® BuscaLegis.ccj.ufsc.br

A guarda e o princípio do contraditório

Aborda o instituto da Guarda, como modalidade de colocação em família substituta, e a necessidade da aplicação plena do princípio do contraditório, quando os genitores estão em local incerto e não sabido.

Irving Marc Shikasho Nagima
09/10/2006

A guarda [1] é um meio de colocação da criança ou do adolescente em família substituta [2], conforme o Estatuto da Criança e do Adolescente [3]. Conceitua-se como "o instituto pelo qual alguém, parente ou não, assume a responsabilidade sobre um menor de [18] [4] anos, passando a dispensar-lhe todos os cuidados próprios da idade, além de ministrar-lhe assistência espiritual, material, educacional e moral". [5]

Existem três modalidades de guarda, segundo ANA MARIA MOREIRA MARCHESA (ou MARCHESAN) [6]: a provisória, a permanente e a peculiar. A guarda em caráter provisório é aquela em que concedida liminar ou incidental nos processos relativos à guarda ou tutela [7]. Isto é, "quando determinada precariamente para resolver a situação de alguma criança abandonada, devendo o juiz esclarecer àquele que a recebe as implicações que poderão advir de possíveis mudanças" [8].

A permanente destina-se atender situações peculiares, quando não foi possível obter uma adoção ou tutela, que são as mais benéficas para a criança. Para JEFERSON MOREIRA DE CARVALHO [9] a guarda permanente pode ser deferida "para atender a situações peculiares ou suprir a falta eventual dos pais ou responsáveis; todavia, a situação brasileira tornou essa situação a regra, porque muitas famílias pretendem ter os menores somente na qualidade de guardiães, não sendo pretendida a tutela ou adoção. Como esta situação trata de uma realidade em qualquer ponto brasileiro, o Poder Judiciário tem de atender esses pedidos, pois, desta forma, resolve-se a questão do menor abandonado".

A última modalidade de guarda é uma novidade no Estatuto da Criança e do Adolescente: a nominada guarda peculiar. Esta, "visa ao suprimento de uma falta eventual dos pais, permitindo-se que o guardião represente o guardando em determinada situação" [10]

O instituto da guarda tem como principal e primordial objetivo [11] proteger a criança ou o adolescente, tanto na sua qualidade física, moral e psíquica, quanto econômica. Assim, na ausência dos pais, "tutores natos dos filhos menores" [12], é necessário que alguém os represente ou lhes assista em todos os atos da vida civil, provendo-lhes as necessidades, tais como: amor, carinho, proteção, alimentação, higienização e educação.

É dever dos pais a guarda de seus filhos menores de 18 anos. O artigo 22 do Estatuto da Criança e do Adolescente salienta “aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhes ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais” (grifei). Bem assim o artigo 1634, inciso II, do Código Civil “compete aos pais, quanto à pessoa dos filhos menores (II) tê-los em sua companhia e guarda”. (grifei)

Contudo, quando os pais não cumprem seu papel, desproporcionando ao filho os direitos fundamentais, dispostos no artigo 15 do Estatuto da Criança e do Adolescente, bem como na Constituição Federal de 1988 em seu artigo 227, e agindo de maneira negligente ou imprudente, pode, a criança ou o adolescente, ser colocado em família substituta para fins de adoção, tutela ou guarda, a fim de que se garanta o ideal do artigo 19 do Estatuto: “Toda criança ou adolescente tem direito a ser criado e educado no seio da sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária (omissis)”.

Deste modo, a finalidade da guarda, quando esta não é mais exercida pelos genitores [13], e sim por terceiros, parentes ou não do infante, é de proporcionar e, sobretudo, assegurar a assistência material, moral e educacional [14], além de sempre zelar pelo bem-estar da criança ou do adolescente [15]. Sempre levando em consideração o interesse do menor [16].

Ainda assim, mesmo o terceiro, exercendo a guarda e responsabilidade, é possível que conviva junto ao poder familiar exercido pelos pais [17]. Não é necessária a destituição. O poder familiar é compatível com o termo de guarda. Sobre o assunto, dispõe YUSSEF SAID CAHALI [18]: “Tem-se ressaltado que a guarda dos filhos não é da essência, mas tão-somente da natureza do pátrio poder [19]; em outros termos, a guarda é um dos atributos do pátrio poder, mas não se exaure nele nem com ele confunde; em condições tais, a guarda pode existir sem o pátrio, como, reciprocamente, este pode ser exercido sem a guarda” (grifei).

Tanto é este o entendimento que “a concessão da guarda, provisória ou definitiva, não faz coisa julgada, podendo ser modificada no interesse exclusivo do menor e desde que não tenham sido cumpridas as obrigações pelo seu guardião (RT, 637:52, 628:106, 596:262)” [20], podendo a decisão ser revista a qualquer tempo, no interesse da criança ou do adolescente [21] (grifei).

PAULO LÚCIO NOGUEIRA (in ANTÔNIO CHAVES [22]), sobre este aspecto, comenta: “A guarda (...) ‘é uma providência provisória, que pode ser modificada a qualquer tempo’” (grifei).

Neste raciocínio, já que o instituto não extingue o poder familiar exercido pelos pais sobre os infantes ou adolescentes, e tendo como base legal o artigo 35 [23] da Lei 8.069/90; se os pais anuírem com os requerentes, não se estabelece o contraditório [24], posto que, se os genitores quiserem retomar a guarda é necessário apenas requerer a revogação. Todavia, é óbvio, que se os pais não concordarem com a medida pleiteada pelos suplicantes, haverá o contencioso, se estes enfrentarem diretamente o comando oficial de colocação em regime de guarda.

Mas e se os pais encontram-se em local incerto e não sabido? Como colherá a manifestação da sua anuência em relação à medida proposta pelos requerentes?

WILSON DONIZETI LIBERATI [25] é claro ao se manifestar a respeito da guarda em relação ao contraditório: “Apesar de não operar mudança no pátrio poder, o procedimento da guarda não será contraditório, a não ser que haja divergência e/ou discordância entre os genitores” (grifei).

Nota-se que se os genitores estão em local incerto e não sabido, não é possível, por evidência, a colheita de seus consentimentos. Portanto, é axiológico que não há nenhuma discordância de nenhum dos pais quanto ao pedido.

Conforme já dito anteriormente, a guarda é compatível com o poder familiar, sendo deste modo, revogável a qualquer tempo. Assim, se os pais “desaparecidos” aparecerem, basta pleitearem a revogação da mesma.

Neste mesmo sentido, ensina LUIZ CARLOS DE BARROS FIGUEIRÊDO [26] “Ao contrário do que ocorre na Adoção, o consentimento não é condição necessária para a concessão da Guarda de menor [27] em favor de terceiros. Não há regra impedindo que seja concedida a guarda sem o consentimento ou até em oposição à opinião dos pais (nesse caso, instaura-se o contraditório). O Instituto não extingue o pátrio poder [28], sendo de natureza protetiva (...)” (grifei).

Também é o entendimento de VÁLTER KENJI ISHIDA [29]: “Necessidade de Procedimento contraditório visando a suspensão ou destituição do pátrio poder dos genitores para concessão da guarda. É desnecessário”.

Destarte, “Se a mãe do menor se encontra em lugar incerto e não sabido, desnecessária a anterior decretação da perda do pátrio poder e nomeação de curador especial, para o deferimento do pedido de guarda formulado por outrem” [30] (RT 673/50) [31].

Manifestado no mesmo sentido o Tribunal de Justiça de São Paulo, conforme jurisprudência transcrita abaixo:

13029921 – CITAÇÃO – EDITAL – GUARDA DE MENOR – Pai biológico – Validade – Artigo 232, inciso I do Código de Processo Civil – Desnecessidade do procedimento contraditório para a guarda prevista nos artigos 33 a 35 do Estatuto da Criança e do Adolescente – Recurso não provido. A guarda, como prevista nos artigos 33 a 35 do Estatuto da Criança e do Adolescente, não exige procedimento contraditório. É medida autônoma, podendo ser deferida liminar ou incidentalmente, nos procedimentos de tutela e de adoção, exceto no de adoção por estrangeiro. (TJSP – AC 15.627-0 – Santos – Rel. Des. Sabino Neto – J. 17.12.1992). (grifei).

Ao contrário desse entendimento, o já revogado Código de Menores dizia ser necessário o contraditório, dependendo da modalidade da guarda, pois, se em caráter definitivo, esta acarretava a perda do poder familiar. Como se demonstra na doutrina de ANTÔNIO CHAVES [32]: “Embora admitindo excepcionalmente a guarda para atender a situações peculiares, deu-lhe o Estatuto estrutura diferente da do Código de Menores, que distinguia duas espécies: a provisória, medida cautelar, preparatória ou incidental, com prazo de duração estabelecido, para regularizar a detenção de fato ou

atender casos urgentes, podendo mesmo coexistir com o pátrio poder, e a definitiva, implicando no reconhecimento de encontrar-se o menor em situação irregular, e acarretando a perda do pátrio poder".

Resumindo, a guarda é modalidade excepcional mais praticada nas classes populares [33], utilizada para regularizar a posse de fato. Tem compatibilidade com o poder familiar, ou seja, podem ser exercidos, concomitantemente, o poder dos pais e o do guardião. Há exigência o contraditório sempre que houver discordância dos genitores, porém, não é exigido se os pais estão em local incerto e não sabido.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALBERGARIA, J. Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente. 1 ed. Rio de Janeiro: Aide, 1991.

BARROSO, C. E. F. de M. Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento. Sinopses Jurídicas. Vol. 11. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

CARVALHO, J. M. de. Estatuto da Criança e do Adolescente: Manual Funcional. 1. ed. São Paulo: Oliveira Mendes, 1997.

CHAVES, A. Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente. 2. ed. São Paulo: LTR, 1997.

COLUCCI, M. da G.; ALMEIDA, J. M. P. de. Lições de Teoria Geral do Processo. 4. ed. Curitiba: Juruá, 2002.

CURY, M.; PAULA, P. A G. de.;MARÇURA, J. N. Estatuto da Criança e do Adolescente Anotado. 2. ed. RT, 2000.

CURY, M.; SILVA, A. F. do A. e.; MENDEZ, E. G. Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado. Comentários Jurídicos e Sociais. Ed. Malheiros.

FIGUEIRÊDO, L. C. de B. Guarda: Estatuto da Criança e do Adolescente – Questões Controvertidas. Curituba: Juruá, 1999.

AAJIJ. Integrando. Boletim Informativo Ano VIII nº 29. Coordenada por Dra, Lídia Munhoz Mattos Guedes. Curitiba, 2003.

ISHIDA, V. K. Estatuto da Criança e do Adolescente. Doutrina e Jurisprudência. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

JURIS SÍNTESE MILLENNIUM. Nº 33 e 37. Ed. Síntese.

LIBERATI, W. D. Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

MILANO FILHO, N. D.; MILANO, R. C. Estatuto da Criança e do Adolescente. Comentado e Interpretado. Livraria e Editora Universitária de Direito.

NOGUEIRA, P. L. Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado. São Paulo: Saraiva, 2001.

SILVA, J. L. M. da. A Família Substituta no Estatuto da Criança e do Adolescente. São Paulo: Saraiva, 1995.

[1] ISHIDA, V. K. Estatuto da Criança e do Adolescente – Doutrina e Jurisprudência. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2001. p. 69; citando França, 1972, v. 2, t. 1:45 conceitua guarda como "Guarda de menor é o conjunto de relações jurídicas que existem entre uma pessoa e o mesmo, dimanadas do fato de estar sob o poder ou companhia daquela, e da responsabilidade daquela em relação a este, quanto a vigilância, direção e educação". Ainda sobre o conceito, CAMBI, E. Admissibilidade Excepcional E Condições Para A Concessão Da Guarda Aos Avós Da Criança Ou Do Adolescente Para Atender Situações Peculiares (Exegese Do Art. 33, Par. 2º, Do Eca). Publicada no Juris Síntese nº 31 - SET/OUT de 2001, diz "A guarda das crianças é um poder-dever, disciplinado por um regime legal específico, o qual tem como objetivo garantir aos menores todas as condições materiais e extrapatrimoniais adequadas para a promoção do seu bem-estar e para o desenvolvimento da sua personalidade".

[2] Ver artigos 28 a 32 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

[3] Lei 8.069/90.

[4] A maioridade civil, com a entrada do Código Civil (Lei 10.406/2002) passou a ser 18 (dezoito) anos e não mais 21 (vinte e um), conforme defende VALTER KENJI ISHIDA, em usa obra já citada, p. 70.

[5] SILVA, J. L. M. da. A Família Substituta no Estatuto da Criança e do Adolescente. São Paulo: Saraiva, 1995. p.35.

[6] Sobre este assunto ver CHAVES, A. Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente. 2. ed. São Paulo: LTR, 1997. p. 147. e ISHIDA, V. K. obra citada. p. 69.

[7] A guarda provisória também pode ocorrer "nas separações de casais com filhos menores até que seja solucionada a situação, com a decisão final, sendo que nesses casos o julgamento estará afeto aos juízes de família e não de menores", segundo PAULO LÚCIO NOGUEIRA, Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 42.

[8] NOGUEIRA, P. L. obra citada. p. 41.

[9] In Estatuto da Criança e do Adolescente: Manual Funcional. 1 ed. São Paulo: Oliveira Mendes, 1997. p. 79.

[10] CHAVES, A. obra citada. p. 148; ISHIDA, V. K. obra citada. p. 69.

[11] Para PAULO LÚCIO NOGUEIRA, obra citada. p.41, “A finalidade ou objetivo da guarda é regularizar a posse de fato (...)”.

[12] Conforme o entendimento de SILVA, J. L. M. da. Obra citada. p. 35.

[13] CHAVES, A.obra citada. p. 149 comenta: “Pressupõe-se que a guarda é dada a quem não é pai nem mãe, pois estes, normalmente, a têm, por força do pátrio poder. Nada impede, contudo, que um dos pais requeira a guarda do filho, que se encontrava legalmente com o outro, desde que o menor se encontre em situação irregular, ou para evitar que isso ocorra”.

[14] Deveres dos guardiões disposto no artigo 33, caput, do Estatuto da Criança e do Adolescente.

[15] ANTÔNIO CHAVES, obra citada. p. 150, menciona EDGARD DE MOURA BITTENCOURT: “Conforme o magistério de Edgard de Moura Bittencourt,’a guarda, na verdade, não constitui apensa um elenco de deveres,uma vez que envolve algumas vantagens em favor de quem a exerce, que se pode qualificar de direitos. Assim, direitos morais, como desfrutar da companhia do menor, integrando-o na própria família, e direitos materiais, como, em alguns casos, o usufruto dos bens que o menor venha a adquirir ou que já possua”

[16] ISHIDA, V. K. Obra cit. P. 75. “Em questão de guarda, deve prevalecer o interesse do menor”.

[17] CURY, M.; PAULA, P. A G. de.;MARÇURA, J. N. Estatuto da Criança e do Adolescente Anotado. 2. ed. RT, 2000, p. 45, complementa: “A guarda não implica em prévia suspensão ou destituição do pátrio poder, mas reclama procedimento contraditório sempre que houver discordância de qualquer dos genitores”.

[18] CAHALI, Y. S. Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado. Organizado por Munir Curi, Antonio Fernando do Amaral e Silva e Emilio Garcia Mendez. Ed. Malheiros, p. 127.

[19] No novo Código Civil, a expressão “pátrio poder” foi modificada para poder familiar.

[20] NOGUEIRA, P. L. obra citada. p. 42.

[21] ANTÔNIO CHAVES, obra citada. p. 149 salienta: “Levará sempre em conta, primordialmente, o interesse do menor que agora, ao contrario do que acontecia antes, será sempre ouvido e sua opinião devidamente considerada (art. 28, §1º)”.

[22] ANTÔNIO CHAVES, obra citada. p. 149.

[23] “A guarda poderá ser revogada a qualquer tempo, mediante ato judicial fundamentado, ouvido o Ministério Público”.

[24] Conceitua o princípio do contraditório CARLOS EDUARDO FERRAZ DE MATOS BARROSO, na sua obra Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento. Sinopses Jurídicas. 3. ed. Vol. 11. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 11: "O contraditório é hoje considerado a garantia mais relevante do ordenamento processual e consiste na outorga de efetiva oportunidade de participação das partes na formação do convencimento do juiz que prolatará a sentença. Por ele se possibilita às partes a oportunidade de manifestação a cada fato novo surgido no processo, de modo que, da tese desenvolvida pelo autor e da antítese trazida pelo réu, possa o juiz deduzir a síntese". Ainda sobre o assunto descreve MARIA DA GLÓRIA COLUCCI e JOSÉ MAURÍCIO PINTO DE ALMEIDA, in Lições de Teoria Geral do Processo. 4 ed, Curitiba: Juruá, 2002. p. 32: "Consiste o princípio do contraditório na igualdade de tratamento das partes dento do processo; dever imposto ao juiz e direito reconhecido às partes".

[25] In Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 26.

[26] In Guarda: Estatuto da Criança e do Adolescente – Questões Controvertidas. Curitiba: Juruá, 1999, p. 38.

[27] A palavra "menor", utilizada no antigo e já revogado Código de Menores, foi substituída por "Criança ou adolescente", segundo o Estatuto Da Criança e do Adolescente.

[28] É o mesmo entendimento de ANTÔNIO CHAVES, obra citada. p. 147: "A guarda do menor é uma prerrogativa inerente ao pátrio poder, que o Código civil prevê no art. [1634], II".

[29] Obra citada. P. 70.

[30] CURY, M.; PAULA, P. A G. de.;MARÇURA, J. N. obra citada. p.45.

[31] Segue transcrito o acórdão na íntegra:

MENOR – Guarda – Mãe em lugar incerto e não sabido – Deferimento que independe de anterior decretação da perda do pátrio poder e nomeação de Curador Especial – Inteligência e aplicação dos arts. 33§§1º e 2º e 35 da Lei 8.069/90.

Se a mãe do menor se encontra em lugar incerto e não sabido, desnecessária a anterior decretação da perda do pátrio poder e nomeação de Curador especial, para o deferimento do pedido de guarda formulado por outrem.

RJ 12432-0 (segredo de Justiça) – C. Esp. –J. 14391 – rel. Des. Torres de Carvalho.

ACÓRDÃO – Vistos, relatados e discutidos estes autos de recurso de instrumento 12432-0 acordam, em Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, por votação unânime, em negar provimento ao recurso.

A avó da menor, que a vem criando desde seu nascimento, requereu, assistida pelo douto Curador da Infância da Comarca de Guairá, a guarda provisória de sua neta. Essa

medida foi liminarmente concedida. O Dr. Curador requereu a nomeação de curador especial, face a ausência da mãe, que se encontra em lugar incerto e não sabido e o Magistrado, sustentando exaurida a prestação jurisdicional, desatendeu esse pedido. Inconformado recorre o Dr, Curador e, nesta instância colheu-se parecer da Procuradoria de Justiça que opinou pelo provimento.

O recurso, porém, fica desprovido. Trata-se de pedido de guarda provisória e não de tutela ou de adoção. O Estatuto da Criança e do Adolescente, em pleno vigor, dispõe, em seu art. 33 §1º, que "A guarda destina-se a regularizar a posse de fato, podendo ser deferida liminar ou incidentalmente, nos procedimentos de tutela e adoção, exceto nos de adoção por estrangeiro". O §2º desse mesmo art. 33 da Lei 8.069/90, autoriza deferir-se a guarda "para atender situações peculiares ou suprir a falta eventual dos pais ou responsáveis".

Não é exigida anterior decretação de perda do pátrio poder e, muito menos, exige a lei a prática das formalidades requeridas pelo zeloso Curador da Comarca. Assim, limitado o pedido a guarda da menor, concedida liminarmente, nada mais restava a ser apreciado; daí desprover-se o recurso, salientando-se que, se a mãe se apresentar, reclamando a criança, poderá a guarda ser revogada, na forma prevista no art. 35 do Estatuto da Criança e do Adolescente, o que torna dispensável sua participação no processo, limitado a pedido de guarda para regularizar a situação de fato.

[32] Obra citada. p. 157.

[33] Como lembrado pela Dra. MARIA JOSEFINA BECKER, in Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado – Comentário Jurídicos e Sociais. Obra citada. P. 129.

NAGIMA, Irving Marc Shikasho. **A guarda e o princípio do contraditório.**
Disponível em < http://www.direitonet.com.br/artigos/x/29/08/2908/>. Acesso em 10 de outubro de 2006.