

## **GUARDA PLEITEADA PELOS AVÓS**

*Filipe R. Murad Semião, advogado*

A respeito da proteção assegurada ao menor, a Constituição Federal de 88, estabelece no artigo 227:

*"É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão".*

O Estatuto da Criança e do Adolescente, por sua vez, dispõe no artigo 4º:

*"É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do Poder Público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária".*

Portanto, os diplomas acima citados asseguram ao menor ampla proteção, impondo ao Poder Público, à família e à sociedade o dever de garantir a plena eficácia dos direitos fundamentais que lhes são assegurados constitucionalmente.

O instituto da guarda, disciplinado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, não destoia dessa finalidade, voltando-se precipuamente a assegurar a proteção do menor e a garantia da plena eficácia de seus direitos individuais.

A guarda, embora muitas vezes preceda a uma tutela ou adoção, não se destina exclusivamente a essa finalidade, podendo ser concedida com o objetivo de assegurar o pleno exercício pelo menor de seus direitos fundamentais.

Sobre a finalidade da guarda, disserta **JOSÉ DE FARIA TAVARES**:

*"Similar da tutela, desta difere por visar precipuamente o zelo pela pessoa e, por extensão, secundariamente, dos seus interesses materiais, enquanto a tutela, apesar do encargo de defesa da pessoa, tem predominante, embora não exclusivo, sentido econômico-patrimonial.*

*A guarda é instituto essencialmente de direito personalíssimo. Tem em vista a especial proteção à personalidade humana do acolhido, tanto que ela é bastante quando não há interesses materiais a gerir, embora possa e deva se ocupar disso, se for o caso. Tutela, embora tenha a incumbência de velar pela pessoa do pupilo, tem como incumbência de maior vulto, tradicionalmente, a gestão de interesses e bens patrimoniais". (Direito da Infância e da Juventude, Ed. Del Rey, 2001, pág. 143).*

Portanto, ao se analisar a possibilidade de concessão da guarda, deve-se analisar, acima de tudo, se essa medida será benéfica ao menor, se o deixará em situação mais favorável, não só do ponto de vista material, mas também do afetivo, do que se estivesse sob a guarda de seus pais biológicos.

A guarda se encontra disciplinada pelo artigo 33, da Lei 8069/90 - Estatuto da Criança e do Adolescente, que prescreve:

*"A guarda obriga à prestação de assistência material, moral e educacional à criança ou ao adolescente, conferindo ao seu detentor o direito de opor-se a terceiros, inclusive aos pais.*

*§1º - A guarda destina-se a regularizar a posse de fato, podendo ser deferida, liminar ou incidentalmente, nos procedimentos de tutela e adoção, exceto no de adoção por estrangeiros.*

*§2º - Excepcionalmente, deferir-se-á a guarda, fora dos casos de tutela e adoção, para atender a situações peculiares ou suprir a falta eventual dos pais ou responsável, podendo ser deferido o direito de representação para a prática de atos determinados."*

De acordo com o Estatuto da Criança e do Adolescente, a guarda pode ser concedida, de maneira liminar ou incidental nos procedimentos de tutela e adoção, para regularizar posse de fato, ou excepcionalmente, com o objetivo de atender a situações peculiares ou suprir a falta eventual dos pais.

Percebe-se, assim, que, ao tratar no §2º, do artigo 33, de hipóteses especiais de concessão da guarda, fora dos casos de posse de fato, adoção e tutela, permitiu o legislador a utilização dessa medida, quando necessária e recomendável à garantia de bem estar do menor, e da plena efetividade de seus direitos fundamentais.

Ao estabelecer essa espécie peculiar de guarda, o objetivo do legislador foi criar meios de garantir a plena eficácia do artigo 227, da Constituição Federal.

Objetiva-se, com a guarda, garantir à menor o exercício de seus direitos básicos, a saber, vida, saúde, alimentação, educação, lazer, cultura, dignidade e respeito.

Ademais, a solução de questões como a de guarda, deve se nortear pelo bem estar da criança e sua estabilidade emocional e financeira.

Neste sentido, já decidiu em diversas oportunidades o Tribunal de Justiça de Minas Gerais, *in verbis*:

*"GUARDA DE MENOR - CONCESSÃO AOS AVÓS MATERNOS COM OS QUAIS JÁ CONVIVE - AUSÊNCIA DE CONDIÇÕES PATERNAS - RECONHECIMENTO DA SITUAÇÃO PECULIAR LEGAL - INTELIGÊNCIA DO DISPOSTO NO §2º, ART. 33, ECA. - O parágrafo 2º do art. 33 do Estatuto da Criança e do Adolescente oferece suporte legal à pretensão e ao deferimento da concessão da guarda aos avós, que já sustentam, amparam e*

*convivem com o menor, quando se demonstra e se reconhece estar o menor em situação peculiar, suprimindo, ainda a evidente falta de condições paternas para o sustento." (Apelação Cível n. 1.0000.00.276233-4/000, Primeira Câmara Cível, Rel. Des. Geraldo Augusto, DJ 04.10.02)*

*"APELAÇÃO CÍVEL - GUARDA PLEITEADA PELOS AVÓS MATERNOS - DEFERIMENTO EM PRIMEIRO GRAU - RECURSO DO MP - ALEGAÇÃO DE FINS PREVIDENCIÁRIOS - GUARDA DE FATO - ART. 33 DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE - PECULIARIDADES DEMONSTRADAS - RECURSO IMPROVIDO. Apesar da referência feita quanto à inclusão do neto em previdência social e plano de saúde dos avós, será concedida a guarda quando presentes as peculiaridades previstas no §2º do art. 33 da Lei 8069/90 e o menor já se encontrava na posse dos requerentes." (Apelação Cível n. 1.0000.00.265425-9/000, Sexta Câmara Cível, Rel. Des. Roney Oliveira, DJ 10.10.02)*

*"CIVIL - GUARDA DE MENOR - AVÓS - SITUAÇÃO PECULIAR - EXTINÇÃO DO FEITO, POR IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. A teor do disposto no §1º do artigo 33 do ECA, a guarda obriga à prestação de assistência material, moral e educacional à criança ou adolescente, conferindo a seu detentor o direito de opor-se a terceiros, inclusive aos pais, destinando-se a regularizar a posse de fato, podendo ser deferida, liminar ou incidentalmente, nos procedimentos de tutela e adoção, exceto no de adoção por estrangeiros. Apelo provido."*

(Apelação Cível n. 1.0000.00.242814-2/001, Quarta Câmara Cível, Rel. Des. Célio César Paduani, DJ 27.02.02)

*"REQUERIMENTO DE GUARDA DE MENORES FEITO POR AVÓS MATERNOS - REGULARIZAÇÃO DE SITUAÇÃO DE FATO JÁ EXISTENTE - ASSUNÇÃO DOS BENEFÍCIOS PREVIDENCIÁRIOS - POSSIBILIDADE - DEFERIMENTO DO PEDIDO INICIAL - APELAÇÃO DESPROVIDA. Se o pedido de guarda feito por avós maternos visa, além dos fins previdenciários, regularizar uma situação de fato já existente e comprovada nos autos, deve o mesmo ser deferido. Os benefícios previdenciários são conseqüência natural advinda da guarda pleiteada, 'ex vi' do art. 33, § 3º, do Estatuto da Criança e do Adolescente. Apelação desprovida." (Apelação Cível n.º 1.0000.00.336989-9/000. Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Relator Des. Eduardo Andrade. j. 19.08.2003).*

Portanto, a concessão da guarda nesses casos, tem de beneficiar, sobretudo, o menor, que terá, sob a guarda dos avós, a segurança de que suas necessidades básicas, não só materiais, mas afetivas, serão sempre atendidas.

*Sub censura.*

Ponte Nova, agosto de 2012.

**Filipe R. Murad Semião, adv.**

OAB/MG 124.847