

A DISCIPLINA DA GUARDA E A AUTORIDADE PARENTAL NA ORDEM CIVIL-CONSTITUCIONAL

Gustavo Tepedino

SUMÁRIO

1. Apresentação do problema: A evolução da família e a necessidade de compatibilização das fontes normativas (especialmente o Código Civil e o Estatuto da Criança e do Adolescente) à luz da Constituição.
2. Princípios constitucionais e dimensão integral da filiação: tutela da identidade genética e do pleno desenvolvimento da personalidade. A questão da guarda: erros de perspectiva e aspectos evolutivos.
3. A guarda como aspecto da autoridade parental. A autoridade parental como situação jurídica existencial e complexa de direito-dever: um *múnus* privado;
4. Cotejo com as legislações estrangeiras. A peculiaridade da autoridade parental no ordenamento brasileiro: sua intangibilidade após a separação, divórcio ou dissolução da união estável (arts. 21, ECA e 1.632, CCB);
5. Aspectos conclusivos: a funcionalização da guarda e da autoridade parental à formação da personalidade dos filhos, protagonistas do processo educacional.

1. A propalada busca da máxima eficácia social do Código Civil de 2002 impõe a harmonização de fontes normativas, indispensável à consecução, no âmbito das relações jurídicas ali contempladas, dos princípios e valores constitucionais. Especialmente no que toca ao direito de família, em que a evolução extraordinária dos fatos parece ter surpreendido o legislador da codificação, é de se avaliar cuidadosamente o impacto e a força pregnante da tábua axiológica constitucional sobre a disciplina das relações familiares.

Com efeito, a incidência direta dos princípios constitucionais no direito de família, especialmente a dignidade da pessoa humana (art. 1o, III, C.R.), a solidariedade social (art. 3, I, C.R.) e a igualdade substancial (art. 3o, III) leva o intérprete, em primeiro lugar, a separar dogmaticamente as situações jurídicas patrimoniais das situações jurídicas existenciais e assim, conseqüentemente, a lógica das relações de apropriação e da atividade econômica privada da lógica da vida comunitária familiar, destinada à formação e desenvolvimento da personalidade. Tais objetivos da República e princípios fundantes do ordenamento informam, legitimam e dão maior densidade normativa aos princípios inseridos nos artigos 226 e ss., que integram o Capítulo VII da própria Constituição, em matéria de família.

A família torna-se, assim, por força de tal contexto axiológico, pluralista, *locus* privilegiado para a comunhão de afeto e afirmação da dignidade humana, funcionalizada para a atuação dos princípios constitucionais da igualdade, solidariedade, integridade psicofísica e liberdade. O campo para aplicação da principiologia constitucional é amplo, com especial destaque no caso das cláusulas gerais utilizadas pelo legislador, embora a estas não se limita, abrangendo cada uma das regras do direito de família codificado.

Cuida-se, pois, de uma reconstrução das categorias do direito de família, renovado pelos valores existenciais, processo hermenêutico cuja importância avulta no exame da filiação. A relação parental, com efeito, e em particular a filiação, põe em evidência uma série de situações jurídicas existenciais incompatíveis com o tratamento dogmático tradicionalmente forjado nas relações patrimoniais. Ou seja, estudam-se com frequência as relações entre pais e filhos a partir da estrutura do direito subjetivo, categoria típica dos direitos patrimoniais e, por isso mesmo, inapto a servir de paradigma para as situações jurídicas existenciais que medeiam o reconhecimento da filiação e a educação dos filhos como processo destinado à afirmação e ao desenvolvimento da personalidade.

2. O status de filho atrai duas espécies de situações jurídicas existenciais: as decorrentes da identidade genética e aquelas relativas ao exercício da autoridade parental. A dignidade da pessoa humana se projeta na identidade da origem genética e no processo educacional do filho, restando ao intérprete buscar em tais situações jurídicas a técnica de superação do confronto egoístico de posições de vantagens individuais.

No que tange à identidade genética, vista como forma de manifestação da dignidade, têm-se nas

ações de estado a expressão processual dessa proteção, devendo-se utilizar os três critérios de aferição do vínculo filial, o jurídico, o sócio-afetivo e o biológico, conjugados para a um só tempo salvaguardar o conhecimento da origem biológica e temperá-lo diante dos vínculos de afeto construídos na posse do estado de filho .

Com relação à guarda, a própria expressão semântica parece ambivalente, indicando um sentido de guarda como ato de vigilância, sentinela que mais se afeiçoa ao olho unilateral do dono de uma coisa guardada, noção inadequada a uma perspectiva bilateral de diálogo e de troca, na educação e formação da personalidade do filho .

Tradicionalmente, a guarda era tratada como um direito subjetivo a ser atribuído a um dos genitores, na separação, em contrapartida ao direito de visita deferido a quem não fosse outorgado esta posição de vantagem, que teria o dever de a ela submeter-se. Dessa forma acaba-se por desvirtuar o instituto da guarda, retirando-lhe a função primordial de salvaguardar o melhor interesse da criança ou do adolescente. Tal perspectiva, contudo, nitidamente inspirada na dogmática do direito subjetivo, própria das relações patrimoniais, torna-se ainda mais inadequada quando a legislação leva em conta a conduta (culpada ou inocente) dos cônjuges antes da separação como critério para a atribuição da guarda. O papel da culpa torna-se assim determinante, associando-se à exigibilidade do pretense direito subjetivo a ausência de mora, tal qual nas relações patrimoniais .

É bem verdade que a jurisprudência e a doutrina procuraram, brava e intuitivamente, diminuir o papel da culpa, investigar o melhor interesse do filho, embora não se tenha conseguido, satisfatoriamente, afastar por completo os resquícios do direito subjetivo, que acaba por reduzir o papel dos pais na educação dos filhos, uma vez extinta a sociedade conjugal, a um feixe de prerrogativas e poderes a serem ostentados, exigidos e confrontados, a cada controvérsia envolvendo o destino da prole - verdadeiro duelo entre proprietários ciosos de seus confins.

Daí porque se ter procurado, nos últimos anos, tornar ambos os pais co-responsáveis pela educação dos filhos, mesmo após a separação, para além de atribuições (poderes, faculdades, direitos e prerrogativas!) pré-definidas, valendo-se nessa esteira de noções usuais em países estrangeiros, como a guarda alternada e a guarda compartilhada. A construção merece aplauso, produzindo um tratamento mais ético do tema, de molde a romper o viés patrimonialista em que as responsabilidades dos pais estavam inseridas .

3. Em que pese a importância dessa tendência, há de se ter cautela, no entanto, na avaliação de seus resultados, seja pela insuficiência do Poder Judiciário a assegurar a efetividade do compartilhamento de responsabilidades com base na mera atribuição da guarda, seja pelo risco de se subestimar o instituto da autoridade parental que, no direito brasileiro, mostra-se muito mais abrangente, apto a vincular os genitores a uma série de deveres que não se extinguem com a separação. Ou seja, de um lado, o enfoque exclusivo da guarda muitas vezes revela-se infrutífero, já que depende de fatores comportamentais dificilmente suscetíveis de controle pelo Direito. De outro, a autoridade parental, mal enquadrada dogmaticamente na figura do direito subjetivo, acaba por receber atenção doutrinária exclusivamente no que concerne às relações patrimoniais - atinentes à administração de bens e à prática de negócios jurídicos -, ou em seu momento patológico - nos casos de extinção ou suspensão -; perde-se assim de vista sua função mais importante, de natureza existencial, a deflagrar a responsabilidade de ambos os genitores no processo educacional dos filhos, independentemente de quem os tenha em sua companhia .

Por outro lado, percebe-se que, no ordenamento brasileiro, a guarda não é fonte de novos deveres jurídicos, nem se mostra especialmente relevante senão no momento da atribuição do dever de reparar os danos causados pelos filhos menores, sendo certo que o art. 932, I, do Código Civil, na esteira do art. 1.521 do Código anterior, considera responsáveis pela reparação civil "os pais, pelos filhos menores que estiverem sob sua autoridade e companhia".

Não é por acaso que o instituto da guarda recebe referência legislativa incidental, no âmbito da disciplina da separação e do divórcio, sendo-lhe dedicado o Capítulo XI, do Subtítulo Do Casamento, em seguida ao Capítulo X consagrado à dissolução da sociedade e do vínculo conjugal. Os arts. 1.583 e ss., do referido Capítulo XI, em boa hora apartaram a disciplina da guarda dos critérios relacionados à culpa na separação. E não teve a pretensão de regular, sob a égide da guarda, as relações de filiação propriamente ditas, limitando-se a estabelecer parâmetros normativos mínimos para propiciar o acordo no que tange à visita periódica para o genitor que não tiver os filhos em sua companhia - aspecto diminuto dos cuidados inerentes ao

exercício comum da autoridade parental.

Em contrapartida, toda a disciplina das relações de filiação propriamente ditas estão associadas ao poder familiar, no mencionado Capítulo V do Subtítulo, dedicado às relações de parentesco. Cuida o Código Civil de consagrar uma seção específica ao exercício do poder familiar, nos arts. 1.634 e ss., estabelecendo-se, então, aqui sim, na esteira do Código anterior, as normas jurídicas disciplinadoras da convivência sob a autoridade parental.

Não se trata, pois, atente-se bem, de uma mera opção topográfica. Do ponto de vista jurídico, no sistema brasileiro, as regras de conduta relacionadas à autoridade parental, combinando-se a disciplina do Código Civil com as dos arts. 21 e ss. do Estatuto da Criança e do Adolescente, abrangem as relações patrimoniais e existenciais próprias da filiação, sendo as modalidades de guarda um problema menos jurídico e mais psicológico, atinente ao comportamento, à personalidade, ao caráter e ao temperamento de cada genitor após a separação conjugal. Corrobora o entendimento até aqui exposto o art. 1.632 do Código Civil, que em nada difere do art. 381 da antiga codificação:

Art. 1.632. A separação judicial, o divórcio e a dissolução da união estável não alteram as relações entre pais e filhos senão quanto ao direito, que aos primeiros cabe, de terem em sua companhia os segundos.

Surge então a necessidade imperiosa de se examinar, no que concerne às responsabilidades jurídicas dos pais na educação, o instituto da autoridade parental, designado como poder familiar pelos arts 1.630 e ss. do Código de 2002, que lhe dedica o Capítulo V do Subtítulo Relações de Parentesco, Do Poder Familiar, em substituição à noção de pátrio poder, prevista nos arts. 379 e ss do Código Civil de 1916 .

O estudo da disciplina da autoridade parental no Brasil revela, de pronto, duas peculiaridades essenciais. Em primeiro lugar, trata-se de situação jurídica subjetiva existencial, caracterizada pela atribuição aos pais do poder de interferência na esfera jurídica dos filhos menores, no interesse destes últimos e não dos titulares do chamado poder jurídico .

Diferencia-se, assim, o chamado poder parental da noção de direito subjetivo, em que a atribuição de poderes é assegurada para a proteção de interesse ou de posição de vantagem do próprio titular. O direito subjetivo de crédito, por exemplo, reflete interesse patrimonial dotado de exigibilidade específica, consistente em uma pretensão em face de deveres imputados ao centro de interesse do devedor - a todo direito subjetivo corresponde um dever jurídico a ele contraposto. Tal situação jurídica subjetiva não esgota os modelos oferecidos pelo ordenamento para a tutela de interesses.

Ao lado do direito subjetivo, uma espécie, portanto, de situação jurídica subjetiva, tem-se o direito potestativo, em que não há direito contraposto a dever, senão a possibilidade de interferência na esfera jurídica alheia para a tutela de interesse próprio, restando ao titular do centro de interesse atingido submeter-se passivamente àquela ingerência. Ao lado de tais situações jurídicas situam-se as chamadas situações de poder, configuradas pelo ordenamento em razão da vulnerabilidade de certas pessoas. Eis a hipótese do poder familiar, ou autoridade parental, em que é assegurado aos pais interferir na esfera jurídica dos filhos não no interesse dos pais, titulares do poder jurídico de educação, mas no interesse dos filhos, as pessoas em cuja esfera jurídica é dado ingerir.

Na concepção contemporânea, a autoridade parental não pode ser reduzida, portanto, nem a uma pretensão juridicamente exigível, em favor dos seus titulares, nem a um instrumento jurídico de sujeição (dos filhos à vontade dos pais). Há de se buscar o conceito da autoridade parental na bilateralidade do diálogo e do processo educacional, tendo como protagonistas os pais e os filhos, informados pela função emancipatória da educação. "A inafastável dialética entre auto-avaliação e heteroavaliação exige posições equilibradas, que não mortifiquem a autoridade parental dos genitores e não anulem a escolha significativa e de cultura representada pela participação do menor no processo educativo" .

A confusão conceitual, gerada pela utilização acrítica da categoria do direito subjetivo, gera conseqüências graves. É que a estrutura do direito subjetivo (que contrapõe posição de vantagens opostas) responde à função de tutela de pretensões do seu titular, oferecendo o ordenamento mecanismos processuais coercitivos, em modo a tornar eficaz a exigibilidade do interesse tutelado em face do sujeito passivo, vinculado ao cumprimento do dever a ele correspondente.

No caso da autoridade parental, a utilização dogmática de uma estrutura caracterizada pelo binômio direito-dever, típica de situações patrimoniais, apresenta-se incompatível com a função

promocional do poder conferido aos pais. A interferência na esfera jurídica dos filhos só encontra justificativa funcional na formação e no desenvolvimento da personalidade dos próprios filhos, não caracterizando posição de vantagem juridicamente tutelada em favor dos pais. A função delineada pela ordem jurídica para a autoridade parental, que justifica o espectro de poderes conferidos aos pais - muitas vezes em detrimento da isonomia na relação com os filhos, e em sacrifício da privacidade e das liberdades individuais dos filhos - só merece tutela se exercida como um *múnus* privado, um complexo de direitos e deveres visando ao melhor interesse dos filhos, sua emancipação como pessoa, na perspectiva de sua futura independência.

Daqui resulta a crítica justamente oposta por parte da doutrina mais atenta à utilização da expressão poder inserida na dicção do Código Civil, tanto na noção de pátrio poder como na de poder familiar, adotando-se, ao revés a perspectiva da autoridade parental como "um *múnus*, significado que transcende o interesse pessoal", numa visão dinâmica e dialética de seu exercício, de modo que "os filhos não são (nem poderiam ser) objeto da autoridade parental", alvitando-se ao contrário "uma dupla realização de interesses do filho e dos pais".

4. Em segundo lugar, ao contrário de ordenamentos da família romano-germânica, em que, com a separação judicial ou o divórcio, o exercício da autoridade parental é atribuído pelo juiz ao titular da guarda, no sistema brasileiro a dissolução da sociedade conjugal em nada altera as responsabilidades dos pais pelo exercício do chamado poder familiar. Tome-se como exemplo o artigo 287 do Código Civil francês:

Art. 287. L'autorité parentale est exercée en commun par les deux parents. Le juge désigne, à défaut d'accord amiable ou si cet accord lui apparaît contraire à l'intérêt de l'enfant, le parent chez lequel les enfants ont leur résidence habituelle.

Si l'intérêt le commande, le juge peut confier l'exercice de l'autorité parentale à l'un des deux parents.

Les parents peuvent, de leur propre initiative ou à la demande du juge, présenter leurs observations sur les modalités de l'exercice de l'autorité parentale.

A disciplina é complementada pelo art. 372 do Code:

Art. 317. L'autorité parentale est exercée en commun par les deux parents s'ils sont mariés.

Verifica-se do excerto que o juiz, no processo de separação, pode confiar o exercício da autoridade parental a um dos genitores, associando-se, portanto, a tal definição o deferimento da guarda. Ao comentar os dispositivos, a doutrina põe em evidência a regra geral do exercício comum da autoridade parental que, entretanto, por suas dificuldades práticas, acaba por deixar de ser assegurado:

"À l'évidence lorsque le couple parental est uni l'autorité parentale s'exerce conjointement, puisque parents et enfants vivent ensemble. Mais le principe subsiste malgré la dissociation du couple parental, des modalités particulières sont alors mises en place. Ce n'est que dans le cas où l'exercice conjoint n'est pas possible que la loi organise un exercice séparé.

Ce principe repose sur une dissociation entre conjugalité et parentalité ; il s'agit de partir de l'idée que, si le lien conjugal peut se disloquer, le lien parental est éternel. Il y a là une large part d'utopie dans la mesure où, en cas de dissociation du couple parental, le lien parent enfant sera lui aussi distendu, par le seul jeu des réalités quotidiennes. Bien sûr, il est des situations favorisées dans lesquelles la dissociation du couple parental n'a que peu d'influence sur les relations des parents entre eux à l'égard de l'enfant et des parents avec les enfants. Mais l'éloignement géographique et affectif conduit à considérer que, malgré la pertinence du principe, le maintien de l'exercice conjoint de l'autorité parentale après la dissociation du couple est très largement utopique".

Não é outra a solução do Código Civil italiano, cujo art. 317 confere ao juiz o poder de atribuir o exercício da autoridade parental ao genitor que convive com o filho, segundo o estabelecido no art. 155 do mesmo Diploma:

Art. 155. Provvedimenti riguardo ai figli - Il giudice che pronunzia la separazione dichiara a quale dei coniugi i figli sono affidati e adotta ogni altro provvedimento relativo alla prole, con esclusivo riferimento all'interesse morale e materiale di essa.

(.)

Il coniuge cui sono affidati i figli, salva diversa disposizione del giudice, ha l'esercizio esclusivo della potestà su di essi [320]; egli deve attenersi alle condizioni determinate dal giudice. Salvo che sia diversamente stabilito, le decisioni di maggiore interesse per i figli sono adottate da entrambi i coniugi. Il coniuge cui i figli non siano affidati ha il diritto e il dovere di vigilare sulla loro istruzione ed educazione e può ricorrere al giudice quando ritenga che siano state assunte decisioni pregiudizievoli al loro interesse.

Ao cônjuge a quem é confiada a guarda dos filhos, após a separação, é atribuído o exercício da autoridade parental, sem prejuízo de mecanismos de controle sobre a educação e instrução dos filhos por parte do outro, destituído do respectivo exercício:

"Anche nel caso di separazione, non si ha cessazione della titolarità: reintroducendo la antecedente generale distinzione tra titolarità ed esercizio, in questa ipotesi è soltanto l'esercizio che viene attribuito in modo esclusivo al genitore affidatario (art. 155, 3° co, c.c.)".

Os comentaristas italianos sublinham o fato de que, antes da reforma do Direito de Família, de 1970, a separação não afetava o exercício da patria potestà, mecanismo substituído pela solução atual, que concentra o exercício da autoridade parental a quem é deferida a guarda dos filhos, reservando ao outro cônjuge a interferência "nas decisões de maior interesse para o filho", conforme estatuído no terceiro parágrafo do art. 155 do Código Civil italiano, podendo o juiz, de todo modo, regular o exercício da autoridade parental de maneira diversa.

Critica-se o legislador italiano pela pouca clareza do dispositivo em análise, que, como se vê, não oferece solução única para o exercício da autoridade parental. Combinando-se, todavia, os preceitos mencionados - especialmente os diversos parágrafos do art. 155 do C.C.i.) pode-se afirmar, com o apoio de conceituada doutrina, que, embora a autoridade parental não cesse com a separação, seu "exercício diz respeito exclusivamente ao cônjuge que tem a guarda (l'esercizio spetta in via esclusiva al coniuge affidatario), segundo as condições estabelecidas pelo juiz. O cônjuge que não tem a guarda conserva o direito-dever de vigiar o exercício da autoridade parental e de se opor às escolhas que considera prejudiciais, recorrendo ao juiz. As decisões de maior interesse para o filho devem ser adotadas por ambos os cônjuges (.)", corroborando o entendimento de que, "na presença de filhos menores, a separação não infirma o dever dos cônjuges de colaborar no interesse da família".

A rápida passada de olhos na disciplina da França e da Itália é suficiente a demonstrar a diferença fundamental do sistema brasileiro, em que, com a separação, a autoridade parental, em sua integridade, permanece sob a titularidade de ambos os genitores, independentemente de quem venha a receber a guarda dos filhos. Justifica-se, a partir daí, em grande parte, o debate travado naqueles países em torno da guarda compartilhada e da guarda alternada, como mecanismos de co-responsabilização do genitor, que não tem o exercício da autoridade parental, pela educação e desenvolvimento do filho.

Note-se que, mesmo nesses dois países estrangeiros, a atribuição de modalidades de guarda a cargo dos dois genitores é alvo de mal humoradas críticas da doutrina. A propósito, chega a afirmar Alberto Trabucchi: "O legislador, seguido a moda de imitar modelos estrangeiros, admite também a guarda conjunta ou alternada (a joint custody da experiência norte-americana): já, de resto, um nosso juiz decidiu consignar a casa onde habitava a família diretamente ao filho, com o direito-dever de ambos os genitores de alternarem as suas atenções na residência daqueles ... órfãos não desprovidos de pai e mãe!)" .

Também a doutrina mais recente, aliás, mostra-se cautelosa quanto ao compartilhamento da guarda, notadamente no que concerne à alternada, que apresentaria "intuitivas dificuldades práticas de gestão, com risco de criar insegurança particularmente grave na fase evolutiva da personalidade do menor" . Ressalta-se, porém, em apoio à guarda compartilhada, "o fato de evitar a desresponsabilização - deresponsabilizzazione - do genitor que não permanece com a guarda, além de assegurar a continuidade da relação de cuidado da parte de ambos os pais", posto se reconheça as sua frágil viabilidade, por depender da rara "ausência de conflitualidade e de um alto nível de civilidade nas relações recíprocas" .

5. O cotejo com a experiência alienígena mostra, em primeiro lugar, a perspectiva comum de funcionalização da guarda e da autoridade parental aos interesses existenciais do filho menor, ressaltando-se a singularidade das situações subjetivas aí abrangidas, eis que não tutelam posições de vantagens, mas o desenvolvimento da personalidade da criança e do adolescente. A peculiaridade do ordenamento brasileiro, no entanto, situa-se na disciplina da autoridade parental, que permanece inalterada, como se viu, após a separação, o divórcio e a dissolução da união estável, carreando um conjunto de deveres imputados aos pais independentemente da atribuição da guarda, esta limitadíssima no que tange a conseqüências jurídicas, na experiência brasileira.

O exame da autoridade parental, nesta perspectiva, oferece resultados animadores para o intérprete. O art. 1634 do Código Civil enumera uma série de atribuições, decorrentes da responsabilidade para com a educação e desenvolvimento da personalidade, que se mantêm

inalteradas após a separação, divórcio ou dissolução da união estável, nos termos do art. 1.632, à exceção do inciso II, que se refere ao dever de guarda e companhia.

Associando-se tais dispositivos ao Estatuto da Criança e do Adolescente, verifica-se que tais garantias vinculam prioritariamente os pais na vida familiar, sendo certo que o art. 129 prevê inúmeras medidas a serem postas em ação pelo Judiciário, com a participação ativa do Ministério Público, para a efetividade de uma formação consentânea com a doutrina da proteção integral.

O legislador especial preocupou-se com a função promocional do direito, prevendo, ao lado das sanções repressivas a serem aplicadas em casos extremos, medidas de educação e estímulo aos pais, visando à assunção de suas responsabilidades, próprias da autoridade parental. Assim é que o Ministério Público e a Magistratura, além de sua atuação junto aos menores, têm efetivamente promovido junto aos pais reuniões, seminários, cursos, colóquios com o apoio de psicólogos, no intuito de dar efetividade social à autoridade parental, como múnus privado de realização da personalidade dos filhos.

Tais considerações não pretendem desestimular os esforços da doutrina e da jurisprudência para o estabelecimento de uma co-responsabilidade, sempre que possível, da guarda. O estudo da guarda compartilhada faz-se relevante e deve ser intensificado, na medida em que contribui para a recuperação de uma apreciação ética das relações de filiação, de modo absolutamente necessário e complementar ao exercício conjunto da autoridade parental. A utilização teórica de ambas as categorias, como instrumentos integrados de atuação dos princípios constitucionais, destinadas à tutela das situações existenciais na formação e no desenvolvimento da personalidade do filho mostra-se provavelmente como o desafio hermenêutico mais árduo para a concreção da dignidade humana em matéria de filiação.