

COMO DEVE SER ENTENDIDA A EXPRESSÃO “POSSE DE FATO” CONSTANTE DO §1º, DO ARTIGO 33, DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE.

Luciana Moura de Castro Sampaio¹

Prof.^a Tatiana Larissa Mendes²

RESUMO: O presente artigo científico discute se a ideia sobre a posse física, ou contato físico do pretense guardião sobre menor é requisito necessário ao deferimento da guarda, ou, aprimorando o problema, se a permanência do menor na companhia dos pais impediria a sujeição ao guardaamento do pretense guardião.

Palavras-chave: Guarda. Posse física. Posse de fato. Deferimento da guarda.

ABSTRACT: The present scientific article discusses whether the idea of physical possession or physical contact of the presumed guardian over a minor is a necessary prerequisite for the deferral of custody or, if the minor's stay in the parent company would prevent the custody of the custodian pretended guardian.

Keywords: Custody. Physical possession. Factual possession. Deferment of custody.

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. 1 O DILEMA DIANTE DO TEXTO NORMATIVO. 2 A IMPRECISÃO DO TEXTO ACERCA DA INSTITUIÇÃO DA GUARDA. 3 CONSIDERAÇÕES SOBRE GUARDA E SUAS MODALIDADES. 3.1 Guarda unilateral. 3.2 Guarda compartilhada. 3.3 Guarda alternada. 4 HIPÓTESES DE CABIMENTO DO §1º do artigo 33 do ECA. 5 CONSIDERAÇÕES SOBRE A POSSE. 5.1 Distinção entre posse de fato e posse física. 5.2 Posse de fato sem posse física. 5.3 A expressão **posse de fato no ECA. 5.4 Como deve ser compreendida a expressão **posse de fato**. CONCLUSÕES. REFERÊNCIAS.**

INTRODUÇÃO

Muitos operadores do direito têm esclarecimento de que nem sempre são as tergiversações do Direito que os perturbam. Parte das vezes é a vastidão do ordenamento positivo, em sua forma mais prolixa e desmesurada, com textos normativos superpostos e herméticos, somando-se às sucessivas e desventuradas intervenções normatizadoras do poder executivo e seus intrincados e infelizes planos econômicos que tiram tranquilidade do profissional.

Nestes casos, respeitados os limites individuais e pessoais, uma solução é partir para uma cautelosa pesquisa em busca dos pontos perdidos da trama, até que, preenchidas as lacunas da cognição, consigamos levar o processo a seu “grande final”: a decisão.

Para contribuir com tal estudo, foi utilizada uma situação hipotética a respeito da qual foram feitos questionamentos sobre como deve ser entendida a posse de fato constante no artigo 33, §1º, do Estatuto da Criança e do Adolescente. Na hipótese levantada, foi abordado um pedido de guarda formulado por um avô em face de uma de suas netas, que não vivia em sua companhia, mas permanecia na casa dos pais, que concordavam com o pedido.

Com efeito, no caso hipotético estudado, testemunhas confirmaram que a menina não estava na posse física do avô, mas ele era quem respondia pelas despesas da menor.

Instado a se manifestar, o INSS alegou que o pedido de guarda objetivava apenas os efeitos previdenciários inscritos no §3º do art. 33 do Estatuto da Criança e do Adolescente, e pretendia ver este pedido indeferido.

O Ministério Público também pugnou pelo indeferimento, alegando, em suma, que o fato de a menor permanecer na companhia dos pais impedia o reconhecimento de qualquer das situações prescritas no Estatuto da Criança e Adolescente, art. 33, §§, juntando jurisprudência neste sentido.

No âmbito da discussão foi questionado se a posse física seria requisito necessário ao deferimento da guarda ou, refinando o problema, se a permanência da menor na companhia dos pais era fato que impediria sua sujeição ao guardaamento do avô.

A metodologia utilizada para elaboração deste artigo foi a pesquisa bibliográfica, o que permitiu o contato com autores, obras, doutrinas e jurisprudências acerca da concessão da guarda sem que a posse física do guardado seja requisito para seu deferimento, prezando primordialmente pelo atendimento ao texto normativo que dirime exclusivamente a obrigação de prestação de assistência material, moral e educacional, omitindo-se quanto a necessidade ou exigência da posse física do menor, inclusive estimulando este acolhimento sob a forma de guarda, através de incentivos fiscais e subsídios.

1 O DILEMA DIANTE DO TEXTO NORMATIVO

Guarda não implica em perda ou suspensão do poder familiar e, portanto, em tese, os dois institutos podem incidir harmoniosa e concomitantemente sobre um mesmo e único bem. O problema é saber se a permanência da menor na casa dos pais era fato, por si só, impeditivo de que ao avô fosse deferida a sua guarda.

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, inciso I, concedeu tratamento isonômico a mulheres e homens, assegurando-lhes, assim, iguais direitos e deveres, incluindo aqueles referentes à sociedade conjugal, estes previstos no artigo 226, §5º da Carta Magna, que reza: “Art. 226. A família, base da sociedade tem especial proteção do

Estado. (...) §5º Os direitos e deveres referentes a sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher”.

Contudo, pode-se afirmar que esta isonomia de gêneros preconizada pela Constituição Federal de 1988 teve sua eficácia evidenciada efetivamente quando da entrada em vigor do Código Civil de 2002 (GUIMARÃES; VIEIRA, 2009, p.87).

A efetividade da isonomia influenciou o relacionamento de genitores e prole, e o “pátrio poder” ora presente no Código Civil de 1916, que conferia exclusivamente ao marido a liderança da sociedade conjugal, foi substituído com o advento do novo Código Civil de 2002 pelo agora chamado “poder familiar”.

Estas modificações, tanto da Constituição Federal de 1988, quanto pelo Código Civil de 2002, fomentaram a criação do “poder familiar”, que tem como finalidade a divisão igualitária de obrigações, deveres e direitos entre os genitores sob os quais a prole deve sujeitar-se até que advenha alguma das hipóteses renunciadas no artigo 1635 do Código Civil, segundo as quais extinguir-se-á o poder familiar pela morte dos pais ou filhos, emancipação, maioridade, adoção e decisão judicial.

Nos termos de Maria Berenice Dias, “o poder familiar é irrenunciável, intransferível, inalienável, imprescritível e decorre tanto da paternidade natural como da filiação legal e da socioafetiva” (DIAS, 2011, pg. 425).

Diante do exposto, podemos concluir que “poder familiar” é exercido de maneira equânime pelos genitores, advindo não somente da paternidade natural como da filiação legal, e não é condição *sine qua non* que haja casamento ou união estável para que seja estabelecido, dado que a unidade da família não se confunde coma convivência do casal; é um elo que se perpetua independentemente da relação dos genitores.

É o que está expresso no artigo 1.636 do Código Civil, segundo o qual, o pai ou a mãe que contrair novas núpcias ou estabelecer união estável, não perderá, quanto aos filhos provenientes de relacionamento anterior, os direitos e deveres do poder familiar: “Art. 1.636. O pai ou a mãe que contrai novas núpcias, ou estabelece união estável, não perde, quanto aos filhos do relacionamento anterior, os direitos ao poder familiar, exercendo-os sem qualquer interferência do novo cônjuge ou companheiro.”

O artigo 1.579 do mesmo diploma legal resguarda as prerrogativas do poder familiar quando acontece dissolução da sociedade conjugal ou da união estável contraída pelos genitores, sem modificação de direitos e deveres dos pais perante os filhos, devendo ser exercido conjuntamente entre eles. Da mesma forma podemos entender o exercício do poder familiar, de acordo com o texto legal: “Art. 1579. O divórcio não modificará os direitos e deveres dos pais em relação aos filhos. Parágrafo único. Novo casamento de qualquer dos pais, ou de ambos, não poderá importar restrições aos direitos e deveres previstos neste artigo”.

O poder familiar deverá ser sempre compartilhado pelos pais, com o escopo de resguardar os filhos havidos fora do casamento ou na constância da união estável, dado que este exercício não é intrínseco a convivência dos cônjuges ou companheiros.

Ainda podemos mencionar o entendimento de Lúcia Cristina Guimarães Deccache. Para ela, “a limitação do convívio dos filhos com um dos pais, pelo mero desenlace conjugal, não deve encontrar respaldo no ordenamento jurídico, tendo em vista que após a separação prosseguem ambos titulares do poder familiar” (DECCACHE, 2009, pg. 212).

O poder familiar não deve ser confundido com a guarda já que nem sempre quem detém o poder familiar possui a guarda da criança.

Depois de todo este apanhado sobre o poder familiar, cabe aqui, por ser tema central da presente discussão, a análise do instituto da guarda.

O artigo 33, *caput*, do Estatuto da Criança e do Adolescente, dispõe, textualmente, que a guarda implica na prestação de assistência material, moral, educacional, o que confere ao seu detentor o direito de opor-se a terceiros: “Art. 33. A guarda obriga a prestação de assistência material, moral e educacional a criança ou adolescente, conferindo a seu detentor o direito de opor-se a terceiros, inclusive os pais”.

Podemos inferir da leitura pormenorizada deste artigo que guarda implica nos cuidados cotidianos com os filhos. No entanto, extraímos também que os pais ficam desfalcados da prerrogativa de dirigir a criação e educação de seus filhos colocados sob guarda, podendo, entretanto, recorrer à autoridade judiciária quando entenderem necessário à defesa dos interesses de seus filhos. Cabe ressaltar que a guarda pode ser

revogada a qualquer tempo, nos termos dos artigos 35 e 169, parágrafo único, deste Estatuto.

Igualmente em seu §1º, o referido artigo 33 conceitua a guarda como sendo o meio de regularizar a *posse de fato* do menor, ou seja, quem detém a guarda tem, conseqüentemente, a posse da prole.

Cumprе esclarecer que a discussão envolve uma certa perplexidade diante da expressão “posse de fato”, encontrada no Estatuto da Criança e do Adolescente, em seu artigo 33, §1º. Como veremos, a guarda tem como hipótese de cabimento sobretudo duas situações em especial: a) para regularizar a posse de fato, o §1º do artigo 33; b) como medida liminar ou incidental nos procedimentos de tutela e adoção, o §2º do artigo 33.

Normalmente, os pedidos de guarda fundamentam-se na primeira parte do §1º - “regularização da posse de fato”. Desta forma, é sobremaneira importante saber a qual situação concreta a lei se refere quando utiliza a expressão **posse de fato**, considerando que, a despeito de sua importância, a Lei n.º 8069/1990 não enunciou como deveria ser entendida ou quando estaria caracterizada.

A redação original da lei 8213/91 tratava sobre os Planos de Benefícios do Regime Geral da Previdência Social (RGPS). Em seu artigo 16 estava o rol das pessoas consideradas dependentes dos segurados. Dizia que o menor sob guarda era considerado dependente previdenciário do guardião. O §2º do artigo 16 previu que o menor que estivesse sob guarda judicial deveria ser equiparado a filho e, portanto, considerado como dependente do segurado. A lei 9.528/97 alterou a redação deste artigo excluindo o menor sob guarda do rol de dependentes.

A preocupação do legislador em particularizar a regularização da situação de crianças e adolescentes sob a guarda de ato de terceiros, seja pela previsão da oferta de subsídios e outras vantagens, conforme o artigo 34, do Estatuto da Criança e do Adolescente, segundo o qual o Poder Público estimulará, por meio de assistência jurídica, incentivos fiscais e subsídios, o acolhimento, sob forma de guarda, de criança ou adolescente afastado do convívio familiar; ou seja, ao obtemperar que apenas a guarda deferida pela autoridade judiciária é reconhecida com a finalidade de dispensa do prévio

cadastro da pessoa ou casal interessado em adoção, nos termos do artigo 50, §3º, inciso III, do ECA.

2 A IMPRECISÃO DO TEXTO NORMATIVO FRENTE A INSTITUIÇÃO DA GUARDA

Faz-se necessário observar, com certa atenção, que a imprecisão do texto normativo, quando cunhou a expressão **posse de fato**, contaminou todo o instituto da guarda. Ao dizer que a guarda deve ser utilizada para regularizar a posse de fato, o texto normativo criou uma miragem.

Para resolver a incerteza, parece que a adoção do caminho mais curto foi equiparar as expressões *posse de fato* e *posse física*. Mas mesmo que, ordinariamente, a posse de fato abranja também a posse física, a lei não estabelece expressamente esta paridade.

Por este motivo, antes de outras ponderações, deve-se arrostar e elucidar se existe verdadeira sinonímia entre as expressões “posse de fato” (ECA art. 33 §1º) e “posse física”, no sentido de contato físico, já que boa parte do problema estará resolvido ao final desta depuração.

Podemos, nas palavras de ilustres doutrinadores, definir guarda como “poder-dever, submetido a um regime jurídico-legal, de modo a facultar a quem de direito, prerrogativas para o exercício da proteção e amparo daquele que a lei considerar, nessa condição” (STRENGER, 1991, pg. 22); como “um complexo de direitos e deveres a serem exercidos com o objetivo de proteger e prover as necessidades de desenvolvimento de outra que dele necessite, colocada sua responsabilidade em virtude de lei ou decisão judicial” (CARBONERA, 2000, pgs. 47-48).

Para a doutrina e legislação, a guarda tem o escopo de diminuir o exercício do poder familiar do genitor que não a detiver, porém nunca a cessar, visto que é instituto abrangente que não se resume ao mero convívio com o menor, englobando todos os direitos parentais podendo o genitor, que não seja guardião recorrer ao judiciário quando entender que o exercício do poder familiar não está sendo conveniente ao melhor interesse do guardado.

3 BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE A GUARDA E SUAS MODALIDADES

No direito romano, o *paterfamilias* era o sacerdote, dirigente e magistrado dos núcleos familiares, exercendo variados poderes sobre as pessoas vinculadas à sua família: “a) *patria potestas*, sobre todos os filhos; b) *manus* ou *potestas maritalis*, sobre a esposa; c) *dominica potestas*, sobre os escravos; d) *mancipium*, sobre os homens livres que viviam, provisoriamente, em condição de servidão” (SIDOU, 2014, pg. 105). O antigo pátrio poder, hoje poder familiar, origina-se diretamente desse instituto romano, do qual a guarda é uma de suas manifestações.

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

A guarda obriga, nos termos do Estatuto da Criança e Adolescente, a prestação de assistência material, moral e educacional da criança ou adolescente, conferindo ao seu detentor o direito de opor-se a terceiros, inclusive aos pais.

A existência de um valor que provoca nas pessoas a percepção da vontade de pôr a salvo de estranhos o que tem sob a sua guarda, com a intenção de não correr risco de perda. Diante disso, Silvana Carbonera considera que o ato de guardar indica que quem ou o que se guarda está dotado de, pelo menos, duas características básicas: preciosidade e fragilidade. Quando há o rompimento do convívio dos pais, ou nas hipóteses em que este convívio nunca existiu, os genitores deixam de exercer, em conjunto, as funções parentais, devendo ser estabelecida então uma modalidade de guarda que objetive a efetividade da busca dos melhores interesses do menor.

A concessão da guarda, excetuando-se os casos de tutela e adoção, com o intuito de satisfazer a situações peculiares, como nos casos de guarda requerida por parentes próximos, com a anuência dos pais; ou da guarda especial, quando quimérico fundamento legal para a suspensão ou destituição do poder familiar e pretendendo suprir a falta eventual dos pais ou responsáveis, ou falecidos ou com o paradeiro ignorado.

Para que possamos analisar as espécies de guarda adotadas em nossa legislação, devemos esclarecer que, qualquer que seja a modalidade adotada e independentemente do meio eleito pelos genitores, é peremptoriamente vedada a instituição da guarda por mero acordo de vontades não levado ao conhecimento do Poder Judiciário, configurando-se assim negócio jurídico contaminado por vício grave. Destarte, qualquer matéria que envolva a guarda e cuidados de menores deve ser levada ao juízo, independentemente de acordo entre os genitores.

A doutrina estabelece algumas espécies do gênero guarda, incluindo a unilateral, a compartilhada e a alternada, que ora serão analisadas.

3.1 Guarda unilateral

O Código Civil de 2002 prevê em seu artigo 1.583 a possibilidade de adoção da guarda unilateral como modalidade secundária, sendo a regra a adoção da guarda compartilhada:

Art. 1583. A guarda será unilateral ou compartilhada. (Redação dada pela Lei nº 11.698, de 2008).

§1º Compreende-se por guarda unilateral a atribuída a um só dos genitores ou a alguém que o substitua (art. 1584, §5º) 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. (Incluído pela Lei nº 11,698, de 2008).

§2º A guarda unilateral será atribuída ao genitor que revele melhores condições para exercê-la e, objetivamente, mais aptidão para propiciar aos filhos os seguintes fatores: (Incluído pela Lei nº 11.698, de 2008)

I - Afeto nas relações com o genitor e com o grupo familiar; (Incluído pela Lei nº 11.698, de 2008)

II - Saúde e segurança; (Incluído pela Lei nº 11.698, de 2008)

III - Educação. (Incluído pela Lei nº 11.698, de 2008).

§3º A guarda unilateral obriga o pai ou a mãe que não a detenha supervisionar os interesses dos filhos. (Incluído pela Lei nº 11.698, de 2008).

Da leitura deste artigo, podemos inferir que, a situação de não deter a guarda do menor não alija o outro genitor do exercício do poder familiar.

“DIREITO DE FAMÍLIA. GUARDA UNILATERAL DOS DOIS FILHOS MENORES CONCEDIDA AO PAI. PRETENDIDA A REVERSÃO DA GUARDA PELA GENITORA. CERCEAMENTO DE DEFESA.

INOCORRÊNCIA. AUSÊNCIA DE FATOS DESABONADORES À CONDUTA PATERNA. ESTUDO SOCIAL NO SENTIDO DE QUE OS MENORES DEVEM FICAR JUNTOS. MANUTENÇÃO DOS LAÇOS FRATERNOS. PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA. PAI QUE REÚNE MELHORES CONDIÇÕES DE, NO MOMENTO, CUIDAR DOS FILHOS. *DECISUM* MANTIDO. RECLAMO DESPROVIDO. 1 Incorre cerceamento de defesa, em razão da antecipação do julgamento da causa, quando os elementos de prova contidos nos autos se mostram suficientes à formação do convencimento do julgador. 2 Evidenciando a prova testemunhal e os pareceres técnicos trazidos ao processo que, no momento, é o pai quem reúne melhores condições de proporcionar aos filhos um crescimento sadio, com educação, segurança e um espaço próprio de moradia, impõe-se mantida incólume a decisão que concedeu a ele a guarda dos filhos, em observância ao melhor interesse dos menores” (Apelação nº 2013.032010-8, 2ª Câmara de Direito Civil do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, Des. Rel. Trindade dos Santos. Em 21/08/2013).

3.2 Guarda Compartilhada

Esta modalidade de guarda foi inserida no ordenamento jurídico nacional através da Lei 11.698 de 2008, que tornou regra a sua aplicação nos termos do artigo 1.584 do Código Civil de 2002.

A guarda compartilhada teve seu nascedouro através do Projeto de Lei nº 6.350, de 2002, de autoria do Deputado Tilden Santiago. Em sua justificativa de elaboração, o deputado afirmava que a adoção do sistema de guarda compartilhada se encontrava na própria realidade social e judiciária, pois já vinha sendo utilizada pelos Tribunais, em que pese não haver sido positivada, na medida em que deveria ser assegurado o melhor interesse da criança e a igualdade de direitos entre pais e mães na responsabilização por seus filhos.

A doutrina define guarda compartilhada, nas palavras de Waldyr Grisard Filho, como:

“(…) um plano de guarda onde ambos os genitores dividem a responsabilidade legal pela tomada de decisões importantes relativas aos filhos menores. Por outro lado, é um tipo de guarda no qual os filhos do divórcio recebem dos tribunais o direito de terem ambos os pais, dividindo, de forma mais equitativa possível, as responsabilidades de criar e cuidar dos filhos. Guarda jurídica compartilhada define os dois genitores, do ponto de vista legal como iguais detentores da autoridade parental para tomar decisões que afetem os filhos” (GRISARD, 2000, pg. 79).

O legislador pátrio passou a privilegiar a modalidade compartilhada em detrimento da unilateral, com o escopo de assegurar o melhor interesse do menor, mantendo ambos os genitores em sua vida.

A guarda compartilhada mantém a responsabilidade e participação para ambos os genitores, zelando pelo seu cuidado e desenvolvimento. Como nos leciona o jurista Sílvio Neves Baptista: “os fundamentos da guarda compartilhada são de ordem constitucional e psicológica visando basicamente garantir o interesse do menor” (BAPTISTA, 2011, pg. 35).

“APELAÇÕES CÍVEIS - AÇÃO DE MODIFICAÇÃO DE GUARDA DE MENOR - PRETENSÃO REQUERIDA PELO PAI - ESTUDO PSICOSSOCIAL A FAVOR DA GUARDA COMPARTILHADA - PEDIDO DE DELIMITAÇÃO DO COMPARTILHAMENTO - POSSIBILIDADE - DETERMINAÇÃO DE OFÍCIO DE SUBMISSÃO DA GENITORA A ACOMPANHAMENTO PSICOLÓGICO NOS TERMOS DO ART. 129, III, DO ECA - INTEMPESTIVIDADE DO RECURSO SUSCITADA EM SEDE DE CONTRARRAZÕES PELO AUTOR - INOCORRÊNCIA - APELOS CONHECIDOS E PARCIALMENTE PROVIDOS. - É dever dos pais a guarda de seus filhos, conferindo-lhes assistência afetiva, moral e material, proporcionando-lhe educação e desenvolvimento saudável e, quando dissolvida a união mantida pelos pais, há de se considerar o interesse da prole para a definição do exercício desse elevado mister familiar. - Observando-se que tanto as provas dos autos quanto o laudo psicológico realizado indicam que ambos os genitores possuem condições igualitárias para exercer a guarda da infante, recomendável é a aplicação da guarda compartilhada. - Evidenciadas as dificuldades de relacionamento entre os pais, mormente em razão do comportamento da genitora, é cabível a determinação de ofício, que a genitora se submeta a um acompanhamento psicológico, nos termos do art. 129, III, do ECA” (Apelação 2011214256, 2ª Câmara Cível do Sergipe, Des. Rel. Osório de Araújo Ramos Filho. Em 12.06.12).

3.3 Guarda alternada

Esta modalidade de guarda não foi positivada no ordenamento civil brasileiro, nos termos do artigo 1.583 do código Civil de 2002, pois não há outra espécie de guarda de criança ou adolescente que não a guarda unilateral e a guarda compartilhada.

Segundo o ilustre doutrinador Waldyr Grisard Filho:

“(...) a guarda alternada caracteriza-se pela possibilidade de cada um dos pais ter a guarda dos filhos alternadamente, seguindo um ritmo de tempo que pode escolher ser um ano, um mês, uma semana, uma parte de uma semana, ou uma repartição organizada dia a dia e, conseqüentemente, durante esse período de tempo de deter, de forma exclusiva, a totalidade dos poderes-

deveres que integram o poder parental. No termo do período os papéis invertem-se” (GRISARD, 2000, pg. 106).

A modalidade alternada de guarda propõe que o tempo da criança seja dividido de maneira equilibrada entre seus genitores, alternando-se entre residência paterna e materna em espaços de tempo pré-definidos e com a possibilidade de eleição pelos genitores de acordo com sua vontade.

A adoção de qualquer uma das espécies de guarda tratadas neste artigo devem sempre levar em consideração a vontade, interesses, e a melhor aplicação dos direitos dos menores envolvidos, que devem a todo tempo ser resguardados por ambos os genitores, visto que o poder familiar não cessa quando a guarda ou posse dos filhos não se encontra com determinado genitor.

4 HIPÓTESES DE CABIMENTO NO §1º DO ART. 33 DO ECA

O *caput* do artigo 33 não dá os contornos necessários a real compreensão da serventia e aplicabilidade do instituto da guarda. Ele se preocupa em apresentar os deveres e enunciar alguns direitos do guardião. Arrola como deveres do guardião a prestação de assistência material, moral e educacional ao menor; e diz que o guardião tem direito a opor-se aos pais do menor e a terceiros.

Mas, atente-se, no *caput* do art. 33 não está dito o que efetivamente é a guarda. Não está dito, por exemplo, a sua destinação, nem quais os requisitos para o seu deferimento. É somente no §1º que se esboça uma aplicação, um sentido prático no instituto, esclarecendo-se que “a guarda destina-se a regularizar a posse de fato, podendo ser deferida, liminar ou incidentalmente, nos procedimentos de tutela e adoção, exceto no de adoção por estrangeiros”.

Sabe-se, então, após a leitura do §1º, que a guarda se destina a “regularizar a posse de fato”. Mas, surge outra indagação: regularizar a posse de fato é uma aplicação *per se*

stante do instituto ou esta regularização somente se dará atrelada aos casos de tutela ou adoção?

A melhor interpretação é a que entende existirem duas hipóteses de cabimento da guarda no §1º do art. 33: a) regularizar a posse de fato; b) como medida liminar ou incidental nos procedimentos de tutela e adoção. Esta parece ser a interpretação correta, porquanto: 1) não sendo assim, todas as outras situações em que estivesse cabalmente caracterizada a posse de fato, mas não fosse o caso de menores em procedimento de tutela e adoção, ficariam descobertas; 2) porque a primeira parte do texto normativo enuncia uma ideia acabada, explicitando a destinação do instituto da guarda, e a segunda parte é apenas exemplificativa de uma situação onde esta posse de fato poderá ocorrer.

Note-se: tanto é meramente exemplificativa a possibilidade de deferimento da guarda como medida liminar ou incidental nos casos de tutela e adoção, que este deferimento não é obrigatório, sendo mesmo vedado nos casos de adoção por estrangeiros, na última parte do §1º. Aliás, lá está dito que, como medida liminar ou incidental nos casos de tutela ou adoção, a guarda *pode ser* deferida, isto é, não será necessariamente deferida. E o raciocínio se completa com a leitura do §2º, que diz ser possível o deferimento da guarda fora dos casos de tutela e adoção, para atender a situações peculiares ou suprir a falta eventual dos pais ou responsável.

O §1º do artigo 33 do Estatuto da Criança e do Adolescente assevera que a guarda pode ser concedida incidentalmente nos casos de tutela e adoção e, em seu §2º, como pedido principal da ação. Neste caso identificam-se duas hipóteses: a guarda satisfativa, que atende a situações peculiares; e a guarda especial, que tem por escopo suprir a ausência momentânea dos pais.

“PROCESSUAL CIVIL. APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO CAUTELAR. PRELIMINAR. AUSÊNCIA DE PREPARO. PESSOA POBRE. ISENÇÃO. PRELIMINAR. AUSÊNCIA DE INTERESSE. GENITORA. GUARDA DE MENOR. AÇÃO PRÓPRIA. REJEITADA. POSSIBILIDADE DE MEDIDA CAUTELAR SATISFATIVA QUANDO A SITUAÇÃO DE FATO EXIGIR. PRELIMINAR. AUSÊNCIA DE INTERESSE DO PAI. INEXISTÊNCIA DE GUARDA HOMOLOGADA EM SEU FAVOR. REJEITADA. INTERESSE DECORRENTE DA SITUAÇÃO DE FATO. ATRIBUTO DO PODER FAMILIAR. PRELIMINAR. CERCEAMENTO DE DEFESA. INEXISTÊNCIA DE INSTRUÇÃO PROBATÓRIA CONFIGURADA. OFENSA AO

DEVIDO PROCESSO LEGAL. NULIDADE. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO A FIM DE SE RECONHECER A NULIDADE DA SENTENÇA” (APELAÇÃO CÍVEL. AC: 69050002950 ES 69050002950. TJ/ES. 26 OUT. 2006).

5 CONSIDERAÇÕES SOBRE A POSSE

A posse é um fenômeno jurídico de árdua definição. No Direito Romano, a palavra *possessio* é etimologicamente definida como “a posição de quem se senta ou está na cadeira como dono” (TABOSA, 2003, pg. 209). Ainda na lição do renomado jurista cearense: “a posse é a *rei detentio*, a detenção da coisa, com *animus retinendi*, ou seja, com o desejo de retê-la. Assim, a verdadeira posse requer *corpus* e *animus*” (TABOSA, 2003, pg. 210).

Este instituto está previsto no Livro III, Título I, do Código Civil de 2002, contudo os artigos referentes a este instituto, não o exaurem, fazendo-se necessário que recorramos à Constituição Federal, legislação extravagante e até mesmo a estudos históricos e hermenêuticos para que se obtenha uma compreensão mais precisa. O Código Civil de 2002 apresenta a posse como instituto de relação de fato, entretanto não a define, mas aponta quais atributos de sua apresentação diante dos demais para que se configure a condição de futuro proprietário: “Art. 1.196. Considera-se possuidor, todo aquele que tem de fato o exercício, pleno ou não, de alguns dos poderes inerentes a propriedade.”

O estudo da posse é bastante vasto. Pode-se sintetizá-lo na análise de duas teorias consideradas como mais importantes, quais sejam: a Teoria Subjetiva da Posse, anunciada pelo jus filósofo Friedrich Karl Von Savigny; e a Teoria Objetiva, tratada pelo jus filósofo Rudolf Von Ihering, sobre a qual se dispensará maior atenção, por ser a predominantemente seguida pelo ordenamento pátrio.

Para Ihering, em sua teoria Objetiva, não existem elementos subjetivos que adornem a posse, pois não dispõe da vontade, do *animus*. O jus filósofo acreditava que a relação física não era necessária para caracterização da posse desde que houvesse por parte do possuidor a vontade de ser dono.

A posse é o exercício da propriedade.

Inobstante a definição do Direito Romano, a distinção entre *corpus* e *animus* é despicienda pois, para considerável parcela da doutrina moderna, a noção de *animus* já se encontra na de *corpus*, se constituindo na maneira que o possuidor age perante a coisa. A condição de possuidor se revela na forma em que o dono procede diante da coisa. A conduta de ser dono pode ser avaliada de maneira objetiva, sem a necessidade de se averiguar sua intenção.

Segundo a doutrina tradicional, a inteligência de posse está continuamente na direção da compreensão da situação de fato. Para Ihering e também para o Código Civil, posse é conduta de dono.

O artigo 1.196 do Código Civil Brasileiro descreve as questões de exercício dos atributos da propriedade. Anote-se que o legislador apresentou como central a condição da expressiva de posse, o *animus* em ser possuidor.

O titular da posse tem o interesse potencial em permanecer, conservar e proteger de qualquer tipo de molestamento o que porventura venha a ser praticada por outrem. A conceituação de posse, invariavelmente caminhará para a conceituação de posse de fato.

5.1 Distinção entre posse de fato e posse física

Quanto às diferenças entre as expressões “posse de fato” e “posse física”. Não está escrito na lei que ambas designam a mesma situação, e na prática, observamos que uma pode existir sem a outra.

Resta claro que o texto normativo não sinonimiza as expressões. Para sua comprovação, uma simples leitura seria suficiente. Ainda, a lei 80.069/90 não traz em nenhum dos seus artigos a expressão *posse física*. O próprio termo “posse” somente aparece em dois lugares: no §1º do artigo 33, que é o enunciado sob exame e no art. 124, XV, onde enumera entre os direitos do adolescente privado de liberdade o de manter a posse de seus objetos pessoais e dispor de local seguro para guardá-los.

5.2 Posse de fato sem posse física

Conceber que a posse de fato e a posse física não são, na prática, a mesma coisa, exige alguma reflexão. Mas veja-se v.g., a situação da mãe que sai para trabalhar e deixa seu filho com a babá: certamente, ainda que por um breve espaço de período, ela deixa de ter a posse física do filho, quero dizer que ela perde o “contato físico” com ele, ainda que momentaneamente. Este raciocínio não encontra maiores resistências, mas, concebendo-se como verdadeiro o entendimento de que posse física e posse de fato são a mesma coisa, chegar-se-ia ao absurdo de concluir que, tendo a mãe perdido a posse física e, por conseguinte a posse de fato do filho, a babá deveria ou poderia obter judicialmente a guarda da criança.

De nada adiantaria ponderar que, no exemplo dado, a mãe poderia ausentar-se sem perder a posse física do filho?

Obviamente, uma mulher que trabalhe em uma cidade e tenha a necessidade de deixar seu filho em outra, contando com os cuidados de empregados e parentes durante o período de uma semana, perde efetivamente a posse física do filho, perde o contato físico

com ele todo o tempo em que está ausente. Contudo, desde que esta mãe o esteja monitorando, assegurando-lhe ainda que à distância, assistência material, moral, educacional, não perde a posse de fato sobre ele. Ainda, a mãe, em nenhum momento abriu mão da posse de fato de seu rebento, apenas se ausentou por um período de tempo com a intenção de retornar.

Tomando como base este exemplo, da mãe que trabalha em outra cidade e fica durante a semana sem contato físico com o filho, e partindo do pressuposto que, independentemente dela não estar eventualmente na posse física do filho, sem o contato físico com a criança, esta mãe não perde, necessariamente, a posse de fato sobre ele, pode-se então delinear uma nova feição para a expressão **posse de fato**. A essência do instituto da guarda impõe atribuir-se à situação **posse de fato** uma natureza amparadora e assistencial, dissociada da exigência do contato para que seja configurada.

5.3 A expressão **posse de fato** no ECA

Com tal reflexão, não se tenciona descobrir a melhor explicação semântica para a expressão **posse de fato** dentro de um universo que reúne vários significados; a intenção não é outra senão evidenciar o que pode ser depreendido e entendido desta expressão segundo a ótica do Estatuto da Criança e do Adolescente, mais precisamente sobre a intenção do legislador, fazendo uma interpretação teleológica. Assim, devem ser excluídas, sem nenhum prejuízo, conjecturas sobre as teorias que pretendem explicar a posse e considerações sobre as figuras da mera detenção, entre outras.

Para saber o que pode ser entendido como posse de fato sob o prisma do ECA, apesar de pouco suporte do texto normativo, podemos recorrer ao exame dos deveres que o art. 33 enumerou como inerentes ao instituto da guarda, quais sejam: a prestação de assistência material, moral e educacional.

Ao fazer a opção por estas três insígnias, o Estatuto especificou os que considerava mais significativos. Ora, se quando enumerou os deveres do guardião o ECA não atribuiu entre eles expressamente a existência e exigência da posse física, não deve ser entendido

que a posse de fato a pressuporia, sob pena de permitir que a interpretação do §1º prejudique, infundadamente, o enunciado do *caput* do artigo. Pode-se até entender estar imbricada na ideia de posse de fato a conveniência de uma vigilância do guardião sobre o guardado, como corolário dos deveres de assistência material, moral e educacional, mas a toda evidência, esta vigilância não necessariamente tem que ser exercitada através de contato físico que justifique a inafastabilidade do requisito da posse física.

De toda maneira, ainda que se reconheça a conveniência da posse física, teríamos que considerá-la um *minus* em relação as demais obrigações implícitas na guarda, quais sejam, assistência material, moral e educacional.

5.4 Como deve ser compreendida a expressão **posse de fato**

Enfatizando o que realmente importa na estrutura do instituto, que são os deveres do guardião, quais sejam: a prestação de assistência material, moral e educacional, constatou-se a possibilidade de acordar que a expressão posse de fato deve guiar aquelas situações que têm contextualizada uma relação estável e concreta de assistência e amparo do guardião para com o guardado, independentemente da presença da posse física, contato físico. Esta é, deveras, a intenção do legislador.

Outrossim, no caso hipotético escolhido para discorrer o presente estudo, provado que era o avô quem patrocina a assistência material, moral e educacional à neta, estava também provado que ele era o guardião de fato da menor. Aos pais cabia apenas a posse física. O que conduziria a outro questionamento: como proteger essa posse física, despida dos demais atributos da guarda, deixando sem reconhecimento jurídico a situação da guarda de fato exercida pelo avô, exclusivamente pelo fato dele não ter a posse física da menor, sua neta?

Partindo deste ponto vista, pode-se afirmar que o instituto da guarda requer a verificação de uma situação de guarda. Esta é perfeitamente reconhecível pela presença consolidada e permanente, não efêmera, de alguns requisitos fático-jurídicos, os deveres

já estudados do guardião, expressos no texto legal, como a prestação de assistência material, moral e educacional e, eventual ou incidentalmente, a existência de posse física.

CONCLUSÕES

Sob o prisma apresentado, na hipótese de cabimento da primeira parte do §1º do artigo 33 do Estatuto da Criança e Adolescente, conclui-se que a guarda é instituto destinado a regularizar juridicamente uma situação fática de natureza amparadora e assistencial, objetivando o benefício do menor, que se mostre socialmente estável e permanente no tempo, envolvendo pretensão guardião e uma criança ou adolescente.

Verificou-se, também, que a expressão e a situação **posse de fato** abrange os casos em que restar comprovada uma concreta vinculação assistencial e favorecedora do pretensão guardião para com o menor, ainda que prescindindo da posse física.

Pensada desta forma, a guarda não encontrará empecilhos para ser deferida a avô que, realmente, preste assistência material, moral e educacional à neta, ainda que esta não viva em sua companhia, permanecendo na casa dos pais.

Por último, a alegação de que, no caso hipotético a partir do qual foi desenvolvido o presente estudo, a intenção do pretensão guardião era apenas a obtenção dos benefícios previdenciários não deve lograr êxito, pois o escopo deste Estatuto deve ser, e o é, o de prestar assistência, cuidados e preservar o menor em situação de hipossuficiência, e não proteger os cofres públicos de quem o intenta dilapidar, inclusive porque, nos termos do artigo 34 e §§, a *contrário sensu*, o Poder Público deve fomentar esta prática, o incentivo fiscal e subsídios com o objetivo de propiciar assistência moral, educacional e material à criança ou ao adolescente, encerrando os deveres do guardião, através deste acolhimento sob forma de guarda.

REFERÊNCIAS

- AMORIM, Sebastião; OLIVEIRA, Euclides. Separação e Divórcio. 5ª ed. São Paulo: Leud, 1999.
- AULETE, CALDAS, Dicionário Contemporâneo da Língua Portuguesa. Rio de Janeiro: Delta, 1958. V. III
- AZAMBUJA, Maria Regina Fay de. A Criança no Novo Direito de Família. In: WELTER, Belmiro Pedro; MADALENO, Rolf (Coords). Direitos Fundamentais do Direito de Família. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.
- BAPTISTA, Sílvio Neves. Guarda Compartilhada. Editora Edições Bagaço; 2011; pg. 35.
- BRASIL, Código Civil, Lei 10.406, de Janeiro de 2002. 1ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais; 2002.
- BRASIL. Constituição da República Federativa.
- BRASIL. Estatuto da Criança e do Adolescente, Câmara dos Deputados, Lei 8069, de 13 de Junho de 1990. DOU de 16/07/1990 – ECA. Brasília, DF.
- CAHALY, Youssef Said. In. Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado – Comentários jurídicos e sociais. 7ª ed. CURY, Munir (COORD). São Paulo: Malheiros Editores, 2005. Pg 147.
- DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias, 8ª edição: São Paulo: Editora Revista dos Tribunais; 2011;.
- DECCACHE, Lúcia Cristina Guimarães. Guarda Compartilhada: compartilhando o amor. Coordenadores: COLTRO, Antônio Carlos Mathias e DELGADO, Mário Luiz. São Paulo: Editora Método, 2009, pg. 212.
- GRISARD FILHO, Waldyr. Guarda Compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parenta; São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, pg. 106.
- _____. Famílias Reconstituídas, Novas Uniões depois da separação. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- GUIMARÃES, Marília Pinheiro e VIEIRA, Cláudia Stein. Guarda Compartilhada: a guarda compartilhada tal como prevista na lei 11.689/08. Coordenadores: COLTRO, Antônio Carlos Mathias e DELGADO, Mário Luiz. São Paulo: Método, 2009.

HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.

MELLO, Marcos Bernardes de. Teoria do Fato Jurídico – plano de validade. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

SAMPAIO, Sérgio Humberto de Quadros. Desnecessidade de posse física para o deferimento da guarda. Revista Jus Navigandi, INSS 1518-4862, Teresina, ano 9, n. 409, 20 ago. 2004. Disponível em <https://jus.com.br/artigos/5561>. Acesso em: 4 dez. 2018.

SIDOU, Ari Othon. Elementos de Direito Romano – Prolegômena. Fortaleza: Expressão, 2014.

STRENGER, Guilherme Gonçalves. Guarda dos Filhos; São Paulo: Revista dos Tribunais; 2006; pg. 22.

TABOSA, Agerson. Direito Romano. 2ª ed. Fortaleza: FA7, 2003.

TARTUCE, Flávio. Manual de Direito Civil: volume único. São Paulo: Método, 2011.