, salvo melhor juízo, à nulidade da sentença, pois deixou de ser seguida a diretriz tratada no artigo 28, parágrafo 1º, do Estatuto da Criança e do Adolescente. Certamente, a oitiva do infante era possível e necessária, haja vista que outrora já manifestara o interesse em permanecer na guarda da autora.

Não obstante, tem-se que o processo foi sentenciado sem abrir vista ao Ministério Público na origem para a apresentação de parecer de mérito, o que vai de encontro ao artigo 246, caput, e parágrafo único, do Código de Processo Civil, que dispõe ser nulo o processo se o Ministério Público não é intimado a acompanhar o feito em que deveria intervir. Vale dizer, se o órgão ministerial teve participação ativa durante toda a tramitação, deve ser observada a prerrogativa de apresentar parecer de mérito, ainda mais considerando a importância da matéria.

Em amparo:



LFBS

Nº 70057721771 (Nº CNJ: 0496804-04.2013.8.21.7000)
2013/CÍVEL

APELAÇÃO. AÇÃO DE DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR CUMULADA COM PEDIDO DE ADOÇÃO. AUSÊNCIA DE INTERVENÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. NULIDADE ABSOLUTA. APELAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO PROVIDA. APELAÇÃO DA PARTE AUTORA JULGADA PREJUDICADA. EM MONOCRÁTICA. (Apelação Cível Nº 70055904924, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Rui Portanova, Julgado em 26/08/2013).

APELAÇÃO CÍVEL. ECA. DESTITUIÇÃO DE PODER FAMILIAR. ADOÇÃO. CERCEAMENTO DE DEFESA. AUSÊNCIA DE INTERVENÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. NULIDADES PROCESSUAIS. DESCONSTITUIÇÃO DA SENTENÇA. O processo diz respeito a interesse de incapaz, sendo imperativa a intervenção do Ministério Público (art. 82, I e II, do CPC). Não ocorrendo esta, há nulidade no feito da sentença (art. 84 e 246, do CPC). Ademais, configurado cerceamento de defesa, pois não atendidas as diligências reiteradamente requeridas no sentido de que a apelante fosse intimada pessoalmente a fim de que se procedesse à complementação do laudo social, assim como ignorada a informação do Serviço Social Judiciário a respeito da não localização daquela. Impositiva a desconstituição da sentença com a conseqüente reabertura da instrução do feito. DERAM PROVIMENTO. UNÂNIME. (Apelação Cível Nº 70040498958, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Julgado em 07/04/2011).



LFBS

Nº 70057721771 (Nº CNJ: 0496804-04.2013.8.21.7000)
2013/CÍVEL

De fato, verifica-se que na promoção da fl. 618, imediatamente anterior à sentença atacada, o *Parquet* requereu expressamente a realização de nova avaliação psicossocial com o infante, inclusive com visita *in loco*, a fim de verificar a condição da criança, visando sobretudo o resguardo dos interesses do menor e o atendimento do disposto no art. 28, § 1º, do Estatuto da Criança e do Adolescente. Contudo, tal pleito restou indeferido na própria sentença, sob o argumento de que o feito já estava suficientemente instruído (fls. 622-623).

Entretanto, a prova requerida pelo Ministério Público tem pleno fundamento e pertinência, especialmente no caso dos autos, em que o infante RAFAEL, ouvido em julho de 2012 pela Assistente Social Judiciária, inicialmente manifestou seu desejo de morar com a autora CLEUSA e visitar a avó JOCELAINE, ora demandada – circunstância que inclusive ensejou o deferimento de sua guarda provisória para a autora, em decisão confirmada por este Tribunal em sede de agravo de instrumento (recurso n. 70050377456 – fls. 400-402).

Ademais, considerando o longo tempo transcorrido desde que realizada esta primeira avaliação social e que durante a tramitação do feito o infante já esteve sob os cuidados tanto da autora quanto de sua avó materna, é imperiosa a realização de uma reavaliação, na forma do art. 28, § 1º, do ECA, a fim de proporcionar o fornecimento de elementos para subsidiar a decisão final a respeito do pedido de adoção e também em relação à guarda e visitas, sempre visando a priorização dos interesses do menino.



LFBS

Nº 70057721771 (Nº CNJ: 0496804-04.2013.8.21.7000)
2013/CÍVEL

Não bastasse isso, indubitável a existência de uma segunda causa para desconstituir-se a sentença, qual seja, a obstrução do devido processo legal, por não ter sido oportunizado ao Ministério Público com atuação no primeiro grau de jurisdição a emissão de parecer final.

Ora, tratando-se de processo que envolve interesse de incapaz e que visa equacionar os melhores interesses do menor, alvo de pedido de adoção e consequente destituição de poder familiar, é evidente a obrigatoriedade de intervenção do Ministério Público, conforme estabelece o art. 82, I e II, do Código de Processo Civil.

Desse modo, torna-se insanável o vício da sentença, que padece de nulidade absoluta em razão da ausência de intervenção do *Parquet*, de acordo com o disposto nos arts. 84 e 246 do Código de Processo Civil. Nessa esteira, colaciono precedentes do Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. OFENSA AOS ARTS. 165, 458 E 535 DO CPC. NÃO OCORRÊNCIA. MÉRITO. AÇÃO DE NULIDADE DE ATOS JURÍDICOS. AUSÊNCIA DE INTERVENÇÃO OBRIGATÓRIA DO MINISTÉRIO PÚBLICO (CPC, ARTS. 82, I, E 84). (...)

1. É obrigatória, sob pena de nulidade, a intervenção do Ministério Público, nas hipóteses do art. 82 do Estatuto Processual Civil, nos termos dos arts. 84 e 246 do mesmo CPC.

(...)

(REsp 728.605/PA, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 03/11/2011, DJe 13/12/2011)

ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. DEMANDA QUE VEICULA INTERESSE DE INCAPAZ.



LFBS

Nº 70057721771 (Nº CNJ: 0496804-04.2013.8.21.7000)
2013/CÍVEL

INTERVENÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. OBRIGATORIEDADE. AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO DO PARQUET. ANULAÇÃO DO PROCESSO. NECESSIDADE.

1. A jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que é obrigatória a intervenção do Ministério Público nas demandas em que estejam em discussão interesses de incapazes e, descumprida essa exigência, é de ser considerado nulo o processo.

2. Recurso especial conhecido e provido.

(REsp 867.087/RJ, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 12/08/2010, DJe 13/09/2010)

PROCESSUAL CIVIL. INTERESSE DE MENOR. INTERVENÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO PESSOAL. NULIDADE.

Nos processos em que há interesse de menor, é obrigatória a intervenção do membro do Ministério Público, que atua como fiscal da lei. A ausência de intimação pessoal do Parquet implica em nulidade dos atos praticados a partir de quando deveria ter sido intimado (art. 82, II e 246, ambos do CPC). Recurso conhecido e provido.

(REsp 282.597/RN, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 13/11/2001, DJ 04/02/2002, p. 469)

Nesses termos, DE OFÍCIO, DESCONSTITUO a sentença, ordenando o retorno dos autos à origem e determinando, desde já, a realização de avaliação psicossocial com o menor, na forma do art. 28, § 1º, do ECA. Resta, pois, prejudicado o exame da apelação.

DES. ALZIR FELIPPE SCHMITZ (REVISOR) - De acordo com o(a) Relator(a).

DES.^a SANDRA BRISOLARA MEDEIROS - De acordo com o(a) Relator(a).



LFBS

Nº 70057721771 (Nº CNJ: 0496804-04.2013.8.21.7000)
2013/CÍVEL

DES. LUIZ FELIPE BRASIL SANTOS - Presidente - Apelação Cível nº
70057721771, Comarca de Caxias do Sul: "DE OFÍCIO,
DESCONSTITUÍRAM A SENTENÇA, PREJUDICADA A APELAÇÃO.
UNÂNIME."

Julgador(a) de 1º Grau: DR LEOBERTO NARCISO BRANCHER