

COLOCAÇÃO EM FAMÍLIA SUBSTITUTA: ASPECTOS CONTROVERTIDOS

ANA MARIA MOREIRA MARCHESAN

Promotora de Justiça no Rio Grande do Sul

1. Competência

Ao intentarmos propor qualquer medida judicial, a primeira questão que nos assola é a da competência ou, em seu conceito sintético, medida da jurisdição.

O extinto Código de Menores facilitava a decisão quanto à competência, porque seu art. 2.º, de forma exauriente, descrevia as hipóteses de *situação irregular*. Em não ocorrendo qualquer das situações ali elencadas, a competência para colocação em lar substituto tocava ao juiz da Vara de Família (RJTJSP 64/247).

O Estatuto da Criança e do Adolescente confere ao Juízo da Infância e da Juventude a competência para apreciar *todos os pedidos de adoção de pessoas com idade inferior a 18 anos* e, por exceção, também de maiores, desde que já estivessem sob guarda ou tutela dos requerentes à época do pedido (art. 40 do ECA). Não se perquire, como ocorria sob a égide da Lei 6.697/79, da situação do adotando, como fator influenciador na determinação da competência.

Para os pedidos de guarda e tutela, a competência do Juizado especializado restringe-se às hipóteses do art. 98 da Lei 8.069/90. Estando o menor sob a proteção de um dos pais, *v.g.*, o pedido de guarda formulado por avós, por tios ou qualquer outro interessado, há de ser processado no juízo da Vara de Família, ainda que o juízo da Infância e Juventude disponha de melhor assessoramento técnico.

A competência recursal também mereceu alteração. Atualmente, no Estado do Rio Grande do Sul, os recursos interpostos contra decisões emanadas do Juizado da Infância e Juventude serão apreciados por uma das Câmaras Cíveis Separadas de nosso Tribunal de Justiça, por força do Assento Regimental 5/90, aliviando as inúmeras atribuições do Conselho Superior da Magistratura.

2. Guarda

Três espécies de guarda são previstas pelo Estatuto: a provisória, a permanente e a peculiar.

A guarda provisória (art. 33, § 1.º, do ECA) subdivide-se em duas subespécies: liminar e incidental, nos processos de tutela e adoção, salvo nos de adoção por estrangeiros, onde é juridicamente impossível.

A permanente (art. 33, § 2.º, 1.ª hipótese) destina-se a atender situações peculiares, onde não se logrou uma adoção ou tutela, que são mais benéficas ao menor. É medida de cunho perene, estimulada pelo art. 34 do ECA. As normas estatutárias permitem inferir que o legislador instituiu, em termos de colocação familiar, a seguinte ordem de preferência: manutenção do vínculo familiar, adoção, tutela, guarda e, somente em último caso, a institucionalização.

Em função do art. 33, § 1.º, do Estatuto, há quem sustente não mais existir, em nosso ordenamento, a guarda permanente. Tal posicionamento, com a devida vênia, é incorreto, máxime quando se tem em mente o previsto no art. 227, § 3.º, VI, da CF, norma inspiradora, diga-se de passagem, do referido art. 34 do ECA.

A nominada guarda peculiar (art. 33, § 2.º, 2.ª hipótese) traduz uma novidade introduzida pelo Estatuto. Visa ao suprimento de uma falta eventual dos pais, permitindo-se que o guardião represente o guardado em determinada situação (ex. menor de 16 anos, cujos pais estejam em outra localidade, impedidos de se deslocarem, e que necessita ser por eles representado para retirada de FGTS).

Propaga-se seu ineditismo, por outorgar ao guardião direito de representação, antes privativo do tutor ou curador especial.

Segundo o art. 33, § 3.º, do ECA, a guarda assegura à criança e adolescente a condição de dependente para fins previdenciários. Não condiciona esse benefício a qualquer tipo de termo ou restringe a determinada espécie de guarda.

O Instituto de Previdência do Estado do Rio Grande do Sul (IPE) vem exigindo que as guardas sejam reexaminadas a cada seis meses para que a carteira social obtenha revalidação. Essa imposição, a nosso juízo, é ilegal, porquanto a decisão judicial de conceder uma guarda de cunho permanente não pode ser questionada pela autarquia, quanto mais fora do Judiciário.

O que se deve evitar é a constituição de guardas somente com vistas à percepção do benefício previdenciário, pois o encargo é muito mais amplo, conferindo a seu detentor a responsabilidade de prestar assistência moral, material e educacional à criança ou adolescente.

É comum os avós postularem a guarda de neto, quando a mãe (ou o pai) com eles reside, trabalha, mas só tem a assistência médica do INSS e quer beneficiar seu filho com o IPE ou outro convênio. Entendemos, respeitando posições em contrário, que tais pedidos devem ser indeferidos, porque a situação fática, nesses casos, estará em discrepância com a jurídica. Em suma, é uma simulação, com a qual o Ministério Público, como *custos legis*, e o Juiz competente não podem ser coniventes, sob pena de se fomentar o assistencialismo às custas de entidades não destinadas a esse fim.

3. Tutela

O cabimento da tutela restringe-se às seguintes hipóteses: pais falecidos, desconhecidos ou previamente destituídos do pátrio poder ou com ele suspenso.

Não raras vezes, os interessados postulam a tutela ao invés da guarda, por ser mais fácil a obtenção dos direitos previdenciários, como dependente, naquela situação.

Entretanto, havendo genitor vivo, ainda que em local incerto e não sabido, não estando desprovido do pátrio poder, tem pertinência a guarda, não a tutela. Em sendo desconhecido o paradeiro dos genitores, é mister que sobrevenha uma sentença declaratória de ausência ou até mesmo de destituição do pátrio poder, tendo por base o abandono.

Importante frisar que, se a situação fática autorizar a propositura da ação de destituição do pátrio poder, deve o Ministério Público fazê-lo, porque para o menor é sempre mais interessante a tutela que a guarda, já que aquela medida envolve plenos poderes de representação.

O art. 409 do CC estabelece uma ordem entre os parentes a quem incumbe assumir a tutela, na falta de tutor testamentário. *A priori*, deve-se respeitar essa ordem, com arrimo no art. 36 do ECA. Todavia, como apregoa a jurisprudência, forma pacífica, tal ordem não é inflexível, *devendo prevalecer o interesse do menor* (RT 566/56 e 614/56).

A hipoteca legal é dispensada pelo Estatuto nas seguintes situações: a) tutelado sem bens ou rendas; b) com bens constantes de instrumentos públicos registrados no Registro Imobiliário; c) rendimentos suficientes apenas para manutenção do tutelado; d) outro motivo relevante.

Essa previsão legal (art. 37 do ECA) vem ao encontro da necessidade de desburocratizar os processos de tutela, nos quais, na maior parte das vezes, o futuro tutor já está assumindo um encargo bastante pesado ao se responsabilizar pelo menor.

4. Adoção

Acompanhando a evolução legislativa, com raízes nas mudanças de nossos costumes, o Estatuto prevê, expressamente, a adoção por concubinos.

Para tanto, exige que provem a estabilidade de sua união (art. 42, § 2.º).

Na prática, essa prova pode ser feita por meio de declarações com firmas reconhecidas; certidões de casamento religioso; credenciamento recíproco em entidade previdenciária, dentre outras formas.

Questiona-se se dois ex-concubinos, que tenham vivido juntos por longo tempo, no qual criaram uma criança como filho, sem qualquer título legal (mera entrega de fato da criança pela mãe), após a dissolução da sociedade de fato, podem, em conjunto, adotar essa criança.

A despeito da necessária prova da estabilidade da sociedade de fato, entendemos possível essa adoção, desde que se prove a estabilidade pretérita e que os adotantes acordem quanto à guarda e regime de visitas. A essa conclusão chegamos por força da equiparação constitucional da união estável à família legalmente constituída, em combinação com o art. 42, § 4.º, do Estatuto.

O consentimento dos pais do adotando é indispensável para a medida em foco (art. 45 do ECA).

No caso de não-localização dos pais, em primeiro lugar, deve-se destacar a impossibilidade de a adoção ser requerida em Cartório, por petição assinada somente pelos interessados, sem a participação de advogado. Tal praxe errônea é comum no meio forense, gerando situações processualmente teratológicas.

A contrário senso, para que o pedido seja deduzido sem advogado, deve ocorrer, no tocante ao consentimento dos pais do adotando, uma das seguintes hipóteses: a) concordância dos pais em juízo; b) prévia destituição ou suspensão do pátrio poder; c) pais desconhecidos; d) pais falecidos.

Em havendo necessidade de destituição do pátrio poder, a ação será proposta pelo Ministério Público ou pelo interessado, via advogado.

A menos que o pedido de adoção esteja sendo formulado em conjunto com uma ação de destituição do pátrio poder — na qual haverá uma imputação dentre as previstas no art. 395 do CC ou no art. 24 do ECA — reputa-se incabível a citação-edital dos genitores ilocalizados no processo de adoção.

Freqüentemente deparamo-nos com pedidos de adoção formulados em Cartório, sem assinatura de advogado, nos quais, em função de se desconhecer o paradeiro dos genitores (ou de um deles) se faz a citação ficta, com decreto de revelia e nomeação de curador especial.

A citação via edital só pode ocorrer em processo *contraditório* de suspensão e/ou destituição do pátrio poder, ajuizada cumulada ou isoladamente com o pedido de adoção.

Deve ser assegurado o *due process of law* para que alguém seja destituído do pátrio poder. Inclusive, as hipóteses de destituição são exaustivas ou *numerus clausus* (nesse sentido, Nívio Geraldo Gonçalves aduz que as hipóteses são *exaurientes*, in *Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente*, p. 143, Forense).

Assim, a destituição do pátrio poder só pode ocorrer nos seguintes casos: a) castigos imoderados; b) abandono; c) atos contrários à moral e bons costumes; d) descumprimento injustificado dos deveres e obrigações previstos no art. 22 do ECA (sustento, guarda, educação, cumprir e fazer cumprir determinações judiciais).

Sendo os genitores do adotando menores absoluta ou relativamente incapazes, com seus pais (avós do adotando) em local ignorado, sugere-se, aí sim, a citação por edital desses representantes legais, pois o consentimento nuclear já foi dado pelo genitor, restando a aquiescência de seus pais para perfectibilizarem o ato. Nesse diapasão, aliás, sugere Paulo Afonso Garrido de Paula.

Pode-se dizer, ainda, que o ato de dar um filho em adoção é de cunho personalíssimo, daí dessumindo-se a dispensabilidade da ouvida dos avós.

Considerando-se a irrevogabilidade característica à adoção, o vínculo entre pais biológicos e o adotado pode ser restabelecido por meio de outra adoção.

A seu turno, a revogação do vínculo pode se dar por meio de sentença destituidora do pátrio poder. As sentenças de deserção e indignidade excluem o filho adotivo da sucessão, mas seus efeitos limitam-se ao aspecto patrimonial, não rompendo o vínculo filial.

5. Ação de destituição do pátrio poder

A leitura fria do art. 161 do ECA dá a entender que, não havendo contestação, a ação pode ser julgada independentemente de produção probatória.

Essa exegese simplista e literal não é acolhida a nível doutrinário, de vez que se trata, indubitavelmente, de ação envolvendo direito indisponível (pátrio poder), restando neutralizados os efeitos da revelia, a teor do art. 320, II, do CPC. Não em outro sentido lecionam Wilson Donizeti Liberati (*O Estatuto da Criança e do Adolescente*, p. 110, IBPS) e Nívio Geraldo Gonçalves (ob. cit., p. 150).

6. Ação de remoção de tutor

No processo de remoção de tutor, apregoamos ter aplicação o art. 161 do Estatuto, *ex vi* do art. 164 do mesmo diploma legal. Nesse caso, não está em jogo direito indisponível, permitindo-se o julgamento antecipado, ao contrário do que ocorre na ação de destituição do pátrio poder.

Comunga dessa opinião Samuel Alves de Melo Júnior, in *Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente*, p. 157, Forense.

Esse mesmo autor (ob. cit., p. 157), acompanhado de Wilson Donizeti Liberati (ob. cit., p. 114), professa que o prazo contestacional na ação de remoção de tutor prevista no Estatuto é de 10 dias, conjugando os arts. 158 e 164.

Paulo Lúcio Nogueira tem posição diversa, apontando o prazo de cinco dias, insculpido no art. 1.195 do CPC, como o cabível (*Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado*, p. 233, Saraiva).

Respeitando o ilustrado menorista, sugerimos como aplicável à espécie o decêndio a que alude o art. 158 do ECA, porque essa norma procedimental é perfeitamente ajustável ao processo de remoção de tutor, incidindo, portanto, o precitado art. 164. Não bastasse isso, impende salientar que o Estatuto é lei especial e de igual hierarquia ao CPC.