

Guarda de crianças e de adolescentes e o Projeto de Reforma do Código Civil: Proposições e possíveis efeitos das sugestões (não) apresentadas

Custody of children and adolescents and the Civil Code Reform Project: Propositions and possible effects of the suggestions (not) presen

Marcelo de Mello Vieira¹

Resumo: A modificação de um código deve ser feita com extremo cuidado, já que pode trazer impactos diretos em diversos institutos jurídicos, presentes, inclusive, em outras normas. Nesse sentido, este trabalho tem como objetivo analisar os impactos que as possíveis modificações previstas no projeto de reforma do Código Civil podem ter sobre a guarda de direito da criança e do adolescente. Para tanto, foi utilizada a revisão bibliográfica que parte da análise do produto das subcomissões e da comissão geral e as conjuga com outros documentos legislativos e trabalhos de autores nacionais. Por fim, concluiu-se que o legislador

1 Doutor em Direito Privado pela PUCMINAS. Mestre em Direito pela UFMG. Professor da PUCMinas.

não se atentou aos preceitos do direito da criança e do adolescente para propor tais modificações.

Palavras-chave: Guarda. Direito de família. Direito da criança e do adolescente. Doutrina da Proteção Integral.

Abstract: Modifying a legal code requires extreme care, as it can have direct impacts on several legal institutes, including those present in other laws. In this sense, this work aims to analyze the impacts of possible changes proposed in the civil code reform project on the legal custody of children and adolescents. To this end, a bibliographical review was conducted, starting from the analysis of the product of the subcommittees and the general committee and combining them with other legislative documents and works by national authors. Finally, it was concluded that the legislator did not fully consider the precepts of the rights of children and adolescents when proposing such changes.

Key-words: Child custody. Family law. Rights of children and adolescents. Doctrine of Integral Protection.

1. Introdução

Qualquer mudança de lei deve ser pensada com cuidado, pois, além dos efeitos previstos pelo legislador, toda modificação também pode ter reflexos indesejados no ordenamento jurídico, muitas vezes causando contradições ou distorções. Alterar um código civil é especialmente difícil, posto que se trata de uma lei cujas disposições espraiam para todo o sistema jurídico nacional e, em tese, de um sistema

harmônico e completo, no qual fraturas podem ocorrer com facilidade.

O Código Civil brasileiro (CCB/2002) já nasceu sendo alvo de críticas por não estar totalmente de acordo com a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CR-FB/1988)² e, ao longo do tempo, recebeu muitas alterações com o intuito de se adequar à lei maior e atender a novas necessidades da sociedade. Contudo, nenhuma dessas alterações foi tão substancial quanto aquela proposta pela comissão de juristas responsável pela revisão e atualização do Código Civil nomeada pelo presidente do Senado Federal, senador Rodrigo Pacheco, e instalada no dia 28 de agosto de 2023. O objetivo era uma atualização do CCB/2002 em todos os seus livros e, por essa razão, a comissão foi dividida em subcomissões, cada uma responsável por uma área do Direito Civil.

Se, por um lado, essa metodologia otimiza o tempo – que era bem escasso, apenas 180 dias –, por outro, ela aumenta a chance de contradições pela falta de uma visão global. Sabendo que, nessa comissão, não havia nenhum jurista especializado em Direito da Criança e do Adolescente e que civilistas, geralmente, desconsideram as normas específicas desse microssistema, compreender os reflexos das propostas do Anteprojeto nesta área passou a ser um tema de suma importância. Como muitos temas que estão no CCB/2002 também integram o Direito infantoadolescente, a guarda foi eleita como o instituto a ser analisado.

Este trabalho, de cunho jurídico-compreensivo, focará exclusivamente a análise dos efeitos das propostas apresentadas nas subcomissões e no relatório geral sobre o instituto da guarda de crianças e de adolescentes, buscando determinar se tais reflexos estariam de acordo com o tratamento constitucional dado às crianças e aos adolescentes.

2 FIÚZA, 2007. p.70.

Para tanto, primeiramente será trabalhada a guarda, tanto do ponto de vista do Direito de Família quanto das normas do direito infantoadolescente, a fim de descrever o conteúdo do instituto e a sua função atual à luz da Doutrina da Proteção Integral da Criança. Posteriormente, serão analisadas as propostas apresentadas pela subcomissão de Direito de Família em relação à guarda de filhos, com o objetivo de refletir sobre os efeitos que essas propostas teriam se tivessem sido apreciadas por toda comissão de reforma e atualização. Por fim, o foco do trabalho será examinar os reflexos das propostas de alteração na guarda de terceiros.

A metodologia utilizada é uma revisão bibliográfica que parte da análise do produto final das subcomissões e da comissão geral, conjugando-o com outros documentos legislativos e trabalhos de autores nacionais. É importante consignar que o Anteprojeto de reforma foi apresentado recentemente e, por essa razão, ainda há pouca literatura sobre ele.

2. Guarda de crianças e de adolescentes no Direito brasileiro: por uma visão do instituto a partir do direito infantoadolescente

Quando se trata de guarda de crianças e de adolescentes no Brasil, existem dois regramentos distintos.³ Dentro do Direito de Família, a guarda é um instituto destinado à relação entre pais e filhos, ligado ao poder familiar e que ganha

3 No direito nacional, a guarda também pode ser referente a um bem e, nesses casos, geralmente, ela vem acompanhada de um dever de conservação. Na redação atual do CCB/2002, os animais são considerados bens (art. 82). O projeto de reforma do código propõe a modificação desse entendimento para considerá-los com seres sencientes com uma proteção jurídica própria e determina a aplicação das normas referentes aos bens até que normatização própria seja editada (art. 91-A).

relevância quando não há sociedade conjugal. O CCB/2002 conceitua os dois modelos de guarda por ele tratados – unilateral e compartilhada –, preceitua alguns direitos e deveres em cada uma dessas modalidades e estabelece que, em regra, cabe aos pais regular o regime de convivência. O mesmo código estabelece ainda que, não havendo consenso entre eles, mas ambos tendo condições de exercer esse múnus, cabe ao magistrado impor a guarda compartilhada (arts. 1.583 e 1.584). O CCB/2002, também, prevê que o juiz pode alterar essa regulamentação quando houver motivos graves e, excepcionalmente, nomear uma terceira pessoa como guardião, quando verificar que os pais não reúnem condições de proteger o filho (arts. 1.585 e 1.584, §5º, respectivamente).

O Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/1990) traz uma visão mais ampla desse instituto, colocando-o dentro de um contexto maior, que é o direito fundamental de crianças e adolescentes à convivência familiar. Trata-se aqui do direito da criança e do adolescente de “ser criado e educado no seio de sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente que garanta seu desenvolvimento integral” (art. 19 da Lei n. 8.069/1990). A guarda tratada por esse estatuto é uma modalidade de inserção de crianças e de adolescentes em família substituta, e não na família natural, como trabalhada no CCB/2002. O Estatuto da Criança e do Adolescente também obriga o guardião à “prestação de assistência material, moral e educacional à criança ou adolescente” e confere a ele o direito de oposição a terceiros, inclusive aos pais (art. 33 da mesma lei). Em regra, a guarda não confere ao guardião o direito de representar ou assistir a criança e/ou adolescente na prática de atos civis⁴; seu conteú-

4 José Luiz Mônaco da Silva ensina que o guardião é responsável legal, mas não representante legal, justamente por não ter poderes de representação

do se restringe essencialmente ao cuidado diário e aos atos relacionados aos deveres descritos no mencionado art. 33 da Lei n. 8.069/1990.⁵ Note-se que a guarda pode conviver com o poder familiar dos pais, situação em que também é dever do guardião fazer a mediação com os genitores, já que estes ainda detêm os demais atributos do poder familiar.

Todavia, o fato de haver um duplo tratamento legal não significa que se trate de dois institutos jurídicos diferentes.⁶ Analisando os dispositivos sobre a guarda, fica claro que esse tratamento só existe porque há uma criança ou um adolescente que deve, necessariamente, ser compreendida a partir do tratamento constitucional dado a esse público.

No que diz respeito a esse tratamento constitucional, vale ressaltar que o art. 227 da CRFB/1988 sintetiza a Doutrina da Proteção Integral, reconhecendo a população infantoadolescente como sujeitos de direitos fundamentais e impondo à família, ao Estado e à sociedade o dever de assegurar, a todas as crianças e adolescentes, os direitos ali descritos⁷, com prioridade absoluta. Tal doutrina reconhece a vulnerabilidade inerente à população infantoadolescente, dando a ela uma proteção especial baseada no cuidado⁸ e em

ou assistência (SILVA, 1995, p. 40).

5 Para José Luiz Mônaco da Silva, “quando se tratar de ato que tenha estreita ligação com os postulados da guarda, o guardião poderá, nos termos do art. 33, *caput*, do Estatuto, exercê-los, tais como efetuar matrícula escolar, participar de reunião de pais e mestres e desempenhar outros encargos similares”. (SILVA, 1995, p. 40).

6 SIMÃO, 2016 e LAURIA, 2003, p. 63.

7 Tânia da Silva Pereira ensina que a Doutrina da Proteção Integral consagra direitos específicos às crianças e aos adolescentes em razão da condição especial de desenvolvimento em que elas estão e afirma que as políticas públicas para efetivação desses direitos devem agir a partir a integração de Estado, família e sociedade. (PEREIRA, 2008, p. 22)

8 Para Helena Barboza, o cuidado é valor e dever jurídico, que pode ser extraído dos “diversos direitos fundamentais consagrados pela

garantir o desenvolvimento pessoal saudável e a formação de um cidadão autônomo e participativo⁹.

Enquanto o Estatuto da Criança e do Adolescente foi elaborado à luz da Doutrina da Proteção Integral, o mesmo não se pode dizer sobre o CCB/2002, que ainda segue apegado à visão privatista do Direito Civil, subjugando os filhos ao poder familiar dos pais. Para Elisa Cruz, dessa doutrina reforça os deveres parentais e modifica seu fundamento que antes era do sistema de incapacidades para a suposta proteção da criança para o dever do exercício da parentalidade responsável,¹⁰ o que muda totalmente a forma de conceber o instituto.

Para se compreender a guarda de crianças e adolescentes atualmente, é preciso colocá-la dentro do panorama constitucional previsto para a população infantoadolescente. É necessário que se busque uma nova noção de microssistema que vá além de somente uma lei especial e que congregue todos os instrumentos normativos sobre um determinado tema, independentemente da lei em que ele se encontra.¹¹ Isso significa que os princípios do microssistema do Direito da Criança e do Adolescentes devem permear a interpretação das normas do Direito Civil, o que inclui o poder familiar, a guarda, os alimentos etc.

Especialmente quando se pensa na guarda, a aplicação da metodologia do diálogo das fontes ganha bastante relevância, já que ela facilita a necessária interpretação conjunta das

Constituição da República e constitui a base dos direitos fundamentais da criança e do adolescente, indicados no art. 277 da Lei Maior". (BARBOZA, 2011, p. 88).

9 CUSTÓDIO; ZARO, 2022, p. 35.

10 CRUZ, 2021, p. 56.

11 VIEIRA, 2020, p. 139.

normas do CCB/2002 e da Lei n. 8.069/1990.¹² Para Cláudia Lima Marques, esse diálogo das normas por ocorrer de três formas:

a) uma lei pode servir de base conceitual para a outra (diálogo sistemático de coerência), especialmente se uma lei é geral e a outra especial; se uma é a lei central do sistema e a outra um mi-crossistema específico; b) uma lei pode complementar a aplicação da outra, a depender de seu campo de aplicação no caso concreto (diálogo sistemático de complementariedade e subsidiariedade), tanto suas normas, quanto seus princípios e cláusulas gerais podem encontrar uso subsidiário ou complementar, “diálogo” é exatamente no sentido contrário da revogação ou ab-rogação clássicas, em que uma lei era superada e “retirada” do sistema pela outra; e, por fim, c) há o diálogo das influências recíprocas sistemáticas, como a redefinição do campo de aplicação, a transposição das conquistas do *Richterrecht* (Direito dos Juízes) alcançadas em uma lei para a outra, influência do sistema especial no geral e do geral no especial (diálogo de coordenação e adaptação sistemática). (MARQUES, 2012, p. 32).

Em primeiro lugar, deve se esclarecer que a guarda passa a ser um instituto que está dentro do Direito da Criança e do Adolescente, independentemente de qual lei que trate dela. Com isso, ela integra necessariamente a proteção especial dada ao público infantoadolescente e objetiva, como toda essa área do direito, o cuidado com a criança e com o adolescente visando assegurar o seu desenvolvimento saudável. Em segundo lugar, seu fundamento é único, a efetivação do direito à convivência familiar, ou seja, preponderantemente

12 Como ensina Cláudia Lima Marques, “o [D] diálogo das fontes, que, no direito brasileiro, significa a aplicação simultânea, coerente e coordenada das plúrimas fontes legislativas, leis especiais (como o Código de Defesa do Consumidor e a lei de planos de saúde) e leis gerais (como o Código Civil de 2002), de origem internacional (como o Código Aeronáutico e as mudanças do Código de Defesa do Consumidor), que, como afirma o mestre de Heidelberg, tem campos de aplicação convergentes, mas não mais totalmente coincidentes ou iguais.” (MARQUES, 2012, p. 19-20).

em família natural (guarda de filhos quando não houver sociedade conjugal entre os pais), e, excepcionalmente, em família substituta (guarda de terceiros), quando houver comprovação fática de que os genitores não podem ou não devem exercer esse múnus, seja temporariamente ou não, e quando esse for o instrumento mais adequado ao caso concreto.¹³

Partindo desses pressupostos, nota-se que as disposições do CCB/2002 não se preocupam em conceituar a guarda ou delimitar a sua extensão, o que faz com que haja a errônea ideia de que a concessão de guarda unilateral afasta um dos pais dos outros atributos do poder familiar. Como dito anteriormente, a lei civil foca em diferenciar guarda unilateral (historicamente regra no direito nacional) de guarda compartilhada, uma modalidade relativamente recente que deixaria (novamente) claro que a concessão da guarda unilateral não modifica os direitos e deveres dos pais para com os filhos (art. 1.579 do CCB/2002), isto é, ambos genitores ainda detêm o poder familiar.

Como já exposto, é a Lei n. 8.069/1990 que delimita a extensão da guarda em seu art. 33, e esse conteúdo deve também ser o mesmo da guarda de filhos. Nesse sentido, Elisa Cruz ensina que

[O] foco central da guarda deve ser a atividade de cuidado, mas sem esquecer dos cuidadores e das pessoas sob o cuidado.

O artigo 33 do Estatuto da Criança e do Adolescente cumpre a melhor dessas funções do que o artigo 1.583, §1º, do Código Civil de 2002, pois define guarda como dever de prestar assistência moral, material e educacional. Apesar de destacar três finalidades da guarda (moral, educacional e material), a valoração recai sobre a assistência e atendimento às necessidades da criança, o

13 Nesse contexto, permanece possível afirmar que a guarda de filhos é um dos atributos do poder familiar, já que este também passou a ser compreendido com um instrumento de efetivação do mesmo direito à convivência familiar.

que significa dizer que o elemento central desse conceito é a atividade de cuidado.¹⁴

Nota-se, portanto, que utilizando a metodologia do diálogo das fontes, essas normas se complementam. Mas não só elas. Se, mesmo na discussão da guarda de filhos, o magistrado entender que a criança ou adolescente deve ser colocado na guarda de um terceiro (art. 1.584, §5º do CCB/2002), ele deve utilizar as normas dos arts. 28 a 32 do Estatuto da Criança e do Adolescente, que são aplicáveis à inserção de guarda em família substituta. Da mesma forma, os princípios da Convenção dos Direitos da Criança e do Adolescente de 1989 – preservação do direito à saúde e ao desenvolvimento e da participação (arts. 6º e 12) – e o direito à autonomia progressiva (art. 5º) também devem ser observados. Essa aplicação conjunta e harmoniosa da Convenção dos Direitos da Criança, do CCB/2002 e do Estatuto da Criança e do Adolescente é que dá a real amplitude da guarda no direito brasileiro: um instituto protetivo, focado nos deveres de cuidado e na prestação de assistência educacional, material e moral, ficando seu detentor habilitado a praticar atos referentes ao cumprimento desses deveres.

3. Propostas de alterações no regime de guarda dos filhos: as regras que não foram votadas

A subcomissão de Direito de Família apresentou propostas de modificação do regime de guarda embasadas nos enunciados ns. 603 a 605, 607, 671 e 672 das jornadas de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal e na necessidade de ampliar o tempo de convivência e reforçar a divisão das

14 CRUZ, 2021, p. 130.

responsabilidades de ambos os pais na criação dos filhos.¹⁵ A proposta apresentada sugeria a revogação dos parágrafos 1º ao 4º do art. 1.583 e dos arts. 1.584 e 1.587 a 1.589, além de dar nova redação aos arts. 1.583, §5º;¹⁶ 1.584, §6º – que se tornou o art. 1.583-H –; 1.585; 1.586; 1.589, parágrafo único¹⁷; e 1.590. A essência desses dispositivos foi mantida, mas eles se tornaram mais adequados ao direito nacional de hoje. Outras inovações positivas foram as propostas de dupla residência aos filhos cujos genitores não moram juntos, estabelecendo como domicílio legal as casas de ambos os pais (art. 1.583-B) e o reforço do compartilhamento das responsabilidades parentais (arts. 1.583 e 1.583-A *caput*).

Uma alteração que poderia ser positiva foi a inclusão do art. 1.583-D, que determinava que o juiz, considerando os subsídios técnicos de uma equipe interdisciplinar, estabeleceria um plano de parentalidade quando não houvesse

15 SENADO FEDERAL, 2024a, p. 125-126.

16 O art. 1.583 §5º prevê o direito do genitor não guardião, ou seja, refere-se exclusivamente à guarda unilateral, de fiscalizar o exercício da guarda, podendo ele “solicitar informações e/ou prestação de contas, objetivas ou subjetivas, em assuntos ou situações que direta ou indiretamente afetem a saúde física e psicológica e a educação de seus filhos”. O novo dispositivo sugerido recebeu a numeração de art. 1.583-C e previa o direito de qualquer dos pais, independentemente do regime de guarda, de ser informado e participar das decisões referentes à saúde e à educação do filho. Seu parágrafo único estabelecia que esclarecimentos quanto ao gasto da verba alimentar só poderiam ser exigidos quando houvesse indícios de má utilização desses recursos. Essa alteração seria importante para evitar o uso do direito de exigir a prestação de contas com o intuito de tumultuar a vida de um dos genitores, mesmo quando não haja indícios de uso indevido da verba alimentar.

17 Esse dispositivo ganhou a numeração de art. 1.589-A e teve seu alcance ampliado, já que estendeu o direito de convivência da criança e do adolescente a todas as pessoas com as quais elas tenham laços de afetividade e não apenas aos avós. Essa pequena mudança já representaria um ganho, uma vez valoriza as relações benéficas para os destinatários do direito, e não só a família.

consenso dos pais quanto ao exercício da guarda, devendo o plano prever a divisão equilibrada de tempo entre os genitores. Contudo, esse dispositivo peca ao não prever qual seria o conteúdo mínimo desse plano de parentalidade. O Código Civil argentino também prevê a realização desse plano, mas possibilita que os pais o apresentem, e nele devem constar obrigatoriamente quais são as responsabilidades de cada pai, como será o regime de tempo, qual o local o filho ficará com cada genitor (inclusive em feriados, férias e outras datas) e como se dará a comunicação de um pai com o filho enquanto este estiver na companhia do outro pai (art. 655). O mesmo dispositivo ainda determina que os pais devem promover a participação do filho na criação ou modificação desse plano. Uma outra crítica que pode ser feita tanto a essa proposta quanto ao *caput* do art. 1.583-A é o uso da expressão “divisão equilibrada de tempo”. Pela justificativa apresentada junto à proposta, não fica claro em que medida essa divisão seria igualitária ou quais seriam os critérios para que esse equilíbrio fosse encontrado.

O mencionado art. 1.584, §5º, do CCB/2002 – que ganharia nova numeração, tornando-se o art. 1.583-G¹⁸ – também merece crítica. Se, por um lado, ele, positivamente, passou a fazer expressa referência à família extensa, por outro, ele menciona “a algum membro da família extensa que mantenha relações de afinidade e afetividade”.¹⁹ Existe um erro técnico. O parágrafo único do art. 25 do Estatuto da Criança e do Adolescente estabelece que família ampliada ou extensa é “aquela que se estende para além da unidade pais e filhos ou

18 Art. 1.583-G. Se o juiz verificar que nenhum dos pais tem condições de exercer os deveres parentais, concederá a guarda do filho a algum membro da família extensa que mantenha relações de afinidade e afetividade. (SENADO FEDERAL, 2024a, p. 118).

19 SENADO FEDERAL, 2024a, p. 119

da unidade do casal, formada por parentes próximos com os quais a criança ou adolescente convive e mantém vínculos de afinidade e afetividade”. Isso significa que, para se configurar família extensa, é necessária a presença conjunta de quatro elementos: 1- parentesco próximo, 2- convivência, 3- afinidade e 4- afetividade.²⁰ A redação apresentada é redundante ao exigir a família extensa com liames de afetividade e afinidade, já que a existência dessas relações integra a própria noção de família ampliada e põe em dúvida se a comissão sabe o que é a família extensa.

A inclusão do art. 1.587 causam espanto, já que um dos nortes da reforma era atualizar o CCB/2002 com entendimentos já pacificados pela literatura e pelos tribunais. Nesse aspecto, a inclusão desse tema parece ter mais a ver com bandeiras pessoais dos membros da comissão do que com temas sedimentados na prática jurídica brasileira.

Embora não faça referência expressa, o proposto art. 1.583-F, §1º versa sobre a prática de condutas que hoje são tratadas pelo ordenamento nacional como atos de alienação parental, tal como previstos na Lei n. 12.318/2010. Causa estranheza essa previsão por dois motivos. Primeiro, por já haver uma lei específica que trata sobre o tema e, segundo, porque os efeitos dessa lei já estão sendo alvo de intenso debate, havendo uma parcela da população brasileira que se manifesta favoravelmente à revogação dessa legislação. Dessa forma, também é uma questão que está em discussão, não sendo pacífica.

Outro ponto que merece destaque é art. 1.583-A, §2º, indiretamente reconhece a possibilidade de responsabilização civil pelo abandono afetivo, tema que não contava com respaldo da jurisprudência do STJ. O abandono afetivo era rejeitado pela 3ª e 4ª Turmas daquela corte, que excepcional-

20 TEIXEIRA; VIEIRA, 2015, p. 22.

mente reconheceram a responsabilidade civil pelo descumprimento do dever de cuidado, e não pela falta do amor. O voto da ministra Nancy Andrighi no julgamento do recurso especial n. 1.159.242/2012 é o divisor de águas dessa questão e resume o entendimento da corte na frase “[E] em suma, amar é faculdade, cuidar é dever”.²¹²² Contudo, essa questão restou superada ante a promulgação da Lei n. 15.240/2025, que modificou o Estatuto da Criança e do Adolescente e incluiu diversos dispositivos sobre o tema cujos conteúdos deveria estar no Código Civil, já que fazem mais sentido serem tratados dentro da disciplina do poder familiar (ou autoridade parental).

Em que pese essas críticas, seria de grande importância que essas propostas fossem debatidas pela comissão de reforma do Código Civil, mas, estranhamente, não houve discussões e sequer submissão para aprovação, supostamente em razão da pressão sofrida pela comissão por um grupo de pessoas.²³ Para uma comissão que sempre afirma ser democrática, a não discussão de propostas aprovadas em uma das subcomissões parece ser, no mínimo, um contrassenso. Pode se afirmar que foi o país que perdeu a oportunidade de debater esse tema e fazer com que os congressistas também o discutissem.

Um ponto que pode ser considerada uma omissão grave da proposta feita pela subcomissão é que em nenhum momento, ela se preocupou em incluir a criança ou o adolescente na discussão sobre um tema que lhe afeta diretamente. Se a mencionada Doutrina da Proteção Integral reconhece esse público como sujeitos de direito e como cidadão do presente

21 BRASIL, 2012.

22 Giordano Bruno Soares Roberto afirma que o Anteprojeto tenta “transformar o afeto em dever” (ROBERTO, 2024, p. 23).

23 DIAS, 2024.

que devem contribuir para a construção de políticas públicas que lhes afetam,²⁴ torna-se inconcebível que eles sejam silenciados em questões que permeiam o seu cotidiano.

4. Reflexos de alterações propostas na reforma na guarda de terceiros

A reforma de uma legislação tão importante como um código civil costuma causar, em alguns institutos e em até outras legislações, impactos que não foram previstos ou, ao menos, bem dimensionados pelo legislador ao propor a lei. O Anteprojeto menciona a figura do guardião por três vezes, duas na parte geral (arts. 5º, parágrafo único, II, e 197, III)²⁵ e uma no livro de responsabilidade civil (art. 932, IV).²⁶ O parágrafo único, II, do art. 5º determina que o magistrado ouça o guardião antes decretar a emancipação e, com isso, o fim da incapacidade civil de adolescentes mais de 16 anos. Já o art. 197, III, prevê que não corre prescrição entre o guardião e a criança e/ou adolescente sob sua guarda. Por fim, o art. 932, IV estabelece a responsabilidade civil objetiva do guardião por “fatos” das pessoas sob guarda.

Analisando os três dispositivos, nota-se, primeiramente, que eles tratam exclusivamente da guarda de terceiros. Isso porque, os pais detêm a guarda em razão do poder familiar e, por isso, têm o poder de conceder emancipação sem

24 CUSTÓDIO; ZARO, 2022, p. 35.

25 Uma questão que chama atenção é que nenhum dos dispositivos foi sugerido pela subcomissão que trabalhou especificamente com a parte geral. Trata-se de modificações feitas pela relatoria geral, logo não discutidas no espaço que era destinado a uma análise mais profunda da parte geral.

26 O art. 5º, parágrafo único, II, usa a expressão “guardião”, enquanto o art. 197, III, opta por “guardiães”, e o art. 932, IV, utiliza “guardiões”. As duas formas de plural são aceitas na língua portuguesa, mas se espera que uma lei padronize a sua linguagem.

a necessidade da participação de um juiz (art. 5º, parágrafo único, I, do CCB/2002 e do Anteprojeto). Da mesma forma, enquanto existir poder familiar, não corre a prescrição entre pais e filhos (art. 197, III, do CCB/2002 e do Anteprojeto), e os pais já são objetivamente responsáveis pelos atos praticados pelos filhos (arts. 932, I, e 933 do CCB/2002 e art. 932, I, do Anteprojeto).

Em segundo lugar, há uma clara intenção da comissão de equiparação da guarda e do guardião à tutela e ao tutor para os fins de emancipação, não ocorrência de prescrição e responsabilidade civil.²⁷ Apesar de ambos serem institutos que inegavelmente versam sobre crianças e adolescentes e, por isso, têm a mesma função de garantia do cuidado a estes e da promoção de seus direitos, a guarda e a tutela são instrumentos bem distintos, e suas peculiaridades não parecem ter sido consideradas. Ao contrário da tutela, a guarda não dá poder de representação ou assistência ao guardião, o que impede que ele pratique atos de cunho patrimonial. Da mesma forma, a prática de atos de caráter existencial é restrita, uma vez que o guardião só pode praticar atos de cuidado e afeto, em cumprimento de seus deveres prestação de assistência material, moral e educacional. É importante lembrar que a guarda convive com o poder familiar e, por essa razão, atos referentes à gestão patrimonial e decisões importantes referentes à criança ou ao adolescente cabem aos genitores ou, caso o poder familiar esteja suspenso ou extinto, ao juiz.

27 O Anteprojeto também tenta aumentar a abrangência da tutela ao determinar que o tutor deve assumir os deveres inerentes à autoridade parental (nova nomenclatura sugerida para o poder familiar), colhendo a manifestação do tutelado sempre que possível. Isso significa que o tutor ganha mais poder para decidir as questões existenciais do seu pupilo, já que, no plano patrimonial, ele continua com poderes de administração fiscalizados por meio da prestação de contas e das restrições de atos de disposição de bens. Tal previsão mantém a visão adultocêntrica do direito civil e desconsidera princípios da Convenção dos Direitos da Criança de 1989.

Ouvir o guardião antes da concessão judicial da emancipação é uma modificação que, em tese, é benéfica, já que garante que aquele que está exercendo o cuidado com o adolescente participe da decisão judicial. Porém, havendo poder familiar, não é claro se o magistrado deveria ouvir os pais ou se ele poderia decretar a emancipação mesmo que os genitores fossem contrários. Pode parecer uma situação de difícil ocorrência, mas a coexistência da guarda com o poder familiar é muito comum. Do contrário, o art. 33 da Lei n. 8.069/1990 não preveria o poder de oposição do guardião contra os genitores.

A previsão de não correr a prescrição também faz sentido, já que dificilmente uma criança ou um adolescente buscará reparação civil contra seu cuidador ou alguém sob cuja custódia esteja, em razão de uma decisão judicial. Isso se faz ainda mais evidente em um sistema de capacidades estático como é o brasileiro, apesar das recomendações dos organismos internacionais.²⁸ A aplicação da disposição parece ser reduzida, já que, como tratado anteriormente, o guardião pode praticar apenas atos referentes ao seu múnus, não tendo direito de representação/assistência, nem poder de gestão patrimonial e nem permissão legal para praticar atos existenciais de maior repercussão na vida de quem está sob sua guarda.

28 O Comitê sobre Direitos da Criança da ONU recomendou, nos Comentários Gerais ns. 12/2009 e 25/2016, que os Estados-Partes modifiquem as leis nacionais com o objetivo de garantir maior participação de crianças e adolescentes no exercício de seus direitos (ONU, 2009, p. 186; ONU, 2016, p. 341-342). A Comissão Interamericana do Direitos Humanos foi além ao reforçar a necessidade de os Estados alterarem seus sistemas de capacidade de modo que passem a efetivar os direitos à participação e à autonomia progressiva, recomendando, inclusive, que a população infantoadolescente participe diretamente da elaboração desse novo sistema (CIDH, 2017, p. 137).

Sobre a responsabilidade civil objetiva do guardião, a lógica por trás da alteração é simples: quem tem o dever de cuidado e de vigilância deve ser também o responsável pelos atos da pessoa. Para a subcomissão de enriquecimento sem causa e responsabilidade civil, a alteração é necessária pelas seguintes razões:

Importa considerar as situações em que a pessoa causadora de danos, não é curatelada, não possuindo capacidade formalmente restringida, porém, apresenta efetiva e comprovada impossibilidade de conformar e exprimir sua vontade, tendo comprometida sua autonomia. A guarda exprime o sentido da proteção, companhia e convívio cotidiano. Nestas situações corriqueiras na realidade brasileira, pode haver a figura do guardião, não obstante desprovido de autoridade parental e tutela.

A figura do “guardião” remete ao artigo 1.590 do Código Civil, que, no capítulo destinado à “proteção da pessoa dos filhos”, estabelece que “as disposições relativas à guarda e prestação de alimentos aos filhos menores estendem-se aos maiores incapazes”. Assim, a interpretação sistemática do referido dispositivo conduz ao alargamento do conceito de guarda, no trato das relações verticais entre ascendentes e descendentes, sejam os vínculos biológicos, afetivos ou registrais. No conceito *lato sensu* de guarda como uma obrigação imposta a alguém de ter vigilância e zelo para conservação do bem, de coisas ou pessoas, que estão sob sua responsabilidade, podemos realizar um recorte *stricto sensu* para a guarda do direito de família, como um conceito dinâmico e poroso, que nos últimos anos se ampliou para acolher as formas de guarda unilateral, alternada, compartilhada (ou conjunta) e nidal, sendo comum a essas denominações a ideia da convivência familiar. Nessa constante ressignificação funcional do conceito de guarda, merece enfoque uma nova etapa, agora tendo como destinatários não apenas os filhos, mas aquelas pessoas cuja vulnerabilidade se potencializa pela persistência de uma deficiência psíquica ou intelectual congênita ou pela perda ou deterioração da autodeterminação na idade adulta ou na velhice. Ao alargar o conceito de responsabilidade parental, objetivando a persistência da convivência familiar com os filhos adultos incapazes, o art. 1.590 do Código civil não apenas faz implícita menção aos

genitores – protagonistas naturais da função de guardiões – mas faculta a compreensão, de ser o guardião o pai ou a mãe, ambos, ou mesmo terceiros.

Para além das hipóteses de pessoas não curateladas, mesmo a pessoa curatelada, quando necessário, pode ficar sob os cuidados de centros de atenção especializados ou residências inclusivas, tais instituições, por assumirem a guarda legal, atraem, em lugar dos curadores, a responsabilidade indireta e objetiva prevista no Código Civil.²⁹

Na justificativa apresentada, nota-se que os juristas se preocuparam com os adultos incapazes sob guarda, situação prevista no art. 1.590 do CCB/2002, que determina que “[A] as disposições relativas à guarda e prestação de alimentos aos filhos menores estendem-se aos maiores incapazes”. Apesar da previsão legal, tal hipótese é pouco vista na prática, especialmente após a promulgação da Lei Brasileira de Inclusão (Lei n. 13.146/2015), que se destina a promover o exercício de direitos pelas pessoas com deficiência. A justificativa em momento algum menciona crianças e adolescentes e faz expressa alusão da responsabilidade dos centros de atenção especializados ou residências inclusivas que cuidam de pessoas com deficiência curateladas ou não e, por esta razão, detêm a guarda destes.

Como base nessas justificativas, deve-se questionar se a guarda, instituto pensado para crianças e adolescentes, é adequada aos adultos incapazes, e não os institutos previstos na Lei n. 13.146/2015. Também a responsabilidade dos centros de atenção especializados ou residências inclusivas deve ser analisada com cuidado. No Direito infantoadolescente, os dirigentes de entidades de acolhimento institucional são considerados guardiões por equiparação (art. 92, §1º, do Estatuto da Criança e do Adolescente). Essa disposição facilita o dia

29 SENADO FEDERAL, 2024b, p. 49.

a dia de crianças e adolescentes que estão sob a custódia do Estado, possibilitando o exercício do dever de cuidado das instituições de acolhimento. Contudo, ela só existe por força expressa de lei e faz sentido dentro do microssistema, já que a guarda existe para esse público.

A proposta apresentada não parece levar em conta os reflexos dessa modificação para o direito infantoadolescente e nem para o instituto em si. A guarda de terceiros é uma medida protetiva temporária aplicada às crianças e aos adolescentes quando verificado que estes não podem ficar com os pais, independentemente do motivo. Ao contrário da tutela, ela, em regra, não acarreta ganho financeiro para o guardião e é, geralmente, exercida por um parente ou amigo da família, que se dispõe a receber essas crianças e/ou esses adolescentes para que eles não sejam inseridos em uma entidade de acolhimento.³⁰ É uma atividade de grande importância, que exige dedicação do guardião e que pode ser desestimulada com essa alteração.³¹

Partindo das críticas de Giordano Bruno Soares Roberto, Thaís Fernanda Tenório Sêco e Fernanda Nunes Barbosa ensinam que ³²

30 José Luiz Mônaco da Silva, já em 1995, defendia que “a guarda, no terreno puramente prático, vem conquistando a simpatia dos interessados, sobretudo nas camadas sociais mais pobres, seja pela desnecessidade de prévia propositura da ação de suspensão ou de destituição do pátrio poder, seja pela simplicidade da medida” (SILVA, 1995, p. 58). Assiste razão ao autor, já que a guarda é o instituto que melhor se adequa à realidade nacional, já que mantém a responsabilidade dos pais ao mesmo tempo em que possibilita a assunção dos cuidados das crianças e dos adolescentes. Se estas não tiverem patrimônio a ser administrado, a tutela acarretaria um ônus grande a pessoas simples, já que ela exige uma minuciosa prestação de contas.

31 ROBERTO, 2024, p. 19-20.

32 BARBOSA; SÊCO, s/d.

O artigo 932 do Código Civil trata da responsabilidade objetiva por fato de terceiros. Nos incisos I e II, trata da responsabilidade dos pais e dos tutores por ato de seus filhos e tutelados. O Anteprojeto propõe adicionar, a estes, a figura do guardião por ato das crianças e adolescentes sob sua guarda. O que, do ponto de vista da responsabilidade civil, pode fazer sentido. Do ponto de vista do direito da criança e do adolescente, não faz. Ora, geralmente, a guarda é exercida pelos pais ou pelo tutor, casos em que a equiparação não é necessária. Ela seria necessária, então, para o caso dos guardiões que não são pais nem tutores. E quem são eles? São alguém que voluntariamente se dispôs a acolher e assumir a responsabilidade de cuidar da criança ou adolescente cuja situação, por algum motivo, está indefinida, geralmente no contexto da suspensão do poder familiar por motivos de abuso ou de negligência. Na prática, este costuma ser um momento bem dramático no dia a dia dos profissionais que atuam diretamente nas Varas da Infância. É sempre delicada a posição de quem assume a responsabilidade pelos cuidados de outra criança, que vem, inclusive, de situações de vulnerabilidade e tende a manifestar sintomas de agressividade. Além disso, o dirigente de instituições de acolhimento é também considerado guardião para fins de direito. Será justo responsabilizá-los pessoalmente, independentemente de culpa, por eventuais danos causados por crianças e adolescentes sob sua guarda? Não será este um ônus excessivo, imposto a alguém que voluntariamente se dispõe ao acolhimento de criança ou adolescente em situação de vulnerabilidade? Pode-se perguntar, no caso de um dano causado por essa criança ou adolescente, quem deveria ser responsabilizado? Bem, à luz da Constituição (art. 227), os responsáveis são “A família, o Estado e a sociedade”. Não se pode impor esse ônus exclusivamente ao guardião em nome do gesto voluntário do acolhimento, cumprindo um dever que é de todos nós.

A imposição da responsabilidade civil objetiva para dirigentes das entidades de acolhimento é algo que deve ser melhor pensado, já que pais ou tutores acabam sendo responsáveis por um número menor de crianças e de adolescentes que o dirigente da entidade de acolhimento, cargo muitas vezes não remunerado, que passaria a responder

por muitas pessoas sob a guarda da entidade. Note-se que a proposta não atribuiu essa responsabilidade à pessoa jurídica que executa a medida de acolhimento, mas ao dirigente, que responderia pessoalmente pelos danos. A justificativa da proposta de modificação fala em responsabilização “dos centros de atenção especializados ou residências inclusivas”, o que é um contrassenso com o instituto da guarda, que é exercido de forma pessoal pelo guardião ou pelos guardiães.

Partindo das considerações feitas, é possível afirmar que o Anteprojeto coloca mais ônus na figura do guardião e não oferece nenhuma contrapartida, como ocorreria na tutela. Nela, o Anteprojeto dá mais “poderes” ao tutor, podendo ele exercer os deveres inerentes ao poder familiar (art. 1.740, IV do Anteprojeto), e mantém as mesmas responsabilidades.

5. Conclusão

A guarda de crianças e de adolescentes ainda é abordada como um instituto compartimentado, sendo ora interpretada pelos princípios civilistas e adultocêntricos do Direito de Família, ora como um instituto destinado à proteção da população infantoadolescente que está em situação de ameaça ou de violação de direitos, ao qual se aplicam as normas do microssistema do Direito da Criança e do Adolescente. Só por meio de uma visão sistemática da guarda é que se pode compreender a completude do instituto e chegar a sua finalidade primordial: garantir o direito ao cuidado e ao desenvolvimento saudável.

Para efetivar esse dever, o guardião deve prestar assistência emocional, material e moral, dispondo, inclusive, da prerrogativa de opor-se aos pais. Sua atuação se presta somente a praticar atos relacionados a esses deveres, não podendo ele interferir no poder familiar. Se o guardião é um

dos pais ou terceira pessoa, este deve promover a participação do outro ou dos genitores na vida da pessoa sob guarda, salvo se houver determinação em contrário. A guarda ainda é um instituto sobre o qual pairam muitas dúvidas e, por essa razão, qualquer modificação deve ser cuidadosamente pensada para que ele seja aprimorado, e não piorado.

Algumas das propostas apresentadas pela subcomissão de Direito de Família poderiam representar um ganho se fossem debatidas e lapidadas. A previsão da existência de um plano de parentalidade e a fixação de duplo domicílio do filho de pais separados são boas ideias que merecem discussão. Já a consagração, no CCB/2002, da alienação parental, ainda que não de forma expressa, e do abandono afetivo, de forma reflexa, são questões polêmicas que precisam de mais do que de um simples debate, já que são temas que estão sob intensa discussão. Por fim, a introdução da expressão “divisão equilibrada de tempo” gera mais dúvidas do que certezas e parece dar maior ênfase à quantidade de tempo do que à qualidade dele. Contudo, tais sugestões sequer foram votadas pela comissão de reforma e atualização do CCB/2002.

Apesar de o Anteprojeto não ter nenhuma determinação expressa sobre a guarda de terceiros, as modificações propostas no arts. 5º, II; 197, III; e 932, IV, parecem ser de pouca efetividade, suscitando mais questionamentos do que soluções. A comissão de reforma parece não compreender o que é a guarda de terceiros e aparenta querer igualar o instituto à tutela. Não fica claro qual seria o papel dos pais na emancipação judicial do filho sob guarda. A mudança proposta no regime de responsabilidade civil é justificada pela possibilidade da aplicação/manutenção do regime de guarda para filhos maiores incapazes, uma hipótese de configuração questionável ante à promulgação da Lei Brasileira de Inclusão. Ela interfere diretamente na guarda de tercei-

ros, trazendo novas responsabilidades para o guardião, que, muitas vezes, são pessoas humildes que acabam aceitando esse ônus para evitar o acolhimento institucional de crianças e de adolescentes.

Dessa forma, nota-se que as modificações apresentadas pela subcomissão de Direito de Família e pela comissão de atualização de reforma e atualização do CCB/2002 que impactariam o sistema da guarda são prejudiciais à proteção de crianças e de adolescentes.

Referências

BARBOSA; Fernanda Nunes; SÊCO Thaís Fernanda Tenório Sêco. Sobre a Reforma do Código Civil: críticas gerais (mas não genéricas). Trabalho não publicado.

BARBOZA, Heloisa Helena. Paternidade Responsável: o cuidado como dever jurídico. In: PEREIRA, Tânia da Silva; OLIVEIRA, Guilherme de. (Orgs). Cuidado e responsabilidade. São Paulo, Atlas, 2011, p. 85-96.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (3. Turma). Recurso Especial n. 1.159.242/SP. Civil e Processual Civil. Família. Abandono afetivo. Compensação por dano moral. Possibilidade. [...] Recorrente: Antônio Carlo Jamas dos Santos. Recorrido: Luciane Nunes de Oliveira Souza. Rel. Min. Nancy Andrighi. **Brasília**, 24 abr. 2012. Disponível: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1067604&num_registro=200901937019&data=20120510&formato=PDF>. Acesso em: 08 jan. 2021.

CRUZ, Elisa Costa. Guarda parental: releitura a partir do cuidado. Rio de Janeiro: Editora Processo, 2021.

CUSTÓDIO, André Viana; ZARO, Jadir. Consolidação do estado democrático de direito e dos Direitos Humanos: em

vista da participação cidadã na promoção dos Direitos da Criança e do Adolescente. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, v. 124, p. 13–44, jan. jun. 2022. Disponível em: <https://pos.direito.ufmg.br/rbep/index.php/rbep/article/view/719/634>. Acesso em: 09 nov. 2024.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Hacia la garantía efectiva de los derechos de niñas, niños y adolescentes: Sistemas Nacionales de Protección*. Organização dos Estados Americanos [2017]. Disponível em: <https://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/nna-garantiaderechos.pdf>. Acesso em: 17 jul. 2024.

COMITÉ DOS DIREITOS DA CRIANÇA. **Comentário geral n.º 12 de 20 de julho de 2009**: o direito da criança em ser escutada. Alto comissariado da ONU para os Direitos Humanos [2009]. Disponível em: <https://alana.org.br/wp-content/uploads/2023/10/comentarios-gerais-portugues.pdf>. Acesso em:

COMITÊ DOS DIREITOS DA CRIANÇA. **Comentário geral n.º 20 de 06 de dezembro de 2016**. Sobre a efetividade do direito da criança durante a adolescência. Alto comissariado da ONU para os Direitos Humanos [2016]. Disponível em: <https://alana.org.br/wp-content/uploads/2023/10/comentarios-gerais-portugues.pdf>. Acesso em: 31 jul. 2024.

DIAS, Maria Berenice. Projeto do Código Civil: avanços, retrocessos e omissões (parte 1). Consultor jurídico. 8 abr. 2024. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2024-abr-08/projeto-do-codigo-civil-avancos-retrocessos-e-omissoes-parte-1/>. Acesso: 29 jul. 2024.

FIÚZA, César. *Direito civil: curso completo*. 10 ed. Revista, atualizada e ampliada. Belo Horizonte-MG: Del Rey, 2007. p.1088.

LAURIA, Flávio Guimarães. *A regulamentação de visitas e o princípio do melhor interesse da criança*. 2ª tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

MARQUES, Cláudia Lima. O “diálogo das fontes” como método da teoria geral do direito brasileiro: um tributo à Erik Jayme. In: MARQUES, Cláudia Lima. *Diálogo das Fontes: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro*. 2ª Tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 17-66.

ROBERTO, Giordano Bruno Soares. *Em defesa do Velho Código Civil*. São Paulo: Dialética, 2024.

SENADO FEDERAL. Comissão de Juristas responsável pela revisão e atualização do Código Civil. Parecer n. 1 da subcomissão de Responsabilidade civil e enriquecimento sem causa. Brasília, 2024a. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/comissoes/arquivos?ap=7935&codcol=2630>. Acesso em 29 jul. 2024.

SENADO FEDERAL. Comissão de Juristas responsável pela revisão e atualização do Código Civil. Parecer n. 1 da subcomissão de Direito de Família. Brasília, 2024b. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/comissoes/arquivos?ap=7935&codcol=2630>. Acesso em 31 jul. 2024.

SILVA, José Luiz Mônaco da. *A família substituta no Estatuto da Criança e do Adolescente*. São Paulo: Saraiva, 1995.

SIMÃO, José Fernando. *Guarda de menores: um conceito unitário no Direito Brasileiro*. Consultor jurídico. 28 ago. 2016. Disponível em: www.conjur.com.br/2016-ago-28/processo-familiar-guarda-menores-conceito-unitario-direito-brasileiro/. Acesso: 25 jul. 2024.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; VIEIRA, Marcelo de Mello. *Construindo o direito à convivência familiar de crianças e adolescentes no Brasil: um diálogo entre as normas*

constitucionais e a Lei n. 8.069/1990. *Civilistica.com*, Rio de Janeiro, v. 4, n. 2, p. 1–29, 2015. Disponível em: <https://civilistica.emnuvens.com.br/redc/article/view/598>. Acesso em: 29 jul. 2024.

VIEIRA, Marcelo de Mello. Considerações sobre microsistemas jurídicos: definição e importância à luz do direito civil constitucional brasileiro. *Juris Plenum*, v. XVI, p. 131-150, 2020.

Recebido em: 13/08/2024

Aprovado em: 05/11/2025

Marcelo de Mello Vieira

E-mail: marcelomvieira@yahoo.com.br

