

RECURSO ESPECIAL N. 1.147.138-SP (2009/0125640-2)

Relator: Ministro Aldir Passarinho Junior

Recorrente: G C J e outro

Advogado: Domingos Antonio do Nascimento Junior e outro(s)

Recorrido: H C L C e outro

Advogado: Sem representação nos autos

EMENTA

Civil e Processual. Pedido de guardã compartilhada de menor por tio e avó paternos. Pedido juridicamente possível. Situação que melhor atende ao interesse da criança. Situação fática já existente. Concordância da criança e seus genitores. Parecer favorável do Ministério Público Estadual. Recurso conhecido e provido.

I. A peculiaridade da situação dos autos, que retrata a longa co-habitação do menor com a avó e o tio paternos, desde os quatro meses de idade, os bons cuidados àquele dispensados, e a anuência dos genitores quanto à pretensão dos recorrentes, também endossada pelo Ministério Público Estadual, é recomendável, em benefício da criança, a concessão da guarda compartilhada.

II. Recurso especial conhecido e provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos, em que são partes as acima indicadas, decide a Quarta Turma, por unanimidade, conhecer do recurso especial e dar-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros João Otávio de Noronha, Luis Felipe Salomão e Honildo Amaral de Mello Castro (Desembargador convocado do TJ-AP) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 11 de maio de 2010 (data do julgamento).

Ministro Aldir Passarinho Junior, Relator

DJe 27.05.2010

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Aldir Passarinho Junior: Adoto o relatório da sentença de primeiro grau, de fls. 57-58:

Gilberto Cruciol Junior e Tereza Leite Cruciol ajuizaram a intitulada ação de guarda e responsabilidade em face de *Heli Cesar Leite Cruciol e Ana Carolina Botelho Souza*, alegando, em síntese, que estão com a guarda fática da menor

Lisiane Carolina Souza Cruciol desde os 04 meses de idade, visto que seus genitores são separados e não têm condição de criar a filha. Alegando ainda que necessitam a regularização da guarda da menor em questão, a fim de possam incluí-la como dependente. Ressaltam que os genitores da menor não se opõem ao pedido. Requerem a procedência da ação para regularizar a situação fática e obter a guarda da menor. Juntaram documentos (fls. 10-15).

Manifestação do Ministério Público a fls. 17.

Manifestação dos requerentes a fls. 18.

Manifestação do Ministério Público a fls. 21, pugnando pela concessão da guarda provisória.

Decisão de fls. 22, deferindo a guarda provisória da menor, consoante termo de guarda de fls. 23.

Manifestação dos requerentes a fls. 25-26, com juntada de procuração dos genitores (fls. 27).

Manifestação do Ministério Público a fls. 28.

Decisão de fls. 29, sobrevivendo o relatório social a fls. 30-33.

Manifestação do Ministério Público Fls. 35-37, opinando pela procedência do pedido.

Manifestação dos requerentes (fls. 39-40).

Decisão a fls. 41, com manifestação dos requerentes a fls. 42-46 e do Ministério Público a fls. 48.

Nova manifestação dos requerentes a fls. 49-verso.

Entendendo não ser o pedido juridicamente possível, o magistrado singular julgou extinta a ação de guarda, sem exame do mérito.

Contra a sentença singular, os recorrentes interpueram o recurso de apelação, à fl. 62.

O acórdão recorrido restou assim ementado (fl. 90):

Guarda de Menor. Pretensão formulada por avó e tio paternos. Guarda compartilhada. Inadmissibilidade. Extinção do processo sem julgamento do mérito, por impossibilidade jurídica do pedido. Pedido juridicamente possível, embora inadequado. Recurso desprovido, com observação.

Contra o acórdão recorrido, os recorrentes interpõem o presente recurso especial, pelas alíneas a e c do inciso III, do art. 105 da Constituição Federal, no qual se apontam violação aos arts. 6º e 33 do Estatuto da Criança e do Adolescente e dissídio, sob o fundamento de serem os recorrentes os únicos responsáveis pela manutenção do lar e por todas as necessidades da menor, e que a negativa da guarda compartilhada é o mesmo que negar à criança melhores condições de vida, tanto morais como materiais, inclusive em relação à assistência médica, que pode ser proporcionada pelo tio paterno.

Dizem os recorrentes que o pai da criança encontra-se recolhido em cadeia pública, enquanto a sua mãe está em lugar incerto, pois desempenha o seu trabalho em várias cidades, não sendo possível saber quando, e se, irá visitar a

filha; que a menor já convive com os recorrentes desde os quatro meses de idade, ou seja, há doze anos e que se é possível a guarda compartilhada entre marido e mulher, também pode ser possível a guarda entre a avó e o tio paterno.

Certidão de fls. 133, em que se afirma não ter sido aberto vista para contrarrazões, por não existir advogado constituído aos recorridos.

Opinou o Ministério Público pelo deferimento do pedido, às fls. 78-82, por ter a menor interesse na guarda, bem como a concordância de seus genitores.

Pedem, diante disso, o provimento do recurso.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Aldir Passarinho Junior (Relator): Trata-se de recurso especial, interposto pelas alíneas a e c do inciso III, do art. 105 da Constituição Federal, no qual se alegam ofensa aos arts. 6º e 33 do Estatuto da Criança e do Adolescente e dissídio jurisprudencial.

Entendeu o acórdão recorrido ser o pedido de guarda compartilhada, entre avó e tio, possível, porém inadequado, não havendo portanto interesse processual por parte dos recorrentes. Restou consignado no voto condutor, às fls. 91-93:

Recurso infundado. Os apelantes querem a guarda compartilhada da menor (com 11 anos de idade - fl. 14) para regularização de situação de fato, bem estar e benefício pela porque "possuem planos de saúde e convênios-médico hospitalares, além de serem sócios de clubes na cidade" e "pretendem incluir a menor, Lisiane, como sua dependente" (fls. 03-04).

Abstração feita á pertinência dessa finalidade como hábil a produzir a guarda desejada - partindo-se da premissa de que os benefícios devem ser consequência dela, e não causa -, num primeiro momento, pelas peculiaridades do caso, o pedido é juridicamente possível (porque previsto no ordenamento jurídico) - não fosse o inusitado de compartilhamento buscado por tio e avó. O que sucede é que, adstrito ao princípio da razoabilidade e à impossibilidade de dissociação, na análise da matéria, daquilo que também rege aspectos atinentes à adoção e/ou tutela, só se pede atribuir guarda, em caráter alternativo, a uma dada pessoa ou a pessoas que, legalmente, na possam desempenhar em conjunto; por exemplo, casal (*lato sensu* - marido e mulher ou companheiros).

Assim, podê-la-iam exercitar os avós - desde que consorciados e coabitando; mas, simultaneamente, tio e avó, não. Vê-se que o juiz, decerto atento a isso, deu chance a que se optasse pela guarda - ou a esta ou àquele (vide fl. 41); de balde (vide fls. 42-46). Nesse contexto, está-se em sede de pedido que, conquanto juridicamente possível, é inadequado (ausência, pois, de interesse/adequação).

E não se pode argumentar no sentido do MP de 1ª instância, sobre ser possível a concessão pela admissão do instituto da família substituta (vide fl. 48). Isso, porque o art. 165, I e II, do ECA alude, expressamente, à qualificação

completa do requerente e de seu eventual cônjuge, ou companheiro, com expressa anuência deste; e à indicação de eventual parentesco do requerente e de seu cônjuge, ou companheiro. Ou seja, delimita sua constituição a partir do referencial casal, sob ótica jurídica - noutras palavras marido e mulher ou o que se lhe assemelhe. Nesse sentido, basta se cotejem os artigos 32, 33, §§ 1º e 2º, 36 e 165, I e II, do sobredito Estatuto. Daí porque, repita-se, inadequado se postule guarda compartilhada de avó e tio.

E, de fato, a par do aspecto técnico-legal, além de incomum, o pedido indica e implica situação que tende a ser transitória, já que o tio - solteiro - pode a qualquer momento deixar o lar, a par, evidentemente, da sempre presente possibilidade de oportuno dissenso dos "detentores da guarda".

Nesse contexto, ressalvada da questão da correção da espécie de condição da ação faltante, correta a sentença, configurada da falta de interesse processual.

A matéria está prequestionada, haja vista ter o acórdão recorrido discutido amplamente a respeito da ofensa aos arts. 6º e 33 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Entendo que prospera o pedido dos recorrentes que, na verdade, espera tão somente consolidar legalmente uma situação que já existe no mundo dos fatos, ou seja, a menor já vive com sua avó e tio desde quatro meses de idade. Pelo que consta dos autos, não há outra perspectiva para essa criança do que continuar recebendo os cuidados daqueles parentes que sempre fizeram o melhor pela sua pessoa. Além disso, há ainda dois fatores de grande peso para essa situação, ou seja, a própria criança expressou o seu desejo de permanecer com os recorrentes, bem como os seus genitores concordam com a guarda pretendida, havendo o reconhecimento de que o menor recebe bons cuidados dos recorrentes.

Diante desses fatos, não vejo porque deva prevalecer o entendimento do acórdão recorrido, de ser possível um desentendimento futuro entre a avó e o tio solteiro, pois quanto a essa hipótese todos estão sujeitos, até mesmo tratando-se de marido e mulher. Assim, pelo bem-estar da criança, encampo os fundamentos dos pareceres do Ministério Público do Estado de São Paulo, apresentados nestes autos às fls. 40 e 137, *verbis*:

Diante do relatório social acostado a fls. 30-33, a menor Lisiane encontra-se muito bem em companhia dos requerentes, vivendo em lar harmônico e organizado, tendo, inclusive, expressado seu desejo de permanecer com eles. Ademais, os genitores concordaram expressamente com a concessão da guardada menor.

Nesse diapasão, peço vênia para acompanhar as bem elaboradas razões recursais dos Recorrentes, bem como, reiterando as judiciosas manifestações ministeriais exaradas a fls. 35-37 e 71-74, aguardo o regular processamento e acolhimento do recurso especial, nos termos e para os fins em que propostos, acrescentando, ainda, que a guarda compartilhada, mais recentemente, foi disciplinada pela Lei Federal n. 11.698, de 13.06.2008, roborando, ainda, mais

