



Tribunal de Justiça de Minas Gerais

Número do 1.0480.13.011258-8/001 **Númeraço** 0112588-
Relator: Des.(a) Heloisa Combat
Relator do Acordão: Des.(a) Ana Paula Caixeta
Data do Julgamento: 17/10/2014
Data da Publicaçã: 22/10/2014

EMENTA: DIREITO CIVIL - GUARDA DE MENOR - AÇÃO AJUIZADA PELA TIA MATERNA - GENITOR PRESENTE - AUSÊNCIA DE SITUAÇÃO IRREGULAR OU DE RISCO - IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO.

- A guarda encontra-se disciplinada pelo art. 33, do Estatuto da Criança e do Adolescente, o qual prevê que a sua concessão, fora dos casos de tutela e adoção, é medida excepcional.

- Estando a criança em convivência contínua com ao menos um dos pais biológicos e não havendo qualquer situação irregular ou de risco, não deve ser deferida a guarda da menor à tia.

- Os parentes próximos podem auxiliar e conviver com a criança sem que seja necessária a modificação da guarda.

- Recurso provido.

V.v. DIREITO DE FAMÍLIA. APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE GUARDA. GUARDA DE FATO EXERCIDA PELA TIA MATERNA DESDE O FALECIMENTO DA GENITORA DA CRIANÇA. MANIFESTAÇÃO DE VONTADE DA MENOR EM PERMANECER SOB OS CUIDADOS DA FAMÍLIA MATERNA. SUPREMACIA DO INTERESSE DA MENOR. MANUTENÇÃO DA SITUAÇÃO FÁTICA. SENTENÇA CONFIRMADA.

- A custódia da criança deve ser deferida a quem ofereça melhores condições para educá-la e criá-la, proporcionando segurança, saúde, educação, afeto, dentre outros interesses primordiais para o seu completo desenvolvimento.



Tribunal de Justiça de Minas Gerais

- Diante do conflito instalado entre o genitor e a tia materna, quem possui a guarda de fato da menor, há que prevalecer o interesse da infante, afastando-a de situações conflitantes.
- A transferência da guarda a terceiro é medida excepcional (art. 33, §2º, ECA), mas deve-se analisar se será benéfica à menor e se a deixará em situação mais favorável do que se estivesse sob a guarda dos pais, titulares do poder familiar.
- Em que pese o vínculo afetivo entre pai e filha, a menor desde o óbito de sua genitora permaneceu sob os cuidados de sua tia materna, manifestando o seu interesse em continuar sob os seus cuidados.
- Constatado pelos estudos sociais que a criança, na companhia da família materna, tem toda a assistência espiritual, material e moral, não se justifica que se lhe subtraia o direito a tais prerrogativas.
- Recomendável preservar o status quo quando não há motivos relevantes para sua alteração.
- Recurso não provido.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0480.13.011258-8/001 - COMARCA DE PATOS DE MINAS - APELANTE(S): T.J.V. - APELADO(A)(S): C.M.P.M.

A C Ó R D ã O

(SEGredo DE JUSTIÇA)

Vistos etc., acorda, em Turma, a 4ª CÂMARA CÍVEL do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, por maioria, vencida a Relatora, em DAR PROVIMENTO AO RECURSO.

DESA. HELOISA COMBAT,

PRESIDENTE E RELATORA.



Tribunal de Justiça de Minas Gerais

DESA. ANA PAULA CAIXETA

REVISORA E RELATORA PARA O ACÓRDÃO.

DESA. HELOISA COMBAT (RELATORA)

V O T O

Preenchidos os pressupostos, conheço do recurso.

Trata-se de apelação cível interposta por T. J. V. contra r. sentença da lavra do MM. Juiz da Vara de Família e Sucessões da Comarca de Patos de Minas (ff. 113/115), que, nos autos da ação de guarda proposta por C. M. P. M., julgou procedente o pedido exordial e concedeu a guarda da menor K. H. V. em favor da autora (tia), para todos os fins legais.

Condenou o réu a pagar custas processuais e honorários advocatícios, que arbitrou em R\$500,00 (quinhentos reais), suspensa a exigibilidade por litigar sob o pálio da assistência judiciária gratuita.

Nas razões às ff. 117/124, o recorrente argúi que teve um breve relacionamento com C. M. P., do qual nasceu K. H. V.; que desde o seu nascimento a menor esteve sob a guarda da genitora e o apelante contribuía com alimentos, despesas médico-hospitalares, escolares e assistência afetiva; que a genitora faleceu em 23/03/2013; que a partir de então vem tentando regularizar a guarda de sua filha.

Alega ter sido surpreendido com o ajuizamento da presente demanda pela tia materna, com quem a criança está residindo, julgado procedente o pedido pelo MM. Juiz a quo sob o argumento de que a infante está adaptada à casa da tia, que lhe oferece assistência moral, afetiva, material e educacional.



Tribunal de Justiça de Minas Gerais

Destaca a preferência da concessão da guarda ao genitor, quem detém poder familiar, nos termos do art. 21, do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90) e art. 1.630 do CCB; que o direito-dever de guarda e proteção dos filhos decorre do poder familiar exercido por ambos os pais e não se exaure com o falecimento de um, passando a ser exercido exclusivamente pelo outro.

Assevera que possui plenas condições de ter a guarda em seu favor; possui uma família estruturada e uma vida financeira estável; preparou em sua residência o quarto de sua filha; providenciou plano de saúde, previdência privada e abriu uma conta bancária em nome da menor na Caixa Econômica Federal para depositar, mês a mês, o valor por ela recebido a título de pensão por morte da mãe, do INSS.

Expõe que desde o óbito da genitora tem auxiliado com as despesas da filha, cumprindo regularmente com sua obrigação legal; que presta assistência moral, afetiva, material e educacional à menor, a qual se mostrou adaptada ao pai, à família e ao lar paterno.

Aduz que não existe justificativa para o cerceamento do seu direito em obter a guarda, não configuradas as hipóteses de suspensão e extinção do pátrio poder; que a modificação da ordem de obtenção da guarda apenas seria possível caso não possuísse condições de exercê-la.

Alega que o interesse no bem-estar da filha está comprovado através de suas atitudes, preocupado em lhe oferecer mais conforto e garantir seu futuro; que não há qualquer fato que o desabone e que a assistência prestada pela tia, também é ofertada pelo pai, não havendo que se falar que a apelada possui melhores condições de ficar com a menor.

Afirma que, quanto à manifestação de vontade da menor, deve-se ponderar que uma criança com tão pouca idade (05 anos), que nunca morou em outra residência, manifeste interesse em



Tribunal de Justiça de Minas Gerais

permanecer onde está.

Pugna pelo provimento recursal, a fim de que seja reformada a r. sentença, concedendo ao apelante a guarda definitiva da menor K. H. V..

Passo a decidir.

No direito de família, notadamente quando se trata do interesse de menores, a responsabilidade do julgador é redobrada. Quando a vida de uma criança está para ser decidida, o que refletirá para toda a sua vida adulta, qualquer mudança deve ser vista com cautela e a verossimilhança das alegações deve ser analisada com maior rigor, atentando-se às circunstâncias fático-probatórias apresentadas.

Na linha da orientação jurisprudencial dominante, o menor deve ser protegido de mudanças prejudiciais a sua estabilidade emocional.

K. H. V., menor impúbere nascida em 18/12/2008 (f.13), fruto de um breve relacionamento entre o apelante e C. M. P. (in memoriam), atualmente está sob a guarda de fato e responsabilidade da tia materna C. M. P. M., a qual pretende obtê-la em definitivo, contrariando a vontade do genitor, que contesta a sua preferência.

No princípio, não pairavam divergências em torno da custódia da menor, a qual vivia com a mãe sem a objeção do pai, que, inclusive, ajuizou ação de oferta de alimentos c/c regulamentação do direito de visitas (autos nº 0480.11.005699-5), firmando acordo quanto ao valor dos alimentos, guarda e direito de visitação do requerente à filha, homologado por sentença em 20.07.2011.

Entretanto, após o lamentável óbito de C. M. P. (23.03.2013), aos 42 (quarenta e dois) anos de idade (f. 14), a menor K. H. V., à época, com 04 (quatro) anos, continuou morando na casa da tia, onde já residia com a progenitora desde dezembro de 2012,



Tribunal de Justiça de Minas Gerais

devido ao agravamento do estado de saúde desta última.

Desde então, decorrido um mês após o falecimento da irmã da apelada, o ora recorrente pleiteou a regularização da guarda c/c exoneração da obrigação alimentar nos autos do processo de nº 0480.11.005699-5 (ff. 15/16).

Afirmou que, na condição de novo detentor da guarda, levaria a filha para residir em seu lar, contudo, somente não o fez de imediato pelo fato de que a menor sempre morou com a mãe e a família materna, cuja transferência poderia causar-lhe traumas, fazendo-se necessário que a mudança ocorresse gradativamente a fim de adequá-la à nova realidade, buscando sempre seu melhor interesse.

O pedido foi indeferido pelo MM. Juiz singular, Dr. Tenório Silva Santos (f. 30), que conclui pela impossibilidade de apreciação do pedido no bojo dos autos de nº 0480.11.005699-5, já que demandava ação própria, acolhendo o parecer lançado pelo d. Promotor de Justiça, Dr. Jaques Souto Ferreira, que opinou pela necessidade de se oportunizar o contraditório aos tios, que vinham exercendo a guarda de fato da infante desde a morte de sua mãe (ff. 24/25).

Na sequência, a tia da menor ajuizou a presente ação de guarda, valendo-se como prova emprestada do estudo social produzido nos autos de nº 0480.11.005699-5 (ff. 17/23), realizadas as visitas domiciliares em 14 e 17/05/2013.

Durante visitação à residência da apelada, a assistente social foi informada de que T. tinha pouco contato com a filha enquanto C. era viva, mas, depois que faleceu, ele tem visitado a menor com frequência, levando-a a escola algumas vezes durante a semana e buscando-a todos os finais de semana, inclusive, ao ser comunicado sobre uma reunião de pais no educandário, o mesmo compareceu.

Por sua vez, T. reconhece que tinha pouco contato com a



Tribunal de Justiça de Minas Gerais

filha, mas afirma que quando C. soube que estava com câncer, ela dificultou as visitas de final de semana, sempre que ele telefonava dizendo que ia buscar a filha, a mãe negava, pois queria passar o máximo de tempo com K., o que lhe causava constrangimento.

O apelante relatou que conheceu a mãe da menor durante um curso técnico em Meio Ambiente em 2007/2008, que foi um relacionamento de um mês, e, quando soube que C. estava grávida, ele tinha 23 anos e ela 38 anos de idade.

Atualmente, o recorrente está com 28 anos, cursa Engenharia Ambiental na faculdade U., no turno da noite, trabalha como autônomo e desde outubro de 2012 é sócio da empresa "P. Consultoria Ambiental", reside em casa própria com os pais, possui uma família estruturada (pai, mãe, uma irmã e três irmãos), uma vida financeira ativa e um relacionamento sólido há quase três anos com uma pedagoga, demonstrando estabilidade no plano familiar, afetivo e econômico.

O recorrente tem outro filho, chamado I., nascido em 13/01/2010, portanto, um ano mais novo que K., ao qual ele também paga pensão, e que mora em Palmas/TO com a mãe.

De acordo com as declarações do apelante no 1º estudo técnico realizado, não obstante sua concordância, no início, em deixar K. sob o amparo dos tios maternos, mudou de ideia, pois ele é o pai e sabe que terá o apoio e suporte de seu núcleo familiar para cuidar da filha.

Dispõe o art. 229, da Constituição Federal, que "os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores", estabelecendo, no mesmo sentido, o artigo 22, do Estatuto da Criança e do Adolescente que "aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhes ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais".



Tribunal de Justiça de Minas Gerais

Impõe-se salientar que, atualmente, a regra no ordenamento jurídico tem sido a adoção da guarda compartilhada, nos termos da legislação vigente, Lei nº 11.698/08, que alterou substancialmente o art. 1.584, do Código Civil, significando um avanço na co-responsabilidade dos genitores, ou destes com os guardiões do menor, assegurada a maior participação dos responsáveis pelo desenvolvimento saudável da criança e permitindo, desse modo, a continuidade da relação familiar.

Todavia, na hipótese em que a guarda compartilhada se torna inviável, seja em decorrência do rompimento de uma relação conjugal, ou aqui por ter um dos genitores falecido, inexistente laços estreitos de convivência entre a família paterna e a materna, preceitua o art. 1.583, §2º, do Código Civil, que: "a guarda unilateral será atribuída ao genitor que revele melhores condições para exercê-la e, objetivamente, mais aptidão para propiciar aos filhos os seguintes fatores: I - afeto nas relações com o genitor e com o grupo familiar; II - saúde e segurança; III - educação".

Por sua vez, o §5º, do art. 1.584, do CCB, acrescentado pela Lei nº 11.698/08, autoriza a concessão da guarda a terceiro, privilegiando-se, na medida do possível, o vínculo de parentesco e as relações de afetividade, vejamos: "§5º. Se o juiz verificar que o filho não deve permanecer sob a guarda do pai ou da mãe, deferirá a guarda à pessoa que revele compatibilidade com a natureza da medida, considerados, de preferência, o grau de parentesco e as relações de afinidade e afetividade".

Depreende-se, pois, que é um dever-poder dos pais a criação dos filhos, mas não sendo possível o exercício de tal encargo, é imprescindível verificar se quem exerce a guarda de fato possui plenas condições para continuar o encargo.

O exercício do poder familiar implica obrigação de prestar cuidado, proteção e zelo ao menor, a ser interpretado de forma abrangente, compreendendo aspectos de saúde, higiene, educação, desenvolvimento intelectual e afetivo.



Tribunal de Justiça de Minas Gerais

Diante do litígio entre o genitor e uma tia da criança, deve-se buscar a alternativa mais vantajosa para a sua formação e desenvolvimento saudável. Vale dizer, onde se controvertem direitos da criança e do adolescente, o princípio do maior interesse é, de fato, o vetor interpretativo a orientar a decisão do Magistrado.

José de Faria Tavares, na obra *Direito da Infância e da Juventude*, Ed. Del Rey, 2001, disserta: "A guarda é instituto essencialmente de direito personalíssimo. Tem em vista a especial proteção à personalidade humana do acolhido, tanto que ela é bastante quando não há interesses materiais a gerir, embora possa e deva se ocupar disso, se for o caso." (p. 143).

Não há nada que contra-indique a guarda da infante pelo genitor, conforme os estudos sociais realizados (ff. 17/23; 105/110), a menor alimenta afeto e carinho por ele, gosta da companhia paterna, mas nas duas oportunidades em que foi indagada manifestou o interesse em permanecer morando com a tia.

"No momento da segunda visita domiciliar realizada no período da manhã na residência de C., estavam presentes: C., sua filha, a B., e seu filho, o K., a K. chegou em seguida.

C. informou que K. estava na casa de sua irmã, E., que mora próximo, e que a criança havia dormido lá na noite anterior. Imediatamente C. telefonou para sua irmã, um sobrinho prontamente levou a criança.

Pôde-se observar que desde o momento em que K. chegou em casa, ela se mostrou integrada e adaptada aos membros da família e à casa de C., K. demonstrou vínculo afetivo com a tia, C., bem como com os primos, B. e K.. Demonstrou ter uma relação afetiva e carinhosa com a tia e fala sobre o pai de maneira afetuosa.

No contato com essa assistente social, K. se mostrou falante e afetuosa. A criança aceitou prontamente a fazer uma atividade de um



Tribunal de Justiça de Minas Gerais

desenho livre. Pareceu ter o desenvolvimento em geral compatível com a idade. Demonstrou ser capaz e conseguiu se expressar verbalmente sobre a morte da mãe e sobre quem é o adulto responsável por ela.

Essa técnica informou a K. sobre a razão da visita dessa assistente social, e a criança manifestou que tem visto o pai; que gosta de ir na casa do pai de dormir lá, porém não quer morar na casa dele." (f 20).

No segundo estudo social, realizada a visitação pela técnica em 13.06.2014, ou seja, um ano depois, não se observaram mudanças significativas em relação à realidade fática antes apresentada,

"A criança se mostrou espontânea e tranquila. Demonstrou capacidade de se expressar verbalmente e pareceu ter um desenvolvimento em geral compatível com a idade. Verificou-se que há um arranjo de cuidados básicos com a criança, no que se refere à saúde, educação, proteção e higiene.

K. foi informada sobre o motivo da visita e do que se tratava a presente ação e pareceu compreender. Também a criança mencionou que tem visto o pai, que gosta de ir na casa do pai e de dormir lá, porém manifestou que gostaria de permanecer morando com a tia." (f. 108).

Ressalte-se a importância da participação da menor ao exteriorizar o seu desejo, contudo, a decisão sobre a guarda não pode recair, exclusivamente, sobre a manifestação de vontade de uma criança com tenra idade - 05 (cinco) anos, devendo ser conciliada com outros fatores elementares para a definição do caso.

A custódia da criança deve ser deferida a quem ofereça melhores condições para educá-la e criá-la, proporcionando segurança, saúde, educação, afeto, dentre outros interesses primordiais para o seu completo desenvolvimento.

Percebe-se que os dois lados da relação processual, na



Tribunal de Justiça de Minas Gerais

verdade, compartilham de um objetivo comum, proporcionar bem-estar à menor K., garantindo-lhe um desenvolvimento saudável e equilibrado, em um ambiente familiar acolhedor.

É inconteste o esforço e empenho do apelante para se aproximar cada vez mais de sua filha, tornando-se bastante presente no seu cotidiano.

Após a morte da genitora, o pai buscou acompanhamento psicológico com profissionais, com a participação de todo o núcleo familiar, a fim de direcioná-los nas atitudes para com K., bem como com o propósito de adaptá-la à nova fase, minimizando, ao máximo, os efeitos das mudanças pelas quais passou.

O requerente também preparou o quarto da filha em sua residência, com todo o mobiliário, roupas, brinquedos (ff. 66/69), paga plano de saúde da UNIMED e previdência privada em benefício da filha (ff. 85/89) e deposita os valores da pensão por morte do INSS em conta bancária aberta em nome da menor (f. 92).

Merece reconhecimento o esforço do genitor em se inserir no cotidiano de sua filha, estreitando o vínculo paterno-filial, preocupado em se fazer mais presente e, também, adotar providências que assegurem um futuro de qualidade a K..

O psicólogo W. L. L. (CRP/MG 31065), responsável pelo acompanhamento psicológico da menor desde o falecimento da mãe, ao longo do tratamento, declarou ter percebido que a criança recebe cuidados e atenção por parte da família materna, fortalecendo os vínculos familiares, mas também dá ênfase ao comprometimento do pai quanto às orientações recebidas, seu interesse em torno das questões que dizem respeito ao dia a dia da filha e seu desejo em estar próximo dela, tanto quanto possível, dando-lhe cuidados e transmitindo-lhe valores.

Ainda, de acordo com o profissional, "A criança demonstra boa adaptação tanto na família materna quanto na paterna,



Tribunal de Justiça de Minas Gerais

encontrando suas referências para o desenvolvimento da autonomia, obediência, interação familiar e social, comunicação e outros, conforme as necessidades próprias da idade" (f. 94).

É de conhecimento geral que a guarda do filho menor cabe aos pais porque são os titulares do poder familiar. Somente em caráter excepcional, a lei permite a sua transferência a terceiros.

Nesse sentido, preceitua o art. 33, da Lei 8069/90 (ECA):

"Art. 33. A guarda obriga à prestação de assistência material, moral e educacional à criança ou ao adolescente, conferindo ao 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.

§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 atos determinados."

Dessarte, para a transferência da guarda a terceiro, deve-se analisar, acima de tudo, se essa medida será benéfica à menor, se a deixará em situação mais favorável do que se estivesse sob a guarda do pai biológico.

Portanto, diante da excepcionalidade da transferência da guarda, há que se agir com cautela, para não impor à criança sofrimento desnecessário, mormente em face ao estado de fragilidade a que foi exposta pela perda irreparável da figura materna.

O apelante pretende restabelecer a ordem nos vínculos, priorizando a situação em que o pai poderá melhor exercer o poder familiar, na ausência da mãe, com primazia sobre outros parentes.



Tribunal de Justiça de Minas Gerais

Compreendo que o convívio paterno-filial é fundamental para a formação da identidade pessoal da menor, como referência de autoridade, orientação e afeto. Para que se lhe retire a guarda deve existir prova que desaconselhe a inserção da menor no núcleo familiar paterno.

Como visto, não há nada que o desabone, é cumpridor das suas obrigações legais, em relação à manutenção da K., continua contribuindo com R\$204,00 mensais mais 50% no custeio das despesas com consultas médicas, vestuário, material escolar e medicação. E, depois do falecimento da genitora da menor, contratou plano de saúde e oferece assistência afetiva, material e educacional.

Por outro lado, tenho a impressão de que a permanência no seio da família materna, sob os cuidados da tia, que até então vem se dedicando à criação da menor, é a providência mais recomendável, neste momento.

Em que pese o vínculo afetivo entre pai e filha, a menor desde o óbito de sua genitora permaneceu sob os cuidados de sua tia materna, manifestando o seu interesse em continuar sob os seus cuidados.

É incontroverso que os tios maternos dispensam todos os cuidados necessários à menor, sendo dedicados e afetuosos.

Nesse diapasão, aplica-se à espécie a dicção do art. 1.584, §5º, do Código Civil, retro transcrito. Convém destacar as considerações de Rolf Madaleno sobre o disposto no §5º,

"... deve o magistrado sobrelevar os interesses dos filhos acima de qualquer importância que pudesse sobressair dos objetivos paternos na disputa da custódia da sua descendência, sem descartar de deferir a guarda para terceiros, se possível parentes; mas acima dos vínculos de parentesco estão os vínculos de afetividade, como sucedeu com a custódia do filho da cantora Cássia Eller, cuja guarda foi disputada entre o avô materno e a companheira da artista, prevalecendo o



Tribunal de Justiça de Minas Gerais

critério da afinidade e da maior afetividade existente entre a criança e a guardiã eleita por decisão judicial (CC, art. 1.584, §5º, c.c. art. 1.586)" (in Curso de Direito de Família; Editora Forense - 4ª Edição; Rio de Janeiro: 2011; pág. 324).

Na esteira da abalizada doutrina, a guarda deve atender ao interesse do menor, devendo-se preservar o status quo quando não há motivos relevantes para sua alteração.

Assim como não é aconselhável que a menor seja privada do convívio paterno, também não se recomenda o seu distanciamento dos familiares maternos. Afastá-la do ambiente ao qual está habituada desde seu nascimento poderá resultar em inequívoco prejuízo psíquico-emocional.

Percebe-se que a menor nutre carinho pelo pai, mas não titubeia em dizer que o seu desejo é continuar a residir com a tia.

Portanto, inexistindo motivos para a alteração da guarda em favor do pai, o que pode até mesmo acarretar prejuízo ao desenvolvimento da menor, que já sofreu perdas irreparáveis com o óbito de sua genitora, mostra-se razoável manter a situação fática existente.

O ideal seria que as duas famílias, paterna e materna, ambas preocupadas com o melhor interesse da menor, compusessem seus interesses individuais em conformidade com o bem-estar da menor.

A dupla jornada do pai, que trabalha durante o dia e no turno da noite dedica-se à faculdade, impossibilita que dispense à sua filha a atenção que uma criança da sua idade demanda.

A intenção de matriculá-la em uma escola particular, em honorário integral, não se afigura a melhor solução para o caso. A menor está acostumada com a convivência diária com os parentes maternos, tios e tias, primos e primas, todos residem no mesmo bairro, além do que estuda na mesma escola que seu primo K., apenas



Tribunal de Justiça de Minas Gerais

01 (um) ano velho que ela.

Creio que apartá-la dessa realidade é medida temerária, podendo causar-lhe insegurança por se encontrar frente a um novo cenário espacial, social, educacional, de costumes e princípios, sem o amparo familiar da totalidade daqueles que até então participaram do seu dia-a-dia.

Na definição da guarda, devem-se conciliar os princípios do melhor interesse do menor, da parentalidade responsável e da proteção integral, observando, diante das peculiaridades de cada caso, aquele que possui melhores condições de atender às necessidades do infante, não apenas financeiras, mas, primordialmente, psicológicas e afetivas.

Constatado pelos estudos sociais que a criança, na companhia da família materna, tem toda a assistência espiritual, material e moral, não se justifica que se lhe subtraia o direito a tais prerrogativas.

A coabitação com o pai se mostra inviável por todas as circunstâncias expostas, malgrado conte com a disposição dos membros do seu núcleo familiar para auxiliá-lo nos cuidados com a menina, não se trata de delegar somente a realização de algumas tarefas nos cuidados com a criança, situação que é presente, inclusive na relação com a escola, mas uma inevitável ausência da qual ele, nesse momento de dedicação ao crescimento profissional, não pode dispor.

Também não é razoável a transmissão das suas responsabilidades à tia paterna. O apelante tem uma irmã encarregada dos cuidados com sua mãe, uma senhora de idade, acamada, cujas limitações demandam a presença de alguém em tempo integral para auxiliá-la.

Não pode o recorrente contar com a ajuda dessa irmã para cuidar de sua filha, que certamente não disporá de tempo para



Tribunal de Justiça de Minas Gerais

dedicar-se à menor, já ocupada com os cuidados com sua mãe e seus filhos. Significaria transferir o encargo assumido voluntariamente pela tia materna aos parentes paternos, sendo que estes sequer manifestaram tal intento.

Creio que a concessão da guarda à tia materna, além de preservar o contexto ao qual está bem adaptada a criança, em muito pouco irá alterar a relação da menina com o pai, este tem direito à visitação livre, permitindo fortalecer o vínculo paterno-filial, ao mesmo tempo, resguarda os interesses da criança em crescer e se desenvolver em um ambiente sadio, de afeto, em que recebe o carinho e atenção da família materna.

Ademais, a guarda poderá ser alterada em outra oportunidade, uma vez que a decisão não é imutável.

Pelo exposto, e também acolhendo o parecer do douto Procurador de Justiça, Dr. Derivaldo de Paula Assunção, **NEGO PROVIMENTO AO RECURSO**, confirmando a r. sentença hostilizada.

Custas ex lege.

DESA. ANA PAULA CAIXETA (REVISORA E RELATORA PARA O ACÓRDÃO)

VOTO

Cuida-se de apelação cível interposta por T.J.V. em face da sentença de f.113/115, que, nos autos da "Ação de Guarda e Responsabilidade" da menor K.H.V., julgou procedente o pedido inicial concedendo a guarda da criança a favor da Autora, tia materna da menor.

A ilustre Relatora está negando provimento ao recurso. No entanto, ousou divergir de seu judicioso voto.



Tribunal de Justiça de Minas Gerais

O cerne do apelo cinge-se em verificar a possibilidade de alteração da guarda da menor para a sua tia materna.

O art. 227, da Constituição Federal estabelece que é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à alimentação, à educação, à dignidade, ao respeito, à liberdade e, também, à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

A Lei nº 8.069/1990, por sua vez, dispõe que a criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral, assegurando-lhes todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e dignidade, na forma do respectivo art. 3º.

Com efeito, o art. 19, do mesmo diploma, estabelece que "toda criança ou adolescente tem direito a ser criado e educado no seio da sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária".

A guarda encontra-se disciplinada pelo o art. 33, do Estatuto da Criança e do Adolescente, o qual prevê que a sua modificação é medida excepcional, somente devendo ser efetivada quando presentes as seguintes hipóteses:

"Art. 33. 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 estrangeiro.



Tribunal de Justiça de Minas Gerais

§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 atos determinados."

No presente caso, como bem ressaltou a douta Relatora: "Atualmente, o recorrente [pai biológico] está com 28 anos, cursa Engenharia Ambiental na faculdade U., no turno da noite, trabalha como autônomo e desde outubro de 2012 é sócio da empresa "P. Consultoria Ambiental", reside em casa própria com os pais, possui uma família estruturada (pai, mãe, uma irmã e três irmãos), uma vida financeira ativa e um relacionamento sólido há quase três anos com uma pedagoga, demonstrando estabilidade no plano familiar, afetivo e econômico." - g.n.

Além disso: "Não há nada que contra-indique a guarda da infante pelo genitor, conforme os estudos sociais realizados (ff. 17/23; 105/110), a menor alimenta afeto e carinho por ele, gosta da companhia paterna, mas nas duas oportunidades em que foi indagada manifestou o interesse em permanecer morando com a tia."

Com a devida vênia, diante do quadro acima delineado, entendo que não há razão para modificação da guarda da criança nos moldes como foi determinado.

Inexistem elementos que desabonem a conduta do genitor. Pelo contrário, trata-se de pai que se mostra presente e preocupado com o bom desenvolvimento físico e psíquico da filha.

Ressalte-se que o genitor se dedica para oferecer boa qualidade de vida para sua filha, tendo montado um quarto bem estruturado para atendê-la, consoante se verifica pelas fotografias de f.66/69.

Nesse sentido, o simples fato de a criança desejar, neste momento, permanecer com a tia (com quem reside há pouco mais de um ano), não pode conduzir à procedência do pedido inicial,



Tribunal de Justiça de Minas Gerais

principalmente porque se trata de menor impúbere (de apenas 05 anos de idade - f.13), cuja manifestação de vontade deve ser examinada com extrema cautela.

A meu sentir, na espécie, cabe ao pai, no exercício do poder familiar que lhe foi legalmente conferido, dirigir criação e educação à sua filha, tendo-a em sua companhia.

De mais a mais, os parentes próximos podem conviver e auxiliar a menor no seu desenvolvimento sem que seja necessária a modificação de guarda.

Dessa forma, ausente a demonstração de que a criança, na companhia do pai, se encontra em situação de risco e, por conseguinte, que a modificação da guarda se prestaria para atender a uma situação peculiar, a sentença de primeiro grau merece reforma.

Ante o exposto, pedindo vênias à douta Relatora, DOU PROVIMENTO AO RECURSO, para julgar improcedente o pedido de guarda, devendo a criança permanecer na companhia do genitor.

Inverto os ônus sucumbenciais impostos na sentença, suspensa a exigibilidade em relação à Requerente, por litigar sob o pálio da justiça gratuita.

Custas recursais ex lege.

DES. MOREIRA DINIZ

Estou de acordo com a Revisora.

SÚMULA: "DERAM PROVIMENTO AO RECURSO, VENCIDA A RELATORA"



Tribunal de Justiça de Minas Gerais