

Apelação Cível n. 2007.035810-8, de Itajaí
Relator: Des. Fernando Carioni

APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE GUARDA E RESPONSABILIDADE - CONCESSÃO DE GUARDA EM FAVOR DE CASAL COM 4 (QUATRO) ANOS DE CONVIVÊNCIA COM O INFANTE - VÍNCULO AFETIVO CONSOLIDADO - TERCEIROS INSCRITOS ANTERIORMENTE AO CADASTRO DE ADOÇÃO - MITIGAÇÃO DA NORMA ANTE O BEM MAIOR A SER TUTELADO - INTERESSE DA CRIANÇA - EXEGESE DO ART. 3º DO ECA E DO ART. 227 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL - SENTENÇA IRREPROCHÁVEL - RECURSO DESPROVIDO

Em ações que envolvem a guarda de criança, deve o Poder Judiciário priorizar os interesses do menor, em detrimento de qualquer outro, para o fim de resguardar seu bem-estar, evitando a prolação de decisões que gerem insegurança e instabilidade ao infante.

Em respeito ao princípio da proteção integral da criança que rege todos os atos que permeiam os interesses existentes no Estatuto da Criança e do Adolescente, em certos casos, apresenta-se aconselhável o deferimento da guarda à família que acolhe a criança desde tenra idade, mesmo que para isso haja a sobreposição da norma, porquanto a interpretação, em casos tais, deve ser feita em prol do bem-estar do menor.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2007.035810-8, da comarca de Itajaí (Família, Órfãos, Infância e Juventude), em que são apelantes E. D. e outro, e apelados M. A. D. e outro:

ACORDAM, em Terceira Câmara de Direito Civil, por votação unânime, negar provimento ao recurso. Custas legais.

RELATÓRIO

M. A. D. e R. A. S. D. ajuizaram ação de guarda e

responsabilidade, objetivando o deferimento, em seu favor, da guarda do menor A. B. dos S., nascido em 11-2-2002.

Relataram que o infante está internado no abrigo Luz do Amanhã desde 15-8-2002, e não possui sequer registro de nascimento. Acrescentaram que, em visita ao referido abrigo, conheceram o infante, e desde então, visitam-no a cada final de semana, razão pela qual criaram um vínculo de afeição com o menino.

Salientaram que não possuem filhos e que se inscreveram no cadastro de adoção da comarca de Itajaí/SC, pois pretendem adotar o infante.

Finalizando, requereram, em caráter liminar, a guarda provisória de A. B. dos S., e, ao final, o deferimento definitivo da guarda e responsabilidade da criança.

Em despacho, a Magistrada *a quo* liberou o infante para passar as festas de final de ano em companhia dos requerentes (fl. 13). Em posterior decisão, foi prorrogada a guarda em favor do casal, até que fosse prolatada nova decisão a respeito (fl. 17).

Posteriormente, verificou-se a existência de outro casal inscrito no cadastro de adoção - E. D. e S. M. D., razão pela qual a Juíza de primeiro grau revogou a guarda provisória concedida aos requerentes e determinou que a criança fosse colocada sob a guarda do casal anteriormente inscrito no cadastro de adoção (fls. 19 e 20).

Contra essa decisão, os requerentes interpuseram agravo de instrumento, para o qual foi dado provimento, determinando-se o retorno da guarda para os demandantes (fls. 23 a 26).

E. D. e S. M. D. ajuizaram ação de adoção, autuada sob n. 033.02.018622-6, perante o Juízo da comarca de Navegantes.

Instado a manifestar-se, o representante do Ministério Público entendeu que a ação deve ser julgada procedente para deferir-se, em definitivo, a guarda concedida aos requerentes (fl. 198).

Apreciando o feito, o Magistrado *a quo* julgou procedente o pedido formulado na exordial para conceder a guarda definitiva de A. B. dos S. aos requerentes M. A. D. e R. A. S. D. (fls. 214 a 219).

Inconformados, E. D. e S. M. D. interpuseram recurso de apelação, sustentando a nulidade da sentença em decorrência do cerceamento de defesa, pois não foram intimados para apresentar alegações finais.

No mérito, relatam que os apelados propuseram a presente em 17-12-2002, e que o infante com eles conviveu até meados de março de 2003, quando lhes foi concedida a guarda provisória do menor.

Acrescentam que a guarda foi deferida em seu favor, em atenção

à ordem do Cadastro Geral de Pretendentes à Adoção da comarca de Itajaí.

Informam que, posteriormente, a guarda foi revertida em favor dos apelados, em virtude do acolhimento do Agravo de Instrumento n. 2003.005385-9, e que a criança permanece desde então com os recorridos.

Alegam que o casal apelado não reúne condições psicológicas adequadas para a assunção de encargo tão importante quanto a guarda do menor e sua conseqüente adoção.

Afirmam que não existem estudos recentes e concludentes a respeito da efetiva situação do menor e, principalmente, sobre a maturidade psicológica do casal detentor da guarda.

Contra-razões às fls. 375 a 395 e 397 a 428.

Em parecer, a douta Procuradoria-Geral de Justiça, na lavra do Dr. Mario Gemin, opinou pelo desprovimento do recurso (fls. 443 a 445).

VOTO

O conteúdo da postulação há de ser apreciado, porquanto presentes os pressupostos de admissibilidade recursal.

Trata-se de ~~apelação~~ ^{ação} cível interposta por E. D. e S. M. D. com o desiderato de ver reformada a sentença de primeiro grau que concedeu a guarda definitiva do infante A. B. dos S. aos requerentes M. A. D. e R. A. S. D.

Compulsando os autos, percebe-se que os apelantes e apelados disputam, em feitos separados, o direito à guarda e à adoção de A. B. dos S.

Os apelados, em 17-12-2002, ajuizaram a presente ação, requerendo, a título de tutela antecipada, autorização para que o menor A. B. dos S. passasse as festas de final de ano na companhia deles.

A Juíza de Primeiro Grau, em decisão tomada no dia 19-12-2002, deferiu a tutela antecipada, autorizando o menor a passar as festas de final de ano com os apelados, pelo período compreendido entre 21-12-2002 a 6-1-2003.

Os apelantes, por sua vez, propuseram a Ação de Guarda e Responsabilidade n. 033.02.019225-0 na data de 20-12-2002, pelo que também se diziam interessados em adotar o menor A. B. dos S., conforme se pode inferir do Sistema de Automação do Judiciário de 1º Grau (SAJ).

Em 6-1-2003, os apelados, por meio de petição, requereram a prorrogação da guarda do menor, o que foi deferido pela Juíza de Primeiro Grau em 7-1-2003, tendo esta autorizado os recorridos a permanecerem com o infante até nova decisão.

No entanto, em 11-3-2003, a Juíza de Primeiro Grau revogou a prorrogação da guarda provisória concedida aos apelados, pois verificou a

existência de outro casal inscrito anteriormente no cadastro de ação - apelantes, ocasião em que determinou que os recorrentes permanecessem como guardiães do menor.

Dessa decisão, os agravados formularam pedido de reconsideração, e, sem sucesso, interpuseram recurso de agravo de instrumento, o qual, em análise perfunctória do feito, teve o pedido de efeito suspensivo negado.

Em acórdão lavrado pelo eminente Des. José Volpato de Souza, em 18-8-2003, esta Câmara julgou procedente o agravo interposto para que o menor A. B. dos S. retornasse à guarda e responsabilidade dos apelados, e o mandado de busca apreensão do menor foi cumprido em 24-9-2003, permanecendo o infante, desde em então, em companhia dos apelados.

Nesse interregno, em 5-6-2003, os apelantes ajuizaram ação de adoção, a qual foi autuada e processada pelo n. 033.03.009871-0, sob o argumento de que, como já se encontravam inscritos na lista de adoção e por ter sido deferida a guarda e responsabilidade provisória nos autos de n. 033.02.019225-0, tinham direito à adoção do menor A. B. dos S.

Todavia, em 28-4-2006, o Juízo *a quo* julgou procedente a ação de guarda e responsabilidade proposta pelos apelados.

Feito esse intróito, passa-se ao exame das argumentações dos apelantes, que, de início, alegam que tiveram cerceado seu direito de defesa, já que não foram intimados para apresentar alegações finais.

É fato incontroverso nos autos que os apelantes não são parte no presente processo, razão pela qual não havia necessidade para que fossem intimados a apresentar alegações finais.

Ademais, a nulidade por ausência de intimação para a apresentação de alegações finais necessita de prova, por parte do interessado, da ocorrência de prejuízo.

Quanto ao mérito, relatam que os apelados propuseram a presente em 17-12-2002, e que o infante com eles conviveu até meados de março de 2003, quando lhes foi concedida a guarda provisória do menor.

Acrescentam que a guarda foi deferida em seu favor, em atenção à ordem do Cadastro Geral de Pretendentes à Adoção da comarca de Itajaí.

Informam que, posteriormente, a guarda foi revertida em favor dos apelados, em virtude do acolhimento do Agravo de Instrumento n. 2003.005385-9, sendo que a criança permanece desde então com os recorridos.

Alegam que o casal apelado não reúne condições psicológicas adequadas para a assunção de encargo tão importante quanto a guarda do menor e sua conseqüente adoção.

O pedido de guarda encontra-se disposto no art. 33 do Estatuto da Criança e do

Adolescente, *verbis*:

A guarda obriga à 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.

Extrai-se dos autos que o infante, nascido no dia 11-2-2002, esteve abrigado, desde o nascimento, até 21-12-2002, no abrigo Luz do Amanhã, quando, então, por força de decisão liminar, passou a conviver com os apelados e permaneceu em companhia desses até 11-3-2003, quando foi revogada a decisão anterior e deferida a guarda provisória da criança em favor dos apelantes.

Todavia, tal decisão foi anulada por esta instância recursal, retornando a guarda do menor para o casal apelado, sendo o mandado de busca apreensão cumprido em 24-9-2003, permanecendo o infante, desde em então, em companhia dos apelados.

Assim, a criança, que atualmente conta com 5 (cinco) anos e 8 (oito) meses de idade, convive há 4 (quatro) anos ininterruptos com os apelados, e permaneceu em companhia dos apelantes por apenas 6 (seis) meses.

Por oportuno, colhe-se do estudo social, realizado em 6-12-2004, nos autos de Verificação de Situação de Criança n. 033.02.019225-0, que "A. encontra-se saudável, bem cuidado e, pelo lapso temporal, integrado à família D." - ora apelados (fl. 256).

No mesmo sentido, extrai-se do parecer psicológico que "A. demonstrou boa interação quando na presença simultânea dos guardiões, respondendo com certo condicionamento ao que lhe era perguntado por estes. Os cuidados que são expressos com a criança são de afeto e lugar de filho, sugerindo que A. está sendo acolhido em família, seu lugar de afiliação está sendo assegurado". Adiante está consignado que "na atual situação a criança está sendo bem cuidada pelos guardiões" (fls. 260 e 261).

Impende destacar que a solução da demanda deve privilegiar o interesse do menor, atendendo-se ao princípio da proteção integral, conforme estabelece o art. 227 da Constituição Federal, *verbis*:

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.

Não divergindo, o Estatuto da Criança e do Adolescente, em seu art. 3º, determina:

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.

No presente caso, o convívio dos apelados com a criança (4 anos), por um período bem maior do que aquele passado em companhia dos apelantes (6 meses), por certo fez nascer um vínculo afetivo diferenciado com o casal recorrido, pelo que não se mostra adequado ao interesse do infante romper tais laços emocionais.

Salienta-se, por oportuno, que os apelantes não produziram nenhuma prova a fim de desqualificar o casal apelado, limitando-se a alegar que eles não reuniam condições psicológicas adequadas para a assunção de encargo tão importante quanto a guarda do menor e sua conseqüente adoção.

Contudo, o estudo social apresentado afirma categoricamente que não foram verificados "indicativos de desavenças ou desarmonia familiar que possam afetar a estrutura do menino, em desenvolvimento" (fl. 255).

Nessa direção, asseverou o representante da douta Procuradoria de Justiça:

Vê-se, portanto, que o infante está totalmente adaptado à família dos apelados, sendo que as condições ofertadas para o seu desenvolvimento apresentam-se adequadas.

De se considerar, além disso, que, não tendo os apelantes produzido qualquer prova capaz de desabonar a conduta dos recorridos e tendo em mente que o contexto fático e probatório constante dos autos aponta para o fato de que a criança está recebendo tratamento adequado ao seu especial estágio de desenvolvimento, entende-se que é de se manter o entendimento já exarado pelo Magistrado singular (fl. 445).

A par disso, mostra-se pertinente manter a sentença que concedeu a guarda aos recorridos, porquanto a reforma de tal decisão poderá trazer sérios prejuízos ao desenvolvimento psicológico do infante, haja vista ter passado grande parte de sua vida sob os cuidados do casal apelado, sendo que a mudança de lar certamente ocasionaria conseqüências danosas ao seu equilíbrio emocional.

Outrossim, diante das tais circunstâncias, deve-se mitigar o fato de que os apelados inscreveram-se no cadastro de adoção posteriormente ao casal apelante, a fim de resguardar o interesse da criança.

Em situações similares, já decidiu este Tribunal:

DIREITO DE FAMÍLIA – GUARDA E RESPONSABILIDADE – CRIANÇA COM DOIS DIAS DE VIDA ENTREGUE PELA MÃE BIOLÓGICA A PRETENDENTES A GUARDA E ADOÇÃO – CASAL À ÉPOCA NÃO CADASTRADO NA LISTA DE FUTUROS ADOTANTES – PROCEDIMENTO DE INCLUSÃO EM TRÂMITE – GUARDA INDEFERIDA – RIGORISMO DA MEDIDA QUE SE VERIFICA NA

HIPÓTESE COMO INJUSTIFICÁVEL E DESACONSELHÁVEL – ESTUDO SOCIAL FAVORÁVEL AO CASAL QUE JÁ DETINHA A GUARDA POR MAIS DE SETE MESES – INTERESSE DA MENOR QUE SE SOBRELEVA À INOBSERVÂNCIA DAS FORMALIDADES DO PROCESSAMENTO DA PERFILHAÇÃO – INEXISTÊNCIA DE ELEMENTOS QUE JUSTIFIQUEM A RETIRADA DA INFANTE DA FAMÍLIA QUE A ACOLHERA – RECURSO PROVIDO

"Pela interpretação teleológica da Constituição Federal e do Estatuto da Criança e do Adolescente, evidencia-se como desaconselhável sob todos os aspectos a retirada de uma menor do ambiente familiar onde se encontra há meses para colocá-la em abrigo ou em outra família. A excepcionalidade de tal providência está reservada tão-somente às medidas de proteção, cujas hipóteses estão expressamente delineadas no art. 98 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Como corolário, deve a menor permanecer em companhia daqueles que a acolheram desde os primeiros dias de vida, com a anuência da mãe biológica, e passaram desde então a provê-la de todos os cuidados necessários à sobrevivência, incluídos educação, alimentação, lazer e, sobretudo, carinho familiar. Eventual repreensão a meios escusos utilizados, como, por exemplo, a denominada 'adoção à brasileira', por si só, não pode sobrepujar os interesses maiores e o bem-estar da criança" (AI n.º 2004.007632-0, de Navegantes) (Ag n. 2005.004104-9, de Blumenau, rel. Des. Marcus Tulio Sartorato, j. em 12-8-2005) (sublinhei).

AGRAVO DE INSTRUMENTO. ADOÇÃO. POSSE DE FATO DA CRIANÇA POR QUATRO MESES COM CASAL ADOTANTE. BUSCA E APREENSÃO DO MENOR INDEFERIDA. ESTUDO SOCIAL FAVORÁVEL À MANTENÇA DA CRIANÇA COM O CASAL ADOTANTE. RECURSO DESPROVIDO.

Não se deve afastar uma criança dos braços de quem a acolhe desde o nascimento, cujo requerimento de adoção já foi efetuado, a pretexto de inobservância cadastral de pretendentes à adoção, a não ser que se comprove de plano a inabilitação moral para o ato.

Revelando o estudo social a boa índole da família adotante e o carinho e amor conferidos ao menor, é de indeferir-se pedido de busca e apreensão deste, requerido pelo Ministério Público, porquanto silogismos críticos, impostos à simples leitura de texto legal, não podem prevalecer sobre o bem-estar da criança (Ag n. 1999.017563-4, de Pomerode, rel. Des. Carlos Prudêncio, j. em 17-10-2000) (sublinhei).

APELAÇÃO CÍVEL – PEDIDO DE ADOÇÃO – CONCORDÂNCIA DOS PAIS – ESTUDO SOCIAL FAVORÁVEL – NÃO INCLUSÃO NA LISTA DE INTERESSADOS EM ADOÇÃO DA COMARCA –

FORMALISMO LEGAL NÃO SUPERIOR AO INTERESSE DA CRIANÇA – ESPORÁDICA MANUTENÇÃO DE CONTATO COM O PAI BIOLÓGICO – PREJUDICIALIDADE FUTURA – SUPOSIÇÃO – DEFERIMENTO DA MEDIDA – PROVIMENTO RECURSAL

Não pode um formalismo legal, ainda que de extrema importância, sobrepujar os interesses de uma criança manifestados no caso concreto. Embora seja a inscrição no cadastro de interessados à adoção uma determinação legal, a sua ausência não pode servir de óbice ao deferimento dessa medida, sobretudo quando o infante já desenvolve há anos laços de afetividade com os adotantes e todas as demais situações lhes são favoráveis (AC n. 2003.007437-6, de Orleans, rel. Des. José Volpato de Souza, j. em 20-10-2003) (sublinhei).

AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO DE GUARDA E RESPONSABILIDADE - AUSÊNCIA DE REGISTRO NO CADASTRO DE PESSOAS INTERESSADAS NA ADOÇÃO - NEGATIVA DE GUARDA PROVISÓRIA - BUSCA E APREENSÃO DO MENOR - ENCAMINHAMENTO DO INFANTE À FAMÍLIA SUBSTITUTA - CONVÍVIO DO MENOR COM OS RECORRENTES - SITUAÇÃO CONSOLIDADA - NECESSIDADE DE RESGUARDAR OS INTERESSES E BEM ESTAR DA CRIANÇA - RECURSO PROVIDO.

"Não é óbice à adoção a inexistência de cadastro ou a ofensa de sua ordem cronológica, quando o menor já estiver convivendo com os futuros pais adotivos, mormente quando patenteados os superiores interesses da criança.

O juiz deve dar à lei e ao direito um sentido construtivo, benéfico e estável, repelindo soluções amargas, impróprias e destrutivas dos elementos orgânicos da sociedade ou incompatíveis com a vida.

O Estatuto da Criança e do Adolescente não adota o critério da legalidade restrita, mas sim os fins sociais a que a lei se dirige, sendo contrário ao ECA retirar a infante do convívio com os pais substitutos e colocá-la em casa de menores ou mesmo em outro lar substituto, acarretando à menor traumas imensuráveis" (AI n. 03.000665-6, de Blumenau, Rel. Des. Monteiro Rocha, j. em 08.05.2003) (Ag n. 2004.012756-1, de Blumenau, relatora Desa. Salete Silva Sommariva, j. em 31-8-2004).

AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO DE VERIFICAÇÃO DE SITUAÇÃO DE RISCO PROPOSTA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO - CRIANÇA ENTREGUE PELA MÃE A TERCEIROS NÃO CADASTRADOS NA COMARCA - PEDIDO DE BUSCA E APREENSÃO DO MENOR DEFERIDO PELO JUÍZO A QUO - IMPOSSIBILIDADE - PREVALÊNCIA DO INTERESSE DO INFANTE, QUE VIVE EM COMPANHIA DOS ADOTANTES DESDE O

NASCIMENTO - AGRAVANTES COM CONDIÇÕES MORAIS E
ECONÔMICAS - RECURSO PROVIDO (Ag n. 2002.016110-7, de
Orleans, rel. Des. Mazoni Ferreira, j. em 17-10-2002) (sublinhei).

Desse modo, não olvidando a importância do cadastro de interessados à adoção, bem como da ordem por ele imposta, *in casu*, é medida cogente abrandar as formalidades legais em prol do bem-estar do infante, a fim de evitar sua exposição a situações de insegurança e instabilidade que a mudança de lar, após 4 (quatro) anos de convívio com os apelados, poderia causar.

Nesse sentido, colhe-se da jurisprudência:

Em ações envolvendo direito do menor, mormente a guarda de criança, a atuação jurisdicional deve primar por garantir o bem-estar e interesses dessa, os quais se sobrepõem a quaisquer outros, inclusive às formalidades legais (Ag n. 2003.015647-0, de Criciúma, rel. Des. Wilson Augusto do Nascimento, j. em 10-11-2003).

"Na interpretação do Estatuto deve-se ter presente o art. 6º, segundo o qual serão levados em conta os fins sociais a que esse diploma legal se dirige, bem como 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. A jurisprudência sempre reconheceu que o interesse do menor deve prevalecer sobre qualquer outro interesse, quando seu destino estiver em discussão (RT, 430:84, 425:92, 423:115, 420:139)" (Paulo Lúcio Nogueira) (AC n. 2002.021690-4, de Joinville, rel. Des. Luiz Carlos Freyesleben, j. em 11-9-2003).

Ante o exposto, nega-se provimento ao recurso, mantendo-se incólume a sentença objurgada.

DECISÃO

Nos termos do voto do Relator, nega-se provimento ao recurso.

Participaram do julgamento, realizado no dia 30 de outubro de 2007, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Marcus Tulio Sartorato e Jânio Machado. Lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Dr. Mário Gemin.

Florianópolis, 6 de novembro de 2007.

Fernando Carioni
PRESIDENTE E RELATOR