

SEM REVISÃO

Considerações sobre a ilegitimidade de parte ativa do curador especial nas ações de destituição do pátrio poder e da ilegalidade de sua nomeação por parte do Juiz da Vara da Infância e da Juventude

Aparecida Maria Valadares da Costa Gonçalves

Promotor de Justiça – SP

Alcides Malossi Junior

Promotor de Justiça – SP

Causa preocupação, hoje, a questão sobre ser, ou não, o curador especial parte legítima para figurar no pólo ativo das ações de destituição do pátrio poder, bastante comum nas causas afetas ao Direito da Infância e da Juventude, em face da existência de casos concretos na Comarca de São Paulo, em que referidos curadores são nomeados através do Juízo da Infância e da Juventude para tal desiderato. Trata-se de questão de cunho prático, a exigir solução adequada, no dia a dia forense e que, de certa maneira, também guarda relação direta com as atribuições da Promotoria de Justiça da Infância e da Juventude.

A nossa posição é que, em tais hipóteses deverá o curador especial ser considerado carecedor de ação, com o reconhecimento da ilegitimidade de parte ativa, sendo patente a ilegalidade de dita nomeação por Juiz de Direito.

Como aqui se fala em Vara da Infância e da Juventude, é certo que a criança/adolescente, cujos pais se pretenda destituir do pátrio poder, deve estar em situação de respeito ou mesmo ameaça aos seus direitos, causados por aquelas expressas condições indicadas no art. 98, incisos I a III da Lei Federal nº 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente).

Caso diverso é o do pai ou mãe, que venha assistindo devidamente o filho, e pretenda eventual propositura de ação contra o outro, que deverá correr, então, em Vara de Família e Sucessões, consoante expressamente dispõe o art. 148, parágrafo único, letra *b*, do Estatuto da Criança e do Adolescente. Embora a discussão do tema sirva para ambas as hipóteses, nessas breves notas iremos nos ater à nossa área de atuação, de Infância e Juventude.

Existindo procedimento da esfera da Infância e da Juventude, obrigatória a intervenção do Ministério Público, sob pena de nulidade, conforme

expressa determinação de Lei Federal (Arts. 202 e 204 do Estatuto da Criança e do Adolescente).

É importante essa indicação sobre a obrigatória intervenção do Ministério Público, porque o Promotor de Justiça é um dos legitimados para a propositura da ação de destituição do pátrio poder, como se vê da legislação.

“O procedimento para a perda ou a suspensão do pátrio poder terá início por provocação do Ministério Público ou de quem tenha legítimo interesse” (art. 155 do Estatuto da Criança e do Adolescente).

A lei é clara no que tange a questão da legitimidade: – quem poderá dar início ao procedimento com o fim de promover ação para a perda ou suspensão do pátrio poder é o Ministério Público, e “quem tenha legítimo interesse”.

Ninguém mais pode provocar o início dessa ação.

Assim é que, além do Ministério Público, possibilitou o legislador federal que terceiro, detentor do legítimo interesse, pudesse dar início ao procedimento contraditório, exigindo-se, para tanto, um interesse qualificado que, certamente, na hipótese ora analisada, não pode ser alcançado por curador, especialmente nomeado para tal fim.

Nesse sentido, é a orientação doutrinária do culto Promotor de Justiça, José Luiz Mônaco da Silva, que, ao comentar o citado dispositivo legal, de forma elucidativa esclarece:

“...É preciso interpretar a expressão legítimo interesse com bastante parcimônia, dentro de seu real significado jurídico, sempre levando em conta que o Estatuto não quis entregar o exercício da ação a qualquer pessoa, mas apenas à que detiver interesse jurídico, moral ou econômico, nos termos do art. 76 do CC e art. 3º do CPC. Não basta um mero interesse em ver a situação de determinado menor regularizada, porque, em última análise, essa é a aspiração de toda pessoa de bem. A prevalecer tal raciocínio, qualquer membro da sociedade poderia dar início ao procedimento de perda ou suspensão do pátrio poder”. (Cf. Estatuto da Criança e do Adolescente, “Comentários”, José Luiz Mônaco da Silva, Editora Revista dos Tribunais, Capítulo III, Seção II, págs. 264 e 265).

Por outro lado, a nomeação de curador especial fundada no art. 142, parágrafo único, do Estatuto da Criança e do Adolescente, só se justificaria na hipótese de colidência de interesses da criança ou do adolescente com o de seus pais ou responsável, sendo certo, ainda, que tal colidência deverá ser necessariamente demonstrada de modo manifesto para, em nome da criança ou adolescente, ingressar com a medida judicial cabível, como, por exemplo, no caso de má gestão da administração de bens dos filhos.

Em um primeiro momento, voltamos nossa especial atenção para a legitimidade do Ministério Público, ou no caso, do Promotor com atribuições perante a respectiva Vara da Infância e da Juventude, sendo dispensável maiores considerações, em face de expressa disposição legal, apenas acrescentando que tal legitimidade é reforçada pelo art. 201, inciso III do mesmo Diploma legal mencionado, quando se fala que à ele compete “promover e acompanhar as ações de alimentos e os procedimentos de suspensão ou destituição do pátrio poder, nomeação e remoção de tutores, curadores e guardiães, bem como officiar em todos os demais procedimentos da competência da Justiça da Infância e da Juventude”.

Os demais interessados, de forma genérica, são aqueles, de alguma maneira, estão protegendo os direitos da criança ou do adolescente, violados ou ameaçados de lesão, ou seja, todos os que, como já ressaltamos, tenham um interesse moral diretamente ligado àquela criança ou adolescente.

Pretendentes à tutela ou adoção, ou mesmo os que obtiveram a guarda, de modo especial, para atender a situações peculiares, sem finalidade de tutelar ou adotar, tem legitimidade.

Evidentemente, é de extrema importância deixarmos claro que não se fala em mero “interesse processual”, que efetivamente existe, já que a perda ou suspensão do pátrio poder só pode ser obtida através de procedimento contraditório, mas daquele interesse substancial ou de direito material, ou seja, o interesse de proteção de direitos de crianças ou adolescentes diretamente ligados à eles de alguma forma e até para possibilitar a obtenção de uma medida futura, como a tutela ou adoção.

A legitimidade refere-se às partes.

Como, entretanto, os direitos aqui discutidos não são de ordem privada, ou seja, são indisponíveis, o legislador optou por especificar, de modo imperativo, o elenco de pessoas legitimadas a demandar em defesa dos interesses das crianças e adolescentes.

Trata-se, portanto, de hipóteses de “legitimação extraordinária”, também denominada de “substituição processual”, ou seja, na condição de autor, proporá a ação em nome próprio, na defesa do direito de outrem, que é o substituído.

Referida legitimação extraordinária, nessa hipótese, é exclusiva, ou seja, “quando a lei, atribuindo legitimidade a um terceiro, elimina a do sujeito da relação jurídica que seria o legitimado ordinário” (Direito Processual Civil Brasileiro, Vicente Greco Filho, Ed. Saraiva, 1 volume, ano 1, pág. 1988, pág. 70).

O art. 6º do Código de Processo Civil é expresso: – “Ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado em lei”.

Efetivamente, dentre esses legitimados, como se estabeleceria a atuação do curador especial?

A resposta é clara, ante aquela expressa disposição legal: – não está o curador especial incluído no rol taxativa dos que detém a legitimidade para a ação, já que, obviamente, não é o substituto do Promotor de Justiça e tão pouco tem qualquer relação com a criança ou adolescente, faltando-lhe aquela ligação moral com o principal interessado.

O curador especial, dentro das hipóteses legais, é mero “representante judicial”, notadamente considerando que seu interesse se define como representação de caráter processual, concedida de forma absolutamente excepcional, cuja limitada atuação circunscreve-se à garantia do direito de defesa.

Vale lembrar que se busca em ações que visam a perda ou suspensão do pátrio poder, medidas essas de cunho extremamente gravoso aos pais, o resultado mais benéfico à criança ou adolescente, por mais das vezes com o fim de colocação em lar substituto, e não como forma única de penalização aos pais faltosos, em atendimento ao princípio menorista que é da proteção integral aos seus direitos.

Nessa linha de raciocínio, concluímos que não pode o Juiz de Direito nomear curador especial para as hipóteses de eventual propositura da ação de destituição do pátrio poder, uma vez configurada a situação descrita no art. 98, incisos I e II do Estatuto da Criança e do Adolescente, dada a obrigatória intervenção do Ministério Público, legitimado legalmente para tanto, sob pena de nulidade do procedimento, como já realçado anteriormente.

Com a intervenção ministerial, forçosamente o Promotor de Justiça deverá pronunciar-se sobre a medida a ser adotada, sempre considerando os postulados básicos do Estatuto Menorista que asseguram os interesses da criança ou adolescente, nas hipóteses de violação aos seus direitos. Nessas condições, em procedimento onde se discuta a conduta dos pais, o Promotor de Justiça, na falta de outro interessado, deverá, se assim entender cabível, dentro de sua convicção, e no interesse da proteção integral dos direitos daquela criança ou adolescente, promover a ação devida, ou entendendo de forma diferente, fundamentá-la, propondo outras medidas cabíveis.

Diante da letra da lei, a ninguém mais poderá ser autorizada a propositura dessa ação, sendo que, não aceitando o Juiz de Direito o posicionamento lançado pelo Promotor de Justiça, caberá a ele, por analogia, a aplicação do disposto no art. 181, § 2º do Estatuto da Criança e do Adolescente, com a re-

messa dos autos ao Procurador-Geral de Justiça, a quem competirá analisar as circunstâncias em cada caso concreto e designar, eventualmente, um outro Promotor de Justiça para atuar no feito.

A hipótese de nomeação de curador especial, quando configurado o conflito de interesses, está disciplinada no art. 142, parágrafo único do Estatuto da Criança e do Adolescente, bem como no art. 9º, inciso I do Código de Processo Civil.

Como já frisamos, esses interesses, todavia, são de ordem privada, cingindo-se às questões de natureza patrimonial.

É o que se vê no art. 387 do Código Civil, que está inserido na Seção III do Capítulo VI, que trata do pátrio poder, no caso, “quanto aos bens dos filhos”.

Não há conflito de interesses de pai com filho civilmente incapaz quando exista a prática de ato ilícito, civil ou criminal, de um para com o outro.

Trata-se, sim, de interesse de ordem pública, onde não há sequer falar-se em nomear terceiros para agir pelo menor.

Diga-se que referida distinção ocorre até mesmo na área penal, como, por exemplo, nos crimes de estupro, originariamente de ação penal pública condicionada a representação, onde o responsável avaliaria o melhor para a filha. Quando o autor do crime é o pai, a ação se torna pública incondicionada.

Não se fala, nessa hipótese, em nomeação de curador especial, mas sim em autorizar o titular da ação penal a providenciar as medidas pertinentes.

O próprio Código Civil é claro quando fala em “suspensão e extinção do pátrio poder”, em seu art. 394 determinando que: “se o pai ou mãe, abusar de seu poder, faltando aos deveres paternos, ou arruinando os bens dos filhos, cabe ao juiz, requerendo algum parente, ou o Ministério Público, adotar a medida...”.

Destarte, ainda mais em se tratando de questão disciplinada no Estatuto Menorista, resulta indubitosa a pretensão do legislador em dar caráter público às questões discutidas no âmbito da Infância e Juventude, a exemplo do Direito Português, notadamente quando se fala em medidas de colocação em família substituta, não sendo possível falar-se em intervenção de terceiros não autorizados a tanto.

Vale lembrar que as normas de direito público são aquelas “cuja observância se torna mais necessária ao interesse geral e portanto não podem ser modificadas pelos particulares, também pelo exposto, são denominadas cogentes” (“Curso de Direito Civil”, Parte Geral, Ed. RT, Roberto Grassi Neto, ano 1997, pág. 30).

Outro aspecto interessante é que a intervenção do Juiz de Direito, ao nomear curador especial para a propositura da ação de destituição do pátrio poder, é incompatível com sua atuação, vez que a ele não é dado agir de ofício, podendo, ainda, incidir na possibilidade de realizar um prejudgamento, com a conseqüente perda da imparcialidade que lhe é obrigatória.

O Juiz de Direito, sujeito que é de uma relação processual, deve ter “capacidade processual” para o exercício de suas funções. Dentre a capacidade genérica (como condições de investidura, p. ex.), deve o Juiz ter a capacidade especial para o exercício *hic et nunc* do poder jurisdicional.

“Essa capacidade pode ser objetiva ou subjetiva. A primeira diz respeito à competência do órgão judiciário. A segunda à imparcialidade do juiz.

Os vícios e os defeitos pertinentes à capacidade especial impedem a entrega da prestação jurisdicional pelo órgão judiciário, pelo que a capacidade especial figura entre os pressupostos processuais.

O desatendimento a esses pressupostos pode tornar nula a relação processual até mesmo depois de passada em julgada a sentença, tanto que contra esta cabe ação rescisória, em casos nos quais certas condições de capacidade processual fiquem violadas (Código de Processo Civil, art. 485, incisos I a III).” (“Manual de Direito Processual Civil”, José Frederico Marques, atualizado por Vilson Rodrigues Alves, Vol. I, Ed. Bookseller, ano 1977, pág. 259).

Por todo o exposto, podemos afirmar que o Juiz de Direito não pode nomear curador especial para a propositura de ação de suspensão ou destituição do pátrio poder, sob pena de desrespeito às normas de Direito Público, que estabelecem legitimação extraordinária legal, a excluir a legitimação ordinária da criança ou adolescente que, portanto, não poderão ser representados no pólo ativo da ação por substituto processual, e, também, por implicar em vício da capacidade subjetiva do juiz, influenciando em sua imparcialidade.