



## TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2016.0000564698

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2225968-92.2015.8.26.0000, da Comarca de São Pedro, em que é agravante C. E. T. G., é agravado B. A..

ACORDAM, em 10ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **"Por maioria de votos, negaram provimento ao agravo, vencido o relator sorteado, que declarará voto. Acórdão com o 3º juiz."**, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores CARLOS ALBERTO GARBI, vencedor, ELCIO TRUJILLO (Presidente), vencido, ELCIO TRUJILLO (Presidente) e CESAR CIAMPOLINI.

São Paulo, 9 de agosto de 2016.

**CARLOS ALBERTO GARBI**  
- RELATOR DESIGNADO -



## TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Agravo de Instrumento nº 2225968-92.2015.8.26.0000

Comarca: São Pedro (2ª Vara)

Agravante: [REDACTED]

Agravado: [REDACTED]

[ VOTO Nº 23.949 ]

**GUARDA DE MENOR. DECISÃO QUE CONCEDEU A GUARDA PROVISÓRIA DO MENOR EM FAVOR DO AGRAVADO, PAI AFETIVO. RECONHECIMENTO DA PATERNIDADE SOCIAFETIVA. MENOR QUE DESDE O SEU NASCIMENTO RESIDIU COM O AGRAVADO E SUA GENITORA. INSURGÊNCIA DO AGRAVANTE, PAI BIOLÓGICO DA CRIANÇA. FALECIMENTO DA GENITORA DO MENOR. PRESERVAÇÃO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA.**

A paternidade socioafetiva estabelecida entre o agravado e o menor restou comprovada nos autos. O agravado reconheceu tacitamente o menor como seu filho. Essa condição permaneceu durante quase quatro anos, de forma que não há como desconstituir o vínculo paterno, pois ainda que posteriormente a criança tenha passado a residir com seu pai biológico devido ao falecimento de sua genitora, é certo que o agravado conferiu ao menor durante todo esse período tratamento de filho.

É certo que o pai biológico, ao que tudo indica, manteve bom convívio com o menor, lhe dispensando carinho, atenção e cuidado. Contudo, não há como afastar o laço afetivo mantido entre o menor e o agravado. Durante quase quatro anos o agravado, cônjuge da genitora da criança, dispensou ao menor, diariamente, os cuidados decorrentes do poder familiar. Nesse período foi estabelecida a rotina da criança, a qual, a cada quinze dias, deixava a residência na cidade de São Pedro para conviver com seu pai biológico e retornava ao convívio com o agravado, sua genitora e sua irmã materna.



## TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

**Paternidade socioafetiva que deve ser levada em consideração na atribuição da guarda do menor.**

**Recurso não provido. Tutela antecipada revogada.**

Insurgiu-se o agravante contra decisão que, nos autos da ação de guarda, deferiu a guarda provisória do menor em favor do agravado. Sustentou que é pai biológico do menor que hoje conta com quatro anos de idade. Afirmou que é pai biológico do menor e que a genitora da criança casou-se com o agravado. Alegou que acordou com a genitora da criança que a guarda do menor seria compartilhada, de modo que a criança passou a residir com a genitora. Sustentou que, embora separado, manteve convivência harmônica com a genitora da criança. Afirmou que sempre ofereceu amparo material e afetivo ao menor, participando de seu desenvolvimento. Contudo, a genitora da criança faleceu em 05.09.2015, quando, então, a criança passou a residir com o agravante na cidade de Vinhedo. Afirmou que há quatro meses a criança reside com o agravante e que já se encontra adaptada à nova rotina. Acrescentou que o agravado não mantinha bom relacionamento com a genitora do menor, o que, inclusive, culminou no ajuizamento de ação penal. Alegou que o agravado considera que o menor é fruto de relacionamento extraconjugal mantido entre o agravante e a genitora da criança, de modo que não se recomenda que o



## TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

menor com ele permaneça. Sustentou ainda que, em 11.09.2015, o menor passou a residir com o agravante na cidade de Vinhedo, de forma que se encontra totalmente adaptado ao novo lar. Afirmou que deve ser levado em consideração o melhor interesse do menor.

Deferido o efeito suspensivo e dispensadas as informações, o agravado respondeu ao recurso. Sustentou que o menor sempre residiu com sua genitora e o agravado na cidade de São Pedro. Afirmou que há três anos o menor estuda na Escola Municipal de educação infantil "Vida", localizada em São Pedro. Alegou que a criança realizava visitas esporádicas ao agravante, seu pai biológico. Afirmou que a situação apresentada pelo agravado somente se deu com a morte da genitora da criança. Acrescentou que atualmente a criança reside com o pai biológico porque não foi devolvida por ele ao agravado. Sustentou que cuida do menor desde o seu nascimento, sendo certo que o agravante apenas exerce o direito de visitas quinzenalmente. Pediu a manutenção da decisão agravada.

A Douta Procuradoria de Justiça, pelo parecer do Doutor *Carlos Augusto Salles Sgarbi*, opinou pelo provimento do recurso.

**É o relatório.**

O agravado ingressou com ação de guarda e regulamentação de visitas com o objetivo de obter a guarda definitiva do menor [REDACTED] nascido em 14.02.2011, filho biológico do agravante e de [REDACTED], falecida em 05.09.2015, com quem foi casado (fls. 29/42 e fls. 55/57). Sustentou que convive com o menor desde o seu nascimento, tendo estabelecido forte relação afetiva com a criança, a



## TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

qual convive também com sua irmã materna que conta com quatro anos de idade (fls. 59). Afirmou que tacitamente o pai biológico da criança e sua genitora estabeleceram acordo a respeito das visitas do menor, que era retirado, quinzenalmente, pelo agravante, o qual reside na cidade de Valinhos. Pediu a guarda provisória do menor, bem como a fixação do regime de visitas ao pai biológico (fls. 29/42).

A decisão agravada deferiu o pedido de tutela antecipada nos seguintes termos:

“Vistos.

1. Processe-se em segredo de justiça.
2. Defiro a antecipação dos efeitos da tutela porque presentes os requisitos legais [CPC, art. 273].

A verossimilhança decorre do fato de se tratar de regularização da situação de fato, enquanto o risco de dano irreparável da tenra idade da criança [fev. 2011, fls. 27] à vista do conflito amoroso noticiado, podendo prejudicar seu regular desenvolvimento educacional [fls. 33/35], caso não lhe seja assegurado domicílio certo enquanto pendente a solução da demanda.

Lavre-se o termo respectivo.



## TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

3. Cite(m)-se e intime(m)-se, ficando o(s) réu(s) advertido(s) do prazo de 15 (quinze) dias para apresentar (em) a defesa, sob pena de serem presumidos como verdadeiros os fatos articulados na inicial, nos termos do artigo 285 do Código de Processo Civil.

4. De pronto, determino a realização do estudo psicossocial das partes. Expeça-se o necessário.

Juntado o laudo, intmem-se as partes para manifestação, sucessivamente, no prazo de 10 (dez) dias para cada qual, devendo a parte autora replicar, querendo. Após, ao Ministério Público.

Servirá o presente, por cópia digitada, como mandado. Cumpra-se na forma e sob as penas da Lei.

Intime-se” (fls. 109).

O agravante sustentou que é pai biológico do menor e que a genitora da criança casou-se com o agravado. Alegou que acordou com a genitora da criança que a guarda do menor seria compartilhada, de modo que a criança passou a residir com a genitora. Sustentou que, embora separado, manteve convivência harmônica com a genitora da criança. Alegou que sempre ofereceu amparo material e afetivo ao menor. Contudo, a genitora da criança faleceu em 05.09.2015, quando, então, a criança



## TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

passou a residir com o agravante na cidade de Vinhedo. Afirmou que há quatro meses a criança com ele reside e que já se encontra adaptada à nova rotina. Pediu a reforma da decisão agravada para que a guarda provisória do menor lhe seja atribuída.

Respeitado o entendimento do Douto Relator sorteado penso que a existência da paternidade socioafetiva não pode ser desconsiderada para o deslinde da questão apresentada nos autos.

A paternidade socioafetiva estabelecida entre o agravado e o menor restou comprovada nos autos. O agravado reconheceu tacitamente o menor como seu filho. Essa condição permaneceu durante quase quatro anos, de forma que não há como desconstituir o vínculo paterno, pois ainda que posteriormente a criança tenha passado a residir com seu pai biológico devido ao falecimento de sua genitora, é certo que o agravado conferiu ao menor durante todo esse período tratamento de filho.

A corroborar tais fatos, os documentos juntados à fls. 56/104 comprovam que a criança reside com o agravado desde o seu nascimento. Foi matriculada em escola localizada na cidade de São Pedro em 17.08.2012 (fls. 61) e lá permaneceu estudando até 24.09.2012, data em que a criança não foi devolvida pelo agravante (fls. 123/126).

É certo que o pai biológico, ao que tudo indica, manteve bom convívio com o menor, lhe dispensando carinho, atenção e cuidado. Contudo, não há como afastar o laço afetivo mantido entre o menor e o agravado. Durante quase quatro anos o agravado, cônjuge da genitora da criança, dispensou ao menor, diariamente, os cuidados decorrentes do poder



## TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

familiar. Nesse período foi estabelecida a rotina da criança, a qual, a cada quinze dias, deixava a residência na cidade de São Pedro para conviver com seu pai biológico e retornava ao convívio com o agravado, sua genitora e sua irmã materna (4 anos de idade – fls. 52).

Diante desse quadro, não há como refutar que: “A constância social da relação entre pais e filhos caracteriza uma paternidade que existe não pelo simples fato biológico ou por força de presunção legal, mas em decorrência de uma convivência afetiva. Constituído o vínculo da parentalidade, mesmo quando desligado da verdade biológica, prestigia-se a situação que preserva o elo da afetividade. Pai afetivo é aquele que ocupa, na vida do filho, o lugar do pai (função). É uma espécie de **adoção de fato**. É aquele que ao dar abrigo, carinho, educação, amor... ao filho, expõe o foro mínimo da filiação, apresentando-se em todos os momentos, inclusive naqueles em que se toma a lição de casa e ou verifica o boletim escolar. Enfim, é o pai das emoções, dos sentimentos e é o filho do olhar embevecido que reflete aqueles sentimentos que sobre ele se projetam...(…). A filiação socioafetiva assenta-se no reconhecimento da posse de estado de filho: a crença da condição de filho fundada em laços de afeto. A posse de estado é a expressão mais exuberante do parentesco psicológico, da filiação afetiva. A afeição tem valor jurídico. A maternidade e a paternidade biológica nada valem frente ao vínculo afetivo que se forma entre a criança e aquele que trata e cuida dela, lhe dá amor e participa de sua vida. Na medida em que se reconhece que a paternidade se constitui pelo fato, a posse do estado de filho pode entrar em conflito com a presunção *pater est*. E, no embate entre o fato e a lei, a presunção precisa ceder espaço ao afeto”



## TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

(**Maria Berenice Dias**, Manual de Direito das Famílias, 10ª ed., Editora RT, p. 405/406).

Nesse sentido, o estudo social realizado concluiu que: “Sr. [REDACTED] nos demonstrou estar bastante sofrido com o falecimento da esposa e com a ausência da criança em tela, que foi por ele totalmente aceita em seu coração e seio familiar como a um filho biológico. Sr. [REDACTED] demonstra vida estabilizada, boa formação familiar e bons princípios morais, reunindo condições de bem zelar pelo bom desenvolvimento bio-psico-social da criança em tela” (fls. 131/133).

Portanto, em que pese o entendimento contrário, a guarda provisória do menor deve ser exercida, por ora, pelo agravado, seu pai afetivo, até que novo estudo psicossocial seja realizado e outros elementos trazidos aos autos a fim de determinar qual o melhor interesse da criança.

Pelo exposto, meu voto é no sentido de **NEGAR PROVIMENTO** ao recurso, revogando-se a antecipação da tutela recursal.

**CARLOS ALBERTO GARBI**  
– relator designado –