

Proponente: NÚCLEO ESPECIALIZADO DA INFÂNCIA E JUVENTUDE

Área: INFÂNCIA E JUVENTUDE

Súmula: A prova produzida no curso do procedimento verificatório/administrativo, sem observância do contraditório e ampla defesa, não se presta a fundamentar sentença de destituição do poder familiar.

ITEM DAS ATRIBUIÇÕES INSTITUIÇÕES DA DEFENSORIA PÚBLICA CORRESPONDENTE: art. 5º, VI, "c" da Lei 988/06: promover a tutela individual e coletiva dos interesses da criança e do adolescente e art. 5º, III, representar em juízo os necessitados na tutela de seus interesses individuais no âmbito civil.

ITEM DO PLANO ANUAL DE ATUAÇÃO DA DEFENSORIA PÚBLICA QUE SE INSERE: no item e, atendimento na área da infância e juventude, ponto nº 2 promover a participação da Defensoria no Plano Nacional de Proteção ao Direito à Convivência Familiar e Comunitária.

FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA

"Não esqueçamos, por outro lado, que os processos de perda e suspensão do pátrio poder devem assegurar o contraditório, com amplo direito de defesa aos envolvidos (...). Trata-se de processo, pois há que se assegurar ao réu o princípio do contraditório e da ampla defesa"[1].

O procedimento verificatório, embora seja alvo de muitas discussões, tem por fundamento o artigo 153 do Estatuto da Criança e do Adolescente. Embora sua existência seja assunto bastante polêmico, o certo é que, sempre que existir, terá natureza de procedimento administrativo. Desta forma, se anteceder a propositura de uma ação judicial de destituição do poder familiar, não terá, nem de longe, a pretensão de substituir a instrução processual, mas apenas a função de auxiliar o Juízo quanto ao recebimento da inicial de destituição do poder familiar e quanto ao deferimento ou indeferimento do pedido de tutela antecipada, caso seja pleiteada.

Assim sendo, não deve ser tratado como prova pré-constituída e inequívoca para nortear a decisão final, podendo apenas ser crucial quando seu conteúdo for corroborado na instrução judicial, sob pena de violação dos princípios do contraditório, ampla defesa e devido processo legal.

Certamente, *"a prova deve ser realizada sob o crivo do contraditório"[2].*

Neste sentido:

"PÁTRIO PODER - Destituição - Inobservância do princípio do contraditório - Decisão lançada sem ouvir os requeridos e a criança, que tem idade suficiente para poder exprimir-se (Estatuto da Criança e do Adolescente, artigo 161, § 2º). - Procedimento verificatório anterior que

não é prova pré-constituída, envolve apreciação dos fatos - Prova emprestada diante da ausência do contraditório - Recurso provido para anular a decisão". (TJ, Apelação Cível n. 79.107-0 - Sorocaba - Câmara Especial - Relator: Fábio Quadros - 04.06.01 - V. U. – grifos nossos).

Ora, o procedimento verificatório tem natureza inquisitiva, razão pela qual não pode ser tratado como se processo judicial fosse.

Destarte, é perfeitamente aceitável que se colham elementos oriundos do procedimento verificatório, desde que posteriormente confirmados na instrução judicial dentro dos princípios constitucionais fundamentais do contraditório, ampla defesa e devido processo legal.

"Se a criança ou adolescente está exposta a iminente perigo, se há evidências de violência doméstica, se o abandono está caracterizado, pode o juiz, antes de adotar a medida extrema, suspender, liminarmente, o exercício do poder familiar, e encaminhar os pais a programas sociais. A perda do poder familiar, todavia, só poderá ser decretada mediante o devido processo legal, assegurado o contraditório. A delação frívola pode provocar graves injustiças. A garantia do contraditório é fundamental, pois a destituição do poder familiar é medida gravíssima que não pode ser adotada levemente".[3]

"Não esqueçamos, por outro lado, que os processos de perda e suspensão do pátrio poder devem assegurar o contraditório, com amplo direito de defesa aos envolvidos (...)"[4].

Ora, "a decretação da perda ou suspensão do pátrio poder dependerá de decisão judicial, onde se assegure o procedimento contraditório (...)"[5]

Cumprido salientar ainda que, embora a Lei 8069/90 não estabeleça regramento próprio quanto à produção da prova, por norma infra-constitucional, deve ser interpretada conforme a Constituição Federal, a qual traz como princípios fundamentais o contraditório, ampla defesa e devido processo legal.

Neste sentido, Alexandre de Moraes, segundo o qual "a supremacia das normas constitucionais no ordenamento jurídico e a presunção de constitucionalidade das leis e atos normativos editados pelo poder público competente exigem que, na função hermenêutica de interpretação do ordenamento jurídico, seja sempre concedida preferência ao sentido da norma que seja adequado à Constituição Federal. Assim sendo, no caso de normas com várias significações possíveis, deverá ser encontrada a significação que apresente conformidade com as normas constitucionais"[6]. Portanto, na interpretação da Lei 8069/90, deve-se analisá-la em consonância com os princípios constitucionais já citados, de modo que não há possibilidade de destituição do poder familiar sem produção de prova de fatos autorizadores desta medida extrema sob o crivo do contraditório.

"Se a criança ou adolescente está exposta a iminente perigo, se há evidências de violência doméstica, se o abandono está caracterizado, pode o juiz, antes de adotar a medida extrema, suspender, liminarmente, o exercício do poder familiar, e encaminhar os pais a programas

sociais. A perda do poder familiar, todavia, só poderá ser decretada mediante o devido processo legal, assegurado o contraditório. A delação frívola pode provocar graves injustiças. A garantia do contraditório é fundamental, pois a destituição do poder familiar é medida gravíssima que não pode ser adotada levemente”. [7]

Portanto, não pode o procedimento verificatório ser recebido como prova pré-constituída para fundamentar a sentença de destituição do poder familiar.

O posicionamento similar é utilizado no processo penal, quanto à impossibilidade de utilização das provas colhidas no inquérito policial para que estas, por si só, sirvam de fundamento para uma sentença condenatória. Este posicionamento é praticamente pacífico e tem por fundamento os mesmos acima expostos, ou seja, que o inquérito policial é procedimento administrativo desprovido de contraditório, sendo que a Constituição Federal assegura, em seus incisos VIV e LV, respectivamente, que *“ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”* e que *“aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”*. Desta maneira, é certo, no campo do processo penal, que nenhum acusado poderá ter sua liberdade cerceada por uma sentença que fundamente a condenação com prova exclusivamente produzida no inquérito policial.

Quanto ao processo civil, em geral, tais regras são menos inflexíveis. Um exemplo é que há muitos direitos disponíveis que admitem a revelia, cujo efeito principal é o de tornar verdadeiros os fatos alegados pelo autor (artigo 319 do Código de Processo Civil).

Entretanto, tratando-se de poder familiar, está-se diante de um direito indisponível, o qual não induz ao efeito principal da revelia acima citado, nos termos do artigo 320, inciso II, do Código de Processo Civil.

Porém, ainda que assim não fosse, fazendo um paralelo entre o direito à liberdade e o direito dos pais à convivência familiar com seus filhos (considerando que o direito à convivência familiar não é de titularidade exclusiva das crianças e adolescentes, mas também um direito dos pais, conforme o inciso II do artigo 1634 do Código Civil), embora não existam dados estatísticos, é certo que, se questionarmos muitos pais e mães se prefeririam ter a liberdade temporariamente cerceada ou a convivência com seus filhos definitivamente cerceada, certamente a maioria deles responderia que preferiria a primeira opção.

Assim, se o poder familiar envolve sentimentos tão fortes e direitos dos mais importantes, estando inserido inclusive no direito a dignidade da pessoa humana, que é previsto no primeiro artigo da Constituição Federal dada a sua tamanha importância, é inconcebível que, ainda nos dias de hoje, possa haver interpretação de que o direito à convivência familiar possa ser cerceado sem que seja observado o devido processo legal e, por consequência, também o contraditório e a ampla defesa.

Por tudo que acima foi exposto, ainda que o procedimento verificatório ou qualquer outro procedimento administrativo demonstre a existência, num caso concreto, de causa autorizadora da destituição do poder familiar, é nula a sentença que fundamentar a procedência de tal pedido extremo

unidamente em provas colhidas antes da instauração do processo e sem o crivo do contraditório e da ampla defesa.

Gisele Ximenes Vieira dos Santos Inácio

Defensora Pública da Infância e Juventude

Regional de Sorocaba

Tharsila Favero de Camargo

Estagiária da Defensoria Pública

[1] VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 368 e 370.

[2] GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. *Novo Curso de Direito Processual Civil*, Vol. I, 4ª ed., São Paulo: Saraiva, 2007, pág. 32.

[3] Silva, Marcos Alves. Boletim IBDFAM – Instituto Brasileiro de Direito de Família, nº 50, Ano 8, maio/junho, 2008, pág. 4

[4] VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 368 e 370.

[5] ANDRADE, Romero de Oliveira. Estatuto da Criança e do Adolescente, comentários jurídicos e sociais, 9ª ed. Atual. Por Maria Júlia Kaial Cury, pág. 121

[6] *Direito constitucional*. 11ª ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 45.

[7] Silva, Marcos Alves. Boletim IBDFAM – Instituto Brasileiro de Direito de Família, nº 50, Ano 8, maio/junho, 2008, pág. 4