

**Guarda de menor - Regulamentação de visitas -
Alimentos - Cumulação de ações - Pais biológi-
cos - Impossibilidade de criação do menor -
Hábitos incompatíveis - Guarda de fato - Casal
estranho à lide - Citação - Necessidade -
Litisconsórcio passivo necessário**

Ementa: Apelação cível. Ação de guarda do filho menor c/c regularização de visitas e alimentos. Pais biológicos. Impossibilidade de criação do menor. Hábitos incompatíveis. Guarda de fato com terceira pessoa que não integra a lide. Necessidade de citação deste casal. Litisconsórcio passivo necessário. Preliminar suscitada de ofício. Sentença cassada.

- Uma vez constatando o juiz não devam os filhos permanecer sob a guarda do pai ou da mãe, deferirá a custódia do menor ou adolescente à pessoa que revele compatibilidade com a natureza da medida, de preferência levando em conta o grau de parentesco e a relação de afinidade e de afetividade (parágrafo único do art. 1.584 do CC).

- 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 deferir a guarda para terceiros, se possível parentes; mas, acima dos vínculos de parentesco, estão os vínculos de afetividade. Assim sendo, deve integrar a lide em que se discute a guarda de filho menor o terceiro que detém a guarda de fato, tendo em vista que a sentença que vier a ser proferida sobre a questão repercutirá diretamente em sua esfera jurídica, tratando-se de hipótese de litisconsórcio necessário. Tal é o caso dos autos, pelo que deverá a sentença ser cassada para que o casal que detém a guarda de fato do menor seja citado a se manifestar sobre a discussão dos autos.

**APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0035.07.092744-3/002 -
Comarca de Araguari - Apelante: J.B.M. - Apelado:
D.R.L. - Relator: DES. MAURO SOARES DE FREITAS**

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM SUSCITAR A PRELIMINAR DE NULIDADE PARA CASSAR A SENTENÇA.

Belo Horizonte, 16 de abril de 2009. - Mauro Soares de Freitas - Relator.

Notas taquigráficas

DES. MAURO SOARES DE FREITAS - Trata-se de apelação interposta por J.B.M. em face de D.R.L. contra a sentença que julgou procedente o pedido de guarda ao pai, regularizou a visita e fixou alimentos no importe de 25% do salário mínimo.

Inconformada, recorre a requerida pugnando pela reforma da sentença ao argumento de que o pai, ora apelado, não tem condições de cuidar do menor, já que foi preso com drogas. Afirma, ainda, que a apelante não é a mãe descuidada como tentou demonstrar o requerente, além de que, se mantida a sentença, o menor ficará com babá, já que aquele, assim como seus pais, trabalha o dia inteiro. Assim, requer que o menor seja mantido sob sua guarda.

Contrarrazões às f. 164/168, em óbvia infirmação.

Parecer ministerial opinando pelo desprovimento do recurso.

Conheço do recurso, presentes os pressupostos de admissibilidade.

O autor ajuizou a presente ação objetivando a transferência para si da guarda de seu filho, afirmando que a mãe, requerida, não tem a menor condição de criá-lo, uma vez que deixa a criança por conta de terceiros, enquanto frequenta bares, pensando somente em beber e fumar.

Ao contestar a ação, a requerida nega as afirmações do autor, afirmando que dá ao menor todo carinho e atenção, e que ele fica sob os cuidados de um casal enquanto trabalha.

Após estudo social realizado e regular andamento, julgou-se procedente o pedido, transferindo a guarda do menor para o pai, regularizando as visitas da mãe e condenando-a a pagar alimentos no valor de 25% do salário mínimo, o que ensejou o presente recurso.

Pois bem.

De ofício, suscito preliminar de nulidade da sentença, o que passo ao exame de meus Pares, uma vez que, tratando-se de litisconsórcio necessário, não houve citação. Explico.

Sobre a guarda dos menores, Fabrício Zamprogna Mattiello, in *Código Civil comentado*, 2. ed., Editora LTR, p. 1.051, ao comentar o art. 1.612, esclarece:

Como conseqüência do poder familiar a que se submetem os filhos menores, aquele que foi reconhecido ficará sob guarda de quem o reconheceu, seja o homem ou a mulher. Se os dois tiverem efetivado o reconhecimento, a decisão acerca da guarda caberá a ambos, por consenso. Inexistindo acordo de vontades, o menor ficará com o progenitor que puder melhor atender aos seus interesses, analisadas as condições morais e econômicas dos pais, a capacidade de propiciar ao filho boa educação, alimentação adequada, vestuário, ambiente salutar para completo desenvolvimento físico e psíquico e assim por diante.

Ao decidir qual dos genitores receberá a guarda do menor, o juiz levará em conta fundamentalmente a possibilidade que tem cada um deles de zelar pelos interesses do reconhecido. A decisão não deve prestigiar a vontade ou os anseios dos genitores, mas sim as necessidades essenciais do filho. [...]

É certo que o instituto da guarda foi criado com o objetivo de proteger o menor, salvaguardando seus interesses em relação aos pais que disputam o direito de acompanhar de forma mais efetiva e próxima seu desenvolvimento, ou mesmo no caso de não haver interessados em desempenhar esse *munus*.

Dessa forma, visa-se preservar as relações familiares, procurando, sempre que possível, manter unidas pessoas que possuem laços sanguíneos entre si. Isso porque se pressupõe que entre elas exista maior afinidade, inclusive por questões hereditárias.

Todavia, a guarda de uma criança deve ser alterada quando exista motivo suficiente para tal medida, tendo em vista a relevância dos interesses envolvidos.

Em relação ao tema, elucida Rolf Madaleno:

Uma vez constatando o juiz não devam os filhos permanecer sob a guarda do pai ou da mãe, deferirá a custódia do menor ou adolescente à pessoa que revele compatibilidade com a natureza da medida, de preferência levando em conta o grau de parentesco e a relação de afinidade e de afetividade (parágrafo único, art. 1.584 do CC).

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 paterno e a companheira da artista, prevalecendo o critério da afinidade e da maior afetividade existente entre a criança e a guardiã eleita por decisão judicial (parágrafo único do art. 1.584 c/c art. 1.586, ambos do CC).

A possibilidade de outorgar a guarda da prole a terceiros é repetida no art. 1.586 do Código Civil, quando, por motivos graves, o juiz considere inconveniente deferir a custódia aos pais e parentes, podendo optar pela internação do menor em algum estabelecimento de educação, ou encontrando pessoa capaz de cuidar do menor por afeição e amor (*Curso de direito de família*. 2. ed., Ed. Forense, p. 272).

Tal fato se torna nítido pela interpretação gramatical do princípio constitucional do melhor interesse da criança, que surgiu com a primazia da dignidade humana perante todos os institutos jurídicos e em face da

valorização da pessoa humana em seus mais diversos ambientes, inclusive no núcleo familiar.

A meu ver, tal é o caso dos autos. Ao que tudo indicou, nem o pai, nem a mãe do menor L.D. têm condições de criá-lo, no momento. Vê-se que são pais ainda imaturos, que desconhecem a importância da criação e educação de um filho.

Como uma mãe que deixa o filho com terceiros para ir a bares, voltando tarde da noite após ter ingerido bebida alcoólica e cigarros, pode cuidar de uma criança de apenas dois anos? E um pai que, às vésperas do Natal, é preso com substâncias entorpecentes?

Enquanto esses jovens pais não amadurecerem e levarem em conta a real importância de um filho, não há como conduzir a educação de um menor. Quais os valores que serão passados a esta criança?

Ademais, estão os autos a demonstrar uma queda de forças para ver quem irá “ficar” com o filho, e não quem irá educá-lo, dar-lhe carinho, atenção e amor que merece toda criança.

Pelo estudo social realizado nos autos, afirma a mãe da apelante, Sr.^ª G., que a filha teve um comportamento desajustado na adolescência consumindo bebida alcoólica e drogas, o que permaneceu durante a gravidez. Relata, ainda, que foi uma gravidez de risco e que, após o nascimento do menor, ela não assumia suas responsabilidades. Que, quando a criança tinha cinco meses, procurou o pai, autor, e que este também não quis assumir o filho. Dessa forma, como a avó precisava trabalhar, deixava a criança com uma colega de trabalho e seu marido (S. e J.M.), demonstrando muita atenção e carinho pela mesma, e que o consideram como filho. S. afirma que a criança é como membro da família e que o menor a chama de mãe, que todos da casa têm muito carinho e cuidado com L., se emocionando ao abordar a situação que estão vivendo. O estudo se encontra às f. 47/50 dos autos.

O art. 227 da Constituição Federal dispõe que é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, 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.

O próprio Estatuto da Criança e do Adolescente estatui, em seu art. 3º, que a criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais à pessoa humana, lhes assegurando “todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e igualdade”.

É notório, nos dias atuais, o fato de que a paternidade/maternidade afetiva vem assumindo grande importância, já que a posse do estado de filho é que

gera os efeitos jurídicos capazes de definir a filiação, havendo inclusive quem pense que a paternidade/maternidade socioafetiva deve prevalecer sobre a biológica.

Dessa forma, perante os documentos acostados aos autos, entendo que, no momento, a guarda do menor deverá ser direcionada ao casal S. e J.M., que cuidam da criança como se fosse filho, já que, a meu ver, nem o autor, nem a ré têm condições de criar o filho.

Ocorre que este casal não participou do processo e, a meu ver, trata-se de litisconsórcio passivo necessário, já que detêm a guarda de fato do menor, conforme relatado em estudo social. Em sendo assim, deverá o processo voltar à origem para citar o casal e determinar que este se manifeste acerca da guarda do menor L.D.

Ante o exposto, suscito preliminar para cassar a sentença, determinando o retorno dos autos à origem para que o casal acima seja citado e se manifeste quanto à possibilidade de assumir a responsabilidade da guarda do menor.

Custas, ao final.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES BARROS LEVENHAGEN e MARIA ELZA.

Súmula - SUSCITARAM A PRELIMINAR DE NULIDADE PARA CASSAR A SENTENÇA.

...