

Tutela Processual do Menor

ROBERTO ROSAS

Prof. da Universidade de Brasília

SUMÁRIO: I. CAPACIDADE ATIVA E PASSIVA DO MENOR. AUTOR E RÊU. a) Representação e assistência; b) A função do curador especial ao menor; c) Juis competente. O domicílio do menor; d) O menor testemunha. II. DEFESA DO MENOR. 2) Tutela. A nomeação do tutor; b) Busca e apreensão de menor; c) O casamento do menor. Suprimento de consentimento; d) Posse em nome do nascituro; e) Pátrio poder. Perda; f) Alimentos; g) Guarda e responsabilidade; h) Os filhos na separação judicial. III. A INTEGRAÇÃO DO MENOR NA SOCIEDADE: ADOÇÃO E LEGITIMAÇÃO ADOTIVA.

1. REPRESENTAÇÃO E ASSISTÊNCIA DO MENOR EM JUÍZO

No artigo 8º do CPC estabelece-se a representação do incapaz em juízo. Não se limita somente aos menores, também a todos os incapazes. Vale, então, distinguir o menor de 16 anos e o maior de 16 anos e menor de 21 anos. O menor de 16 anos é absolutamente incapaz, e para praticar atos ele deve ser representado. E isso, também ocorre em juízo. Já o menor entre 16 e 21 anos é relativamente incapaz, e é assistido na prática dos atos da vida civil, inclusive em juízo. Num caso, o menor tem o ato praticado por seu representante, no outro, pratica o ato com a assistência dos pais ou tutores. Em regra, a assistência ou a representação cabe aos pais, pois, eles têm

o pátrio poder (cc — art. 384, IV). Ao tutor não se permite a propositura ou contestação de ação do menor ou contra o menor sem autorização do juiz (cc — art. 427, VII), achando José Frederico Marques, que a *legitimatío ad processum* existirá com a representação ou assistência e a autorização do Juiz (Instituições, II, nº 344).

Admite-se que a ausência de autorização do juiz será suprida com o despacho inicial do juiz na petição inicial ou na resposta se for o juiz competente para a autorização, que em regra não o é, pois, essa autorização deve ser pedida ao Juiz de Menores ou Juiz de Vara de Família, dependendo da Organização Judiciária. A formalização dessa autorização pode ser prejudicial ao menor, principalmente na contestação. Como o assistente é ouvido em todos os atos processuais sobre os quais se pronuncie o assistido pode haver divergência entre eles. Prevalecerá a vontade do assistente (Tornaghi, Comentários, página 110).

Em suma, para a validade do ato jurídico exige-se o agente capaz, capacidade de fato para a sua prática. Se o ato jurídico processual for praticado por absolutamente incapaz ele é nulo (cc — art. 145, I), se o for por relativamente incapaz, ele é anulável (cc — art. 147, I).

Permite-se a aquisição da capacidade civil antes dos 21 anos através da emancipação. Ela é dada pelo pai; pelo juiz; casamento; exercício de função pública; colação de grau em curso superior; estabelecimento civil ou comercial (cc. art. 9º). Logo, o indivíduo emancipado adquire a capacidade civil, como se fosse maior. Assim, poderá propor ações ou ser demandado, isto é, passa a ter capacidade processual.

2. A FUNÇÃO DO CURADOR ESPECIAL AO MENOR

Na falta de representante legal (representante propriamente dito ou assistente), o juiz dará curador especial ao incapaz (CPC — art. 9º). Essa medida é deferida pelo juiz da causa, quando se verifique essa hipótese ou os interesses do representante legal conflitem com os do incapaz. A nomeação

do curador é destinada exclusivamente àquele processo, e não suplementar a falta de representação em geral. Pergunta-se: o curador especial deve ser advogado? A função desse curador é meramente de suprir a incapacidade. O curador vela pelos interesses do menor, e não exerce a capacidade de postular. Daí, a nomeação poder recair em pessoa não advogado. Em realidade, o curador ocupa o lugar do pai ou tutor.

3. O MINISTÉRIO PÚBLICO

A nomeação do curador especial não dispensa a intervenção do Ministério Público, pois, a isso obriga o art. 92 do CPC.

A intervenção do Ministério Público é obrigatória nas causas concernentes ao pátrio-poder, tutela, curatela (CPC — art. 82, II).

4. JUIZ COMPETENTE PARA AS AÇÕES

O domicílio do menor é o do seu representante (cc. — art. 36). As ações contra o menor deverão ser propostas no domicílio do representante. Isso foi reafirmado no CPC (art. 98). A lei processual fala em representante, mas é evidente que se aplica também ao assistente, isto é, para os menores de 16 a 21 anos.

5. O MENOR TESTEMUNHA

No direito italiano permite-se o testemunho do menor de 14 anos, quando se torne necessário, sem que preste juramento (Código de Processo Italiano — art. 248). No direito português os maiores de sete anos podem depor como testemunhas (Código — art. 617, c). Já o direito brasileiro adotou a idade mínima de 16 anos, quando o projeto queria 14 anos (CPC — art. 405, III). Aceitou-se esse limite, porque a incapacidade absoluta cessa aos 16 anos (cc — art. 5º, I). Clóvis acentuou a falta de confiança nos depoimentos dos menores e Pontes de Miranda admitia o depoimento do menor de 16 anos em questões de família.

Pelo mesmo impedimento da idade, não se permite ao menor ser árbitro, isto é, aceitar a incumbência do Juízo arbitral (CPC — art. 1079, I).

A citação não poderá ser feita ao menor. Se ele não tem capacidade processual, ela se estende à capacidade passiva.

6. A NOMEAÇÃO DO TUTOR

A tutela do menor será exercida quando haja decaimento do exercício do pátrio poder ou extinção do mesmo. Ele pode ser nomeado pelo juiz ou instituído em testamento ou por instrumento público. Prestará compromisso perante o juiz, e caso o menor tenha bens, requererá a hipoteca legal de imóveis necessários para acautelar os bens do menor confiados à guarda do tutor (CPC — art. 1188 e CC. — art. 418). Se o tutor não tem bens suficientes há a dispensa dessa providência (CC — art. 419). Como o Código Civil admitia a responsabilidade subsidiária do juiz pelos prejuízos sofridos pelo menor, em razão da insolvência do tutor (CC — art. 420), o CPC atual admitiu até a dispensa da garantia (art. 1190, *in fine*).

7. ESCUSA DA TUTELA

O tutor pode escusar-se do encargo da tutela, e até o Código Civil (art. 414) enuncia essas hipóteses, entre elas, aos maiores de 60 anos, enfermos.

Também pode haver a remoção e a dispensa do tutor, a pedido do Ministério Público ou quem tenha legítimo interesse (CC — art. 413; CPC — art. 1194 e Código de Menores — art. 37, I). No caso de destituição da tutela, o juiz fixará prestação de alimentos, desde que a pessoa esteja obrigada a essa prestação (Código de Menores — art. 41). Quando o menor seja castigado imoderadamente, em medida provisional, o juiz pode determinar o depósito desse menor (CPC — artigo 888).

8. BUSCA E APREENSÃO DO MENOR

Para a busca e apreensão de menor, quem tenha legítimo interesse poderá ao juiz essa medida, indicando o lugar onde se encontra o menor (CPC — art. 840).

9. O CASAMENTO DO MENOR. SUPRIMENTO DO CONSENTIMENTO

Ao menor não se permite a prática de atos, relativa ou absolutamente. É uma decorrência da incapacidade. Por isso, não poderá casar antes da idade núbil fixada pelo Código Civil, isto é, 21 anos (art. 185). Exige-se o consentimento dos pais, ou suprimento desse consentimento pelo juiz. Essa é uma medida provisória autorizada pelo CPC (art. 888, IV).

A habilitação para o casamento é processo de jurisdição voluntária, cabendo ao juiz o deferimento desse pedido nos limites da lei. No acautelamento de interesses de menores, o Código Civil inclui entre os impedimentos para o casamento, o do cônjuge sobrevivente que tiver filho do cônjuge falecido, enquanto não fizer inventário dos bens do casal e der partilha aos herdeiros (art. 183, XIII), bem como impede-se o casamento da viúva cujo casamento terminou até dez meses depois do término da Sociedade conjugal. Ambos são impedimentos proibitivos, que em verdade, não levam nem à nulidade, nem anulação do casamento contraído com essa proibição. Apenas é uma defesa dos filhos menores.

10. POSSE EM NOME DO NASCITURO

O início da personalidade ocorre com o nascimento com vida, porém, desde a concepção são assegurados direitos ao nascituro. Para provar o estado de gravidez, e portanto, resguardar os direitos do nascituro, a mulher pode requerer ao juiz o exame dessa gravidez, comprovando-se a morte de quem o nascituro é sucessor (CPC — art. 877). Asseverada a gravidez, o juiz, por sentença, declarará a mulher investida na posse dos direitos que assistam ao nascituro.

11. OS FILHOS NA SEPARAÇÃO JUDICIAL

O pedido de separação judicial consensual deve conter o acordo relativo à guarda dos filhos menores (CPC — art. 1121, II) e o valor da contribuição para criar e educar os filhos. Os pais contribuirão na proporção de seus recursos, para manutenção dos filhos (Lei 6515 — art. 2º). São requisitos indispensáveis, sem os quais, a petição está incompleta e não poderá ser aceita pelo juiz, porque não preenche os requisitos (art. 1122). É uma salvaguarda aos interesses dos filhos menores, que foi acentuada na Lei do Divórcio (Lei 6515). Na separação judicial consensual cabe aos pais a deliberação sobre a guarda dos filhos; na separação judicial litigiosa o filho ficará na guarda do cônjuge que não deu motivos à separação, se ambos deram, ficará na guarda da mãe, ou então, se houver motivos graves, o juiz regulará de maneira diferente (Lei 6515 — art. 13). O juiz poderá autorizar a posse provisória dos filhos, nos casos de separação (CPC — art. 888, III). Para regular o direito de visita, em medida provisional, o juiz determinará a guarda e a educação dos filhos (CPC — art. 888, VII).

12. ADOÇÃO E LEGITIMAÇÃO

A adoção e a legitimação adotiva são institutos de alta expressão social. A legitimação adotiva é mais importante, porque insere na nova família, o menor, que se desligará de seus antigos laços familiares.