

## A GUARDA E A TUTELA NO DIREITO BRASILEIRO

Cristiano Chaves de Farias  
Promotor de Justiça - BA  
Professor da FESMIP - BA  
Professor do Curso JusPODIVM

A questão ora proposta (análise comparativa dos institutos da tutela e da guarda no Ordenamento Jurídico Pátrio - sob a múltipla ótica da Constituição Federal, do Código Civil, da Lei nº6.515/77 - Lei do Divórcio e do ECA, bem como da Convenção Internacional dos Direitos da Criança) é de simples e objetiva solução, máxime quando consideradas as normas imperiosas de PROTEÇÃO INTEGRAL da criança e do adolescente.

Antes de penetrar incisivamente na seara objetiva da análise *percunctante* do *punctum saliens* da questão, sobreleva tecer considerações *preambulares* acerca da conceituação dos institutos da guarda e da tutela, para, em seguida, traçar um paralelo entre ambos, à luz do Direito vigente.

Anote-se, inclusive, que se faz mister tal providência prefacial, até mesmo para localizá-los na seara legal, demonstrando as suas peculiaridades e idiosincrasias.

**A tutela:** A tutela é instituto milenar que, com o avanço das sociedades, foi adaptando-se à realidade, com o objetivo claro de proteção do incapaz.

Preocupado primacialmente com a preservação do patrimônio do órfão rico, o Código Civil em vigor, datado de 1916, em 40 artigos disciplinou a matéria, dedicando apenas um deles aos menores abandonados (pela linguagem hodierna, “em situação irregular”).

Para a realidade do início do século, quando a sociedade não tinha problemas conjunturais graves referentes à infância e juventude e onde os infantes abandonados não tinham qualquer atuação na vida jurídico-social do País, aquela orientação se acomodava.

Assim, perante os olhos do Código Civil é lícito definir a tutela como **“um instituto de nítido caráter assistencial e que visa substituir do pátrio poder em face das pessoas cujos pais faleceram ou foram suspensos ou destituídos do poder paternal”**, como ensina com magnitude o Prof. SÍLVIO RODRIGUES (cf. Direito Civil, São Paulo, Saraiva, vol. 6, 17ª ed., 1991, p. 396)

Ou seja, com caráter assistencial, basicamente, dedicado a algum menor que não tem pais em gozo do pátrio poder, reveste-se a tutela de um encargo imposto pelo Estado a terceiro, em favor daquela criança ou adolescente.

De tal monta e importância se reveste o múnus de tutor conferido a alguém para a preservação de um menor (tanto no seu aspecto pessoal, quanto no âmbito patrimonial) que o ínsigne civilista ROBERTO RUGGIERO, jurista de escol, disparou tratar-se de **“um poder que imita em grande parte o pátrio poder, na sua espécie mais importante, que é o cuidado de menores”**. (In Instituição de Direito Civil, São Paulo, Saraiva, vol. 2, p. 221-2)

Pois bem, esta é a regulamentação da tutela, perante o Código Civil: são os poderes e deveres confiados a alguém para que defenda, preserve, proteja e zele por uma criança ou adolescente (menor, na acepção do próprio Código), que se encontra fora do pátrio poder, tanto no campo patrimonial, quanto no pessoal.

Com o advento da Lei nº8.069/90 - ECA, nenhuma alteração se impôs a este instituto. É que o Estatuto, em seu Art. 36, a exemplo do que já fazia o Código de Menores, remete à Lei Civil, chegando, inclusive, a prever que pode ser deferida tutela “ao menor de 21 anos”.

Saliente-se, de logo, que esta previsão teve por escopo evitar discussões (estéreis e infrutíferas, diga-se *en passant*) no âmbito doutrinário e jurisprudencial sobre uma pretensa revogação que teria se operado nas disposições sobre a tutela do Código Civil, caso o ECA tivesse disposto que aplicar-se-ia a tutela a menor de 18 anos. Assim, respeitando a disposição do Art. 9º, CC, o legislador menorista optou por fazer referência à menoridade relativa, tal como originariamente regulamentado pelo Ordenamento Positivo.

Para o Estatuto da Criança e do Adolescente constitui-se a tutela em forma de colocação de criança ou adolescente em família substituta, realçando regular realidade de menor em situação irregular.

A única diferenciação da tutela na regulamentação pelo Código Civil e no ECA é justamente no que concerne ao procedimento. Assim, visando facilitar o acesso ao instituto, exige o Estatuto, apenas, a perda ou suspensão anterior do pátrio poder dos genitores (art. 36), chegando mesmo a dispensar a especialização da hipoteca legal sempre que o tutelado não possuir bens (art. 37) ou por qualquer motivo relevante. Vê-se, pois, o intuito do legislador menoral em facilitar ao máximo o deferimento da tutela, dispensando em casos específicos a oneração do patrimônio do tutor, evitando que crianças e adolescentes fiquem sem um tutor em virtude de formalismos legais.

É do escólio de WÍLSON DONIZETI LIBERATI a lúcida observação de que o ECA veio a “**facilitar o acesso à tutela, isentando o tutor da oneração de seu patrimônio, para que possa exercer o encargo que lhe fora conferido**”. (Cf. Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente, São Paulo, Malheiros, 4ª ed., 1997, p. 28)

Quanto as hipóteses de cessação da tutela manteve o ECA os casos previstos na legislação civil, apenas garantindo expressamente o direito ao contraditório do tutor, respeitando mandamento constitucional (art. 5º, LV).

**A guarda:** Forte em SÍLVIO PAULO BRABO RODRIGUES, em específica obra, a “**guarda é o poder-dever de manter criança ou adolescente no recesso do lar enquanto menores e não emancipados, dando assistência moral, material e educacional**”. (In Manual da Guarda no Direito da Criança e do Adolescente, Belém, CEJUP, 1997, p. 21)

Na ótica de nosso Direito Objetivo duas são as espécies de guarda: na relação familiar (mais precisamente quando da dissolução da sociedade conjugal) e como colocação em família substituta.

Aquela refere-se à guarda dos filhos (naturais ou adotivos) quando da dissolução da sociedade conjugal, seja pela separação, seja pelo divórcio e encontra disciplina legal na Lei nº6.515/77 - LDi (que derogou *in totum* as disposições dos Arts. 325 *usque* 329, do Código Civil), cuidando da proteção à pessoa dos filhos - o que ganhou novos foros de garantia aos infantes e jovens pela *Lex Fundamentalis* de 1988. Esta, por seu turno, disciplinada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente nos Arts. 33 a 35, trata das crianças e adolescentes - evidentemente menores de 18 anos, em situação irregular, consubstanciando-se, expressamente, como forma de colocação em família substituta.

A doutrina pátria, visando facilitar a compreensão do tema, tem proposto duas nomenclaturas específicas para os institutos: **guarda de filhos** (reportando-se à proteção da pessoa dos filhos na ruptura do matrimônio ou união estável) e **guarda em família substituta** (para definir o instituto quando regulando menor em situação irregular).

Entrementes, a nível de localização do problema, o que se busca precipuamente com a guarda - em ambas as modalidades - é **garantir, a título de proteção integral, os direitos daquele que está submetido àquela condição**.

Ao revés do que comumente se tem entendido, a guarda não é um poder, entregue livremente nas mãos de alguém para que exerça a autoridade paterna, é, sobretudo, dever imposto por razões de ordem pública, que se violado injustificadamente acarreta ao descumpridor sanções administrativas, civis e penais. Como bem destaca o notável ORLANDO GOMES, expoência maior de nosso Direito Privado, “**o dever de guarda deve ser cumprido sob sanções diversas**”. Estas obrigações e advertências, como não poderia deixar de ser, são aplicáveis às duas espécies do instituto uniformemente, porque o intuito é proteger a pessoa da criança ou adolescente.

Sendo indisponíveis todo e qualquer direito ou interesse afetos à criança ou adolescente, legitima-se o Estado (por intermédio de seu órgão incumbido de tal defesa, o Ministério Público, auxiliado por outros órgãos como, *exempli gratia*, os Conselhos de Direitos e Tutelar) a exercer intensa fiscalização do cumprimento dos deveres pelos guardiões, inclusive punhando pela sua destituição, se for o caso.

No que concerne à guarda de menor membro de uma família que está a se dissolver legalmente, incidem as Leis nº5.582/70 e 6.515/77, esta notadamente os seus Arts. 9º a 16. Originariamente, a Lei do Divórcio previu que a guarda dos filhos ficaria, na dissolução da sociedade conjugal, com o cônjuge que não tivesse dado causa à ruptura do matrimônio (art. 10) ou com o cônjuge com quem já estivesse convivendo, na hipótese de separação de fato (art. 11). Ainda que timidamente, porém, já buscava o legislador a proteção integral e primordial dos menores, quando no Art. 13, do referido Diploma Legal, autorizou o juiz a conferir a guarda de modo diverso daquelas hipóteses supracitadas, desde que existissem motivos para tal. Vale dizer, de acordo com a necessidade da criança ou adolescente, o juiz poderia dispor sobre a guarda de modo diverso do disciplinado pela Lei. Assim, as demais regras relativas à guarda, contempladas na Lei, ficam à mercê deste Art. 13. Ou seja, em primeiro lugar o bem-estar do menor, depois as disposições de lei.

Todas as normas contidas nos Arts. 9º, 10, 11 e 12, da LDi., cedem, portanto, ante o interesse do menor. Invocando a cátedra do Prof. WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO, nos casos de ruptura do vínculo matrimonial, em relação à guarda dos filhos menores, **“o critério a orientar o juiz será o do interesse ou conveniência do menor, que há de preponderar sobre os direitos ou prerrogativas a que, porventura, se arroguem os pais”**. (In Curso de Direito Civil - Direito de Família, vol. 2, São Paulo, Saraiva, 17ª ed., p.226)

Em se tratando de separação ou divórcio consensual, amigável, haverá de prevalecer, ainda assim, o interesse dos infantes, incumbindo ao Ministério Público, através de seu Promotor de Justiça que funcionar na causa (ou por meio de um dos Procuradores de Justiça, em âmbito recursal), e ao próprio Juiz (por tratar-se de matéria de ordem pública), a fiscalização de tais interesses, evitando conluíus e prejuízos à formação psíquica, social, intelectual e moral do menor. Cai por terra, assim, o Art. 9º, da Lei do Divórcio, que tem aplicação secundária, subsidiária, devendo o magistrado guiar-se pela prevalência dos interesses da criança ou adolescente envolvido.

Neste sentido o insigne civilista SÍLVIO RODRIGUES: **“o ajuste no desquite amigável não prevalece contra o interesse dos menores”**. (Op. Cit., p. 257).

Igualmente, a jurisprudência de nossos Pretórios é firme e uníssona, corroborando deste entendimento, como se pode notar do seguinte acórdão do Supremo Tribunal Federal:

**“Em relação à guarda dos filhos, na ruptura da sociedade conjugal, atento ao sistema legal, o que prepondera é o interesse dos filhos e não a pretensão do pai ou da mãe.”** (STF, in DJU 20.12.87, p. 4406)

A rigor de lógica, destarte, muito embora tenha a questão disciplina legal na Lei nº6.515/77, prevalecerá sempre os interesses da menoridade sobre qualquer outra situação ou disposição, inclusive sobre eventuais direitos dos genitores e sobre formalismos ou procedimentos processuais. Esta, vale dizer, é a regra que transparece da atenta leitura do Art. 227, da Constituição da República, que impõe como dever constitucional da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à alimentação, à educação, ao lazer à convivência familiar e comunitária, colocando- os à salvo de qualquer tipo de discriminação, opressão e negligência.

No que tange à guarda **estatutária**, em primeiro plano, deve se ter em tela que esta é modalidade de colocação em família substituta (art. 28, ECA) - afastando, expressamente, aqueles casos em que pai e mãe litigam pela posse do filho, quando da separação ou divórcio, tratadas na modalidade anteriormente analisada. Em segundo lugar, como corolário desta distinção entre as espécies de guarda, esta se concede quando estiver o infante em situação anômala (irregular, na expressão legal), de risco, consoante determinação do Art. 148 c/c 98, do Codex Menorista.

O traço distintivo, pois, está na ausência, na omissão, ou abuso por parte dos pais ou responsáveis. Somente quando ocorrente alguma dessas situações, aplicar-se-á a guarda estatutária. Mais precisamente: somente quando ocorre vulneração ou ameaça a algum dos direitos assegurados à infância e juventude, notadamente elencados no Art. 227, CF, e no Art. 4º, ECA, é que encontrar-se-á respaldo para a guarda aqui em comento.

Bastante oportuna a lição do Promotor de Justiça no Pará SÍLVIO PAULO BRABO RODRIGUES (op. Cit., p. 86), quando esclarece, com brilhantismo, que somente haverá guarda estatutária, com conseqüente competência do juízo da infância e juventude, se existente **“situação de risco e houver necessidade de lhe aplicar a medida de proteção de colocação em família substituta”**.

Aqui descortina-se outra questão: a competência judicial. Com esteio nas observações aqui apresentadas, via de conseqüência, a regra geral é de que tramitem nas varas de família os processos de guarda (assim como de tutela). Apenas quando ocorrentes violação ou ameaça de violação aos direitos constitucionais ou estatutários do infante, haverá competência do juízo especializado da infância e juventude. Esta, por sinal, é a posição de nossos Tribunais, como registram os acórdãos ora trazidos à lume, ilustrativamente:

**“Não estando os menores em situação irregular (art. 98, ECA), o pedido de guarda está afeto à Vara de Família.”** (TJ/MS, Ccomp. 31.950-8, j. 16.2.93, Rel. Des. Frederico Farias Miranda)

**“A competência para apreciar os processos envolvendo interesses de menores em situação regular cabe às Varas de Família. A competência das Varas da Infância e Juventude é unicamente para as ações ou procedimentos relativos a menores em situação irregular.”** (TJ/SP, Rel. Des. Marino Falcão, in RT 676:85)

Complementando a questão acerca da guarda no Estatuto, impende observar que comumente se confunde a expressão *“para fins previdenciários”*, constante do Art. 33, da Lei nº8.069/90, gerando uma enormidade de pedidos de guarda, no juízo da Infância e Juventude, sem que existente situação de risco ao menor.

Com efeito, a referida questão teve como objetivo permitir que o menor sob a guarda de terceiro pudesse estar amparado pelos benefícios e serviços previdenciários, não que se usasse o instituto da guarda com alteração de seu escopo.

Assim é que em casos de pedidos de guarda por avós para o neto que com eles convivem - a competência é da Justiça da Família, não da Especializada, por faltar condição essencial à caracterização do interesse estatutário, qual seja a situação de risco abstrata.

Aqui, também, incide a norma basilar de interesse primordial da criança e do adolescente, muito embora temperada pela determinação de que considerar-se-á o grau de parentesco (art. 28, §2º, ECA) para a colocação em família substituta, deixando antever que têm os parentes mais próximos vantagem em relação aos mais distantes e a terceiros.

Isto até tem especial razão de ser. Reconhece a lei que se o menor não pode permanecer com sua família natural, melhor que fique com parentes do que com estranhos. Sempre, no entanto, com exclusão de qualquer outro critério, há de prevalecer o seu bem estar.

**A tutela e a guarda na Constituição da República:** Como desfecho lógico do que se expôs alhures, é fatal entender que a norma maior protege e assegura, com absoluta prioridade interesses da criança e do adolescente.

Através de Emenda Popular, foi acrescentado na *Lex Legum*, o Art. 227, de onde emana a regra da **proteção integral** das crianças e adolescentes: “Toda criança e todo adolescente tem direito à vida, à saúde, à alimentação, à liberdade e à convivência familiar e comunitária e será posto à salvo de toda forma de negligência, violência, discriminação, crueldade e opressão.”

Segue-se neste sentido, uma firme corrente mundial, tendo a própria Convenção Internacional de Direitos da Criança, acolhida pelo Brasil, reafirmado este propósito de proteção integral e prioritária, sempre visando ao bem-estar e segurança das crianças e adolescentes, independente de formalismos processuais, regulamentações de normas constitucionais ou qualquer outro entrave burocrático ou legal.

Assim, os institutos da guarda (em ambas as modalidades) e da tutela têm de servir a esta proteção menorista, estando à disposição com o fito claro e incontroverso de preservar as crianças e adolescentes, assegurando-lhes seu crescimento e desenvolvimento completo, à salvo de ingerências negativas que possam ser proporcionadas no âmbito patrimonial ou pessoal pela ausência, omissão, abuso ou negligência dos genitores ou responsáveis.

A tutela (no âmbito patrimonial) e a guarda (na seara moral, material e educacional) cumprem, destarte, função importante tendo de adaptar-se às exigências constitucionais de prioridade absoluta do interesse menoril, contribuindo para evitar o abandono e o descaso de pais ou responsáveis para com menores e para permitir-lhes um feliz aprimoramento moral, psíquico e social.