



ANÁLISE CRÍTICA DA GUARDA DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES NO CÓDIGO CIVIL E NO ECA: RESGATE E RESSIGNIFICAÇÃO DE CONCEITOS ESTRUTURAIS DO INSTITUTO

Julio Renê Poczwadowski Wollmann
Carlos Giovanni Pinto Portugal

Resumo

Na presente pesquisa, que se situa nos campos do direito das famílias e no direito da criança e do adolescente, tem-se como objetivo analisar, com viés crítico, as semelhanças e diferenças entre os institutos da guarda na perspectiva tradicional do Código Civil e na legalidade protetiva dos menores advinda do modelo estatutário. Busca-se esclarecer pontos confusos da legalidade vigente, a partir de uma leitura civil-constitucional do tema, justificando-se a importância acadêmica e social do estudo que colabora com a dogmática jurídica ao buscar revelar um padrão narrativo aceitável e, portanto, menos caótico frente ao confuso governo jurídico-normativo das relações familiares e de tutela de crianças e adolescentes. A metodologia utilizada é a de análise bibliográfica e de averiguação de decisões judiciais nos tribunais de vértice e o respectivo levantamento dos discursos de base servíveis para estruturação das decisões. A questão-problema que norteia a pesquisa é a seguinte: a guarda do Código Civil e a guarda do ECA revelam a mesma natureza jurídico-conceitual ou são institutos diferentes? A hipótese de trabalho, que mais se propõe a figurar como conjectura doutrinária, parte da ideia-base de que há um elemento essencial à configuração da guarda servível à manutenção de uma noção geral, única de guarda. Da análise crítica da legalidade da guarda no direito protetivo-filial, tomadas as diretrizes principiológicas do direito civil-constitucional e consideradas as advertências necessárias advindas da doutrina que critica os excessos subjetivistas do neoconstitucionalismo, a pesquisa revela a necessidade de esclarecer-se o fundo normativo do princípio da operabilidade das normas civis, concluindo que a guarda, ainda que consideradas as radicais transformações conceituais operadas pelas Leis 11.698/2008 e 13.058/2014 (regimes que trouxeram à baila a denominada “guarda compartilhada” no direito brasileiro), contém um elemento substancial que se consolida nas ideias-chave de convivência, assistência direta (material e moral) e companhia, o que conduz à compreensão de que a guarda codificada e a guarda estatutária detêm, ambas, a mesma natureza de “exercício de responsabilidades” estejam ligadas, ou não, à noção de autoridade parental (poder familiar).

Palavras-chave: direito de família; direitos fundamentais; guarda; poder familiar; Código Civil; ECA.