

O Estatuto da Criança e do Adolescente no Novo Código Civil

KÁTIA REGINA FERREIRA LOBO ANDRADE MACIEL

Professora da UERJ

Aspectos ligados ao Poder Familiar, à Guarda e à Tutela

Os temas que ficaram a nosso encargo são o poder familiar, a guarda e a tutela, estes últimos entendidos como modalidades de colocação em família substituta.

O primeiro exame que faremos das inovações do Código Civil de 2002, referentemente aos institutos relacionados aos direitos da criança e do adolescente, diz respeito ao pátrio poder, que recebeu uma roupagem moderna, uma função mais abrangente e passou a denominar-se “poder familiar”. Muita crítica fez-se à manutenção da expressão “poder” desse complexo de direitos e deveres, uma vez que mantém aceso um resquício ultrapassado da terminologia da longínqua família patriarcal romana. Apesar das inúmeras sugestões doutrinárias no sentido de mudar-se a nomenclatura para “autoridade parental”, ou “autoridade familiar”, o legislador civil manteve a expressão “poder” e acrescentou a qualificação “familiar”. Mesmo inadequada a denominação atual, o que nos interessa focar é o conteúdo, e o que nele mudou.

Com efeito, o exercício compartilhado dos pais apreendido pelo novo Código Civil já estava previsto no artigo 21 do Estatuto da Criança e do Adolescente. Trata-se de uma função que deve ser assumida por ambos os genitores, e não somente pelo pai com o auxílio e a colaboração da mãe, o que equivale a dizer que essa correta noção do papel dos genitores vigora desde 1990, com o referido Estatuto, sendo incorporada, como assinalamos, ao novo Código Civil

(*art.1631*). Porém, o conceito tornou-se mais complexo, a partir da Constituição Federal de 1988, como analisaremos a seguir. Compreende-se o instituto como a função compartilhada dos pais, com relação à pessoa e aos bens do filho menor (a maioridade civil foi reduzida para 18 anos), objetivando sempre o melhor interesse desse filho.

No que tange às tradicionais obrigações dos genitores elencadas no Código Civil de 1916, basicamente não há novidades na novel Lei Civil. A propósito, ao lado do dever de bem administrar os bens do filho, de representá-lo ou assisti-lo destacamos os três deveres básicos previstos no Estatuto da Criança e do Adolescente (*art. 22*), as quais sejam: o sustento, a guarda e a educação - obrigações primárias dos pais.

Ressaltamos, todavia, uma omissão importante do legislador civil. O direito da personalidade dos mais relevantes, fundamental para a individualização e a vinculação do ser humano a uma determinada família - o nome (*art. 16 do CC*) - não foi expressamente previsto no rol das obrigações legais dos pais com relação ao filho. É o dever primário dos genitores de conferir-se, imediatamente após o nascimento, o nome ao filho recém-nascido, através do devido registro civil, fornecendo os dados completos (maternos e paternos) para a lavratura da certidão.

Quem milita na área da infância e juventude entende o constrangimento de efetuar-se um registro de nascimento com dados de caridade de uma criança cuja origem de filiação é desconhecida. Por outro lado, são muitas as famílias carentes, cujos pais são identificados, que não foram orientados e não se preocupam em registrar o filho. É indispen-

Palestra proferida no Seminário realizado em 13/09/2002

sável que este direito fundamental seja cumprido e, para tanto, os órgãos públicos devem incentivar e facilitar o acesso ao registro civil. O Ministério Público Estadual, notadamente os órgãos com atribuição de Registro Civil e de Família, precisam fiscalizar com mais eficiência os Cartórios de Registro Civil de Pessoas Naturais, quanto ao cumprimento do artigo 2º da Lei nº 8.560 de 29/12/1992 que impõe ao oficial desse Cartório a obrigação de perquirir junto à mãe da criança que está sendo registrada os dados de paternidade para, a partir daí, notificado o suposto pai, haver o reconhecimento voluntário ou a propositura da ação de investigação para a complementação da certidão com todos os dados de ascendência biológica do menor. A defesa deste direito individual indisponível é uma atribuição constitucional do Ministério Público (art. 127). Certamente, com o apoio do Poder Judiciário, de mãos dadas, esse direito fundamental do ser humano será devidamente respeitado pelos pais.

Não podemos esquecer, logicamente, dos direitos fundamentais do filho menor de 18 anos previstos no artigo 227 da Constituição Federal do Brasil de 1988, como o direito à vida, à saúde, à educação, à alimentação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade, à convivência familiar e comunitária. Também estes direitos devem ser respeitados não só pela sociedade, pelo poder público, mas principalmente pelos genitores.

Ocorre que, no exercício desse poder familiar, é importante que os pais estejam preparados e imbuídos da responsabilidade de exercer plenamente essa autoridade. Na maioria dos casos, entre pessoas muito jovens, por não haver qualquer planejamento ou orientação inicial a imaturidade frente a nova realidade se transforma em ansiedade, nervosismo e, por vezes, em atitudes violentas e negligentes. Existem outros tantos casos em que os pais querem exercer plenamente o poder familiar, mas a falta de recursos financeiros impede ou dificulta o referido exercício. Em comu-

nidades mais carentes, existem inúmeras famílias que, devido ao desemprego ou ao subemprego dos pais, não conseguem garantir a subsistência própria quanto mais a educação e a assistência material dos filhos. Chamamos a atenção do leitor para o fato de que, apesar da falta de recursos não ensejar a perda do poder familiar (*art. 23 do ECA*), efetivamente, no Brasil, a pobreza impede e dificulta o exercício desse poder, na medida em que os filhos, com muita frequência, são entregues aos cuidados do Poder Público, como por exemplo o encaminhamento a abrigo provisório (*art. 101, VII do ECA*).

A interferência de estranhos no exercício ineficiente do poder familiar pelos pais é um tema que diuturnamente alcança mais e mais discussões. Chamamos a atenção do leitor para a vedação inovadora do artigo 1.513 do novo Código Civil: “*é defeso a qualquer pessoa, de direito público ou privado, interferir na comunhão de vida instituída pela família*”. Aparentemente, haveria uma limitação ao controle do poder familiar por constituir política pública o respeito à dignidade familiar. Na realidade, a proibição só ocorre à primeira vista porque através de interpretação sistemática daquela norma com o Estatuto da Criança e do Adolescente e, principalmente, com a Constituição Federal, é inevitável concluirmos haver um aumento progressivo da “*socialização dos deveres familiares*” (expressão formulada por Orlando Gomes).

Realmente, é dever de todos zelar pela dignidade da criança e do adolescente, pondo-os a salvo de qualquer tratamento desumano, violento, aterrorizante, vexatório ou constrangedor (*art. 18 do ECA*). A obrigação, portanto, é conjunta da família, do Poder Público, da sociedade ou de qualquer pessoa salvar o direito prioritário do filho ameaçado pelo atuar impróprio dos pais. Sublinhamos, por exemplo, o artigo 226, parágrafo 8º da Constituição Federal quando estabelece que “*o Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada*

um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações” e o artigo 227 que dispõe ser dever da sociedade e do poder público, juntamente com a família, colocar a salvo crianças e adolescentes “...de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão”.

Assim, pode e deve o poder público e toda a sociedade “denunciar” o descumprimento dos direitos fundamentais de crianças e de adolescentes emanado do mau exercício do poder familiar.

Enumeramos uma série de medidas encontradas no Estatuto da Criança e do Adolescente, de cunho protetivo, às vezes punitivo e, principalmente, preventivo, aplicadas pela autoridade competente, dependendo do elemento volitivo dos pais, pelo exercício inapropriado do poder familiar. São elas: a inclusão em programas de auxílio à família (*parágrafo único do art. 23 do ECA*); medidas protetivas à criança ou ao adolescente (*art. 101, I a VIII do ECA*); medidas aplicáveis aos pais (*art. 129, incisos I a X do ECA*); medida cautelar de afastamento do agressor (*art. 130 do ECA*); aplicação de multa por infração administrada em Representação (*art. 249 do ECA*); Destituição do Poder Familiar (*art. 155 a 163 do ECA*); medidas criminais (*art. 232, 233 e 238 do ECA*), dentre outras.

O Estatuto da Criança e do Adolescente limita a aplicação das medidas protetivas específicas do art. 101 a crianças e aos adolescentes que estejam na situação do artigo 98, ou seja, quando *ambos* os genitores sejam omissos ou faltosos. Para a aplicação das outras medidas, a lei não faz restrição, haja vista que o Estatuto visa a proteção de toda e qualquer pessoa em desenvolvimento menor de 18 anos de idade.

Em sede de Família, com lamentável frequência, constatamos a necessidade da pronta intervenção judicial para evitar que os pais utilizem os direitos dos filhos como instrumento de vingança e ódio um para com o outro. Nota-se, nestes casos, a urgência de aplicar-se a medida de advertência aos pais para que

cessem de causar prejuízos emocionais ao filho. Pergunta-se, então: Existe vedação quanto à aplicação do artigo 129 do ECA nas varas de família, como uma medida preventiva em relação aos desvios do exercício do poder familiar? O citado artigo não faz qualquer referência à autoridade competente para aplicá-lo. O art. 136 do ECA elenca dentre as atribuições do Conselho Tutelar, a de atender e aconselhar os pais ou responsável, aplicando as medidas previstas no art. 129, I a VII. Excluiu-se da relação de atribuições daquele órgão municipal de defesa da criança, as medidas judiciais de perda da guarda, destituição da tutela e suspensão ou destituição do pátrio poder (*art. 129, VIII, IX e X*).

Ora, se o Conselho Tutelar (órgão não jurisdicional) pode aplicar medidas aos pais, não vemos óbices à aplicação daquelas pelos Juizes de Família. Na gradação das medidas aplicáveis aos pais do art. 129 do ECA, têm-se, ainda, os encaminhamentos dos pais a programas de auxílio e a tratamentos diversos, a perda da guarda e a suspensão ou destituição do poder familiar, todas medidas perfeitamente conciliáveis à competência do Juízo de Família. Acreditamos - e vimos agindo assim - que essas medidas podem e devem ser aplicadas também pelas varas de família, e não somente pelas varas de infância e juventude.

Além daquelas previstas no Estatuto, mister salientar a medida de intervenção ao poder familiar consistente na inclusão da família em programas de auxílio (*art. 203 da Constituição Federal/1988*), medidas cautelares de retirada do menor vítima do seio familiar (*artigos 839 e 888, IV e V do Código de Processo Civil*) e sanções penais ligadas ao exercício do poder familiar (*artigos 241 a 249 do Código Penal*).

Assinalamos que a infração administrativa tipificada no art. 249 do ECA mencionada acima, enseja a propositura pelo Ministério Público (*art. 201, X do ECA*) de Representação em face dos pais perante as varas da infância e juventu-

de (art. 194 a 197 do ECA). Para essa medida punitiva, entretanto, há expressa indicação da competência exclusiva da vara menorista (art. 148, VI do ECA).

Visto isso, passemos a comparar o que mudou com relação à extinção do poder familiar. Basicamente, a alteração ocorreu no fato de ter sido acrescida a decisão judicial (de perda do poder familiar) como *causa de extinção*, ou seja, esta passou a ser uma espécie do gênero extinção do poder familiar.

Na relação de causas de extinção do novo Código Civil, além da morte, da emancipação e da maioridade civil, destacaríamos a adoção não só como forma de extinção do poder familiar, mas sobretudo de cessação dos vínculos de parentesco com a família biológica. Melhor esclarecendo, a hipótese de extinção é a adoção com sentença transitada em julgado, e não o mero consentimento dos pais biológicos no sentido de que o filho seja colocado em família substituta pela adoção. Essa anuência é um pressuposto para que não haja litígio na ação de adoção, mas não enseja a automática perda do poder familiar. É erro grave interpretar a concordância dos pais prevista no art. 45 do ECA como pressuposto suficiente para transferir o parentesco e sacramentar a adoção. Como vimos, portanto, somente através de *decisão judicial* há a possibilidade da perda do poder familiar.

Quanto à suspensão do poder familiar, as hipóteses continuam sendo aquelas do Código Civil de 1916, a falta aos deveres, a ruína dos bens dos filhos, a condenação dos pais por sentença criminal irrecorrível a mais de dois anos. Ressaltamos que o *artigo 157 do ECA* permanece vigorando, harmonioso que é com às regras do poder familiar do Código Civil de 2002, pois prevê decisão liminar de suspensão do poder familiar, no curso da destituição desse poder. A importância da suspensão, nestes casos, consiste principalmente em resguardar a integridade física e psíquica da criança vítima de seu agressor.

Cabe, então, a pergunta: Perda do

poder familiar, o que mudou? Essencialmente, as três causas enumeradas no Código Civil de 1916 continuam inalteradas: castigo imoderado, abandono, atos contrários à moral e aos bons costumes. Foi agregada a incidência reiterada nas faltas previstas no artigo 1.637 do novo Código Civil nas causas de privação do poder familiar. Ressaltamos, ainda, como causa propulsora da perda do poder familiar o descumprimento dos deveres básicos (aqueles que destacamos no início: a guarda, o sustento e a educação). Todas as vezes que essas obrigações mínimas não forem observadas ou deixarem os pais de cumprirem ou fazerem cumprir determinações judiciais, poderá configurar justa causa para afastamento do poder familiar (art. 24 do ECA)

E o restabelecimento do poder familiar? O Código Civil de 1916 não previa e o atual também silenciou a esse respeito. Diversos Códigos Civis como por exemplo o francês, o italiano, o português e o espanhol, e aqui na América do Sul, o Código Civil argentino e o peruano, prevêm a recuperação do poder familiar quando os motivos que ensejaram a perda ou a destituição estejam superados. Os pais destituídos poderão, através de ação autônoma, reconquistar o poder familiar perdido. Grandes doutrinadores brasileiros vêm sustentando esta tese há bastante tempo. Apenas para citar alguns ilustres civilistas, Caio Mário da Silva Pereira, Orlando Gomes e Silvio Rodrigues já externavam a viabilidade jurídica desta restauração. Muito embora omissos o Código Civil de 2002, é cabível restabelecer-se o poder familiar com fundamento no artigo 471, I, do *Código de Processo Civil*, uma vez que a relação entre pais e filhos permanece íntegra através dos vínculos de parentesco que os unem - apenas o poder familiar foi suprimido. O mérito a ser apreciado será o desaparecimento da causa motivadora da perda. A questão, todavia, não é tão facilmente enfrentada, porque as conseqüências psicológicas decorrentes daquela medida de perda

por vezes são irreversíveis, enquanto que o afastamento físico dos pais e os filhos acaba por romper sentimentos de afeto e afeição. Por óbvio, se o liame de parentesco entre o filho e os pais destituídos não mais existe, como na hipótese de adoção, não há mais como se recuperar o poder familiar (*artigos 41 e 48 do ECA*).

Com relação ao procedimento e à competência para apreciação da suspensão e da perda do poder familiar, o artigo 2.043 do novo Código Civil expressamente dispõe que as normas de caráter processual estão mantidas em suas leis específicas. Logo as regras procedimentais dos *artigos 155 a 163 do ECA* permaneceram, quais sejam, rito sumário, os mesmos prazos, a mesma cautela e lisura deste processo tão delicado, por suas drásticas conseqüências.

Referentemente à competência para o julgamento das ações de suspensão e de perda do poder familiar, persiste a concorrência entre as varas da infância e da juventude e as varas de família. O fator diferenciador continua sendo o *artigo 98 do ECA*: toda vez que *ambos os pais* forem negligentes, faltosos e omissos, a competência será da infância e da juventude.

Existem, todavia, sugestões abalizadas de militantes da área da infância de tornar exclusivas dos Juizados as questões de violência doméstica, de abuso sexual etc. Contudo, como dissemos anteriormente, melhor será para os jurisdicionados que ambas as varas, isto é, família e infância e juventude estejam aptas para atender e aplicar as normas preventivas, protetivas e punitivas da Lei 8.069/90, dentro de sua esfera de competência.

Asseveramos, no entanto, que para a aplicação das medidas preventivas do artigo 129 do ECA nas varas de família, torna-se indispensável capacitar-se os profissionais atuantes nesta área, incluindo não somente a equipe técnica, mas especialmente Juizes, Promotores e Defensores, de modo que a solução de situações gravíssimas, como de violência do-

méstica, seja, tão ou mais, eficiente e rápida quanto aquela emanada pela vara especializada em infância e juventude.

Nossa experiência em longa atuação nas varas de infância e juventude e também nas varas de família revelou-nos que existe uma discrepância enorme no enfoque que se confere às ações judiciais de proteção à criança vítima de violência. O abuso sexual de uma criança pelos pais, encaminhado ao Juízo Menorista, com bastante freqüência redundando em medidas drásticas como o afastamento imediato do agressor, apresentação e a perda do poder familiar, enquanto que, a violência sexual perpetrada por um só genitor, encaminhada ao juízo de família pelo outro genitor ou familiar, inicia-se e, com assiduidade finaliza-se em mera suspensão de visitaçao do agressor ou a visitaçao vigiada deste, com acompanhamento psicológico da vítima fora do âmbito judicial.

Em pesquisa informal junto à Divisão de Distribuição da Capital e do Cartório da 1ª Vara da Infância e da Juventude da Capital deparamo-nos com números que comprovam o que acima evidenciamos na prática. Com efeito, no período de 1991 a maio de 2002, do total das ações de destituição do poder familiar 93% tramitaram na 1ª Vara da Infância e Juventude, ou seja, nas 18 varas de família da capital houve apenas 7% de ações desta natureza. Totalizaram-se 146 processos tramitando nas 18 varas de família da Capital e 1987 ações na 1ª Vara da Infância e da Juventude.

Deve-se considerar, por oportuno, que o perfil do jurisdicionado da vara menorista é bem diferente e que a atuação direta do Ministério Público e do Judiciário acarreta, realmente, uma abrangência maior de situações. Ademais, tem-se que acentuar que compete à vara de infância a regularização da situação familiar de menores de 18 anos abrigados que estejam em abandono.

Nas varas de família, por outro lado, notamos a preferência dos familiares da criança vitimada pela busca de soluções *fora* do âmbito do Poder Judici-

ário, como por exemplo a inserção do agressor e da vítima em terapia psicológica ou psiquiátrica. Quando tais auxílios se mostram insuficientes, busca-se a via judicial através de ação de perda da guarda ou ação de suspensão de visitas do agressor, sempre deixando a medida de destituição do poder familiar como um derradeiro instrumento jurídico.

Apuramos, ainda, um percentual significativo de ações de adoções, após ou concomitantemente, o julgamento das ações de destituições do poder familiar: 76% das destituições acarretaram a medida de adoção (1.517 processos). Por seu turno, 24% das destituições restantes apenas regularizaram a situação familiar de crianças abrigadas (470 processos). Essas crianças e adolescentes são cadastradas regularmente, conforme dispõe o art. 50 do Estatuto da Criança e do Adolescente, aguardando a indicação para adoção por pessoa (a) habilitada(s). Essa última estatística corresponde aos processos de destituição do poder familiar que tramitaram na 1ª Vara da Infância e da Juventude da Capital, no período de 1991 a maio de 2002.

Enfocaremos, a seguir, duas das modalidades de colocação em família substituta: a guarda e a tutela. A medida protetiva de colocação em família substituta (*art. 101, VIII do ECA*) se desdobra em três modalidades: a guarda, a tutela e a adoção e, para qualquer delas, são utilizadas as normas previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente. Neste sentido, vale lembrar o disposto no art. 28 do ECA: “A colocação em família substituta far-se-á mediante guarda, tutela ou adoção, independentemente da situação jurídica da criança ou adolescente, nos termos desta lei.”

Com relação à tutela, o Estatuto da Criança e do Adolescente destinou apenas três artigos. O primeiro deles (*art. 36*) remete toda a matéria de tutela para a lei civil, e é exatamente assim que procederemos: examinaremos primeiramente as principais alterações do novo Código Civil no que tange a esse instituto.

Fundamentalmente, o instituto

não sofreu transformações em sua finalidade principal: conferir uma família substituta para o menor de 18 anos que não a possui. Assim, depende-se da perda do poder familiar ou da morte dos pais para que seja cabível a tutela (*parágrafo único do art. 36 do ECA*). A roupagem jurídica, portanto, é a mesma. A diferença primordial repousa na ênfase à proteção da criança e do adolescente e à garantia do seu direito a uma convivência familiar. O importante a ser enfatizado na análise da tutela do novo Código é a apreensão da doutrina do melhor interesse do menor e princípios estatutários já sedimentados.

A primeira alteração foi a nomeação do tutor pelos pais em conjunto (*art. 1.729 do CC*). Tornou-se necessário que os pais em testamento, façam a *nomeação conjunta* (não se prevê mais a hipótese do avô nomear, mas somente os pais). Em segundo lugar, não é mais preciso estar o juiz vinculado à ordem de parentes próximos para a nomeação na tutela legítima. O magistrado nomeará como tutor a pessoa que lhe afigurar mais apta ao exercício do múnus (*art. 1.731 do CC*). A terceira mudança é o fato de a mulher casada poder eximir-se de exercer a tutela (*art. 1.736 do CC*). Na quarta alteração, de ordem processual, o prazo legal para escusa do tutor foi ampliado, revogando a norma do Código de Processo Civil a respeito do assunto (serão dez dias a partir da sua designação e não da sua intimação para o ato) (*art. 1.738 do CC*). A opinião da criança ou do adolescente – regra vigente no parágrafo 1º do artigo 28 do Estatuto da Criança e do Adolescente – deve ser considerada e sempre que razoável se procederá à sua oitiva. Essa é a quinta novidade: em se tratando de pupilo adolescente sempre será ouvida a sua opinião acerca da medida (*art. 1.740, III do CC*).

Novas figuras foram incluídas no âmbito da tutela: o pró-tutor e o co-tutor. Prevista nos Códigos Civis portugueses e italiano, o pró-tutor representa um *longa manus* do juiz - é uma pessoa da confiança do magistrado, que acompa-

nha e fiscaliza de perto a administração da pessoa e dos bens do tutelado. Essa nomeação consiste em uma faculdade do juiz (*art. 1742 do CC*). Igualmente estabeleceu-se a figura do co-tutor, que não tem precedente legislativo no Brasil e no exterior. Assenta-se em uma delegação parcial de função do próprio tutor a uma pessoa física ou jurídica, quando os bens do tutelado demandarem conhecimento específico ou administração mais minuciosa, mas sempre dependerá da aprovação do juiz para essa delegação (*art. 1.743 do CC*).

Por fim, foi excluída a obrigatoriedade da hipoteca legal (*art. 1.745 do CC*), seguindo a orientação do art. 37 e parágrafo único do ECA que restaram derogados.

As três primeiras novidades do instituto da tutela mencionadas acima - nomeação pelos pais, tutela legítima e escusa da mulher casada - certamente sofrerão brevemente novas reformulações. A escusa da mulher casada não mais persistirá, por se cuidar de dispositivo evidentemente inconstitucional. Esta regra estabelece diferenciação inadmissível entre homem e mulher, entre a mulher casada e a mulher solteira e, portanto, agride o artigo 5º da Constituição Federal. A tutela legítima e a nomeação pelos pais também sofrerão alterações. O Projeto de Lei 6.960, de autoria do Deputado Ricardo Fiúza, pretende que o juiz não fique adstrito, para a nomeação do tutor legítimo, às pessoas da família do pupilo, podendo escolher qualquer outra sem vínculo familiar com o órfão para exercer a tutela deste. E, mais, o citado Projeto possibilitará a nomeação do tutor pelos pais em separado.

Com relação ao procedimento da tutela permanecem os ditames do Estatuto da Criança e do Adolescente (*art. 165 a 170*) e do Código de Processo Civil (*art. 1.194 a 1.198*). Já referentemente à destituição do tutor, seguir-se-ão as normas do art. 1.194 a 1.198 do Código de Processo Civil.

No tocante à competência, existe concorrência entre a vara da infância, a vara de família, e a vara de órfãos e su-

cessões. Depende, mais uma vez, para a fixação da competência, da prévia verificação da situação jurídica da criança e do adolescente. Se a criança estiver na situação do artigo 98 do ECA, será competente o juiz da infância e da juventude (*art. 148, parágrafo único, a do ECA*). Contudo, sendo os pais falecidos e deixando patrimônio, competente será a justiça orfanológica (*art. 98, II, b do COD-JERJ*). No entanto, se algum parente do menor requerer a tutela daquele juntamente com pedido de destituição do poder familiar dos pais, a competência será da vara de família (*art. 85, I, C do COD-JERJ*).

Para finalizar, passemos à análise da guarda. Excluimos, por evidente, as alterações do novo Código Civil no que concerne à disputa dos pais pela guarda natural dos filhos, por se tratar de matéria diversa da guarda estatutária, entendida esta última como medida de colocação em família substituta.

A guarda estatutária, portanto, é sempre deferida a terceiros. Pode essa guarda se revestir de instrumento de proteção quando destinada a crianças e adolescentes nas hipóteses do artigo 98 do ECA (*art. 101, VIII do ECA*). Neste caso, o(a) requerente, normalmente é pessoa fora do âmbito familiar. Ressalve-se, no entanto, a possibilidade de postulação de guarda estatutária, como medida protetiva, por um parente da criança abrigada pelo fato desta não poder retornar ao convívio dos pais. É evidente que, *in casu*, os pedidos serão apreciados pelo Juízo da Infância ao qual estiver vinculada a criança abrigada ou sob a hipótese do art. 98 do ECA.

Estende-se, igualmente, a guarda estatutária ao dirigente do abrigo que, por sua função, mesmo que provisória, protege e guarda a criança abrigada, representando-a enquanto ela estiver nesta condição (*parágrafo único do art. 92 do ECA*). Em qualquer caso, como dissemos, a guarda permanece sendo regida pela Lei 8.069/90.

Todavia, a guarda como modalidade de colocação em família substituta, como

bem frisado anteriormente, *independe da situação da criança ou do adolescente (art. 28 do ECA)*. Desta maneira, *casos existem fora do art. 98 do ECA*, nos quais faz-se indispensável à transferência da guarda dos pais para terceiros (dentro ou fora do eixo familiar).

Nesta trilha, o Código Civil de 2002, inova no parágrafo único do artigo 1.584: “*Verificando que os filhos não devem permanecer sob a guarda do pai ou da mãe, o juiz deferirá a guarda à pessoa que revele compatibilidade com a natureza da medida, de preferência levando em conta o grau de parentesco e relação de afinidade e afetividade, de acordo com o disposto na lei específica*”. A primeira questão que se apresenta é a da competência, tendo em vista que a norma atual amplia a transferência da guarda para *terceiros não familiares*, diversamente do que rezava o parágrafo 2º do art. 10 da Lei nº 6.515/77.

Parece-nos que a norma em tela, a princípio, trata de disputa pela guarda do filho em vara de família. Dúvidas não há de que anuindo os pais à entrega do filho em guarda para terceira pessoa, desde que lícita a motivação, o deferimento caberá ao Juiz de Família. Se terceira pessoa postula a guarda de criança que está sob os cuidados dos pais ou vice e versa a vara de família permanece competente. Em qualquer caso, sempre que possível, será resguardado aos pais o direito de visitarem o filho colocado sob a guarda de terceiros (*art. 1.589 do CC*), evitando-se o desfazimento dos laços de afetividade parental.

A questão torna-se tormentosa, entretanto, quando no trâmite de processo de guarda ou mesmo de dissolução de sociedade conjugal ou de união estável perante a Justiça de Família, ficar evi-

denciado que *ambos* os pais são faltosos, negligentes, omissos ou violentos, ou seja, a criança estiver na hipótese do artigo 98 do ECA. Poderá o Juiz de Família apreciar a questão da guarda, apesar de ser o juiz menorista a autoridade competente? Como regularizar a situação da criança observando o melhor interesse desta? Desmembrar o processo e encaminhar a solução da guarda da criança para a Vara da Infância? Deferir-se a guarda provisória, até que a situação seja regularizada pelo juízo competente? Decretar a perda da guarda (*art. 129, VIII do ECA*)? Pode o direito indisponível e prioritário do filho à convivência familiar (*art. 227 da CF/88 c/c art. 4º do ECA*) aguardar a discussão, muitas vezes, demorada da dissolução do vínculo afetivo dos pais?

Indubitavelmente, a aplicação do parágrafo único do art. 1.584 do CC merece reflexão apurada do leitor. Acreditamos, porém, que, em se tratando de medida de natureza urgente, mesmo incompetente, o Juiz de Família, de ofício, deverá regularizar a guarda desta criança conferindo o múnus provisoriamente à pessoa com quem esta possua afeição e afinidade, preferencialmente aos familiares. Prevê o art. 1.586 do CC que o juiz, em qualquer caso, havendo motivos graves, poderá a bem dos filhos, regular de maneira diferente a situação deles para com os pais.

Por derradeiro, continua regida a guarda como modalidade de colocação em família substituta pelo procedimento disposto no Estatuto, *nos artigos 165 a 170*, e a competência, como já havíamos assinalado, é concorrente entre a vara de família (*art. 85, I, e do CODJERJ*) e a vara da infância (*art. 148, parágrafo único, a do ECA*). ☐