



MBD
Nº 70018141788
2006/CÍVEL

**GUARDA. COLOCAÇÃO EM FAMÍLIA
SUBSTITUTA.**

Estando o infante há quase dois anos sob os exclusivos cuidados de terceiros, tem-se por impositivo regularizar tal situação, ante o manifesto descompasso entre a guarda jurídica e fática, o que só vem em prejuízo aos interesses da criança. Contudo, a fim de manter íntegros os laços de afeto entre o menino e seus genitores, aconselhável a fixação de visitas. Inteligência dos §§1º e 2º do art. 33 do ECA.

Apelo provido e determinada a fixação de visitas pelo juízo de origem.

APELAÇÃO CÍVEL

SÉTIMA CÂMARA CÍVEL

Nº 70018141788

COMARCA DE NOVA PETRÓPOLIS

M.M.G.H.

APELANTE

..

M.M.H.

APELANTE

..

J.

APELADO

..

A.A.F.S.

INTERESSADO

..

M.M.B.S.

INTERESSADO

..

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos.

Acordam os Desembargadores integrantes da Sétima Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado, à unanimidade, em prover o apelo e determinar a fixação de visitas pelo juízo de origem.

Custas na forma da lei.

Participaram do julgamento, além da signatária (Presidente), os eminentes Senhores **DES. LUIZ FELIPE BRASIL SANTOS E DES. RICARDO RAUPP RUSCHEL.**



MBD
Nº 70018141788
2006/CÍVEL

Porto Alegre, 14 de março de 2007.

**DES.^a MARIA BERENICE DIAS,
Presidenta e Relatora.**

RELATÓRIO

DES.^a MARIA BERENICE DIAS (PRESIDENTA E RELATORA)

Trata-se de recurso de apelação interposto por MARLENE M. G. H. e MILTON M. H. contra a sentença que julgou improcedente o pedido de guarda do infante DOUGLAS B. S., filho de ALMIDIO ANTONIO F. S. e MARIA MARLENE B. S. (fls. 53-6).

Os apelantes sustentam terem ajuizado a presente demanda com o objetivo de regularizar a guarda de fato de seu afilhado, DOUGLAS B. S., a qual já é exercida há aproximadamente dois anos. Asseveram que, atualmente, assistem ao infante em todas as suas necessidades, em patamares muito superiores aos proporcionados pelos pais biológicos, conforme afirmado pela própria genitora da criança. Afirmam que DOUGLAS, atualmente com 9 anos de idade, manifesta publicamente o interesse em permanecer com os recorrentes, não mais pretendendo voltar a residir com seus pais. Inclusive, já chama os padrinhos de “pai” e “mãe”. Salientam, outrossim, que, como a criança está totalmente vinculada afetivamente com o apelantes, eventual ruptura desse laço de afeto trará prejuízos irreversíveis para DOUGLAS. Requerem o provimento do apelo (fls. 58-63).

O Ministério Público manifesta-se pelo conhecimento do recurso (fls. 65-6).

Subiram os autos a esta Corte, tendo a Procuradoria lançado parecer pelo conhecimento e provimento da inconformidade (fls. 69-74).



MBD
Nº 70018141788
2006/CÍVEL

Intimadas para regularizarem sua representação em juízo, os recorrentes acostaram procuração aos autos (fls. 75 e ss).

Foi observado o disposto no art. 551, §2º, do CPC.

É o relatório.

VOTOS

DES.^a MARIA BERENICE DIAS (PRESIDENTA E RELATORA)

O menino DOUGLAS B. S. – 9 anos de idade – é afilhado dos recorrentes e com eles se encontra desde julho de 2005, quando foi passar as férias de inverno em Nova Petrópolis-RS e não mais retornou à casa de seus pais, em Santa Maria-RS.

O julgador monocrático entendeu por não deferir a guarda aos apelantes, sob o argumento de que tal implicaria significativa restrição ao poder familiar dos genitores, os quais, além de não terem praticado qualquer conduta desabonatória em prejuízo aos interesses do filho, desconhecem a real dimensão dos efeitos decorrentes da alteração de guarda.

De acordo com a prova colacionada aos autos, os recorrentes estão atendendo de forma satisfatória as necessidades da criança, a qual está plenamente adaptada ao novo ambiente familiar e não mais deseja voltar para a casa de seus pais – MARIA MARLENE e ALMÍDIO.

Nesse sentido, citam-se trechos do estudo social (fls. 27-9):

[...] O garoto relatou que está muito feliz com sua nova família, que quer ficar morando com eles para sempre, que não tem saudades da mãe biológica e dos irmãos, pois com eles apanhava muito e tinha uma vida muito triste.

[...]

Analisando todo o contexto dentro do qual DOUGLAS está inserido, é oportuno ressaltar que o vínculo existente é propício para adoção ou guarda definitiva.



MBD
Nº 70018141788
2006/CÍVEL

Os genitores do infante, por sua vez, consentem com o deferimento da guarda, mas rechaçam por completo a idéia ventilada pelo juízo *a quo* de adoção.

Eis o comovente depoimento prestado pela genitora:

[...]

J: E porque ele foi para lá morar com ela?

R: Não foi residir, ele foi passear na casa deles, passa com eles as férias de julho. E daí quando eu fui buscar ele não quis mais voltar.

J: ele não quis?

R: Não, porque lá estava melhor do que aqui para ele, né?

J: E daí?

R: Daí a comadre me pediu se eu deixava ele ficar lá, né? Digo, olha, eu tenho mais os outros dois pequenos, eu trabalho, para mim é até melhor ele ficar aqui porque ele precisa de mais atenção nos estudos porque ele tem muita dificuldade nos estudos e para mim é até melhor que ele fique aqui contigo. Ela perdeu a filha dela dia 1º do ano passado e ela estava em depressão, ela e ele, o casal. Daí diz que quando ele foi para lá ela mudou. Preencheu o vazio que estava na casa e daí eu disse, se ele está bem com vocês e vocês estão satisfeitos ficando com ele não tem porque ele não ficar. Só que ele não pode ficar em situação irregular, né? Eu quero passar um termo de guarda para vocês. Daí eles arrumaram tudo como deve ser.

[...]

J: É lá em Nova Petrópolis que eles moram?

R: É. Agora uma coisa que eu notei, é que ele se refere às duas casas, aos dois pais e às duas mães. O que eu acho é que ele não quer perder, e ele acha que vai perder os pais daqui se ele ficar só com aquele pai e aquela mãe de lá. Esses dias ele me deu uma folha de papel onde ele tinha desenhado uns corações escrito: "Obrigada por me deixar aqui para estudar". Eu não sei o que fazer, acho que é cedo e que eu não devo decidir isso sozinha...

J: Existem duas situações diferentes. Uma é a guarda e a outra é a adoção. Aparentemente o juiz lá de Nova Petrópolis está entendendo que só pode conceder a guarda se for com a finalidade de ele ser adotado mais para a frente. Mas o que eu quero esclarecer com a senhora é se hoje o que a senhora concordaria somente em conceder a guarda?

R: É. Só a guarda.



MBD
Nº 70018141788
2006/CÍVEL

J: Porque com a adoção a senhora entende que daí ele vai passar a ser filho do outro casal? O nome da senhora e de seu marido sairia da certidão de nascimento dele e passaria a constar o nome do outro casal adotante.

R: Sim.

J: A senhora estaria de acordo com isso, ou gostaria de esperar?

R: Acho melhor esperar mais um tempo, ele ter uns doze anos, mais ou menos. Com a idade que ele tem agora, ele ainda não raciocina direito. E se depois ele não puder mais me ligar...

J: Ah, depois que passar para o nome deles a senhora não vai ter mais nenhum direito. Não pode mais visitar, procurar. Não vai mais ter direito nenhum. Ele deixa de ser seu filho. E outra coisa, a adoção não pode mais ser desfeita, é para sempre. Não tem como se arrepender.

R: Então, eu não assino a adoção. Eu só quero conceder a guarda. Eu criei ele, ele é meu filho. Não tem como eu chegar para ele e dizer fica com essa família aí, a partir de agora eles são teus pais...

J: A senhora disse que o seu Almídio (genitor) mora em Santiago. A senhora tem contato com ele?

R: Isso. Ele vem todos os finais de semana para cá.

J: E ele está de acordo com isso?

R: No começo ele não queria deixar. Mas daí essa última vez que eu fui lá ver ele e expliquei para ele, ele disse que se eu achasse que ele estava melhor lá... Ele está bem, ele tem médico, tem tudo do bom e do melhor. Um quarto só para ele com ar condicionado, aqui ele tinha que dividir com os dois pequenos. Ele tem um guarda-roupa com roupas lindíssimas, tênis novo, tudo novo. Ele está fazendo natação, coisa que jamais eu poderia pagar para ele. Colocaram em grupo de dança. Quer dizer, ele está tendo tudo que eu nunca poderia dar. E como eu vou chegar e dizer, eu sou a tua mãe, volta para casa? Ele vai ficar magoado para o resto da vida. Eu sinto falta dele, tive até que me tratar com psicólogo... Eu não sei o que é certo. Arrancar ele de lá ou deixar ele lá, que eu sei que ele está bem e que vai ter um monte de oportunidades que ele nunca teria aqui.

J: Pois é. A senhora tem que pensar muito bem nisso aí. A senhora acabou de dizer que nunca poderia dar tudo que ele está tendo lá. Mas quando ele morava aqui com a senhora, faltava alguma coisa?

R: Não. Nunca faltou o que vestir, o que comer, nem estudo. Ele sempre estudou.

[...]



MBD
Nº 70018141788
2006/CÍVEL

J: Isso, a senhora dava o mínimo para ele. A senhora não precisa sentir vergonha, nem se sentir diminuída porque a senhora não podia dar as coisas que o outro casal está dando. O dever que a senhora tinha era o de criar o seu filho de acordo com as suas condições. Esse era o seu dever. Agora, a senhora tem que pensar se quer que ele permaneça lá ou se quer que ele venha de volta.

R: Eu acho que o problema de eu trazer ele de volta pode criar uma revolta por parte dele mais cedo ou mais tarde. Porque ele vai dizer, eu estava bem, eu tinha tudo e tu me tirou de lá. E sempre vai me jogar isso na cara.

J: Tá. Então quanto à adoção a senhora é contra?

R: Sim.

J: E o seu Almídio também?

R: Isso, ele também.

Conforme se verifica dos autos e do depoimento acima transcrito, os apelantes possuem melhores condições financeiras que os genitores do infante. DOUGLAS está freqüentando escola particular, tem um quarto só para si, cursa aulas particulares de matemática e faz aulas de natação e de dança no CTG.

Contudo, embora seja consabido que a superior capacidade financeira dos recorrentes não é causa suficiente a ensejar o acolhimento da pretensão *sub judice*, os elementos de convicção ora expostos denotam que a presente demanda tem por objeto regularizar uma situação fática já existente, qual seja, a guarda de DOUGLAS, que, desde julho de 2005, vem sendo desempenhada de forma efetiva pelos apelantes.

Nessa linha de raciocínio, eis a precisa colocação feita pela Procuradoria de Justiça (fl. 74):

[...] não se pode fechar os olhos para o fato de que, procedente ou não o pedido, o menor continuará residindo com o casal recorrente, usufruindo dos ônus e benesses da nova vida, com a concordância dos genitores, restando inalterada a situação de fato que ora se pretende regularizar.



MBD
Nº 70018141788
2006/CÍVEL

Outrossim, resulta inequívoco o descompasso existente entre a guarda jurídica, até então exercida pelos genitores, e a guarda fática, que vem sendo exercida há quase dois anos pelos recorrentes, devendo, ainda, ser considerada a distância entre a atual residência da criança – Nova Petrópolis – e a residência dos genitores – Santa Maria.

É evidente que a manutenção de tal situação só vem em prejuízo aos interesses de DOUGLAS, pois acaba privando-o de ter um guardião efetivamente responsável, de quem se possa, inclusive, exigir as obrigações previstas em lei.

Portanto, diante dessas circunstâncias, não há dúvidas de que a situação que se apresenta é deveras peculiar, podendo ser enquadrada no disposto nos §§1º e 2º do art. 33 do Estatuto da Criança e do Adolescente:

*§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 determinados atos (sem grifo no original).*

Impende ressaltar, inclusive, que a presente demanda não tem por objeto futuro processo de adoção, porquanto, na espécie, os afetos devem ser somados, e não excluídos, sob pena de o deferimento da guarda aos recorrentes perder a razão de ser. Isso porque eventual ruptura de qualquer vínculo, seja entre o menino e seus pais ou entre ele e os recorrentes, por certo, somente virá a prejudicá-lo.

Não há dúvidas de que DOUGLAS tem pais que o amam, que estão sofrendo com essa situação e somente a aceitam por amor, na crença de que seu filho, por estar tendo uma qualidade de vida melhor, venha a ter, no futuro, melhores oportunidades.



MBD
Nº 70018141788
2006/CÍVEL

E é esse ato de amor, associado ao ato de amor dos apelantes de criar DOUGLAS como um filho, que está propiciando ao menino a permanência nessa privilegiada situação, marcada pela comunhão de afetos e de esforços em seu benefício.

Dessa forma, a fim de manter íntegros os laços familiares entre DOUGLAS e seus genitores, mostra-se impositiva a fixação de visitas, a ser estabelecida em primeira instância, tendo em vista a distância entre as duas residências e as despesas com deslocamento decorrentes de tal situação.

Por tais fundamentos, provê-se o apelo e determina-se a fixação de visitas do menino aos genitores pelo juízo de origem, consoante exposto na fundamentação.

DES. LUIZ FELIPE BRASIL SANTOS (REVISOR) - De acordo.

DES. RICARDO RAUPP RUSCHEL - De acordo.

DES.^a MARIA BERENICE DIAS - Presidente - Apelação Cível nº 70018141788, Comarca de Nova Petrópolis: "PROVERAM. UNÂNIME."

Julgador(a) de 1º Grau: EDISON LUIS CORSO