

A GUARDA À LUZ DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE — REFLEXÕES

PAULO ROBERTO GOMES DE FREITAS

Promotor de Justiça no Rio Grande do Sul

Introdução

O Estatuto da Criança e do Adolescente veio trazer profundas modificações na política de atendimento à criança e ao adolescente, revogando o Código de Menores e legislação pertinente que demonstravam exaustão frente a tão preocupante problema social. Visando a maior eficiência, o novo diploma legal começa por trocar a denominação Código, adotando a terminologia Estatuto, querendo, com isso, significar mais do que um conjunto de regras e preceitos impositivos de medidas aos que cometem atos infracionais para ser um diploma de instituição de uma política ampla de proteção aos direitos individuais e indisponíveis dos seres em formação física, moral e educacional, cometendo à sociedade e ao Poder Público a responsabilidade de implementá-la. Deixou, assim, a problemática do menor de ser encarada do ponto de vista apenasmente jurídico para ser tratada como um problema social. Com este novo enfoque, criou o Estatuto organismos como os Conselhos Municipais da Criança e do Adolescente, os Conselhos Tutelares e outros institutos jurídicos, *v. g.*, a remição, além de alterar a concepção de alguns já tradicionais, dando-lhes nova dimensão, tal como ocorreu com a guarda.

Da guarda

A guarda é uma das formas de colocação em família substituta, conforme dispõe o art. 28, *caput*, do ECA. O instituto apresenta-se como forma liminar ou incidental da tutela ou adoção, de sorte não fique a criança ou o adolescente desamparado no curso do processo, pois se destina a regularizar a posse de fato. Serve, ainda, para abrigar situações peculiares ou suprir a falta eventual dos pais ou responsáveis.

Como se observa, a guarda é sempre deferida em favor da criança ou do adolescente e pressupõe a colocação do infante em família substituta, não sendo de sua essência a perda do pátrio poder, podendo com ele conviver ou dele se destacar, quando não for o caso de perda, operando-se apenas a suspensão de seu exercício. Objetiva a proteção da criança ou do adolescente em estado de irregularidade, na expressão da lei revogada,

entendendo-se como tal a ocorrência de uma das situações previstas no art. 98 do ECA, que genericamente tratou dos casos de irregularidade relacionados de forma específica no código revogado.

Da guarda aos avós

A guarda não é vedada aos avós, como ocorre na adoção, pela singela razão de não romper com os vínculos de parentesco e filiação, como acontece nesta. Pelo contrário, os sentimentos afetivos devem ser preservados. Entretanto, se os pais do infante morarem sob o mesmo teto de seus pais (os avós) e deles forem dependentes, tal circunstância não enseja o uso do instituto da guarda, pois, trata-se de espécie de carência de recarência de recursos materiais, que a teor do art. 23, do ECA, não é motivo de perda ou suspensão do pátrio poder, como era na lei revogada, penalizando àqueles que já foram pelo destino desamparados. Trata a hipótese de relação de direito de família, onde podem os parentes exigir uns dos outros os alimentos necessários para a subsistência (art. 396 do CC), sendo recíproco o direito à prestação dos mesmos entre pais e filhos e extensivo a todos os ascendentes, a teor do art. 397 do referido digesto civil.

Da guarda para fins previdenciários

A guarda quando constituída nos termos do Estatuto confere ao beneficiário a condição de dependente para todos os fins e efeitos de direito, inclusive, o previdenciário, sendo este um efeito do instituto e não causa de sua constituição, como tantas vezes se entendeu sob a égide do Código de Menores revogado, confundindo-se o universo com o continente. A assistência previdenciária para quem dela necessita, por carente de recursos, é dever do Poder Público prestá-la, por ser um direito constitucional do cidadão e, especialmente da criança e do adolescente, por imperativo do vigente Estatuto.

Da guarda unilateral do filho do cônjuge

A guarda tem por finalidade precípua regularizar a posse de fato, possibilitando o legislador que se a utilize para atender situações peculiares, bem assim, para suprir a falta eventual dos pais ou responsáveis.

Por peculiar, entende-se a situação estranha, diferente, esquisita, com características e particularidades próprias, como a de postular a guarda da filha(o) da esposa(o) com outro(a), estando a criança ou o adolescente na posse de fato do(a) suplicante, em decorrência de convívio derivado do casamento dele(a) com a mãe ou o pai do infante.

Como bem acentuou Guilherme Gonçalves Strenger, na obra *Guarda de Filhos*, a evolução social alterou a tipologia familiar de tal modo que famílias são constituídas por pessoas divorciadas que contraem casamento com pessoas solteiras ou também divorciadas que já geraram filhos os quais trazem para a nova sociedade conjugal, estabelecendo um vínculo de parentesco de forma fática que reflete a verdade biológica da filiação

fazendo com que a guarda e a filiação natural tenham de compatibilizar-se como uma resultante das relações pessoais dos cônjuges e dos filhos.

O legislador contemplou no Estatuto, quando tratou da adoção, esta situação peculiar, no art. 41, § 1.º, em favor dos interesses maiores da criança ou do adolescente. Entretanto, no respeitante à guarda, foi silente.

Todavia, o silêncio do legislador a respeito desta hipótese no tratar da guarda, não significa o desejo de não contemplá-la, pela simples razão de que tal circunstância se abriga na tipologia "situação peculiar", usada como norma em branco, um tipo aberto, no art. 33, § 2.º, do Estatuto.

Com efeito, se é possível a adoção, com graves efeitos no direito sucessório, protegida pela irrevogabilidade, deve ser possível, igualmente, a guarda unilateral, de conseqüências menos gravosas, eis, revogável a qualquer tempo.

Conclusões

Com estas reflexões, conclui-se que:

A guarda pressupõe a colocação da criança ou do adolescente em família substituta.

A guarda não implica necessariamente na perda do pátrio poder, podendo com ele conviver e dele se destacando, quando for o caso, pela suspensão.

A guarda não é possível aos avós cujos pais da criança ou do adolescente vivam sob a dependência econômica deles, sob o mesmo teto, sendo esta uma relação de direito de família.

A guarda pode e deve ser deferida aos avós, preservando os laços afetivos e familiares desde que detenham efetivamente a posse de seus netos, em detrimento dos pais destes.

A falta de recursos materiais não dá azo à guarda.

A guarda não pode ser instituída visando somente a fins previdenciários.

A guarda unilateral é uma espécie de situação peculiar, podendo ser deferida ao cônjuge que pleiteá-la em favor do filho de seu consorte, por terem constituído sociedade conjugal, depois de anterior divórcio ou ainda de filhos de pais solteiros que trazem-nos para o casamento com outrem.