



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

A GUARDA DE FILHOS MENORES NO TJRJ

Suzana Antunes Suzano Nelvo

Rio de Janeiro
2017

SUZANA ANTUNES SUZANO NELVO

A GUARDA DE FILHOS MENORES NO TJRJ

Artigo científico apresentado como exigência de conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Professores Orientadores:

Mônica C. F. Areal

Néli L. C. Fetzner

Nélson C. Tavares Júnior

Rio de Janeiro
2017

A GUARDA DE FILHOS MENORES NO TJRJ

Suzana Antunes Suzano Nelvo

Graduada pela Universidade Federal Fluminense (UFF). Advogada.

Resumo – o tema família tem sido constantemente judicializado, tendo em vista a dificuldade de solução de conflitos interfamiliares pelos próprios genitores, de modo que o Judiciário tem exercido um papel importante de, muitas vezes, selar a paz em famílias já desgastadas. Assim, a disputa pela guarda de filhos menores tem aumentado a cada dia e verifica-se que nesses conflitos há uma tendência de a guarda ser concedida à genitora. A essência do trabalho é abordar se essa tendência do TJRJ de conceder a guarda à mãe tem se alterado diante dos novos arranjos familiares e compreender se nos casos de guarda compartilhada se mantém essa tendência de fixar a residência com a mãe. Foi possível avaliar que o TJRJ tem se mantido tradicional e mesmo diante da guarda compartilhada, que passou a ser a regra, a residência do filho menor tem se mantido com a genitora, motivo pelo qual busca-se analisar se princípios constitucionais aplicados ao Direito de Família estão sendo violados, de modo a resguardar os filhos menores que tão jovens têm de conviver com o divórcio dos pais.

Palavras-chave – Direito de Família. Guarda. Genitores.

Sumário – Introdução. 1. Os novos arranjos familiares têm o condão de alterar a tendência do TJRJ no tocante à concessão da guarda? 2. Até que ponto a guarda unilateral do TJRJ em vantagem da genitora viola princípios constitucionais aplicáveis ao Direito de Família? 3. Princípio do melhor interesse da criança e a guarda compartilhada: tendência do TJRJ na forma de conceder a guarda de filhos menores. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A disputa pela guarda é um tema judicializado constantemente, tendo em vista a dificuldade de resolução desses tipos de conflitos pelos próprios genitores, de modo que o Judiciário deve dar resposta adequada à lide, a fim de atender o melhor interesse da criança.

Com base em análise de decisões do TJRJ, verificou-se a tendência de conceder a guarda de filhos menores à genitora. Assim, o presente trabalho visa a analisar como os magistrados têm enfrentado os conflitos interfamiliares de filhos menores, verificando o papel do Estado na construção da igualdade de gêneros.

Ademais, busca-se compreender se essa tendência de conceder a guarda à genitora viola princípios constitucionais aplicados ao Direito de Família, bem como se os novos arranjos familiares têm influenciado nas decisões do Tribunal.

O tema é controvertido, partindo da premissa de que, tradicionalmente, há uma presunção de se considerar que a genitora tem melhores condições de cuidar dos filhos menores quando do divórcio, o que tem sido demonstrado também nas decisões do Tribunal.

Nesse sentido, torna-se importante analisar esse fenômeno que tem ocorrido no âmbito do Poder Judiciário, de modo a verificar a forma como o TJRJ tem enfrentado as questões que envolvem as disputas entre genitores sobre a guarda de filhos menores.

Para melhor entendimento do tema, busca-se compreender o alcance dessas decisões no âmbito familiar, a fim de verificar se essa tendência de conveniência social viola o melhor interesse da criança. Pretende-se, ainda, avaliar o papel do Judiciário no intento de proporcionar a melhor decisão para o menor.

Inicia-se o primeiro capítulo do trabalho questionando se os novos arranjos familiares têm o condão de alterar o modo de julgar do TJRJ no tocante à concessão da guarda de filhos menores à genitora.

Segue-se ponderando, no segundo capítulo, até que ponto a guarda unilateral do TJRJ em vantagem da genitora viola princípios constitucionais aplicáveis ao Direito de Família.

O terceiro capítulo destina-se a examinar se nas decisões do TJRJ o princípio do melhor interesse da criança tem maior efetividade na guarda compartilhada ou na guarda unilateral. Assim, busca-se compreender se a guarda compartilhada tem alterado a tendência do TJRJ na forma de conceder a guarda de filhos menores, ou seja, passa-se pela análise de entender se essa conveniência social de conceder a guarda à genitora tem prevalecido nos casos de guarda compartilhada, de modo a manter a criança residindo com a mãe.

A pesquisa é desenvolvida pelo método qualitativo e quantitativo, de modo a analisar uma amostra de julgados, a partir de ementas e acórdãos, estes quando disponíveis, extraídas do portal do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (TJRJ) referente ao ano de 2017, os quais demonstraram uma disposição do Tribunal em conceder a guarda à genitora.

Destarte, o pesquisador pretende entender até que ponto conceder a guarda à genitora pode ter como consequência uma violação ao ordenamento jurídico brasileiro, no que diz respeito ao Direito de Família.

Ademais, busca-se compreender como o Tribunal tem se adaptado às mudanças na realidade social, conjugando os princípios que protegem as crianças, principalmente o melhor interesse da criança, com a guarda compartilhada.

Além disso, a fim de complementar o estudo do tema, alguns aportes teóricos são utilizados, por meio de consulta a material bibliográfico que busca tratar a criança como um sujeito de direito, de modo a ser priorizada.

1. OS NOVOS ARRANJOS FAMILIARES TÊM O CONDÃO DE ALTERAR A TENDÊNCIA DO TJRJ NO TOCANTE À CONCESSÃO DA GUARDA?

O tema “família” gera muita controvérsia na sociedade, principalmente, quando envolve a disputa entre filhos menores, tendo em vista a dificuldade de resolução desses tipos de conflitos pelos próprios genitores.

Nesse sentido, o Judiciário tem se apresentado como o órgão público, representante do Estado, capaz de dar resposta adequada, de modo a atender ao melhor interesse da criança na dissolução da união conjugal.

Assim, verifica-se a importância de se analisar o papel do Judiciário no enfrentamento dos conflitos interfamiliares de filhos menores, bem como a sua interferência nas relações familiares e seu papel na construção da igualdade de gêneros.

Constata-se uma mudança na configuração da família brasileira, o que causou um impacto direto nas questões que envolvem o Direito de Família. O Judiciário tem acompanhado essa evolução e tem reconhecido muitas espécies de famílias, as quais levam em consideração a afetividade e a convivência.

O art. 226, da CRFB/88¹ prevê que a família, base da sociedade, deve ter uma especial proteção do Estado. Com o passar dos tempos, a família, em seu sentido mais amplo, passou a ter um significado diferente do tradicional, pois, modernamente, é considerada uma instituição que pode ser formada por outros meios que não o casamento civil, de modo que as uniões homoafetivas e o vínculo afetivo devem ser considerados.

Assim, o pluralismo nas relações familiares repercute diretamente na transformação da concepção de família.

Diante da pluralidade de possibilidades de entidades familiares, pode-se compreender que a norma jurídica prevista no art. 226, da CRFB/88² é de inclusão, de modo que alguns modelos de famílias podem ser encontrados na sociedade atual.

Maria Berenice Dias³ exemplifica alguns tipos de família, tais como: a “família matrimonial” como aquela que decorre do casamento civil, art. 226, §§1º e 2º, da CRFB/88⁴,

¹ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 23 mai. 2017.

² Ibidem.

³ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 134-142.

⁴ BRASIL, op. cit., nota 1.

mediante um ato formal; a “família informal”, decorrente da união estável, prevista no art. 226, §3º, da CRFB/88⁵, que seria a união entre homem e mulher sem impedimento para o casamento; a “família homoafetiva”, que decorre da união de pessoas do mesmo sexo e que após decisão do STF passou a ser considerada entidade familiar; “família monoparental”, prevista no art. 226, §4º, da CRFB/88⁶, a qual é formada por qualquer dos pais e seus descendentes; a “família anaparental” que é aquela que não abrange os pais e os filhos, ou seja, que não possui o vínculo entre ascendente e descendente, mas entre pessoas que possuam apenas um vínculo de parentesco ou de afetividade; e a “família reconstruída”, que é aquela em que a pessoa leva o seu filho para conviver com outra família com a qual está se relacionando, ou seja, são novas famílias construídas após uma dissolução conjugal.

Diante dessas novas formas de famílias na sociedade, o Judiciário, a cada instante, tem que se adaptar a essa nova realidade na busca de garantir o direito à felicidade, direito fundamental previsto implicitamente na Constituição Federal de 1988.

Da análise realizada nas decisões do Tribunal do Rio de Janeiro buscou-se verificar a forma como o tribunal tem enfrentado os conflitos interfamiliares, no tocante à guarda de filhos menores, diante dos novos arranjos familiares.

Como a pesquisa envolve o instituto da guarda, vale uma breve conceituação quanto a esse instituto, o qual visa a conferir o acolhimento jurídico do menor em uma família. Segundo o Conselho Nacional de Justiça (CNJ)⁷, a guarda pode ser definida como:

a guarda é uma das medidas jurídicas que legaliza a permanência de crianças ou adolescentes em lares substitutos, conferindo ao menor a condição de dependente, inclusive para fins previdenciários.

De acordo com o ECA, 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.

O poder familiar não pode ser confundido com a guarda já que nem sempre quem detém o poder familiar possui a guarda da criança. Em caso de divórcio, por exemplo, a guarda pode ser concedida de forma unilateral para um dos pais, enquanto ambos continuam a ser detentores do poder familiar. Em caso de guarda compartilhada, ambos os pais detêm a guarda e o poder familiar.

Em alguns casos, a guarda pode ser solicitada com objetivo de proteger uma criança ou adolescente que se encontra em situação de risco pessoal ou social.

A guarda pode ser provisória ou definitiva e pode ser revogada a qualquer tempo, podendo também ser concedida a abrigos, famílias guardiãs e famílias adotivas em estágio de convivência.

A medida permite a continuidade dos vínculos familiares, não altera a filiação e nem o registro civil. O guardião torna-se o responsável legal da criança, o que abrange a assistência material, afetiva e educacional até que ela complete 18 anos.

⁵ Ibidem.

⁶ Ibidem.

⁷ Conselho Nacional de Justiça. *CNJ Serviço*: o que significam guarda, poder familiar e tutela. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/85530-cnj-servico-o-que-significam-guarda-poder-familiar-e-tutela-5>>. Acesso em: 07 fev. 2018.

Assim, com a dissolução conjugal, não há uma quebra na gestão das responsabilidades quanto à criação do filho menor, pois os pais sempre terão esse dever legal de cuidado para com os filhos menores.

Após o exame jurisprudencial, desenvolvido por meio da análise de julgados disponíveis no portal do TJRJ referente ao ano de 2017, verificou-se uma tendência nas decisões de que o mais razoável seria que a guarda ficasse com a mãe após a dissolução conjugal. Diante desse panorama, como o Tribunal tem se comportado com os novos arranjos familiares que têm surgido na sociedade?

Para a resposta de tal questionamento foi realizada uma pesquisa no portal do TJRJ, de modo a verificar todas as decisões proferidas no ano de 2017 que envolvem casos de guarda de filhos menores inseridos nesses novos modelos de família.

Nessa perspectiva, houve um julgado que despertou um grande interesse sobre o tema, pois trata da pretensão de um pai em querer modificar a guarda da filha menor, a qual estava provisoriamente conferida à mãe, tendo em vista a alegação de que o relacionamento homoafetivo da mãe ocasionaria prejuízos psicológicos à criança, em decisão que terminou assim ementada⁸:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. GUARDA DE MENOR REQUERIDA PELO PAI. AUSÊNCIA DE SITUAÇÃO EXCEPCIONAL A JUSTIFICAR A MODIFICAÇÃO DO REGIME PREVALECENTE. 1. A pretensão do pai de modificar a guarda da filha menor, provisoriamente conferida à mãe, residente no Rio de Janeiro, e conseqüentemente diligenciar o retorno da filha à cidade de Inhumas, Goiás, onde reside, não se justifica por si só, tendo em vista que ambos os genitores demonstram condições favoráveis ao exercício da guarda. 2. Em casos tais, deve-se privilegiar o direito da menor e o atendimento ao seu melhor interesse, mantendo-se, pelo menos em caráter provisório, de modo a evitar uma brusca alteração na rotina da menor, com a mudança de cidade e estado, a guarda em favor daquele que, diante do imediatismo da situação, revele situação mais favorável à criança, até que sobrevenha decisão definitiva. 3. É desprovida de suporte probatório a alegação de que o relacionamento homoafetivo da mãe ocasiona prejuízos psicológicos à criança, à medida que os depoimentos colhidos em audiência especial indicam que a menor está em ambiente favorável ao seu desenvolvimento. 4. Desprovidimento do recurso.

Verifica-se que o Tribunal indeferiu o pedido do genitor, de modo a manter a guarda com a genitora. Assim, o desembargador entendeu que o relacionamento homoafetivo da mãe não estaria ocasionando prejuízo psicológico à criança e que nem poderia, diante do acervo probatório, de alguma forma comprometer o seu desenvolvimento.

⁸ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Processo nº: 0045111-90.2009.8.19.0000*. Agravo de instrumento nº 2009.002.38566. Relator: Desembargador Elton Martinez Carvalho Leme. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/ejud/ConsultaProcesso.aspx?N=200900238566>>. Acesso em: 23 mai. 2017.

Dessa forma, constata-se que o Tribunal seguiu a tendência de manter a guarda com a genitora, mesmo no caso que envolve os novos arranjos familiares.

No caso em tela, a mãe do menor estava vivendo em uma relação homoafetiva e, mesmo assim, não houve a inversão da guarda para o genitor. Destarte, não há prejuízo para o filho menor manter a sua convivência em um lar de casal homoafetivo.

Diante do exposto, verifica-se que o Tribunal do Rio de Janeiro não apresentou qualquer tipo de discriminação quanto a modalidade de família ser convencional ou não, de modo que entendeu que mesmo em casos de famílias não convencionais, o filho menor tem o direito de viver com o genitor que possa lhe conceder as melhores condições para se manter e ter uma vida saudável.

Nesse sentido, tradicionalmente, revela-se uma presunção social e cultural de que a mãe tem melhores condições de cuidar dos filhos menores no caso de disputa em juízo pela guarda. Talvez essa postura advinha de uma ideologia, presente na sociedade, de que as mulheres tenham melhores condições de cuidar dos filhos menores, o que pode ser fundamentado em um instinto materno, portanto, seria mais apta a criar os filhos.⁹

Os novos arranjos familiares se apresentam como uma evolução na sociedade e o TJRJ, pela decisão paradigmática abordada, parece que vem acompanhando essas mudanças de forma positiva, mas sem deixar de lado o seu tradicionalismo e princípios.

2. ATÉ QUE PONTO A GUARDA UNILATERAL DO TJRJ EM VANTAGEM DA GENITORA VIOLA PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS APLICÁVEIS AO DIREITO DE FAMÍLIA?

Como se viu no capítulo anterior, o conceito de “família” tem se renovado a cada dia, ou seja, o olhar tradicional do que vem a ser a família tem acompanhado a evolução da sociedade. Tudo acontece de forma muito rápida e muitas vezes algumas pessoas têm dificuldade para entender o que tem acontecido na sociedade.

A Constituição Federal de 1988 inaugurou a constitucionalização do Direito Civil, o que, com o passar do tempo, acabou por consolidar os direitos da personalidade no âmbito do Direito de Família. Por meio da inserção de princípios e valores no ordenamento jurídico, um

⁹ PINTO, Erika Alcantara et al. *Judicialização da guarda de filhos menores*. Rio de Janeiro, 2013. Disponível em: <<http://www.revistaalumni.com.br/index.php/ALUMNI/article/view/7>>. Acesso em: 23 mai. 2017.

outro olhar começou a ser concedido, por exemplo, com relação à questão da filiação biológica, de modo que a expressão “filho ilegítimo” foi sendo deixada para trás, diante da concepção da ideologia de igualdade entre os filhos.¹⁰

Nessa busca da valorização do ser humano, alguns princípios foram criados para tal finalidade, tal como o princípio da dignidade da pessoa humana, art. 1º, III, da CRFB/88¹¹ que seria o mais importante, mas também pode ser mencionado o princípio da isonomia ou igualdade, art. 5º, I, da CRFB/88¹².

Contudo, existem alguns princípios específicos que regem o Direito de Família e são os responsáveis por uma mudança profunda no que diz respeito às relações interfamiliares, tais como:

a) o princípio da igualdade jurídica de todos os filhos, previsto no art. 227, §6º, da CRFB/88¹³, bem como o art. 20, do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA)¹⁴, que proíbe qualquer tipo de discriminação relativa à filiação entre filhos havidos ou não no casamento;

b) o princípio da consagração do poder familiar igualitário, previsto no art. 226, §5º, da CRFB/88¹⁵, em que os deveres conjugais devem ser exercidos de forma igualitária pelos pais;

c) o princípio do melhor interesse da criança, previsto no art. 227, caput, da CRFB/88¹⁶, o qual estabelece o dever da família, da sociedade e do Estado de cuidar das crianças com absoluta prioridade;

d) por fim, pode ser citado o princípio do pluralismo familiar, previsto no art. 226, caput, da CRFB/88¹⁷, em que o legislador diz que a família é a base da sociedade, porém não a conceitua, de modo a deixar em aberto para interpretações.

Diante de todos esses princípios, verifica-se a busca pela proteção da família, mas, principalmente, das crianças, as quais necessitam da proteção prioritária e especial, inclusive, do Estado.

Um outro paradigma que tem se estruturado na sociedade é o afeto, conhecido como o vínculo afetivo ou princípio da afetividade, o qual tem sido analisado constantemente pelos

¹⁰ GONÇALVES, Gabriela. *Constitucionalização do direito de família e a “socioafetividade” como caracterizadora de relação paterno-filial*. Salvador, 2008. Disponível em: <http://www.unifacs.br/revistajuridica/arquivo/edicao_janeiro2008/discente/dis3.doc>. Acesso em: 29 ago. 2017.

¹¹ BRASIL, op. cit., nota 1.

¹² Ibidem.

¹³ Ibidem.

¹⁴ BRASIL. *Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm>. Acesso em: 07 fev. 2018.

¹⁵ BRASIL, op. cit., nota 1.

¹⁶ Ibidem.

¹⁷ Ibidem.

Tribunais, a fim de conferir-lhe um valor jurídico, visto que, com a ampliação do conceito de família, novos arranjos familiares têm se estabelecido e o Judiciário precisa acompanhar essa evolução.

Verifica-se a importância desse tema, mormente ao se tratar da disputa pela guarda de filhos menores, a qual tem sido judicializada constantemente, diante da dificuldade de resolução desses tipos de conflitos pelos próprios genitores.

Ressalta-se que o princípio do pluralismo familiar e o da afetividade tem sido observado com mais afinco nos dias atuais pelos Tribunais, a fim de que os conflitos interfamiliares tenham a resposta adequada, cujo objetivo maior é atender o melhor interesse da criança.

Ademais, deve ser observado que o Estado, ao desempenhar o seu papel de proteção das famílias, interfere diretamente nas relações interfamiliares, bem como na construção da igualdade de gêneros, de modo que o Judiciário, ao representar o Estado, não pode se omitir diante da evolução das necessidades da sociedade.

O TJRJ, conforme pode ser observado na exposição do presente trabalho, aparenta uma boa adaptação, bem como demonstra estar acompanhando efetivamente as mudanças sociais. Vale apenas consignar, que apesar desse viés moderno pode ser notado que ainda há uma tendência de se entender que a mãe reúne melhores condições de cuidar dos filhos menores, conforme o julgado a seguir ementado¹⁸:

APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO DE FAMÍLIA. AÇÃO DE MODIFICAÇÃO DE CLÁUSULA REFERENTE À GUARDA DE MENOR. RECURSO CONTRA SENTENÇA QUE INDEFERIU A GUARDA COMPARTILHADA. MANUTENÇÃO DO DECISUM. O artigo 227 da constituição federal pontuou diretrizes para a condução das tutelas envolvendo crianças e adolescentes, de molde a estabelecer a observância aos princípios da prioridade absoluta e do melhor interesse do menor. Significa dizer que, em todas as esferas de interesses, inclusive, no âmbito judicial, deve-se assegurar as medidas necessárias à proteção integral do direito do menor. Na espécie, embora o apelante sustente ter condições de compartilhar a guarda da filha, o conjunto probatório acostado aos autos demonstra que a guarda da criança será melhor exercida de forma unilateral pela genitora. Desprovimento do recurso. Manutenção da sentença impugnada.

Verifica-se que mesmo o genitor sustentando ter condições de sustentar a filha, o Tribunal entendeu que a guarda da criança seria melhor exercida de forma unilateral pela genitora.

¹⁸ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Processo nº: 0017426-35.2015.8.19.0021*. Apelação. Relator: Desembargador Mauro Pereira Martins. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/ejud/ConsultaProcesso.aspx?N=2017.001.12054>>. Acesso em: 25 ago. 2017.

Nesse sentido, pode-se consignar que o Tribunal tem atentado para as modificações sociais e culturais na sociedade, de modo a utilizar também o instituto da guarda compartilhada, o qual foi criado na busca de trazer benefícios para os pais e os filhos, contudo, o instituto da guarda unilateral ainda vem sendo usado e nessas decisões que envolvem filhos menores ainda há concessão da guarda exclusivamente para a genitora.

Nessa perspectiva, cabe analisar até que ponto a guarda unilateral em vantagem da genitora viola princípios constitucionais aplicados ao Direito de Família.

Como instrumento de solução de litígios, o Judiciário tem de atentar para um princípio muito importante e já mencionado, qual seja o melhor interesse da criança. Nesse sentido, verifica-se que um meio utilizado para que a criança não perca contato com o genitor não guardião é o direito à visitação do filho menor para que se estabeleça a efetivação do direito fundamental de convivência familiar, de modo que a eventual negativa infundada do genitor que detém a guarda possa ser afastada mediante a aplicação de multa diária.

Vale mencionar o advento da globalização e a tecnologia, tal como a internet, a qual permite uma maior proximidade dos filhos com os genitores, de modo que os laços de afetividade podem ser estreitados com maior facilidade, o que favorece o convívio do filho menor com o genitor que não detém guarda. Assim, tal benefício deve ser utilizado a favor da efetividade dos princípios constitucionais.

Outro fenômeno que também pode ocorrer quando se trata de guarda é a alienação parental, cujo art. 2º, da Lei nº 12.318/2010¹⁹, prevê como uma interferência na formação psicológica da criança por um dos genitores com o objetivo de causar algum prejuízo nesse convívio.

Esse tema tem relevância ao se verificar a possibilidade, principalmente, no que diz respeito às mães, objeto dessa pesquisa, de não corroborar para a eficácia do direito de convívio do filho com o genitor, de modo a favorecer com o distanciamento do filho com o pai, criando uma situação de mero pagador de pensão alimentícia.

Ao não se atentar para o interesse do infante-juvenil, princípios consagrados pelo Direito de Família, tal como o princípio da consagração do poder familiar igualitário, pluralismo familiar e o interesse da criança, passam a ser violados se afastando do maior propósito da Constituição Federal de 1988, que é a dignidade da pessoa humana, vivendo em harmonia, saúde e liberdade.

¹⁹ BRASIL. *Lei nº 12.318*, de 26 de agosto de 2010. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/112318.htm>. Acesso em: 25 ago. 2017.

Nesse diapasão, deve-se analisar quem tem “melhor aptidão” para cuidar do filho menor em desenvolvimento, o qual não é aquele que apenas detém boas condições financeiras.

Não há um prejuízo imediato para o filho quando o magistrado concede a guarda unilateralmente para a mãe, contudo, cuidados devem ser tomados para que a criança receba todo o cuidado e proteção prioritária, não sendo inserida em um ambiente hostil e de animosidade entre os genitores.

Da análise da pesquisa realizada, conforme já mencionado, com base nos julgados disponíveis no portal do TJRJ no ano de 2017, verificou-se uma preocupação do magistrado em analisar a situação real em que o filho menor se encontra, bem como o apego aos princípios constitucionais, de modo a preservar o convívio da criança com os pais. Segue uma decisão que demonstra essa tendência e que terminou assim ementada²⁰:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO DE FAMÍLIA. Ação de guarda e visitação de menor proposta pela genitora. Decisão de 1º grau que deferiu a tutela de urgência para estabelecer um regime provisório de visitação, na forma requerida na inicial. Pleito exordial que propôs o convívio do pai com a filha em finais de semana alternados, com direito a pernoite. Irresignação do genitor. Guarda que deve ser estabelecida em consonância com as peculiaridades do caso concreto, atendendo, primordialmente, aos interesses e bem-estar da menor, e não à satisfação exclusiva dos anseios de um dos genitores. A guarda unilateral da mãe não gera qualquer prejuízo ao desenvolvimento e bem-estar da menor e poderá ser revista ao longo do processo, quando outros elementos possibilitarão apreciação acurada da situação fática. Princípios do melhor interesse da criança e da proteção integral que devem preponderar *in casu*. Preservação do direito à convivência com o pai. Desprovimento do recurso.

Portanto, constata-se que o Tribunal tem se preocupado com o direito à convivência do filho menor com o pai e que conceder a guarda à genitora não é um problema.

Assim, o Tribunal enfrenta os conflitos interfamiliares de filhos menores e busca dar uma resposta adequada, de modo a concretizar o melhor para a criança.

Vale apenas salientar o papel importante da genitora nesse processo, pois a ela cabe observar e praticar os princípios constitucionais, sob pena de em caso de violação causar sofrimento a criança.

²⁰ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Processo nº: 0005887-67.2017.8.19.0000*. Agravo de instrumento. Relator: Desembargador Luiz Roldão de Freitas Gomes Filho. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/ejud/ConsultaProcesso.aspx?N=2017.002.06489>>. Acesso em: 25 ago. 2017.

3. PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA E A GUARDA COMPARTILHADA: TENDÊNCIA DO TJRJ NA FORMA DE CONCEDER A GUARDA DE FILHOS MENORES.

Com o passar dos tempos e diante de uma mudança na realidade social, alterações ocorreram na legislação, de modo que se tem refletido, efetivamente, nas decisões judiciais, principalmente no que tange à guarda compartilhada.

Antes, a regra era a concessão quase exclusiva da guarda unilateral, com a manutenção do filho menor apenas sobre a responsabilidade de um dos genitores, tendo o genitor prejudicado o direito à convivência com o filho. Atualmente, o ordenamento jurídico passou a priorizar a manutenção da criança com os pais como se eles estivessem juntos, o que representa um dos objetivos da guarda compartilhada.

Vale salientar que o posicionamento paterno também colaborou, e muito, com essa evolução, pois o papel dos pais mudou, porque eles passaram a querer estar mais presentes na vida dos filhos, inclusive interferindo no conteúdo pedagógico da escola em que os filhos irão estudar.

Nesse sentido, a guarda compartilhada hoje é bem aceita nos tribunais, de modo que mesmo nos casos de os pais não se darem bem, constata-se a sua aplicação, pois o que importa é a convivência do filho com os pais.

Diante das ideologias mais modernas do significado de família, o filho pode ser fruto de algum relacionamento que nada tem a ver com o casamento, sendo a relação materno/paterno filial distinta completamente do vínculo conjugal, o que é uma grande diferença com relação à cultura tradicional, a qual, mesmo que de forma contida, ainda persiste na sociedade.

Os assuntos que dizem respeito à família não precisam chegar aos tribunais, mas se chegam é porque os familiares estão precisando da intervenção judicial. Assim, o Judiciário tem o papel de aplicar o direito de forma que prevaleça, em todos os aspectos, o princípio do melhor interesse da criança. Nesse papel tão importante, o Judiciário deve, por meio da análise do caso concreto e auxílio dos estudos sociais, aplicar o melhor tipo de guarda para a família em litígio, sempre tentando fazer a menor ingerência possível.

A guarda é um instituto de gerenciamento da vida do menor, de modo que aquele que detém a guarda tem a obrigação de prestar assistência material e moral à criança, de modo que o fato de os pais residirem sobre o mesmo teto e não ter mais um casamento operante, não influencia no fato de ter a determinação de uma guarda.

O art. 33, do Estatuto da Criança e do Adolescente²¹ cuida do instituto da guarda, a qual só não poderá ser exercida por um dos genitores caso ele perca o poder familiar.

Em um entendimento mais moderno quanto ao instituto, a guarda deve ser conjugada com o melhor interesse do incapaz, sendo concedida àquele que detém maior capacidade de gerenciamento para a vida do menor e desenvolvimento fisiopsíquico da criança, tendo o Judiciário a missão de tentar reinserir a paz em famílias muitas vezes já desfeitas.

A jurisprudência tem associado a ideia de efetividade do princípio do melhor interesse da criança com a guarda compartilhada, a qual se refere a uma responsabilização conjunta e com exercício de direitos e deveres pelo pai e mãe que não vivam sob o mesmo teto, concernentes ao poder familiar dos filhos comuns.

Ademais, na guarda compartilhada, o filho menor pode continuar morando com apenas um dos genitores, o que impede que a criança tenha que ficar alternando de residência, o que pode causar prejuízo psicológico para o filho. Assim, o que se compartilha é responsabilidade sobre a vida da criança.

Nesse sentido, a guarda compartilhada torna-se mais benéfica à criança, pois a criança tem a oportunidade de continuar convivendo com os pais e, além disso, pode minimizar o risco de alienação parental, pois ambos os genitores assumem participação efetiva sobre a vida dos filhos em comum, prevalecendo o bom senso e a compreensão.

A lei, por meio do Código Civil, em seu art. 1584, §2º²², ratifica o entendimento de que a guarda compartilhada deve ser a regra, não sendo aplicada apenas quando “um dos genitores declarar ao magistrado que não deseja a guarda do menor”.

Todavia, na realidade prática dos tribunais, os magistrados aplicam o direito com base nos casos concretos que são apresentados, pois a lei deve ser interpretada não apenas na sua literalidade, mas com base nos princípios e valores expostos na sociedade.

Nesse aspecto, verifica-se que tanto a guarda unilateral como a compartilhada são opções legais disponíveis para o julgador. Assim, o que deve ser analisado é a forma como o Tribunal tem enfrentado a relação entre a guarda compartilhada e os genitores, pois apesar da responsabilização conjunta dos pais pelo filho menor, deverá ser fixado o domicílio principal da criança.

Com base na análise dos julgados do Tribunal foi possível verificar que, diante do fato de a guarda compartilhada ser um instituto que proporciona à criança a possibilidade de ter

²¹ BRASIL, op. cit., nota 14.

²² BRASIL. *Código Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 09 set. 2017.

residência fixa com apenas um dos genitores, os magistrados tendem a definir a residência principal com a genitora.

É válido mencionar que em uma sociedade moderna o genitor também alcançado espaço e em alguns casos tem conseguido reverter tal quadro, porém esse fenômeno tem ocorrido de forma gradual.

Segue um julgado que evidencia a preocupação do julgador em manter a guarda com a genitora, em decisão que ficou assim ementada²³:

APELAÇÃO CÍVEL. GUARDA COMPARTILHADA. PREFERÊNCIA LEGAL. GENITORES APTOS AO EXERCÍCIO DOS DIREITOS E DEVERES INERENTES DO PODER FAMILIAR. ESTABELECIMENTO DA MORADIA DO MENOR COM A GENITORA. REFERÊNCIA DE LAR. INTERESSE PRIORITÁRIO DA CRIANÇA. FIXAÇÃO DA VISITAÇÃO PELO GENITOR NÃO GUARDIÃO. AMPLIAÇÃO DO CONVÍVIO. REFORMA PARCIAL DA SENTENÇA. Sentença que julgou improcedente o pedido do genitor do infante de estabelecimento da guarda unilateral em seu favor, ao entender que a genitora reunia as condições necessárias para o seu exercício, e que, de outro lado, deixou de estabelecer a visitação pelo pai, não guardião, ao fundamento de que o conjunto probante colacionada ao processo não permitia a análise da matéria. Pretensão recursal do genitor para a reforma do julgado e a inversão da guarda, ao argumento de que a mãe do menor perpetrava maus-tratos contra a criança e estava envolvida com os traficantes da localidade em que residia. Alegações não acolhidas. Preferência legal de que a guarda e a custódia dos filhos menores sejam exercidas de forma conjunta pelos genitores, sempre que possível, tendo em vista o melhor interesse da criança. (...) Sentença que deve ser parcialmente modificada para o reconhecimento do exercício da guarda compartilhada por ambos os genitores, para a definição da residência do menor com a genitora e para o estabelecimento da visitação do pai ao filho. Conhecimento e provimento parcial do recurso.

Há de se verificar que houve a modificação da guarda unilateral para a compartilhada e determinação da residência do filho com a genitora com base no melhor interesse da criança.

Segue outro julgado em que também pode ser analisado que houve a modificação da guarda unilateral para a compartilhada, sendo definida a residência principal com a genitora, em decisão assim ementada²⁴:

MODIFICAÇÃO DE GUARDA UNILATERAL PARA GUARDA COMPARTILHADA. SENTENÇA DE PARCIAL PROCEDÊNCIA. IRRESIGNAÇÃO DO PARQUET. - No caso dos autos, o juízo a quo determinou a guarda compartilhada entre os genitores, todavia, definiu como residência principal do menor a moradia do genitor, contra o que se insurge o parquet. - De fato, tal como assinalado pelo recorrente, bem como diante dos estudos social e psicológico, parece inegável que a residência principal do adolescente deve ser mantida com a moradia

²³ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Processo nº: 0006022-80.2013.8.19.0045*. Apelação. Relator: Desembargador Alcides da Fonseca Neto. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/ejud/ConsultaProcesso.aspx?N=2016.001.67320>>. Acesso em: 09 set. 2017.

²⁴ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Processo nº: 0235571-12.2012.8.19.0038*. Apelação. Relator: Desembargadora Flávia Romano de Rezende. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/ejud/ConsultaProcesso.aspx?N=2017.001.13115>>. Acesso em: 09 set. 2017.

da genitora, porquanto esta satisfaça o melhor interesse do adolescente. Recurso ao qual se dá provimento.

Portanto, mesmo nos casos de guarda compartilhada, o Tribunal do Estado do Rio de Janeiro continua a identificar que a residência do filho menor com a mãe ainda é o melhor a ser aplicado no caso concreto e que o direito de convivência, por ser um direito fundamental e da criança, tem que ser observado a todo instante.

Não há problemas em que a criança continue a residir com a genitora, pois diante da guarda compartilhada ambos os genitores têm responsabilidade pela criação do filho. A criança mantém uma residência fixa e ainda tem a oportunidade de conviver com os dois genitores.

Essa situação proporciona um benefício psicológico para a criança que tão jovem tem que conviver com o divórcio dos pais.

CONCLUSÃO

A disputa pela guarda é um tema judicializado constantemente, tendo em vista a dificuldade de alguns genitores em resolver os seus conflitos sozinhos, de modo que a cada dia a busca pelo Poder Judiciário tem aumentado. O tema “família” gera muita controvérsia na sociedade, principalmente, quando envolve a disputa pelos filhos menores.

Nesse sentido, o Judiciário tem apresentado grande importância em seu papel institucional de proporcionar o melhor interesse da criança, interferindo diretamente nas relações familiares.

Com base em análise de decisões do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (TJRJ), referentes ao ano de 2017, verificou-se a tendência dos magistrados em conceder a guarda de filhos menores à genitora.

Nessa perspectiva, ao analisar a pluralidade de possibilidades de entidades familiares, diante da evolução do significado da palavra “família”, verificou-se que o Judiciário tem acompanhado essas modificações, mas sem deixar de lado o tradicionalismo e a aplicação dos princípios específicos do Direito de Família.

Assim, o TJRJ não tem feito qualquer tipo de discriminação quanto aos novos arranjos familiares, mas na ponderação do melhor interesse da criança, as mães, ainda segundo o Tribunal, são as que apresentam as melhores condições para que o filho mantenha uma vida saudável.

O Tribunal tem, portanto, atentado para as modificações sociais e culturais na sociedade. Na busca pela proteção da família revelou uma preocupação em não permitir que a criança perca contato com o genitor prejudicado, a fim de preservar o direito à convivência familiar.

Diante desse quadro, foi possível perceber que a concessão da guarda a genitora não é um problema, desde que a todo instante os princípios consagrados pelo Direito de Família sejam observados.

Com todos esses cuidados é que o TJRJ tem se adaptado às mudanças na realidade social e com o advento da guarda compartilhada, essa passou a ser vista como a guarda que busca prestigiar a ideia de efetividade, de modo que ao ser conjugada com o princípio do melhor interesse da criança tem se tornado mais benéfica ao filho menor.

Vale consignar que, mesmo nos casos de guarda compartilhada, a tendência do TJRJ de conceder a guarda à mãe tem se confirmado, pois, na maior parte das decisões que envolvem a disputa pela guarda dos filhos menores, há determinação de residência fixa do filho com a genitora.

Verificou-se que apesar de uma sociedade moderna em que o genitor tem conseguido a guarda de seus filhos, tal fenômeno tem ocorrido de forma moderada e a residência principal ainda tem sido definida com a genitora.

Portanto, na maioria dos casos concretos analisados, ao se conjugar princípios que protegem as crianças, tal como o direito de convivência com os pais e o melhor interesse da criança, com a guarda compartilhada, tendo residência fixa com a genitora, há uma presunção de um maior benefício psicológico para o filho menor.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Código Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 09 set. 2017.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 23 mai. 2017.

_____. *Lei nº 12.318, de 26 de agosto de 2010*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/112318.htm>. Acesso em: 25 ago. 2017.

_____. *Lei nº 8.069*, de 13 de julho de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm>. Acesso em: 09 set. 2017.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Processo nº: 0045111-90.2009.8.19.0000*. Agravo de instrumento nº 2009.002.38566. Relator: Desembargador Elton Martinez Carvalho Leme. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/ejud/ConsultaProcesso.aspx?N=200900238566>>. Acesso em: 23 mai. 2017.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Processo nº: 0017426-35.2015.8.19.0021*. Apelação. Relator: Desembargador Mauro Pereira Martins. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/ejud/ConsultaProcesso.aspx?N=2017.001.12054>>. Acesso em: 25 ago. 2017.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Processo nº: 0005887-67.2017.8.19.0000*. Agravo de instrumento. Relator: Desembargador Luiz Roldão de Freitas Gomes Filho. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/ejud/ConsultaProcesso.aspx?N=2017.002.06489>>. Acesso em: 25 ago. 2017.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Processo nº: 0006022-80.2013.8.19.0045*. Apelação. Relator: Desembargador Alcides da Fonseca Neto. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/ejud/ConsultaProcesso.aspx?N=2016.001.67320>>. Acesso em: 09 set. 2017.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Processo nº: 0235571-12.2012.8.19.0038*. Apelação. Relator: Desembargadora Flávia Romano de Rezende. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/ejud/ConsultaProcesso.aspx?N=2017.001.13115>>. Acesso em: 09 set. 2017.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *CNJ Serviço: o que significam guarda, poder familiar e tutela*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/85530-cnj-servico-o-que-significam-guarda-poder-familiar-e-tutela-5>>. Acesso em: 07 fev. 2018.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

GONÇALVES, Gabriela. *Constitucionalização do direito de família e a “socioafetividade” como caracterizadora de relação paterno-filial*. Salvador, 2008. Disponível em: <http://www.unifacs.br/revistajuridica/arquivo/edicao_janeiro2008/discente/dis3.doc>. Acesso em: 29 ago. 2017.

PINTO, Erika Alcantara et al. *Judicialização da guarda de filhos menores*. Rio de Janeiro, 2013. Disponível em: <<http://www.revistaalumni.com.br/index.php/ALUMNI/article/view/7>>. Acesso em: 23 mai. 2017.