

O REFLEXO DA INTERPRETAÇÃO DO CONCEITO DE 'GUARDA COMPARTILHADA' NA SUA NÃO-APLICABILIDADE PELOS OPERADORES JURÍDICOS: UMA POSSIBILIDADE

Ricardo Vanzin Silveira¹

1 INTRODUÇÃO

O objetivo desse artigo é verificar se o conceito que os operadores jurídicos têm a respeito da guarda compartilhada poderá refletir na sua não-aplicabilidade nos processos que envolvem a guarda de filhos. O que será apresentado é uma perspectiva possível para essa questão, com base em alguns elementos apresentados pela doutrina e pela jurisprudência para corroborar este entendimento.

Santos (1999) afirma que nos tribunais superiores é baixa a incidência de acórdãos apreciando questões envolvendo a guarda compartilhada. Além disso, ao serem verificados tais acórdãos, segundo a autora, é possível se perceber que, na maioria desses julgados, existe uma interpretação do conceito da guarda compartilhada como se fosse guarda alternada, que é um modelo diverso.

Assim, levando-se em consideração esse entendimento, o que se pretende propor é que pode ser possível que tal afirmativa esteja ocorrendo e que, conseqüentemente, devido a essa distorção entre o entendimento do que é guarda compartilhada e guarda alternada, o primeiro instituto deixe de ser utilizado, independente das vantagens que são apresentadas pela doutrina.

2 ORIGEM E CONCEITO DO PÁTRIO PODER

¹ Acadêmico do Curso de Direito do Centro Universitário Univates, Lajeado/RS. Formando semestre 2006/B. Publicação: dez/06.

O pátrio poder, como é conhecido hoje, teve suas origens na Antigüidade, mais precisamente em Roma, e seu conceito evoluiu no decorrer dos tempos, sob a influência do direito germânico (Salles, 2002). Conforme Elias (1999, p. 5), “entre os romanos, o instituto representava para os seus titulares um poder absoluto, inclusive de vida e morte sobre os filhos”.

O titular do direito era o pai, o chefe da família, e a ele cabia todas as prerrogativas do pátrio poder. Já no direito germânico, o pátrio poder baseava-se, basicamente, nos mesmos moldes que o romano, só que com alguns abrandamentos. Enquanto em Roma, por exemplo, o pai tinha o direito de negar o filho em qualquer fase de sua vida, no germânico tal faculdade só era possível quando do seu nascimento, após o que, se aceito o filho, ao pai caberia exercer o pátrio poder como medida de proteção do menor (Salles, 2002).

Com a evolução do conceito de pátrio poder, alguns autores o definem “como um conjunto de direitos e deveres dos pais em relação à pessoa e aos bens dos filhos menores e não emancipados, com a finalidade de propiciar o desenvolvimento integral de sua personalidade” (Elias, 1999, p. 6). Em decorrência disso, os pais são responsáveis pelo desenvolvimento sustentável do menor, com a missão de lhe garantir, juntamente com a sociedade e o Estado, os direitos individuais relacionados pelo Artigo 227 da Constituição Federal – CF/88.

Portanto, o pátrio poder, que antes da CF/88 era considerado como um direito dos pais em relação aos filhos, passa ser visto como um *munus*, ou seja, um dever dos pais, que o devem exercer no intuito de garantir o seu desenvolvimento pessoal. Segundo Filho (2002, p. 29), o pátrio poder “é o conjunto de faculdades encomendadas aos pais, como instituição protetora da menoridade, com o fim de lograr o pleno desenvolvimento e a formação integral dos filhos, seja físico, moral, espiritual e social”.

Para Salles (2002), o pátrio poder deixa de ser um “poder” para se transformar em um “dever” dos pais, que passam a ter a obrigação de cuidar das pessoas dos filhos e de seus bens, recebendo tal atribuição do Estado, no interesse da família. Portanto, o que antes era um poder absoluto dos pais sobre a vida do filho, hoje se verifica em uma servidão dos primeiros em relação ao segundo.

O pátrio poder, contudo, é composto de alguns atributos, dentre os quais a *guarda*. Para Grisard Filho (2002, p. 40) “a guarda é da natureza do pátrio poder, não da sua essência, tanto que, transferida a terceiro, não implica a transferência

deste. Como atributo do pátrio poder, a guarda dele se separa, não se exaurindo nem se confundindo com ele, podendo uma existir sem o outro”.

3 CONCEITO DE GUARDA

Carbonera (2000, p. 43) trabalha o termo *guarda* a partir de sua análise gramatical, a fim de produzir um entendimento mais aprofundado do significado do instituto jurídico da guarda de filhos no Direito de Família. Assim, a autora define o termo *guarda* como o ato ou o efeito de guardar e proteger o bem tutelado. Este ato é exercido por um *guardião* que “sempre alerta, atuará para evitar qualquer dano. Tem como função a responsabilidade de manter a *coisa* intacta e, caso não logre êxito em sua atividade, responderá pelo descumprimento de seu papel”.

Esta *coisa* a qual a autora se refere trata-se do *guardado*, ou seja, o objeto que está sob os cuidados do guardião:

[...] que está dotado de, pelo menos duas características básicas: a preciosidade e a fragilidade. É a existência de um valor que provoca nas pessoas a percepção da vontade de pôr a salvo de estranhos o que tem sob sua guarda, com a intenção de não correr risco de perda (Carbonera, 2000, p. 44).

Partindo, então, desses pressupostos, pode-se dizer que o instituto da guarda é um conjunto de direitos e deveres atribuídos aos pais em relação aos filhos menores, com o objetivo de proteger e suprir as suas necessidades, cuja responsabilidade é atribuída por lei ou mediante decisão judicial (Carbonera, 2000).

A doutrina divide o conceito de guarda em *física* ou *material* e *jurídica* ou *legal*. A primeira diz respeito à situação do menor de estar na presença física daquele que detém a guarda e, a segunda, se refere aos direitos e às obrigações decorrentes do instituto, como sustento, criação, educação, proteção, correção, guia moral e intelectual, etc. (Grisard Filho, 2002).

Existem alguns modelos de guarda expostos pela doutrina, que se caracterizam ou pela quantidade de tempo que o menor fica na presença do seu responsável, ou pela distribuição igualitária das responsabilidades sobre os filhos entre ambos os pais. Dentro dessas modalidades, há duas espécies específicas, as quais normalmente são confundidas uma com a outra, gerando distorções na sua utilização, principalmente em relação à segunda: a guarda alternada e a guarda compartilhada.

A guarda alternada é identificada pelas constantes mudanças de guarda física do menor o que, ao mesmo tempo em que permite que os pais detenham a

guarda do menor conforme um determinado período de tempo (dias, semanas, mês, semestre, ano), é criticado pela doutrina devido às constantes mudanças de residência a que está sujeita a criança, que acaba perdendo sua referência de “lar”. Em relação à guarda compartilhada, analisa-se a seguir.

4 GUARDA COMPARTILHADA (CONJUNTA)

A guarda compartilhada, ou conjunta, é uma série de atributos da autoridade parental que são exercidos por ambos os pais em benefício dos filhos. É a guarda jurídica a que está sujeita a criança. Nesta modalidade, a criança possui uma residência fixa, normalmente ficando com apenas um dos genitores, sendo permitido ao outro o direito de visita (Grisard Filho, 2002).

Nesse sentido, o que se divide, na guarda compartilhada, não é o tempo de posse da criança com um pai ou outro, mas sim o exercício do pátrio poder. A guarda compartilhada visa solucionar problemas decorrentes do modelo clássico de guarda de filhos, onde apenas um dos pais detém a guarda jurídica do menor.

Seu fundamento jurídico recai no princípio constitucional da igualdade entre o homem e a mulher, previsto no Artigo 5º, inciso I da CF, a saber:

Artigo 5º - Todos são iguais perante a Lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

I – homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição.

A guarda compartilhada tem como principais princípios a paternidade responsável e a afetividade; e tem como finalidade principal a garantia do bem-estar do menor. A paternidade responsável, definida no Artigo 226, parágrafo 7 da CF/88, parte do pressuposto de que ambos os pais tem o dever e o direito de exercer, em conjunto, o pátrio poder, conforme se verifica pela previsão do Artigo 1.632 do Código Civil. Já a afetividade no âmbito familiar, foi erigida a princípio constitucional a partir de 1988, com a atual CF/88, e é um direito inerente a todo cidadão, em especial à criança. No entanto, não existem dispositivos constitucionais que disponham expressamente sobre o vínculo afetivo como um direito individual.

Independente de tal situação, através de uma leitura sistemática e extensiva de certas normas constitucionais, é possível se constatar que o princípio jurídico da afetividade está intrinsecamente previsto na CF/88 (por exemplo, no Artigo 226, parágrafos 3º e 4º²). Tais dispositivos, lidos na sistemática da CF, revelam que

² CF, “Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. [...] Parágrafo 3º -

entidades ligadas pelos traços de afetividade passam a ser reconhecidas e protegidas pelo Estado, o que não ocorria antes da Carta de 1988 (Lôbo, 2002).

Com isso, passam a ter existência jurídica e proteção do Estado, modelos de família que, antes da CF/88, somente eram reconhecidos pela jurisprudência. Dentre estes modelos, segundo Costa (2002), há o que os autores definem como familiar monoparentais. Este modelo de família, previsto na CF/88, no seu Artigo 226, parágrafo 4º, é composto por apenas um dos pais, o qual detém a guarda de seu(s) filho(s), e pode ter origem em familiar que já foram biparentais ou em outras situações jurídicas, como a separação, mães solteiras e viuvez. Assim, a guarda compartilhada tem sua origem nas entidades monoparentais (Gonçalves, 2002),

Independente de como se origina a família monoparental (divórcio, mães solteiras, etc.), a doutrina relaciona inúmeras vantagens do modelo compartilhado de guarda jurídica, que tem como principal objetivo o de conservar as relações pessoais entre pais e filhos. Este modelo de guarda de filhos prima pelo exercício igualitário do pátrio poder por ambos os pais e é considerada como uma nova opção ao modelo clássico de guarda de filhos, pois surge como uma resposta ao desequilíbrio dos direitos parentais e a partir de uma nova cultura que desloca o centro dos interesses para a criança, com base em uma sociedade de tendências igualitárias (Costa, 2002).

No entanto, não obstante tais entendimentos, Santos (1999) constata que há uma escassez de decisões em tribunais superiores analisando questões envolvendo a guarda compartilhada. Dentre estas decisões, a autora identificou conceitos que a fizeram concluir que o assunto discutido, na verdade, se tratava de guarda alternada, que é um modelo diverso do que se constitui a guarda compartilhada.

E é possível que essa situação possa estar ocorrendo no Estado do Rio Grande do Sul. Se forem analisados alguns acórdãos do Tribunal de Justiça – TJRS deste Estado, se pode verificar aquilo que foi constatado por Santos (1999), ou seja, que a interpretação do conceito de guarda compartilhada, pelos operadores jurídicos, está em desacordo com o que dita a doutrina especializada, o que pode estar acarretando na não-aceitação deste modelo como meio de solução para a determinação da guarda dos filhos.

Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento. Parágrafo 4º - Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.”

Efetuada pesquisa jurisprudencial no *site* do TJRS, utilizando as palavras-chave “guarda compartilhada” e “guarda conjunta” e dentre as Apelações Cíveis, foi possível ter acesso a 14 acórdãos das 16 ementas disponibilizadas na pesquisa. Dentre estes acórdãos, em 7 foi abordado o conceito da guarda compartilhada, sendo que, destes, em 5 há um entendimento diverso do defendido pela doutrina, os quais serviram de fundamento para o indeferimento do modelo compartilhado de guarda; e em 2 há um entendimento de acordo com o que é aceito pela doutrina, cujo desembargador-relator é o mesmo nos dois processos.

Veja-se, por exemplo, parte de voto do Desembargador Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, na Apelação Cível 70005760673, apreciada pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

A chamada guarda compartilhada não é transformar o filho em objeto que fica a disposição de cada genitor por um semestre, **mas uma forma harmônica, que permita ao filho desfrutar tanto da companhia paterna como da materna, num regime de visitação bastante amplo e flexível**, mas sem que o filho perca seus referenciais de moradia (grifo do autor).

E, também, o parecer do Ministério Público – MP na Apelação Cível 70005127527, o qual teve influência na decisão de Antonio Carlos Stangler Pereira, relator do processo, *in verbis*: “A guarda compartilhada, em que os pais dividem dias da semana nos quais um permanece com os filhos [...]”. Por este entendimento, percebe-se que o conceito estabelecido pelo representante do Ministério Público apresentou-se de forma diversa do que é entendido como guarda compartilhada, caracterizando-se como guarda alternada.

Da mesma forma, Maria Berenice Dias, na Apelação Cível 70001021534, adota o seguinte posicionamento: “Para o seu estabelecimento, indispensável que convivam os pais em perfeita harmonia e que a livre movimentação do filho entre os dois lares não autorize definir ou priorizar a guarda de nenhum”.

Enfim, também foi requerido pelo apelante, conforme relatório do desembargador-relator na Apelação Cível 70005760673, o deferimento da guarda compartilhada nos seguintes termos:

Sustenta o recorrente que deveria ser reconhecida a igualdade entre o pai e a mãe em relação à prole eis que até a igualdade entre homossexuais já está reconhecida... diz que as relações entre os genitores devem ser mais flexíveis e que eles não são donos dos seus filhos, sendo necessário deferir a guarda compartilhada para que o filho possa desfrutar tanto da intimidade da mãe como também a do pai, lembrando que “os tempos estão mudando”.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com o que foi abordado, é possível vislumbrar as divergências dos posicionamentos dos operadores jurídicos a respeito do conceito de guarda compartilhada, tal qual destacado por Santos (1999); da mesma forma com que tais entendimentos podem estar influenciando no não-requerimento ou no indeferimento deste modelo de guarda.

No entanto, como dito no início, o que se pretendeu foi apenas chamar a atenção para esta situação, que pode estar ocorrendo no Estado do RS. Assim, um modelo que é considerado por autores como o meio mais indicado para a definição da guarda dos filhos, por ser aquele que melhor propicia um envolvimento harmonioso entre os pais e seus filhos, quando se verifica a família monoparental, pode estar deixando de ser utilizado devido à falta de um conhecimento mais técnico a respeito do assunto.

REFERÊNCIAS:

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição Federal**. 5. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2002.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível n.º 70001021534, da Sétima Câmara Cível. Apelante/Apelado: A.C.B.E.H. Apelado/apelante: M.J.K.E.H. Relatora: Maria Berenice Dias. Porto Alegre, 21 de junho de 2000. Disponível em: <http://www.tj.rs.gov.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=70001021534&num_processo=70001021534>. Acesso em: 15 out. 2005.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível n.º 70005127527, da Oitava Câmara Cível. Apelantes: G.B.P.A, P.S.M, B.P. Apelado: J.L.A. Relator: Antonio Carlos Stangler Pereira. Porto Alegre, 18 de Dezembro de 2003. Disponível em: <http://www.tj.rs.gov.br/site_php/consulta/exibe_documento.php?ano=2006&codigo=496539>. Acesso em: 02 dez. 2006.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível n.º 70005760673, da Sétima Câmara Cível. Apelante: L.F.C.C. Apelado: M.T.M. Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves. Porto Alegre, 12 de março de 2003. Disponível em: <http://www.tj.rs.gov.br/site_php/consulta/exibe_documento.php?ano=2006&codigo=195692>. Acesso em: 02 dez. 2006.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível n.º 70005233119, da Oitava Câmara Cível. Apelante: A.C.M. Apelado: M.M.C. Relator: José S. Trindade. Porto Alegre, 21 de novembro de 2002. Disponível em: <http://www.tj.rs.gov.br/site_php/consulta/exibe_documento.php?ano=2006&codigo=103777>. Acesso em: 02 dez. 2006.

CARBONERA, Silvana Maria. **Guarda de Filhos na Família Constitucionalizada**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2000.

COSTA, Demian Diniz da. **Famílias Monoparentais: reconhecimento jurídico**. Rio de Janeiro: Aide, 2002.

GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda Compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GONÇALVES, Denise Wilhelm. Guarda Compartilhada. **Revista Jurídica**, n. 299, 2002. p. 44-54

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Entidades Familiares Constitucionalizadas: para além do *numerus clausus***. Jus Navegadis. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2552>>. Acesso em: 08 out 2005.

SALLES, Karen Ribeiro Pacheco Nioac de. **Guarda Compartilhada**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

SANTOS, Lia Justiniano dos. Guarda Compartilhada: Modelo Recomendado. **Revista Brasileira de Direito de Família**, n. 8, 2001. p. 155-164