

O INSTITUTO DA GUARDA NO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

MARIO ROMERA

Procurador de Justiça no Rio Grande do Sul

1. Introdução — 2. Disposições gerais — 3. A guarda como instituto menorista — 4. Objetivos da guarda — 5. Tipos de guarda — 6. Evolução da guarda no Brasil — 7. Algumas considerações sobre o instituto — 8. O procedimento — 9. Considerações finais.

1. Introdução

O Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069) tem por embasamento a proteção integral da criança e do adolescente, segundo o direito fundamental de que cada um deles deve ser criado no seio de sua família e, excepcionalmente, em família substituta.¹

Assim, são estabelecidas três formas de colocação de criança e de adolescente em família substituta: guarda, tutela e adoção.²

A guarda é o objeto deste trabalho, sendo regradada, especificadamente, nos arts. 33-35, e genericamente nos arts. 28-32, todos do ECA.

2. Disposições gerais

Para todas as formas de colocação em família substituta, independe a situação jurídica em que se encontre a criança ou o adolescente. Assim, tanto faz se está numa família ou numa entidade, se tem condições materiais ou não. Aliás, a falta ou a carência de recursos materiais não constitui motivo suficiente para a perda ou a suspensão do pátrio poder, onde se inclui, também a guarda,³ segundo jurisprudência, mesmo que para concessão desta inexista a condição obrigatória de perda ou suspensão de pátrio poder,⁴ que é condição indispensável tanto para a tutela como para a adoção.⁵

1. ECA, art. 19, e CF, art. 227.

2. ECA, art. 28.

3. RTJ 48/427; RT 406/274.

4. ECA, art. 23.

5. ECA, arts. 36, parágrafo único, 41 e 169.

Como o fim do instituto visa a proteção integral da criança ou do adolescente, o interesse desta deverá ser levado em conta, sempre que possível, através da oitiva dele.⁶

Da mesma maneira, para que a criança ou o adolescente sinta-se como se fosse membro da família, mesmo que substituta, o grau de parentesco e a relação de afinidade ou de afetividade⁷ serão levados em conta, a fim de que sejam evitadas ou minoradas as conseqüências decorrentes da medida.

Ainda, sob o mesmo princípio doutrinário, a guarda não será deferida a pessoa que demonstre, por qualquer modo, incompatibilidade com a natureza do instituto ou que não ofereça ambiente familiar adequado.⁸

A medida não permite, salvo com autorização judicial, transferência da criança ou do adolescente, ou mesmo para entidades, governamentais ou não.⁹

Não é admitida a guarda para família substituta estrangeira.¹⁰

E, por fim, estabelece a Lei que o guardião deve prestar o compromisso de bem e fielmente desempenhar o encargo, através de termo nos autos do procedimento.¹¹ Tal é despidendo, tendo em vista a proteção devida à criança e ao adolescente.

Estas são condições legais gerais sobre o instituto da guarda, que deverão ser acatadas em qualquer pedido realizado.

3. A guarda como instituto menorista

A jurisprudência dominante tem afirmado que “a guarda não é a essência, mas tão-somente da natureza do pátrio poder”.¹² Assim, a guarda é atributo do pátrio poder, mas não se exaure nele, nem com ele se confunde. Daí, se conclui que a guarda pode existir sem o pátrio poder, assim como este pode ser exercido sem a guarda.

São várias as conseqüências, portanto, do instituto da guarda.

Ela não pressupõe a prévia suspensão ou destituição do pátrio poder, pois não é incompatível com este.

Quanto às obrigações do guardião, estão presentes a prestação de assistência material, moral e educacional à criança e ao adolescente,¹³ conferindo à criança ou adolescente a condição para todos os fins e efeitos de direito, inclusive previdenciário,¹⁴ o que deve ser entendido como exemplificação, pois nada impede que o guardião, legitimamente, promova ação indenizatória por homicídio.¹⁵

6. ECA, art. 28, § 1.º.

7. ECA, art. 28, § 2.º.

8. ECA, art. 29.

9. ECA, art. 30.

10. ECA, art. 31.

11. ECA, art. 32.

12. RT 554/209 e 575/134; RJT/SP 109/280 e 121/277; RDT/RJ 1/79; RTJ 56/53.

13. ECA, art. 33, 1.ª parte; CC, arts. 384, I e VII, 1.521, I e II.

14. ECA, art. 33, § 3.º.

15. CC, art. 1.537.

A guarda, indo mais longe, confere ao seu detentor o direito de opor-se a terceiros, inclusive aos pais.¹⁶

Assim, como na tutela e na adoção, a guarda gera obrigações pessoais, indelegáveis e intransferíveis.¹⁷

4. Objetivos da guarda

A guarda destina-se a regularizar a posse de fato de criança ou de adolescente,¹⁸ mas já como simples situação de fato, mostra-se hábil a gerar vínculo jurídico que só será destruído por decisão judicial, em benefício do menor — criança ou adolescente. Já, judicialmente deferida, a guarda será uma forma de colocação em família substituta, como se fosse uma família natural, de maneira duradoura,¹⁹ ou será, liminarmente ou incidentalmente, concedida nos procedimentos de tutela ou adoção²⁰ ou, ainda, atenderá, excepcionalmente e fora dos casos de tutela e adoção, situações peculiares ou suprirá a falta dos pais ou responsável, podendo ser deferido o direito de representação para a prática de certos atos.²¹

5. Tipos de guarda

Do que consta no Estatuto da Criança e do Adolescente, pode-se classificar a guarda em *permanente e temporária (ou provisória)*.

É *permanente* quando o instituto é visto como um fim em si mesmo, ou seja, o guardião deseja a criança ou adolescente como membro de família substituta, e com as obrigações e direitos daí advindos, sem que o menor seja pupilo ou filho.²² Nesse sentido são os regramentos para o Poder Público estimular a guarda de órfão e abandonado.²³ Nesse sentido não envolve situação jurídica maior, do que assistencial, não gerando direito sucessório, portanto.

Já, é *temporária (ou provisória)* quando visa ao atendimento de situação limitada ou por termo ou por condição, não sendo, assim, um fim em si mesmo.²⁴ Finda quando se realiza o termo ou condição. Pode ser *liminar*, para regularizar situação de posse de fato, ou seja, guarda de fato de criança ou de adolescente pura e simples, com vistas a uma situação jurídica futura. Ou pode ser *incidental*, nos procedimentos de tutela e adoção, também para regularizar posse de fato ou com vistas a uma situação futura. E, ainda, pode ser *especial*, para atender situações peculiares ou suprir a falta eventual dos pais ou responsável, com o possível deferimento de direito de representação para a prática de atos determinados. Este tipo tem

16. ECA, art. 33, 2.ª parte; CC, art. 384, II e VI.

17. ECA, art. 30.

18. ECA, art. 33, § 1.º, início.

19. ECA, art. 33, § 1.º, início.

20. ECA, art. 33, § 1.º, fim.

21. ECA, art. 33, § 2.º.

22. ECA, arts. 33, § 1.º, início, e 34.

23. CF, art. 227, § 3.º, VI; e ECA, art. 34.

24. ECA, art. 167.

previsão, ainda, no art. 167 do Estatuto da Criança e do Adolescente, quando possibilita ao Juiz concedê-la.

A primeira é mais duradoura e se esgota em si mesma, sem que seja decretada para buscar outra situação jurídica, tutela ou adoção, que não quer o guardião e nem lhe pode ser imposta. E o interesse do menor, criança ou adolescente, é satisfeito com a colocação dele em família substituída. Já as demais, são de menor duração e se exaurem quando se realiza ou se obtém uma situação jurídica nova ou se preenche uma situação peculiar ou se procede a um ato determinado.

6. Evolução da guarda no Brasil

Todo abandono transitório ou definitivo do filho menor era fato gerador de guarda, como institutos do Direito de Família ou do Direito do Menor.

O Código de Menores de 1927, no seu art. 27, afirmava que guardião era o *encarregado da guarda do menor, não sendo seu pai, mãe ou tutor, tem por qualquer título a responsabilidade da vigilância, direção ou educação dele, ou voluntariamente o traz em seu poder ou companhia.*

O Código de Menores de 1969, no art. 2.º, parágrafo único, asseverava o que era menor em situação irregular e que era *responsável aquele que, não sendo pai ou mãe, exerce a qualquer título, vigilância, direção ou educação do menor, ou voluntariamente o traz em seu poder ou companhia, independentemente de ato judicial.* A guarda era regrada no seu art. 17, II, como forma de colocação em lar substituído.

O Estatuto da Criança e do Adolescente, no seu art. 19, determina que *toda criança ou adolescente tem direito a ser criado no seio de sua família e, excepcionalmente, em família substituída, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente livre da presença de pessoas dependentes de substâncias entorpecentes.* E uma das formas é a da guarda. Tal é previsto na Constituição Federal de 1988, também, com regulamentação no Estatuto.²⁵

A guarda, hoje, é a forma mais corriqueira e mais simples de colocação em família substituída. Ela evita as internações de crianças e adolescentes, ou seja, os abrigos em entidades,²⁶ como medida específica de proteção.

7. Algumas considerações sobre o instituto

A guarda não pode nem deve ser para um só fim, devendo ser para todos os efeitos legais. Assim, a guarda para fins de assistência médica ou para fins de participar de sociedade recreativa ou para fins previdenciários etc., não devem subsistir. A guarda visa a maiores fins que não os simples listados.

A revogabilidade da guarda pode ocorrer por ato judicial fundamentado, ouvido, sempre, o Ministério Público.²⁷ Assim, inexistente trânsito em

25. CF, art. 227, *caput*, e ECA, arts. 19, 33 a 35.

26. ECA, art. 101, VII.

27. ECA, art. 25.

julgado da decisão concessiva da guarda, pois pode ser revista a qualquer tempo,²⁸ em face de sua natureza.²⁹

A oposição dos pais gera o procedimento contraditório, com citação deles para que contestem a ação, dentro do princípio do contraditório e da mais ampla defesa.³⁰

A guarda por pessoa que está sob o mesmo teto com a criança e a mãe pode ser um ato jurídico simulado, para alguns. Porém, o estudo social do caso, por equipe interdisciplinar, se possível, poderá demonstrar o equívoco da premissa.³¹ Muitas vezes será impossível dissociar a guarda do pátrio poder, o que deverá ser verificado pelo estudo de caso.

8. O procedimento

Duas são as formas procedimentais apresentadas pelo Estatuto da Criança e do Adolescente: uma de jurisdição administrativa, sem lide; outra, contraditória, com lide.³²

A primeira ocorrerá nas situações em que os pais forem falecidos, já tiverem sido destituídos ou suspensos do pátrio poder, ou houverem anuído ao pedido de guarda, podendo ser feito o pedido diretamente em Cartório, pelos requerentes, sem a presença de advogado, portanto.

A segunda, surgirá quando houver discordância dos pais ou quando implicar em suspensão ou destituição do pátrio poder, estas como pressupostos lógicos da medida principal de colocação em família substituta, que será contraditória. Tal pode se aplicar à guarda, se esta for pedida e se enquadrar numa dessas condições.

9. Considerações finais

Qualquer pessoa, de qualquer estado civil, salvo estrangeiro³³ poderá pedir a guarda, preenchidos os requisitos gerais³⁴ e específicos do instituto.³⁵

Assim, poderá a criança ou o adolescente, que não possua mais sua família natural, ter uma família. Essa, mesmo substituta, virá preencher a falta de pai, pais ou familiares, onde a efetividade e o atendimento serão supridos por pessoas plenas de sentimentos de solidariedade

28. ECA, art. 35.

29. ECA, art. 168.

30. ECA, seções II e III, cap. III, tít. VI.

31. ECA, arts. 161, § 1.º, e 167.

32. ECA, arts. 165-170.

33. ECA, art. 31.

34. ECA, arts. 19-24 e 33-35.

35. ECA, art. 165.