

nomeação e remoção de tutores, curadores e guardiães, bem como oficial em todos os procedimentos da competência da Infância e da Juventude."

2 LEGITIMAÇÃO EXTRAORDINÁRIA DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Entre os direitos especiais, assegurados à criança e ao adolescente, a Constituição Federal de 1988 inclui o direito à "convivência familiar e comunitária" (art. 227). Por esta razão, o Estatuto da Criança e do Adolescente tratou do assunto em Capítulo especial, entre os Direitos Fundamentais (Título II, Capítulo III).

A partir da análise das normas de direito material e de direito processual relativas à colocação em família substituta, procuramos identificar alguns princípios gerais, orientadores da atuação do curador da infância e da juventude.

Legitimado extraordinariamente para promover ações de "nomeação e remoção de tutores, curadores e guardiães" (art. 201, III, do ECA), o Promotor de Justiça terá, em determinadas circunstâncias, o dever de fazê-lo. Em regra, porém, não cabe ao curador ajuizar tal tipo de ação.

É preciso, pois, que se definam os casos em que o MP é legitimado extraordinariamente para promover a colocação de crianças e adolescentes em família substituta.

3 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

Inseridos na Constituição Federal (art. 227), podemos considerar como princípios fundamentais, na legislação que cuida da infância e da juventude, os seguintes:

a) crianças e jovens são *sujeitos de direitos*.

b) A família, a sociedade e o Estado têm o dever de assegurar, com *absoluta prioridade*, os direitos das crianças e adolescentes.

c) É assegurada a participação de entidades governamentais e não governamentais na elaboração e na execução da política de atendimento.

Assim, tanto quanto os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, deve o Ministério Público tratar das questões ligadas às Curadorias da Infância e da Juventude com atenção especial.

4 O DIREITO À CONVIVÊNCIA FAMILIAR

Atualmente, como vimos, a convivência familiar e comunitária é um direito do jovem. Todas as crianças e adolescentes devem estar sob a guarda de alguém, em ambiente familiar.

FAMÍLIAS SUBSTITUTAS — INTERESSE E LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO NOS PEDIDOS*

ANTÔNIO JOAQUIM FERNANDES NETO
Do Ministério Público de Minas Gerais

Sumário

1. Introdução; 2. Legitimação extraordinária do Ministério Público; 3. Princípios constitucionais; 4. O direito à convivência familiar; 5. O conteúdo do pátrio poder; 6. Suspensão, destituição e extinção do pátrio poder; 7. Colocação em família substituta; 8. Tipos de guarda; 9. Tutela; 10. Adoção; 11. Procedimentos; 12. Juízo competente; ECA, art. 147; 12.2. Qualificação das partes; 12.3. Escolha da ação e do procedimento; 12.4. Fatos e fundamentos jurídicos — A causa de pedir; 12.5. O pedido; 12.6. Outros requerimentos necessários; 12.7. Custas; 13. Intervenção do Ministério Público; 13.1. A legitimidade; 13.2. Interesse de agir; 14. Conclusões; 15. Bibliografia.

1 INTRODUÇÃO

O curador da infância e da juventude intervém obrigatoriamente em todos os procedimentos de colocação de crianças e adolescentes em família substituta.

Em alguns casos, atua como autor, sendo legitimado extraordinariamente para agir no interesse do incapaz.

Nosso objetivo, neste trabalho, é examinar o alcance do dispositivo constante do art. 201, inciso III, da Lei 8.069/90, cujo texto é o seguinte:

"Compete ao Ministério Público promover e acompanhar as ações de alimentos e os procedimentos de suspensão e destituição do pátrio poder,

* Aprovada por unanimidade, com emenda supressiva.

O complexo de direitos e obrigações, que une a pessoa e os bens do filho menor não emancipado e seus pais, é disciplinado pelas leis civis, sob o nome de pátrio poder.

Assim, mesmo antes de a Constituição Federal elevar a convivência familiar à categoria de direito da criança e do adolescente, o pátrio poder já era tratado pela doutrina como um múnus público, caracterizado por ser irrenunciável, inalienável e imprescritível.

O pátrio poder atinge filhos menores, não emancipados (art. 379 do Código Civil), e é exercido em igualdade de condições pelo pai e pela mãe (CF, art. 226, parágrafo 5º, dispositivo que revogou o art. 380, parágrafo único, do Código Civil).

5 O CONTEÚDO DO PÁTRIO PODER

Estudamos o conteúdo do pátrio poder em relação à pessoa e aos bens do incapaz. É este conteúdo que irá distinguir, depois, as formas de colocação em família substituta, guarda, tutela e adoção, permitindo que se eleja, em cada caso, a medida mais adequada.

a) Conteúdo do pátrio poder quanto à pessoa do menor (art. 384 do Código Civil):

- dirigir-lhe a criação e educação;
- tê-lo em sua companhia e guarda;
- reclamá-lo de quem ilegalmente o detenha;
- conceder-lhe ou negar-lhe consentimento para casar;
- nomear-lhe tutor;
- representá-lo até os 16 anos;
- assisti-lo dos 16 aos 21 anos;
- exigir obediência e respeito;
- exigir os serviços próprios da idade.

b) Quanto aos bens do menor:

- administração (art. 385 do Código Civil);
- usufruto (art. 389 do Código Civil).

Tanto a administração quanto o usufruto são limitados (arts. 386, 225, 390 e 391 do Código Civil).

6 SUSPENSÃO, DESTITUIÇÃO E EXTINÇÃO DO PÁTRIO PODER

Sempre que a colocação em família substituta for requerida em procedimento contencioso, a concessão da medida será precedida por uma decisão relativa ao pátrio poder (ECA, arts. 36, parágrafo único, 41 e 169).

Assim, os casos de suspensão, destituição e extinção do pátrio poder, previstos no Código Civil e na Lei 8.069/90, constituem a causa de pedir nestas ações.

a) Suspensão do pátrio poder (Código Civil, art. 394, ECA, art. 24). O juiz pode retirar o pátrio poder do genitor, temporariamente, nos seguintes casos:

- abuso do poder;
- falta aos deveres paternos;
- dilapidação dos bens dos filhos;
- condenação por sentença irreversível;
- descumprimento dos deveres de sustento, guarda e educação;
- descumprimento de obrigação impostas pelo juiz em relação ao menor.

b) Destituição do pátrio poder (CC, art. 395, ECA, art. 24). A perda do pátrio poder pode ser decretada judicialmente, em procedimento contraditório, nos seguintes casos:

- castigo imoderado;
- abandono;
- prática de atos contrários à moral e aos bons costumes;
- descumprimento dos deveres de guarda, sustento e educação;
- descumprimento de obrigação imposta pelo juiz em relação ao menor.

c) Extinção do pátrio poder (CC, art. 392):

- pela morte dos pais ou do filho;
- pela emancipação do filho;
- pela maioridade do filho;
- (pela adoção...).

7 COLOCAÇÃO EM FAMÍLIA SUBSTITUTA

A Lei 8.069/90 disciplina a guarda, a tutela e a adoção. Antes de examinarmos cada um destes institutos, anotamos algumas regras de caráter geral:

— Os dispositivos do Estatuto da Criança e do Adolescente se aplicam a qualquer criança ou adolescente, independentemente de sua situação jurídica (art. 28).

— Sempre que possível, a criança deve ser ouvida (art. 28, parágrafo 1º).

— Na apreciação do pedido, levar-se-ão em conta o grau de parentesco e a relação de afinidade ou afetividade, a fim de se evitar ou minorar as consequências decorrentes da medida.

— Não se deferirá a colocação em família substituta a pessoa que revele, por qualquer modo, incompatibilidade com a natureza da medida, ou não ofereça ambiente familiar adequado (art. 29).

— A colocação em família substituta não admite a transferência da criança ou adolescente a terceiros, sem autorização judicial (art. 30).

8 GUARDA

O instituto da guarda já não faz parte do direito de família.

Esta importante observação foi feita pelo professor Yussef Said Cahali, em conferência realizada no XIV Congresso da Associação Brasileira de Juízes e Curadores de Menores:

“... aqui comparecemos prazerosamente para apresentar as despedidas do Direito Civil e de Família ao instituto da guarda, que, em sua nova versão, transfere-se definitivamente para o âmbito do Direito Menorista” (XIV Congresso da Associação Brasileira dos Juízes e Curadores de Menores, 9 a 12 de outubro de 1991. *Anais... Vitória/ES*).

A mudança decorre, naturalmente, da reforma constitucional de 1988. Se a convivência familiar passou a ser um direito da criança, é evidente que esta, como sujeito de direitos, não pode continuar sendo tratada e até disputada, como se fosse um objeto, conforme ordinariamente ocorre nos processos de família.

Não são os pais que têm direito à guarda dos filhos. São os filhos menores que têm direito à convivência familiar.

A guarda será exercida por ambos os pais, por apenas um deles ou por terceiros. Neste caso, constitui modalidade de colocação em família substituta.

Guardião é a pessoa encarregada da guarda que, “não sendo pai, mãe, tutor, tem, por qualquer título, a responsabilidade de vigilância, direção ou educação da criança ou adolescente, ou voluntariamente a traz em seu poder ou companhia” (Decreto n. 17.943-A, de 12 de outubro de 1927).

9 TIPOS DE GUARDA

Sempre que não for exercida pelos pais, ou por apenas um deles, a guarda constitui forma de colocação em lar substituto, devendo enquadrar-se em uma das seguintes hipóteses:

- guarda de fato;
- guarda cautelar (liminar ou incidental — ECA, art. 33, parágrafo 1º);

- guarda para atender situação peculiar (ECA, art. 33, parágrafo 2º);
- guarda para suprir falta eventual dos pais ou responsáveis (ECA, art. 33, parágrafo 2º);
- guarda com finalidade determinada (ECA, art. 33, parágrafo 2º);
- guarda especial (ECA, art. 34).

Deferidas em decisão judicial, a guarda cautelar e a guarda especial transferem ao guardião, a título precário, os atributos do art. 384, I, II, VI e VII, do Código Civil (assistência material, moral e educacional);

A guarda, prevista no parágrafo 2º, também obriga à prestação de assistência material, moral e educacional; mas pode ser deferida como direito de representação, para a prática de atos determinados.

10 TUTELA

A tutela é definida como um instituto de caráter assistencial, que tem por escopo substituir o pátrio poder. Destina-se a crianças e adolescentes que carecem de representação legal permanente.

Seus efeitos são similares aos do pátrio poder, mas não idênticos. Seu exercício se efetua sob inspeção judicial, tanto em relação à administração dos haveres do pupilo, como em relação às medidas corretivas necessárias:

- atos praticados pelo tutor sem vigilância judicial (CC, art. 426);
- atos que requerem controle judicial preventivo, ou seja, autorização judicial para sua prática (CC, art. 427, 429 e 1.249);
- atos proibidos ao tutor (CC, art. 428);
- administração dos bens do menor (CC, arts. 423, 430, 432 e 433);
- responsabilidade do tutor (CC, arts. 431, 1.521);
- gratificação do tutor (CC, art. 431, parágrafo único);
- ato de controle judicial posterior à atividade do tutor, ou seja, aprovação de sua prestação de contas (CC, arts. 434 a 441; CPC, arts. 20 e 914).

11 ADOÇÃO

Trata-se de ficção jurídica que estabelece, entre adotante e adotado, uma relação de paternidade e filiação (cria parentesco civil).

Com o advento da Lei 8.069/90, a adoção de crianças e adolescentes só se faz por sentença judicial, inscrita no registro civil (ECA, art. 47).

Adotante pode ser qualquer pessoa, com mais de 21 anos, desde que não seja ascendente ou irmão do adotando.

Qualquer criança ou adolescente, não sujeita ao pátrio poder, pode ser adotado.

O adotante deve ser pelo menos 16 anos mais velho que o adotado.

A adoção atribui a condição de filho ao adotado, com os mesmos direitos e deveres, inclusive sucessórios, desligando-o de qualquer vínculo com pais e parentes, salvo os impedimentos matrimoniais (ECA, art. 41).

12 PROCEDIMENTOS

12.1 Juízo competente: ECA, art. 147

a) Em razão da matéria (competência absoluta):

A colocação em família substituta será de competência do juízo cível ou do juízo da infância e da juventude.

São da competência do Juízo da Infância e da Juventude todos os pedidos de adoção. Diversamente, os pedidos de guarda e tutela, somente quando se tratar de criança ou adolescente nas hipóteses do art. 98 (art. 148, parágrafo único, letra a).

A competência do juízo cível encontra-se disciplinada nas normas de organização judiciária.

b) Em razão do território (competência relativa):

O art. 147 do Estatuto da Criança e do Adolescente tem praticamente o mesmo texto do art. 88 do revogado Código de Menores:

"A competência será determinada:

I — pelo domicílio dos pais ou responsável;

II — pelo lugar onde se encontre a criança ou adolescente, à falta dos pais ou responsável."

Assim, tal dispositivo deve ser interpretado da mesma forma que o era, na vigência da legislação anterior. Ou seja, a competência territorial para os pedidos de colocação em família substituta é a do foro do domicílio daquele que detém a guarda de fato do menor. Qualquer dos pais ou "o responsável".

*"A competência territorial para processar o pedido de adoção, na forma do Código de Menores, é determinada pelo domicílio dos detentores da guarda do menor (art. 88, I; RT 605:34)". (MAZZILLI, Hugo Nigro. Notas sobre adoção. Revista *Justitia*, v. 149, p. 71.)*

Sob o aspecto jurídico, tal interpretação repousa no conceito de "responsável", expressão tantas vezes utilizada no Estatuto da Criança e do Adolescente.

Quem, afinal, é o "responsável"?

Tal expressão é tradicional no direito do menor. E o Código de Menores definia seu significado, esclarecendo que responsável é a pessoa que exerce, a qualquer título, vigilância, direção ou educação de menor ou, voluntariamente, o traz em seu poder ou companhia, *"independentemente de ato judicial"* (art. 2º).

A Lei 8.069/90 não traz a definição de responsável. Prevalece, portanto, a definição tradicional. Proclamada pela doutrina e referendada por decisões judiciais.

Responsável é aquele que detém a guarda de fato da criança ou adolescente.

Tal entendimento é também o mais correto, do ponto de vista prático: torna competente o local onde se encontra a criança, com seus guardiões.

12.2 Qualificação das partes

A Lei 8.069 traz regras especiais em relação à qualificação das partes. Assim, além de atender o disposto no art. 282, II, do CPC, indicando nome completo, estado civil, profissão, domicílio e residência das partes, o requerente deve informar, na inicial:

Art. 165, I — Qualificação completa do requerente e de seu eventual cônjuge ou companheiro, com expressa anuência deste.

Art. 165, III — Qualificação completa da criança ou adolescente e de seus pais, se conhecidos.

Art. 165, IV — Indicação do cartório onde foi inscrito o nascimento, anexando, se possível, cópia da respectiva certidão.

12.3 Escolha da ação e do procedimento

Se a criança se encontra sob pátrio poder, e os pais não concordam com a medida, a ação é de conhecimento, constitutivo-negativa, visando à destituição de pátrio poder e à colocação em família substituta.

Se os pais houverem aderido expressamente ao pedido, o procedimento é de jurisdição voluntária (art. 166 e parágrafo único).

Nos casos de crianças não sujeitas ao pátrio poder, o procedimento é de jurisdição voluntária (não há lide).

12.4 Fatos e fundamentos jurídicos — A causa de pedir

Quando a criança não se encontra sob pátrio poder, a causa de pedir é justamente a necessidade de representação e proteção ao incapaz.

Se for o caso de destituição do pátrio poder, devem ser descritos os fatos que a autorizam (Código Civil, art. 395, ECA, art. 24).

A Lei exige que a inicial informe, em todos os casos, o eventual parentesco do requerente e de seu cônjuge, ou companheiro com a criança ou adolescente, especificando se tem ou não parente vivo (art. 165, II).

Outrossim, que seja indicada a existência ou inexistência de bens, direitos ou rendimentos relativos à criança ou ao adolescente (art. 165, V).

12.5 O pedido

a) Na destituição de pátrio poder:

— desconstituição do vínculo de pátrio poder entre os pais biológicos e a criança ou adolescente;

— averbação da sentença à margem do registro de nascimento da criança ou adolescente (somente nos casos de tutela; na adoção o assento será cancelado). Essa averbação deverá constar das certidões posteriormente expedidas.

b) Na guarda:

— nomeação do requerente como guardião da criança ou adolescente (cautelaramente ou com finalidade determinada);

— lavratura do termo de compromisso (art. 32).

c) Na tutela:

— nomeação do requerente para exercer a tutela dos incapazes.

d) Na adoção:

— constituição por sentença, do vínculo de adoção entre adotantes (ou adotante) e adotado;

— modificação de nome e prenome do adotado (se for o caso);

— inscrição no Registro Civil, da sentença constitutiva do vínculo de adoção mediante mandado (ECA, art. 47);

— cancelamento do registro original do adotado (ECA, art. 47, parágrafo 2º).

12.6 Outros requerimentos necessários

— intimação do órgão do Ministério Público (CPC, art. 82, I, ECA, art. 201, III, e 204);

— realização de estudo social por equipe interprofissional (ECA, arts. 167 e 151);

— citação dos pais (em caso de procedimento contraditório — ECA, art. 158);

— protesto e indicação de provas (no procedimento contraditório — ECA, art. 156, IV).

12.7 Custas

As ações judiciais da competência da Justiça da Infância e da Juventude são isentas de custas e emolumentos (art. 141, parágrafo 2º).

Os pedidos de colocação em lar substituto, de competência do juízo cível, não são isentos de custas e emolumentos. Pode ser requerida a assistência judiciária, se for o caso.

13 INTERVENÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Vistos, rapidamente, os casos de colocação em família substituta, passamos a examinar a atuação do curador da infância e da juventude nestes feitos.

13.1 Legitimidade

Estão claros, no art. 201, III, do ECA, os casos em que cabe a ação civil pública. O Promotor de Justiça tem legitimidade para promover ações “de suspensão e destituição do pátrio poder, nomeação e remoção de tutores, curadores e guardiães”.

Só não tem legitimidade para requerer adoção.

Como a convivência familiar passou a ser um direito, constitucionalmente assegurado, é natural que o órgão do Ministério Público tenha a possibilidade e o dever de promover a colocação em família substituta.

A adoção foi excluída das hipóteses de ação civil pública porque depende, essencialmente, da manifestação de vontade do adotante. A guarda e a tutela constituem múnus público. A adoção é sempre voluntária.

13.2 Interesse de agir

Não basta, entretanto, o exame da legitimidade. É necessário identificar os casos em que surge, para o Ministério Público, o interesse de agir.

Nos casos de suspensão e destituição do pátrio poder, o interesse está presente em todas as hipóteses em que o Promotor de Justiça toma conhecimento de um fato que constitua causa de suspensão ou destituição do pátrio poder.

A notícia pode chegar ao Promotor por qualquer meio. Os mais comuns são o inquérito policial, os procedimentos judiciais em geral, e as pessoas que procuram a Promotoria nos horários de atendimento ao público.

Os pedidos de suspensão ou destituição do pátrio poder são, em regra, cumulados com o pedido de colocação em família substituta.

A criança não pode ficar sem alguém que a represente. Por este motivo, na própria sentença em que for decretada a perda do pátrio poder, o juiz procederá à nomeação de um guardião ou de um tutor.

Fora dos casos em que o pedido é cumulado com o de suspensão ou destituição do pátrio poder, raras serão as situações em que o Ministério Público terá interesse de agir.

Nas hipóteses do art. 98, inciso II, da Lei 8.069/90, o pedido deverá ser formulado pelo curador da infância e da juventude, sempre que se tratar de jurisdição contenciosa.

Falta interesse de agir nos casos de jurisdição voluntária, em razão da regra contida no art. 166, parte final, relativa ao procedimento.

Não existindo lide, o Promotor de Justiça deve orientar os interessados a formularem seu pedido diretamente em cartório.

14 CONCLUSÕES

1. Compete ao Ministério Público oficiar em todos os procedimentos da competência da Justiça da Infância e da Juventude.

2. O órgão do Ministério Público é legitimado extraordinariamente para requerer colocação em família substituta nas modalidades de guarda e tutela.

3. O curador da infância e da juventude não possui legitimidade para requerer adoção.

4. Recebendo a notícia de fato que constitua causa de suspensão ou destituição do pátrio poder, o Promotor de Justiça tem o dever de agir em defesa do incapaz.

5. Se os pais forem falecidos ou estiverem sem o pátrio poder (por destituição ou suspensão dele), ou, ainda, houverem aderido expressamente ao pedido de colocação em família substituta, o procedimento será de jurisdição voluntária.

15 BIBLIOGRAFIA

CAVALLIERI, Alyrio. *Direito do menor*. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1981.

CRUZ, José Raimundo Gomes da. *Destituição do pátrio poder*. RT, 35/114. São Paulo: RT, 1991.

CURY, Garrido & Marçura. *Estatuto da Criança e do Adolescente anotado*. São Paulo: RT, 1991.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro — Direito de família*. São Paulo: Saraiva, 1988, v. 5.

MARREY, Adriano. *Menores*. Apamagis, 1980.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *Manual do promotor de justiça*. São Paulo: Saraiva, 1987.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil — Direito de família*. Rio de Janeiro: Forense, 1985, v. 5.

RODRIGUES, Silvio. *Direito civil — Direito de família*, 1982, v. 6.

STRENGER, Guilherme Gonçalves. *Guarda de filhos*. São Paulo: RT, 1991.