



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.388.966 - RS (2013/0091969-6)

RELATORA : MINISTRA NANCY ANDRIGHI
RECORRENTE : E A DO N M V
ADVOGADO : ELOÍSA CORTINAZ PEREIRA
RECORRIDO : L A DA S M
ADVOGADO : VALDERES TERESINHA DOS SANTOS E OUTRO(S)

EMENTA

CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. GUARDA DE MENOR PEDIDO DE TIA. PRETERIÇÃO DO PAI. POSSIBILIDADE.

- I. Pedido de guarda definitiva de menor deduzido pela recorrente, tia da criança, que já detinha a sua guarda de fato, ajuizado em agosto de 2009. Agravo em recurso especial distribuído em maio de 2013. Decisão reatuando o agravo como recurso especial publicada em junho de 2013.
- II. Controvérsia restrita à possibilidade de se preterir o natural poder familiar do pai para se deferir pedido de guarda de criança realizado por sua tia, mesmo com a oposição do genitor, que busca igualmente a guarda do menor.
- III. Os concêntricos patamares estabelecidos em lei para a fixação da guarda de menor focam-se, primeiramente, na da ideia de que a convivência familiar – *stricto sensu* – é, primariamente, um direito da própria criança, pois da teia familiar originária, aufere o conforto psicológico da sensação de pertencimento e retira os primeiros elementos para a construção do sentimento de sua própria identidade, originando-se, daí, a ordem hierárquica de presunção de maior bem estar para o a criança e o adolescente, em relação ao ambiente em que devem conviver, dado pela sequência: família natural, família natural estendida e família substituta.
- IV. Somente, na consecutiva impossibilidade de manutenção da criança nesses núcleos de família natural, poderão os menores ser colocados em família natural estendida, devendo os fatores que justifiquem a excepcionalidade ser objetivamente comprovados, como pareceres técnicos que informem a existência de sólidos elementos desabonadores da conduta do genitor preterido.
- V. À mingua dessas excepcionais circunstâncias, a questão fática de residir a criança durante algum período com a tia, não pode servir de obstáculo à concretização do direito do infante à convivência com sua família natural, mormente se nunca houve abandono do genitor em relação à sua prole.
- VI. Recurso especial não provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da TERCEIRA Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas constantes dos autos, prosseguindo no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Sidnei Beneti, por unanimidade, negar provimento ao recurso especial, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Sidnei Beneti (voto-vista) e Ricardo Villas Bôas Cueva votaram com a Sra. Ministra Relatora. Não participaram do julgamento os Srs. Ministros João Otávio de Noronha e Paulo de Tarso Sanseverino.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Brasília (DF), 22 de maio de 2014(Data do Julgamento)

MINISTRA NANCY ANDRIGHI
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.388.966 - RS (2013/0091969-6)

RELATORA : MINISTRA NANCY ANDRIGHI
RECORRENTE : E A DO N M V
ADVOGADO : ELOÍSA CORTINAZ PEREIRA
RECORRIDO : L A DA S M
ADVOGADO : VALDERES TERESINHA DOS SANTOS E OUTRO(S)

RELATORA: MINISTRA NANCY ANDRIGHI

RELATÓRIO

Cuida-se de recurso especial interposto por E A DO N M V, com fundamento no art. 105, III, “a” da CF, contra acórdão proferido pelo TJ/RS.

Ação: de guarda movida pela recorrente, em face de L A DA S M, pela qual busca a guarda definitiva de seu sobrinho L.M.M.M., de quem cuida desde o óbito da irmã – mãe do menor –, ocorrido em 03/01/2009.

Sentença: julgou procedente o pedido, sustentando, na fundamentação de sua decisão que:

“(..)o menor está recebendo os cuidados necessários para o seu desenvolvimento saudável por parte da tia, de sorte que a guarda deverá permanecer com a autora, mormente diante do falecimento da mãe biológica.

Por seu turno, nos termos do relatório social de fls. 102 a 104 nada foi constatado que pudesse obstar, ao menos visitas quinzenais, de Lucas para com sua família de origem. Aliás, esta seria a forma de o pai resgatar o vínculo com o filho (fls. 149/150).

Acórdão: deu provimento à apelação interposta pelo recorrido, em julgado assim ementado:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO E GUARDA. FALECIMENTO DA GENITORA. GUARDA FÁTICA EXERCIDA PELA TIA. DEVOLUÇÃO AO GENITOR, QUE DETÉM PLENAS CONDIÇÕES DE DESEMPENHÁ-LA.

Ainda que a guarda fática do infante venha sendo exercida pela tia desde o falecimento da genitora (situação que perdura há cinco anos), inexistindo nos autos qualquer evidência de que o genitor não esteja habilitado a exercer satisfatoriamente este atributo do poder familiar, já que sempre exerceu tal encargo relativamente aos outros dois filhos que teve com a falecida, procede a sua pretensão de retomada da guarda, o que deverá ser promovido de forma



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

gradual, na tentativa de diminuir os reflexos emocionais e psicológicos que a adoção desta providência acarreta e de evitar a repentina alteração na rotina já estabelecida. Sentença reformada (fl. 184, e-STJ).

Embargos de declaração: interpostos pela recorrente, foram rejeitados.

Recurso especial: alega violação do art. 1.584, § 5º, do CC-02.

Sustenta que o Tribunal de origem desconsiderou a circunstância de que há relação socioafetiva consolidada entre o menor e a recorrente – sua tia, que o criou desde o óbito de sua mãe, ocorrido em 2007, condição que autoriza o reconhecimento de filiação socioafetiva e a consequente imposição da guarda em seu favor.

Juízo de admissibilidade: nega seguimento ao recurso especial ante o óbice da Súmula 7/STJ. (fls. 229/236, e-STJ).

Parecer do MPF: de lavra do Subprocurador-Geral da República Durval Tadeu Guimarães, pela inviabilidade do recurso especial, ante a incidência do óbice da Súmula 7/STJ (fls. 270/272, e-STJ).

Em decisão unipessoal, determinei a reautuação do agravo interposto contra decisão que negou seguimento ao recurso especial. (fl. 274, e-STJ).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.388.966 - RS (2013/0091969-6)

RELATORA : MINISTRA NANCY ANDRIGHI
RECORRENTE : E A DO N M V
ADVOGADO : ELOÍSA CORTINAZ PEREIRA
RECORRIDO : L A DA S M
ADVOGADO : VALDERES TERESINHA DOS SANTOS E OUTRO(S)

RELATORA: MINISTRA NANCY ANDRIGHI

VOTO

Cinge-se a controvérsia em dizer se é possível deferir à tia de criança, órfã de mãe, a guarda definitiva, quando o pai busca também o exercício da guarda de seu filho.

1. Dos contornos da Lide.

1. Para a perfeita apreensão das peculiaridades que envolvem a controvérsia, e a ordem cronológica dos eventos que antecedem a apreciação deste recurso especial, releva declinar que:

1.1 Em 03. 01. 2009, quando o menor L.M.M.M. tinha apenas dois anos, sua mãe faleceu;

1.2. Em agosto do mesmo ano – 2009 – a recorrente formulou o presente pedido de guarda definitiva da criança;

1.3. Em outubro daquele ano, também o pai ingressou em juízo requerendo a guarda de seu filho;

1.4. Em 25/11/2009, foi deferida a guarda provisória do menor à recorrente;

1.5. Em 06/12/2011, foi proferida sentença julgando procedente o pedido, e fixando a guarda em favor da tia-recorrente.

1.6. Extrai-se, ainda dos autos que, inicialmente, a guarda de fato



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

exercida pela tia não tinha oposição do pai biológico.

1.7. O menor tem, atualmente, 06 anos e 10 meses, e seus dois irmãos moram com o pai-recorrido.

2. Do prequestionamento e da incidência dos óbices das Súmulas 7 e 126/STJ.

2. De se falar, inicialmente, que o prequestionamento do dispositivo legal é evidente, pois trata expressamente do tema revolidado pelo Tribunal de origem, que diz respeito à possibilidade da guarda do menor ser exercida, definitivamente, por sua tia, mesmo quando o pai biológico pleiteia também essa guarda.

3. De outra banda, vê-se também que o recurso especial interposto não esbarra no óbice da Súmula 7/STJ, por não discutir a existência ou prevalência de aspectos subjetivos determinante para a fixação da guarda em favor de um dos contendores, fatos sob o crivo do grau ordinário, mas analisar, a possível desatenção a critério objetivo, propugnado em lei, o que configura matéria de direito.

3. Da possibilidade de fixação da guarda definitiva em favor da tia do menor, quando o pai biológico busca o exercício dessa mesma guarda.

4. O marco definidor da solução da controvérsia posta em desate está em se aferir se existem possibilidades de preterimento do genitor biológico, quando em disputa a guarda de seu filho.

5. Aqui, felizmente para o menor, não se aponta a existência de maus tratos de qualquer natureza em seu desfavor, mas antes, a busca da cristalização da sua guarda – no caso da tia-recorrente – ou do início do efetivo exercício



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

dessa, por parte do pai-recorrido.

6. Diante desse contexto, de se evidenciar, ainda, o mútuo labor inicial das partes na solução do peculiar drama familiar com o qual conviviam, decorrente do óbito da mãe do infante e de doença não especificada, mas com certeza grave, do tio do menor, irmão da recorrente e cunhado do recorrido – tanto assim que dela sobreveio também seu óbito.

7. Laborando sobre uma situação fática que entendeu consolidada, o Juízo de 1º Grau houve por bem privilegiar a condição então existente – menor residindo com a tia – em detrimento da preferência legal fixada nas disposições gerais relativas ao direito do menor à convivência familiar (arts. 19/24 do ECA), posição que foi reformulada pelo Tribunal de origem para fixar a guarda do menor em favor de seu pai.

8. Faz-se aqui, então, antes da apreciação da correção do ato judicial de piso, um corte na linha expositiva para se perquirir o porquê da opção preferencial, tanto da legislação, quanto da doutrina, pela prioritária alocação dos infantes em sua família natural, quando houver disputa de guarda.

9. Fixam, tanto a norma quanto a doutrina, que esse é um direito da própria criança, pois da teia familiar originária ela aufere o conforto psicológico da sensação de pertencimento e retira os primeiros elementos para a construção do sentimento de sua própria identidade.

10. Tem-se, então, a construção de ordem hierárquica de presunção de maior bem estar para o a criança e o adolescente, em relação ao ambiente em que devem conviver, dado pela sequência: família natural; família estendida e família substituta.

11. Válter Kenji Ishida, a propósito do tema, afirma, quanto ao direito à convivência familiar que:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Pode ser conceituado atualmente como o direito fundamental da criança e adolescente a viver junto à sua família natural ou subsidiariamente à sua família extensa. Trata-se de uma ampliação do previsto no art. 9º da Convenção sobre os Direitos da Criança (1989) que prevê o direito da criança em não ser separada dos pais contra a vontade dela. O Título I do ECA abarca os chamados direitos fundamentais da criança e do adolescente.

O Capítulo III por sua vez, prevê o direito à convivência familiar e comunitária. A garantia da convivência familiar se perfaz através de dois princípios basilares: O da proteção integral e o da prioridade absoluta. A entidade familiar dispõe de proteção constitucional, já que o art. 226 da Carta Magna especifica proteção especial pelo Estado da família. Esta possui um conceito dilatado, abrangendo a união estável (art. 226, § 3º) e a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes (art. 226, § 4º). A própria Declaração Universal dos Direitos do Homem já dispunha em seu art. XVI, 3, que a família é o núcleo natural e fundamental da sociedade. Finalmente, a Lei nº 12.010/09 elegeu a família natural como prioridade (art. 1º, § 2º), entidade a qual a criança e o adolescente devem permanecer, ressalvada a absoluta impossibilidade, devendo existir decisão judicial fundamentada. Assim, nos procedimentos da infância e juventude, a preferência é sempre de manutenção do menor junto aos genitores biológicos. Na impossibilidade, existe a colocação em acolhimento familiar ou institucional (§ 1º)

(ISHIDA, Válder Kenji – *in*: Estatuto da Criança e do Adolescente – Doutrina e Jurisprudência. 14ª ed. São Paulo: Atlas, 2013, pp. 40/41).

12. A subsidiariedade de qualquer outra fórmula, quando contraposta com o exercício da guarda dentro da família natural – núcleo primário – é sempre monótona, e segue linha de que as crianças e adolescentes devem permanecer, sempre que possível com seus pais e, na ausência ou destituição do poder familiar desses, a sua alocação deve se dar na família extensa, pois ainda nessa, permanecerão vívidos os laços de consanguinidade tão caros à nossa sociedade.

13. Sob esse lume, embora não se desconsidere a relevância dos vínculos socioafetivos que foram firmados entre tia e sobrinho, não se pode descurar do fato de que houve permanente oposição processual do pai biológico à manutenção da guarda com a tia e a busca incessante pela retomada da prerrogativa de criar seu filho.

15. Vale dizer, ocorreu, como em outras tantas possibilidades ocorrem, *ex vi* da separação de casais em que o genitor que detém a guarda, cria



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

novos vínculos afetivos com terceira pessoa, a formação de relação de socioafetividade com o menor, fato que, no entanto, não ilidiu ou arrefeceu o desejo do pai ter seu filho consigo.

14. Nesse contexto, releva inclusive deixar evidenciado que o próprio dispositivo de lei brandido pela recorrente como vulnerado, art. 158, § 5º, do CC-02, traz condicionante inicial à concessão da guarda a não-ascendente: “Se o juiz verificar que o filho não deve permanecer sob a guarda do pai ou da mãe...”.

15. Esta condicionante, por si só, já demonstra a estruturação de um regramento primário, dado por preferências concêntricas, construídas a partir da parentalidade do menor, onde se tem os pais – biológicos ou adotivos – como os detentores preferenciais do poder-dever familiar, da qual a guarda é um atributo.

16. Apenas na ausência, impossibilidade, ou falta de interesse desse núcleo primário pelo exercício da guarda de sua prole, abre-se espaço para parentes mais distantes, em círculos que gradativamente se afastam do seu centro, até desbordar do núcleo familiar expandido, albergarem o menor em família substituta.

16. Não se vislumbra, no entanto, além do debate voltado para a existência da guarda de fato detida pela tia, nenhuma manifestação de desabono quanto à existência de ambiente familiar inadequado para a menor no lar de seu pai, mas ao revés, nota-se que ali, além de seu único ascendente vivo, residem também seus irmãos.

17. Na hipótese sob exame, não se discute a existência dos elementos necessários à caracterização de condições indutoras da perda do poder familiar, o debate que aqui se trava, é a dizer se o vínculo construído entre tia e sobrinho tem o condão de afastar a prerrogativa paterna de exercer plenamente o poder familiar em relação à criança.

18. Há por certo de se apreciar, com cautelosa consideração, a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

existência desse vínculo de afeto construído por 05 anos até a data do julgamento do acórdão recorrido, quando se reverteu a decisão inicial e determinou-se que o pai ficasse com a guarda do menor.

19. No entanto, esse elemento, isoladamente tomado, nunca poderia ter sido utilizado como fator primário para a definição sobre o preterimento do pai, que buscava ter consigo, o filho biológico, até mesmo porque, o embate jurídico volta no tempo até a primeira infância da criança, que na época do ajuizamento desta ação, tinha pouco mais de um ano de vida.

20. Apenas fatores objetivamente comprovados, como pareceres técnicos que informem a existência de sólidos elementos desabonadores da conduta paterna, podem superar a força impositiva da legislação de regência.

21. Essas, e outras situações símeis decorrentes do óbito de um dos ascendentes, onde já preexistiam, ou venham a existir, sólidos vínculos socioafetivos do menor com terceiros – parentes ou não –, impõe cautela ao julgador para não fazer prevalecer a socioafetividade sobre uma parentalidade que não foi exercida plenamente, tão-somente em virtude de uma separação física que existia entre filho e ascendente.

22. Na espécie, ao que tudo indica, como evidenciado anteriormente, houve ação conjunta das partes na tentativa de resolver problema familiar amplo que lhes acometia, porque narra o recorrido, no que não é contraditado pela recorrente, que cuidou do irmão desta até seu óbito em 2007, razão pela qual a tia albergou a criança nos primeiros meses após o óbito da mãe.

23. Assim, tem-se que, de forma tácita, ou explícita, acordaram as partes em mútuo auxílio familiar – fato extremamente elogiável – mas do qual redundou a presente querela que, repita-se, à mingua de qualquer nódoa na relação entre filho e pai biológico, deve ser solvida em favor desse.

24. Nesse quadrante, de se destacar a cautelar marcha fixada pelo



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Tribunal de origem na transição da guarda para o pai, quando se determinou que a criança fosse, paulatinamente, reinserida no seu ambiente familiar natural, decisão que deve ser privilegiada em face de sua consonância com as normas que regulam a matéria.

30. Forte em tais razões **NEGO PROVIMENTO** ao recurso especial.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO TERCEIRA TURMA

Número Registro: 2013/0091969-6

PROCESSO ELETRÔNICO REsp 1.388.966 / RS

Números Origem: 02903875320128217000 04241124120128217000 05304937320128217000 10900016958
155/1.09.0001695-8 2903875320128217000 4241124120128217000
5304937320128217000 70049837958 70051175198 70052238946 70053358289

PAUTA: 20/05/2014

JULGADO: 20/05/2014
SEGREDO DE JUSTIÇA

Relatora

Exma. Sra. Ministra **NANCY ANDRIGHI**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. HUMBERTO JACQUES DE MEDEIROS

Secretária

Bela. MARIA AUXILIADORA RAMALHO DA ROCHA

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : E A DO N M V
ADVOGADO : ELOÍSA CORTINAZ PEREIRA
RECORRIDO : L A DA S M
ADVOGADO : VALDERES TERESINHA DOS SANTOS E OUTRO(S)

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

CERTIDÃO

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

Após o voto da Sra. Ministra Nancy Andrichi, negando provimento ao recurso especial, pediu vista o Sr. Ministro Sidnei Beneti.

Aguarda o Sr. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva (Presidente).

Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros João Otávio de Noronha e Paulo de Tarso Sanseverino.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.388.966 - RS (2013/0091969-6)

RELATORA : MINISTRA NANCY ANDRIGHI

RECORRENTE : E A DO N M V

ADVOGADO : ELOÍSA CORTINAZ PEREIRA

RECORRIDO : L A DA S M

ADVOGADO : VALDERES TERESINHA DOS SANTOS E OUTRO(S)

VOTO-VISTA

O EXMO. SR. MINISTRO SIDNEI BENETI:

1.- Trata-se de pedido de guarda, de modo que, em princípio, o menor podia, como decidido pela sentença de 1ª Grau pela Juíza da localidade do interior, naturalmente conhecedora da realidade local, ser mantido com a tia, com quem já estava à época da sentença, de fato, havia cinco anos, desde os dois anos de idade, em virtude do falecimento da genitora (3.1.2009). O Acórdão do Tribunal do Rio Grande do Sul, em 13.9.2012, contudo, deu provimento a apelação do genitor, invocando a qualidade de pai e o fato de em sua guarda haver dois irmãos do menor.

2.- A sentença, salientando estar o menor bem cuidado pela tia, não apontou, contudo, nenhum ponto negativo à permanência, como é natural e como dispõe o Estatuto da Criança e do Adolescente (arts. 29 a 24) anda que até então bem cuidado o menor por outrem, sob a guarda do genitor, quer dizer, não se apontou, jamais, obstáculo que chamasse à incidência o art. 158, § 5º, do Cód. Civil de 2002, que autoriza a retirada do filho, para colocação sob guarda de quem não seja seu pai ou mãe.

3.- Deve o caso ficar como julgado pelo Tribunal de origem. Se, de início, havia possibilidade de discutir-se a conveniência de permanência sob a guarda da tia, com quem o menor já se encontrava, bem tratado e psicologicamente acomodado por longo tempo, a maior parte da vida (5 anos, tendo iniciado a guarda aos 2 anos), a verdade é que, agora, diante do retorno à guarda do pai, há quase dois anos, presume-se que seja nociva a nova transferência, mediante retirada de guarda de quem tem preferência legal e natural, ou seja, o pai, sob cuja guarda restam irmãos, e contra quem não apontados fatos desabonadores da guarda de nenhum deles.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

4.- Meu voto acompanha o voto da E. Relatora, negando provimento ao Recurso Especial.

Ministro SIDNEI BENETI



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO TERCEIRA TURMA

Número Registro: 2013/0091969-6

PROCESSO ELETRÔNICO REsp 1.388.966 / RS

Números Origem: 02903875320128217000 04241124120128217000 05304937320128217000 10900016958
155/1.09.0001695-8 2903875320128217000 4241124120128217000
5304937320128217000 70049837958 70051175198 70052238946 70053358289

PAUTA: 20/05/2014

JULGADO: 22/05/2014
SEGREDO DE JUSTIÇA

Relatora

Exma. Sra. Ministra **NANCY ANDRIGHI**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **MÁRIO PIMENTEL ALBUQUERQUE**

Secretária

Bela. **MARIA AUXILIADORA RAMALHO DA ROCHA**

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : E A DO N M V
ADVOGADO : ELOÍSA CORTINAZ PEREIRA
RECORRIDO : L A DA S M
ADVOGADO : VALDERES TERESINHA DOS SANTOS E OUTRO(S)

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

CERTIDÃO

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

Prosseguindo no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Sidnei Beneti, a Terceira Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso especial, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.

Os Srs. Ministros Sidnei Beneti (voto-vista) e Ricardo Villas Bôas Cueva (Presidente) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Não participaram do julgamento os Srs. Ministros João Otávio de Noronha e Paulo de Tarso Sanseverino.