



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.677.903 - SP (2016/0174219-0)

RELATOR : **MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO**
RECORRENTE : J C M
ADVOGADOS : LAERCIO JESUS LEITE - SP053183
RODRIGO FRANCESCHINI LEITE E OUTRO(S) - SP262750
RECORRIDO : J M Z
REPR. POR : S M
ADVOGADO : SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS - SE000000M
INTERES. : J C Z

EMENTA

RECURSO ESPECIAL. NÃO INDICAÇÃO DA ALÍNEA "A" DO PERMISSIVO CONSTITUCIONAL. FUNDAMENTAÇÃO QUE PERMITE A COMPREENSÃO DA CONTROVÉRSIA. ADOÇÃO PÓSTUMA. POSSIBILIDADE. GUARDA DE MENOR. PEDIDO DE AUTORIA DA AVÓ. FALECIMENTO DA AUTORA NO CURSO DO PROCESSO. INTENÇÃO INEQUÍVOCA DE OBTENÇÃO DA GUARDA. LAÇO DE AFETIVIDADE ENTRE OS ENVOLVIDOS. POSSIBILIDADE DO DEFERIMENTO. CONCESSÃO DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. EFEITO DA CONCESSÃO.

1. Muito embora não se tenha indicado a alínea "a" do permissivo constitucional, a fundamentação e a perfeita indicação de artigos tidos por violados permitiram o conhecimento do recurso especial.

2. A Lei n. 8.069/1990, em seu art. 42, § 6º, estabelece que "a adoção poderá ser deferida ao adotante que, após inequívoca manifestação de vontade, vier a falecer no curso do procedimento, antes de prolatada a sentença".

3. Em situações excepcionais, em que demonstrada a inequívoca vontade em adotar, diante da longa relação de afetividade, pode ser deferida adoção póstuma ainda que o adotante venha a falecer antes de iniciado o processo de adoção.

4. Impõe-se especial atenção à condição peculiar da criança como pessoa em desenvolvimento, devendo o julgador nortear-se pela prevalência dos interesses do menor sobre qualquer outro bem ou interesse juridicamente tutelado.

5. A guarda é um complexo de direitos e deveres que uma pessoa, ou mais de uma, exerce em relação a uma criança ou adolescente, consistindo na mais ampla assistência à sua formação moral, educação, diversão e cuidados para com a saúde, bem como toda e qualquer diligência que se apresente necessária ao pleno desenvolvimento de suas potencialidades.

6. O § 2º do art. 33 do ECA prevê, na primeira parte o preceito, a possibilidade do deferimento da guarda, fora dos casos de tutela e adoção, para atender **situações peculiares, como nos casos de**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

guarda requerida por parentes próximos, com a concordância dos pais; ou da guarda especial, quando inexistente fundamento legal para a suspensão ou destituição do pátrio poder e visando a suprir a falta eventual dos pais ou responsáveis, ou falecidos ou com paradeiro ignorado.

7. No caso dos autos, no interesse maior da criança, impõe-se o reconhecimento da guarda à “avó”, de quem a criança recebia afeto desde o nascimento e que promovia a concretização de todos os demais cuidados básicos à sua existência, sendo o fim precípua do processo garantir vida com dignidade à menor especial.

8. 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.

9. Como sói acontecer em processos desta natureza, vale dizer, em que 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.

10. Recurso especial provido para o deferimento do pedido de guarda póstuma.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, os Ministros da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça acordam, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas, por unanimidade, dar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Maria Isabel Gallotti, Antonio Carlos Ferreira (Presidente), Marco Buzzi e Lázaro Guimarães (Desembargador convocado do TRF 5ª Região) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 28 de novembro de 2017(Data do Julgamento)

MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.677.903 - SP (2016/0174219-0)

RECORRENTE : J C M
ADVOGADOS : LAERCIO JESUS LEITE - SP053183
RODRIGO FRANCESCHINI LEITE E OUTRO(S) - SP262750
RECORRIDO : J M Z
REPR. POR : S M
ADVOGADO : SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS - SE000000M
INTERES. : J C Z

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO:

1. A A A M ajuizou ação de guarda judicial em relação à menor J M Z (nascimento em 14/4/1998, fl.12), representada por sua genitora S M (fls. 1-8), informando que já exercia a guarda de fato da menor, uma vez que a genitora da criança era sua tutelada, há mais de 40 (quarenta) anos, e que as três convivem em plena harmonia. Salientou, ainda, que a menor é portadora de doença cerebral (hermiatofia cerebral), que frequenta a APAE e vive em total dependência de seus familiares.

Afirmou que a menor e sua genitora dependem financeiramente da autora e que o pai, por ter constituído nova família, não contribuía para as despesas da filha. Explicou que moram as três (autora, menor e sua genitora) na mesma casa e que a fonte de sustento é uma pensão por morte do falecido marido da autora, ex-funcionário do Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento do Estado de São Paulo.

Requeru a guarda da menor, por sua condição especial e para que possa usufruir da pensão, quando a autora falecer. Enfatizou que a genitora da menor estaria de pleno acordo com o pedido (fl. 19), sendo ela a guardiã pessoal da menor, estabelecida por ocasião da separação.

O Ministério Público do Estado de São Paulo ofertou parecer pelo indeferimento do pedido de guarda formulado. Assentou, na ocasião, a inviabilidade do pedido para fins previdenciários. Acrescentou que "caso houvesse outro motivo para a guarda que não o financeiro, dever-se-ia atender aos interesses da criança e adolescente, o que não ocorreu no vertente caso" (fl. 30).

O Juízo de primeiro grau negou o pleito formulado, sob o fundamento de que o instituto não serve para o fim de transferir ao menor o benefício previdenciário (fls. 100/1).

Houve interposição de apelação (fls. 38-44) e nova manifestação do *Parquet* Estadual (fls. 56-60), alterando o posicionamento anterior: "Dessa forma, data vênua ao posicionamento do ilustre magistrado precedente, esta Procuradoria de Justiça ousa divergir,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

neste caso concreto, para opinar pela reforma da r. sentença".

Julgada a apelação, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, reformando a sentença de piso, deu provimento ao recurso, nos termos da ementa abaixo (fl. 66):

GUARDA DE MENOR. Modificação. Sentença que não concedeu a guarda à avó materna. **Criação que é desempenhada pela mãe juntamente com a avó que, todavia, é a verdadeira mantenedora das necessidades da menor. Concordância da mãe quanto a esta modificação que beneficiará a criança, que na falta da avó, poderá requerer pensão por morte. Criança com séria deficiência. Hipótese de se prestigiar o interesse dela.** Recurso provido.

Intimada (fl. 78) para promover a emenda da inicial, para integrar ao polo passivo o genitor da menor, constatou-se o falecimento da autora (fl. 81).

Às fls. 98, 100-101, o juízo sentenciante extinguiu o feito, nos termos do art. 267, IX, do CPC/1973, por considerar a ação intransmissível, de caráter personalíssimo e que, com o falecimento da autora, o próprio direito de ação teria desaparecido.

Novo recurso de apelação foi interposto (fls. 104-111), requerendo a reforma da decisão de extinção do feito, sob o fundamento da inequívoca manifestação de vontade da autora falecida em obter a guarda da menor. Não recebida a apelação (fl. 114), interpôs-se agravo de instrumento (fls.116-127).

Em julgamento do agravo, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo deu provimento ao recurso, determinando o recebimento e julgamento da apelação anteriormente interposta, nos termos da ementa que se transcreve abaixo:

GUARDA DE MENOR. Autora falecida no curso da ação. Processo extinto. Apelação não recebida, sob o argumento de que o direito pleiteado é intransferível. Decisão reformada. Autora/apelante que manifestou em vida a vontade de ter a guarda da "neta de criação". Tese de que a guarda pode ser deferida até a data do óbito da requerente. **Alegado direito que deve ser apreciado pelo Poder Judiciário. Apelação a ser recebida e processada.** Recurso provido.

No entanto, ao julgar o mérito da apelação, o TJSP lhe negou provimento, nos moldes da ementa que se segue (fl. 171):

GUARDA DE MENOR. Modificação. Sentença que não concedeu a guarda à avó materna. Criação que é desempenhada pela mãe juntamente com a avó que, todavia, é a verdadeira mantenedora das necessidades da menor. Concordância da mãe quanto a esta modificação que beneficiará a criança, que na falta da avó, poderá requerer pensão por morte. Criança com séria deficiência. Hipótese, contudo, de falecimento da avó antes da sentença. Ação extinta. Impossibilidade de outra solução. Recurso desprovido.

Foi interposto recurso especial (fl. 179) pelo irmão da autora, com fundamento



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

no permissivo constitucional, sob alegação de violação ao art. 33, *caput*, §§ 1º e 3º, do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Afirma o recorrente que a genitora da menor está de pleno acordo com o pedido de guarda formulado na ação originária e que o trabalho desenvolvido pelo Setor de Psicologia do Poder Judiciário constatou que a criança residia com a autora desde o nascimento. Ademais a relação existente entre as duas era verdadeiramente de avó e neta. Salientou que a menor dependia financeiramente da autora, uma vez que sua renda sempre foi a principal responsável pelo sustento da família.

Aduz que o caso dos autos se assemelha às situações em que há pedido de adoção póstuma, que vem sendo deferida pelos tribunais pátrios, bastando seja comprovada a inequívoca vontade do adotante, como também ensina doutrina abalizada.

Crivo positivo de admissibilidade à fl. 206, com apresentação de parecer do Ministério Público do Estado de São Paulo pelo não provimento do recurso especial (fls. 211-212).

Novo juízo de admissibilidade às fls. 214-215, neste decidindo pelo não seguimento do apelo, por incidência do enunciado da Súmula 284/STF. Interposto agravo em face da decisão de inadmissibilidade, foi dado provimento ao recurso, nos termos da decisão de fls. 275-276.

Sem contrarrazões ao recurso especial, consoante certidão à fl. 208.

O Ministério Público Federal, em parecer ofertado às fls. 270-273, opina pelo não conhecimento do apelo especial.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.677.903 - SP (2016/0174219-0)

RELATOR : **MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO**
RECORRENTE : J C M
ADVOGADOS : LAERCIO JESUS LEITE - SP053183
RODRIGO FRANCESCHINI LEITE E OUTRO(S) - SP262750
RECORRIDO : J M Z
REPR. POR : S M
ADVOGADO : SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS - SE000000M
INTERES. : J C Z

EMENTA

RECURSO ESPECIAL. NÃO INDICAÇÃO DA ALÍNEA "A" DO PERMISSIVO CONSTITUCIONAL. FUNDAMENTAÇÃO QUE PERMITE A COMPREENSÃO DA CONTROVÉRSIA. ADOÇÃO PÓSTUMA. POSSIBILIDADE. GUARDA DE MENOR. PEDIDO DE AUTORIA DA AVÓ. FALECIMENTO DA AUTORA NO CURSO DO PROCESSO. INTENÇÃO INEQUÍVOCA DE OBTENÇÃO DA GUARDA. LAÇO DE AFETIVIDADE ENTRE OS ENVOLVIDOS. POSSIBILIDADE DO DEFERIMENTO. CONCESSÃO DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. EFEITO DA CONCESSÃO.

1. Muito embora não se tenha indicado a alínea "a" do permissivo constitucional, a fundamentação e a perfeita indicação de artigos tidos por violados permitiram o conhecimento do recurso especial.
2. A Lei n. 8.069/1990, em seu art. 42, § 6º, estabelece que "a adoção poderá ser deferida ao adotante que, após inequívoca manifestação de vontade, vier a falecer no curso do procedimento, antes de prolatada a sentença".
3. Em situações excepcionais, em que demonstrada a inequívoca vontade em adotar, diante da longa relação de afetividade, pode ser deferida adoção póstuma ainda que o adotante venha a falecer antes de iniciado o processo de adoção.
4. Impõe-se especial atenção à condição peculiar da criança como pessoa em desenvolvimento, devendo o julgador nortear-se pela prevalência dos interesses do menor sobre qualquer outro bem ou interesse juridicamente tutelado.
5. A guarda é um complexo de direitos e deveres que uma pessoa, ou mais de uma, exerce em relação a uma criança ou adolescente, consistindo na mais ampla assistência à sua formação moral, educação, diversão e cuidados para com a saúde, bem como toda e qualquer diligência que se apresente necessária ao pleno desenvolvimento de suas potencialidades.
6. O § 2º do art. 33 do ECA prevê, na primeira parte o preceito, a possibilidade do deferimento da guarda, fora dos casos de tutela e adoção, para atender **situações peculiares, como nos casos de guarda requerida por parentes próximos, com a concordância dos**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

pais; ou da guarda especial, quando inexistente fundamento legal para a suspensão ou destituição do pátrio poder e visando a suprir a falta eventual dos pais ou responsáveis, ou falecidos ou com paradeiro ignorado.

7. No caso dos autos, no interesse maior da criança, impõe-se o reconhecimento da guarda à “avó”, de quem a criança recebia afeto desde o nascimento e que promovia a concretização de todos os demais cuidados básicos à sua existência, sendo o fim precípua do processo garantir vida com dignidade à menor especial.

8. 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.

9. Como sói acontecer em processos desta natureza, vale dizer, em que 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.

10. Recurso especial provido para o deferimento do pedido de guarda póstuma.

VOTO

O SENHOR MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO (Relator):

2. A controvérsia principal consiste em definir se é possível o deferimento de pedido de **guarda póstuma**, vale dizer, mesmo após o falecimento da autora no curso da demanda, quando mostrar-se inequívoca a intenção de obter a guarda, além de ter sido comprovado o laço de afetividade existente entre os envolvidos.

O Tribunal de Justiça paulista, analisando a questão, manifestou-se como a seguir (fls. 172-174):

A presente ação de modificação de guarda foi proposta pela avó materna com a concordância da mãe da criança.

No caso, todos moram no mesmo local, e sempre dependeram financeiramente da apelante que, na ocasião da propositura da ação, contava com idade avançada, e por esse motivo temia que na sua



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

falta, ficassem comprometidos a sobrevivência e bem-estar da menor, requerendo, assim a sua guarda para garantia de seu futuro. Assim, em abril de 2011, a r. sentença de fls. 29/30 indeferiu a petição inicial foi apreciada pelo acórdão de fls. 56/58, publicado em janeiro de 2012, que determinou a anulação daquela decisão, sob o argumento de que "a apelante é a mantenedora dos gastos da menor, e ainda que a mãe também conviva com ela ajudando na sua criação, não há porque não transferir a guarda a quem efetivamente provém o sustento da criança com necessidades especiais.

Aliás, esse o quadro fático relatado na perícia às fls. 22/23: "A partir dos dados levantados, pôde-se observar que a requerente reside com a criança em tela desde o seu nascimento. Assim, J, seu irmão P e sua genitora, S, sempre moraram na casa de A, sendo dependentes financeiros desta."

E porque diante de uma circunstância especial, nas específicas e mais especiais necessidades da menor não há porque se prestigiar um excesso de formalismo, tal como encontrado na r. sentença.

(...)

Contudo, em abril de 2012, o foi Juízo informado do falecimento da autora, avó da menor (fls. 78), quando então sua Exa extinguiu o feito, entendendo cuidar de questão personalíssima, e daí não recebeu esse recurso de apelação, aceito por força de v. acórdão, proferido em agravo de instrumento (fls. 120/122), o que ora se examina.

A propósito, restou incontroverso que a menor, portadora de necessidades especiais, era dependente do auxílio proveniente da avó que, ainda em vida, demonstrou essa vontade de ajudar, optando pela formalidade do exercício legal da guarda. Aliás, sempre contou com aprovação dos pais da menor.

Porém, diante do seu falecimento, ainda que se reconheça a intenção do seu substituto processual, apura-se que o pedido tornou-se inadmissível.

Como bem fundamentou a D. Promotora de Justiça, às fls. 80v:

"A autora faleceu em maio de 2012 e a ação proposta é intransmissível, de caráter personalíssimo. Logo, desapareceu o direito material e o direito de ação."

Nesse vértice, a partir desse argumento adotado na r. sentença, prepondera a necessidade de regularização da situação da menor em outra ação, com a anotação de que a avó, autora da inicial, exercia guarda de fato e de direito porque aqui autorizada, até seu óbito.

Voto, pois, pelo desprovimento do recurso.

3. De início, penso que o recurso especial merece conhecimento.

De fato, conforme se percebe na redação da peça recursal, há na introdução da petição, parágrafo específico para a indicação do artigo constitucional, assim como de seu inciso e alínea, cujo preenchimento não se fez, mas obviamente se deduz qual a impugnação correta com a nítida exposição das razões.

No ponto, é sabido que o rigor formal, a que se submete o recurso especial, vem sendo mitigado, quando, muito embora não se tenha indicado a alínea do permissivo



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

constitucional, a fundamentação e a perfeita indicação de artigos tidos por violados permitam a compreensão do apelo, não sendo o caso de aplicação da Súmula 284/STF, na hipótese.

Nesse sentido:

AGRAVO REGIMENTAL DO CONTRIBUINTE - IPI - CRÉDITO-PRÊMIO - ESPECIAL INTERPOSTO PELA ALÍNEA "C" - NÃO-APRESENTAÇÃO DA DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL - CONHECIMENTO DO RECURSO PELA ALÍNEA "A" - POSSIBILIDADE - PREQUESTIONAMENTO IMPLÍCITO DO ART. 1º DO DL 20.910/32 - PRESCRIÇÃO QUINQUENAL.

1. Muito embora não se tenha indicado a alínea "a" do permissivo constitucional, a fundamentação e a perfeita indicação de artigos tidos por violado permitiram o conhecimento do recurso especial.

2. O acórdão proferido pelo Tribunal *a quo* afastou a incidência do prazo prescricional quinquenal entendendo pela aplicação do prazo de dez anos. Ainda que não tenha sido apontado expressamente o dispositivo no qual se fundamentou o aresto, reconhece-se o prequestionamento implícito do artigo 1º do Decreto-lei n. 20.910/32, conforme admitido pela jurisprudência desta Corte.

3. Por fim, fica afastada a contradição na decisão agravada que dispôs sobre a extinção do crédito prêmio de IPI em 5.10.1990, bem como o prazo prescricional de cinco anos para as ações que visam ao recebimento do referido crédito de IPI, contados entre a data da extinção do benefício e a data do ajuizamento da ação, entendendo que os créditos pleiteados pela empresa não estariam prescritos, uma vez que a ação foi ajuizada em 1989. Agravo regimental improvido.

AGRAVO REGIMENTAL DA FAZENDA NACIONAL - IPI - CRÉDITO-PRÊMIO - CORREÇÃO MONETÁRIA - POSSIBILIDADE.

A jurisprudência do STJ e a do STF estão no sentido de ser indevida a correção monetária dos créditos escriturais de IPI, relativos a operações de compra de matérias-primas e insumos empregados na fabricação de produto isento. Todavia, é devida a correção monetária de tais créditos quando o seu aproveitamento, pelo contribuinte, sofre demora em face da resistência oposta por ilegítimo ato administrativo ou normativo do Fisco.

Agravo regimental improvido.

(AgRg no REsp 971.001/SP, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, DJe 16/09/2008)

TRIBUTÁRIO. PROCESSO CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. PETIÇÃO RECURSAL QUE NÃO INDICA A ALÍNEA DO INCISO III, ARTIGO 105, CF. FUNDAMENTOS BEM INDICADOS NA PETIÇÃO RECURSAL. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 284/STF AFASTADA. MATÉRIA PACIFICADA. EMPRÉSTIMO COMPULSÓRIO SOBRE VEÍCULOS. PRESCRIÇÃO.

I - Apesar de não ter sido expressamente citada a alínea do inciso III, artigo 105, da Constituição Federal, na qual se funda o recurso especial, a petição recursal indica claramente qual o dispositivo de legislação federal que foi violado pela decisão recorrida, não sendo o caso de aplicação da Súmula 284/STF, na hipótese, principalmente porque a matéria de mérito (prazo prescricional para propositura de ação que visa a restituição de empréstimo compulsório sobre veículos) encontra-se por demais pacificada no âmbito deste eg. Superior Tribunal de Justiça.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

II - Agravo improvido.

(AgRg no REsp 845.134/SP, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, PRIMEIRA TURMA, DJ 23/10/2006)

Agravo regimental. Recurso especial não admitido. Divergência jurisprudencial. Prescrição intercorrente. Intimação.

1. O simples fato de não ter sido indicada a alínea c) do permissivo constitucional como sustentáculo do recurso não impede o seu conhecimento e provimento com base no dissídio, que restou devidamente comprovado.

2. O posicionamento desta Corte, em consonância com os precedentes colacionados, entende necessária a intimação pessoal da parte para o reconhecimento da prescrição intercorrente.

3. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no Ag 435.646/GO, Rel. Ministro CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, TERCEIRA TURMA, DJ 07/10/2002)

É bem de ver, ademais, que a natureza da controvérsia em exame, por si só, reclama a superação de tal óbice. Com efeito, tratando-se de causa que, à época de sua interposição, tinha por objeto menor com problemas sérios de saúde física e mental e pelo fato da inexistência, até o momento, de solução por este Tribunal da questão em debate, o conhecimento e o julgamento do recurso são providências que se impõem.

4. Importa ressaltar, para logo, que é incontroverso nos autos que a menor vivia com a autora desde seu nascimento; que essa convivência era absolutamente saudável e benéfica, tanto para uma, quanto para outra convivente; a criança e a autora do pedido de guarda se tratavam como neta e avó; que não havia, por parte dos genitores da menor oposição ao deferimento da guarda, que, ao contrário, era algo desejado por todos. Nada obstante, o Tribunal de Justiça de São Paulo, sob o fundamento de ser personalíssima a ação de guarda judicial, achou por bem confirmar a sentença que extinguiu o feito, com base no art. 267, IX, do CPC/1973.

No entanto, penso que o fundamento do acórdão recorrido não tem condições de sustentar a decisão de extinção do feito, isso tendo em vista a já pacífica jurisprudência deste Sodalício no sentido da possibilidade do deferimento de pedido feito em ação de estado, tal qual a dos autos, mesmo quando ocorrido o falecimento do proponente no curso do processo.

Com efeito, esse é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça nas ações de adoção, por exemplo, em que a natureza personalíssima do pedido não é capaz de conduzir ao indeferimento do pleito, por si só, quando falecido o autor da demanda e esta ainda não tenha sido concluída.

De fato, para os casos de adoção, a conjugação de elementos de prova, que demonstrem a inequívoca intenção de adotar, é necessária e bastante ao deferimento do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

pedido formulado, “podendo ser declarado ainda que ao tempo da morte não tenha tido início o procedimento para a formalização da adoção” (*REsp 457.635/PB, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, DJ de 17/3/2003*).

Confiram-se alguns julgados deste Tribunal no mesmo sentido:

DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. ADOÇÃO PÓSTUMA. MANIFESTAÇÃO INEQUÍVOCA DA VONTADE DO ADOTANTE. INEXISTÊNCIA. LAÇO DE AFETIVIDADE EM VIDA. DEMONSTRAÇÃO CABAL.

1. A adoção póstuma é albergada pelo direito brasileiro, nos termos do art. 42, § 6º, do ECA, na hipótese de óbito do adotante, no curso do procedimento de adoção, e a constatação de que este manifestou, em vida, de forma inequívoca, seu desejo de adotar.

2. Para as adoções *post mortem*, vigem, como comprovação da inequívoca vontade do *de cujus* em adotar, as mesmas regras que comprovam a filiação socioafetiva: o tratamento do adotando como se filho fosse e o conhecimento público dessa condição.

3. Em situações excepcionais, em que demonstrada a inequívoca vontade em adotar, diante da longa relação de afetividade, pode ser deferida adoção póstuma ainda que o adotante venha a falecer antes de iniciado o processo de adoção.

4. Recurso especial conhecido e provido.

(*REsp 1663137/MG, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, DJe 22/08/2017*)

DIREITO DE FAMÍLIA E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE AUTORIZAÇÃO DE ADOÇÃO DE MAIORES. PEDIDO FORMULADO NA VIGÊNCIA DO CC/1916. FALECIMENTO DO ADOTANTE NO CURSO DA DEMANDA. POSSIBILIDADE DE ADOÇÃO PÓSTUMA. UTILIZAÇÃO DA ANALOGIA. INCIDÊNCIA DO ECA. ALTERAÇÕES LEGISLATIVAS. NORMAS SOBRE ESTADO DAS PESSOAS E PROCESSO. APLICABILIDADE IMEDIATA. RECURSO PROVIDO.

1. O tratamento legal da adoção sofreu severas transformações legais nos últimos anos. De acordo com o CC/1916, a adoção era feita por escritura pública e seus efeitos limitavam-se ao adotante e ao adotado. Com a entrada em vigor do CC/2002, passou-se a exigir processo judicial para todos os pedidos de adoção. Posteriormente, com a promulgação da Lei n. 12.010/2009, a adoção de maior de 18 (dezoito) anos não mais pode ser realizada por mera escritura pública, sendo imprescindível sentença judicial constitutiva da relação. Além disso, aplicam-se ao procedimento, no que couber, as disposições previstas no ECA.

2. A Lei n. 8.069/1990, em seu art. 42, § 6º, estabelece que "a adoção poderá ser deferida ao adotante que, após inequívoca manifestação de vontade, vier a falecer no curso do procedimento, antes de prolatada a sentença".

3. No período compreendido entre a entrada em vigor do Estatuto da Criança e do Adolescente e a publicação da Lei Nacional da Adoção (Lei n. 12.010/2009), houve uma lacuna legislativa acerca da adoção póstuma. Isso porque, de acordo com o ECA, esse instituto era expressamente permitido aos menores, mas, de outra parte, a legislação civil - que regulava a adoção de maiores - nada mencionava sobre o assunto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

4. Estando o juiz diante de uma omissão legislativa, deve fazer uso dos meios de integração da norma - dentre os quais, preliminarmente, a analogia (art. 4º da LINDB). No caso dos autos, deve-se aplicar a analogia para suprir o hiato legislativo existente, tendo em vista que o pedido foi formulado no ano de 1999, exatamente entre a publicação do ECA e a da Lei n. 12.010/2009.

5. Ademais, o pedido de adoção merece ser apreciado, pois a matéria se refere ao estado das pessoas e às regras de processo, à qual cumpre aplicar de imediato as normas em vigor, inclusive aos requerimentos ainda em trâmite.

6. Assim, tanto pelo emprego da analogia quanto pela pronta incidência das leis atualmente em vigor, a pretensão recursal deve ser acolhida, para permitir aos recorrentes que o pedido de autorização de adoção seja apreciado, mesmo depois do óbito do adotante.

7. Recurso especial provido, para anular a sentença e o acórdão recorrido e determinar às instâncias ordinárias que apreciem o pedido de adoção formulado, como entenderem de direito.

(REsp 656.952/DF, Rel. Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA, QUARTA TURMA, DJe 23/06/2016)

DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. ADOÇÃO PÓSTUMA. MANIFESTAÇÃO INEQUÍVOCA DA VONTADE DO ADOTANTE. LAÇO DE AFETIVIDADE. DEMONSTRAÇÃO. VEDADO REVOLVIMENTO DE FATOS E PROVAS.

1. A adoção póstuma é albergada pelo direito brasileiro, nos termos do art. 42, § 6º, do ECA, na hipótese de óbito do adotante, no curso do procedimento de adoção, e a constatação de que este manifestou, em vida, de forma inequívoca, seu desejo de adotar.

2. Para as adoções *post mortem*, vigem, como comprovação da inequívoca vontade do de cujus em adotar, as mesmas regras que comprovam a filiação socioafetiva: o tratamento do adotando como se filho fosse e o conhecimento público dessa condição.

3. Em situações excepcionais, em que demonstrada a inequívoca vontade em adotar, diante da longa relação de afetividade, pode ser deferida adoção póstuma ainda que o adotante venha a falecer antes de iniciado o processo de adoção.

4. Se o Tribunal de origem, ao analisar o acervo de fatos e provas existente no processo, concluiu pela inequívoca ocorrência da manifestação do propósito de adotar, bem como pela preexistência de laço afetividade a envolver o adotado e o adotante, repousa sobre a questão o óbice do vedado revolvimento fático e probatório do processo em sede de recurso especial.

5. Recurso especial conhecido e não provido.

(REsp 1326728/RS, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, DJe 27/02/2014)

CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. ADOÇÃO PÓSTUMA. VALIDADE. ADOÇÃO CONJUNTA. PRESSUPOSTOS. FAMÍLIA ANAPARENTAL. POSSIBILIDADE.

Ação anulatória de adoção *post mortem*, ajuizada pela União, que tem por escopo principal sustar o pagamento de benefícios previdenciários ao adotado - maior interdito -, na qual aponta a inviabilidade da adoção *post*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

mortem sem a demonstração cabal de que o *de cujus* desejava adotar e, também, a impossibilidade de ser deferido pedido de adoção conjunta a dois irmãos.

A redação do art. 42, § 5º, da Lei 8.069/90 - ECA -, renumerado como § 6º pela Lei 12.010/2009, que é um dos dispositivos de lei tidos como violados no recurso especial, alberga a possibilidade de se ocorrer a adoção póstuma na hipótese de óbito do adotante, no curso do procedimento de adoção, e a constatação de que este manifestou, em vida, de forma inequívoca, seu desejo de adotar.

Para as adoções *post mortem*, vigem, como comprovação da inequívoca vontade do *de cujus* em adotar, as mesmas regras que comprovam a filiação socioafetiva: o tratamento do menor como se filho fosse e o conhecimento público dessa condição.

O art. 42, § 2º, do ECA, que trata da adoção conjunta, buscou assegurar ao adotando a inserção em um núcleo familiar no qual pudesse desenvolver relações de afeto, aprender e apreender valores sociais, receber e dar amparo nas horas de dificuldades, entre outras necessidades materiais e imateriais supridas pela família que, nas suas diversas acepções, ainda constitui a base de nossa sociedade.

A existência de núcleo familiar estável e a consequente rede de proteção social que podem gerar para o adotando, são os fins colimados pela norma e, sob esse prisma, o conceito de núcleo familiar estável não pode ficar restrito às fórmulas clássicas de família, mas pode, e deve, ser ampliado para abarcar uma noção plena de família, apreendida nas suas bases sociológicas.

Restringindo a lei, porém, a adoção conjunta aos que, casados civilmente ou que mantenham união estável, comprovem estabilidade na família, incorre em manifesto descompasso com o fim perseguido pela própria norma, ficando teleologicamente órfã. Fato que ofende o senso comum e reclama atuação do interprete para flexibilizá-la e adequá-la às transformações sociais que dão vulto ao anacronismo do texto de lei.

O primado da família socioafetiva tem que romper os ainda existentes liames que atrelam o grupo familiar a uma diversidade de gênero e fins reprodutivos, não em um processo de extrusão, mas sim de evolução, onde as novas situações se acomodam ao lado de tantas outras, já existentes, como possibilidades de grupos familiares.

O fim expressamente assentado pelo texto legal - colocação do adotando em família estável - foi plenamente cumprido, pois os irmãos, que viveram sob o mesmo teto, até o óbito de um deles, agiam como família que eram, tanto entre si, como para o então infante, e naquele grupo familiar o adotado se deparou com relações de afeto, construiu - nos limites de suas possibilidades - seus valores sociais, teve amparo nas horas de necessidade físicas e emocionais, em suma, encontrou naqueles que o adotaram, a referência necessária para crescer, desenvolver-se e inserir-se no grupo social que hoje faz parte.

Nessa senda, a chamada família anaparental - sem a presença de um ascendente -, quando constatado os vínculos subjetivos que remetem à família, merece o reconhecimento e igual status daqueles grupos familiares descritos no art. 42, §2, do ECA.

Recurso não provido.

(REsp 1217415/RS, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, DJe 28/06/2012)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Direito civil e processual civil. Adoção póstuma. Manifestação inequívoca da vontade do adotante. Laço de afetividade.

Demonstração. Vedado revolvimento de fatos e provas. Embargos de declaração. Ausência de omissão, contradição ou obscuridade. Decisão fundamentada. Prequestionamento. Ausência.

- Não padece o acórdão recorrido de omissão, contradição ou obscuridade, quando o Tribunal de origem pronuncia-se fundamentadamente quanto às questões relevantes ao deslinde da controvérsia.

- Não se conhece do recurso especial se a matéria jurídica versada nos dispositivos tidos como violados não foi debatida pelo Tribunal no acórdão recorrido.

- O julgador não está adstrito às teses jurídicas manifestadas pelas partes, bastando-lhe analisar fundamentadamente as questões necessárias à resolução do embate jurídico.

- **Impõe-se especial atenção à condição peculiar da criança como pessoa em desenvolvimento, devendo o julgador nortear-se pela prevalência dos interesses do menor sobre qualquer outro bem ou interesse juridicamente tutelado.**

- **A adoção póstuma pode ser deferida ao adotante que, após inequívoca manifestação de vontade, venha a falecer no curso do procedimento, antes de prolatada a sentença (art. 42, § 5º, do ECA).**

- **Na apreciação do pedido de adoção levar-se-á em consideração a relação de afetividade entre o adotante e o adotado (art. 28, § 2º, do ECA).**

- Se o Tribunal de origem, ao analisar o acervo de fatos e provas existente no processo, concluiu pela inequívoca ocorrência da manifestação de propósito de adotar, bem como pela preexistência de laço de afeto a envolver a adotada e o adotante, repousa sobre a questão o óbice do vedado revolvimento fático e probatório do processo em sede de recurso especial.

Recurso especial não conhecido.

(REsp 823.384/RJ, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, DJ 25/10/2007)

Nesses termos, prevalece a total proteção ao menor apregoada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, devendo o Poder Público levar em consideração os quesitos fáticos mais que os jurídicos, visando aos interesses do adotando e respeitando a vontade do *de cujus*.

Nessa linha de ideias, sabe-se, ademais, que a redação do art. 42, § 5º, da Lei 8.069/90 – ECA, renumerado como § 6º pela Lei 12.010/2009, alberga a possibilidade de se deferir a adoção póstuma, na hipótese de óbito do adotante, no curso do procedimento de adoção, diante da constatação de que o autor manifestou, em vida, de forma inequívoca, seu desejo de adotar.

Destarte, nas palavras da eminente Ministra Nancy Andrichi, em julgamento proferido pela egrégia Terceira Turma, “no *iter* que deságua na adoção póstuma”, a locução *inequívoca manifestação de vontade* do adotante “é o elemento *sine qua non*, figurando o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

procedimento judicial de adoção apenas como a **concretização formal** do desejo de adotar, já consolidado e exteriorizado pelo adotante". (*REsp 1217415/RS, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, DJe 28/06/2012*). E assim o é, pois, a interpretação conferida ao dispositivo do Estatuto da Criança e do Adolescente priorizou, evidentemente, a **finalidade social de se atribuir eficácia jurídica a uma situação de fato**.

Na mesma direção, é que, então, a jurisprudência deste Tribunal reconheceu, naquela hipótese, e em outras tantas que lhe são similares, que a adoção se confunde com o reconhecimento de uma filiação socioafetiva preexistente, construída entre aquele que pretende adotar e o adotando. "Vigem aqui, como comprovação da inequívoca vontade do *de cujus* em adotar, as mesmas regras que comprovam a filiação socioafetiva: **o tratamento do menor como se filho fosse e o conhecimento público dessa condição**". (*REsp 1217415/RS, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI*)

Nesse rumo de raciocínio, tem-se que a formalização de pedido judicial de adoção, realizado antes do óbito, possui, na verdade, apenas o condão de afastar qualquer resquício de incerteza, qualquer contestação que porventura pudesse existir no que respeita à vontade do adotante.

Por isso, a ausência do pedido seria incapaz de frustrar o reconhecimento do desejo de adotar, no plano substancial, fazendo com que surgisse tão somente a necessidade de comprovação da efetiva intenção do possível adotante.

5. Tenho que este mesmo raciocínio deve ser aplicado para os casos de guarda.

Em 13 de julho de 1990, foi sancionada a Lei n. 8.069, dispondo sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente, o qual disciplinou o instituto da guarda nos artigos 33 a 35. O artigo 33 reflete a previsão até então existente no Código de Menores de 1927 e de 1979, ao estabelecer que "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". (Pereira, Rafael Caselli. *O afeto como nexos causal para conversão da guarda em relação socioafetiva*. In: Revista IBDFAM: família e sucessões, n. 21, maio/jun, 2017, p. 99-123).

Por sua vez, no Código Civil de 2002, a guarda de menor ou de adolescente por outra pessoa, que não os pais, vem disciplinada no § 5º do artigo 1.584, nos seguintes termos: "Se o juiz verificar que o filho não deve permanecer sob a guarda do pai ou da mãe, deferirá a guarda a pessoa que revele compatibilidade com a natureza da medida, considerados, de preferência, o grau de parentesco e as relações de afinidade e afetividade".

A guarda, pois, é um complexo de direitos e deveres que uma pessoa, ou mais



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

de uma, exerce em relação a uma criança ou adolescente, consistindo na mais ampla assistência à sua formação moral, educação, diversão e cuidados para com a saúde, bem como toda e qualquer diligência que se apresente necessária ao pleno desenvolvimento de suas potencialidades. (IAURIA, Flávio Guimarães. *A regulamentação de visitas e o princípio do melhor interesse da criança*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p.62)

Sílvio Rodrigues, citado por Paulo Brabo, define a guarda como "o poder dever de manter criança ou adolescente no recesso do lar enquanto menores e não emancipados, dando assistência moral, material e educacional". (*Manual da guarda no direito da criança e do adolescente*. Belém: CEJUP, 1997, p. 21).

Conforme se percebe, os deveres relacionados à guarda do menor e do adolescente podem ser resumidos na obrigação de prestar, até que seja alcançada a maioridade, assistência material, moral e educacional, podendo opor-se a terceiros, inclusive aos pais, sendo este um dever implícito de vigilância contra quaisquer pessoas que possam trazer dano ou prejuízo ao menor ou adolescente.

Novamente José Fernando Simão leciona que "a guarda é simples companhia fática de uma pessoa com relação à outra a qual a lei atribui efeitos jurídicos. Quem tem a guarda, tem, faticamente, a companhia do menor e, portanto, tem o dever de cuidar do menor e zelar por sua segurança". Acrescenta o doutrinador que essa companhia fática ou convívio, seja decorrente do Código Civil, seja do Estatuto da Criança e do Adolescente, será a mesma. Tendo em vista que a guarda é evidentemente um conceito unitário, seja ela exercida pelos pais ou terceiros, seja ela precária ou definitiva, seja ela decorrente de perigo ou ofensa ao menor ou de simples observância do interesse deste. (<http://www.conjur.com.br/2015-ago-23/processo-familiar-doutrina-guarda-compartilhada-girafas>).

Diante deste quadro, vislumbro a possibilidade do reconhecimento da guarda pleiteada pela autora, falecida, porque, no caso em exame, percebe-se a presença do motivo maior do instituto, qual seja proporcionar melhoramentos à vida da criança ou do adolescente, atendendo seus interesses mais essenciais, somado à demonstração inequívoca da vontade da autora do pedido em obter a guarda.

De fato, indubitável se mostra que, no caso dos autos, não fosse o falecimento da autora, no transcorrer da ação judicial, o pedido de guarda seria deferido, porque corretamente reconhecido pela instância ordinária que apenas dessa forma seria satisfeito o melhor interesse da menor, criança com necessidades especiais, cuja mãe não possuía condições financeiras adequadas para prover seu sustento, assim como seu pai.

Na verdade, conforme se noticiou, a avó de criação, autora da ação, era quem provia o sustento também da genitora da menor, que vivia sob sua tutela.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Vale transcrever o relatório psicossocial (fls. 24-26), quando ainda viva a requerente:

Questionada quanto à motivação do presente pedido de guarda, A afirma que este pedido tem como objetivo repassar sua pensão à neta, quando vier a falecer. Segundo a requerente, J tem necessidades especiais e precisa de acompanhamento de saúde sistemático. Assim, tendo em vista que a pensão alimentícia que o pai lhe oferece não é suficiente para atender suas necessidades e A atua como principal responsável por seu sustento, a avó deseja oferecer meios de ampara-la.

(...)

IV. Conclusão

A partir dos dados levantados, pôde-se observar que a requerente reside com a criança em tela deste o seu nascimento. Assim, J, seu irmão, Paulo, e sua genitora, S, sempre moraram na casa de A, sendo dependentes financeiros desta. J tem o diagnóstico de hemiatrofia cerebral esquerda e, desse modo, possui dificuldades significativas de fala e paralisia em algumas regiões do corpo.

No contato realizado, apresentou comportamento irritadiço, dificuldade de interação e choro ininterrupto, sinalizando dificuldade de lidar com situações desconhecidas. Nas entrevistas efetuadas, pôde-se notar que a requerente não atua diretamente nos cuidados dispensados à J, no entanto, sua renda é a principal responsável pelo sustento da família e, por conseguinte, da neta. Segundo relato, o genitor paga pensão alimentícia para os filhos; contudo, a quantia disposta não supre as necessidades das crianças, principalmente tendo em vista as necessidades que J possui.

Assim, o presente pedido tem como principal objetivo amparar J na ausência da requerente, visto que as dificuldades expressivas apresentadas pela criança prejudicam e/ou impossibilitam a realização de várias atividades e tarefas, dificultando sua independência.

(fl. 25-26)

Com bastante clareza, a manifestação do *Parquet* Estadual (fls. 56-60) acerca da questão, merecendo ser transcrita:

O relatório do setor técnico, a fls. 22/23, demonstra, de forma clara, que a genitora da menor e esta, assim com o seu irmão menor, são dependentes financeiros da Autora, e o seu principal objetivo com a demanda é garantir que a criança, em razão de sua condição de pessoa portadora de necessidades especiais, possa receber o necessário amparo econômico com o seu falecimento, haja vista que os alimentos que recebe do pai não são suficientes a suprir suas necessidades, e a mãe da infante ocupa praticamente todo o seu tempo com os cuidados necessários à filha e à própria Requerente, que também sofre de problemas de saúde.

Não há dúvidas de que o caso é delicado, e trata-se de apelo para continuar a amparar uma criança portadora de necessidades especiais, revelado pelo relatório de exame laboratorial de fl. 13, ainda que não tenha sido instruído com relatório médico, houve constatação pelo setor técnico.

Se é fato que quem cuida diretamente da criança, em termos físicos,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

é a requerida, o Setor Técnico também deixou claro que, com ressalva à pensão paterna insuficiente, toda a assistência material é proveniente da Requerente, e há vínculos afetivos desta com a menor e vice-versa, porquanto sempre viveram sob o mesmo teto, sendo esta considerada como neta pela Autora que detém a guarda de sua genitora desde os 02 meses de idade.

É justificada a não atuação direta de cuidados pela Autora à criança, em razão de sua idade e de sua própria saúde, porém, foi claramente constatada a assistência que ela confere à menor, seja em termos afetivos pelos laços criados desde o seu nascimento, seja em termos econômicos que são o sustentáculo das necessidades de J. Não há dúvidas de que o caso e a condição da criança em tela são peculiares, portadora de necessidades especiais, eis que notoriamente deficiente física e mental (fl. 13 e fls. 22/23), é flagrantemente dependente econômica da Requerente, não há de se entender que seja a pretensão meramente para fins previdenciários, pois é o vínculo afetivo a preocupação de que não fique em desamparo que se moveu para continuar a prestar a necessária assistência a essa neta e não a todos os netos.

(...)

Dessa forma, data vênua ao posicionamento do ilustre magistrado precedente, esta Procuradoria de Justiça ousa divergir, neste caso concreto, para opinar pela reforma da r. sentença.

Na trilha desse entendimento, em recente alteração do Código Civil de 2002, o legislador, atento às já consolidadas diretrizes doutrinárias e jurisprudenciais, explicitou, em linhas gerais, os quesitos que, objetivamente, satisfariam o melhor interesse da criança, no que concerne à guarda unilateral do genitor, mas que podem, perfeitamente, ser aproveitados para o caso.

Trata-se do § 2º do art. 1.583 do Código Civil de 2002, com redação dada pela Lei nº 11.698/08:

§ 2º A guarda unilateral será atribuída ao genitor que revele melhores condições para exercê-la e, objetivamente, mais aptidão para propiciar aos filhos os seguintes fatores:

- I – **afeto** nas relações com o genitor e com o grupo familiar;
- II – **saúde e segurança**;
- III – **educação**.

Em realidade, em casos como o dos autos, em que a “avó” pleiteava a regularização de uma situação de fato há muito consolidada, penso devem ser aplicados, de forma escorreita, os princípios protetivos dos interesses da criança, elencados no Estatuto da Criança e do Adolescente.

Nessa esteira, note-se que, apesar de o art. 33 estar localizado em seção intitulada “Da Família Substituta”, e, não havendo, no caso dos autos, verdadeiramente uma substituição familiar, ainda assim, os ditames expostos no dispositivo devem ser tomados



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

em consideração, diante da expansão conceitual que hoje se opera sobre o termo “família”. Confira-se o teor do artigo:

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.

Com efeito, a solução que aqui se propõe seja adotada é contemplada pelo § 2º, do art. 33, do ECA, conforme reconhece Yussef Cahal:

O § 2º prevê duas situações a serem consideradas, embora englobadas no mesmo dispositivo.

Na primeira parte o preceito cuida da concessão da guarda, fora dos casos de tutela e adoção, para atender **situações peculiares, como nos casos de guarda requerida por parentes próximos, com a concordância dos pais**; ou da guarda especial, quando inexistente fundamento legal para a suspensão ou destituição do pátrio poder e visando a suprir a falta eventual dos pais ou responsáveis, ou falecidos ou com paradeiro ignorado. (CAHAL, Yussef Said. *In. Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado – Comentários jurídicos e sociais*. 7. ed. CURY, Munir (COORD). São Paulo: Malheiros, 2005, p. 147)

Nesses termos, evidenciado que a guarda era providência que se adequava ao melhor interesse da criança, à época, e comprovada, ainda, a inequívoca intenção da autora em obtê-la, requisito indispensável e bastante ao reconhecimento da guarda póstuma, em raciocínio simétrico e analógico desenvolvido para o pedido de adoção, entendo deva ser provido este recurso especial, reconhecendo-se a guarda requerida, com os efeitos dela decorrentes.

6. Por fim, cumpre dizer que, mesmo não tendo sido o fundamento do acórdão, para o desprovemento do pedido de guarda, o fato de ter sido requerida com o fim de proporcionar o recebimento de benefício previdenciário pela menor, é certo que este Tribunal Superior não condena veementemente a prática vislumbrada, ao menos nos moldes em que se apresenta o pedido inicial.

Não se desconhece que a jurisprudência, outrora, já decidiu no sentido de que “o pedido de guarda formulado por avô não pode ser deferido para **meros efeitos previdenciários, se os pais têm plena possibilidade de permanecer no seu exercício**” (REsp 125.769/RJ, DJ de 9/9/2002; REsp 696.204/RJ, DJ de 19/9/2005; REsp 402.031/CE, DJ de 26/5/2003; REsp 87.900/RJ, DJ de 26/8/2002; REsp 95.606/RJ, DJ de 24/4/2000; REsp 94.369/RJ, DJ de 25/2/1998; REsp 116.456/RJ; REsp 94.535/RJ, DJ de 24/11/1997; REsp 82.474/RJ, DJ de 29/9/1997; REsp 97.069/MG, DJ de 1º/9/1997; REsp 86.442/RJ, DJ de 3/3/1997).

Todavia, não é essa a hipótese em análise, para qual, no interesse maior da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

criança, propõe-se o reconhecimento da guarda à “avó”, de quem a criança recebia afeto desde o nascimento e que promovia a concretização de todos os demais cuidados básicos à sua existência. Esse, sem sombra de dúvidas, era o fim precípua do processo, garantir vida com dignidade à menor especial, e não a obtenção de benefício previdenciário, pura e simplesmente, constatação capaz de afastar eventual óbice ao acolhimento do pleito da recorrente.

Acrescente-se, ademais, que a boa-fé deve ser presumida, e, no processo em julgamento, em momento algum ficou evidenciado que o objetivo único da recorrente seria, repita-se, pura e simplesmente, garantir o recebimento de benefício previdenciário pela “neta”, mas, acima de tudo, o escopo perseguido era a segurança de sustento para quando a avó não mais estivesse com elas, para que a menor, com necessidades especiais, tivesse condições dignas de vida e sobrevivência.

No mesmo sentido do caso em exame, outros julgados desta Corte:

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 § 2º, do ECA) 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.

(REsp 1186086/RO, Rel. Ministro MASSAMI UYEDA, TERCEIRA TURMA, DJe 14/02/2011)

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. MENOR. PEDIDO DE GUARDA FORMULADO PELA AVÓ. PREVALÊNCIA DO INTERESSE DA CRIANÇA.REGULARIZAÇÃO DE SITUAÇÃO DE FATO.

1. A concessão da guarda da criança a bisavó, visa regularizar uma situação de fato, uma vez que a menor reside com a bisavó paterna desde os 08 meses de idade. Preservação do interesse da menor, não só para fins previdenciários. Precedentes.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

2. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no REsp 532.984/MG, Rel. Ministro VASCO DELLA GIUSTINA (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RS), TERCEIRA TURMA, DJe 07/06/2010)

Nessa linha de ideias, anote-se, ainda, que se firmou o entendimento, no âmbito da Turmas especializadas no tema, já reiterado pela Corte Especial do Tribunal, no sentido de que à menor sob guarda deve ser assegurado o direito ao benefício da pensão por morte, mesmo se o falecimento se deu após a modificação legislativa promovida pela Lei n. 9.528/97 na Lei n. 8.213/91.

De fato, em recente julgamento proferido pela Corte Especial, sob a relatoria do eminente Ministro Benedito Gonçalves, o colegiado fixou a possibilidade de assegurar benefício de pensão por morte a menor sob guarda judicial, em face da prevalência do disposto no artigo 33, § 3º, do Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA sobre norma previdenciária de natureza específica, ou seja, sobre o artigo 16, § 2º, da Lei 8.213/1991, alterada pela Lei n. 9.528/1997.

Confira-se a ementa do julgado:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM AGRAVO. PENSÃO POR MORTE. MENOR SOB GUARDA. ALTERAÇÕES LEGISLATIVAS. ART. 16 DA LEI N. 8.213/1990. MODIFICAÇÃO PELA MP N. 1.523/96, CONVERTIDA NA LEI N. 9.528/1997. CONFRONTO COM O ART. 33, § 3º, DO ECA. INTERPRETAÇÃO COMPATÍVEL COM A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E COM O PRINCÍPIO DE PROTEÇÃO INTEGRAL DO MENOR.

1. **Tem-se no presente feito como questão de fundo a possibilidade de assegurar benefício de pensão por morte a menor sob guarda judicial, em face da prevalência do disposto no artigo 33, § 3º, do Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA sobre norma previdenciária de natureza específica, ou seja, sobre o artigo 16, § 2º da Lei 8.213/1991, alterada pela Lei n. 9.528/1997.**

2. **Havendo plano de proteção em arcabouço sistêmico constitucional e comprovada a guarda, em face da prevalência do disposto no artigo 33, § 3º, do Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA sobre norma previdenciária de natureza específica, ao menor sob guarda deve ser assegurado o benefício de pensão por morte, mesmo se o falecimento do instituidor se deu após a modificação legislativa promovida pela Lei n. 9.528/1997 na Lei n. 8.213/1990. Precedente: EREsp 1.141.788/RS, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Corte Especial, DJe 16/12/2016.**

3. Embargos de divergência providos.

(EAg 1038727/MG, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, CORTE ESPECIAL, DJe 27/10/2017)

Na verdade, essa já era a orientação de inúmeros outros julgados, tanto no âmbito do Regime Geral da Previdência, quanto no referente ao Regime Próprio.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Confiram-se, nesse sentido:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. MENOR SOB GUARDA. INCLUSÃO COMO DEPENDENTE PARA FINS PREVIDENCIÁRIOS. POSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE VÍCIOS DO ART. 1.022 DO CÓDIGO FUX (CPC/2015). EMBARGOS DECLARATÓRIOS DO IAPPEP REJEITADOS.

1. Os Embargos de Declaração destinam-se a suprir omissão, afastar obscuridade ou eliminar contradição existente no julgado, o que não se verifica na espécie.

2. **No caso em apreço, o aresto embargado resolveu fundamentadamente toda a controvérsia posta, tendo manifestado o entendimento de que o art. 33 do ECA deve prevalecer sobre a norma previdenciária, em razão do princípio constitucional da prioridade absoluta dos direitos da criança e do adolescente, nos termos da jurisprudência do STJ.** Precedentes: AgInt. no REsp. 1.312.012/PI, Rel. Min. REGINA HELENA COSTA, DJe 10.4.2017; AgRg no AREsp. 59.461/MG, Rel. Min. OLINDO MENEZES, DJe 20.11.2015; AgRg no REsp. 1.548.012/PE, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, DJe 20.11.2015; RMS 36.034/MT, Rel. Min. BENEDITO GONÇALVES, DJe 15.4.2014 e REsp. 1.339.645/MT, Rel. Min. SÉRGIO KUKINA, DJe 4.5.2015.

3. **A interpretação da Constituição Federal e dos seus princípios e valores deve, sempre, se sobrepor às prescrições das leis escritas, não sendo lícito ao intérprete interpretar os preceitos superiores a partir das criações sub-constitucionais, mas deve proceder de forma exatamente inversa.**

4. Não se constatando a presença de quaisquer dos vícios elencados no art. 1.022 do Código Fux (CPC/2015), a discordância da parte quanto ao conteúdo da decisão não autoriza o pedido de declaração, que tem pressupostos específicos, os quais não podem ser ampliados.

5. Embargos de Declaração do IAPPEP rejeitados.

(EDcl no AgInt no REsp 1316633/PI, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, DJe 25/05/2017)

7. Ante o exposto, DOU PROVIMENTO ao recurso especial para julgar procedente o pedido de guarda póstuma em relação a J M Z, com todos os efeitos daí decorrentes.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.677.903 - SP (2016/0174219-0)

VOTO

MINISTRA MARIA ISABEL GALLOTTI: Senhor Presidente, tendo em vista as peculiaridades desse caso, notadamente o pedido ter sido requerido em vida pela solicitante da guarda, a convivência da menor desde o nascimento com a autora da ação, a deficiência permanente da criança e a impossibilidade de seus genitores de exercer essa guarda a contento, acompanho o voto do eminente Relator.

Penso que o óbito da autora, enquanto pendente a causa, não deve afetar a conclusão em benefício da menor. Assim, tendo em vista essas circunstâncias excepcionabilíssimas, acompanho o voto do Senhor Ministro Relator.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUARTA TURMA

Número Registro: 2016/0174219-0

PROCESSO ELETRÔNICO REsp 1.677.903 / SP

Números Origem: 1482011 90000030320118260457

PAUTA: 28/11/2017

JULGADO: 28/11/2017
SEGREDO DE JUSTIÇA

Relator

Exmo. Sr. Ministro **LUIS FELIPE SALOMÃO**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. RENATO BRILL DE GOES

Secretária

Dra. TERESA HELENA DA ROCHA BASEVI

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : J C M
ADVOGADOS : LAERCIO JESUS LEITE - SP053183
RODRIGO FRANCESCHINI LEITE E OUTRO(S) - SP262750
RECORRIDO : J M Z
REPR. POR : S M
ADVOGADO : SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS - SE000000M
INTERES. : J C Z

ASSUNTO: DIREITO CIVIL - Família - Relações de Parentesco - Guarda

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia QUARTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Quarta Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Maria Isabel Gallotti, Antonio Carlos Ferreira (Presidente), Marco Buzzi e Lázaro Guimarães (Desembargador convocado do TRF 5ª Região) votaram com o Sr. Ministro Relator.