



---

**ARTIGO ORIGINAL**

---

Recebido em: 1/2020

Aceito em: 2/2020

Publicado em: 4/2020

---

## A guarda em razão do local. É possível?

The guard on reason of the site. It's possible?

El guardia por motivo del sitio. ¿es posible?

Patrícia Souza Barros<sup>1\*</sup>, Rubens Alves da Silva<sup>1</sup>.

---

**Resumo:** Esse artigo buscou discutir sobre concessão de guarda da criança em razão do melhor interesse dela, tendo como ponto de partida o princípio fundamental que é o interesse da criança à luz da Constituição Federal de 1988 e o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90), sobretudo, se há a possibilidade de a guarda ser concedida em razão do local. No decorrer do Artigo, abordarei a visão de alguns autores sobre a conceituação da guarda, conceituação de família e qual o papel dos pais diante de uma separação, quais comportamentos irão influenciar no desenvolvimento psíquico, físico e moral de um menor, bem como se há jurisprudência acerca de concessão da guarda em relação ao local, esclarecer até que ponto há legalidade em conceder guarda em razão do local em que a criança irá morar. A importância do afeto concedido pela família ainda que não seja oriundo de família biológica.

**Palavras-chave:** Guarda, Menor, Melhor interesse da criança.

---

**Abstract:** This article sought to discuss child custody in the best interests of the child, taking as its starting point the fundamental principle of child interest in the light of the Federal Constitution of 1988 and the Statute of the Child and Adolescent (Law 8.069 / 90) above all if there is a possibility that custody may be granted on grounds of location. In discussing the article, I will address the view of some authors on the conceptualization of custody, conceptualization of family and what is the role of parents facing a separation, which behaviors will influence the psychological, physical and moral development of a minor, and whether there is jurisprudence on granting custody in relation to the place, clarify to what extent there is legality to grant custody on the grounds of where the child will live. The importance of affection granted by the family even though it does not come from biological family.

**Keywords:** Guard, Under age, Best interest of the child.

---

**Resumen:** Este artículo buscaba discutir la custodia del niño en el interés superior del niño, tomando como punto de partida el principio fundamental del interés del niño a la luz de la Constitución Federal de 1988 y el Estatuto del Niño y el Adolescente (Ley 8.069 / 90) sobre todo si existe la posibilidad de que se otorgue la custodia por motivos de ubicación. Al discutir el artículo, abordaré la opinión de algunos autores sobre la conceptualización de la custodia, la conceptualización de la familia y cuál es el papel de los padres frente a una separación, qué comportamientos influirán en el desarrollo psicológico, físico y moral de un menor, y si

---

<sup>1</sup> Centro Universitário Luterano de Manaus (ULBRA), Manaus - AM. \*E-mail: [pbarros170@gmail.com](mailto:pbarros170@gmail.com)

existe jurisprudencia sobre la concesión de la custodia en relación con el lugar, aclarar en qué medida hay legalidad para otorgar la custodia sobre la base de dónde vivirá el niño. La importancia del afecto otorgado por la familia a pesar de que no proviene de la familia biológica.

**Palabras clave:** Guardia, Menor, Interés superior del niño.

---

## INTRODUÇÃO

É possível uma guarda ser concedida a um dos genitores fundamentada no meio social mais benéfico ou maléfico em que a criança irá morar? Qual justificativa legal haveria para conceder a guarda em detrimento do meio social mais benéfico à criança. A guarda por ser um tema muito recorrente no Direito de família é de grande relevância explicitar os requisitos a serem cobrados para se obtê-la em relação a um menor impúbere. Tendo em vista que nem sempre após a separação de um casal esse assunto é resolvido no diálogo e faz necessária a intervenção do Poder Judiciário para decidir com quem ficará a guarda (SIEGEL FN, SOARES JS, 2016).

Será apresentado o conceito de família de forma que atualmente há vários modelos de família e, portanto, dentro do ordenamento jurídico não há uma regra quanto a tal modelo. Bem como abrange o conceito de guarda, suas modalidades e qual a constituída como regra no Brasil, por fim, alguns princípios constitucionais da família, os quais embasam uma decisão judicial de guarda, no que tange ao melhor interesse da criança, por fim, analisará a evolução da problemática quanto à concessão da guarda em relação ao local ou melhores condições para o menor que estará sob a responsabilidade do guardião (DIAS MB, 2011).

O princípio do melhor interesse da criança é a regra, fazendo leitura sobre tal princípio, entende-se do que se trata e de sua magnitude, ao mesmo tempo em que indica a sua obrigatoriedade de se aplicar o melhor interesse da criança, porém não há uma descrição sobre fatos ou condições que correspondem a tal melhor interesse, pois não há um conceito estanque. Abre-se, assim, um espaço para se questionar filosoficamente sobre a questão, pois é exatamente na interpretação dos princípios constitucionais, que não têm a peculiaridade das regras, que os grandes temas filosóficos do Direito se encaixam. (GONÇALVES CJM, 2012).

Tome-se como exemplo a reportagem publicada pelo jornal Folha de São Paulo, de 02.03.2011, sob o título: "STJ acata recurso da família de Sean", página C9. A situação do garoto Sean, filho de mãe brasileira e pai americano, que morava no Brasil com os avós, o padrasto e uma irmã unilateral, e após o falecimento da mãe foi entregue ao pai americano, vem sendo amplamente noticiada pelos jornais brasileiros. De acordo com a reportagem, o STJ, em recurso relatado pela Ministra Nancy Andrichi, admitiu a inclusão no processo da meia-irmã de Sean, de dois anos, em nome da proteção do interesse das duas crianças envolvidas no caso. A partir daí, do conflito levado ao Tribunal, emerge clara a indagação filosófica decorrente da abertura e generalidade do princípio, cuja leitura não basta para concluir qual seria a melhor forma de concretizar o melhor interesse da criança envolvida no caso concreto: permanecer com o pai nos Estados Unidos ou conviver com a meia-irmã e a família materna no Brasil? (BRASIL, 2006).

Efetivadas essas premissas, busca-se discutir sobre concessão de guarda da criança em razão do melhor interesse dela, tendo como ponto de partida o princípio fundamental que é o interesse da criança à luz da Constituição Federal de 1988 e o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90), sobretudo, se há a possibilidade de a guarda ser concedida em razão do local, qual o papel dos pais diante de uma separação, quais comportamentos irão influenciar no desenvolvimento psíquico, físico e moral de um menor e evidenciar que embora se admita o efetivo conteúdo do princípio, somente poderá ser preenchido diante das circunstâncias de cada caso concreto (GONÇALVES CJM, 2012).

Busca-se ainda, explanar a respeito do que é uma família para o entendimento do Direito e para a sociedade, quais suas complexidades diante de uma separação e soluções para uma futura guarda de menores, guarda essa, que possui várias modalidades e quais dessas modalidades serão melhores e convenientes para a criança, pois o interesse maior é do menor, uma vez que sua integridade física e psicológica, bem como todos os seus direitos deverão ser obrigatoriamente atendidos, ainda que não seja a melhor opção para um dos pais.

## REVISÃO BIBLIOGRÁFICA

### O que é família

O código Civil de plano não define o que é uma família, ou seja, não há um conceito existente para o Direito ou Sociologia e por essa complexidade em sua extensão, esse entendimento de família se difere em vários ramos do direito. Logo, o que se define, por exemplo, sobre família em direito penal não corresponde ao que se define em direito fiscal.

A família está intimamente ligada aos vínculos afetivos ou uma formação social voluntária do indivíduo, uma espécie de necessidade que indivíduo possui de não estar ou se sentir sozinho e que deverá constituir uma família para se sentir realizado.

Há aquela família de estrutura convencional, a qual possui o patriarca da família, que é o pai, provedor e tomador de decisões, há a figura da mãe, administradora do lar e seus filhos, os quais terão toda proteção e amparo que não necessariamente unidos biologicamente. Há também, aquelas famílias formadas por casais homo afetivos ou até mesmo famílias formadas somente pela figura do pai e filho ou figura da mãe e filho. Entretanto, ainda nesse diapasão, o Direito além de se preocupar com tal estrutura familiar, preocupa-se também com o afeto, respeito e provimentos materiais que este lar irá proporcionar à criança no seio familiar (DINIZ MH, 2005).

### O que é guarda

Existem os mais diversos conceitos a respeito de guarda, tendo em vista ser proteção, vigilância, zelo, segurança, ou seja, uma variação de conceito, mas, no direito de família o termo é tido como um direito-dever que ambos os pais, ou um deles, exercido em favor dos filhos.

A guarda dos filhos durante a vigência do casamento está sob a obrigação dos pais, durante a instituição do casamento os dois possui de iguais direitos e deveres relativos ao poder familiar, poder este que não se extingue exceto se houver uma destituição de forma grave por ato judicial, quando um dos genitores castigarem de forma contínua o filho, deixa-lo em abandono, cometer de forma reiterada os atos de abuso de autoridade (ISABELA PC, 2013).

Tendo em vista que a guarda está regulamentada em nosso atual sistema jurídico brasileiro tanto no Estatuto da criança e do adolescente (Lei 8.069/1990) quanto no Código Civil brasileiro, temos: Segundo o estatuto:

*“Artigo 33 A guarda obriga a prestação de assistência material, moral e educacional à criança ou adolescente, conferindo a seu detentor o direito de opor-se a terceiros, inclusive aos pais”.*

Segundo o Código Civil:

*“Artigo 1.583. A guarda será unilateral ou compartilhada. § 1º Compreende-se por guarda unilateral a atribuída a um só dos genitores ou a alguém que o substitua e, por guarda compartilhada a responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres do pai e da mãe que não vivam sob o mesmo teto, concernentes ao poder familiar dos filhos comuns”.*

Apesar de existir várias modalidades de guarda, no Brasil, a regra é a guarda compartilhada. Temos a guarda alternada, a qual confere exclusivamente a cada genitor por um período a guarda, quando estiver com o menor, nela alterna-se o período da convivência, ou seja, semanas, meses ou dias. Já a guarda compartilhada ou também chamada de guarda conjunta é quando exercida conjuntamente pelos genitores ou outras pessoas que representam a função materna e paterna no dia-a-dia da criança.

Nessa modalidade a criança não ficará com um ou outro, mas sim com os dois, podendo ter residência fixa em ambos. Há também, a guarda unilateral é quando exercida exclusivamente por um dos genitores, o que em muitos casos trazem alguns conflitos pelo fato de não resolverem assuntos internos de casais e utilizam os filhos como uma espécie de ferramenta para punir o genitor que não ficou com a guarda (CABRAL ACP, 2008).

## **Princípios constitucionais da família**

O Direito de família está relacionado diretamente a um grupo doméstico com objetos patrimoniais que se ligam em razão dos interesses pessoais e familiares, pois se organizam entre seus membros, tendo também como base o interesse do Estado.

Há que se dizer em relação à doutrina e jurisprudência que existem muitos princípios implícitos, ou seja, não tipificado na C.F/88, destacando-se também que não há hierarquia entre estes e os explícitos. Esses que não estão expressos no texto constitucional possui sua fundamentação ética nos ordenamentos jurídicos para que assim, tenhamos uma vida em sociedade (DIAS MB, 2011).

### **Princípio do melhor interesse da criança.**

Para tal princípio não há um conceito pré-definido do que seria o melhor interesse para a criança devido à complexidade e inúmeros comportamentos familiares. Em vista disso, a norma faz adaptações conforme a peculiaridade de cada família. Temos a aplicação de tal princípio na própria C.F/88, pois nela há previsão dos direitos resguardados:

*“Art. 227 com direitos: “à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito e à liberdade e à convivência familiar e comunitária”, Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.”*

*O Estatuto da Criança e do Adolescente em seu Art. 4º: “É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.”*

### **Da dignidade da pessoa humana**

É o princípio maior, o qual embasa o Estado Democrático de Direito, já expresso nos primeiros artigos da Constituição Federal. É o princípio que manifesta inicialmente os valores constitucionais, bem como provido de sentimentos e emoções. Tal princípio é universal e dele desencadeiam todos os demais princípios como: liberdade, cidadania, igualdade e solidariedade, garantindo através dele, o desenvolvimento e realização da família, sobretudo, da criança e adolescente (FLÁVIO T, 2006)

### **Da solidariedade familiar**

Este princípio tem relações com o vínculo afetivo, por ter em seu conteúdo características éticas. Na sua expressão de solidariedade, pode-se compreender a fraternidade e a reciprocidade. Tal princípio tem previsão constitucional, pois em seu preâmbulo assegura uma sociedade fraterna em que os pais devem assistência a seus filhos, bem como amparar as pessoas idosas em suas necessidades.

Um dos exemplos de solidariedade familiar é a obrigação que os pais possuem de alimentar seus filhos, ou seja, provendo a subsistência de sua prole (LÔBO PLM, 1990).

### **Da afetividade**

O afeto não tem origem biológica, mas sim de uma convivência familiar e o Estado no objetivo de garantir a dignidade a todos, elenca seus direitos individuais e sociais na C.F/88, visando proporcionar o afeto a todos os cidadãos.

Quando o Estado entende que não são somente os integrantes de uma família que irão proporcionar o afeto a um menor, mas sim um vínculo de sentimentos, humanidade e carinho está objetivando proporcionar a felicidade como um direito a ser alcançado.

À medida que os sentimentos se acentuam em uma relação familiar, temos uma valorização significativa nas funções de afetividade da família. Tanto é que atualmente não há um perfil de casamento ou família,

pois o interesse maior é realizar os interesses dos membros que compõe tais famílias, por isso a afetividade é tomada como base, princípio relevante para se alcançar o bem estar dos membros de uma família (LÔBO PLM, 1990).

### **Guarda em razão do local.**

Quanto ao exercício da guarda é sempre importante observar o nível de bem-estar que será proporcionado ao menor, a qual será a condição primordial para deferir a guarda para um dos cônjuges ou a ambos. Uma vez que o interesse do menor deverá sempre prevalecer, todos os dispositivos de guarda de menor não transitam em julgado para que a qualquer tempo esta questão possa ser revista, caso alguma mudança esteja prejudicando o interesse do menor.

A grande questão está em torno do “interesse do menor”, do bem-estar, as melhores condições, não necessariamente econômica, mas sim, psicológicas e morais para que haja um crescimento saudável para o menor (SILVEIRA JZA, 2015).

Ocorre que a expressão “melhores condições” constitui uma cláusula geral e uma forma ampla de interpretação pelo aplicador do direito. Temos a doutrina de Washington de B. Monteiro ao afirmar que:

*“[...] a expressão condições utilizada nesse dispositivo não está seguida de qualquer adjetivo, de modo que sua compreensão deve ser ampla, levando em conta aspectos morais, educacionais e ambientais, dentre outros que tenham em vista o melhor atendimento aos interesses do menor, sem que fique adstrita à situação econômica ou financeira dos seus genitores.”*

O que nos leva a interpretar como melhor interesse da criança ser também o local mais confortável ou o ambiente em que suas atividades seriam realizadas com efetividade e contentamento para um bom desenvolvimento ainda que tais interesses se sobreponham aos dos genitores.

Agora fica ressaltado que quando possível, será instituída a guarda compartilhada, mas se não for possível ficar a guarda dos filhos sob o poder do pai ou da mãe, a referida guarda será dada a um terceiro, se assim for melhor para os interesses do menor.

Tem-se no ordenamento jurídico brasileiro o princípio da máxima proteção à criança e ao adolescente. Assim, comprovado por estudo social e outros meios probatórios, que o deferimento da guarda a determinado pai, que atende mais aos interesses do menor, será objeto de decisão judicial, pois atenderá ao princípio exposto acima. A doutrina de Yussef Said Cahali afirma que:

*“Nas questões relativas à guarda ou destinação a ser dada a menores, quando conscienciosamente elaborada por pessoa esclarecida, constitui a pesquisa social um dos mais decisivos elementos de convicção ao alcance do juiz; sua efetivação, a requerimento ou por determinação de ofício (e mesmo em segredo de justiça, se necessário ou conveniente), é prática que convém ser generalizada, até tornar-se providência de rotina. O estudo social realizado antes ou no curso da ação que envolve a guarda de menor poderá fornecer elementos mais precisos da real situação do menor e de seus genitores, de modo a possibilitar ao juiz da causa uma opção segura quanto à atribuição da guarda.”*

É de extrema necessidade a realização de um estudo social, onde o juiz pode conhecer as condições de moradia, educação, lazer entre outros em que cada genitor dá ao filho menor. Um estudo que é realizado por meio de assistentes sociais qualificadas que vão até à casa dos genitores para colher o máximo de informações daquele ambiente e posteriormente, confeccionar um relatório detalhado ao juízo para ajudá-lo na sua tomada de decisão, tendo em vista que o juízo não estará vinculado ou obrigado a seguir o referido relatório (RIBEIRO RJ, 2000).

### **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Levando em consideração esses aspectos, em uma ação de guarda de menores em virtude da separação dos pais, o fator principal ao se ajuizar é o melhor interesse da criança, em que ambiente de acolhimento

esses menores terão seus direitos assegurados com total prioridade, onde melhor eles desenvolverão seu físico e intelecto para que, posteriormente, possam desfrutar de uma juventude e vida adulta enraizada na ética e na moral. A proteção integral da criança e do adolescente nos termos do ordenamento Jurídico garante todo amparo necessário durante essa fase de vulnerabilidade, uma vez que o Estado se preocupa com o bem estar e afeto proporcionado ao menor, ainda que esta família não seja mais composta por todos os membros.

---

## REFERÊNCIAS

1. CABRAL ACP. Guarda de filho e mediação familiar: Garantia de maior aplicabilidade do princípio constitucional do melhor interesse da criança e do adolescente. – Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional, 2008.
2. BRASIL. STJ – REsp 776.977/RS – (2005/0142155-8) – 3ª T. – Relª Min. Nancy Andrichi – DJU 02.10.2006).
3. BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal, 1988; Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 06 de jun. de 2019.
4. BRASIL. Código Civil Brasileiro. São Paulo: Saraiva: 2004.
5. DIAS MB. Manual de Direito das famílias: 2011; 8ª Ed. 65p.
6. DINIZ MH, Direito de família, 2005; 20ª Ed 22p.
7. BRASIL. Estatuto da Criança e do Adolescente. Brasília: Senado Federal, 1990; Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm). Acesso em: 06 de jun de 2019.
8. FLÁVIO T. NOVOS PRINCÍPIOS DO DIREITO DE FAMÍLIA BRASILEIRO1, 2006.
9. GONÇALVES CJM. Breves Considerações sobre o princípio do melhor interesse da criança e adolescente. Lex Magister, 2012. Disponível em [http://www.editoramagister.com/doutrina\\_23385195\\_breves\\_consideracoes\\_sobre\\_o\\_principio\\_do\\_melhor\\_interess\\_e\\_da\\_crianca\\_e\\_do\\_adolescente.aspx](http://www.editoramagister.com/doutrina_23385195_breves_consideracoes_sobre_o_principio_do_melhor_interess_e_da_crianca_e_do_adolescente.aspx)
10. ISABELA PC, trabalho. Breves reflexões sobre o instituto da guarda, 2013.
11. LÔBO PLN. Revista Brasileira de Direito Comparado, 1990.
12. RIBEIRO RJ. A família na travessia do milênio – Anais do II Congresso Brasileiro de Direito de família, 2000; 220.
13. SIEGEL FN, SOARES JS. A guarda, a guarda compartilhada e o poder familiar: implicações práticas. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.11, n.3, 3º quadrimestre de 2016. Disponível;
14. SILVEIRA JZA. A Proteção integral e o melhor interesse da criança e adolescente: Uma abordagem à luz da Lei nº 8.069/90. Universidade Federal do Rio de Janeiro – UNIRIO.2015.