

Agravo de Instrumento n. 2010.078564-2, da Capital
Relator: Des. Henry Petry Junior

AGRAVO DE INSTRUMENTO. INFÂNCIA E ADOLESCÊNCIA. PLEITO DE GUARDA PELOS AVÓS, *INAUDITA ALTERA PARTE*. INTERLOCUTÓRIO DE DEFERIMENTO. I - PRÉVIA MANIFESTAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. DESNECESSIDADE. SITUAÇÃO DE RISCO ALEGADA. POSTERGAÇÃO DA OITIVA. POSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE PREJUÍZOS. II - GUARDA FORA DOS CASOS DE TUTELA E ADOÇÃO. EXCEPCIONALIDADE DA MEDIDA. ART. 34, §2º, DO ECA. POSSE FÁTICA DA MÃE. AUSÊNCIA DE ELEMENTOS A DESABONAR SUA ÍNDOLE. SITUAÇÃO DE RISCO EXTRAORDINÁRIA. NÃO CARACTERIZAÇÃO. RETORNO AO CONVÍVIO DA GENITORA. III - DECISÃO REFORMADA. RECURSO PROVIDO.

I - Admite-se a apreciação de pleito liminar *inaudita altera parte*, sem a oitiva prévia do *Parquet*, para afastar alegada situação de risco, a fim de assegurar a eficácia da medida, máxime porque apenas diferida a recomendável atuação ministerial.

II - Inexistentes elementos nos autos, ao menos indiciários, a corroborar as alegações de agressão e má índole da genitora - ao contrário, a cognição sumária mostra ser pessoa trabalhadora e responsável nos cuidados escolares da filha -, bem como não caracterizada situação de risco extraordinária e incontrolável, impõe-se a rejeição do pleito liminar de guarda aos avós, sobretudo em razão de sua excepcionalidade (art. 34, §2º, do ECA).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 2010.078564-2, da comarca da Capital (Vara da Infância e da Juventude), em que é agravante E. P., e agravados C. J. L. G. e outro:

ACORDAM, em Quinta Câmara de Direito Civil, por votação unânime, conhecer do recurso e dar-lhe provimento. Custas legais.

RELATÓRIO

Trata-se de agravo de instrumento interposto por E. P. contra decisão (da lavra da Juíza Andresa Bernardo, lançada em 29.10.2010) que, nos autos de "ação de guarda e responsabilidade" (n. 023.10.054133-2) da menor K. P. F., movida por C. J. L. G. e O . I. R. G., deferiu *inaudita altera parte* a guarda provisória da infante aos avós paternos/agravados em detrimento da mãe/agravante.

Alega a recorrente, em síntese, que: [a] é nula a decisão, uma vez que não foi ouvido o Ministério Público antes da apreciação; [b] em razão de seu trabalho como atendente em uma casa noturna, com fim do expediente às duas horas da manhã, não viu problemas em deixar os filhos sob os cuidados dos progenitores, sem que isso tenha implicado em transferência da guarda, pois passavam o restante do tempo com a genitora; [c] com o decorrer do tempo, em virtude de algumas discordâncias na forma de educação da criança, porquanto os avós eram muito permissivos, não mais permitiu que seus filhos pernoitassem com estes; [d] certo dia, ao buscar a filha na escola, como fazia todos os dias, não encontrou a filha adolescente, tendo ficado ciente posteriormente que os agravados a tinham recolhido sem sua autorização; [e] a partir desse dia, a menor passou a residir com os avós; [f] os recorridos vêm dificultando a visitação, bem como permitem que a adolescente faça uso de álcool, falte às aulas e autorizaram a colocação de um *piercing*; e [g] são inverídicas as alegações de que é agressiva, negligente, vive de programas e usa substâncias entorpecentes.

Pugna, ao fim, liminar e definitivamente, por reversão da guarda. Requer a concessão da gratuidade.

Junta os documentos de fls. 16/79.

Por decisão do Des. Substituto Saul Steil (fls. 81/85), é deferida a antecipação dos efeitos da tutela recursal.

A parte recorrida, intimada, não oferece contrarrazões recursais (fl. 90).

Ao fim, manifesta-se a Procuradoria-Geral de Justiça, por parecer do Dr. Paulo Roberto de Carvalho Roberge (fls. 93/96), pelo provimento do recurso.

É o relatório possível e necessário.

VOTO

1. A admissibilidade do recurso

Da análise dos documentos acostados, percebe-se que a parte agravante não apresenta condições financeiras abastadas, o que se verá mais adiante, sendo recomendável a concessão da gratuidade.

Satisfeitos os pressupostos de admissibilidade, conhece-se do recurso.

2. Do mérito

Conquanto prudente a decisão da magistrada *a quo* de regularizar a guarda fática aparente, diante de uma alegada situação de risco da adolescente quando sob responsabilidade da mãe, a manifestação desta última trouxe novos elementos que recomendam solução outra, muito embora ainda confuso o quadro

fático dos autos.

2.a. Da desnecessidade de manifestação prévia do Ministério Público

Antes da análise do acerto ou desacerto no deferimento da guarda provisória, mister atestar a desnecessidade de manifestação do Ministério Público previamente à concessão liminar da guarda. Não se nega a necessidade e os benefícios da oitiva do *Parquet* em decisões envolvendo o interesse de menores. Todavia, em situações de risco iminente, como aquelas que autorizam a concessão da guarda provisória, a prévia oitiva pode trazer prejuízos à eficácia da medida, mostrando-se prudente a postergação da manifestação.

AGRAVO DE INSTRUMENTO - ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE - PEDIDO DE GUARDA E RESPONSABILIDADE - DEFERIMENTO DA GUARDA PROVISÓRIA - FALTA DE INTERVENÇÃO PRÉVIA DO MINISTÉRIO PÚBLICO - NULIDADE - AUSÊNCIA DE PREJUÍZO AO MENOR - MANIFESTAÇÃO POSTERIOR ASSEGURADA - RECURSO DESPROVIDO.

"A circunstância de não ter sido oportunizado ao Ministério Público manifestar-se no pedido de guarda provisória, pode constituir uma irregularidade, mas não há se falar na ocorrência de nulidade absoluta, quando este não foi impedido de intervenção posterior.

Indemonstrado eventual prejuízo ao menor, mantém-se a decisão atacada, vez que passível de alteração pelo próprio magistrado, verificada modificação na situação fática." (AI n. 00.006683-4, rel. Des. Sérgio Roberto Baasch Luz). (TJSC. AI n. 2002.004960-3, rel. Des. ORLI RODRIGUES, Primeira Câmara de Direito Civil, j. em 22.4.2003).

Ressalte-se que não há prejuízo à participação do Ministério Público, mas mero diferimento de sua atuação, lembrando-se que a decisão liminar pode ser alterada a qualquer tempo. Destarte, afasta-se a alegada nulidade.

2.b. A guarda provisória

2.b.1. O princípio do melhor interesse da criança

De início, imprescindível lembrar que o melhor interesse da criança é princípio orientador de todas as decisões em questões envolvendo a guarda de menores, de maneira que seja assegurado ambiente que melhor lhes garanta bem estar físico e espiritual.

Tal princípio encontra base no preceitos inseridos na Constituição Federal de 1988, em seu art. 227, *verbis*:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Balizado nestes preceitos constitucionais, o Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA (Lei n. 8.069/90) dispõe em seus arts. 3º e 4º que:

Art. 3º A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.

Art. 4º É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

No exercício de exegese do estatuído no ECA, "levar-se-ão em conta os fins sociais a que ela se dirige, as exigências do bem comum, os direitos e deveres individuais e coletivos, e a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento" (ECA, art. 6º).

Sobre o princípio em tela, a lição de JOÃO BATISTA VILLELA:

Nesse novo quadro de referências, o estalão geral que tudo determina e orienta é o bem do menor. Portanto, enquanto as prerrogativas dos pais, tutores, guardiões sofrem todas as limitações que se revelem necessárias à preservação daquele valor, amplia-se a liberdade do menor em benefício de seu fundamental direito de chegar à condição adulta sob as melhores garantias materiais e morais. (VILLELA *apud* TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; SÁ, Maria de Fátima Freire de. Fundamentos principiológicos do Estatuto da Criança e do Adolescente e do Estatuto do Idoso. Revista Brasileira de Direito de Família. Porto Alegre: IBDFAM: Síntese, v. 26, out-nov/2004, p. 26/27)

Acrescenta GUILHERME GONÇALVES STRENGER:

A razão primordial que deve presidir a atribuição da guarda em tais casos é o interesse do menor, que constitui o grande bem a conduzir o juiz, no sentido de verificar a melhor vantagem para o menor, quanto ao seu modo de vida, seu desenvolvimento, seu futuro, sua felicidade e seu equilíbrio (STRENGER, Guilherme Gonçalves. Guarda de Filhos, São Paulo: LTr, 1998, p. 56).

Feito esse imprescindível comentário acerca do princípio norteador do melhor interesse da criança, passa-se à análise do instituto da guarda de menores do Estatuto da Criança e do Adolescente.

2.a.2. A excepcionalidade da guarda do ECA

A guarda menores está prevista no art. 33 do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90), *in verbis*:

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.-

§ 1º 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.

§ 2º 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.

§ 3º A guarda confere à criança ou adolescente a condição de dependente, para todos os fins e efeitos de direito, inclusive previdenciários.

§ 4º- Salvo expressa e fundamentada determinação em contrário, da autoridade judiciária competente, ou quando a medida for aplicada em preparação para adoção, o deferimento da guarda de criança ou adolescente a terceiros não impede o exercício do direito de visitas pelos pais, assim como o dever de prestar alimentos, que serão objeto de regulamentação específica, a pedido do interessado

ou do Ministério Público

Denota-se, portanto, que a guarda do Estatuto da Criança e do Adolescente, sob a qual se funda a presente *actio*, tem por fim a concessão judicial da posse fática do menor (bem como a atribuição dos deveres de assistência inerentes à guarda) a determinadas pessoas, durante o trâmite de processo de tutela ou adoção.

Não sendo caso de concessão, incidental ou liminar, em processos de tutela ou adoção, a guarda só deve ser concedida em hipóteses peculiares, para suprir a ausência dos pais ou responsáveis em determinados momentos, conforme destaca o §2º do supracitado dispositivo. Vale dizer, inexistindo processo de adoção ou tutela, reveste-se o instituto de característica excepcional, com objetivo único de suplantar a ausência eventual e momentânea de vínculo de responsabilidade do menor com pessoas capazes, sejam estas os pais, terceiros ou instituição.

Acerca da ordem referida, VALTER KENJI ISHIDA, citando Ana Maria Moreira Marchesan, leciona que a guarda excepcional "destina-se a atender situações peculiares, onde não se logrou uma adoção ou tutela, que são mais benéficas ao menor" (ISHIDA, Valter Kenji. Estatuto da criança e adolescente: doutrina e jurisprudência. 8 ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 55).

O instituto tem como característica, ainda, sua alterabilidade (art. 35 do ECA), ou seja, é passível de modificação a qualquer tempo, quando não se tornar mais conveniente, bem como não impede *a priori* a visitação pelos pais, o que deverá ser analisado em cada caso.

2.b.3. A espécie

O cenário dos autos, repise-se, ainda é confuso nesse momento inicial. Todavia, ao que parece, a situação não se apresenta tão grave como narrada pelos agravados inicialmente.

Causa espécie, é certo, que a agravante tenha deixado sua filha sob a guarda fática dos avós, após estes terem recolhido a neta sem autorização junto à escola em 6.10.2010 (boletim de ocorrência de desaparecimento de fl. 68), esperando o ajuizamento da ação de guarda por estes, em 25.10.2010 (fl. 17), mesmo com os ditos empecilhos à visitação e liberalidades ocorridas na casa dos guardiões fáticos.

Tal estranheza, contudo, não é bastante para firmar a guarda excepcional aos avós, uma vez que nada há nos autos de mais concreto a desabonar a genitora, principalmente a sustentar que se trata de pessoa agressiva, usuária de substâncias entorpecentes e dada à realização de 'programas'.

A exordial é instruída com documentos abonadores dos avós (demonstrativos de pagamento, atestado de boa saúde, e certidão negativa de antecedentes criminais – fls. 27/32) e declaração do pai da adolescente a concordar com o exercício da guarda por seus pais. A prova inicial também não corrobora a afirmação vestibular de que a infante, hoje com 14 (quatorze) anos, teria passado os últimos 10 (dez) anos sob os cuidados exclusivos dos avós.

Os documentos que instruem o presente recurso dão conta de que a recorrente desde 2002 labora com carteira assinada, tendo trabalhado como balconista e atendente em alguns estabelecimentos comerciais, com último registro como operadora de caixa nos Supermercados Imperatriz desde 2008 (fls. 55/59). Há,

ainda declaração extrajudicial de corretora de imóveis, atestando que presta faxina de forma autônoma para clientes de seu escritório há 3 (três) anos, com renda média mensal de R\$ 1.200,00 (mil e duzentos reais). Esclarece a declarante que a agravante:

[...] é uma profissional que cumpre pontualmente os horários determinados para seus trabalhos e sempre comparece nestes locais com vestimentas adequadas para tal, não apresentando nenhum sinal de embriaguês ou de uso de entorpecentes. (fl. 51).

Enfim, nada há nos autos, ao menos neste momento de cognição sumária, a apontar que a genitora se prostitui ou tenha outra atividade laborativa que possa recomendar a mudança da guarda fática, ainda que admita ter trabalhado em uma casa noturna como atendente.

Não se pode afirmar, igualmente, que a neta encontra-se sob os cuidados dos progenitores há 10 (dez) anos. A recorrente admite, não se olvida, que já morou junto àqueles com seus filhos e, mesmo após ter passado a residir em outro local, deixou os filhos (na hipótese a guarda trata apenas de um, sem maiores informações quanto ao outro) com os avós enquanto trabalhava, sem registro de problemas anteriores. No entanto, os expedientes juntados pela agravante trazem indícios de que a guarda era de fato exercida pela mãe.

Declaração atual da diretora da escola (fl. 47) assenta que:

[...] a mãe sempre foi a responsável pela aluna perante a escola, efetuando a matrícula desta atualmente, bem como, encaminhando documentos, recebendo notas, participando de reuniões, autorizando passeios e viagens, etc. Por fim, declaro que E. é uma mãe presente na vida escolar da filha. A escola desconhece qualquer fato que desabone a conduta de E., como pessoa, e principalmente, como mãe.

Há no processado, outrossim: [a] recibos de pagamento de serviços odontológicos prestados à filha - um recente, datado de 20.9.2010 (fl. 49); [b] cópia do andamento processual de execuções de prestação alimentícia devida à menor contra o genitor (ao que tudo indica totalmente ausente em relação à prole), por ela ajuizadas na qualidade de representante (fls. 64/67); e [c] protocolo da realização de exame toxicológico - sem resultado, pois programado para o dia 7.12.2010, data posterior ao presente reclame (fl. 60), o que deverá ser observado em primeira instância. Esses documentos reforçam a argumentação de que a guarda era exercida anteriormente pela mãe e demonstram sua intenção de provar que não é usuária de entorpecentes, como alegado na inicial.

Por fim, tocante ao suposto envolvimento da adolescente com bebidas alcoólicas e outros comportamentos lesivos, não se pode atribuir a responsabilidade exclusiva a qualquer das partes, assim como não há afirmar que se trate de situação de risco extraordinário e incontrolável.

Decerto, se a mãe exercia o poder fático na condução dos estudos e da vida da filha, como diz, deve reconhecer sua falta, ainda que parcial, quanto ao possível envolvimento da adolescente (de 14 - quatorze - anos) com álcool, e a menção a drogas na conversa digital de fl. 72 (ao que parece em tom jocoso), datada de antes do ajuizamento. Se tais atitudes encontravam permissão ou eram influência direta do convívio com os recorridos, deveriam tomar as atitudes adequadas a não

permitir tal liberdade. Sua concorrente culpa não está afastada.

De outra banda, contudo, não se pode negar que as fotos de fls. 75/76 demonstram, aparentemente, ter a menor consumido álcool na residência dos avós, o que traz credibilidade à alegação da recorrente e torna duvidosa a conveniência do pleito exordial.

Ademais, apesar de preocupante o interesse da adolescente pelo álcool e por outros assuntos não recomendáveis, o que é compreensível da curiosidade inerente a esta faixa etária (mormente nos dias atuais), o cenário dos autos não revela, por ora, situação de risco extraordinária que exija atuação mais drástica. Os problemas são contornáveis, mas para isso clamam por uma atuação mais rígida do responsável, no que não é desarrazoado conceder nova oportunidade à genitora. Na mesma toada, o exercício simultâneo da guarda pelas partes não se mostra razoável na espécie, justamente porque pode fomentar o conflito já existente e possibilitar à menor usar dos lares para escolher aquele que encontre menos controle.

Destarte, em que pesem as dúvidas que ainda perduram no processo, não havendo maiores elementos a contraindicar a índole da recorrente e sendo controlável a situação, a manutenção da guarda da genitora é medida que se impõe, ao menos neste momento inicial.

2.d. Assim, quer pelo expressamente consignado neste voto, quer pelo que de seu teor decorre, suplantadas todas as questões ventiladas, deve o recurso ser conhecido e provido para revogar a decisão atacada, garantindo a guarda em favor da recorrente, com o que concorda a Procuradoria-Geral de Justiça.

É o voto.

DECISÃO

Ante o exposto, por unanimidade, a Câmara decide conhecer do recurso e dar-lhe provimento, nos termos supra.

Participaram do julgamento, realizado nesta data, o Exmo. Sr. Des. Jairo Fernandes Gonçalves e o Exmo. Sr. Des. Carlos Adilson Silva.

Florianópolis, 14 de abril de 2011.

Henry Petry Junior
PRESIDENTE E RELATOR