

## O MENOR E SUA GUARDA

VLADIMIR PASSOS DE FREITAS  
Promotor Público

### I — INTRODUÇÃO

O crescente êxodo rural para os centros urbanos, o enorme contingente populacional das grandes cidades, a dissolução da família, o despreparo daqueles que lidam com o problema e outros tantos fatos, têm contribuído para agravar a situação do menor.

É com tristeza que tomamos conhecimento de graves delitos, cujos participantes possuem pouco mais de 10 anos de idade. Consternados e sentindo uma distante, porém, real sensação de responsabilidade, ficamos a meditar sobre o assunto.

Indiscutivelmente, a grande maioria dos menores partícipes de fatos graves, são oriundos de famílias esfaceladas e pouco ou nada receberam, em matéria de educação, instrução, higiene, religião e, principalmente, amor. À sociedade que os repeliu, respondem com práticas violentas e bárbaras, como nos dão notícia, constantemente, os jornais.

### II — UMA EXPERIÊNCIA FELIZ

Exercendo as funções de Promotor Público na Comarca de Caraguatatuba e sentindo de perto o problema, através do atendimento ao público, tivemos oportunidade de pôr em prática método bastante eficaz.

Face à grande quantidade de menores abandonados ou criados por pessoas sem as mínimas condições materiais ou morais de tê-los, lançamos campanha, através da rádio e do jornal local, alertando àqueles que desejassem receber uma criança que fossem ao Fórum fornecer os dados. Felizmente, o número de interessados foi grande e ao se apresentarem, diziam a idade que pretendiam, sexo, cor, etc. À medida que ia surgindo uma criança em situação precária, as fichas iam sendo observadas e o casal ou pessoa interessada era procurado e feita a entrega.

O sucesso foi, e vem sendo, animador. A muitos menores poupou-se uma vida amarga e a muitas pessoas deu-se uma oportunidade de extravasar seu afeto. À sociedade concedeu-se a oportunidade de ter mais um cidadão útil e menos um marginal.

É fora de dúvida que a experiência torna-se mais fácil nos pequenos centros. Entretanto, o exemplo vale mais como uma tentativa de minorar o problema. Aos grandes aglomerados pode-se aplicar esta solução, aperfeiçoada, ou outras que melhor se adaptem à situação. O

que importa, frise-se, não é o meio, mas tentar ajudar na solução do problema.

Mas, comumente, surge a seguinte questão: as pessoas que recebem o menor querem tê-lo em seu próprio nome e ficam desanimadas ao saber que não podem registrá-lo e que terão que aguardar o desfecho de uma solução judicial, nem sempre rápida.

Impõe-se, portanto ao Poder Judiciário solucionar o entrave, afastando, sempre que possível, os formalismos excessivos e procurando, na medida do possível, ajudar os que acolhem o menor. Tal atitude servirá para estimulá-los e para resolver-se um problema social.

A nossa legislação cuida do problema através do Código de Menores, Código Civil, nas figuras da Tutela e da Adoção e a Legitimação Adotiva, regulada pela Lei n. 4.655, de 2 de junho de 1965.

### III — O CÓDIGO DE MENORES

O Código de Menores divide os casos em Infantes Expostos, previstos no artigo 14 e Menores Abandonados, regulados no artigo 26.

Os expostos são os de pouca idade, até o máximo de 7 anos, deixados nos bancos de jardim, hospitais, nos braços de uma pessoa e situações análogas, com ou sem qualquer declaração ou indicação do nome dos pais.

Quanto aos outros, ensina Eudoro Magalhães em "Legitimação Adotiva", pág. 20, Ed. Forense, que "menores abandonados propriamente ditos, são, ao contrário, em regra, os menores de mais de sete anos. Abrangem, no entanto, também os abaixo dessa idade, desde que ocorra uma das circunstâncias a que aludem os artigos 26 a 30 do Código de Menores.

Alinhadas as inúmeras e variadas hipóteses em que o menor poderá ser considerado abandonado, incluindo neste termo os expostos, cumpre observar o que se fará no caso concreto.

De início, frise-se a diferença dos casos destes menores e dos que possuam tutor nomeado; parentes que dele possam cuidar e bens a serem administrados. Aqueles terão sua tutela regida pelo Código de Menores. Estes através do Código Civil.

Nos casos de menores abandonados, compete ao Juiz de Menores, onde houver Juízo Privativo, ou ao Juiz de Direito que acumule tais funções, julgar tal estado (artigo 147, inciso I do Código de Menores). O processo tramitará pelo Cartório de Menores e será iniciado *ex officio*, por iniciativa do Curador, a requerimento de algum parente ou por denúncia de qualquer pessoa (artigo 161 do referido Código).

O processo de suspensão ou perda do pátrio poder ou destituição da tutela é sumário e o fato poderá ser decretado na própria sentença que julgar o abandono (artigo 162). Muito embora tal processo não tenha os rigores formalísticos do processo civil, cremos que os pais ou tutores deverão ser chamados ao processo, a fim de alegarem o que de direito, face ao

princípio da amplitude de defesa, consagrado no artigo 153, § 15 de nossa Carta Magna.

Previendo a necessidade de serem tomadas decisões rápidas e enérgicas, em casos de menores abandonados, o Código arma o Magistrado de amplos poderes, podendo retirar os menores por mero despacho (artigo 40), apreendê-los, depositá-los nas mãos de terceiros, etc. (artigo 55).

O artigo 46 consagra providência extremamente importante. Prevê a hipótese de pais, mães ou tutores entregarem menores a particulares ou associações ou institutos autorizados. Em tais casos o Juiz poderá, a requerimento das partes interessadas e de comum acordo, decidir que em benefício do menor sejam delegados os direitos do pátrio poder, conferindo-os ao particular ou à administração do estabelecimento.

Trata este artigo de lei de ponto nevrálgico no estudo da guarda do menor.

Comentando, a respeito da Tutela, ensina Washington de Barros Monteiro, em "Curso de Direito Civil", 2.º vol. 10.ª ed., pág. 311, que a "nomeação de tutor para menor, que tenha pai vivo, será inconciliável, pela sua natureza, com o exercício do pátrio poder, implicando na sua supressão".

Segundo o eminente mestre, portanto, a pessoa viva não poderá entregar seu filho e outorgar a quem o receba o "pátrio poder".

Ousamos discordar do brilhante civilista, apesar de reconhecermos estar certa sua conclusão, se olharmos o texto legal com rigor.

É que no dia a dia, surgem inúmeros casos em que a única solução prática é a aplicação do artigo 46 do Código de Menores. É enorme, por incrível que pareça, a quantidade de pais e mães que abandonam seus filhos, deixando um simples papel, ou às vezes nada, àqueles que os acolhem.

Suponhamos que o responsável deixe uma declaração datilografada, caso bem comum. Será justo obrigar-se a pessoa que recebe o menor, ingressar com uma longa e cara ação ordinária, cujo fim será o mesmo destinado pela declaração?

Nem se argumente que poderia ser lavrada escritura de adoção. Os que recebem a criança poderão não ter cinco anos de casados, ou, talvez, não possam arcar com as despesas. Pode ser que os pais tenham desaparecido, fato por demais comum.

Dir-se-á que o Juiz poderá dar aos detentores a "Guarda Provisória". Mas esta, por ser mesmo provisória, poderá não atingir os seus objetivos. Por exemplo, há agências do Instituto Nacional da Previdência Social que não aceitam tal documento, para fins de dependência.

Há uma centena de hipóteses diversas e que, com constância, surgem. Cumpre ao estudioso e ao que aplica a lei, buscar soluções e procurar sempre desembaraçar o rigor da lei, ajustando-o à realidade social.

Para alcançar tal objetivo, muitas vezes, em caráter de urgência, envolvendo casos de saúde e a necessidade premente de filiar-se à Previdência Social, cumpre aplicar-se o artigo 46 do Código de Menores.

Note-se que será bem mais de acordo com os interesses do menor, colocá-lo em mãos de terceiros, com uma situação jurídica regular, que obrigar aos pais ou responsáveis, tê-los, sob pena de responsabilidade. Saliente-se que processos criminais e outras medidas violentas, pouco ou nada resolvem. Normalmente, o infrator é beneficiado com *sursis* e passa a tratar o menor com maior desprezo ou crueldade.

Em suma, como já se decidiu em inúmeras oportunidades (Revista dos Tribunais, 423/85; 423/115; 406/274; 404/157; 455/190 e 467/78), deve prevalecer, sempre, o interesse do menor e ao Juiz cumprir encarar a lei sem excesso de formalismo, ajustando as situações fáticas ao texto legal.

#### IV — DA ADOÇÃO

A adoção é regulada pelo Código Civil do artigo 368 ao 378.

São seus requisitos, idade mínima de 30 anos para adotar, aos casados um mínimo de 5 anos de matrimônio, diferença mínima de 16 anos entre adotante e adotado, impossibilidade de adoção por duas pessoas, salvo se marido e mulher e a necessidade de consentimento do adotado ou de seu representante legal se for incapaz ou nascituro.

Desnecessário, ao nosso ver, quaisquer comentários, a respeito da excelência do instituto. Propicia uma satisfação àqueles que a natureza negou filhos e socorre criaturas abandonadas.

Sendo a lei clara e de molde a ensejar rápida compreensão, cumpre-nos abordar, apenas, alguns aspectos de interesse.

Muito embora se exija, ao casal, 5 anos de matrimônio, nada impede que o solteiro, o desquitado ou o viúvo, adotem.

Com respeito ao consentimento do consorte, "O Código Civil não proíbe a adoção de filho por um dos cônjuges, sem o consentimento do outro" (Revista dos Tribunais, 449/104 — Em igual sentido, Revista dos Tribunais, 475/96 e "Jurisprudência-Justitia", órgão do Ministério Público do Estado de São Paulo, pág. 255).

No que pertine à necessidade de consentimento do adotado ou de seu representante legal, podem surgir algumas situações problemáticas. Normalmente, estando os pais de acordo, nenhum óbice ocorrerá e tudo se passará normalmente.

Suponhamos, no entanto, que o menor tenha pais desconhecidos ou, simplesmente, desaparecidos. A solução, segundo humanas e oportunas decisões, será requerer-se em Juízo a nomeação de um Curador *ad hoc*. Este comparecerá na escritura, munido da ordem judicial, consentindo no ato. É o que foi decidido, conforme Revista dos Tribunais, 209/476 e 418/139. É, também, a solução da doutrina, através do notável Antonio Chaves, em "Adoção e Legitimação Adotiva", pág. 116.

No caso de pai e mãe vivos, cremos que o consentimento deverá ser dado por ambos. Se um se negar, cumpre estudar o motivo e, conforme o caso concreto, estudar-se a viabilidade de destituí-lo do pátrio poder,

mediante ação própria. Posteriormente, suplicar em Juízo a nomeação de Curador especial.

Questão que origina ampla discussão, é a ligada à possibilidade do adotado receber o apelido de família dos adotantes. A prática revela que a maioria dos que adotam desejam manter a situação sem dar conhecimento ao adotado. A diferença de nome, é óbvio, impede a consecução do objetivo.

A lei não prevê solução, ao contrário do que ocorre com a legitimação adotiva, conforme se verá. Sensível ao grave problema, o então Corregedor-Geral da Justiça do Estado de São Paulo, Desembargador Samuel Francisco Mourão, baixou o Provimento n. 12, de 1960, permitindo-se aos adotados receber o nome da família dos adotantes.

No mesmo sentido vem se orientando a jurisprudência (Revista dos Tribunais, 433/76; 328/187 e 417/159).

Os artigos 373 e 374 tratam da dissolução da adoção. Sendo de fácil compreensão, cumpre, apenas, esclarecer que não pode ser revogada por uma das partes (Revista dos Tribunais, 425/62), que a injúria grave do adotado motiva sua revogação (Revista dos Tribunais, 451/247 e 457/230), que se for mero meio para efetuar-se doação à companheira, fraudando a lei, pode ser anulada (Revista dos Tribunais, 464/97) e que o levar-se as partes a erro também anula o ato (Revista dos Tribunais, 472/81).

A adoção não pode ser subordinada a termo ou condição e quando o adotante tiver filhos legítimos, legitimados ou reconhecidos, a relação de adoção não envolve a sucessão hereditária. Confira-se: Revista dos Tribunais, 476/91.

A adoção deve ser feita através de escritura pública. Esta será averbada no Cartório de Registro Civil de Pessoas Naturais.

#### V — DA TUTELA NO CÓDIGO CIVIL

A Tutela prevista no Código Civil difere das hipóteses relacionadas no Código de Menores. Destina-se a menores que tenham tido tutor nomeado pelos pais ou que possuam parentes que possam incumbir-se do encargo.

Nos termos do artigo 406, os menores são postos em Tutela em três hipóteses. Falecendo os pais, fato comprovável por certidão de óbito e que inerece comentários, em face de sua clareza. Sendo os pais julgados ausentes, hipótese indicada no artigo 484. O inciso II fala dos casos em que os pais decaíam do pátrio poder. As hipóteses são as dos artigos 394 e 395 do aludido Código.

São três as formas de Tutela. O artigo 407 cuida da primeira que é conhecida por ato de última vontade. É, normalmente, feita por escritura pública. A segunda é a legítima e é mencionada no artigo 409. O elenco de parentes que deverão assumir o *munos*, não é inflexível, cabendo à Autoridade Judiciária, conforme o caso, modificá-lo. A terceira é a dativa, cuidada pelo artigo 410 do Código Civil.

O artigo 413 trata dos incapazes de exercer a Tutela. Os artigos 414 a 417 da escusa dos tutores. Os artigos 418 a 421 da garantia.

Na seção V, o Código trata do exercício da Tutela, na seção VI dos bens dos órfãos e na VII da prestação de contas.

Finalmente, a seção VIII, que compreende os artigos 442 a 445, dispõe a respeito da cessação da Tutela. Este é, por sua própria natureza, temporária. Normalmente, ocorre através da maioridade do menor. Todavia, poderá encerrar-se pela emancipação, caindo o menor sob o pátrio poder, no caso de legitimação, reconhecimento ou adoção. Poderá surgir, ainda, a cessação das funções do tutor, através da expiração de seu prazo de servir, por escusa legítima ou sendo removido.

O Código de Processo Civil trata no artigo 1.187 e seguintes, da nomeação de tutor.

Estão, ali, previstas as hipóteses comuns, ou seja, de tutela legítima, dativa (inciso I) e por ato de última vontade (inciso II).

O artigo 1.194 e seguintes mencionam as hipóteses de remoção e dispensa, dando um rito rápido ao pedido.

Resta, assim, mencionar que as ações em que se pretenda destituir os pais do pátrio poder, nomeando-se terceiros para o exercício da Tutela, deverão ter o rito ordinário previsto no artigo 282 e seguintes, do Código de Processo Civil.

#### VI — DA LEGITIMAÇÃO ADOTIVA

Segundo a definição de Eudoro Magalhães, in “Legitimação Adotiva”, pág. 13, “é a conquista por um casal legalmente constituído, de um filho legítimo, gerado e havido, por outro casal, unido ou não pelo casamento, filho esse que passa, portanto, a gozar de todos os deveres e privilégios de um filho de sangue”.

Trata-se de instituto análogo ao da adoção, porém, com vantajosas inovações, conforme se verá.

O pedido deverá ser feito ao Juiz competente, ao invés de escritura pública. Sua obtenção condiciona-se a uma série de requisitos.

São requisitos dos adotantes, segundo a Lei n. 4.655, de 26 de junho de 1965. Aos casais um prazo de matrimônio de mais de cinco anos. É dispensado o prazo do quinquênio com a prova de esterilidade de qualquer dos cônjuges. Idade mínima de trinta anos ao menos para um dos cônjuges. Ao viúvo ou viúva idade igual ou superior a trinta e cinco anos e prova de que o menor esteja integrado ao lar há mais de cinco anos. Os cônjuges desquitados, desde que hajam iniciado a guarda do menor na constância do casamento, poderão concordar sobre ela após a terminação da sociedade conjugal. O que permanecer com o menor, poderá solicitar a legitimação adotiva.

São requisitos pessoais dos legitimandos adotivos. O artigo 1.º, em sua parte inicial, fala do infante exposto, cujos pais sejam desconheci-

dos ou hajam declarado por escrito que pode ser dado. O exposto é o menor de até sete anos deixado pelos pais à sua própria sorte. A lei pretendeu abranger não só os abandonados em jardins, maternidades, etc., por pais desconhecidos, mas também aqueles que foram repudiados pelos pais, mediante escrito.

Continuando a oração, diz o artigo de lei, “bem como do menor abandonado propriamente dito até sete anos de idade, cujos pais tenham sido destituídos do pátrio poder”. Menores abandonados, propriamente ditos, são os que contam com mais de sete anos. No entanto, abrangem os abaixo dessa idade, desde que ocorra uma das circunstâncias a que aludem os artigos 26 a 30 do Código de Menores. Necessário, ainda, tenham sido os pais destituídos do pátrio poder. Ante a clareza do texto legal, não poderão ser incluídos os casos em que os pais tenham sido suspensos do pátrio poder.

A seguir, fala o artigo nos órfãos da mesma idade, não reclamados por qualquer parente por mais de um ano. Trata-se de mais uma hipótese de menor abandonado.

Finalmente, alude o artigo ao filho natural reconhecido apenas pela mãe, impossibilitada de prover sua criação. Trata-se de mais uma hipótese de abandono que terá que ser constatado em processo pertinente. Não se trata de hipótese da simples concordância da mãe, pois, em tal hipótese cabível seria a adoção.

Os §§ 1.º e 2.º, mencionam a possibilidade do menor com mais de sete anos ser legitimado, desde que já estivesse sob a guarda dos legitimantes e a necessidade de o menor permanecer por um espaço de três anos, sob a guarda dos requerentes, em período de prova.

Presentes os requisitos dos legitimantes e dos legitimandos, cumpre instruir-se o pedido com os seguintes documentos: certidão de casamento, atestado de residência, folha de antecedentes, prova de idoneidade moral, prova de idoneidade financeira, atestado de inexistência de filhos, prova de abandono do menor, prova de destituição do pátrio poder, atestado de sanidade física e prova da guarda por 3 anos. Destinam-se a demonstrar a capacidade física, financeira e moral daqueles que abrigam o menor.

O 1.º do artigo 5.º, faculta ao Juiz ordenar as diligências e sindicâncias que se tornem necessárias para a instrução do pedido. Assim, a falta de algum documento não deverá ensejar o repúdio do pedido. Cabe ao Juiz, visando sempre os superiores interesses do menor, tentar suprir a falta por outros meios.

A jurisprudência vem tentando abrandar o rigor da lei, dando soluções mais humanas aos casos que surgem. Assim, já se decidiu que “na hipótese de legitimação adotiva de menor de sete anos de idade, cumpridos os demais requisitos, deve a mesma ser deferida, embora os pais ainda não estejam destituídos do pátrio poder. É que em tais casos, nos próprios autos do pedido de legitimação poderá o juiz tomar as medidas cabíveis para declarar o menor em estado de abandono” (Revista dos Tribunais, 435/63. Em igual sentido, 426/90).

Já se decidiu, também, que nada impede a reiteração do pedido de legitimação adotiva (Revista dos Tribunais, 475/88 e 471/200) e que o fato de ser o menor adotado, não impede a legitimação (Revista dos Tribunais, 432/111).

Todavia, com respeito a requisitos outros, já se manifestou indeferindo, o Poder Judiciário. Em caso de casal com filhos, julgou-se inadmissível a legitimação (Revista dos Tribunais, 446/86) e em hipótese de indivíduo solteiro o requerimento foi negado (Revista dos Tribunais, 461/102).

Aos legitimantes concede-se o direito de modificar o nome e o prenome do menor, como se filho seu fosse. O legitimado tem os mesmos direitos e deveres do filho legítimo, salvo no caso de sucessão, se concorrer com filho superveniente à adoção.

O pedido seguirá o rito previsto no artigo 5.º da Lei especial, correndo o processo em segredo de justiça.

#### VII — CONCLUSÃO

A todos que cumprir a solução da guarda de menores, seja qual for a hipótese, cumpre encarar a legislação com pouco apego ao formalismo e com grande sentido humano, procurando sempre amparar e solucionar o problema do menor.