

A POSSIBILIDADE DO EFEITO MODIFICATIVO DA GUARDA QUANDO DA TRANSFERÊNCIA DO LOCAL DE TRABALHO DE UM DOS PAIS COMO ELEMENTO DE SUSTENTABILIDADE PARA A NOVA FAMÍLIA BRASILEIRA

THE POSSIBILITY OF AMENDING EFFECT GUARD WHEN THE TRANSFER OF THE PARENT WORK AS AN ELEMENT OF SUSTAINABILITY FOR THE NEW BRAZILIAN FAMILY

Maria Pia Rômulo Martins¹

Bacharel em Direito

Escola de Direito do Rio de Janeiro

Fundação Getúlio Vargas - Rio de Janeiro (RJ) - Brasil

RESUMO: O presente artigo aborda o instituto da guarda e as suas principais nuances, sedimentando os seus pilares, com base na doutrina nacional e na jurisprudência pátria. O foco do presente estudo é a modificação ou inversão da guarda no sistema jurídico nacional tendo em vista a busca de melhor qualidade de vida como um elemento sustentável para a nova família brasileira. Desse modo, foram analisados os aspectos materiais aplicados à modificação ou inversão da guarda e, para isso, utiliza-se como parâmetro de discussão o estudo de um caso concreto apreciado pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, cuja análise envolverá desde os conceitos mais básicos do instituto em análise por ser um tema complexo e atual. A metodologia aplicada é o estudo de caso com abordagem em revisão bibliográfica e dados secundários, a saber: os julgados dos Tribunais de Justiça Estaduais e dos Tribunais Superiores.

PALAVRAS-CHAVE: Modificação ou inversão da guarda. Transferência de local profissional. Interesse do menor.

¹Graduada em Direito. Pesquisadora discente na FGV DIREITO RIO durante a graduação, atuando em diversos Projetos. O artigo insere-se na Linha Editorial da Revista: Direitos Fundamentais e suas dimensões. Empresária e Advogada em Direito de Família. E-mail: mpmartins@fgvmail.br.

ABSTRACT: This paper discusses the guard and its the main pillars, based on brazilian doctrine and jurisprudence. The focus of this study is the modification or reversal of the guard in the national legal system with a view to a better quality of life as a sustainable element to the new Brazilian family. Thus, the material aspects applied to the guard modification were analyzed and, therefore, is used as thread parameter study of a case before the Court of Rio de Janeiro, which will involve analysis since the most basic concepts of the institute in question to be a complex current theme. The methodology is the case study approach to literature review and secondary data, namely, the Justices of the State Courts of Justice and Superior Courts.

KEY WORDS: Modification or reversal of the guard. Transfer of local professional. Interest of the minor.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho objetiva abordar, em um primeiro plano, o instituto da guarda e as suas principais nuances, sedimentando os seus pilares, com base na doutrina nacional e na jurisprudência pátria, a fim de tocar o foco do presente estudo, que se comunica, umbilicalmente, com a modificação ou inversão da guarda no âmbito do sistema jurídico nacional.

Para isso, utiliza-se como parâmetro de discussão o estudo de um caso concreto em trâmite perante o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, cuja análise envolverá desde os conceitos mais básicos da ciência do Direito de Família a temas complexos e atuais.

Pretende-se abordar no primeiro capítulo o histórico do Instituto da Guarda durante os séculos XX e XXI, afinal tal instituto vem ganhando contornos diferentes ao longo dos anos, influenciado, principalmente, pelas mudanças sociais ocorridas no final do século passado.

No segundo capítulo, pretende-se construir um conceito de guarda a partir da etimologia e da forma como este instituto é definido por importantes doutrinadores que abordam o tema. Projeta-se também nesse mesmo capítulo, expor as modalidades e as formas de exercício da guarda para que se possa auferir antes de tratarmos da inversão, o significado do instituto da guarda.

Para em seguida abordar-se o que é a modificação ou inversão de guarda e como esta pode ser obtida, a partir de uma delimitação de critérios e circunstâncias que vêm tencionando as decisões que envolvem a inversão da guarda do menor. Isso porque, o princípio do melhor interesse do menor não comporta uma definição clara e precisa, dificultando as decisões dos magistrados acerca do tema, o que vem a ser o ponto controvertido central na abordagem da presente monografia.

Por fim, elabora-se a análise de um caso que tramita no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro de acordo com toda a exposição dos capítulos anteriores. Segue abaixo o resumo do caso em análise, com nomes e datas fictícias para a proteção dos interesses do menor conforme a exigência legal, a saber:

Em 2012, nasceu Eduardo Cunha e Souza Silva, filho de Michaela Barbosa Cunha e Souza e Jorge Policarpo Silva. Seus pais nunca viveram juntos ou se casaram. Assim que a criança nasceu, Jorge ofereceu perante o Juízo da 6ª Vara de Família da Comarca da Capital do Rio de Janeiro, cumulativamente: (i) alimentos ao menor no valor de 4 (quatro) salários mínimos, além do plano de assistência médica e odontológica, fundamentando seu pleito no binômio - ter condição de oferecer esse valor por ser empresário iniciando a sua empresa e pela própria necessidade da criança, pois, comprova que seu filho não necessita mais do que o valor por ele ofertado para garantir a sua subsistência; e (ii) renuncia a guarda unilateral indicando a mãe para tal e requer em pedido de visitação do menor. Requerendo ao Juiz a marcação de visitas todos os dias úteis da semana de 16h à 1h, pois está ciente que a mãe do menor trabalha das 18h às 00h. Pleiteando, também, a possibilidade de ficar com o menor nos fins de semana alternados, feriados alternados, dia dos pais, natal e ano novo de forma alternada e a metade das férias escolares em ambos os semestres, sendo que havendo impossibilidade da mãe ficar com a criança nas férias escolares, se compromete a cuidar do seu filho sem qualquer ônus. O pleito foi aceito incondicionalmente pela mãe do menor. Após a oitiva do MP, houve acordo homologado regularmente e as partes se sentiram satisfeitas em suas necessidades.

Até o meio desse ano, por cerca de quase cinco anos, o acordo foi cumprido pelas partes regularmente. Embora o menor seja muito vinculado afetivamente com a sua mãe e solicite sua atenção o tempo todo, o pai sempre manteve contato absoluto com seu filho e este também o requisita sempre.

Em agosto de 2010, por convite de uma grande multinacional do ramo da In-

ternet, o pai do menor recebeu proposta profissional irrecusável que pode vir a gerar impacto na estrutura que foi criada para cuidar de seu filho menor. Sendo assim, instaurou-se uma lide em Juízo (Ação de Inversão de Guarda) proposta pelo pai contra a mãe que precisa ser deslindada com maestria pelo julgador para que os interesses e vínculos do menor sejam protegidos no caso concreto.

A problemática a ser enfrentada no ensaio é a seguinte: como deslindar a viabilidade da modificação ou inversão de guarda e as suas problemáticas diante do fato da mãe não ter condições psíquicas de se afastar do filho, desistindo da sua guarda, e o pai quer levá-lo para outro Estado, pois, considera que o filho será melhor assistido por ele, seja pelo fato do tempo que poderá dispor diariamente para a criança, seja pelo fato de ter mais disponibilidade financeira.

1. HISTÓRICO DO INSTITUTO DA GUARDA NA LEGISLAÇÃO PÁTRIA

No direito de família pátrio, o instituto da guarda sempre foi um tema bastante discutido.

De acordo com o art. 325 do Código Civil de 1916, quando o casamento acabava de maneira amigável, os ex-cônjuges podiam acordar sobre a guarda do menor. Todavia, o artigo seguinte, estipulava que se a separação fosse litigiosa o fator a ser observado seria a culpa.

Dessa forma, antigamente, analisava-se, não sendo um caso de separação amigável, a postura dos ex-cônjuges para, depois, determinar de quem seria a guarda do menor. Estipulava-se a guarda a partir da culpabilidade. No momento em que se identificava o cônjuge “inocente”, a guarda estava definida. Neste sentido, se posiciona Maria Berenice Dias:²

Estas regras encharcadas de conservadorismo, deixavam de priorizar o direito da criança. Questionava-se apenas a postura dos genitores, como verdadeira ameaça, quase uma intimidação em prol da manutenção do casamento.

Em sequência, no ano de 1941, regulou-se a guarda de filho natural a partir do

²DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 5. ed. revista, atualizada e ampliada, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 397.

Decreto nº 3.200, que assegurava no artigo 16 que o menor deveria ficar com o genitor/ex-cônjuge que o tivesse reconhecido, ou em situação de reconhecimento por ambos, a criança deveria ficar com o pai, a não ser que o juiz entendesse que o interesse do menor não estava sendo protegido, podendo neste caso decidir de maneira diversa.

Todavia, em 1970, com o advento da Lei nº 5.582, o Decreto citado passou por alterações em seu artigo 16, modificando o entendimento no caso de reconhecimento pelos dois genitores, uma vez que antes a criança deveria ficar com o pai, passando a mesma a dever ficar com a mãe nesta circunstância, a não ser em situações que pudessem prejudicar o menor, permitindo o magistrado a agir de forma diversa, desde que fosse para resguardar os interesses do mesmo. Podendo, neste intuito, inclusive, determinar que a criança ficasse com pessoa idônea, preferencialmente, das famílias dos genitores.

Em, 1977, com o advento da Lei nº 6.515, novas premissas foram determinadas quanto a guarda de filhos, assentando o entendimento vigente até o momento. Trago a título de exemplo o artigo 325 do Código Civil de 1916 e o artigo 9º da Lei supra citada, que assim dispunham:

Art. 325. Revogado pela Lei nº 6.515, de 26.12.1977: Texto original: No caso de dissolução da sociedade conjugal por desquite amigável, observar-se-á o que os cônjuges acordarem sobre a guarda dos filhos.

Art 9º. Lei nº 6.515, de 26.12.1977: No caso de dissolução da sociedade conjugal pela separação judicial consensual (art. 4º), observar-se-á o que os cônjuges acordarem sobre a guarda dos filhos.

Originariamente o art. 1.583 do Código Civil relacionava o Instituto da Guarda a dissolução do casamento, tal como previsto na legislação vigente, na forma do art. 1.584, como se verá mais adiante. Transcreve-se a redação revogada do aludido artigo:

Art. 1.583. No caso de dissolução da sociedade ou do vínculo conjugal, pela separação judicial por mútuo consentimento ou pelo divórcio direto consensual, observar-se-á o que os cônjuges acordarem sobre a guarda dos filhos.

Assim, como pôde ser visto, não ocorreram alterações, mas sim adaptações. O

Código Civil de 2002, na maioria dos seus artigos, manteve, portanto, a preservação do interesse do menor.

2. ASPECTOS GERAIS DA GUARDA

2.1 Conceito de Guarda

No âmbito do Direito de Família, o conceito do instituto da Guarda é um assunto delicado e controvertido no sistema jurídico mundial.

De acordo com o que leciona De Plácido e Silva, o substantivo guarda é:³

Derivado do antigo alemão wargen (guarda, espera), de que proveio também o inglês warden (guarda), de que formou o francês garde, pela substituição do w em g, é empregado em sentido genérico para exprimir proteção, observância, vigilância ou administração.

Após, esclarece especificamente que guarda dos filhos:⁴

É locução indicativa, seja do direito ou do dever, que compete aos pais ou a um dos cônjuges, de ter em sua companhia ou de protegê-los, nas diversas circunstâncias indicadas na lei civil. E guarda, neste sentido, tanto significa custódia como a proteção que é devida aos filhos pelos pais.

O termo guarda, como pôde ser visto acima, está ligado ao dever dos pais de proteger e cuidar da criança. Porém, tende-se a confundir essa ideia com a de posse. Ana Carolina Silveira Akel assim diz:⁵

O vocábulo posse é termo jurídico designativo de um instituto do direito das coisas, com origem na terminologia jurídica romana, possessio, de forma que, inserido no campo do direito de família, induz à ideia de que “companhia e guarda”

³SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990, p. 365-366 apud GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 56-57.

⁴Ibid.

⁵AKEL, Ana Carolina Silveira. **Guarda Compartilhada: um avanço para a família**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 74-75.

são palavras de idêntica significação, quando, na realidade, assim não ocorre. Ter alguém em companhia significa estar com essa pessoa, acompanhando seu desenvolvimento, orientando e conversando, enquanto que manter alguém sob guarda envolve mais que isso, abrangendo a vigilância e a “posse”.

No ordenamento jurídico pátrio, a guarda do menor encontra previsão no Estatuto da Criança e do Adolescente, particularmente no art. 33, ora transcrito para a melhor compreensão do tema em estudo:

Art. 33. A guarda obriga a 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.⁶

O Código Civil, em seu art. 1.584, mencionado acima ant passand, também não deixa de prever em seu texto o instituto da guarda dos filhos, porém, ao contrário da previsão contida no art. 33 do ECA, seu tratamento é relacionado à dissolução conjugal, como pode ser percebido pela leitura do inciso I do artigo supracitado.

Art. 1.584. A guarda, unilateral ou compartilhada, poderá ser:
I - requerida, por consenso, pelo pai e pela mãe, ou por qualquer deles, em ação autônoma de separação, de divórcio, de dissolução de união estável ou em medida cautelar.

Ocorre que, por mais que os pontos mais tortuosos do instituto da guarda estejam de fato relacionados à dissolução conjugal, sua definição não se restringe àquela hipótese. A guarda, é mais do que uma consequência da ruptura da relação dos genitores, é um dever cívico, previsto constitucionalmente.

Art. 227, caput: 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 saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à

⁶BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado.

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.⁷

Nesta linha, desapegado aos desfechos conjugais, Rolf Madaleno compreende que guarda de filhos, no seu sentido jurídico:⁸

Está representada pela convivência da prole com os pais sob o mesmo teto, ambos atendendo com o dever de assistência material e psicológica necessários à subsistência material e ao desenvolvimento psíquico dos filhos, até que eles alcancem a plenitude da sua capacidade civil.

Waldyr Grisard Filho, por sua vez, entende que:⁹

A guarda não se define por si mesma, senão através dos elementos que a asseguram. Conectada ao poder familiar pelos arts. 1.634, II, do C.C. e art. 22 do ECA, com forte assento na ideia de posse, como diz o art. 33, § 1º, dessa Lei especial, surge como um direito-dever natural e originário dos pais, que consiste na convivência com seus filhos e é o pressuposto que possibilita o exercício de todas as funções parentais, elencadas naquele artigo do CC.

Assim sendo, por mais que este seja um conceito de tantas definições e de difícil colocação, existe um ponto de convergência entre todos os autores, qual seja; a guarda se relaciona com a ideia de uma presença constante e efetiva dos pais na vida do menor, principalmente, quanto à manutenção de um diálogo contínuo sobre tudo afetando a formação e o desenvolvimento da criança em um futuro adulto.

Por fim, a guarda pode ser entendida como o instituto que reflete o mecanismo jurídico que aufere ao menor a proteção de seus direito enquanto pessoas em pleno desenvolvimento, mais do que isso é esse mecanismo está vinculado a amar cuidar e proteger o menor para assim resguardar os seus interesses.

⁷BRASIL. Emenda Constitucional nº 65, de 13 de julho de 2010.

⁸MADALENO, Rolf. *Novos Horizontes no Direito de Família*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 209.

⁹GRISARD FILHO, op. cit., p. 58.

2.2 MODALIDADES DE GUARDA

As mais comuns modalidades por meio das quais a guarda aparece são a provisória ou temporal, a definitiva e a peculiar.

2.2.1 Guarda Temporária ou Provisória

A guarda temporária ou provisória está vinculada ao instituto da guarda e a questão do momento processual do seu deferimento. Quando o juiz é provocado com a finalidade de estabilizar a vida familiar do menor devendo definir quem será incumbido do dever de guardar provisória do menor, está é uma tarefa hercúlea porque necessita de uma análise holística do caso apresentado nos autos.

Essa guarda pode ser deferida antes da sentença, por meio de decisão interlocutória, por vezes liminarmente ou incidentalmente. O fator mais importante para esta decisão é o de destacar a situação de precariedade que apresenta nessa modalidade de guarda.

Na situação do deferimento da guarda temporária ou provisória o julgador fundado nas provas dos autos pode modificar sua anterior decisão antes da sentença.

Esses contornos de mutabilidade relativos à guarda temporária ou provisória podem ser também encontrados na própria guarda definitiva, dado a sua constante revisão, quando os interesses do menor permanecem sendo resguardados, mas que, mesmo assim, não se confunde com a modalidade estudada neste item.

A título exemplificativo segue ementa referente ao Agravo de Instrumento N°. 0055464-58.2010.8.19.0000:

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO em ação de reversão de guarda de menor impúbere (10 anos) oficialmente exercida pela genitora, que comprovadamente se encontra sob os cuidados dos avós paternos desde o seu nascimento. Questão de ordem: Observância do devido processo legal. Conexão. Remessa dos autos ao juízo da 4ª Vara de Família da Comarca de Niterói pela pré-existência de ação de regulamentação de guarda e visitação. Anulação dos atos praticados por juiz incompetente (1ª Vara de Família da Comarca de Niterói) que se impõe. Recolhimento imediato do mandado de busca e apreensão sem o cumprimento da ordem. Negativa do pedido liminar de guarda provisória. Inegável prejuízo dos interesses da criança diante de fundado receio de que sua genitora a coloque em

situação de risco. Prevalência do Estatuto da Criança e do Adolescente. Elementos fáticos apresentados por quem mantém incontestável vínculo afetivo com a menor que se revelam suficientes para a adoção de medida excepcional. Deferimento do pedido de guarda provisória aos avós paternos até decisão de mérito. RECURSO A QUE SE DÁ PROVIMENTO NA FORMA DO ART. 557 § 1º - A DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL (grifo nosso)¹⁰

Note-se que no deferimento ou não do pedido de guarda provisória, o julgador deve se ater a quesitos justificados, uma vez que constatada a ausência destes, ela não deve ser deferida. Para clarear estas situações, traz-se a colação de alguns julgados a título exemplificativo e explicativo:

EMENTA: SEPARAÇÃO LITIGIOSA. SEPARAÇÃO DE CORPOS E **GUARDA PROVISÓRIA**. ANIMOSIDADE ENTRE O CASAL E REGISTRO DE AMEAÇAS DO VARÃO À EX-CÔNJUGE QUE RECOMENDAM A MANUTENÇÃO DA MEDIDA LIMINAR DE AFASTAMENTO DO LAR. IMÓVEL ADQUIRIDO PARA USO DOS FILHOS. AUSÊNCIA DE PROVA DE RISCO QUANTO AO DEFERIMENTO DA **GUARDA PROVISÓRIA** À GENITORA. REGIME DE VISITAÇÃO ACORDADO EM AUDIÊNCIA. DECISÃO MANTIDA. AGRAVO DE INSTRUMENTO DESPROVIDO. (grifou-se)¹¹

A respeito do Agravo de Instrumento nº. 70036325231, primeira ementa encontra-se vazada alhures, chama-se atenção para as razões de voto fundamentadas pelo Relator Luiz Ari Azambuja:

Quanto à guarda provisória dos filhos, bem refere o Dr. Procurador de Justiça que exarou parecer:

... não havendo qualquer indicativo de que estejam em situação de risco sob os cuidados da genitora não se mostra plausível, neste momento processual, determinar-se a sua concessão ao agravante.

Não há dúvida de que se trata de tema delicado, mas não há elementos, por ora, que recomendem a modificação do decism. (grifo nosso).¹²

¹⁰BRASIL. Poder Judiciário. **Agravo de Instrumento N° 0055464-58.2010.8.19.0000**, TJRJ, Décima Câmara Cível, Relator: Des. Pedro Saraiva Andrade Lemos, julgado em: 22/10/2010.

¹¹BRASIL. Poder Judiciário. **Agravo de Instrumento N° 70036325231**, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Ari Azambuja Ramos, Julgado em 02/09/2010.

¹²Trecho do voto do Relator Luiz Ari Azambuja.

Conforme se depreende dos fundamentos utilizados pelo Desembargador Relator, para, ao final, declarar à genitora a guarda da prole, a decisão baseou-se na falta de elementos que justifiquem a alteração da guarda, já que a genitora não está gerando qualquer situação de risco à prole.

Quando há o deferimento da guarda provisória, esta só pode ser alterada se fundadamente constatar-se essa necessidade e provas nos autos. Já se a guarda for definitiva, faz-se necessário ingressar com ação própria, denominada modificação ou inversão de guarda, devendo esta ser instruída regularmente com a finalidade de alterar a guarda definitiva do menor.

Neste sentido, Waldyr Grisard Filho no que se refere a guarda provisória, se manifesta: “trata-se, obviamente, de uma medida provisória, tendente a clarear-se quando sentenciada a demanda, tornando-se definitiva, após o exame cuidadoso de todos os critérios para a atribuição da guarda ao genitor mais apto.”¹³

A Lei nº 12.010, de 29 de julho de 2009, trata da guarda provisória no art. 33 do ECA, em seu § 1º:

§ 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.¹⁴

Os acórdãos a seguir denotarão dois exemplos de guarda provisória: um relacionado à mãe biológica do menor e o outro dedicado à concessão de guarda provisória ao pai do menor:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. GUARDA PROVISÓRIA. REGULARIZAÇÃO DE SITUAÇÃO FÁTICA. CRIANÇA SOB A GUARDA DOS AGRAVADOS DESDE O NASCIMENTO. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DO MENOR.

1. A questão se refere à discordância do Ministério Público quanto ao deferimento da guarda provisória da criança Oliver Bulhões aos agravados, a qual já vinha sendo exercida por estes, ao argumento de que deveria ter sido respeitada a lista de antiguidade do cadastro de pessoas habilitadas.

2. Mãe biológica do menor que elegeu os agravados para entregar seu filho em

¹³GRISARD FILHO, op. cit., p. 86.

¹⁴BRASIL. Lei 12.010, de 29 de julho de 2009.

adoção, sendo certo que tal modalidade não é vedada pelo ordenamento jurídico.

3. O Estatuto da Criança e do Adolescente tem como alicerce os princípios do melhor interesse, paternidade responsável e proteção integral.

4. A criança encontra-se sob a guarda dos agravados desde o nascimento e os documentos acostados demonstram que os agravados vêm adotando os cuidados necessários ao desenvolvimento sadio do menor.

5. Em sede de cognição perfunctória, não se pode desprezar a circunstância fática que delinea cada caso, desconsiderando a vontade da mãe e a relação afetiva que já envolveu o menor e a nova família que o acolheu, provocando sofrimento desnecessário e sem qualquer justificativa legítima em que se possa apoiar.

6. É evidente que a análise do pleito deve ser norteada pela proteção ao melhor interesse da criança, sendo certo que, nesse momento processual, a manutenção do menor sob os cuidados dos agravados atenderá melhor seus interesses.

7. Desprovimento do recurso.¹⁵

AGRAVO DE INSTRUMENTO. TUTELA ANTECIPADA - CONCESSÃO DE GUARDA PROVISÓRIA AO PAI DA MENOR - RECONSIDERAÇÃO DA DECISÃO PELO JUÍZO SINGULAR - INEXISTÊNCIA DE ELEMENTOS QUE ENSEJAM REFORMA DA DECISÃO. Pretende o agravante reforma da decisão que reconsiderou a tutela antecipada anteriormente deferida em seu favor, para que a menor retorne à sua guarda, alegando, em síntese, o sofrimento de maus-tratos pela mesma. Não obstante os argumentos expendidos pelo agravante, o fato é que o juízo singular, com base numa percepção mais apurada a respeito dos fatos levados a juízo, por meio da oitiva dos pais da criança em audiência especial, observou razoabilidade nos esclarecimentos prestados pela mãe, inclusive concluindo pela distorção dos fatos alegados na inicial. Neste sentido, outra não é a solução do que, no presente momento processual, manter a guarda à mãe, porquanto não há elementos suficientes a infirmar o concluído pelo juízo singular. Ressalte-se que a reconsideração da tutela antecipada fundamentou-se na contestação e documentos apresentados pela mãe da menor que, no entanto, sequer foram juntados nos autos do agravo. Inteligência de Súmula 59 deste Tribunal. Negado seguimento ao recurso.¹⁶

¹⁵BRASIL. Poder Judiciário. **Agravo de Instrumento N° 0010184-64.2010.8.19.0000**, Oitava Câmara Cível, Relator(a): Des. Monica Costa Di Piero, Julgado em: 19/10/2010.

¹⁶BRASIL. Poder Judiciário. **Agravo de Instrumento N° 0020298-62.2010.8.19.0000**, Décima Sétima Câmara Cível, Relator: Des. Edson Vasconcelos, Julgado em: 13/05/2010.

Passa-se abaixo, dessa forma, a tratar do instituto da guarda definitiva.

2.2.2. Guarda Definitiva

A guarda definitiva é a guarda deferida sem precariedade. E se dá a partir de uma sentença que determina ou solidifica a guarda para um dos pais de forma perene, salvo se forem constatadas provas do não exercício adequado do Poder Familiar, estabelecido no art. 1634, do C.C., buscando cumprir os incisos do artigo acima aludido, a saber:

- I - dirigir-lhes a criação e educação;
- II - tê-los em sua companhia e guarda;
- III - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem;
- IV - nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobreviver, ou o sobrevivente não puder exercer o poder familiar;
- V - representá-los, até aos dezesseis anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento;
- VI - reclamá-los de quem ilegalmente os detenha;
- VII - exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição.¹⁷

Todavia, ao utilizarmos o termo “definitivo” para esta modalidade de guarda, torna-se possível que esta seja entendida de forma equivocada, uma vez que no dicionário este termo assim é definido: “último, final, total”.¹⁸ Isso porque, de forma paradoxal, o caráter perene ou permanente da guarda definitiva é apenas relativo, já que ela pode ser modificada em função de mudanças nas situações de vida dos envolvidos, já que sempre se deve buscar o melhor interesse da criança.

No que se refere à guarda definitiva, a Lei nº 12.010, de 29 de julho de 2009 menciona em seu art. 33, § 2º, 3º e 4º:

§ 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 res-

¹⁷BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro.

¹⁸POLITO, André Guilherme. *Michaelis: dicionário de Sinônimos e Antônimos*. São Paulo: Cia. Melhoramentos, 1994, p. 175.

ponsável, podendo ser deferido o direito de representação para a prática de atos determinados.

§ 3º A guarda confere à criança ou adolescente a condição de dependente, para todos os fins e efeitos de direito, inclusive previdenciários.

§ 4o Salvo expressa e fundamentada determinação em contrário, da autoridade judiciária competente, ou quando a medida for aplicada em preparação para adoção, o deferimento da guarda de criança ou adolescente a terceiros não impede o exercício do direito de visitas pelos pais, assim como o dever de prestar alimentos, que serão objeto de regulamentação específica, a pedido do interessado ou do Ministério Público.¹⁹

2.2.3 Guarda Peculiar

A guarda peculiar, enfim, tem como fim resguardar os interesses do menor, quando, em uma situação específica, os pais estão impossibilitados de representá-los. Para melhor explicar, tem-se o seguinte exemplo dessa espécie de guarda:

EMENTA: GUARDA DE MENOR PELA AVÓ. FINS PREVIDENCIARIOS. DESVIO DE FINALIDADE. PRECEDENTE DA CORTE.

1. NA ESTEIRA DE PRECEDENTE DA CORTE, A “CONVENIÊNCIA DE GARANTIR BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO AO NETO NÃO CARACTERIZA A SITUAÇÃO EXCEPCIONAL QUE JUSTIFICA, NOS TERMOS DO ECA (ART.

33, PAR. 2.), O DEFERIMENTO DE GUARDA A AVÓ”.

2. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO.²⁰

A guarda peculiar é concedida nos casos de impossibilidade ou ausência dos pais em situação determinada, onde um guardião representará o menor apenas durante este período e nesta determinada ocasião.

¹⁹BRASIL. Lei 12.010, de 29 de julho de 2009.

²⁰Guarda Peculiar, Recurso especial Nº 82474/RJ, Terceira Turma, Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, julgado em: 29/09/1997.

Tem-se que as modalidades da guarda atendem cada uma a sua finalidade específica.

2.3 Formas do exercício de guarda

Quando nasce uma criança é imprescindível que se defina como a guarda será exercida. As principais formas de exercício de guarda são a unilateral ou unipessoal, a alternada e a compartilhada ou conjunta.

2.3.1 Guarda unilateral

Neste sentido, manifesta-se Maria Berenice Dias:²¹

A custódia unipessoal será atribuída motivadamente ao genitor que revele melhores condições de exercê-la e, objetivamente, tenha aptidão para propiciar ao filho (C.C. 1.583, § 2º): I - afeto nas relações com o genitor e o grupo familiar; II - saúde e segurança; III - educação.

Logo, na guarda unilateral ou unipessoal, a criança fica sob os cuidados de apenas um dos pais de forma permanente, sendo privada do convívio diário com o genitor que não for o guardião. E, apesar de um dos genitores não ter o papel de guardião deve velar pelos interesses do menor, além de atentar para a sua educação e necessidades materiais. Além de ter o direito ao exercício da visitação nas datas fixadas pelo julgador ou pelo consenso entre as partes.

Atualmente, há, na doutrina um consenso de que a forma de exercício da guarda unilateral ou unipessoal pode vir a ser muito prejudicial para o menor. Para isso muito contribuíram as investigações desenvolvidas no domínio da psicologia e do estudo do comportamento humano.

Estas confirmam que os efeitos causados pela ruptura do convívio entre pais e filhos são devastadores dentre os quais se destacam: conflitos, sentimentos de perda e abandono que abalam, de forma direta, a psique da criança e do adolescente que, ao lado do progressivo afrouxamento dos laços que unem o filho ao genitor não-guardião, comprometem o seu desenvolvimento normal e sadio.²²

²¹DIAS, op. cit., p. 404.

²²AKEL, op. cit., p. 92.

2.3.2 Guarda alternada

A guarda alternada é aquela onde, revezadamente, os pais exercem a guarda em um período determinado, com todas as responsabilidades inerentes ao instituto. Sendo assim, temos que durante um lapso temporal: (i) um dos pais fica responsável pelo poder familiar direto; e (ii) o outro fica responsável pelo poder familiar indireto e o direito de visitação. Ao término deste período, cuja duração é variável - semanas, meses, e até mesmo anos - os papéis se invertem.

Neste sentido, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade Maciel se posiciona, ao afirmar em um trecho de seu texto que a guarda alternada é prejudicial ao dia-a-dia e a “segurança psíquica” do menor, tendo em vista alternância da custódia/guarda.²³

Como pode ser visto, esta forma de exercício de guarda é alvo de críticas, uma vez que a alternância promove uma ruptura da relação afetiva com cada um dos genitores.

Ademais, o menor submetido a guarda alternada, tem maior dificuldade de sustentar sua rotina, seus hábitos de vida, além de não desenvolver um sistema estável de valores. Isso pode conduzir a uma situação de desequilíbrio emocional que agravara os relacionamentos atuais e futuros do menor.

Passaremos então a abordar a última forma de exercício de guarda, que é a compartilhada.

2.3.3 Guarda compartilhada

Nesta forma de exercício de guarda a criança tem residência habitual e centro de interesses especificado e próprio, o que gera estabilidade. Nessa guarda, o menor irá viver com um dos genitores, porém o outro terá livre acesso ou ingresso para participar da rotina do filho, o que possibilita um convívio efetivo de ambos os pais em sua vida, ou seja, na guarda compartilhada os genitores dividem as responsabilidades do menor entre si bem como o poder familiar direto. O menor passa a ser mais organizado emocionalmente por força da própria convivência continuada de ambos com o menor.

²³MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (coord.). *Curso de Direito da Criança e o Adolescente: aspectos teóricos e práticos*. 4. ed. revista e atualizada, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 101.

Uma vez que não raro os dois modelos acima explicitados são confundidos, devido a desinformação, é importante caracterizar e definir, com rigor, cada uma dessas guardas.

Neste sentido, se manifestam Zimerman e Coltro: “No Brasil, a guarda compartilhada vem sendo muito mal compreendida pelos operadores do Direito que têm, equivocadamente, entendido que, nesse arranjo, a criança deveria residir por períodos idênticos ora na casa do pai, ora na casa da mãe”.²⁴

Na guarda compartilhada, a responsabilidade civil pelos atos dos menores é comum aos pais, como assegura Gustavo Tepedino, ao esclarecer que: “ambos os genitores serão responsabilizados pelos atos praticados pelos filhos, não havendo a isenção do exercício do poder familiar direto, como na guarda alternada”.²⁵

Por isso, para que o instituto da guarda compartilhada possa funcionar, é necessário que os genitores respeitem-se mutuamente e possuam maturidade, além de compartilharem o interesse mútuo de perquirir qual o melhor interesse do menor. Só assim os pais estarão aptos a passar por situações de incompatibilidade de opiniões a cerca das decisões cotidianas que devem ser tomadas em conjunto com uma maior facilidade de comunicação.

Não havendo uma atmosfera de cooperação/integração, é desaconselhável optar por essa espécie de guarda, conforme assegura a Jurisprudência a seguir:

GUARDA CONJUNTA. Só é recomendada a adoção de guarda conjunta quando os pais convivem em perfeita harmonia e livre e a movimentação do filho entre as duas residências. O estado de beligerância entre os genitores não permite a imposição judicial de que seja adotada a guarda compartilhada. Apelo do autor improvido e acolhidos o recurso da ré.²⁶

Abaixo segue um exemplo de Jurisprudência na qual o juiz aventa a possibilidade da guarda conjunta:

AÇÃO DE POSSE E GUARDA DE FILHOS PROMOVIDA PELO PAI - MENORES EM COMPA-

²⁴ZIMERMAN, David e COLTRO, Antonio Carlos Mathias (org.). *Aspectos psicológicos na prática jurídica*: obra coletiva. 3. ed. Campinas, São Paulo: Millenium, 2002.

²⁵TEPEDINO, Gustavo. A disciplina da guarda e a autoridade parental na ordem civil- constitucional. *Revista Trimestral de Direito Civil - RTDC*, vol. 17, ano 5, jan./mar. 2004, Ed. Padma, pp. 33-34.

²⁶BRASIL. PODER JUDICIÁRIO. *Apelação Cível Nº 70001021534*, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Maria Berenice Dias, Julgado em: 21/06/2000. Disponível em: <<http://www1.tjrs.jus.br/busca/?tb=juris>> Acesso em: 18 nov. 2010, às 11:57.

NHIA DA MÃE - RELAÇÃO CONFLITANTE ENTRE OS PAIS - GUARDA COMPARTILHADA. POSSIBILIDADE.

EMENTA. Embora os filhos menores possam continuar na companhia da mãe, é possível deferir-se a guarda compartilhada, ainda que conflitante a relação dos pais separados, isto porque se deve visualizar a perspectiva do interesse dos filhos ao direito do convívio com ambos. Provimento parcial do recurso.²⁷

Do exposto, demonstra-se que, na atualidade, o julgador precisa se sensibilizar com o caso *sub judice* para decidir qual a forma de exercício da guarda mais adequada a ser aplicada.

3. DA MODIFICAÇÃO OU INVERSÃO DE GUARDA

A modificação ou inversão da guarda é um instituto jurídico que tem por característica revestir-se de dois aspectos um adjetivo ou processual e outro substantivo e material. Conceitualmente, tem-se que a modificação ou inversão de guarda é o meio pelo qual os interessados requerem a inversão devendo pleitear na qualidade de pedido imediato, o motivo comprovado pelo qual a parte detentora da guarda deve perdê-la e pedido mediato, para que se acolha a inversão. Para tal é condição sine qua non que seja comprovado que tal decisão reflete o melhor interesse do menor possibilitando, portanto, o êxito do pedido.

Observa-se que o objeto litigioso da ação de inversão de guarda se compõe da relação jurídica substancial da guarda e dos fatos apresentados. Pormenorizando a explicação, o pedido imediato objetiva que o titular da guarda do menor perca tal direito, bem como seja reconhecida uma nova relação, ou seja, a desconstituição de uma relação atualmente exercida e a constituição de uma nova relação; o pedido mediato, por sua vez, assim entendido como o bem jurídico almejado, cinge-se na obtenção da própria guarda do menor. Logo, em se tratando da denominada “ação de inversão de guarda”, o pedido autoral estará relacionado à desconstituição de uma relação, o reconhecimento de uma nova relação (pedido imediato), a fim de se garantir o direito à guarda (pedido mediato)²⁸.

²⁷Ação de Posse e Guarda de Filhos promovida pelo Pai. **Apelação Nº 0001352-19.2004.8.19.0011 RJ**, Sétima Câmara Cível, Relator: Dês. José Geraldo Antonio, j. 11/08/2010, data da publicação: 20/08/2010.

²⁸“É o objeto da jurisdição que se divide em imediato - provimento jurisdicional solicitado ao juiz que pode ter natureza declaratória, constitutiva, condenatória, executiva ou cautelar - e mediato - bem da vida pretendido pelo autor, ou seja, o bem ou interesse que se busca assegurar por meio da prestação jurisdicional.” - DALLA, Humberto Bernardino de Pinho. **Teoria Geral do Processo Civil Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 133.

Como é cediço, qualquer que seja a relação jurídica, além do pedido, acima dissecado, esta também compreende (I) os sujeitos ou partes, que se relacionam intrinsecamente com a legitimidade ad causam; e (II) a causa de pedir, que se relaciona aos fundamentos jurídicos (causa de pedir próxima) e aos aspectos fáticos (causa de pedir remota).

No que tange à *causa petendi*, sua abordagem no âmbito do tema em tela mostra-se atinente, principalmente, aos elementos fáticos levados ao conhecimento do juízo, afinal, parte-se da premissa que, se outrora a guarda do menor foi atribuída ao pai, por exemplo, esta foi constituída de acordo com o ordenamento jurídico vigente, sendo, portanto, a robustez das provas e a veracidade dos fatos que deverão se explorados pelas partes a fim de convencer o órgão julgador acerca da manutenção dos fatos ou da sua modificação.

Ratificando, entende-se que a lide na Ação de modificação ou inversão de guarda o a seguinte: (I) a parte titular da guarda do menor perder tal direito; e (II) há o requerimento da modificação ou inversão da guarda a favor do requerente, por força dos vínculos de parentesco ou não, afinidade e afetividade que tenha o requerente com menor, desde que comprovado ao julgador e que os interesses do menor sejam resguardados.

3.1. Princípios da razoabilidade e da proporcionalidade

Tanto a razoabilidade quanto a proporcionalidade são princípios do sistema jurídico, mas esses dois princípios se distinguem quanto às origens, fundamentos e concepções.

O princípio da razoabilidade vem sendo utilizado pelos juristas como um direcionamento para evitar um abuso da aplicação da lei no trâmite do processo.

O princípio da proporcionalidade, por sua vez, vem sendo analisado pelos juristas por meio da seguinte composição: (I) princípio da adequação; e (II) princípio da exigibilidade ou exequibilidade.

Muitas são as decisões judiciais que citam, em seus dispositivos, indicações sobre a necessária aplicabilidade dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade nas questões decorrentes de conflitos entre princípios e/ou garantias fundamentais.

Destaca-se que os princípios aludidos acima são utilizados no embasamento das decisões que busquem a resolução de casos concretos complexos. Como trazido

em muitas das controvérsias apresentadas pelas jurisprudências colacionadas nesse ensaio, esses princípios são utilizados ao deslinde das questões que envolvem os conflitos de princípios e garantias fundamentais relacionadas com o menor e os seus interesses.

4. ANÁLISE DO CASO

A hipótese problemática que foi trazida na introdução é o caso de uma mãe que não tem condições psíquicas de renunciar a guarda do seu filho menor. Enquanto, o pai, por sua vez, quer levá-lo para o Mato Grosso, pois, considera que o filho será melhor assistido por ele.

Os pontos controvertidos da problemática que merecem destaque são os seguintes relacionados abaixo:

(I) quais são os interesses do menor que devem prevalecer e serem protegidos no caso; e

(II) se há a aplicação dos Princípios da Proporcionalidade e da Razoabilidade no Direito de Família.

Observa-se o histórico do caso, os seguintes dados importantes: o menor Eduardo Cunha e Souza Silva é filho de Michaela Barbosa Cunha e Souza e Jorge Policarpo Silva. A criança nasceu em 2005.

Assim que a criança nasceu, mesmo sem nunca ter assistido Michaela durante a gravidez, Jorge, após conversar com Michaela consentiu que ela obtivesse a guarda do menor e, para dissipar qualquer dúvida sobre as suas intenções ofereceu perante o Juízo

da 6ª Vara de Família da Comarca da Capital do Rio de Janeiro, cumulativamente: (I) alimentos ao menor no valor de 4 (quatro) salários mínimos, além do plano de assistência médica e odontológica, fundamentando seu pleito no binômio - ter condição de oferecer esse valor por ser empresário iniciando a sua empresa e pela própria necessidade da criança, pois, comprova que seu filho não necessita mais do que o valor por ele ofertado para garantir a sua subsistência -; além do (II) pedido de visitação, requerendo ao Juiz a marcação de visitas todos os dias úteis da semana de 16h às 1h, pois está ciente que a mãe do menor trabalha em uma padaria

longe de sua residência, no primeiro turno da noite, e precisa se ausentar de casa todos os dias úteis, inclusive aos sábados, pois, o seu turno é das 18h às 00h. Por outro lado, o pai do menor, mora e trabalha no mesmo endereço, que se localiza na mesma vila onde mora Michaela e o menor e pode oferecer a criança um quarto confortável na residência onde vive e onde exerce suas atividades laborais, em sua empresa de Internet, até a mãe chegar do trabalho. Pleiteando, também, a possibilidade de ficar com o menor nos fins de semana alternados, feriados alternados, dia dos pais, natal e ano novo de forma alternada e a metade das férias escolares em ambos os semestres, sendo que havendo impossibilidade da mãe ficar com a criança nas férias escolares, se compromete a cuidar do seu filho sem qualquer ônus. O pleito foi aceito incondicionalmente pela mãe do menor. Após a oitiva do MP, e um pouco de discussão na audiência que correu sob sigilo na Vara competente, houve acordo homologado regularmente e as partes se sentiram satisfeitas em suas necessidades.

Até o meio desse ano, por cerca de quase cinco anos, o acordo foi cumprido pelas partes regularmente. Embora o menor seja muito vinculado afetivamente com a sua mãe e solicite sua atenção o tempo todo, o pai sempre manteve contato absoluto com seu filho. O que caracteriza essa afetividade entre mãe e filho são os seguintes fatos: (I) a primeira palavra a ser pronunciada com tenra idade foi “mãe”; (II) quando não consegue se exprimir ou fica nervoso pede auxílio à mãe; e (III) quando cai da sua bicicleta nova dada pelo pai, socorre-se com a mãe, mesmo se o pai estiver presente.

Em agosto de 2010, por convite de uma grande multinacional do ramo de Internet, o pai do menor recebeu uma proposta profissional irrecusável que pode vir a gerar impacto na estrutura que foi criada para cuidar de seu filho menor.

Sua empresa de internet, nesse momento, é objeto de um contrato de hedging na casa dos 7 dígitos por uma empresa americana que atua internacionalmente, com sede no Mato Grosso. As bases da negociação são: (I) o valor da aquisição da empresa será pago em 10 anos, de forma decrescente; (II) a empresa no Rio de Janeiro será extinta, pois, e suas atividades passaram a serem executadas por um departamento da empresa incorporadora no Mato Grosso; (III) a empresa e os sócios, administradores ou não estão vinculados a acordo de sigilo; (IV) sendo a incorporadora uma multinacional, necessitando das informações complementares que apenas Jorge Policarpo Silva, o pai do menor recebeu uma cadeira no Conselho de Administração da sociedade incorporadora; (V) o contrato está condicionado ao

fato de Jorge Policarpo Silva passar a residir na cidade de Campo Verde para que lá exerça a mesma função que ocupa na data de hoje em sua empresa, inclusive com a mesma flexibilidade de horário, além de passar a integrar o Conselho de Administração da sociedade incorporadora, pelo qual receberá valores distintos dos acordados pela incorporação de sua empresa.

Mesmo diante dessas radiantes novidades na seara profissional, Jorge Policarpo Silva está muito preocupado com a situação de seu filho, pois a mãe continua a exercer o mesmo ofício na padaria que já trabalha há 10 anos e seu filho passa mais tempo com ele do que com a mãe, pois frequenta a creche na parte da manhã, a tarde fica com a mãe e a noite com o pai. A mãe e o filho possuem um excelente relacionamento e são muito agarrados. A mãe é completamente apaixonada pela criança e não tem estabilidade emocional para se separar do pequeno, nos termos do laudo.

Sendo assim, instaurou-se uma lide em Juízo (Ação de Guarda) proposta pelo pai contra a mãe que precisa ser deslindada com maestria pelo julgador para que os interesses e vínculos do menor sejam protegidos no caso concreto. No laudo destaca-se o seguinte:

“Ao que tudo indica, as visitas como acordadas deram estabilidade ao menor, como também aos pais que puderam, regularmente, continuarem suas vidas pessoais e profissionais. A criança é afetivamente muito ligada ao casal.

Constata-se as constantes demonstrações de afetividade por ambos os pais. Com as pessoas com quem tem larga convivência (avós maternos e paternos, além de tios e tias e amigos próximos), se sente muito segura, mas não é afeita a novidades ou mudanças no planejamento. Tem baixa frustração e quando se sente insegura com alguma novidade seja boa ou ruim, torna-se uma criança agressiva. A primeira vista essa reação ocorre, pois, o menor sente-se acuado e busca na agressão sua proteção.

(...)

As casas dos pais são muito próximas e a vida da criança é toda no bairro onde reside, tem sua escola, frequenta a pracinha do bairro, vai a Igreja aos domingos. A criança também apresenta ótimo relacionamento com os coleguinhas de creche e os meninos que vivem na mesma vila onde reside desde que nasceu.

(...)

Acrescenta-se que, além da criança se sentir segura com a situação em que se

encontra na data de hoje (passando parte do dia na escola, parte do dia com a mãe e parte da noite com o pai)”.

Passa-se a análise do caso sob estudo destacando-se abaixo os seguintes aspectos:

(I) embora juridicamente tenha sido deferida a guarda unilateral para a mãe, de fato as partes exercem a guarda compartilhada no caso sob análise;

Uma vez que a criança tem residência habitual e centro de interesses especificado e próprio na casa de sua mãe, o que gera estabilidade. O menor convive com outros familiares regularmente (avôs maternos e paternos, tios e tias, além dos amigos próprios).

Porém o pai tem livre acesso a rotina do filho e participa ativamente da vida do seu filho, o que possibilita um convívio efetivo de ambos os pais na vida do menor, o que caracteriza a guarda compartilhada.

Outro traço característico é que os genitores dividem as responsabilidades do menor entre si bem como o poder familiar direto. Uma vez que a criança fica em companhia do pai todos os dias em que a mãe trabalha fora em uma padaria longe de sua residência.

Esse menor, conforme o laudo é uma criança bem organizada emocionalmente por força da própria convivência continuada de ambos. Situação essa que também é bastante positiva com os pais que puderam prosseguir regularmente com suas vidas profissionais.

(II) os interesses do menor que devem prevalecer e serem protegidos no caso sob análise e qual a solução aplicada para beneficiar os interesses do menor;

Como observado em todos os julgados trazidos nesse ensaio, o fator determinante para o julgamento tanto da guarda quanto da modificação ou inversão da guarda perpassa pela análise dos interesses do menor como fator determinante da decisão judicial. Contudo, como o conceito de interesse do menor é aberto, o julgador conjuga os demais critérios arrolados no Capítulo 3 deste ensaio, com a finalidade de tornar tangível a justificativa de sua decisão.

(III) se há a aplicação dos Princípios da Proporcionalidade e da Razoabilidade no Direito de Família - o menor pode continuar na guarda da mãe que tem menor poder aquisitivo ou o menor ficará com quem tem maior poder aquisitivo.

Há indícios sobre a aplicação do princípio da razoabilidade pelos Tribunais brasi-

leiros. Verifica-se pela leitura dos julgados trazidos à colação que os julgadores primam pela aplicação do bom senso nas questões decorrentes de conflitos entre princípios e/ou garantias fundamentais, como o caso em análise, ou seja, o juiz precisa buscar o consenso social acerca do que é usual e sensato.²⁹

Observa-se, precipuamente, que as decisões nessa seara de Direito de Família visam à adequação e a possibilidade de exigibilidade ou exequibilidade da decisão elaborada pelo julgador competente, o que por si só representa a aplicabilidade das características do princípio da proporcionalidade.

Portanto, constata-se que a jurisprudência vem utilizando os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade como fundamento para as decisões em Direito de Família.

Desta forma, o deslinde do caso far-se-á com as bases acima estabelecidas acima e com a finalidade da criança prosseguir afetivamente ligada ao casal e estável emocionalmente.

A criança sente-se muito a vontade na casa que reside. Extrai-se essa ilação das constantes demonstrações de afetividade por ambos os pais e com as pessoas com quem tem larga convivência (avôs maternos e paternos, além de tios e tias e amigos próximos). Logo, o menor sente-se muito seguro, mas, conforme o laudo, “não é afeito a novidades ou mudanças no planejamento”.

A vida da criança é toda no bairro onde reside, tem sua escola, frequenta a praquinha do bairro, vai a Igreja aos domingos. A criança também apresenta ótimo relacionamento com os coleguinhas de creche e os meninos que vivem na mesma vila onde reside desde que nasceu. Mantendo, portanto, os vínculos com o lugar onde reside, com a família lato sensu de forma sociável e adequada.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O estudo situa-se no domínio do Direito de Família, no qual objetivou-se primordialmente abordar o instituto da guarda e da modificação ou inversão da guarda em seus aspectos principais.

Diante de todo o exposto, tem-se que enquanto a guarda pode ser entendida como o instituto que reflete o mecanismo jurídico que auferir ao menor a proteção

²⁹BRASIL. Poder Judiciário. RECURSO ESPECIAL Nº 728.999 - PR (2005/0033114-8). Rel. Min. Luiz Fux; Recte: Roberto Catalano Botelho Ferraz; Recdo: Fazenda Nacional. “(...) 3. A razoabilidade encontra ressonância na ajustabilidade da providência administrativa consoante o consenso social acerca do que é usual e sensato. Razoável é conceito que se infere a contrario sensu; vale dizer, escapa à razoabilidade “aquilo que não pode ser”(...).

de seus direitos enquanto pessoas em pleno desenvolvimento, a modificação ou inversão de guarda é o meio pelo qual os interessados requerem a inversão devendo pleitear na qualidade de pedido imediato, o motivo comprovado pelo qual a parte detentora da guarda deve perdê-la e pedido mediato, para que se acolha a inversão.

Nessa seara, o importante é o resguardo dos direitos e interesses do menor. É fundamental para a garantia e a resguarda ao menor a proteção de seus direitos e interesses, uma vez que o art. 227, da Constituição Federal estabelece ao menor “absoluta prioridade”, torna-se inevitável considerar e reconhecer a sua condição especial de pessoas em desenvolvimento. Neste sentido, este ensaio trouxe diversos julgados do Superior Tribunal de Justiça vem se posicionando acerca do tema.

É importante estabelecer que a noção de interesse do menor seja utilizada com frequência no domínio jurídico, ela permanece imprecisa ou aberta, não sendo, deste modo, um conceito claro e limitado, o que dificulta ou impossibilita a sua aplicação automática. Consequentemente, é importante verificar que o juiz ao examinar a situação fática, determinará a partir de elementos encontrados no caso concreto qual é, verdadeiramente, o interesse do menor.

Outro critério utilizado para a modificação ou a inversão da guarda é a idade, uma vez que as necessidades do menor variam conforme sua idade.

Outro fator envolvido nas tendências das decisões é a opinião do menor, ressalvada a maturidade apresentada por ele bem como será analisado, pelo julgador no caso concreto, o comportamento dos pais.

Enfim, o último fator é a psique do menor e dos interessados no processo da guarda, o julgador deve perquirir a existência ou não da afetividade entre o requerente, sujeito do pedido de modificação ou inversão de guarda ao menor.

Todos esses fatores se relacionam as necessidades e o bem-estar do menor e devem ser utilizados como elementos investigatórios para nortear a decisão do magistrado.

A jurisprudência vem caminhando no sentido de aplicar tanto a razoabilidade quanto a proporcionalidade nos julgados de direito de família. Logo, no pedido de inversão da guarda no caso de transferência de local de trabalho, prevalecerá na decisão a manutenção dos vínculos do menor com o lugar onde reside e com sua família *latu sensu* de forma sociável e adequada, por ser razoável, exequível e de bom senso, a não ser que se comprove prejuízo ao interesse do menor.

REFERÊNCIAS

AKEL, Ana Carolina Silveira. **Guarda Compartilhada: um avanço para a família**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

BITTENCOURT, Edgard de Moura. **Guarda de Filhos**. São Paulo: Universitária do Direito, 1984 apud GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 24. ed. atualizada e ampliada, São Paulo: Saraiva, 2000.

BRASIL. **Emenda Constitucional nº 65, de 13 de julho de 2010**. Altera a denominação do Capítulo VII do Título VIII da Constituição Federal e modifica o seu art. 227, para cuidar dos interesses da juventude.

BRASIL. **Lei nº 5.478, de 25 de Julho de 1968**. Lei de Alimentos.

BRASIL. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990**. Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado. 5. ed., Coord.: Munir Cury e Antonio Fernando do Amaral e Silva, Emílio Garcia Mendez. Malheiros Editores, 2002.

BRASIL. **Lei nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977**. Regula os casos de dissolução da sociedade conjugal e do casamento, seus efeitos e respectivos processos.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro. Institui o Código Civil. Revoga a Lei nº 3.071, de 01 de janeiro de 1916.

BRASIL. **Lei nº 11.698, de 13 de junho de 2008**. Altera os arts. 1.583 e 1.584 da Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil, para instituir e disciplinar a guarda compartilhada.

BRASIL. **Lei 12.010, de 29 de julho de 2009**. Dispõe sobre adoção; altera as Leis

n. 8.069, de 13 de julho de 1990 - Estatuto da Criança e do Adolescente, 8.560, de 29 de dezembro de 1992; revoga dispositivos da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil, e da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 5. ed. revista, atualizada e ampliada, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

DIDIER JR, Freddie. **Curso de Direito Processual Civil: Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento**. Volume I, 10. ed. Bahia: Jus Podivm, 2008.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Fundamento da Coisa Julgada**. Disponível em: <http://www.direitoprocessual.org.br/dados/File/enciclopedia/Coisa_julgada.doc> Acesso em: 15 jan. 2009, às 18h07min.

GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

KLAUTAU, Perla. **Encontros e desencontros entre Winnicott e Lacan**. São Paulo: Escuta, 2002.

MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (coord.). **Curso de Direito da Criança e o Adolescente: aspectos teóricos e práticos**. 4. ed. revista e atualizada, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

MADALENO, Rolf. **Novos Horizontes no Direito de Família**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. **Teoria Geral do Processo Civil Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 128.

POLITO, André Guilherme. **Michaelis: dicionário de Sinônimos e Antônimos**. São Paulo: Cia. Melhoramentos, 1994.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990 apud GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

TEPEDINO, Gustavo. A disciplina da guarda e a autoridade parental na ordem civil- constitucional. **Revista Trimestral de Direito Civil: RTDC**, vol. 17, ano 5, jan./mar. 2004, Ed. Padma, pp. 33-49.

ZIMERMAN, David; COLTRO, Antonio Carlos Mathias (org.). **Aspectos psicológicos na prática jurídica: obra coletiva**. 3. ed. Campinas, São Paulo: Millenium, 2002.

Artigo recebido em: 5.03.2014

Revisado em: 10.03.2014

Aprovado em: 10.04.2014