



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2023.0000386674

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1007065-60.2021.8.26.0077, da Comarca de Birigüi, em que são apelantes A. P. B. (JUSTIÇA GRATUITA), A. M. M. DA S. (JUSTIÇA GRATUITA) e D. B. DE S. (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado J. DA C..

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 6ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **Deram provimento ao recurso. V. U.**, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ANA ZOMER (Presidente sem voto), ANA MARIA BALDY E MARIA DO CARMO HONÓRIO.

São Paulo, 15 de maio de 2023.

MÁRCIO BOSCARO

Relator(a)

Assinatura Eletrônica

VOTO nº 4.711

Apelação Cível nº:1007065-60.2021.8.26.0077

Comarca: Birigui

Apelantes: A.P.B. E outro

Apelado: Juízo da Comarca

Interessados: M.A.S.

Juiz: Fabio Renato Mazzo Reis

APELAÇÃO CÍVEL. TUTELA. Pretensão ao exercício da tutela da infante, pela tia materna e sua companheira, considerado o óbito da genitora e ausência de outrem investido no respectivo poder familiar. Paternidade biológica desconhecida. Guarda provisória exercida pela avó materna. Na medida em que não houve nomeação de tutor por meio de testamento ou documento autêntico por parte dos pais (artigo 1.729, *caput* e parágrafo único, do Código Civil), há de se observar, em regra, a ordem de preferência legal estabelecida no artigo 1.731 do mesmo diploma legal. Situação retratada nos autos, entretanto, que enseja a mitigação de referida ordem preferencial, em observância ao princípio do melhor interesse das criança. Avó materna que, além de aquiescer à pretensão *sub examine*, encontra-se acometida por doença autoimune (lúpus), o que dificulta o exercício do encargo. Estudo social, ademais, que concluiu tratar-se de família estruturada e que convive harmonicamente, a revelar possível a outorga da tutela da menor às apelantes, sem prejuízo da preservação dos laços afetivos entre avó e neta. Sentença reformada. **RECURSO PROVIDO.**

Trata-se de recurso de apelação interposto contra a r. sentença de fls. 138/140, que julgou improcedente a ação, deixando de condenar a parte sucumbente na verba honorária.

Aduzem as apelantes, em suma, que a guarda da menor, tal qual requerida, possibilitará seja preservado o vínculo entre a infante e sua família de origem, conferindo-lhes as prerrogativas necessárias à preservação dos interesses da menor. Saliendam o fato de a avó materna possuir idade avançada, o que lhe dificulta o exercício do encargo que então lhe fora cometido, não obstante envide, tanto quanto possível, os esforços necessários para tanto. Entendem, assim, que reúnem melhores condições ao exercício da guarda da menor, razão pela qual, postulam a reforma da sentença guerreada.

Regularmente processado, o recurso não foi contrariado, tendo a douta Procuradoria-Geral de Justiça se manifestado pelo acolhimento da insurgência (fls. 172/174).

É O RELATÓRIO.

Trata-se de ação ajuizada por A.P.B. e A.M.M.S., objetivando, em síntese, haver para si a guarda da menor impúbere M.A.S.. Asseveraram que a guarda da criança foi concedida, provisoriamente, à avó materna, Sra. D.B.S., nos autos do processo nº 0005356-75.2019.8.26.0077, a qual, entretanto, vem sofrendo com uma doença autoimune, pelo quê, concordou em deixar a criança aos cuidados da tia e sua companheira, aqui autoras. Nesse contexto, tendo em vista o imenso carinho forjado na convivência havida entre as partes, além de possuírem condições suficientes a suprir o quanto necessário à manutenção da menor, pretendem a outorga definitiva de sua guarda.

O MM. Juízo de origem, às fls.138/140, rejeitou referida pretensão, sob o fundamento de que: “(...) *a tutela deve observar a ordem estabelecida no seus incisos, e como o inciso I do referido artigo consigna que a tutela deve ser concedida, em primeiro lugar, aos ascendentes, sendo Doralice avó da menor, não é possível acolher o pedido de tutela a parentes colaterais (inciso II)*”.

Pese embora o respeito devido a aludido entendimento, tal decisão não merece prosperar.

É certo que a família substituta é a que se forma a partir da

impossibilidade, mesmo que momentânea, de o incapaz ou relativamente incapaz permanecer junto à sua família natural. São três as suas espécies: a guarda, a tutela e a curatela.

A tutela, discutida nos presentes autos, é forma de colocação em família substituta, que, além de regularizar a posse de fato do incapaz, também concede o direito de representação ao tutor, permitindo a administração de bens e interesses do pupilo. Assim, a tutela sempre pressupõe a extinção ou suspensão do poder familiar. O caso dos autos.

Isso porque, L.B.S., genitora da infante, faleceu em 21/1/21 (fl.105). Não se conhece a identidade do genitor da criança, tendo em vista que a falecida não o declarou quando providenciou o registro de nascimento de M. (fl.30). Evidente, pois, que a menor encontra-se sem representação, cabendo, assim, seja colmatada tal lacuna atinente ao poder familiar.

Com efeito, a concessão da tutela deve sempre atender ao melhor interesse da criança e do adolescente, nos termos da lei civil, compreendendo além do aspecto econômico, as circunstâncias de natureza afetiva, pessoais e outras passíveis de consideração, como ambiente social, disponibilidade de tempo, convivência com outros parentes e afins.

In casu, na medida em que não houve nomeação de tutor, via testamentária, ou documento autêntico por parte dos pais, conforme se extrai do artigo 1.729, *caput* e parágrafo único, do Código Civil, há que se observar, a rigor, a ordem de preferência legal estatuída no artigo 1.731, daquele mesmo diploma, *verbis*:

"Em falta de tutor nomeado pelos pais incumbe a tutela aos parentes consanguíneos do menor, por esta ordem: I - aos ascendentes, preferindo o de grau mais próximo ao mais remoto; II - aos colaterais até o terceiro grau, preferindo os mais próximos aos mais remotos, e, no mesmo grau, os mais velhos aos mais moços; em qualquer dos casos, o juiz escolherá entre eles o mais apto a exercer a tutela em benefício do menor".

De se anotar, todavia, que referida ordem de preferência legal não preconiza parâmetro absoluto, devendo ser aplicada casuisticamente, após a verificação das circunstâncias específicas do caso concreto. A respeito da mitigação daquele rol enunciativo, destaca-se o seguinte precedente desta Corte:

*“Ação de Remoção de Curador. Interposição contra decisão que determinou o afastamento de curadora e nomeou outro curador, interinamente. Cerceamento de defesa incorrente. **Ordem de nomeação estabelecida no art. 1.731 do CC que não é taxativa e deve ser avaliada em cada caso concreto.** Conflito de interesses entre a Agravante e a interdita. Inteligência do art. 1.735, II cc. art. 1.774 do Código Civil. Recurso improvido” (Agravo de Instrumento nº 0150570-18.2011.8.26.0000, Rel. Des. Luiz Antonio Costa, 7ª Câmara de Direito Privado, j. 3/5/22). (destaquei)*

Sob esse prisma, vê-se dos autos que a avó materna está concorde com a fixação da tutela à sua filha (tia da menor) e respectiva companheira, notadamente porque apresenta delicado quadro de saúde (cf. laudo médico acostado aos autos), agravado por doença autoimune (lúpus), extraindo-se presuntivo que, tal condição, prejudica-lhe o regular exercício da guarda e dos deveres a isso inerentes.

E realizado estudo social (fls.125/127), por determinação do juízo de origem, a Assistente Social Judiciária assim consignou, *verbis*:

“(...) o estudo social realizado junto as requerentes encontrou evidências de que, a criança tem suas necessidades básicas atendidas e os direitos fundamentais assegurados neste núcleo familiar. M.; 02 anos e 05 meses está sob os cuidados de fato das requerentes desde os 45 dias de nascida, tendo desde então contato com toda a rede familiar materna. A genitora faleceu em Janeiro de 2.021, a paternidade não foi reconhecida. Verificou-se que a Sra. Aldenir e a Sra. Agda se mostram muito zelosas em relação a criança, indicam reunir condições favoráveis para a assunção da guarda. Sendo o que cumpria relatar e submeter à

apreciação de V^a. Ex.^a para o que houver por bem determinar”.

Referido estudo técnico, outrossim, concluiu tratar-se de uma família estruturada e com convivência pacífica, forte no escopo de garantir à infante o quanto necessário ao seu salutar desenvolvimento, no seio da família estendida.

Dessarte, não se mostra razoável a manutenção do encargo em contrariedade ao interesse da avó materna, especialmente diante da existência de colateral apto a melhor exercê-lo, de conformidade com os moldes já estabelecidos na dinâmica familiar, pelo quê, sequer haveria mudança na rotina da incapaz disso decorrente.

Não se olvida, aqui, do zelo e afeto forjados na relação instituída entre a avó e neta, tampouco dos esforços que aquela tenha envidado a bem exercer a guarda que lhe fora cometida – fato incontroverso entre as partes. Sem prejuízo, há que se privilegiar, na espécie, a alternativa que melhor se coaduna aos interesses da infante, em detrimento da ordem legal estatuída pelo legislador.

Impõe-se, pois, seja outorgada, definitivamente, a tutela da infante às apelantes, bem como da guarda que lhe é pressuposto, tudo a atender ao melhor interesse da criança.

A propósito, destaca-se excerto do parecer exarado pelo douto Procurador de Justiça, às fls. 172/174, *verbis*:

“O direito brasileiro estipula que os direitos e interesses dos menores de idade devem ser zelados, até que eles atinjam a idade e condições para que possam agir em seu próprio nome. A tutela e a guarda são dois institutos previstos no ordenamento jurídico brasileiro, ambos objetivando a proteção integral da criança e do adolescente. A tutela é um instituto milenar que tem se adaptado à medida que as sociedades avançam, visando à proteção do incapaz. Trata-se de instituto de direito assistencial para a defesa de interesses de menores não emancipados, nem sujeitos ao poder familiar, visando sua proteção. Um dos objetivos é a administração dos bens patrimoniais do menor em questão, quando

houver o falecimento dos pais ou caso eles sejam declarados ausentes ou percam o poder familiar. É uma atribuição imposta pelo Estado a terceiro para atender interesses públicos e sociais. Perante o Código Civil, são os poderes e deveres confiados a alguém para que defenda, preserve, proteja e zele por um menor, que se encontra fora do poder familiar, nas esferas patrimonial e pessoal. Ora, a menor está sem representação, pois não consta pai biológico em seu registro e a genitora faleceu. Estava sob cuidados da avó materna – Guarda e a tia da menor (e sua companheira) postulam a guarda e a tutela dela. O juízo indeferiu o pedido por entender que a tutela deve ser deferida à avó materna, ascendente, conforme determina o CPC (art. 1731). Ocorre que, pelo que consta dos autos, a avó está de acordo com a fixação da guarda e da tutela à sua filha, tia da menor. Em outras palavras, não quer ter a guarda nem a tutela, não se podendo obrigá-la a tal, embora cuide com zelo da menor, sua neta. Ademais, o estudo técnico confirma que se trata de uma família estruturada e com convivência pacífica, todos buscando melhor à pequena e, assim, entendendo possível a fixação da tutela em favor da tia materna da menor e, conseqüentemente a guarda”.

De rigor, portanto, a reforma da sentença, outorgando-se a tutela definitiva da infante às apelantes, consoante as razões de fato e de direito acima mencionadas.

Ante o exposto, DOU PROVIMENTO ao recurso, nos termos e para os fins constantes da fundamentação.

MÁRCIO BOSCARO
Relator



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO