Tribunal de Justiça de Minas Gerais

Número do	1.0647.13.002668-3/002	**Númeração**	0026683-
Relator:	Des.(a) Dárcio Lopardi Mendes		
Relator do Acordão:	Des.(a) Dárcio Lopardi Mendes		
Data do Julgamento:	19/03/2015		
Data da Publicação:	25/03/2015		

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL - DIREITO DE FAMÍLIA - MODIFICAÇÃO DA GUARDA DE MENORES - PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA - GUARDA COMPARTILHADA - POSSIBILIDADE.

- 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.

- O princípio constitucional do melhor interesse da criança 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.

- Fixada a guarda, esta somente deve ser alterada quando houver motivo suficiente que imponha tal medida, tendo em vista a relevância dos interesses envolvidos

- Na guarda compartilhada pai e mãe participam efetivamente da educação e formação de seus filhos.

- Considerando que no caso em apreço, ambos os genitores são aptos a administrar a guarda das filhas, e que a divisão de decisões e tarefas entre eles possibilitará um melhor aporte de estrutura para a criação da criança, impõe-se como melhor solução não o deferimento de guarda unilateral, mas da guarda compartilhada.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0647.13.002668-3/002 - COMARCA DE SÃO

SEBASTIÃO DO PARAÍSO - APELANTE(S): H.K.S. E OUTRO(A)(S), C.S.S., C.S.S. - APELADO(A)(S): N.C.S.

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, em DAR PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO, VENCIDA PARCIALMENTE A REVISORA.

DES. DÁRCIO LOPARDI MENDES

RELATOR.

DES. DÁRCIO LOPARDI MENDES (RELATOR)

V O T O

Trata-se de Apelação Cível interposta por H.K.S., C.S.S. e C.S.S. contra a decisão de fls. 342/332, proferida pelo MM. Juiz da Vara de Família e Sucessões e da Infância e da Juventude da Comarca de São Sebastião do Paraíso, que, nos autos da "Ação de Modificação de Guarda de Menor c/c Exoneração e/ou Redução de Alimentos", ajuizada por N.C.S., julgou improcedente o pedido inicial, para modificar a guarda das menores C.S.S. e C.S.S., franqueando-a à autora, N.C.S., que poderá exercê-la unilateralmente. Por consequência, exonerou a genitora do encargo relativo ao pagamento da pensão alimentícia e estabeleceu os seguintes critérios para garantir ao genitor o direito de visitas às filhas: os fins de semana

serão alternados, podendo o genitor pegá-las às 08h30min do sábado e devolve-las às 11h30min da segunda feira imediatamente posterior; em dois dias da semana, poderá tê-las em sua companhia para pernoite, preferencialmente, às terças e quintas-feiras, a partir das 18:00 horas; na segunda metade das férias escolares ficarão em companhia do pai; no natal de 2014, ficarão com a mãe, e no réveillon na companhia do pai, alternando-se este critério nos anos vindouros; as menores deverão ficar na companhia do pai ou da mãe no dia em que estiverem comemorando seus aniversários, aplicando-se igual critério aos dias dos pais e dia das mães; o genitor poderá acompanhar as menores nos eventos sociais e recreativos promovidos pelas escolas nas quais ambas estiverem matriculadas, podendo ainda participar de toda a questão que envolva a saúde das menores. Condenou, ainda, o requerido ao pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios, arbitrados em 15% (quinze por cento) sob o valor da causa, corrigidos monetariamente, conforme indices estbelecidos pela tabela da CGJ, e acrescidos de juros de mora de1% (um por cento) ao mês, a contar da prolação da sentence, cuja exigibilidade restou suspensa por litigar sob o pálio da justiça gratuita.

Em suas razões (fls. 339/352), sustenta, em resumo que "os autos não apontam qualquer situação de risco das menores sob os cuidados do Apelante" (sic-fl. 340); que "as menores estão muito bem adaptadas ao convívio com o pai; que conforme o relatório da psicóloga social, o genitor garante às filhas uma vida tranqüila e segura" (sic- fl.340); que, "conforme apontado pelo estudo técnico, as filhas têm excelente relacionamento com o pai, mantendo com ele ótimo vínculo" (sic-fl.340); que as menores "chegaram a manifestar a assistente social que gostariam de permanecer como estão"(sic- fl.341). Argúi que a apelada não produziu qualquer prova que justificasse a perda da guarda pelo apelante; que "a fundamentação de pouquíssima importância e fulcrada apenas em suposições pelo d.juiz primevo não são suficientes para uma medida drástica como a ora verificada" (sic- fl241) ; que a guarda, os alimentos e as visitas decorreram de um acordo realizado nos autos do processo de divórcio dos demandantes; que o referido acordo proporcionou a apelada

várias oportunidades de convivência com as filhas, praticamente se igualando ao Apelante; que "as filhas em momento algum são privadas da convivência e diálogos com a mãe" (sic- fl.342); que "nunca se interpôs contrariamente à boa convivência da Apelada com as filhas. Pelo contrário, sempre as fomentou" (sic -fl.342). Alega, ainda, que a apelada adota atitudes que demonstram a sua inconseqüência e irresponsabilidade no tocante as filhas, como, ignorar o sábado letivo das menores, para levá-las a uma viagem, o que prejudicou as notas da filha mais velha; que a apelada abandonou, em 2010, espontaneamente o lar, deixando as duas filhas apenas sob os cuidados do apelante; que várias pessoas declaram que a apelada saiu de casa por livre e espontânea vontade; que a partir do abandono do lar a genitora passou a viver como se solteira fosse; que após a separação de fato, o apelante teve que insistir para que a apelada mantivesse contato com as filhas; que a genitora não possui a mínima condição de exercer a guarda unilateral das crianças; que a genitora pretende se mudar para a capital mineira, o que demonstra instabilidade em seu comportamento; que o pai é um referencial muito mais seguro para as meninas crescerem e se desenvolverem.

Com esses argumentos, requer seja dado provimento ao recurso, para o fim de reformar a sentença e julgar improcedentes os pedidos iniciais.

Contrarrazões apresentadas às fls. 354/358.

A douta Procuradoria Geral de Justiça, por meio do parecer de fls.391/396, opina pelo desprovimento do recurso.

Ausente o preparo, eis que o apelante litiga sob o pálio da Justiça gratuita.

Assim, presentes os demais pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso.

Conheço do recurso, porquanto presentes os seus pressupostos legais de admissibilidade.

A princípio, é de se ressaltar que a legislação vigente, ao regular as questões atinentes à convivência familiar - como a guarda, o direito às visitas, a adoção - atribui ao magistrado uma margem de aplicação de equidade e razoabilidade, diante do caso concreto, sob pena de, ao invés de cumprir seu objetivo de congregar as pessoas, acabar segregando-as.

A guarda dos menores de idade, na dicção de FABRÍCIO ZAMPROGNA MATIELLO, in "Código Civil Comentado", 2ª edição, Editora LTR, p. 1.051, pode ser assim esclarecida:

"Como consequência 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. (...)".

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.

Neste sentido, é a lição de GUILHERME GONÇALVES STRENGER, in verbis:

"O interesse do menor é princípio básico e determinante de todas as avaliações que refletem as relações de filiação. O interesse do menor pode-se dizer sem receio, é hoje verdadeira instituição no tratamento da matéria que ponha em questão esse direito. Tanto na família legítima como na natural e suas derivações, o interesse do menor é princípio superior. Em cada situação cumpre ao juiz apreciar o interesse do menor e tomar medidas que o preservem e a apreciação do caso deve ser procedida segundo dados de fato que estejam sob análise". (in Guarda de Filhos, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p. 64).

Também se deve realçar que, não somente, as condições financeiras e econômicas do interessado em exercer a guarda devem ser levadas em consideração, visto que as necessidades do menor ultrapassam os limites materiais, adentrando no campo da afetividade, do amparo psíquico, social e sentimental.

Nesse diapasão, conforme preceitua o art. 35 do Estatuto da Criança e do Adolescente, a guarda pode ser revogada a qualquer tempo, mediante ato judicial fundamentado, ouvido o Ministério Público.

Tal fato torna-se nítido pela interpretação gramatical do Princípio Constitucional do Melhor Interresse 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.

De acordo com tal princípio, deve-se preservar, ao máximo, aqueles que se encontram em situação de fragilidade, a criança e o adolescente, por estarem em processo de amadurecimento e formação da personalidade.

O menor tem, assim, o direito fundamental de chegar à condição adulta sob as melhores garantias morais e materiais.

São essas as diretrizes adotadas pelo legislador constituinte de 1988:

Art. 227 - É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar a 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 artigo 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".

Compulsando atentamente os autos, verifica-se que as partes foram casadas, sendo que, do casamento adveio as filhas C.S.S. e C.S.S. Findo o relacionamento, por não conseguirem mais as partes manterem a vida conjugal, a requerente deixou o lar, onde vivia com o requerido e as filhas, ficando este com a guarda, de fato das menores.

Posteriormente, o apelante ajuizou ação de divórcio em face da ora apelada, na qual ficou acordado que a guarda permaneceria com o genitor e a mãe pagaria, mensalmente, pensão alimentícia no valor correspondente a 20% do seu salário bruto, podendo, ainda, exercer o direito de visita.

Sendo assim, fixada a guarda, esta somente deve ser alterada quando houver motivo suficiente que imponha tal medida, tendo em

vista a relevância dos interesses envolvidos.

Na hipótese, o pedido de modificação de guarda da criança e da adolescente foi baseado no comportamento do pai (apelante), guardião, que, Segundo consta dos autos, priva as menores de se encontrarem com a mãe.

Além disso, conforme alegado pela apelada, as menores demonstram uma maior necessidade da presença materna, figura feminina que consegue lidar com certas situações e aconselhá-las.

Observa-se processado que ambos os genitores são equilibrados e possuem completa capacidade para ter a guarda das filhas. O problema principal é a ausência de diálogo entre as partes, o que desgasta ainda mais a relação que possuem, dificultando as visitas e afetando as filhas de forma negativa.

Depreende-se, também, que as menores possuem um forte laço afetivo com ambos os pais; que são saudáveis e bem cuidadas e que manifestam vontade de permanecer mais tempo com a mãe.

Portando, percebe-se que a guarda, da maneira que foi fixada no acordo realizado pelos genitores, não está beneficiando as menores, tendo em vista que o pai mostra-se intransigente em relação às visitas da mãe e que as crianças sentem necessidade de conviver mais tempo com ela.

Assim, analisando as alegações do apelante, com base no poder geral de cautela do juiz, e ainda no princípio do melhor interesse do menor, tenho que se afigura como melhor solução o deferimento da guarda compartilhada das menores.

Nessa modalidade, pai e mãe participam efetivamente da educação e formação de seus filhos. Sobre o tema, confira-se o entendimento de Regina Beatriz Tavares da Silva:

Nessa espécie de guarda, pai e mãe mantêm a responsabilidade conjunta pela tomada de decisões na escolha da escola, das atividades extracurriculares e dos tratamentos de saúde, dentre outras importantes definições para a criança e o adolescente (Curso de direito civil. Direito de família. 42. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. vol. 2).

Assim, da análise cuidadosa de tudo o que foi juntado aos autos, a meu juízo, a guarda compartilhada constitui a decisão mais acertada, pois possibilitará um maior convívio materno com as meninas, o que, com certeza, é mais benéfico ao desenvolvimento delas.

Corrobora esta decisão o estudo social juntados aos autos, fl.51, que concluiu que a guarda compartilhada seria a mais favorável para o bem estar das menores, vejamos:

Vejamos passagens do Estudo Social que confirmam essas conclusões, in verbis:

"As filhas afirmam bom relacionamento com ambos os genitores e manifestam que gastaram da maneira como foram estabelecidasd as visitas atualmente e gostariam que permanecesse desta maneira.

(...)

Após estudo, pudemos observar que os genitores continuam proferindo acusações mútuas e discordam com o comportamento assumido pelo outro em relação às filhas e o litígio se acirra devido à falta de diálogo entre as partes. Neste caso, as filhas acabam senado penalizadas, de certa forma, pois os pais atrelam o modo de viver das meninas ao tipo de relação que eles conseguiram estabelecer entre si pós-separação.

Contudo, após estudo, pudemos observar que as filhas, apesar dos acontecimentos que vivenciaram, prseravam e nutrem forte sentimento de afetividade prlos genitores e desejam desfrutar as visitas, pois convivem que que igualitariamente com os pais, todavia, do ponto de vista técnico, não porque isto é o melhor para elas, mas sim porque o modo como estavam vivendo antes as desagradava muito.

Do ponto de vista social, não verificamos nenhum indício de que esteja ocorrendo alienação parental, todavia, as divergências entre os genitores continua, dificultando a formação de acordo entre as partes, principalmente pelo requerido que se nega a estabelecer qualquer tipo de contato com a autora.

Não observamos sinais de maus-tratos e/ou negligência por parte do genitor que justifique a modofiocação da guarda, todavia o guardião monopoliza as decisões com relação à vidas das filhas e recusa a participação da genitora e isto acaba prejudicando o relacionamento entre mãe e filhas.

Por outro lado, estando a convivência entre pais e filhas praticaente igualitária a guarda compartilhada seria o mais favorável para o bem estar das meninas e também seria uma forma de compartilhar as responsabilidades e decisões que atualmente ficam exclusivamente no poder do guardião.

(...) (sic - fls. 50/51 - grifo nosso)

Cumpre ressaltar que a guarda compartilhada constitui o "regime geral" do instituto da guarda, só não podendo ser adotada quando o caso concreto assim não permitir. Essa mudança de entendimento deve-se a lei 11.698/08, que alterou o Código Civil de 2002, cujo art. 1.584, § 2.º, passou a estabelecer que, na falta de acordo, sempre que possível, o Juiz deve estabelecer a guarda compartilhada, in verbis:

Art. 1.584. A guarda, unilateral ou compartilhada, poderá ser: (Redação dada pela Lei nº 11.698, de 2008).

(...)

§ 2o Quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, será aplicada, sempre que possível, a guarda compartilhada. (Incluído pela Lei nº 11.698, de 2008).

Sobre este tema, importante lembrar que a guarda compartilhada privilegia a manutenção dos laços entre pais e filhos, tendo sido considerado pelo STJ, no julgamento do REsp 1.251.000/MG, de que foi relatora a Min. Nancy Andrighi, que a litigiosidade entre pai e mãe, ou seja, a falta de acordo entre eles, não impede a guarda compartilhada dos filhos, veja-se:

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL EPROCESSUAL CIVIL. FAMÍLIA. GUARDA COMPARTILHADA. CONSENSO. NECESSIDADE. ALTERNÂNCIA DE RESIDÊNCIA DO MENOR. POSSIBILIDADE.

1. Ausente qualquer um dos vícios assinalados no art. 535 do CPC, inviável a alegada violação de dispositivo de lei.

2. A guarda compartilhada busca a plena proteção do melhor interesse dos filhos, pois reflete, com muito mais acuidade, a realidade da organização social atual que caminha para o fim das rígidas divisões de papéis sociais definidas pelo gênero dos pais.

3. A guarda compartilhada é o ideal a ser buscado no exercício do

Poder Familiar entre pais separados, mesmo que demandem deles reestruturações, concessões e adequações diversas, para que seus filhos possam usufruir, durante sua formação, do ideal psicológico de duplo referencial.

4. Apesar de a separação ou do divórcio usualmente coincidirem com o ápice do distanciamento do antigo casal e com a maior evidenciação das diferenças existentes, o melhor interesse do menor, ainda assim, dita a aplicação da guarda compartilhada como regra, mesmo na hipótese de ausência de consenso.

5. A inviabilidade da guarda compartilhada, por ausência de consenso, faria prevalecer o exercício de uma potestade inexistente por um dos pais. E diz-se inexistente, porque contrária ao escopo do Poder Familiar que existe para a proteção da prole.

6. A imposição judicial das atribuições de cada um dos pais, e o período de convivência da criança sob guarda compartilhada, quando não houver consenso, é medida extrema, porém necessária à implementação dessa nova visão, para que não se faça do texto legal, letra morta.

7. A custódia física conjunta é o ideal a ser buscado na fixação da guarda compartilhada, porque sua implementação quebra a monoparentalidade na criação dos filhos, fato corriqueiro na guarda unilateral, que é substituída pela implementação de condições propícias à continuidade da existência de fontes bifrontais de exercício do Poder Familiar.

8. A fixação de um lapso temporal qualquer, em que a custódia física ficará com um dos pais, permite que a mesma rotina do filho seja vivenciada à luz do contato materno e paterno, além de habilitar a criança a ter uma visão tridimensional da realidade, apurada a partir da síntese dessas isoladas experiências interativas.

9. O estabelecimento da custódia física conjunta, sujeita-se, contudo, à possibilidade prática de sua implementação, devendo ser observada

as peculiaridades fáticas que envolvem pais e filho, como a localização das residências, capacidade financeira das partes, disponibilidade de tempo e rotinas do menor, além de outras circunstâncias que devem ser observadas.

10. A guarda compartilhada deve ser tida como regra, e a custódia física conjunta - sempre que possível - como sua efetiva expressão.

11. Recurso especial não provido.

Dessa feita, considerando que, no caso em apreço, ambos os genitores são aptos a administrar a guarda das filhas, e que a divisão de decisões e tarefas entre eles possibilitará um melhor aporte de estrutura para a criação das menores, impõe-se como melhor solução não o deferimento de guarda unilateral, mas da guarda compartilhada.

Desse modo, mesmo que o pedido recursal não seja o da guarda compartilhada, nada impede que o juiz, com base em seu poder geral de cautela, defira medida que resguarde melhor o interesse do menor envolvido.

Conforme já dito anteriormente, de acordo com o Princípio Constitucional do Melhor Interesse da Criança, segundo o qual deve-se preserver, ao máximo, aqueles que se encontram em situação de fragilidade, por estarem em processo de amadurecimento e formação da personalidade.

Ressalte-se, ainda, que não há qualquer prova de que a apelada possua uma conduta incorreta, que o impeça de conviver com as menores.

Nesse diapasão, entendo que há nos autos causa a justificar a alteração no estado de guarda das menores em questão, restando demonstrada a prova inequívoca que convença da

verossimilhança das alegações.

Mediante tais considerações, DOU PARCIAL PROVIMENTO ao recurso, para reformar parcialmente a sentença primeva e determinar que a guarda das filhas menores dos litigantes deverá ser exercida de forma compartilhada entre os genitores, nos termos da fundamentação.

Condeno as partes ao pagamento das custas e despesas processuais, inclusive as recursais, e honorários advocatícios, na proporção de 50% para cada, ficando suspense a exigibilidade, uma vez que litigam sob o pálio da Justiça gratuita.

DESA. HELOISA COMBAT (REVISORA)

A questão da guarda compartilhada parece ser uma boa solução para reger as relações entre pais e filhos menores.

Entretanto, os pais têm que ter bastante sensibilidade e também não serem inflexíveis, pois poderão inviabilizar o instituto.

Agora, o que no caso concreto deve ser resolvido é a pensão, da qual a genitora foi liberada.

Nesse tipo de guarda não vai ser muito fácil estabelecer o valor das pensões.

Acredito que no caso concreto, cada genitor deve arcar com metade dos gastos das crianças, pois não será justo liberar a mãe.

Portanto, ao voto do douto Relator acrescento que os gastos das crianças serão divididos ou compartilhados, meio a meio também, ou, por acordo, de forma diferente, de preferência escrito , para que não se instaure outra lide.

DES. RENATO DRESCH - De acordo com o(a) Relator(a).

SÚMULA: "DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO, VENCIDA PARCIALMENTE A REVISORA."