



Poder Judiciário

Tribunal de Justiça da Paraíba

Gabinete da Des. Maria das Graças Morais Guedes

ACÓRDÃO

AÇÃO RESCISÓRIA Nº. 0101766-25.2011.815.0000

RELATOR : Ricardo Vital de Almeida – Juiz Convocado

AUTORES : Michelle da C. Moreira e Fernando Malheiros Serpa Lins

ADVOGADO : Luiz Augusto F. Crispim Filho, OAB/PB 7.414 e outros

PRIMEIRO RÉU : Jerferson Gomes Raimundo

DEFENSOR PÚBLICO/CURADOR : Alberto Jorge Dantas Sales

SEGUNDO RÉU : Josicleide Gomes Soares.

AÇÃO RESCISÓRIA. JUÍZO RESCINDENTE. AÇÃO DE DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR. ERRO DE FATO. ACÓRDÃO QUE CONSIDEROU INEXISTENTES MAUS-TRATOS E ABANDONOS AOS FILHOS POR PARTE DO PAI BIOLÓGICO. AUSÊNCIA DE PRONUNCIAMENTO JUDICIAL ACERCA DO PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DOS MENORES. HIPÓTESES DE PERDA DO PODER FAMILIAR QUE SÃO ALTERNATIVAS E NÃO CUMULATIVAS. MAUS-TRATOS INEXISTENTES, POR PARTE DO PAI, MAS ABANDONO OCORRIDO. ACÓRDÃO QUE MANTEVE O PODER FAMILIAR AO PAI BIOLÓGICO E A GUARDA DAS CRIANÇAS À FAMÍLIA SUBSTITUTA. IMPERFEIÇÃO NO JULGADO. CRIANÇAS QUE DESDE OS 06 (SEIS)

MESES DE IDADE TÊM A FAMÍLIA SUBSTITUTA COMO PARÂMETRO DE ENTIDADE FAMILIAR. NECESSIDADE DE PRONUNCIAMENTO JUDICIAL SOBRE ESTA CIRCUNSTÂNCIA, QUANDO DA ANÁLISE DA DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR. **PROCEDÊNCIA DO JUÍZO RESCINDENDO.**

– A ação rescisória - cuja finalidade é desconstituir sentença (ou acórdão) transitada em julgado e, eventualmente, permitir novo julgamento da lide - tem como fundamento o reparo de injustiças verificadas na decisão em relação à qual se operou coisa julgada material, “quando o seu grau de imperfeição é de tal grandeza que supere a necessidade de segurança tutelada pela res iudicata” (THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de direito processual civil. v. 1. 41a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 612).

– O erro de fato que autoriza a ação rescisória é o que se verifica quando a decisão leva em consideração fato inexistente nos autos ou desconsidera fato inconteste nos autos. Erro de fato se dá, por outras palavras, quando existe nos autos elemento capaz, por si só, de modificar o resultado do julgamento, embora ele não tenha sido considerado quando de seu proferimento ou, inversamente, quando leva-se em consideração elemento bastante para o julgamento que não consta dos autos do processo.

– É Inconcebível decidir questões que repercutem na vida futura de uma criança e/ou de um adolescente ao arrepio do princípio do melhor interesse do menor, decorrência lógica e específica do princípio da dignidade da pessoa humana.

– Tendo em vista que a presença de maus-tratos é apenas uma das hipóteses da perda do poder familiar, ressoa que o acórdão, acaso tivesse considerado que o abandono isolado é causa de perda do poder familiar (ou seja, considerado de fato existente o abandono), aliado à matéria atinente à criança e adolescente que dá primazia ao bem-estar dos menores, teria julgado a lide de modo diverso ao que fez.

JUÍZO RESCISÓRIO. APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO DE FAMÍLIA. AÇÃO DE DESTITUIÇÃO DE PODER FAMILIAR. ABANDONO DOS FILHOS MENORES COMPROVADO. ART. 1.638 DO CÓDIGO CIVIL. FAMÍLIA EXTENSA SEM AFETIVIDADE ÀS CRIANÇAS. MANUTENÇÃO DA GUARDA À FAMÍLIA SUBSTITUTA. PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DAS CRIANÇAS. DESPROVIMENTO DO APELO. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA DE PRIMEIRO GRAU. PROCEDÊNCIA DO JUÍZO RESCISÓRIO.

– A perda ou a destituição do poder familiar é a sanção mais grave imposta aos pais que faltarem com os deveres em relação aos filhos. Nesta linha de raciocínio, o Código Civil de 2002 prescreve em seu artigo 1.638 as hipóteses em que perderá o poder familiar o pai ou a mãe, ou, ambos, se comprovados a falta, omissão ou abuso em relação aos filhos.

– Restando configurada a ausência de devida assistência e o abandono familiar, moral, médico hospitalar, e outros tantos cuidados necessários na criação de crianças, seres humanos ainda em formação,

de se julgar procedente a ação de destituição de Poder Familiar ajuizada pelo Ministério Público, em desfavor dos pais negligentes.

– Quando se discute a guarda de menor, não são os direitos dos pais ou de terceiros, no sentido de terem para si a criança, que devem ser observados; é a criança, como sujeito - e não objeto - de direitos, que deve ter assegurada a garantia de ser cuidada pelos pais ou, quando esses não oferecem condições para tanto, por parentes próximos, com os quais conviva e mantenha vínculos de afinidade e afetividade, ou colocados em família substituta.

– Comprovada a impossibilidade de reintegração na sua família natural e extensa, não há que se falar em ilegalidade na colocação das crianças em família substituta, que promove a correta defesa dos interesses das crianças.

VISTOS, RELATADOS E DISCUTIDOS os presentes autos acima identificados.

ACORDA a Segunda Seção Especializada Cível do Colendo Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba, em sessão plenária, à unanimidade, em **JULGAR PROCEDENTES OS PEDIDOS DA AÇÃO RESCISÓRIA**.

RELATÓRIO

Michelle da Cunha Moreira e Fernando Malheiros Serpa Lins propuseram **AÇÃO RESCISÓRIA** com pedido cautelar contra Jerferson Gomes Raimundo e Josicleide Gomes Soares, visando rescindir

acórdão (fls. 285/293) que negou provimento ao apelo da segunda demandada, e deu provimento ao apelo do primeiro réu, em sede de Ação de Destituição do Poder Familiar, ajuizada pelo Ministério Público Estadual.

A Ação de Destituição do Poder Familiar fora proposta sob o fundamento de que os ora demandados teriam praticado abandono dos seus filhos gêmeos Fabiano e Fabiana, com poucos meses de idade.

No juízo de primeiro grau a sentença foi favorável às pretensões do *parquet* (fls. 202/208), decretando a perda do poder familiar dos réus, em relação às crianças.

Houve apelação de ambos os genitores.

No acórdão rescindendo, o então relator afastou a extinção do poder familiar do genitor, o ora primeiro réu, mas ressaltou que a decisão não retiraria os seus filhos menores da guarda da família substituta, o que seria discutido em ação própria, mantendo a sentença no tocante à extinção do poder familiar da genitora.

Trânsito em julgado do Acórdão (fls. 302).

Na presente ação, os autores sustentam **erro de fato** no acórdão rescindendo, posto que **considerou inexistente um fato efetivamente ocorrido, qual seja, o abandono dos gêmeos Fabiano e Fabiana pelo pai biológico, e não apenas pela mãe biológica.**

Narram que a pretensão rescisória se amolda na dupla modalidade do art. 485, §1º, do CPC/73, porquanto o acórdão considerou inexistente o abandono praticado pelo genitor, e também considerou existente a preocupação do genitor com as crianças, quando as provas dos autos demonstram que o abandono ocorreu, ante a omissão de ambos os genitores.

Pleiteiam a tutela antecipada, primeiro, porque resta

demonstrada a fumaça do bom direito, ante o inequívoco erro de fato no acórdão e, segundo, diante do perigo da demora, eis que restaurado o Poder Familiar do pai biológico, os ora promoventes, que detém a guarda provisória há mais de 02 (dois) anos, ratificada em segundo grau de jurisdição (fls. 293), estão na iminência de verem movida a Ação de Guarda por parte do genitor.

Sustentam, ainda, que iniciaram processo de adoção quando os gêmeos ainda contavam com 06 (seis) meses de idade, dando-lhes carinho, amor e um lar, resultando que as crianças os têm como referenciais.

Às fls. 591/595, foi deferido o pedido cautelar, para garantir aos autores o exercício da Guarda, na forma estabelecida no acórdão rescindendo, até ulterior deliberação deste órgão judicial, enquanto tramita esta demanda.

A segunda ré foi citada (fls. 602).

Após tentativas de citação pessoal do primeiro réu, infrutíferas, foi deferida a citação editalícia (fls.633/635).

Citação editalícia (fls. 637).

Certidão acerca do transcurso do prazo, sem resposta à citação. (fls. 642).

Nomeado o Defensor Público, Dr. Alberto Jorge Sales, Curador ao réu citado por edital, nos moldes do art. 9º, II do CPC/73. (fls. 654).

Contestação apresentada, fls. 659/662, argumentando que o réu não abandonou seus filhos menores, pois, dentro do que lhe era permitido, procurava dar o melhor, ainda que pouco e, também, visitava as

crianças com frequência, de onde não há que se falar em erro de fato no acórdão, vez que se baseou nas provas existentes nos autos.

Pede a improcedência do pedido.

Parecer Ministerial pela procedência do pedido (fls. 665/668).

Impugnação à contestação (fls. 674/679).

Decretada a revelia da segunda ré, e determinada a intimação das partes para especificarem e justificarem as provas que desejassem produzir (fls. 684).

Os autores pugnaram pelo julgamento antecipado da lide (fls. 688/690), e o réu deixou transcorrer o prazo sem manifestação, conforme a certidão de fls. 695.

O Ministério Público ratificou o Parecer de fls. 665/668. (fls. 697).

É o Relatório.

V O T O

Ricardo Vital de Almeida – Juiz Convocado.

A ação rescisória, na lição de Ernane Fidélis, “não é recurso. É ação de conhecimento, cujo objetivo principal é desconstituir decisão trânsita, a ponto de sua propositura não suspender a execução normal e definitiva da sentença rescindenda (art. 489)” (Manual de direito processual civil. v. 1. 3a ed. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 560).

A ação rescisória - cuja finalidade é desconstituir

sentença (ou acórdão) transitada em julgado e, eventualmente, permitir novo julgamento da lide - tem como fundamento o reparo de injustiças verificadas na decisão em relação à qual se operou coisa julgada material, “quando o seu grau de imperfeição é de tal grandeza que supere a necessidade de segurança tutelada pela res iudicata” (THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de direito processual civil. v. 1. 41a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 612).

Assim, é possível que uma decisão, plenamente válida a princípio, seja rescindida, a fim de se assegurar a composição acertada do litígio - ou mesmo somente retirar a validade do julgado, como o que afronta coisa julgada anterior, relativizando-se, para tanto, o princípio da segurança jurídica, tão caro para as Ciências Jurídicas.

Deve-se ter em mente, contudo, que não é qualquer situação que enseja a excepcional via da rescisão por meio da ação correlata, mas tão-somente aquela cuja imperfeição destoe do ordenamento jurídico brasileiro.

Nesse sentido, o art. 485 do CPC/73, vigente à época do ajuizamento da ação, traz rol exaustivo, e não meramente exemplificativo, de todas as hipóteses em que se permite a rescisão da sentença de mérito. Esse rol de rescindibilidade parte do pressuposto de que a sentença é válida e eficaz, porque “recoberta” da coisa julgada, apresentando, porém, elevado grau de imperfeição em relação ao ordenamento jurídico.

DO JUÍZO RESCINDENTE OU REVIDENTE

Cuida a espécie de ação rescisória com fundamento no art. 485, inciso IX do CPC/73 - **erro de fato** no acórdão rescindendo.

O erro, no dizer dos autores, está consubstanciado na inexistência de uma situação que as provas dos autos indicaram pela ocorrência.

Especificamente, alegam que a decisão considerou que o pai biológico dos gêmeos Fabiano e Fabiana, não teria abandonado os seus filhos, quando as provas dos autos indicaram o inverso.

Ora, somente se admite a rescisória fundada no art. 485, IX, do Código de Buzaid, vigente à época, quando for razoável presumir que **o juiz não teria julgado como o fez se tivesse atentado para a prova, e não quando o apreciou e, bem ou mal, firmou sua convicção.**

Para deixar ainda mais claro o tema, pode-se dizer que “o erro de fato que autoriza a ação rescisória é o que se verifica quando a decisão leva em consideração fato inexistente nos autos ou desconsidera fato inconteste nos autos. Erro de fato se dá, por outras palavras, quando existe nos autos elemento capaz, por si só, de modificar o resultado do julgamento, embora ele não tenha sido considerado quando de seu proferimento ou, inversamente, quando leva-se em consideração elemento bastante para o julgamento que não consta dos autos do processo” (REsp 218.079/CE, Rel. Ministro HÉLIO QUAGLIA BARBOSA, QUARTA TURMA, julgado em 03/05/2007, DJ 28/05/2007 p. 342).

A respeito do denominado erro de fato é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. AÇÃO RESCISÓRIA. ERRO DE FATO. ART. 485, IX, DO CPC. INOCORRÊNCIA. TRIBUTO SUJEITO LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. DENÚNCIA ESPONTÂNEA. PARCELAMENTO. TRIBUTO PAGO A DESTEMPO. MATÉRIA SUBMETIDA AO REGIME DE RECURSOS REPETITIVOS. ART. 543-C, DO CPC. VIOLAÇÃO AO ART. 535, DO CPC. INOCORRÊNCIA. **1. A rescindibilidade advinda do erro de fato decorre da má percepção da situação fática resultante de atos ou**

documentos da causa dos quais o magistrado não se valeu para o julgamento, a despeito de existentes nos autos. 2. Assim, há erro de fato quando o juiz, desconhecendo a novação acostado aos autos, condena o réu no quantum originário. "O erro de fato supõe fato suscitado e não resolvido", porque o fato "não alegado" fica superado pela eficácia preclusiva do julgado - tantum iudicatum quantum disputatum debeat (artigo 474, do CPC). Em consequência, **o erro que justifica a rescisória é aquele decorrente da desatenção do julgador quanto à prova, não o decorrente do acerto ou desacerto do julgado em decorrência da apreciação dela** porquanto a má valoração da prova encerra injustiça, irreparável pela via rescisória. 3. A interpretação autêntica inserta nos §§ 1º e 2º dissipa qualquer dúvida, ao preceituar que há erro quando a sentença admitir um fato inexistente, ou quando considerar inexistente um fato efetivamente ocorrido, sendo indispensável, num como noutro caso, que não tenha havido controvérsia, nem pronunciamento judicial sobre o fato. 4. Doutrina abalizada elucida que: "Devem estar presentes os seguintes requisitos para que se possa rescindir sentença por erro de fato: a) a sentença deve estar baseada no erro de fato; b) sobre ele não pode ter havido controvérsia entre as partes; c) sobre ele não pode ter havido pronunciamento judicial; d) que seja aferível pelo exame das provas já constantes dos autos da ação matriz, sendo inadmissível a produção, na rescisória, de novas provas para demonstrá-lo." (Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery, in Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante, 9ª ed., Ed. Revista dos Tribunais, 2006, pág. 681); e "Quatro pressupostos hão de concorrer para que o erro

de fato dê causa à rescindibilidade: a) que a sentença nele seja fundada, isto é, que sem ele a conclusão do juiz houvesse de ser diferente; b) que o erro seja apurável mediante o simples exame dos documentos e mais peças dos autos, não se admitindo de modo algum, na rescisória, a produção de quaisquer outras provas tendentes a demonstrar que não existia o fato admitido pelo juiz, ou que ocorrera o fato por ele considerado inexistente; c) que 'não tenha havido controvérsia' sobre o fato (§ 2º); d) que sobre ele tampouco tenha havido 'pronunciamento judicial' (§ 2º)." (José Carlos Barbosa Moreira, in *Comentários ao Código de Processo Civil, Volume V - Arts. 476 a 565, 11ª ed., Ed. Forense, págs. 148/149*). 5. A insurgência especial funda-se na assertiva de que violado o artigo 485, IX, do CPC, haja vista que o v. acórdão rescindendo fundou-se em equivocada captação de elementos da causa, na medida em que pressupôs que a lide versava apenas sobre denúncia espontânea através de parcelamento, quando na realidade versava também sobre pagamentos efetuados em atraso e de forma integral. 6. O esgotamento do debate realizado no curso da ação ordinária acerca de suposto erro de fato na abordagem da causa de pedir inviabiliza o manuseio da ação rescisória fundada no inciso IX do artigo 485 do CPC. 7. A aferição acerca da conjuração do erro de fato pela instância a quo é interdita pela Súmula n.º 07/STJ. 8. É pressuposto para o cabimento da ação rescisória por erro de fato que sobre ele não tenha havido controvérsia ou pronunciamento judicial no processo anterior. Precedentes da Corte: AR 834/RN, DJ 18/10/2004; AR 464/RJ, DJ 19/12/2003; AR 679/DF, DJ 22/04/2002. 9. Não se presta a ação rescisória, ajuizada com base em erro de fato (art. 485, IX, do CPC), à

reavaliação das provas dos autos. 10. O tribunal originário se manifestou nos termos que vem sendo decidido nesta Corte Superior, no sentido de não configurar denúncia espontânea o tributo declarado, mas pago a destempo, bem como os tributos pagos parceladamente. Precedentes: REsp 962379/RS, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 22/10/2008, DJe 28/10/2008; REsp 1102577/DF, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 22/04/2009, DJe 18/05/2009, recursos submetidos ao regime de repetitivos, art. 543-C, do CPC. 11. Os embargos de declaração que enfrentam explicitamente a questão embargada não ensejam recurso especial pela violação do artigo 535, II, do CPC, sendo certo que o magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão. 12. A matéria foi devidamente tratada e esgotada em todos os fundamentos no âmbito do recurso de apelação. Não obstante, a recorrente opôs seguidamente dois embargos de declaração, com fundamentos idênticos que os caracterizaram como manifestamente protelatórios, passível de ensejar a multa de 1% (um por cento) sobre o valor da causa, nos termos do art. 538, § único, do CPC. 13. Recurso especial parcialmente conhecido e desprovido. (REsp 1065913/CE, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 20/08/2009, DJe 10/09/2009). (negritei).

No caso, as crianças foram encontradas abandonadas na residência da mãe biológica, com grave situação de risco de vida, desnutridas e com outras sequelas.

O acórdão rescindendo não retirou a Guarda da família substituta (os ora autores), mas restabeleceu o Poder Familiar ao pai biológico das crianças.

Com efeito, a Guarda é um dos atributos inerentes do Poder Familiar.

O Código Civil, em seu art. 1.634, II assim prevê, enquanto o Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA (Lei 8.069/90), por sua vez, define as responsabilidades e efeitos decorrentes do instituto da Guarda (art. 33).

“Seção II

Do Exercício do Poder Familiar

Art. 1.634. Compete aos pais, quanto à pessoa dos filhos menores:

I - dirigir-lhes a criação e educação;

II - tê-los em sua companhia e guarda;

III - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem;

IV - nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobreviver, ou o sobrevivente não puder exercer o poder familiar;

V - representá-los, até aos dezesseis anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento;

VI - reclamá-los de quem ilegalmente os detenha;

VII - exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição.” (negritei)

“Subseção II

Da Guarda

Art. 33. A guarda obriga a prestação de assistência material, moral e educacional à criança ou adolescente, conferindo a seu detentor o direito de opor-se a terceiros, inclusive aos pais. (Vide Lei nº 12.010, de 2009).” (negritei)

O instituto da Guarda está diretamente relacionado à assistência imediata ao menor, no aspecto material, moral e educacional.

Excepcionalmente, a Guarda pode ser retirada dos pais, quando demonstrado que os genitores da criança não atendem aos deveres a ela inerentes. Afinal, o art. 227 da Constituição da República assegura, como dever do Estado, da família e da sociedade, os direitos das crianças e adolescentes, colocando-os como absoluta prioridade.

Assim, na definição da Guarda, o julgador deve levar em consideração os princípios do melhor interesse da criança, da parentalidade responsável e da proteção integral, observando as peculiaridades do caso concreto.

Como se verifica, a Guarda é instituto inerente do Poder Familiar. Ela só poderá ser retirada dos pais biológicos quando eles não atendem aos deveres a ela inerentes. No acórdão rescindendo, não se destituiu o pai biológico do Poder Familiar, mas se manteve a Guarda com família substituta.

No caso, portanto, verifico completa contradição no acórdão, uma imperfeição destoante do ordenamento jurídico brasileiro, um “grau de imperfeição de tal grandeza que supera a necessidade de segurança tutelada pela res iudicata”, circunstância, inclusive, que justificou o deferimento da cautelar, na medida em que não se poderia manter o Poder Familiar do genitor, com o deferimento da Guarda a outrem, de forma definitiva.

A Guarda, na espécie, que se coadunaria com a preservação do Poder Familiar, seria a provisória, mas as provas dos autos indicam que a família substituta está com as crianças desde os 06 (seis) meses de idade, criando laços afetivos que não podem ser desconsiderados, quando da aferição da manutenção do Poder Familiar pelo pai biológico.

Assim, não poderia haver manutenção de Poder Familiar ao pai e, também, da Guarda à família substituta que deseja, inclusive, adotar os infantes.

As circunstâncias indicam um julgado imperfeito tendente a ser rescindido.

A Ação de Destituição do Poder Familiar fora ajuizada pelo Ministério Público contra ambos os pais dos menores. O pai biológico se insurgiu quando se viu destituído por sentença, manejando o recurso apelatório.

Em que pese o acordão rescindendo ter concluído pela censura da conduta do pai, e não apontou a existência de maus tratos, mas certa assistência material (fls. 290), tenho que a decisão colegiada objeto de rescisão também não levou em considerou que a solução do litígio deveria centrar-se, eminentemente, no interesse dos menores, pois a possível modificação da Guarda não é conveniente, tendo em vista a socioafetividade existente na espécie, uma vez que os menores têm os requerentes como único parâmetro de entidade familiar.

Os autores iniciaram processo de adoção quando os gêmeos ainda contavam com 06 (seis) meses de idade, dando-lhes carinho, amor e um lar, resultando que as crianças os têm como referenciais.

Ora, é princípio hermenêutico básico de que “a lei não contém palavras desnecessárias”, o que leva a concluir que foi justamente

para o fim de resguardar os interesses dos tutelados pelo Estatuto menorista que o legislador conferiu ao julgador autorização expressa de relegar a formalidade estrita, consoante se infere do artigo 6º do citado diploma legal:

“Art. 6º Na interpretação desta Lei levar-se-ão em conta os fins sociais a que ela se dirige, as exigências do bem comum, os direitos e deveres individuais e coletivos, e a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento.”

Em que pese o acórdão ter considerado inexistentes os maus-tratos do pai às crianças, e existente certa assistência material, deixou de considerar as peculiaridades inerentes à espécie, que além de imporem a observância de circunstâncias fáticas como preponderantes, também obrigam a ponderação de aspectos jurídicos, psíquicos e socioafetivos.

Veja-se as constatações no acórdão objeto da rescisão:

“O genitor tinha conhecimento da situação dos gêmeos, a sua conduta omissa se apresentou como gravosa para a situação de penúria que já se encontravam os filhos. No entanto, apesar de ser censurável a conduta do pai, não ficou evidenciado nos autos hipótese de maus tratos, ao contrário, várias testemunhas relatam que ele sempre procurava os filhos, desde o nascimento, oferecendo inclusive assistência material, dentro de suas possibilidades.

Em depoimento, relatado pela Promotoria, as filhas da genitora dos gêmeos através de acompanhamento psicológico relataram o apego do apelante por seus filhos.

Além do que, o genitor, por ser casado, e os filhos frutos

de relação extraconjugal, alegou que estava solucionando o conflito em sua casa para convencer a sua companheira da necessidade de cuidar dos gêmeos, o que ficou demonstrado nos autos pelos documentos do Hospital Arlinda Marques (fls. 65 dos autos em apenso-medida protetiva), que provam que a companheira do genitor cuidou das crianças ainda quando estavam internadas.

Indiscutivelmente o genitor apresentou algum afeto pelos filhos, desde o nascimento, e segundo a própria genitora, em depoimento de fls. 109 este mandava ela levar os filhos ao médico, justificando as consultas anteriores ao internamento dos gêmeos fls. 28/33.

(...)

Não entendo a conduta de omissão do genitor como causa de abandono, este se caracterizou face à situação de abandono constatada pelo conselho tutelar, sendo o abandono atribuído à genitora. Destaque-se, ainda, que o abandono dos gêmeos foi caracterizado pelo mal hábito da genitora de deixá-los aos cuidados de crianças, conduta não colocada pelo genitor, que apesar de visitar os filhos não tinha domínio sobre os momentos que não estava presente, embora se destaque a sua ciência sobre os fatos.

A situação de penúria que os filhos se encontravam não passa totalmente despercebida pelo genitor que ao que se consta dos autos cobrava a ida dos filhos ao médico, destaque-se ainda que a motivação maior para a destituição do poder familiar foi dada pela genitora ao abandonar os filhos sobre os cuidados de criança, por tal

conduta não tem responsabilidade o genitor.

A genitora sim abandonou os filhos, não só os gêmeos que aqui se discute o poder familiar, mas todos os seus seis filhos, inclusive a genitora chegou a responder criminalmente por tal conduta.

Novamente destaco que a conduta negligente do genitor não impõe o seu total afastamento do convívio com seus filhos, pois não há, sequer, nos autos relato de maus tratos ou abuso de qualquer natureza.

(...)

Não há dúvida que o genitor falhou em seu dever, omitiu-se de sua obrigação de genitor, pois deveria ter movido esforços para retirar os seus filhos da guarda materna e buscar para si a responsabilidade de cuidar do seus filhos.

No entanto, tal conduta não aparenta de fácil implementação já que o mesmo tem uma companheira e os filhos seriam fruto de uma relação extraconjugal. E, embora tais razões não justifiquem sua omissão, pelo menos a atenua. Recrimina-se a conduta paterna, mas esta por si não evidencia o abandono caracterizado para motivar a extinção do poder familiar do genitor.” (sic, fls. 290/292).

Especificamente às normas atinentes à perda do poder familiar, o acórdão apenas citou os arts. 22 e 24 do ECA e o art. 1.638 do Código Civil, sendo sua fundamentação centrada, eminentemente, no amparo da pretensão do pai biológico dos menores, sem adentrar no princípio do melhor interesse dos menores, gênese e propósito do Estatuto

da Criança e do Adolescente.

Como visto acima, devem estar presentes os seguintes requisitos para que se possa rescindir sentença por erro de fato:

- a) a sentença deve estar baseada no erro de fato;**
- b) sobre ele não pode ter havido controvérsia entre as partes;**
- c) sobre ele não pode ter havido pronunciamento judicial;**
- d) que seja aferível pelo exame das provas já constantes dos autos da ação matriz, sendo inadmissível a produção, na rescisória, de novas provas para demonstrá-lo.**

Ainda, os seguintes pressupostos não de concorrer para que o erro de fato dê causa à rescindibilidade:

- a) que a sentença nele seja fundada, isto é, que sem ele a conclusão do juiz houvesse de ser diferente;**
- b) que o erro seja apurável mediante o simples exame dos documentos e mais peças dos autos, não se admitindo de modo algum, na rescisória, a produção de quaisquer outras provas tendentes a demonstrar que não existia o fato admitido pelo juiz, ou que ocorrera o fato por ele considerado inexistente;**
- c) que 'não tenha havido controvérsia' sobre o fato (§ 2º);**
- d) que sobre ele tampouco tenha havido 'pronunciamento judicial' (§ 2º).**

Sem sombra de dúvidas que está presente o erro de fato, na espécie, pois a ausência de maus-tratos não é causa isolada para manutenção do poder familiar, sendo certo que o art. 1.638 do CC trata as

hipóteses de modo alternativo e não cumulativo. Confira-se:

“Art. 1.638. Perderá por ato judicial o poder familiar o pai ou a mãe que:

I - Castigar imoderadamente o filho;

II - Deixar o filho em abandono;

III - Praticar atos contrários à moral e ao bom costume;

IV - incidir, reiteradamente, nas faltas previstas no artigo antecedente.”

Ou seja, o acórdão considerou que o genitor omitiu-se no seu mister de pai e provedor obrigatório dos menores, mas não teria aplicado às crianças maus-tratos. Considerou existente situação fática (o amparo), que na verdade não existiu (conforme as provas dos autos aliada ao contexto do Estatuto da Criança do Adolescente, que tem no princípio do melhor interesse do menor, a viga mestra).

É Inconcebível decidir questões que repercutem na vida futura de uma criança e/ou de um adolescente ao arrepio do princípio do melhor interesse do menor, decorrência lógica e específica do princípio da dignidade da pessoa humana.

No caso, o acórdão não se pronunciou sobre esse princípio, para aferir a manutenção do Poder Familiar com o pai biológico.

Tendo em vista que a presença de maus-tratos é apenas uma das hipóteses da perda do poder familiar, ressoa que o acórdão, acaso tivesse considerado que o abandono isolado é causa de perda do poder familiar (ou seja, considerado de fato existente o abandono), aliado à matéria atinente à criança e adolescente que dá primazia ao bem-estar dos menores, teria julgado a lide de modo diverso ao que fez.

Sendo assim, o acórdão, na parte em que resolveu a

apelação do segundo réu, pai dos menores, está baseado em erro de fato, pois não houve pronunciamento judicial sobre o abandono das crianças aliado à matéria atinente à primazia dos direitos dos menores, uma vez que até o atentado ao abandono deve ser reprimido, nos termos do art. 5º do ECA.

“Art. 5º Nenhuma criança ou adolescente será objeto de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, punido na forma da lei qualquer atentado, por ação ou omissão, aos seus direitos fundamentais.”.

Tenho por procedente o pedido rescindente.

DO JUÍZO RESCISÓRIO OU REVISÓRIO

Superada a questão do juízo rescindendo, cumpre analisar as teses do apelo que foram abraçadas pelo acórdão, para fins do juízo rescisório.

Apelação (fls. 220/247). Narra o apelante que a destituição do Poder Familiar é medida extrema e, antes do seu deferimento, as crianças deveriam ser mantidas na família extensa, não deferindo a Guarda a pessoas alheias aos laços familiares.

Aduz que é Pedreiro, de poucas posses, sem antecedentes criminais, sem vícios e de caráter ilibado, e que as crianças são frutos de relação extraconjugal, sem o conhecimento da sua companheira Ana Cláudia Lourenço dos Santos, com quem vive em União Estável há mais de 08 (oito) anos, e a ciência dessa relação pela companheira, poderia ocasionar o rompimento da sua união.

Alega que nunca se eximiu da responsabilidade de pai e, desde o período anterior ao nascimento dos filhos, prestou assistência moral

e financeira à Sra. Josecleide, providenciando, inclusive, acompanhante para mesma na Maternidade Cândida Vargas.

Após o nascimento, aduz que assumiu espontaneamente a paternidade e registrou os filhos junto ao 5º Ofício de Registro Civil e Tabelionato de Notas de Tambaú, passando a contribuir com a manutenção dos menores, na medida das possibilidades.

Argumenta que após as crianças terem sido retiradas pelo Conselho Tutelar, do lar materno, revezava-se com uma tia, nas visitas ao hospital Arlinda Marques, até que foi impedido por decisão judicial, e que a sua companheira passou a ter feição pelas crianças, dispondo-se a acolhê-las.

Aduz que inexistem nos autos prova de maus-tratos e abandono, mas, ao contrário, demonstração de que expressou desejo de ter a Guarda dos filhos.

Pois bem.

O Art. 22 do ECA, assim dispõe:

“Art. 22. Aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhes ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais.”

Maria Berenice Dias e Rodrigo da Cunha Pereira, in *Direito de Família e o novo Código Civil*, 3ª ed., Editora Del Rey, p. 179/180, sobre o instituto do Poder Familiar, conhecido anteriormente com o nome de pátrio-poder, ou poder paternal, ou também, poder marital, lecionam:

“Sendo menos poder e mais dever, converteu-se em múnus, concebido como encargo legalmente atribuído a

alguém, em virtude de certas circunstâncias, a que se não pode fugir. O poder familiar dos pais é ônus que a sociedade organizada a eles atribui, em virtude da circunstância da parentalidade, no interesse dos filhos. O exercício do múnus não é livre mas necessário no interesse de outrem. É como diz Pietro Perlingiere, 'um verdadeiro ofício, uma situação de direito-dever; como fundamento da atribuição dos poderes existe o dever de exercê-los'."

No caso dos autos, restou amplamente demonstrado que o genitor dos menores não tem condições de ampará-los moral, material e emocionalmente.

É bem verdade que o artigo 23, do Estatuto da Criança e do Adolescente observa que a falta ou carência de recursos materiais não constitui motivo suficiente para a perda ou suspensão do poder familiar, pois, prepondera o entendimento de que o melhor para a criança é o convívio familiar biológico.

Esta é a visão de Caio Mário da Silva Pereira, em Instituições de Direito Civil, Vol. V, 15ª ed, p. 438:

"A filosofia do Estatuto deixa bem claro que o que a ordem legal considera mais importante é a manutenção da criança ou adolescente na sua família de origem, da qual somente pode ser afastada em havendo motivo ponderável (parágrafo único do art. 23 do ECA), ficando bem claro que a falta de ou carência de recursos materiais não constitui motivo suficiente para a perda ou suspensão do poder família (art. 23, caput)."

Entretanto, outro é o caso dos autos, pois, a situação de pobreza do apelante não é a causa da destituição do seu poder familiar, mas

sim, a ausência da devida assistência, o abandono familiar.

A perda ou a destituição do poder familiar é a sanção mais grave imposta aos pais que faltarem com os deveres em relação aos filhos.

Nesta linha de raciocínio, o Código Civil de 2002, prescreve em seu artigo 1.638 as hipóteses em que perderá o poder familiar o pai ou a mãe, ou, ambos, se comprovados a falta, omissão ou abuso em relação aos filhos, *in verbis*:

“Perderá por ato judicial o poder familiar o pai ou a mãe que:

I-Castigar imoderadamente o filho;

II-Deixar o filho em abandono;

III-Praticar atos contrários à moral e ao bom costume;

IV-Incidir, reiteradamente, nas faltas previstas no artigo antecedente.”

In casu, como já dito anteriormente na análise do juízo rescindendo, o motivo da ação de destituição do Poder familiar, com relação ao pai, é o abandono, não se discutindo os maus-tratos, pois a norma os trata como causas alternativas e não cumulativas.

Sendo assim, restou amplamente demonstrado nos autos, que o genitor dos menores sempre se mostrou indiferente aos problemas e necessidades pelos quais as crianças passavam, a par de ter conhecimento da penúria a que as crianças eram submetidas, mantinha-se omissa e negligente em face dos cuidados necessários e inerentes à criação das crianças.

Veja-se que o próprio recorrente afirma que realizava visitas esporádicas e que chegou a indagar à genitora, acerca do baixo peso dos filhos e, mesmo vendo a situação periclitante, satisfez-se com as explicações da mãe biológica.

Como dito acima, nas precisas lições de Maria Berenice Dias e Rodrigo da Cunha Pereira, “o Poder Familiar dos pais é ônus a que não se pode fugir”.

Não há qualquer justificativa aceitável para se convalidar a manutenção do Poder familiar ao pai, quando ele mesmo afirma a ciência da situação precária pela qual passavam os menores, tentando, em vão, amparar-se, de início, no fato dos filhos serem frutos de uma relação extraconjugal e, essa ciência, poderia romper ou abalar seu relacionamento em União Estável.

Ora, essa circunstância, por si só, já demonstra o despreparo e a insensibilidade de um genitor para com os filhos, pondo seus interesses particulares (e escusos), em detrimento dos interesses dos filhos.

Sob a lógica do recorrente, seus filhos permaneceriam naquele estado de penúria, desde que sua companheira jamais soubesse da relação extraconjugal outrora vivenciada. Um ato mesquinho, em última análise.

Os gêmeos Fabiana e Fabiano foram resgatados pelo Conselho Tutelar no dia 19 de março de 2011, após denúncias de vizinhos, por estarem em casa sem acompanhamento de um adulto, na companhia, apenas, das quatro irmãs com as idades de 1 ano e 10 meses, 04 anos, 06 anos e 08 anos, em situação de vulnerabilidade e risco de vida, tendo sido encaminhados ao Hospital Arlinda Marques, pela equipe do SAMU, ante a fragilidade do estado de saúde dos menores.

Constata-se dos autos, através de relatório médico, que

os menores foram diagnosticados com desnutrição grave, escabiose infecta, desidratação, anemia e otite, patologias ocasionadas pela ausência de alimentação adequada, falta de higiene e ausência de cuidados básicos mínimos, o que acarretou a necessidade de cuidados muito especiais de saúde e alimentação, com monitoramento constante, além de seguir acompanhamento médico.

No Laudo Médico de fls. 96/97, atesta-se que as crianças apresentavam estado geral comprometido, palidez, baixo peso, hidratação comprometida, lesões escabióticas disseminadas e lesão crosta-purulenta, ou seja, doenças graves que comprometem o desenvolvimento físico e motor das crianças que poderiam levá-las à morte.

Ressalto que o abandono em si e as doenças são inconteste nos autos, pois o recorrente/genitor tenta se esquivar alegando que o abandono foi apenas da mãe das crianças, que os visitava esporadicamente, além do fato de que a Guarda poderia ser dada à família extensa.

Com efeito, pode até ser crível que em algum momento o pai dos gêmeos tenha dado alguma atenção a eles, tenha os visitado ou, dentro das suas posses, dado alguma contribuição, porém, pelo estado no qual as crianças foram encontradas, o abandono já contava de muito tempo, e não foi um evento esporádico.

As crianças demonstravam situação de extremado risco, como se pode perceber das fotografias constantes nos autos, denotando absoluta negligência, e nenhum caso com a manutenção dos filhos.

Ademais, o pai poderia retirar os filhos daquela situação e, acaso houvesse resistência por parte da mãe, poderia angariar ajuda com o Conselho Tutelar ou outro órgão de amparo. Mas ao que parece, a mãe não resistiria ao pai ter a Guarda dos filhos, pois deixava as crianças às suas próprias sortes, sendo certo que o genitor, em verdade, não desejava tê-las

para o cuidado.

Quanto à família extensa, da mesma forma que o pai teria condições de ajudar os gêmeos, não se pode negar que seus parentes também possuíam essas condições.

No entanto, em relato ao setor de guarda e tutela, da 1ª Vara da Infância e da Juventude, a genitora dos gêmeos informou que a avó paterna só esteve em sua residência por duas vezes, não procurando mais seus netos, e que nunca impediu a família paterna e visitar ou ajudar as crianças (fls. 468).

O recorrente, por seu turno, apenas relata que uma tia revezava nas vistas às crianças, no Hospital Arlinda Marques, após elas terem sido retiradas da casa da mãe pelo Conselho Tutelar. Ou seja, o pai argumenta uma certa preocupação de seus familiares a destempo, quando os gêmeos já haviam, de fato, sido entregues à própria sorte, após vizinhos denunciarem o caso, depois de um estágio de penúria que chegou à quase morte.

Longe de ser afeição, essa pseudo-preocupação ressoa, talvez, sentimento de culpa. Um estrago na vida de seres humanos que jamais poderiam ter passado por essa situação, acaso o pai ou seus parentes realmente se importassem com as suas vidas, como tenta, retoricamente, convencer o recorrente/pai biológico.

É bem certo que o Estatuto da Criança e do Adolescente prioriza, em detrimento de qualquer outra providência, a manutenção da criança ou adolescente em sua família, prestigiando a conservação dos vínculos familiares, inclusive aqueles formados com a família extensa.

“Art. 19. Toda criança ou adolescente tem direito a ser criado e educado no seio da sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente livre

da presença de pessoas dependentes de substâncias entorpecentes.

[...]

§ 3º A manutenção ou reintegração de criança ou adolescente à sua família terá preferência em relação a qualquer outra providência, caso em que será esta incluída em programas de orientação e auxílio, nos termos do parágrafo único do art. 23, dos incisos I e IV do caput do art. 101 e dos incisos I a IV do caput do art. 129 desta Lei.”

Entretanto, comprovado que a impossibilidade de reintegração na sua família natural e extensa, não há que se falar em ilegalidade na colocação das crianças em família substituta, que promove a correta defesa de seus interesses.

O Superior Tribunal de Justiça já se manifestou sobre a matéria, conforme se percebe do seguinte precedente:

DIREITO CIVIL. CRIANÇA E ADOLESCENTE. RECURSO ESPECIAL. BUSCA E APREENSÃO DE MENOR QUE SE ENCONTRA NA "POSSE DE FATO" DE TERCEIROS. MANUTENÇÃO DA CRIANÇA NO SEIO DA FAMÍLIA AMPLIADA. [...] 3. Quando se discute a guarda de menor, não são os direitos dos pais ou de terceiros, no sentido de terem para si a criança, que devem ser observados; é a criança, como sujeito - e não objeto - de direitos, que deve ter assegurada a garantia de ser cuidada pelos pais ou, quando esses não oferecem condições para tanto, por parentes próximos, com os quais conviva e mantenha vínculos de afinidade e afetividade. 4. Em regra, apenas na impossibilidade de

manutenção da criança no seio de sua família, natural ou ampliada, é que será cogitada a colocação em família substituta, ou, em última análise, em programa de acolhimento institucional. 5. Recurso especial conhecido e desprovido. (REsp 1356981/SC, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 05/11/2013, DJe 08/11/2013).

Como visto acima, quando se discute a guarda de menor, não são os direitos dos pais ou de terceiros, no sentido de terem para si a criança, que devem ser observados; é a criança, como sujeito - e não objeto - de direitos, que deve ter assegurada a garantia de ser cuidada pelos pais ou, quando esses não oferecem condições para tanto, por parentes próximos, com os quais conviva e mantenha vínculos de afinidade e afetividade, ou colocados em família substituta.

Não se desconhece que o convívio da criança com sua família seja de suma importância para o seu desenvolvimento mental, intelectual, social e emocional, entretanto, em casos como o dos autos, no qual inexistente condição material e afetiva por parte dos genitores para cuidar dos filhos, que já foram abandonados, outra não pode ser a solução senão a de destituí-los do poder familiar.

Dos autos pode-se extrair provas que se complementam e demonstram de forma suficiente a incapacidade do apelante em cumprir o papel de pai e de gerar um saudável vínculo afetivo com os gêmeos, bem assim, inexistir qualquer vínculo efetivo com a família extensa.

Por outro lado, retirar dos menores o convívio com a família substituta, não me ressoa legal e humanitário, pois em conflitos que envolvem interesses relativos a menores, especialmente aqueles que visam a modificação da Guarda de crianças, o julgador deve ter em vista, sempre e primordialmente, o interesse do menor.

Assim, consoante preceito constitucional, o melhor interesse do menor incapaz deve sempre primar sobre qualquer outro, devendo ser resguardados seu bem estar físico e psicológico.

Na espécie, inexistindo motivo grave ou excepcional justificando nova alteração de Guarda, deve-se evitar decisão sabidamente tão traumática para as crianças.

Com essas considerações, JULGO PROCEDENTES OS PEDIDOS DA AÇÃO RESCISÓRIA, para rescindir o acórdão lançado nos autos do Processo nº. 200.2011.004191-6/001, especificamente quanto ao julgamento da segunda apelação e, por consequência, no juízo rescisório, NEGO PROVIMENTO AO SEGUNDO APELO, mantendo a sentença de primeiro grau na sua integralidade.

É como voto.

Presidiu a sessão o Excelemtíssimo Senhor Desembargador Saulo Henriques de Sá e Benevides – Presidente, em substituição. Relator: Dr. Ricardo Vital de Almeida (Juiz com jurisdição limitada). Participaram do julgamento os Desembargadores João Alves da Silva, Dr. Gustavo Leite Urquiza (Juiz convocado para substituir o Exmo. Desembargador Frederico Martinho da Nóbrega Coutinho. Ausente justificadamente o Desembargador Romero Marcelo da Fonseca de Oliveira. Presente à sessão, representando o Ministério Público, a Excelentíssima Dra. Vanina Nóbrega de Freitas Dias Feitosa, Procuradora de Justiça Convocada.

Segunda Seção Especializada Cível, Sala de Sessões do Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba, em João Pessoa, no dia 30 de novembro de 2016.

Ricardo Vital de Almeida
Juiz Convocado