



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2021.0000026202

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1000460-41.2020.8.26.0269, da Comarca de Itapetininga, em que é apelante/apelada D. R. DOS S., é apelada/apelante R. C. C. O. e Apelado T. C. S. O..

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **NÃO CONHECERAM da apelação de Rafaelle e NEGARAM PROVIMENTO à apelação de Danyelle, mantida a r. decisão da origem por seus fundamentos. V. U.**, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores LUIS SOARES DE MELLO (VICE PRESIDENTE) (Presidente sem voto), MAGALHÃES COELHO (PRES. DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO) E DIMAS RUBENS FONSECA (PRES. DA SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO).

São Paulo, 20 de janeiro de 2021.

RENATO GENZANI FILHO

Relator

Assinatura Eletrônica

Voto nº 19067

Apelação nº 1000460-41.2020.8.26.0269

APELAÇÕES – DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR E ADOÇÃO – Sentença que julgou parcialmente procedente a ação, para indeferir a Adoção e a Destituição do Poder Familiar e deferir a guarda da criança M. L. S. O. à requerente R. C. C. O., reconhecendo-se em favor desta a maternidade socioafetiva, e para conceder o direito de visita aos genitores nos moldes fixados – Apelação da genitora Danyelle e de Rafaelle.

Apelação de Rafaelle, que não deve ser conhecida – Protocolo após as 24 horas do último dia do prazo recursal – Manifesta intempestividade – Recurso interposto por Rafaelle inadmissível – Não conhecimento.

Subsistência da apelação de Danyelle – Discordância em face da r. Sentença em matéria de mérito: concessão da guarda de M. a Rafaelle e reconhecimento de Rafaelle como mãe socioeducativa de M., de 08 anos atualmente – Sentença que, entretanto, deve ser mantida integralmente.

Possibilidade de estabelecimento de dupla maternidade reconhecida pelas Cortes Superiores – Posse do estado de filho pontuada pelo mútuo afeto e reconhecimento social que reclama reconhecimento de efeitos jurídicos, com estabelecimento de vínculo de parentesco civil, nos termos do art. 1.593 do C.C. – Deslinde que melhor se amolda às premissas dos superiores interesses e prioridade absoluta do ECA – Manifestação da infante em estudo técnico, ademais, que deve ser prestigiada para o deslinde da causa – Inteligência dos arts. 28, § 1º e 100, parágrafo único, XII, do referido estatuto – Manutenção da guarda com Rafaelle, outrossim, que serve para manter uma situação de fato, que já se perdura há tempos, com fundamento na opinião técnica – Sentença mantida.

Apelação de Rafaelle não conhecida e apelação de Danyelle não provida.

Vistos.

Trata-se de apelações interpostas por DANYELLE ROBERTA DOS

SANTOS e por RAFAELLE CRISTINA CARRIEL DE OLIVEIRA, em face da sentença de fl. 318/329, proferida pelo Juízo da Vara da Infância e Juventude da Comarca de Itapetininga, que julgou parcialmente procedente a ação, para indeferir a Adoção e a Destituição do Poder Familiar e deferir a guarda da criança M. L. S. O. à requerente R. C. C. O., reconhecendo-se em favor desta a maternidade socioafetiva, e para conceder o direito de visita aos genitores nos moldes fixados.

Apela DANYELLE ROBERTA DOS SANTOS (fl. 347/355), alegando, em apertada síntese, que: não existem elementos fáticos e de direito suficientes para concessão da guarda à apelada Rafaelle, nem para seu reconhecimento como mãe socioafetiva da criança M.; que Rafaelle estabeleceu uma relação de afeto com a criança M., mas nunca exerceu a guarda de fato como alega na petição inicial, nem desempenhou função que se assemelhasse ao cuidado materno; que não é verdadeiro que Danyelle tenha entregado M; aos cuidados de Rafaelle, nem que esta tenha exercido o papel de mãe; que ficou também devidamente provado que, no breve período em que Danyelle se mudou para a cidade de São Miguel Arcanjo (2015); que a apelante consentiu que a criança fixasse a residência na casa de Vera, e voltava semanalmente para visitar M.; que logo após o retorno de Danyelle para Itapetininga, voltou a morar na casa de VERA e passou a conviver diariamente com M.; que, não obstante o convívio diário de M. com a apelada, em razão do já relatado histórico familiar e da proximidade das residências, Danyelle continuou exercendo normalmente seu papel de mãe; que M. sempre teve Danyelle como sua mãe e nunca teve a apelada como referência materna; que atualmente, a apelante reside com seu atual companheiro, com quem teve uma filha recentemente; que as visitas da apelante à sua filha vêm ocorrendo de forma bastante tumultuada em razão das dificuldades impostas pela apelada; que no caso concreto, restou devidamente comprovado, por meio de relatório psicossocial (fls. 228/233), inclusive, que a apelante possui plenas condições financeiras e psicológicas de reassumir a guarda da filha; que a apelante Danyelle possui plenas condições materiais e emocionais de reaver a guarda de M. e de prestar-lhe toda o cuidado necessário, como sempre o fez.

Requer-se o recebimento do presente recurso nos efeitos suspensivo e devolutivo e, ao final, postula-se pelo seu provimento, reformando-se parcialmente a

r. sentença recorrida, a fim de que a guarda não seja concedida à apelada e que esta também não seja reconhecida como mãe socioafetiva.

Contrarrazões a fl. 390/396.

Apela RAFAELLE CRISTINA CARRIEL DE OLIVEIRA (fl. 359/365), alegando, em apertada síntese, que: é fato que Thiago, pai registral da criança, era namorado da Apelante e, quando a criança nasceu, a mesma fez o papel de mãe cuidando da menor, uma vez que os Apelados não possuíam condições de criá-la; que os Apelados nunca, em hipótese alguma, forneceram amparo financeiro ou afetivo com relação a menina, muito pelo contrário, sempre foram o estopim de discórdias após a propositura da presente ação; que a Apelada nunca exerceu o seu papel de mãe e o Apelado nunca foi pai e sequer dispenderam esforços na obtenção do bem estar da recém nascida que foi deixada com a Apelante; que os laudos psicossociais não demonstram a realidade dos fatos, uma vez que nunca existiu amparo dos Apelados, e sequer convívio com a criança; que os Apelados desde o início permitiram que a menor ficasse sob os cuidados da Apelante, criando automaticamente a relação afetiva intensa. que o intuito dos Apelados é apenas a posse da criança, mas jamais o carinho e cuidado com a mesma, tanto que nas visitas com o Apelado o mesmo raramente está presente e sempre deixa a menor com a avó, deixando de desfrutar os momentos que lhe foram concedidos junto a criança; tendo em vista que os Apelados sequer estão aproveitando os momentos que lhe foram concedidos na r. sentença com a menor é que se requer a modificações das visitas, concedendo um final de semana integral para a menor e a Apelante, para que esta possa continuar propiciando momentos de diversão e bem estar a criança; que os Apelados preencheram as hipóteses de destituição do poder familiar; se verifica que a forma das visitas estipuladas na r. sentença ocasiona tumulto na rotina da menor, bem como da Apelante, inviabilizando seu desenvolvimento, devendo a r. sentença ser reformada, concedendo um final de semana integral a Apelante e a consequente adoção da menina; que o Apelado, Sr. Thiago, NÃO É O PAI BIOLÓGICO da criança (vide depoimento) e, mesmo assim, registrou no ano de 2019 a menor, com o único intuito de beneficiar sua prima, ora aqui Apelada.

Requer aos Nobres Julgadores, seja o presente recurso recebido nos efeitos suspensivo e devolutivo, conhecido e provido, para reformar a sentença na

questão da determinação das visitas, concedendo um final de semana integral alternado a Apelante para que possa proporcionar à criança oportunidades de lazer, mantendo-se a guarda com a Apelante e sua regular adoção.

Contrarrazões a fl. 377/383 e 399/407.

Manifestou-se o MP (fl. 411).

Opinou a Douta Procuradoria Geral de Justiça pelo desprovimento dos apelos (fls. 429/435).

É o relatório.

O recurso de Rafaelle não deve ser conhecido, eis que intempestivo.

Pelo que se depreende dos autos, a apelante foi intimada da sentença a fl. 318/329, por meio de seu patrono (fl. 340).

A sentença foi disponibilizada no DJE em 21/09/2020 (segunda-feira), de modo que a data de publicação ocorreu no primeiro dia útil subsequente, ou seja, 22/09/2020 (terça-feira) (art. 224, §2º, CPC).

O dia do começo do prazo, nos termos do art. 231, VII, NCPC, é a data da publicação, quando a intimação se der por meio do Diário Oficial eletrônico.

Assim, excluído o termo inicial (art. 224, CPC), inicia-se a contagem do prazo recursal no dia 23/09/2020 (quarta-feira).

Observa-se que o prazo recursal de 10 dias, com base no disposto no art. 198, II, ECA, é o que se aplica nesta hipótese, devendo este contado em **dias corridos**, nos termos do art. 152, §2º, ECA.

Isso porque nos termos da Súmula 113 deste Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, reconhece-se que os procedimentos contidos entre o artigo 152 e 157 do ECA são específicos e apenas a eles se aplicam o art. 198, II do mesmo Diploma:

“Súmula 113: O prazo previsto no artigo 198, inciso II, do ECA, aplica-se apenas aos procedimentos previstos nos artigos 152 a 197 do mesmo diploma legal.”

Verifica-se, então, que os **procedimentos do ECA** são aqueles abrangidos pelos artigos 152 a 197, quais sejam aqueles que concernem à perda e suspensão do poder familiar, adoção, a acolhimento institucional, apuração de ato

infracional atribuído a adolescente, apuração de irregularidades em entidade de atendimento, apuração de infração administrativa às Normas de Proteção à Criança e ao Adolescente, bem como habilitação de pretendentes à adoção.

Já a redação do recém incluído §2º do artigo 152 do ECA impõe **que aos prazos estabelecidos no ECA e aplicáveis aos seus procedimentos** são contados em dias corridos, excluído o dia do começo e incluído o dia do vencimento, vedado o prazo em dobro para a Fazenda Pública e o Ministério Público.

Sendo assim, conclui-se que, em se tratando de ação que versa sobre **destituição do poder familiar e adoção**, aplica-se o art. 198, II, ECA, o qual prevê “*em todos os recursos, salvo nos embargos de declaração, o prazo para o Ministério Público e para a defesa será sempre de 10 (dez) dias*”, bem como o §2º do art. 152 do Estatuto Protetivo.

Sendo o dia 01 da contagem do prazo na data de 23/09/2020 (quarta-feira) e sendo o prazo para interposição da apelação o de 10 dias corridos, verifica-se que a contagem se encerra no dia 02/10/2020 (quinta-feira).

Contudo, **a apelação foi interposta em 09/10/2020, 22h30min26seg, muito além do fim do prazo legal.**

Assim, o presente recurso de Rafaelle é intempestivo, de modo que o não conhecimento é medida que se impõe.

Subsiste o recurso da genitora Danyelle.

Irresigna-se a genitora, pois não concorda com a r. Sentença em dois pontos: entende que a guarda da infante não deveria ter sido concedida a Rafaelle e que Rafaelle também não deveria ter sido reconhecida como mãe socioafetiva da infante M..

É dos autos que Rafaelle manteve união estável com Thiago por 07 anos (2009 a 2015).

Quando M. nasceu em 2012, a genitora Danyelle residia com Vera (mãe de Thiago), Thiago e Rafaelle.

Posteriormente, Danyelle passou a se relacionar com pessoa residente em São Miguel Arcanjo e para lá se mudou, ficando M. aos cuidados de Rafaelle.

Em 2015, Rafaelle e Thiago romperam. Rafaelle, então, mudou-se. Contudo, a menina M. passou a conviver e circular em ambas as casas.

Quanto ao reconhecimento da maternidade socioafetiva, alvo de irresignação da apelante Rafaelle, a sentença deve permanecer tal como proferida.

Da leitura da sentença, fica evidente que foi desenvolvido um raciocínio importante quanto à não ocorrência de requisitos autorizadores para destituir Danyelle e Thiago do poder familiar e quanto à existência de vínculo afetivo deles com a criança, além da manutenção do reconhecimento deles como “pai” e “mãe “por M..

Assim, nesse compasso, seria inviável a pretendida adoção, na medida em que não haveria violação aos deveres inerentes ao poder familiar para legitimar o antecedente lógico da destituição

Não fossem os princípios da prioridade absoluta e superiores interesses da criança, norteadores do ECA, um simplista desfecho, baseado na literal interpretação da lei bastaria para afirmar que o pedido de adoção, em tese, estaria fadado ao insucesso, na medida em que se tem por inviável a destituição de Danyelle e de Thiago de seus poderes familiares sobre a filha.

A situação traz claras peculiaridades que demandam de uma solução voltada ao melhor interesse da criança, aí ponderada a providência que não lhe trará consequências sentimentais prejudiciais ao seu desenvolvimento biopsicológico.

Sob tal perspectiva, o deslinde consignado na r. Sentença é o que mais atende às premissas protetivas do ECA.

Não há dúvidas acerca da convivência da requerida com M. desde seu nascimento, assumindo todas as responsabilidades de uma mãe, algo a, inelutavelmente, caracterizar sua maternidade socioafetiva, vínculo este definido como um parentesco de natureza civil, previsto no artigo 1.593 do Código Civil, que reconhece, tanto o parentesco natural, como sendo aquele decorrente da consanguinidade, quanto o civil, decorrente de outras origens, aí incluída a posse do estado de filho. A constatação é suficiente a impor a regulamentação jurídica da situação retratada.

No caso concreto, de fato, das provas dos autos extrai-se que a criança M. realmente “(...) possui e mantém vínculos afetivos e de confiança, sentimentos positivos de amor com os três adultos que disputam sua guarda, bem como com os

demais membros das famílias, desejando manter com estes convivência e laços.” (fl. 233).

O pai, Thiago, reconhece em sua contestação que: “O tempo foi passando, e de 2015 a 2019 a menor (sic) tinha as duas casas como referência (...)” (fl. 41).

Em depoimento pessoal, Thiago confirma que nunca negou o vínculo entre Rafaelle e M.. Segundo ele, **a criança compartilhava a convivência entre as duas casas.** Confirmou que por cerca de **06 anos** moraram todos juntos na mesma casa: Rafaelle, Thiago, M. e Vera (mídia digital).

Danyelle também confirma em seu depoimento pessoal o vínculo da filha com Rafaelle. Para ela, “Rafaelle sempre foi uma segunda mãe para M., uma mãe do coração” (mídia digital).

Justamente por todos esses motivos que foi sabiamente reconhecida a maternidade socioafetiva de Rafaelle.

No mesmo sentido o raciocínio desenvolvido pela i. PGJ:

*“(...) A percepção primeva mostra que a criança, na segunda metade de sua ainda breve vida, permaneceu sob a guarda de fato de Rafaelle, **com quem já havia estabelecido robusta e devotada união**, como se viu, situação que indica que todos os adultos que integram a relação processual conviviam com a criança e com ela possuíam relacionamento íntimo, **constatando-se a existência de confiança dos pais em Rafaelle para os cuidados diários com a menor, tanto que permitiram que ela passasse a viver em companhia daquela.** Com isso, muito embora não se possa falar que houve abandono de M. pelos pais, **é evidente que Rafaelle é a responsável direta por sua criação há alguns anos, o que somente ocorreu porque os genitores concordaram com o arranjo.**” (fl. 433)*

No aspecto, a dupla maternidade é hoje uma realidade jurídica, que embora ainda não tenha sido prestigiada pelo legislador, frente o descompasso da lei com a dinâmica social, já conta com a aceitação de considerável parcela da doutrina e

da jurisprudência a lhe dar sustentação.

Nessa linha de raciocínio, a doutrina acima referida admite a coexistência da paternidade/maternidade, ao palio da diversidade de suas naturezas, origens e formas de exteriorização, confira-se:

Sem dúvida a prova da filiação pode decorrer da reciprocidade do tratamento afetivo entre determinadas pessoas, comportando-se como pais e filhos e se apresentado como tal aos olhos de todos. É a projeção da teoria da aparência sobre as relações jurídicas filiatórias, estabelecendo uma situação fática que merece tratamento jurídico. Nas palavras certeiras de Orlando Gomes, “a posse do estado de filho constitui-se por um conjunto de circunstâncias de exteriorizar a condição de filho do casal que o cria e educa”.

A posse do estado de filho, não advém do nascimento (fato biológico), decorrendo, em verdade, de um ato de vontade recíproca e sedimentado no tempo, espraiado pelo terreno da afetividade (fato social). Daí se dizer, não sem razão, que “a posse do estado de filho é a expressão mais exuberante do parentesco psicológico, da filiação afetiva”, como o faz Maria Berenice Dias. No mesmo diapasão, Paulo Lôbo assevera que a posse do estado de filho “oferece os necessários parâmetros para o reconhecimento da relação de filiação, fazendo ressaltar a verdade socioafetiva. Tem a maleabilidade bastante para exprimir fielmente a verdade que procura, para mostrar onde se encontra a família socioafetiva cuja paz se quer defender pelo seu valor social e pelo interesse do filho”. (FARIAS, Cristiano Chaves e Rosenvald, Nelson. CURSO DE DIREITO CIVIL: Direito das Famílias. 5ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2013. 6 vol. pp. 642-643).

Também nessa linha, em recente discussão da matéria, o e. Supremo Tribunal Federal, no bojo do RE nº 898.060, ao reconhecer a repercussão geral da questão, fixou o tema nº 622 afirmando a possibilidade da coexistência da paternidade biológica e socioafetiva, nos seguintes termos:

"A paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro público, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante baseado

na origem biológica, com os efeitos jurídicos próprios", vencidos, em parte, os Ministros Dias Toffoli e Marco Aurélio. Ausente, justificadamente, o Ministro Roberto Barroso, participando do encontro de juízes de Supremas Cortes, denominado Global Constitutionalism Seminar, na Universidade de Yale, nos Estados Unidos. Presidiu o julgamento a Ministra Carmen Lúcia. Plenário, 22.09.2016.

Neste TJSP, igualmente, já há precedente neste sentido:

MATERNIDADE SOCIOAFETIVA Preservação da Maternidade Biológica Respeito à memória da mãe biológica, falecida em decorrência do parto, e de sua família - Enteadado criado como filho desde dois anos de idade Filiação socioafetiva que tem amparo no art. 1.593 do Código Civil e decorre da posse do estado de filho, fruto de longa e estável convivência, aliado ao afeto e considerações mútuas, e sua manifestação pública, de forma a não deixar dúvida, a quem não conhece, de que se trata de parentes - A formação da família moderna não-consanguínea tem sua base na afetividade e nos princípios da dignidade da pessoa humana e da solidariedade Recurso provido. (Apelação nº 0006422-26.2011.8.26.0286; Relator(a): Alcides Leopoldo e Silva Júnior; Comarca Itu; Órgão julgador: 1ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 14/08/2012; Data de registro: 14/08/2012).

Quanto à guarda concedida a Rafaelle, não se observa qualquer razão para reforma.

Neste caso concreto, fica evidenciado que o objetivo da concessão da guarda é justamente o de regularizar a situação de fato.

A guarda provisória da criança já havia sido deferida para Rafaelle em Fevereiro/2020, a fim de “regularizar a situação fática existente há anos.” (fl. 22).

A manutenção de M. aos cuidados de Rafaelle, no mais, visa evitar alterações bruscas em sua rotina.

É nesse sentido a prova técnica.

O estudo psicossocial de fl. 228/233 é categórico ao concluir favoravelmente à continuidade do exercício do múnus por Rafaelle.

No mais, a criança, atualmente com 08 anos, parece concordar com

o arranjo de convivência com os adultos envolvidos, permanecendo em guarda com Rafaelle e mantendo as visitas de Thiago e de Danyelle:

“No momento em que expusemos nosso entendimento de que as visitas ocorram na casa do pai e na da mãe e que ela possa permanecer na companhia da Bebem [Rafaelle], seu semblante modificou-se, deu um sorriso externando uma expressão de alívio, confirmando ser esse o seu desejo.” (fl. 230)

Embora em feitos desta espécie haja enfoque primordial no melhor interesse da criança, o que foi respeitado pela r. Sentença, é de se ressaltar que, como visto, a convivência com os pais Danyelle e Thiago também foi assegurada via visitas.

Assim, serve ao melhor interesse da infante a continuidade do exercício da sua guarda por Rafaelle, ante a evidente preservação de seus direitos.

As providências são, pois, as mais sensatas, sobretudo porque dão plena efetividade aos direitos fundamentais da criança garantidos nos artigos 226, § 4º, 227, caput e § 6º, da Constituição Federal e 19 do ECA.

A opção traz inequívoca vantagem à infante, já que propiciará a esta chance de integração, crescimento e felicidade junto à família que lhe garante a convivência, relações afetivas sadias, além de adequada formação psíquica, sem prescindir do salutar vínculo e convívio com sua família.

Sob tal perspectiva, em sintonia, repita-se, com o tripé de sustentação do Estatuto da Criança e do Adolescente que se apoia nas premissas da prioridade absoluta, superiores interesses e proteção integral da criança e do adolescente, há de se manter o deslinde dado na origem, cuja correção e adequação devem ser prestigiadas.

Pelo exposto, **NÃO SE CONHECE da apelação de Rafaelle e NEGA-SE PROVIMENTO à apelação de Danyelle**, mantida a r. decisão da origem por seus fundamentos.

Considera-se toda a matéria constitucional e infraconstitucional prequestionada, eis que desnecessária a citação direta dos dispositivos constitucionais e legais relacionados, bastando-se o enfrentamento das questões postas.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

RENATO GENZANI FILHO

RELATOR