

Os princípios e a casuística na guarda dos filhos

FERNANDO MALHEIROS FILHO

1. Noção introdutória. 2. A doutrina de defesa aos interesses dos menores. 3. A presunção em favor da guarda materna. 4. A avaliação da vontade do menor. 5. A guarda e a fixação do domicílio. 6. O direito de visitas e sua exeqüibilidade.

1. Noção introdutória:

Talvez, dentre os temas próprios ao Direito de Família, a questão dos filhos, sua guarda e visitas, em caso de separação dos genitores seja aquele que envolva em maior magnitude o espectro multidisciplinar, onde a solução depende do enfrentamento jurídico, é certo, mas fundamentalmente da prospecção de aspectos técnico-psicológicos, de tendências culturais, reflexão filosófica, além da consciência de que, no tema, não há solução que verdadeiramente sirva aos padrões ideais que nutrimos para os infantes, sempre à mercê da própria existência e das circunstâncias que os trouxeram ao mundo.

Justamente por isso, considerando o feixe de situações que devem fomentar a reflexão sobre o tema, fica muito difícil a busca axiomática, posto que quase sempre a solução haverá de ser casuística, respondendo às peculiaridades de cada circunstância, fazendo tender ao infinito o exame do problema.

Nessa linha, a abordagem jurisprudencial é sempre mais criativa e adequada, no sentido de produzir um exame fincado nos fatos, a partir do qual, se não é possível estabelecer propriamente uma principiologia, por certo pode-se delinear tendências capazes de orientar à tormentosa tarefa daqueles que, em qualquer estamento do embate judicial, estão nas mãos com a grave tarefa de decidir sobre a sorte de seres humanos que ainda não estão aptos para deliberar sobre o próprio futuro.

Essa é a dúvida atroz que se abate sobre o profissional do direito chamado a dispor sobre a questão: qual a melhor solução se pelo menos há uma dicotomia inicial entre aquele par que gera nas entranhas de sua biologia os seres que tomarão seu lugar no tecido civilizatório?

A primeira inquietação, entretanto, deve ser superada, pois que se, de um lado, jamais haverá solução perfeita para dissensão tão ínsita à natureza humana, de outro lado, a própria demora na solução desserve aos infantes núcleo da disputa, cujo crescimento e criação exige, antes de tudo, estabilidade.

E é justamente em nome da estabilidade que os entendimentos vem se agregando, como forma de estabelecer alguns princípios mínimos que possam servir de fomento à maior parte das decisões em torno do tema.

2. A doutrina de defesa aos interesses dos menores:

Tão difusa é a abordagem da matéria, que mesmo o reiterado entendimento jurisprudencial em torno do qual as decisões sobre guarda dos filhos devem ser norteadas pelo respeito aos interesses dos menores, no sistema legal brasileiro essa expressão inexistente, senão na Convenção sobre os Direitos da Criança, subscrita pelo Brasil, conforme Decreto Legislativo nº 28, de 14 de setembro de 1990, e o Decreto Presidencial nº 99.710, de 11 de novembro de 1990, artigo 3, nº 1[1].

Mas essa é a ênfase jurisprudencial, pois passa que a questão da guarda dos filhos não pode ser enfrentada exclusivamente sob a ótica jurídica. Não se trata de matéria somente de direito, com solução possível frente o silogismo que normalmente representa a interpretação das leis.

Em verdade, seja na doutrina como na jurisprudência, a guarda dos filhos sempre enfrentou uma abordagem casuística, cabendo uma solução própria para cada caso, extraindo-se apenas alguns princípios que a praxe no trato das coisas do Direito de Família vem consagrando nos últimos anos, mercê da consolidação dos verdadeiros conceitos norteadores e da evolução dos costumes.

Dentre os princípios caros ao Direito de Família, em se tratando de guarda dos filhos menores, sobreleva o chamado princípio ou doutrina da prevalência do interesse dos infantes. Assim a jurisprudência dominante, presente nos Tribunais de todos os graus, inclusive com profundos reflexos no augusto Superior Tribunal de Justiça[2].

Esse caríssimo critério, consagrado pela jurisprudência de norte a sul[3] no país, determina situações bem típicas à questão da guarda dos filhos, onde pouco interessa o comportamento dos genitores, desde que compatível com o exercício do múnus e com o atendimento dos verdadeiros interesses do menor, que por isso situam-se em patamar acima do interesse dos próprios pais[4], pois que o entendimento prevalente é de que a guarda, antes de um direito dos pais, é um dever[5], verdadeiro direito-dever, sobrelevando este àquele[6]. Daí que as conveniências dos genitores merecem ser desdenhadas quando em conflito com os interesses

dos menores, restando apenas dilucidar, em cada caso, onde se situa tal interesse.

3. A presunção em favor da guarda materna:

Esse entendimento, praticamente unânime, vem encontrando guarida nas mais variadas situações, onde ao juiz da causa cabe o exame da individualidade da situação do filho, independentemente das circunstâncias de seus pais, desde que estas não ensejem motivo grave, lesivo à formação e educação do menor. Com esteio deste jaez, mesmo o comportamento socialmente irregular da mãe guardiã[7] não se vem permitindo a alteração da guarda[8], dès que tal comportamento não influa gravemente na situação do filhos, passando por conduta até desculpável[9], com relação à guarda, a dedicação ao meretrício[10] e o cometimento de adultério[11] ou outras faltas[12] que dêem causa à separação conjugal[13].

Aliás a desvinculação entre a guarda dos filhos e a culpa pela separação conjugal, que ainda encontra respaldo no sistema legal vigente (Lei nº 6.515/77, art. 10, caput), vem sendo preocupação de antiga jurisprudência[14], e hoje constitui-se em verdadeiro cânnon jurisprudencial[15].

É verdade que a conhecida flexibilidade das disposições sobre o tema[16] permite múltiplas soluções, que jamais merece abordagem absoluta, cedendo sempre à casuística de cada situação e a medida em grau da gravidade da hipótese apresentada e devidamente provada, sendo, no entanto, ácida a crítica ao sistema de 'guarda conjunta'[17], que endosso e aplaudo sob a consideração de que a instabilidade de tal proposta é inversamente proporcional à necessidade de paz e harmonia que a criação sadia do infante exige.

Casos há, e múltiplos, em que não resta alternativa senão a alteração da guarda, mas a jurisprudência vem sendo criteriosa, reservando a aplicação de medida com conseqüências tão profundas na vida do menor somente para aquelas situações em que a exuberância dos fatos graves aconselha e indica a solução radical[18], normalmente em que o guardião não se viu envolvido em uma única falta, sempre escusável, mas portador de comportamento realmente teratológico[19], em tudo incompatível com o exercício do múnus de criar e educar um ser humano em formação.

Premissa ainda consagrada largamente pela jurisprudência, verdadeira presunção juris tantum, é a de que o filho menor, especialmente de tenra idade, estará melhor atendido na companhia materna[20], salvante hipóteses excepcionais[21], razão pela qual, em disputa pela guarda, quando ela ainda não foi judicialmente estabelecida, no exórdio do dissídio conjugal maior, a tendência é sempre de que a guarda seja confiada à mãe, cabendo ao pai o impostergável direito de visitas[22].

Tal entendimento, assente na jurisprudência, como se demonstrou, radica-se em velhos postulados culturais, festejados pela doutrina, mas flexíveis, que cedem à apreciação casuística[23]. Vários são os aspectos que, caso a caso, condicionam a fixação ou a alteração da guarda, de um genitor ao outro, ou mesmo com relação à terceiros.

Se, de um lado, jurisprudência manifesta nítida preferência de que seja a guarda dos filhos de tenra idade atribuída à mãe[24], de outro lado, não se toma por valor absoluto a guarda em favor da mãe, cuja presunção favorável sempre poderá ceder aos pormenores de cada hipótese, especialmente quando a situação já consolidada indica outro acomodamento dos fatos[25].

Em geral, por vezes até acima do princípio que envolve a guarda materna, está a estabilidade da situação pretérita da criança, há muito consolidada, seja quando entregue aos cuidados do pai ou mesmo quando são guardiões terceiros, ainda que familiares do menor. É do interesse do infante, indiscutivelmente, que sua guarda seja mantida em favor de quem foi estabelecida[26], seja por sentença judicial em processo litigioso, seja por acordo judicialmente homologado[27], ou mesmo em favor de quem, genitor ou terceiro[28], a situação de fato[29] já constituiu referencial de estabilidade na vida da criança[30].

Todavia, como é da natureza das decisões judiciais que envolvem relações jurídicas continuativas[31], a situação plasmada pelo decreto judicial sempre pode sofrer alterações quando motivos supervenientes e graves assim o recomendem.

Proposta a demanda de alteração de guarda e presente a motivação que a autorize, ainda assim a jurisprudência mostra-se cautelosa[32] quanto as chamadas alterações provisórias[33], no curso da ação[34], aguardando o enfrentamento definitivo pela sentença final de mérito[35], posto que tais modificações no status quo, ainda que aparentemente recomendáveis, não devem ser deferidas[36], senão em casos inequívocos, ante o risco de lesão ao menor, estando a criança sob a guarda da mãe[37], como, do mesmo modo, sendo o

pai o guardião[38], contra quem se pede a alteração, considerando o risco de lesão sempre presente nas abruptas modificações no estado de fato do menor[39].

Considerando o alto grau de controvérsia em temas dessa espécie, imiscuindo-se na demanda judicial, além dos aspectos próprios à guarda dos filhos, os ressentimentos recíprocos de cada um dos genitores, obscurecendo, por vezes, a questão em lida, é de todo conveniente o recurso à prova pericial, ordinariamente através de estudo social[40], e que haverá de ser produzida sob o crivo do contraditório, mostrando-se desvaliosa aquela elaborada à luz dos argumentos de uma só das partes[41].

Então, já é possível divisar que, em sede de guarda dos filhos, a verificação precípua é dos interesses das crianças, independentemente do direito dos pais, e mesmo a presunção que anteriormente militava, de forma quase sobranceira em favor da mãe, vem cedendo, caso a caso, quando, no exame das circunstâncias específicas da espécie, o verdadeiro interesse do menor indicar solução diversa[42].

Assim se é certo que, no geral dos casos, especialmente em se tratando de crianças de pouca idade, melhor é mantê-los na companhia materna, quando a genitora apresenta não somente os atributos necessários ao exercício da maternidade, como também a vem exercendo junto aos filhos desde o nascimento[43], não é estranho que outras soluções sejam alvitradas, sempre na interação com o caso concreto, mesmo que seja necessário confiar a guarda a terceiros diversos ao par de genitores[44].

E não se pode ver na presunção em favor da mãe um refluxo no princípio de igualdade entre sexos objeto do preceito constitucional (CF, art. 5º, I, e art. 226, § 5º), posto que as normas jurídicas não devem ser interpretadas de forma literal ou gramatical, cedendo ao conserto do mundo real e às peculiaridades da natureza humana, sejam aquelas que nos foram impostas pela biologia, como as demais fruto da construção cultural.

O fato é que os filhos, em geral, sentem-se mais seguros na presença da mãe[45], e é a mulher, em nossa cultura, que recebe o melhor treinamento para criá-los, daí a norma geral que assoalha à presunção, que obviamente poderá ceder ante a presença de robusta prova em contrário.

4. A avaliação da vontade do menor:

Nesse contexto, surge, atualmente, como valor considerável em disputas de guarda, presentemente inclusive ressalvado pela lei (Lei Federal nº 8.069/90, art. 28, § 1º), a vontade do menor objeto da discussão que, o quanto possível, observada sua idade e capacidade de discernimento, deverá ser sopesada[46] e atendida[47].

Além do quanto dispõe o Estatuto da Criança e do Adolescente, a Convenção sobre os Direitos da Criança autoriza e recomenda tal avaliação, em seu art. 12[48], o que não deve impedir, obviamente, a discussão em torno da forma como tal vontade deverá ser pesquisada, pois que não seria razoável e justo impor ao menor o ônus de decidir quando os adultos não se entendem.

Convém que os aspectos anímicos da criança sejam avaliados por profissionais aptos a recolhê-los e interpretá-los, e que a vontade expressa pelo infante seja contextualizada, mas jamais afastada como importante elemento de convicção no sentido de apuração de seu verdadeiro interesse.

5. A guarda e a fixação do domicílio:

Também foco de acerbadas disputas são os limites à soberania do detentor da guarda em estabelecer domicílio próprio e dos menores que estão sob sua responsabilidade.

Não é sem razão que as discussões nessa seara cheguem às barras dos tribunais, considerando que qualquer decisão do guardião acerca da vida familiar terá necessariamente reflexo nos filhos sob sua custódia, e incidentalmente no genitor visitante.

Obviamente, dentre as decisões do guardião com incidência na relação do visitante com seus filhos, a alteração do domicílio afigura-se aquela de reflexos mais profundos, e daí as conseqüências litigiosas, quando o Poder Judiciário é chamado a compor essas desavenças.

A questão fundamental reside na seguinte interrogação: pode o guardião deliberar sobre o domicílio próprio e de seus filhos sem a anuência do genitor visitante?

Tudo está a indicar que essa deva ser uma decisão soberana e exclusiva do guardião, posto que não pode imaginar que todo o núcleo familiar deste deve ficar condicionado exclusivamente ao interesse e conforto no exercício do direito de visitas do visitante.

É certo que haverá prejuízo ao visitante, e em conseqüência de seu relacionamento com o filho visitado – e este, talvez, ressentir-se-á pela falta do visitante –, mas é necessário ponderar que o curso da vida impõe a qualquer ser humano decisões que importam em vantagens e

desvantagens, cumprindo a deliberação reproduzir o cotejo entre umas e outras, racionalmente inclinando-se pela solução mais vantajosa.

Nessa perspectiva, se a família do guardião, por razões ponderáveis, desloca seu domicílio, é da ordem natural das coisas que o filho menor a acompanhe[49]. É de seu interesse, é de sua conveniência como membro desse agrupamento familiar.

Não é razoável que se cogite de fraturar a família em nome do interesse do visitante, até porque a transferência de domicílio não deve significar ruptura no direito de visitas, mas sua adaptação à nova situação, que exige uma regulamentação que contemple o novo estado de fato, e permita ao visitante o direito de estar com o filho por tempo suficiente e capaz de fazer preservar a identidade genética e afetiva.

Nessa linha também impera o valor superior, de ordem pública, plasmada em princípio constitucional (CF, art. 226, caput), em favor da unicidade familiar, que merece a proteção do Estado e inspira a interpretação das normas jurídicas.

Embora a jurisprudência resista em aplicar o remédio heróico a tais hipóteses em que se cogita Direito de Família[50], o fato é que a afronta ao constitucional direito de ir e vir e à cláusula pétrea de proteção ao núcleo familiar (CF, art. 226, caput), sendo evidente, pode merecer excepcionalmente o reparo judicial, através da via do Habeas-Corpus[51], conforme decidiu a formação plena do Pretório Excelso[52].

Ademais de tudo isso, a Convenção de Haia, que ingressou no Direito Brasileiro através do Decreto Legislativo nº 79, de 15 de setembro de 1999, e do Decreto Presidencial nº 3.413, de 14 de abril de 2000, aqui chamada "Convenção sobre os Aspectos Cíveis do Seqüestro Internacional de Crianças", dispõe expressamente, em seu art. 5º[53], que é direito do guardião fixar a residência do menor.

A situação poderia envolver maior complexidade se a transferência de domicílio dá-se do país para o exterior, mas não parece que nem mesmo essa situação, ainda mais em um mundo interligado pela informática e pelas instituições, deva servir de obstáculo à guarda[54], presente o interesse do menor em manter-se na companhia do guardião[55], sempre considerando que a Carta Magna assegura ao cidadão o direito de ingressar ou sair do território nacional (CF, art. 5º, XV), e que para a viagem ao exterior a lei atribui ao Juiz a possibilidade de conceder a autorização (ECA, art. 83, § 2º), cuja concessão deve ter em mira os interesses do menor, nisso incluindo-se, a toda evidência, a preservação do núcleo familiar em que ele encontra-se inserido.

6. O direito de visitas e sua exeqüibilidade:

A inter-relação entre guarda e visitas é lógica e intuitiva ante a natural partição dos aspectos do que ainda hoje chama-se pátrio poder quando da separação dos ex-consortes. Daí tão velha quanto inexata sensação de que o genitor visitante, como forma de impor suas visitas, pode propor a alteração de guarda quando estas, no seu entender, não são respeitadas.

Há vários equívocos em tal compreensão, e o primeiro deles confronta-se com o principal princípio do sistema, todo instituído em nome da defesa dos interesses dos menores. A conclusão é óbvia, pois que se os filhos estão com seus interesses bem atendidos pelo genitor guardião, não é possível imaginar que irregularidades no cumprimento das visitas sejam suficiente para alterar o estado de atendimento às demandas do menor consolidado pela prefigurada guarda.

Ademais, as visitas representam direito autônomo, que bem pode ser executado[56], discutindo-se se a execução deve passar pela coerção física no sentido de que a visitação se cumpra, ou através da aplicação de multa frente o descumprimento da obrigação de fazer[57] ou de não fazer.

Mas a questão fundamental persiste, pois os problemas com a visitação, pelo menos em linha de princípio, não devem suportar pedido de alteração da guarda[58], que passaria a constituir penalidade contra o inadimplente que ultrapassa à pessoa do infrator, atingindo os interesses do menor que deve ser protegido.

Daí que, embora alcance o direito de visitas e naturalmente cause dificuldades na relação entre o visitante e o menor visitado, a alteração de domicílio, quando razoável e motivada, não deve servir ao pleito de alteração de guarda[59], posto que diz respeito ao bem maior, qual seja a integridade do novo grupo familiar onde o infante encontra-se inserido, ao qual deverá acompanhar em seus avanços e vicissitudes.

Notas:

[1]

"Artigo

3

1. Todas as ações relativas às crianças, levadas a efeito por autoridades administrativas ou

órgãos legislativos, devem considerar, primordialmente, o interesse maior da criança.”

[_ftnref2](#)[2] 4ª TSTJ: “A doutrina do direito do menor busca preservar prioritariamente ao interesses da criança e do adolescente, dispensando atenção à sua formação e integridade física e moral.” (RMS 6.935-SP, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 27.2.96, DJU 25.3.96, in RT 732/171)

4ª TSTJ: “...Por outro lado, na linha de precedente desta Corte, ‘a legislação que dispõe sobre a proteção à criança e ao adolescente proclama enfaticamente a especial atenção que se deve dar aos seus direitos e interesses e à hermenêutica valorativa e teleológica na sua exegese’”. (REsp 124621/SP; relator: Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira; DJ: 28.06.1999, pg. 00115; RSTJ, vol. 00120, pg. 00341; (1088); data da decisão: 13.04.1999).

[3] 2ª CCTJRGS: “GUARDA DE MENOR. Filha legítima de pais separados de fato. Devem prevalecer o interesse e a conveniência da menor.” (AC nº 21.377, rel. Des. Túlio Medina Martins, j. em 15.1.76, in RJTJRGS 59/236) 8ª CCTJRGS “Apelação cível. Destituição de pátrio poder. Qualquer decisão envolvendo menores deve ser orientada no sentido de serem buscados os superiores interesses do menor. Evidenciado que a mãe não tem condições de atender aos interesses do filho, aplicando-lhe, inclusive, maus tratos e, sendo certo que o pai, que já obtivera a guarda da criança, não manifesta nenhum interesse pela mesma, a melhor solução é a destituição do pátrio poder, viabilizando solução adequada para melhor sorte do menor. Apelo não provido.” (APC nº 598284743, Oitava Câmara Cível, TJRS, relator: des. Alzir Felipe Schmitz, julgado em 25.02.1999).

[4] 2ª Câmara. Cív. do TJPR: “GUARDA DE FILHO MENOR. Acima do interesse dos pais está a situação dos menores, e o que melhor convém a estes é o que deve ser atendido” (Apel. Cív. nº 402/77 - j. em 24.08.77 - Rel. Des. Oliveira Sobrinho - in RT 516/213).

[5] 1ª CCTJRGS: “Guarda de menor. Ação ajuizada em caráter cautelar. Prevalência do interesse da menor, melhor cuidada na companhia da avó materna e da tia do que junto ao pai, viúvo e concubinado. O pátrio poder é, atualmente, mais um conjunto de deveres do que de direitos.” (AC nº 583028659, rel. Des. Athos Gusmão Carneiro, j. em 06.12.83, Jurisprudência TJRS, C-Cíveis, 1984, V-1, T-11, P-196-203)

[6] 4ª Câmara. Cív. do TJSP: “GUARDA DE FILHO MENOR. Na guarda de menor, prevalece o interesse deste, em face da divergência dos pais separados” (Apel. Cív. nº 273.761 - j. em 12.10.78 - Rel. Des. Viseu Júnior - in RT 530/107). 7ª CCTJRGS: “Menor. Guarda. Interesse do menor: O Direito dos genitores cede passo ao interesse do menor, quando este conflita com aquele.” (AC nº 594049447, rel. Des. Waldemar Luiz de Freitas Filho, j. em 5.10.94, Jurisprudência TJRS, C-Cíveis, 1995, V-1, T-8, P-245-248).

8ª CCTJRGS: “AGRAVO DE INSTRUMENTO. GUARDA DE MENOR. CONCESSÃO DE LIMINAR. Sendo a guarda um direito do filho menor e um dever dos seus genitores, cumpre ao julgamento, atendendo aos mais altos interesses da criança, conceder a aguarda àquele que renuir melhores condições de proporcionar o bem-estar do menor. Agravo não provido.” (AI nº 598484400, Rel. Juiz. Alzir Felipe Schmitz, j. em 10/12/98)

[7] 8ª CCTJRGS: “Guarda de Menor. Simples indicativos de que a mãe da criança dedica-se à prostituição não são suficientes para que dela se retire a guarda, em favor de terceiros.” (AC nº 597120401, rel. Des. Ivan Leomar Bruxel, j. em 20.11.97, Jurisprudência TJRS, C-Cíveis, 1998, V-1, T-3, P-223-228).

[8] 3ª CCTJSP: “Somente se retira menor de pouca idade da companhia materna em situações excepcionais. O trabalho pela mulher fora do lar, em razão de necessidade para o sustento da família — agravada em razão do comportamento do ex-marido, que se recusa ao pagamento da pensão alimentícia devida — não caracteriza abandono dos filhos, mormente no caso em que nada se prova em desabono da conduta moral da genitora. A pobreza não é causa legítima para a preterição do direito de guarda de menor de pouca idade se não comprometida seriamente por outros fatores que possam influir na formação pessoal do filho.” (AC nº 76.456-1, rel. Des. Toledo César, j. em 24.3.87, in RT 620/65) 7ª CCTJRGS: “BUSCA E APREENSÃO DE FILHO MENOR. FALTA DE PROVA QUE DESABONE A CONDUTA DA MÃE. MANUTENÇÃO DA GUARDA. A inexistência de provas nos autos que desabonem a conduta da mãe que a impeça de manter sob sua guarda filho menor, de tenra idade, ao qual são mais necessários os cuidados maternos do que do pai, não autoriza a alteração liminar da guarda.” (AI nº 598056182, rel. Des. José Carlos Teixeira Giorgis, j. em 12.8.98)

[9] 7ª CCTJRGs: "Agravado. Guarda de filho menor. Conversão. Não é razoável retirar o filho da guarda da mãe para entregá-lo ao pai, por ter aquela envolvido-se em acidente automobilístico grave, mas que não a impossibilitara de entregar amor e carinho ao menino, mormente se ele se encontra em ambiente sadio, onde recebe atenção dos avós maternos que suprem os cuidados e realizam as tarefas que momentaneamente a genitora não pode cumprir. Agravado desprovido." (AGI nº 599235876, relator: des. José Carlos Teixeira Giorgis, julgado em 16.06.1999).

[_ftnref10](#)[10] 8ª CCTJRGs: "A mãe, por ter sido prostituta, não perde o direito de ter a filha menor em sua companhia, com quem já se encontrava e deve ser mantida, até mesmo porque deixou a antiga profissão e vive com um companheiro fixo; e a criança se sente mais segura e amada, por ser a única no universo familiar, enquanto que o pai, já numa segunda união, possui filho do primeiro e do segundo casamentos, num total de seis pessoas, o que não torna exclusiva a menor, frente os demais irmãos e a madrasta." (AC nº 594149411, rel. Des. Antônio Carlos S. Pereira, j. em 13.4.95, in RJTJRGs 172/330)

[11] 4ª Câmara Cív. do TJMG: "GUARDA DE MENOR. Inadmissibilidade do não deferimento da guarda à mãe por ser culpada pela separação judicial em face de adultério, o interesse e o bem-estar da criança é que devem ser o tribunal maior a decidir o seu destino" (Ap. Cív. nº 87.835/4 - j. em 13.08.92 - Rel. Des. Francisco Figueiredo - in RT 694/161)

[12] 8ª Câmara Cív. do TJSP: "GUARDA DE MENOR FAVOR DA MÃE AINDA QUE CULPADA PELA SEPARAÇÃO DO CASAL. Tal situação não pode ser alterada via Embargos de Declaração, no entanto, sendo o recurso fundado em fatos supervenientes e de importância para a alteração do provimento justifica-se seu conhecimento e recebimento parcial para melhor exame da situação do menor, utilizando-se o julgador dos amplos poderes de cautela conferidos por lei, com determinação de que permaneça a criança na companhia do pai pelo tempo necessário à propositura da competente ação para alteração de guarda" (Ap. Cív. nº 80.334-1 - j. em 19.08.88 - Rel. Des. Fonseca Tavares - in RT 638/78).
4ª Câmara Cív. do TJMG: " GUARDA DE MENOR DEFERIDA À MÃE AINDA QUE CULPADA PELA SEPARAÇÃO. Providência que atende à conveniência e bem-estar de menor de tenra idade que até então permaneceu na companhia materna. O interesse da criança deve prevalecer em qualquer patamar que se discuta, quer o social, quer o jurídico, quer o psicológico" (Ap. Cív. nº 71.075 - j. em 01.10.87 - Rel. Des. Francisco Figueiredo - in RT 627/196).
1ª CCTJRGs: "Guarda dos filhos menores. A proteção a seu interesse sobreleva qualquer outro bem juridicamente tutelado. A culpa da mulher na separação judicial dos cônjuges não implica necessariamente na perda da guarda dos filhos." (AC nº 583039805, rel. Des. José Vellinho de Lacerda, j. em 27.3.84, Jurisprudência TJRS, C-Cíveis, 1984, V-2 ,T-9 , P-250-255)

[13] 8ª CCTJRGs: "Ação de busca e apreensão de menor. Abandono do lar. Modificação da rotina da criança. O abandono do lar pela mulher, levando consigo o filho do casal, e a mudança na rotina da criança não são fatores preponderantes para a alteração da guarda. Agravado improvido." (AGI nº 599271681, relator: des. Breno Moreira Mussi, julgado em 01.06.1999).

[14] 2ª TSTF: "Desquite. Guarda de filha menor. Embora a regra seja que, sendo judicial o desquite, ficarão os filhos menores com o cônjuge inocente - art. 326, do Código Civil -, abre exceção, contudo, a esse princípio o art. 327, da mesma codificação. Motivos graves, previstos nessa última cláusula, são aqueles que dizem respeito ao interesse dos filhos, interesse erigido, na matéria, em diretriz predominante, que, na apreciação do caso, deve guiar o juiz. Decisão que deu aplicação razoável a esses preceitos da Lei Civil. Recurso extraordinário não conhecido." (RE 83.765/RJ - rel. Min. Leitão de Abreu - j. em 06.12.1977 - in DJU de 17.03.78, RTJ vol. 85, pg. 920)

2ª TSTF: "Desquite. Mulher condenada. Perda da posse dos filhos. Necessidade de melhor exame da matéria. Seguimento do recurso extraordinário." (AI n 16.699/MA - rel. Min. Lafayette de Andrada - j. em 25.05.1954 - in DJU 02.09.54)

[15] 3ª TSTJ: "O cônjuge responsável pela separação pode ficar com a guarda do filho menor, em se tratando de solução que melhor atenda ao interesse da criança. Há permissão legal para que se regule por maneira diferente a situação do menor com os pais. Em casos tais, justifica-se e se recomenda que prevaleça o interesse do menor." (REsp 37051/SP; DJ: 25.06.2001, pg. 00167; relator: Min. Nilson Naves ; data da decisão: 17.04.2001)

[16] 4ª CCTJRGs: "Não são inflexíveis as disposições legais sobre a guarda dos filhos, devendo o problema ser solucionado, caso a caso, com prevalência dos interesses dos menores e de modo a minimizar as consequências da separação dos pais." (AC nº 32.514, rel. Des. Oscar

Gomes Nunes, j. em 16.5.79, in RJTJRGs 77/332) 4ª CCTJRGs: "A disciplina legal a respeito da guarda dos filhos não é rígida, impondo-se a intervenção do juiz, mesmo que de ofício, sempre que o requeira o interesse superior dos menores." (AC nº 26.538, rel. Des. Oscar Gomes Nunes, j. em 29.8.78, in RJTJRGs 73/479)

[17] 1ª TCTJDF: "GUARDA CONJUNTA DE FILHO MENOR - IMPOSSIBILIDADE POR NÃO PRESERVAR OS INTERESSES DA CRIANÇA. A chamada 'custódia conjunta', mostra-se prejudicial à formação psicológica da criança, por importar em situação não definida e ausência de um lar estável. Recurso conhecido e provido em parte." (AC nº 3852396 - relª. Desbª. Haydevalda Sampaio - j. em 06.05.1996 - in DJU 07.08.1996, pág. 13.094)

[18] 4ª GrCCsTJRJ: "A maior preocupação do julgador deve se dirigir no sentido de atender tão-só aos interesses do menor, e como tal, pode privar a plenitude do exercício do pátrio poder, principalmente diante da conduta da genitora, acusada de matar seu pai por motivo torpe, crime hediondo 'ex lege' e levar conduta incompatível com a moral média da macrossociedade, inclusive deixando-se fotografar em posições erótico-obscenas em quarto compatível aos velhos prostíbulo, sem qualquer finalidade artística." (EI 206/93, rel. Des. Álvaro Mayrink da Costa, j. em 21.9.94, in RT 724/414)

[19] 7ª CCTJRGs: "Guarda da filha. Comprovado nos autos que a mãe da menor não preservou a filha de todos os acontecimentos graves noticiados nos autos - convivência com seu companheiro traficante, que acabou sendo preso na presença da menina; uso de drogas; promiscuidade sexual; etc - a guarda merecia ser alterada, em favor do pai." (AC nº 597143635, rel. Des. Eliseu Gomes Torres, j. em 29.10.97, Jurisprudência TJRS, C-Cíveis, 1998, V-1, T-12, P-145-149).

2ª CCEspTJRGS: "Direito de família. Abuso sexual praticado pelo pai. Omissão da mãe. Destituição do pátrio poder confirmada. Comprovado, à saciedade, que o pai obriga os filhos a praticarem atos sexuais (art. 395, CC), o que é do conhecimento da mãe, que nenhuma atitude toma para fazer cessar a violência, preferindo permanecer inerte em frente a situação (e, por isso, mostra-se negligente), de ser destituído o pátrio poder de ambos os genitores, os quais demonstraram não terem a menor capacidade para cuidar das crianças e permanecerem com sua guarda. Apelação desprovida." (APC nº 70000630863, relator: des. Jorge Luis Dall'Agnol, julgado em 30.05.2000)

[20] 2ª CCTJRGs: "Guarda de menor. Desde que inquestionados interesses a bem dos menores em seus aspectos material-psico-emocional, mesmo por sua tenra idade, atuante nestas ações o norte de que o direito dos pais gravita em torno do bem estar dos filhos, inclinada a lei para que infantes, nos primeiros anos de vida fiquem na companhia da mãe, salvante casos de excepcionalidade, nada há a se reparar na sentença do juízo singular que bem decidiu à espécie, rejeitando o pedido do autor. Provimento denegado" (AC nº 500421326, rel. Des. Manoel Celeste do Santos, j. em 1.12.82, Jurisprudência TJRS, C-Cíveis, 1982, V-2, T-13, P-44-47).

4ª CCTJRGs: "Tratando-se de menor de tenra idade, a guarda deve ser confiada à mãe, quando da separação do casal, salvo prova de incapacidade desta. Sentença confirmada." (AC nº 583025044, rel. Des. Oscar Gomes Nunes, j. em 17.3.83, Jurisprudência TJRS, C-Cíveis, 1983, V-2, T-17, P-62-66).

3ª CCTJRGs: "Busca e apreensão de menor. Devendo a criança de tenra idade ser melhor atendida pela própria mãe, a sua guarda deve competir a esta e não ao pai. Apelo provido." (AC nº 583039003, rel. Des. Gervásio Barcellos, j. em 17.11.83, Jurisprudência TJRS, C-Cíveis, 1984, V-2, T-2, P-256-262).

1ª CCTJRGs: "Guarda de filho. Sendo menor de poucos anos, em regra deve ficar com a mãe, que é quem tem melhores condições de criá-lo. Alegações do pai contra ela por dependentes de prova, não podem - como também a natural resistência da mulher em entregar a criança - justificar uma liminar de busca e apreensão." (MS nº 585014210, rel. Des. José Vellinho de Lacerda, j. em 20.8.85, Jurisprudência TJRS, C-Cíveis, 1985, V-2, T-4, P-227-230).

[21] 8ª CCTJRGs: "Ação de Separação Judicial Litigiosa. Guarda provisória dos filhos concedida ao genitor. A guarda dos filhos de pouca idade é concedida preferencialmente à mãe, desde que não haja qualquer inconveniência de ordem material ou moral ao menor. Presente a possibilidade de prejuízo moral aos filhos do casal, devem permanecer na guarda do pai, até que se decida em definitivo sobre a questão, na ação de separação ajuizada. Agravo improvido." (AC nº 597543345, rel. Des. Breno Moreira Mussi, j. em 2.10.97, Jurisprudência TJRS, C-Cíveis, 1997, V-1, T-55, P-94-96).

[22] 4ª TSTJ: "Não ofende o direito de guarda da progenitora dos menores a decisão que

dispõe sobre a permanência dos mesmos com o pai durante os períodos de férias escolares. Recurso especial não conhecido." (Resp. nº 5274, rel. Min. Barros Monteiro, j. em 24.9.91, DJ 03.02.92, pg. 467 e RSTJ 29/337)

[23] 8ª CCTJRGS: "A menor deve ser mantida com o pai até ser definida a higidez mental da mãe." (AC nº 596239749, rel. Des. Antônio Carlos Stangler Pereira, j. em 13.3.97, Jurisprudência TJRS, C-Cíveis, 1997, V-1 ,T-27, P-148-150).

[24] 7ª CCTJRGS: "Guarda de menor. Sentença que se confirma, pois a prova colhida não autoriza seja o filho menor, de tenra idade, retirado da guarda da mãe." (AC nº 597066729, rel. Des. Sérgio Gischkow Pereira, j. em 18.6.97, Jurisprudência TJRS, C-Cíveis, 1997, V-2 ,T-17, P-224-228).

8ª CCTJRGS: "A mãe que exerce a maternagem do filho, ainda em tenra idade, revelando condições de ter a guarda do menor, não deve perdê-la, enquanto não for considerada indigna do exercício de tal mister." (AC nº 597662208, rel. Des. Antônio Carlos Stangler Pereira, j. em 7.8.97, Jurisprudência TJRS, C-Cíveis, 1997, V-2 ,T-31 , P-201-206).

3ª TCTJDF: "...Face a idade dos filhos, que contam com menor de três anos, a mãe, em princípio, melhor reúne condições de permanecer com a posse e guarda provisória desses. ..." (AI nº 200000200391 – rel. Des. Jair Soares – j. em 13.11.2000 – in DJU 01.03.2001, p. 39)

[25] 8ª CCTJRGS: "Guarda de menor. Direito de visita. O bem-estar do menor recomenda que permaneça sob a guarda do pai, pois uma mudança para a companhia da mãe poderia acarretar-lhe traumas e prejuízos irreparáveis, já que está sendo criado pelo pai e pelos avós paternos. Assim recomenda o estudo social constante dos autos e o parecer ministerial de primeiro grau. Quanto a regulamentação de visita, permanece como determinado na sentença, pois quanto maior a convivência do filho com a mãe, melhor para seu desenvolvimento psíquico." (APC nº 598171874, relator: des. Antonio Carlos Stangler Pereira, julgado em 23.12.1999).

7ª CCTJRGS: "Agravo. Guarda de filho. Hostilidades entre os pais. Estudo social. É prudente deixar o filho com o pai, a quem procurou voluntariamente, quando há franca hostilidade entre os genitores. Assegurada a visita materna, impõe-se aguardar a conclusão de estudo social determinando, que revelará melhor a situação familiar. Agravo improvido." (AGI nº 7000222174, relator: des. José Carlos Teixeira Giorgis, julgado em 10.11.1999).

7ª CCTJRGS: "Cautelar. Guarda de filhos. Alimentos. 1. – Estando os dois filhos maiores sob a guarda do pai, conveniente que assim permaneça ante a inexistência de qualquer razão que a desaconselhe, devendo ser minimizadas para os filhos as conseqüências da ruptura do casamento. ..." (AGI nº 599235082, relator: Des. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, julgado em 16.06.1999).

[26] 8ª CCTJRGS: "GUARDA. MENOR. ALTERAÇÃO. Não demonstrada nos autos a falta de condições da mãe em permanecer com a guarda da filha menor, não há que se fazer qualquer outra alteração, sob pena de resultar prejuízos emocionais à menor. ..." (AI nº 594139222, rel. Des. Eliseu Gomes Torres, j. em 17.11.94, in RJTJRGS 169/242)

[27] 5ª Câmara Cív. do TJSP: "GUARDA DE MENOR ATRIBUÍDA AO PAI. Deve ser denegado pedido de alteração de guarda de menor feito pela mãe, mulher emocionalmente instável, com defeitos de formação, vivendo em ambiente tenso, que, quando da separação consensual, acordou em perder a guarda do filho então de tenra idade" (Apel. Cív. nº 67.281-1 - j. em 06.03.86 - Rel. Des. Ruy Camilo - in RT 609/68).

8ª CCTJRGS: "Menor retirado da guarda da mãe pelo pai, deve permanecer na companhia desta, como antes já se encontrava, por força de acordo firmado pelos seus pais, embora sem homologação judicial; vige o que foi acordado. O pai se sentir que seu filho está sendo prejudicado pela conduta da mãe, que ingresse com uma ação adequada, fazendo a prova que lhe compete, para ficar com o filho em sua companhia. A guarda de menor pode ser alterada a qualquer tempo." (AC nº 595163940, rel. Des. Antônio Carlos Stangler Pereira, j. em 20.6.96, Jurisprudência TJRS, C-Cíveis, 1996, V-1 ,T-21 , P-101-104).

1ª CCTJRGS: "Guarda de Filhos. Ação Cautelar preventiva ajuizada pelo pai, seguida de ação principal de alteração da cláusula do acordo de separação que confiou à mãe a guarda do filho menor impúbere. Ação de busca e apreensão do menor, promovida pela progenitora. Decisão no sentido de manutenção do menor sob a guarda materna, exercida com exclusividade nos últimos seis anos, até decisão final na ação de alteração de cláusula convencional." (AI nº 583035597, rel. Des. Athos Gusmão Carneiro, j. em 14.2.84, Jurisprudência TJRS, C-Cíveis, 1984, V-2 ,T-9 , P-224-230).

1ª CCTJRGS: "Busca e apreensão de menor. Posse de menor assegurada ao pai em acordo

resultante da separação do casal, que deve persistir, diante da pretensão da mãe em retê-lo indevidamente, ausente prova que comprometa a conduta do pai.” (AC nº 583051107, rel. Des. Elias Elmy Manssour, j. em 17.4.84, Jurisprudência TJRS, C-Cíveis, 1984, V-2 ,T-12 , P-256-262).

1ªCCTJRGS: “Guarda de Menor. A solução sobre a guarda de menor deve ser dada em atenção ao interesse precípua da menor. Não se modifica acordo judicialmente homologado sem prova adequada de que diferente seja a conveniência da menor. Apelação provida.” (AC nº 39276, rel. Des. Pio Fiori de Azevedo, j. em 15.12.81, Jurisprudência TJRS, C-Cíveis, 1982, V-1 ,T-2 , P-60-65).

[28] 7ªCCTJRGS: “Menor. Guarda: mantém-se a guarda do menor com quem o criou, há nove anos, inexistindo motivo sério para devolvê-lo aos pais naturais.” (AC nº 596011064, rel. Des. Waldemar L. de Freitas Filho, j. em 22.5.96, Jurisprudência TJRS, C-Cíveis, 1996, V-2 ,T-27, P-252-261).

7ªCCTJRGS: “Menor. Guarda. Disputa entre parentes e o pai. Estando a menor segura sob a guarda de fatos dos apelados (tios) há mais de três anos, com todas as necessidades supridas, e, manifestando expressamente sua vontade de com eles permanecer, a alteração da guarda em favor do apelado-pai contraria o próprio instituto, já que este visa a proteger os interesses do menor, e não dos pais.” (AC nº 596222554, rel. Des. Eliseu Gomes Torres, j. em 18.12.96, Jurisprudência TJRS, C-Cíveis, 1997, V-1 ,T-7 , P-269-299).

8ªCCTJRGS: “Prevalece o interesse dos menores, que se encontram em companhia de uma tia, em detrimento dos pais biológicos, que pretendem os filhos para si, sem que tenha suficiente estrutura para criá-los e educá-los, em ambiente sadio.” (AC nº 596166447, rel. Des. Antônio Carlos Stangler Pereira, j. em 13.3.97, Jurisprudência TJRS, C-Cíveis, 1997, V-1 ,T-27 , P-120-124).

[29] 7ªCCTJRGS: “Guarda de menor. Alteração de fato. Pleiteando, o genitor, a alteração da guarda de filho que, na separação judicial, ficou com a separanda, mas estando sob sua guarda de fato há mais de dois anos, é conveniente que seja mantido no encargo até decisão final. Somente motivos graves, a provocar prejuízos à formação do menor, ensejam a alteração da situação de fato. Agravo improvido.” (AC nº 595161944, rel. Des. Ulderico Ceccato, j. em 19.6.96, Jurisprudência TJRS, C-Cíveis, 1996, V-1 ,T-16 , P-279-281).

[30] 5ª CCTJPR: “Comprovado que a mãe não tem condições econômico-sociais de educar a criança adequadamente, e que a mesma encontra-se na companhia dos avós paternos desde a mais tenra idade, o melhor é mantê-la com estes, pois o interesse do menor deve ser considerado primordialmente, e não o da genitora, uma vez que esta não possui o direito de ter o infante em sua companhia, mas o dever desse encargo, quando apresente condições de exercê-lo.” (AC nº 47.816-8, rel. Des. Fleury Fernandes, j. em .12.96, in RT 740/401)

1ªCCTJRGS: “Guarda de menor. Ação ajuizada em caráter cautelar. Prevalência do interesse da menor, melhor cuidada na companhia da avó materna e da tia do que junto ao pai, viúvo e concubinado. O pátrio poder é, atualmente, mais um conjunto de deveres do que de direitos.” (AC nº 583028659, rel. Des. Athos Gusmão Carneiro, j. em 06.12.83, Jurisprudência TJRS, C-Cíveis, 1984, V-1 ,T-11 , P-196-203).

3ªCCTJRGS: “Guarda de menor e suspensão parcial de pátrio poder. Nessa matéria prevalece sempre o interesse do menor, a aconselhar, no caso, permaneça ele sob a guarda e educação da tia materna, que o criou desde o nascimento, em virtude da doença e morte prematura da mãe. Ausência de condições no pai para o desempenho desse mister.” (AC nº 583046826, rel. Des. Galeno Vellinho de Lacerda, j. em 14.6.84, Jurisprudência TJRS, C-Cíveis, 1984, V-2 ,T-25 , P-268-272).

7ªCCTJRGS: “Guarda de Menor. Menor que está bem sob os cuidados da avó materna, com quem se encontra há vários anos, vendo-a como se fosse mãe. Impossibilidade de alterar a guarda, com entrega ao pai, sob pena de prejuízo à criança” (AC nº 597087360, rel. Des. Sérgio Gischkow Pereira, j. em 10.9.97, Jurisprudência TJRS, C-Cíveis, 1979, V- 1,T-55 , P-206-208).

[31] 5ª CCTJMG: “A sentença trânsita em julgado anterior que julgou a guarda do menor não pode ser empecilho para propositura de nova ação, se o superior interesse do menor está a exigir revisão da matéria. A coisa julgada, em tais hipóteses, não é ofendida, em razão da natureza continuativa da regulamentação da guarda, que não possui caráter definitivo e irrevogável.” (AC nº 91.353/3, rel. Des. Aluizio Quintão, DOMG 2.12.97, in RT 749/380-1)

[32] 7ªCCTJRGS: “Pedido de guarda. Se as alterações definitivas de guarda reclamam muita cautela, as alterações provisórias devem ser evitadas e somente se justificam quando a

criança vive situação de risco atual ou iminente, o que incoorre na espécie.” (AI nº , rel. Des. Sérgio Fernando Vasconcellos Chaves, j. em 25.06.97, Jurisprudência TJRS, C-Cíveis, 1997, V-2 ,T-21 , P-134-137).

[33] 2ª CCTJRGS: “GUARDA DE FILHOS — Agravo de Instrumento: guarda de filhos. em questão de guarda de filhos, a tudo deve sobrelevar a saúde e o interesse do menor. Crianças, enquanto se mantém a demanda judicial, não devem passar alternadamente à guarda do pai para a da mãe e vice-versa. Não se consegue comprovar necessidade premente, mantém-se o filho na guarda do genitor com quem está vivendo no momento para proteger o psiquismo infantil de mudanças e alterações de vida altamente prejudiciais. ...”(AI nº 583017925, rel. Des. Silvino Joaquim Lopes Neto, j. em 15.6.83, in RJTJRGS 103/398) CCFerRGS: “Guarda dos Filhos. Alteração. 1- A jurisprudência desta corte tem entendido que não é do interesse da criança estar mudando de guardião constante e provisoriamente. 2- Correto o agir do magistrado que, amparado no poder de cautela e visando unicamente ao bem-estar do menor, determinou a renovação dos laudos técnicos a fim de aferir da conveniência ou não d alteração de guarda postulada pela mãe.” (AI nº 597192194, rel. Des. Eliseu Tomes Torres, j. em 28.1.98, Jurisprudência TJRS, C-Cíveis, 1998, V-1 ,T-34, P-99-103).

[34] “Guarda. Filhas menores. Alteração liminar. Descabimento. A troca liminar da guarda das infantes exige prova forte e suficiente dos alegados maus trato e negligência por parte da mãe, inexistentes na cognição sumária apresentada. Agravo de instrumento desprovido.” (AGI nº 70001126952, Oitava Câmara Cível, TJRS, relator: des. José Ataídes Siqueira Trindade, julgado em 24.08.2000).

[35] 7ª CCTJRGS: “Cautelar. Busca e apreensão de menor. Descabimento. Se os elementos de convicção dos autos não são suficientes para conferirem certeza quanto a inaptidão da genitora, ora recorrente, para o exercício da guarda do filho, também não agasalham a convicção de ser aconselhável manter o filho com ela, mormente pelas referências quanto ao envolvimento com drogas e prostituição. Para haver alteração de guarda, imperioso seja o feito melhor instruído ou, ao menos, que haja indicativo de risco para o infante, mas os elementos de convicção apontam que a melhor solução, por ora, e manter o infante sob a guarda paterna, com quem já se encontra. Correta a revogação da liminar. Recurso desprovido.” (AGI nº 70001182815, relator: des. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, julgado em 30.08.2000).

[36] 7ª CCTJRGS: “Guarda de menor. Enquanto não decidido na guarda de quem ficar o filho, recomendável sua permanência com quem esteve desde a separação dos pais e de quem vinha recebendo cuidados adequados. Agravo improvido.” (AGI nº 598555738, relator: des. Maria Berenice Dias, julgado em 10.02.1999)

[37] 7ª CCTJRGS: “Alteração de guarda provisória. Descabimento. Não existe prova segura dos maus tratos que a agravada teria praticado contra o filho e nada indica que com o pai a criança estaria melhor. A prudência recomenda que modificações na guarda de filhos menores somente sejam feitas em caráter definitivo ou quando a manutenção da situação atual implique em grave risco a integridade física ou moral da criança. Recurso desprovido.” (AGI nº 598002566, relator: des. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, julgado em 11.03.1998)

[38] 7ª CCTJRGS: “Separação. Guarda de Filho. A guarda exercida provisoriamente pelo pai deve ser mantida se não se verificar motivo relevante que a desautorize. A alteração deve ser evitada sempre que possível por ser medida traumática para a criança.” (AC nº 597079516, rel. Des. Sérgio Fernando Vasconcellos Chaves, j. em 25.6.97, Jurisprudência TJRS, C-Cíveis, 1997, V-2, T-21, P-190-193).

7ª CCTJRGS: “Agravo de Instrumento. Busca e apreensão de menor. Se os elementos dos autos não permitem a convicção de que o filho deva ser retirado da guarda do pai e entregue a mãe, melhor que com o genitor permaneça, por conveniente cautela embora não se descarte a alteração futura. Agravo desprovido, por maioria.” (AGI nº 598000248, relator: des. José Carlos Teixeira Giorgis, julgado em 22.04.1998)

2ª CCTJRGS: “Menor. Busca e apreensão promovida pela mãe. Filho que se encontra sob a guarda do pai. Circunstância que recomendam a permanência dessa situação.” (AC nº 40636, rel. Des. José Barison, j. em 17.3.82, Jurisprudência TJRS, C-Cíveis, 1982, V-1 ,T-20 , P-255-257).

[39] 7ª CCTJRGS: “Busca e apreensão. Guarda de filho. Disputa entre os pais. Alteração. Liminar. Não havendo comprovação de que o genitor não tenha condições de ter em sua companhia o filho, descabe alterar liminarmente a guarda, sendo prudente a realização de estudo social e, se for o caso, coleta de prova. As alterações provisórias de guarda são

extremamente nocivas a criança, retirando-lhe os referenciais e impedindo-a de manter uma rotina de vida. Recurso provido.” (AGI nº 70000244244, relator: des. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, julgado em 17.11.1999).
8ª CCTJRGS: “Agravado de Instrumento. Guarda de menor. Alteração. Pedido de concessão de liminar. A guarda é um direito do filho, cabendo aos genitores o encargo de exercê-la. Em razão disso, tratando-se de pedido de alteração da guarda de menor, onde qualquer decisão deve ser orientada pela preservação dos interesses e do bem-estar da criança, impõe-se cognição plena de todos os elementos de prova, não sendo aconselhável alteração liminar, a não ser em casos excepcionais, existindo risco evidente para os interesses do menor. Agravo não provido.” (AGI nº 598565166, Oitava Câmara Cível, TJRS, relator: des. Alzir Felipe Schmitz, julgado em 11.02.1999)

[40] 8ª CCTJRGS: “Guarda das filhas. Imprescindibilidade de estudo social. Levando-se em conta que o que deve ser preservado são os interesses da menor – que manifestou sua vontade de permanecer em companhia da mãe –, antes de atribuir a guarda das duas filhas ao pai, deve ser elaborado um estudo social nas famílias dos litigantes, para apurar-se da conveniência ou não da permanência da menor com a mãe. Feito convertido em diligência, com base no art. 560 do CPC, para realização do estudo social.” (AC nº 595010588, rel. Des. Eliseu Gomes Torres, j. em 2.3.95, Jurisprudência TJRS, C-Cíveis, 1995, V-1, T-8, P-10-15).

[41] 8ª CCTJRGS: “Ação de guarda de menor. Impossibilidade de alteração de guarda provisória com base em laudo social que contém apenas a versão uma das partes. Risco de lesividade maior. A alteração da guarda provisória que já existe há seis anos, em razão de laudo social que se baseou na versão de uma só das partes, não pode ser efetuada em sede liminar, pois o risco de lesividade para as crianças menores implica em estudo mais profundo. Recurso provido.” (AI nº 596097642, rel. Des. João Alberto Medeiros Fernandes, j. em 8.8.96, Jurisprudência TJRS, C-Cíveis, 1996, V-2, T-14, P-21-213).

[42] 8ª CCTJRGS: “Menor. Busca e apreensão. Sentença que se confirma, pois evidenciado que é do interesse do menor sua permanência sob a guarda do pai.” (AC nº 595162140, rel. Des. Sérgio Gischkow Pereira, j. em 15.8.96, Jurisprudência TJRS, C-Cíveis, 1996, V-2, T-27, P-112-114).

7ª CCTJRGS: “GUARDA DE MENORES - Modificação. Circunstâncias morais do comportamento da mãe que recomendam não devam as filhas menores com ela permanecer. Guarda liminarmente deferida ao pai, após audiência de justificação prévia. Agravo de Instrumento desprovido.” (AI nº 591024468, rel. Des. Alceu Binato de Moraes, j. em 28.8.91, in RJTJRGS 152/426)

[43] 7ª CCTJRGS: “Guarda. Menor. Alteração no curso da demanda. É de ser deferida a mãe, que já exercia o encargo de forma satisfatória, a guarda provisória do filho de oito anos. A reversão da guarda ao pai somente se justifica se calcada em prova hábil a demonstrar sua necessidade. O interesse do menor a ser considerado não se confunde com a mera manifestação de sua vontade em juízo.” (AGI nº 598066280, relator: des. Maria Isabel Brogini, julgado em 17.06.1998)

[44] 3ª TSTJ: “Família. Modificação de guarda. Decisão que deferiu a guarda de filhos de casal separado à avó materna com inteiro respaldo nas disposições da lei 6.515, de 1977. Recurso não conhecido.” (REsp 28031/PR; DJ: 22.05.1995, pg. 14398; LEXSTJ, vol. 00074, outubro/1995, pg. 00111; relator: Min. Costa Leite; data da decisão: 03.05.1994)

7ª CCTJRGS: “Guarda autônoma. Extensão. Possibilidade. O art. 33, par. 2, do ECA autoriza o deferimento da guarda, excepcionalmente, fora dos casos de tutela e adoção, para atender a situações peculiares ou suprir a falta eventual dos pais ou responsável. Se a avó materna, juntamente com o guardião, presta assistência integral ao infante, desde a tenra idade, exercendo a guarda de fato, já que os pais nunca responsabilizaram-se pela criação do filho, defere-se a extensão da guarda aquela. Apelação provida.” (APC nº 598214260, relator: des. Eliseu Gomes Torres, julgado em 09.09.1998)

7ª CCTJRGS: “ECA. Pedido de guarda. Carecendo o pai da estrutura adequada para alcançar ao filho um desenvolvimento digno, e de manter-se o menor sob a guarda da irmã, com quem já se encontra há mais de 2 anos e a quem está plenamente adaptado. Apelo improvido.” (APC nº 599129004, relator: des. Maria Berenice Dias, julgado em 05.05.1999)

7ª CCTJRGS: “Menor. Evidenciados os maus tratos e a negligência a que estava submetido o menor, demonstrando os genitores inaptidão para a criação do filho, e estando ele bem adaptado ao casal em cuja guarda se encontra e que pretende adotá-lo, impõe-se a manutenção da sentença. Apelo improvido.” (APC nº 598286680, relator: des. Maria Berenice

Dias, julgado em 11.11.1998)

[45] 8ª CCTJRGs: "A criança não deve ser tratada como moeda de troca. Deve ser respeitado o seu referencial afetivo. Não se retira filho de mãe para entregar ao pai. Ainda mais se o menor se encontra satisfeito no convívio materno." (APC nº 5972279982, relator: des. Antônio Carlos Stangler Pereira, julgado em 05.11.1998)

[_ftnref46](#)[46] 8ª CCTJRGs: "Infância e juventude. Guarda de Filho. Litígio entre a mãe e o pai, judicialmente separados, cada um com novo relacionamento. Guarda deferida ao pai, respeitada a convivência, os interesses e a vontade da criança, com dez anos de idade." (AC nº, rel. Des., j. em, Jurisprudência TJRS, C-Cíveis, 19, V- ,T- , P-). 7ª CCTJRGs: "Guarda. Filho Menor. Alteração indeferida. Não havendo motivos que autorizem a alteração da guarda do filho menor conferida à mãe e, sendo vontade deste, expressada em juízo, permanecer com ela, o pedido de alteração feito pelo pai improcede." (AC nº 597111699, rel. Des. Eliseu Gomes Torres, j. em, Jurisprudência TJRS, C-Cíveis, 1998, V-1 ,T- 3 P-150-160).

8ª CCTJRGs: "Ação de Alteração de Guarda de Menor. Igualdade de condições entre os pais. Preferência pela vontade do menor. A constituição Federal, no § 5º, do art. 228, estabelece a igualdade entre os cônjuges quanto aos direitos e deveres referentes a sociedade conjugal. Diante da separação e da qualidade de condições dos pais para o exercício de seus múnus é correto atender-se o almejo da prole, previsto no ECA (art. 28, § 1º)." (AC nº 596162982, rel. Des. João Adalberto Medeiros Fernandes, j. em 17.10.96, Jurisprudência TJRS, C-Cíveis, 1998, V-1 ,T-29 P-89-91).

8ª CCTJRGs: "GUARDA DE FILHO. MODIFICAÇÃO. Sendo do interesse da menor, que conta com quase doze anos de idade, permanecer com a mãe e, não havendo qualquer motivo grave capaz de inverte a guarda em favor do pai, não procede a pretensão deste, de modificação em seu favor." (AC nº 594071342, rel. Des. Eliseu Gomes Torres, j. em 11.8.94, in RJTJRGs 167/395)

[47] 8ª CCTJRGs: "Apelação Cível. Alteração de guarda de menor. Cabimento. Sendo do interesse do menor residir com a mãe e não havendo motivo que desaconselhe tal convívio, é de ser respeitado o desejo manifestado pelo filho do casal. apelo não provido." (APC nº 598061802, relator: des. Alzir Felipe Schmitz, julgado em 18.05.2000).

2ª CCEspTJRGs: "Guarda de filho menor. Situação fática que apresenta contornos na necessidade da guarda materna, diante da conclusão do estudo social e da manifestação inequívoca da criança em audiência. Empecilho de ordem processual (ausência de reconvenção da apelante/ré/mãe) acarretando apenas a dclaração de improcedência da demanda ajuizada pelo apelado/autor/pai, sem a constituição de guarda. Apelação provida." (APC nº 70000657221, relator: des. Ícaro Carvalho de Bem Osório, julgado em 10.05.2000).

[48] "Artigo 12

1. Os Estados Partes assegurarão à criança que estiver capacitada a formular seus próprios juízos o direito de expressar suas opiniões livremente sobre todos os assuntos relacionados com a criança, levando-se devidamente em consideração essas opiniões, em função da idade e maturidade da criança.

2. Com tal propósito, se proporcionará à criança, em particular, a oportunidade de ser ouvida em todo processo judicial ou administrativo que afete a mesma, quer diretamente quer por intermédio de um representante ou órgão apropriado, em conformidade com as regras processuais da legislação nacional."

[49] 4ª TSTJ: "Guarda dos filho. Domicílio da mulher. Mudança. A mulher separada judicialmente, detentora da guarda dos filhos menores, pode livremente fixar seu domicílio e levar consigo os filhos." (ROMS 2002/RJ – rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar – j. em 2.8.98 – in DJU 29.8.1994, p. 22.199, e LEXSTJ 66/74)

[50] 4ª TSTJ: "Mandado de Segurança. Direito de Família. processo Civil. Separação Judicial Litigiosa. Pedido cumulado de guarda e visita dos filhos. 'Writ' denegado. Recurso desprovido. Em se tratando de segurança impetrada contra ato judicial recorrível, impunha-se a demonstração de plano do direito líquido e certo, a saber, a incidência da norma jurídica sobre fatos incontroversos, assim como do 'periculum in mora', dado o caráter anômalo da via judicial manejada a mingua de mecanismo adequado na legislação vigente. Sem tal demonstração, não faz jus o postulante ao 'mandamus'." (ROMS 4704/SP; DJ: 31.10.1994, pg. 29500; relator: Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira; data da decisão: 04.10.1994)

2ª TSTF: "PENAL. PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. GUARDA DOS FILHOS MENORES. I. - O habeas corpus não se presta a decidir questão ligada à guarda de filhos, matéria a ser

tratada no juízo cível.
II. - H.C. não conhecido." (HC-75352/CE – rel. Min. Carlos Velloso – j. em 19.08.1997 – DJU 18.5.01, pág. 433)

3ª TSTJ: "Habeas corpus impetrado a favor de criança. Visita de pai à filha (regulamentação). Constrangimento ilegal (inexistência). Pedido (falta de cabimento).

1. Segundo o acórdão local, "Tratando-se de processo cível, em que se postula a regulamentação de visitas do pai à sua filha, menor impúbere, inexistindo qualquer resquício de que possa vir a ocorrer constrangimento ilegal atribuível ao Juízo, como autoridade apontada como coatora, relativamente à liberdade de ir e vir da menor-paciente, que não tem capacidade de discernimento, em face de sua tenra idade, defeso é acolher-se a pretensão de se lhe conceder salvo-conduto". Exato o acórdão estadual, quanto à inexistência do alegado constrangimento.

2. Além do mais, conforme a opinião do Ministério Público, "Em sede de habeas corpus, não se pode dar como absoluto, nem o direito do pai à visita, nem o do filho, que não pode ser privado da convivência de seu genitor".

3. No STJ, há precedentes segundo os quais 'inteira impropriedade de tal writ para atacar a decisão provisória do juízo de família' (RHC-1.970, DJ de 1.6.92 e HC-1.048, DJ de 11.9.95).

4. Recurso ordinário desprovido."(RHC nº 8.452/RJ – rel. Min. Nilson Naves – j. em 15.06.1999 – in DJ DATA:02/08/1999, PG:00182, REVJMG VOL.:00149, PG:00487, e RSTJ VOL.:00127, PG:00250)

[51] 5ª TSTJ: "CIVIL. FAMÍLIA. SEPARAÇÃO JUDICIAL. GUARDA DOS FILHOS ENQUANTO TRAMITA A AÇÃO. MUDANÇA DE DOMICÍLIO. 'HABEAS CORPUS'.

1. Enquanto tramita a ação de separação judicial, é possível, desde logo, entregar à mãe a guarda provisória dos filhos.

2. Desde que a mãe diga para onde vai, pode ela fixar novo domicílio, levando os filhos, em qualquer parte do território nacional. Direito constitucional de locomoção.

3. Ordem deferida para suspender a determinação de retorno dos filhos, ora pacientes, à cidade de residência do pai, mantendo, por conseguinte, a guarda provisória com a mãe na cidade onde se encontra." (HC 7670/BA; relator: Min. Edson Vidigal, in DJ: 03.11.1998, pg. 00181; LEXSTJ, vol. 00115, março/1999, pg. 00040; RMP, vol. 00011, pg. 00488; RSTJ, vol. 00114. pg. 00328; data da decisão: 06.10.1998)

[52] PlenoSTF: "HABEAS-CORPUS - A CRIANÇA E O ADOLESCENTE - PERTINÊNCIA. A família, a sociedade e ao Estado, a Carta de 1988 impõe o dever de assegurar, com prioridade, a criança e ao adolescente, o direito a vida, a saúde, a alimentação, a educação, ao lazer, a profissionalização, a cultura, a dignidade, ao respeito, a liberdade e a convivência familiar e comunitária, e de coloca-los a salvo de toda forma de negligencia, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão - artigo 227. As paixões condenáveis dos genitores, decorrentes do termino litigioso da sociedade conjugal, não podem envolver os filhos menores, com prejuízo dos valores que lhes são assegurados constitucionalmente. Em idade viabilizadora de razoável compreensão dos conturbados caminhos da vida, assiste-lhes o direito de serem ouvidos e de terem as opiniões consideradas quanto a permanência nesta ou naquela localidade, neste ou naquele meio familiar, ao fim e, por conseqüência, de permanecerem na companhia deste ou daquele ascendente, uma vez inexistam motivos morais que afastem a razoabilidade da definição. Configura constrangimento ilegal a determinação no sentido de, peremptoriamente, como se coisas fossem, voltarem a determinada localidade, objetivando a permanência sob a guarda de um dos pais. O direito a esta não se sobrepõe ao dever que o próprio titular tem de preservar a formação do menor, que a letra do artigo 227 da Constituição Federal tem como alvo prioritário. Concede-se a ordem para emprestar a manifestação de vontade dos menores – de permanecerem na residência dos avós maternos e na companhia destes e da própria mãe - eficácia maior, sobrepujando a definição da guarda que sempre tem color relativo e, por isso mesmo, possível de ser modificada tão logo as circunstancias reinantes reclamem." (HC 69.303/MG – rel. Min. Marco Aurélio – j. em 30.06.1992 – in DJU 20.11.92 e RTJ 144/1, p. 233)

[53] "Artigo 5

Nos termos da presente Convenção:

a) o 'direito de guarda' compreenderá os direitos relativos aos cuidados com a pessoa da criança, e, em particular, o direito de decidir sobre o lugar da sua residência;"

[54] 2ª CCTJSP: "Guarda de filho. Casal separado. Filho na companhia da mãe. Direito de visitas do pai. Mudança de domicílio da mãe para o Exterior. Irrelevância. Embora para o

Exterior, a mudança de domicílio da mulher separada, ou divorciada, que tenha a guarda do filho não constitui impedimento juridicamente considerável ao exercício do direito (rectius, dever), paterno de visitas, e, por conseguinte, a menos que importe em reflexos nocivos à guarda, não é razão para modificá-la." (AC nº 117.849-1 – rel. Des. César Peluso – j. em 20.2.90 – in RT 653/99)

2ª CCTJSP: "Embora para o exterior, a mudança de domicílio da mulher separada, ou divorciada, que tenha a guarda da prole, não constitui impedimento juridicamente considerável ao exercício do direito (rectius, dever) paterno de visitas e, por conseguinte, a menos que importe reflexos nocivos à guarda, não é razão para modificá-la." (AC nº 140.921-1/9 – rel. Des. César Peluso – j. em 5.11.91 – in RT 679/81)

[55] 4ª CCTJRS: "Guarda de menor. Visitas asseguradas ao pai ao ensejo do processo de separação. Mãe que mudou-se com a filha, para os Estados Unidos da América. Pretensão de busca e apreensão desta para exame psicológico, na comarca de domicílio do pai, no Brasil, tendente a alteração da cláusula sobre a guarda ou a respeitante as visitas. Prevalência do interesse da menor, que conta com 13 anos de idade. Medida de constrição que se lhe antolha evidentemente prejudicial. Permanência com a mãe no decurso do processo, no domicílio da qual parte da instrução poderá ser realizada. Implicações de Direito Internacional Privado (art. 7º, da Lei de Introdução do C. Civil), que militam em favor da menor. Agravo provido." (AI nº 587.062.316, rel. Des. Vanir Perin, j. em 14.9.88, in Jurisprudência TJRS, C-Cíveis, V-1, T-2, P-73-84)

[56] 8ª CCTJRS: "Visitas. Modificação do acordo pelo descumprimento. Descabimento. O descumprimento do acordo de visitas não é causa para sua anulação, embora possa ser causa para sua execução. Apelo desprovido, unânime." (APC nº 596.019.661 – rel. Des. Eliseu Gomes Torres – j. em 25.06.1996)

[ftnref57](#)[57] 8ª CCTJRS "Regulamentação de visitas – Execução – Embargos – Deixando a mãe de preparar o filho, no sentido de fazer com que acompanhe o pai, a rigor está deixando de cumprir a obrigação assumida. Cabível então se mostra a execução, pois presente o interesse de agir e demonstrado suficientemente o inadimplemento. Embargos improcedentes." (AC nº 596.073.247 – rel. Des. Ivan Leomar Bruxel – j. em 24.10.1996)

7ª CCTJRS "Execução de obrigação de fazer. Visitas do filho menor ao genitor. Descumprimento de acordo judicial pela genitora. Recusa indevida diante da ausência de prova de risco à integridade física da criança. Não evidenciado o desatendimento do acordo na parte relativa ao acompanhamento da curadora e da madrinha do menor nas visitas deste ao genitor, correta a decisão judicial que determinou o atendimento da obrigação pela genitora sob pena de multa diária." (AI nº 598.058.626 – relª Desbª Maria Isabel Brogini – j. em 27.05.1998)

[ftnref58](#)[58] 4ª TSTJ: "Processo civil. Cautelar inominada. Guarda dos filhos estabelecida em separação de corpos. Via inábil. Indeferimento da inicial. Intervenção do Ministério Público. Recurso desacolhido.

I – Atribuída à mãe, por decisão judicial proferida nos autos da separação de corpos, a guarda provisória dos filho menores, descabe ao pai, por meio de ação cautelar inominada, e sob o argumento de estar sendo obstado o exercício do direito de visita que lhe foi assegurado, pretender revertê-la a seu favor.

II – Indeferimento inicial (art. 295, CPC) que não ensejou intervenção do Ministério Público." (Resp. nº 8.319/RJ – rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira – j. em 09.03.1993 – in DJU 29/03/1993, pg. 5.258)

8ª CCTJSP: "O descumprimento de alguma obrigação assumida pela mulher na separação judicial, se bem justificadas as razões por que ocorreram os fatos que lhe foram imputados, não autoriza a extinção do pátrio poder que detém, com inversão da guarda, se não configurada situação de abandono dos filhos e nem o recomende o interesse destes" (AC nº 92.658-1 – rel. Des. Fonseca Tavares – j. em 11.11.87 – in RT 628/106)

[59] 3ª TCTJDF: "Guarda de filho menores. Mudança de domicílio da genitora que a detém. Incabível sua modificação a favor do genitor sob esse fundamento. A mudança de domicílio da genitora que detém a guarda dos filhos menores, bem como o mero desejo destes de permanecerem no domicílio em que se encontravam, não constitui, por si só, razão jurídica suficiente para deferimento de modificação da guarda a favor do genitor que o requer sob esse fundamento" (APC nº 3295794/DF – rel. Des. VASQUEZ CRUXÊN – Publicação no DJU: 11/04/1995, Pág. : 4.611)

(In COAD/ADV, Seleções Jurídicas, janeiro 2002, p. 23)

