

Superior Tribunal de Justiça

RECURSO ESPECIAL Nº 1.186.086 - RO (2010/0049255-6)

RELATOR : MINISTRO MASSAMI UYEDA
RECORRENTE : D M DE P E OUTRO
ADVOGADO : IZABEL CELINA PESSOA BEZERRA CARDOSO E OUTRO(S)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO MASSAMI UYEDA (Relator):

Cuida-se de recurso especial interposto por D. M. DE P. E OUTRO com fundamento no artigo 105, inciso III, alíneas "a" e "c", da Constituição Federal em que se alega violação dos artigos 28, 33, 237 e 249 do Estatuto da Criança e do Adolescente, além de dissídio jurisprudencial.

Os elementos existentes nos autos dão conta de que D. M. DE P., primeiro recorrente, na qualidade de avô, ajuizou ação de modificação de guarda consentida (jurisdição voluntária, portanto) objetivando ter para si a guarda do seu neto, o menor M. G. S. F., nascido em 29/04/1999. Para tanto, ressaltou que o petiz, desde seu nascimento, passou, juntamente com a sua mãe, S. M. A. DE P. (segunda recorrente), a conviver em sua residência e sob sua dependência.

À fl. 21/e-STJ, o MM. Juiz de Direito, considerando tratar-se de ação de guarda consensual, ordenou a inclusão da genitora do infante, S. M. A. DE P. (segunda recorrente), no pólo ativo da ação, determinação esta que restou atendida. Ato contínuo, o julgador singular encaminhou os autos ao "Setor Social" para elaboração de estudo social, o qual foi conclusivo pela procedência da modificação da guarda postulada (fls. 33/34). Todavia, em primeira instância, o pedido foi julgado improcedente.

O Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia, ao apreciar o recurso de apelação, manteve a improcedência do pedido inicial. O aresto recorrido restou assim ementado:

"MODIFICAÇÃO DE GUARDA. AVÓS. ASSISTÊNCIA MATERIAL E MORAL. CONCORDÂNCIA DA MÃE. OPÇÃO FAMILIAR. PROFISSIONALIZAÇÃO DA MÃE. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA."

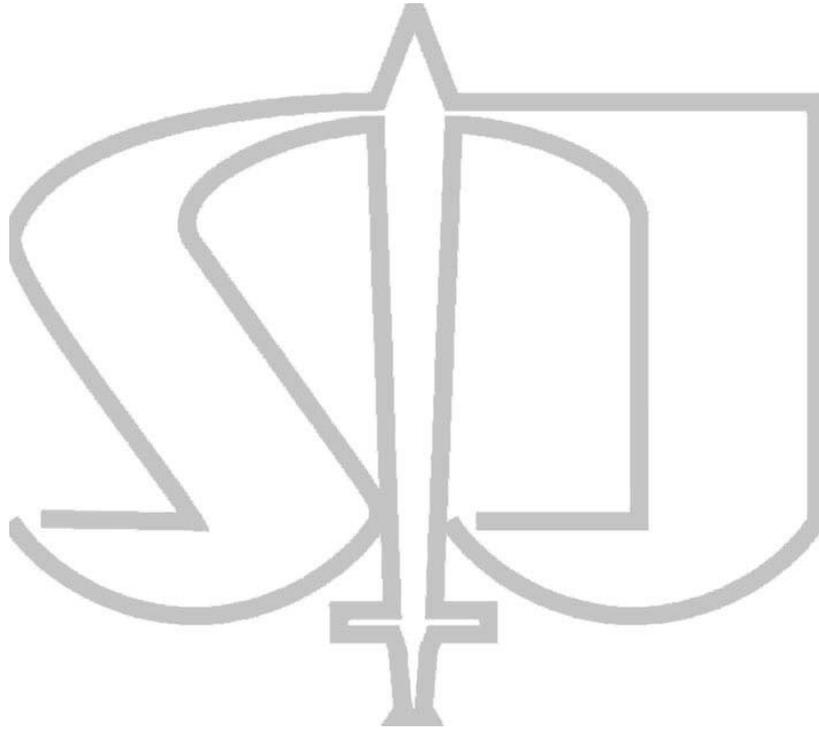
Buscam os recorrentes, D. M. DE P. E OUTRO, a reforma do v. acórdão recorrido, argumentando, em síntese, que o genitor do menor é falecido e sua mãe (S. M. A. DE P.), segunda recorrente, não tem condições psicológicas e materiais para promover-lhe a criação, razão pela qual convivem, desde o seu nascimento, sob o mesmo teto e, ainda, sob sua (do avô materno, primeiro recorrente) dependência. Asseveram, outrossim, que tal medida é a que melhor atende aos interesses da

Superior Tribunal de Justiça

criança, não havendo, inclusive, oposição da sua genitora (segunda recorrente).

A Douta Procuradoria Geral da República se manifestou pelo provimento do recurso especial (fls. 99/102).

É o relatório.



RECURSO ESPECIAL Nº 1.186.086 - RO (2010/0049255-6)

EMENTA

RECURSO ESPECIAL - DIREITO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE - PEDIDO DE GUARDA FORMULADO POR AVÔ - CONSENTIMENTO MATERNO - PAI FALECIDO - DEFERIMENTO DA MEDIDA - POSSIBILIDADE, DESDE QUE OBSERVADO O MAIOR INTERESSE DO MENOR - RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

1. *In casu*, deve-se considerar que não se está diante daquilo que se convencionou chamar de "guarda previdenciária", é dizer, daquela que tem como finalidade tão-somente angariar efeitos previdenciários.

2. A finalidade meramente "previdenciária" não pode ser o objetivo da pretendida modificação de guarda. Ao revés, a outorga de direitos previdenciários em razão da colocação do petiz sob a guarda de outrem é apenas uma de suas implicações.

3. Como sói acontecer em processos desta natureza, vale dizer, onde se controvertem direitos da criança e do adolescente, o princípio do maior interesse é, de fato, o vetor interpretativo a orientar a decisão do magistrado.

4. Para fins de fixação de tese jurídica, deve-se admitir, de forma excepcional (artigo 31, § 1º, primeira parte, c. c. o § 2º, do Estatuto da Criança e do Adolescente) o deferimento da guarda de menor aos seus avós que o mantêm e, nesta medida, desfrutam de melhores condições de promover-lhe a necessária assistência material e efetiva, mormente quando comprovado forte laço de carinho, como ocorreu na espécie.

5. Recurso especial provido.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO MASSAMI UYEDA (Relator):

A irresignação merece prosperar.

Com efeito.

Na realidade, nota-se que a *quaestio iuris* subjacente ao presente recurso especial consiste em analisar a possibilidade, ou não, de o avô materno obter a guarda judicial de seu neto, com a particularidade de que a criança, cujo pai já é falecido, convive com ele e sua mãe, a qual, frise-se, concorda com a medida ora postulada.

Ab initio, deve-se considerar que não se está diante daquilo que se convencionou chamar de "guarda previdenciária", é dizer daquela que tem como finalidade tão-somente irradiar efeitos previdenciários. Não se olvide que, de fato, a guarda confere ao menor a condição de dependente para todos os efeitos, até mesmo

Superior Tribunal de Justiça

para fins previdenciários, *ex vi* do quanto dispõe o artigo 33, § 3º, do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Sucedo, todavia, que a finalidade meramente "previdenciária" não pode ser o objetivo único da pretendida modificação de guarda. Ao revés, a outorga de direitos previdenciários em razão da colocação do petiz sob a guarda de outrem é apenas uma de suas implicações. A propósito da questão, esta Corte Superior de Justiça assim já se manifestou:

"CIVIL - DIREITO DE FAMILIA - PEDIDO DE GUARDA DE MENOR POR AVO - PAIS VIVOS - EFEITO PREVIDENCIÁRIO - BEM-ESTAR DA CRIANÇA. I - Não há amparo legal para a concessão de guarda de menor pela avo, para fins previdenciários, por inexistente a situação peculiar de que cuida a lei; bem como o caráter excepcional, eis que fora dos casos de tutela e adoção (art. 33, pars. 2. e 3., da lei 8.069/1990). o gozo da condição de dependente de guardião, para todos os efeitos legais, inclusive previdenciário, e consequência do estado de guarda, e não causa que justifique sua concessão. II - recurso não conhecido" (REsp 97.069/MG, Rel. Min. Waldemar Zveiter, DJ 01/09/1997).

"GUARDA DE MENOR PELA AVO. FINS PREVIDENCIÁRIOS. DESVIO DE FINALIDADE. PRECEDENTE DA CORTE. 1. Na esteira de precedente da corte, a 'conveniência de garantir benefício previdenciário ao neto não caracteriza a situação excepcional que justifica, nos termos do eca (art. 33, par. 2.). O Deferimento de guarda a avo.' 2. recurso conhecido e improvido" (REsp 82.474/RJ, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, DJ 29/09/1997).

Na hipótese *sub examine*, não há qualquer indício por meio do qual se possa constatar que o recorrente, D. M. DE P., esteja em juízo pleiteando a guarda de seu neto apenas com tal objetivo.

Anote-se, ainda de partida, que a República Federativa do Brasil, tanto no plano internacional quanto no âmbito doméstico, se obrigou a observar, dentre outras disposições contidas na Convenção Internacional dos Direitos da Criança e do Adolescente, ratificada pelo Decreto 99.710/90, o seguinte: "3.1: *"todas as ações relativas às crianças, levadas a efeito por instituições públicas ou privadas de bem-estar social, tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, devem considerar, primordialmente, o interesse maior da criança"*.

Em verdade, tal princípio, conquanto não tenha previsão expressa na Lei n. 8.069/90, decorre de outro, este sim, inscrito tanto na Constituição Federal como no próprio Estatuto da Criança e do Adolescente, qual seja, o da proteção integral

Superior Tribunal de Justiça

(artigos 227 e 1º, respectivamente).

Portanto, veja-se, como sói acontecer, que, em processos desta natureza, vale dizer, onde se controvertem direitos da criança e do adolescente, o princípio do maior interesse é, de fato, o vetor interpretativo a orientar a decisão do magistrado.

Tais as considerações, colhe-se que a pretensão deduzida na inicial se presta, repita-se, a regularizar uma circunstância fática que perdura desde o momento em que o menor, acompanhado de sua mãe, passou a conviver com o pretense guardião.

Da leitura da petição inicial extrai-se que tal convivência teve início desde 24/10/2005 (data do falecimento do seu genitor). Já o relatório social, por seu turno, aponta o seguinte, *in verbis*:

[S. M. A DE P., segunda recorrente], *relatou-nos que não viveu maritalmente com o Sr. Madson. Que o mesmo era desempregado e nunca deu pensão alimentícia, como também não era presente na vida do filho. Relata, ainda, quando [o menor] nasceu [29/04/1999], ela já morava com o pai, ora requerente, e que o mesmo assumiu o neto integralmente, mas sempre desempenhando o papel de avô*".

Assim, na hipótese de se considerar a data de início de convivência com o pretense guardião como sendo aquela apontada na inicial, ou seja, 24/10/2005, tem-se que há cinco anos convivem conjuntamente o avô (primeiro recorrente), a filha (segunda recorrente) e o neto. De outro modo, considerando-se a data indicada no relatório social (29/04/1999, portanto), tal período já compreende algo em torno de onze anos.

É dizer, assim, que o período de convivência, por menor que seja, não é, diante da análise meramente objetiva das peças que instruem o presente apelo extremo, inferior a cinco (5) anos.

Em verdade, a guarda de que se cuida é aquela prevista na primeira parte do artigo 33, § 1º, do Estatuto da Criança e do Adolescente, *in verbis*: "A guarda destina-se a regularizar a posse de fato, podendo ser deferida, liminar ou incidentalmente, nos procedimentos de tutela e adoção, exceto no de adoção por estrangeiros".

Nesse sentido, ressalte-se que as situações fáticas, qualificadas pelo decurso de tempo não podem passar ao largo da tutela do direito, devendo ser, pois, na medida do possível, convoladas em situações jurídicas. Outras não são as lições de

Superior Tribunal de Justiça

Yussef Said Cahali, para o qual:

"O Direito sempre tomou em consideração certas situações de fato, levando em consideração, por esse motivo, também a 'guarda de fato' capaz de gerar alguns efeitos jurídicos, como se alguém que toma a seu cargo, sem intervenção do Juiz, a criação e educação do menor; a guarda 'jurídica' a que se refere o § 1º do artigo 33, destina-se a regularizar a posse de fato" (Cahali, Yussef Said *in* Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado. 7ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 146/147).

In casu, como mencionado, o pedido de guarda tem por objetivo regularizar uma situação de fato, porquanto o menor convive, no pior das hipóteses, por cinco anos (juntamente com sua mãe), na companhia do seu avô materno com relação ao qual, conforme consta do relatório social: *"Demonstra forte laço afetivo (...) e, parece tê-lo [o avô, ora recorrente] como porto seguro"* (fl. 34).

De outro modo, quanto às condições pessoais da segunda recorrente, mãe do menor, ficou consignado no sobredito relatório o seguinte, *in litteris*: *"A Srª. Sâmia [mãe do menor] não demonstra ter condições emocionais e financeiras para assumir o filho integralmente. Já o avô, no mesmo laudo técnico, foi tido por "uma pessoa lúcida, que cria e educa o neto colocando limites. A criança o respeita, e o tem como modelo, como referencial de família"*.

Deveras, a pretensão vestibular não visa apenas conferir à criança melhores condições econômicas, senão também regularizar um forte vínculo de afeto e carinho estabelecido reciprocamente entre o avô e seu neto, tudo, diga-se, com o consentimento da mãe do menor, cujo pai já é falecido.

Sobreleva notar, portanto, que a hipótese *sub examine* atrai a incidência da regra contida no artigo 33, § 2º, do Estatuto da Criança e do Adolescente (*"Excepcionalmente, deferir-se-á a guarda, fora dos casos de tutela e adoção, para atender a situações peculiares ou suprir a falta eventual dos pais ou responsável, podendo ser deferido o direito de representação para a prática de atos determinados"*), a autorizar, de forma excepcional, a concessão de guarda fora dos casos de guarda e adoção.

Na esteira desse raciocínio, e ponderando os argumentos e contra-argumentos, bem assim a relação havida entre o pretense guardião e o menor de um lado, e de, de outro, as circunstâncias em que vive a genitora da criança, tudo, diga-se, ao sopro do já mencionado princípio do maior interesse, aqui tomado como regra de interpretação, esta Relatoria está em que a melhor compreensão da matéria

Superior Tribunal de Justiça

consiste em deferir a guarda do petiz para o seu avô materno.

De efeito, para fins de fixação de tese jurídica, deve-se admitir o deferimento da guarda de menor ao seu avô que o mantém e, nesta medida, desfruta de melhores condições de promover-lhe a necessária assistência material e afetiva, mormente quando comprovado forte laço de carinho, como ocorreu na espécie, conforme se verifica da análise meramente objetiva do laudo elaborado pelo Serviço Social do Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia.

Nesse sentido, assim já se decidiu em casos análogos ao que ora se aprecia:

"DIREITO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. PEDIDO DE GUARDA FORMULADO PELA AVÓ. CONSENTIMENTO DOS PAIS. MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA. SOB A TÔNICA DA PREVALÊNCIA DOS INTERESSES DA PESSOA EM CONDIÇÃO PECULIAR DE DESENVOLVIMENTO DEVE-SE OBSERVAR A EXISTÊNCIA DA EXCEPCIONALIDADE A AUTORIZAR O DEFERIMENTO DA GUARDA PARA ATENDER SITUAÇÃO PECULIAR, FORA DOS CASOS DE TUTELA E ADOÇÃO, NA PREVISÃO DO ART. 33, § 2º, DO ECA. A avó busca resguardar situação fática já existente, por exercer a posse de fato da criança desde o nascimento, com o consentimento dos próprios pais, no intuito de preservar o bem estar da criança, o que se coaduna com o disposto no art. 33, § 1º, do ECA. Dar-se preferência a alguém pertencente ao grupo familiar – na hipótese a avó – para que seja preservada a identidade da criança bem como seu vínculo com os pais biológicos, significa resguardar ainda mais o interesse do menor, que poderá ser acompanhado de perto pelos genitores e ter a continuidade do afeto e a proximidade da avó materna, sua guardiã desde tenra idade, que sempre lhe destinou todos os cuidados, atenção, carinhos e provê sua assistência moral, educacional e material. O deferimento da guarda não é definitivo, tampouco faz cessar o poder familiar, o que permite aos pais, futuramente, quando alcançarem estabilidade financeira, reverter a situação se assim entenderem, na conformidade do art. 35 do ECA. - Se as partes concordam com a procedência do pedido de guarda, não será o Poder Judiciário que deixará a marca da beligerância nessa relação pacífica, quando deve apenas assegurar que o melhor interesse da criança seja o resultado da prestação jurisdicional. - Se restou amplamente demonstrado que os interesses da criança estarão melhor preservados com o exercício da guarda pela avó, a procedência do pedido de guarda é medida que se impõe. Recurso especial provido" (REsp 993458/MA, Relatora Ministra Nancy Andrichi, DJe 23/10/2008).

"DIREITO DE FAMÍLIA. GUARDA DE MENOR PLEITEADA POR AVÓS. POSSIBILIDADE. PREVALÊNCIA ABSOLUTA DO INTERESSE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE OBSERVADA. (...). 2. No caso em exame, não se trata de pedido de guarda

Superior Tribunal de Justiça

unicamente para fins previdenciários, que é repudiada pela jurisprudência. Ao reverso, o pedido de guarda visa à regularização de situação de fato consolidada desde o nascimento do infante (16.01.1991), situação essa qualificada pela assistência material e afetiva prestada pelos avós, como se pais fossem. Nesse passo, conforme delineado no acórdão recorrido, verifica-se uma convivência entre os autores e o menor perfeitamente apta a assegurar o seu bem estar físico e espiritual, não havendo, por outro lado, nenhum fato que sirva de empecilho ao seu pleno desenvolvimento psicológico e social. 3. Em casos como o dos autos, em que os avós pleiteiam a regularização de uma situação de fato, não se tratando de 'guarda previdenciária', o Estatuto da Criança e do Adolescente deve ser aplicado tendo em vista mais os princípios protetivos dos interesses da criança. Notadamente porque o art. 33 está localizado em seção intitulada 'Da Família Substituta', e, diante da expansão conceitual que hoje se opera sobre o termo 'família', não se pode afirmar que, no caso dos autos, há, verdadeiramente, uma substituição familiar. 4. O que deve balizar o conceito de 'família' é, sobretudo, o princípio da afetividade, que fundamenta o direito de família na estabilidade das relações socioafetivas e na comunhão de vida, com primazia sobre as considerações de caráter patrimonial ou biológico" (REsp 945.283/RN, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, DJe 28/09/2009).

Ressalte-se, por derradeiro, que a guarda não é definitiva, nem mesmo tem o condão de arrostar o poder familiar, o que torna a situação perfeitamente reversível, nos exatos termos do artigo 35 do Estatuto da Criança e do Adolescente, *in verbis*: "A guarda poderá ser revogada a qualquer tempo, mediante ato judicial fundamentado, ouvido o Ministério Público".

Assim, dá-se provimento ao recurso especial para, julgando procedente o pedido inicial, deferir a guarda do menor M. G. S. F. ao seu avô materno, D. M. DE P., lavrando-se o respectivo termo de guarda, cuja providência ficará ao encargo do r. Juízo da causa.

É o voto.

MINISTRO MASSAMI UYEDA

Relator