



Recebido 15 ago. 2013

Aceito 18 set. 2013

## **O INSTITUTO DA TUTELA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO: ASPECTOS PRINCIPIOLÓGICOS E GERAIS**

*Marcos Ticiano Alves de Sousa\**

### **RESUMO**

Aborda os princípios, a responsabilidade civil e os aspectos gerais do instituto da tutela, enfocando que o Estatuto da Criança e do Adolescente incorporou os valores constitucionais, mas preferiu remeter a maior parte desta regulação ao Código Civil. Verifica, no âmbito deste, a maior preocupação com os bens patrimoniais em detrimento da proteção do tutelado. Constata que há de se revisar o Código Civil, para enquadrá-lo aos preceitos da Constituição Federal e ao relevo dispensado por esta às relações familiares, adaptá-lo aos avanços do mencionado Estatuto e prever formas de inserir o Estado como responsável mais incisivo na relação tutelar.

**Palavras-chave:** Tutela. Criança e Adolescente. Princípios. Responsabilidade Civil.

### **1 INTRODUÇÃO**

A evolução da sociedade atual, no que concerne aos direitos e garantias fundamentais e aos direitos sociais, tem conferido ao instituto da tutela, principalmente após a promulgação da Constituição Federal de 1988, relevante importância, vez que seu fundamento é o dever de

---

\* Graduando em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Graduado em Licenciatura Matemática pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Especialista em Engenharia de Sistemas pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte.

solidariedade atribuído ao Estado, à sociedade e aos parentes em favor do tutelado – as crianças e os adolescentes. Primeiro, porque ao Estado cabe a regulação dos respectivos deveres, direitos e garantias; segundo, qualquer cidadão que atenda aos requisitos legais pode ser delegado pelo judiciário para assumir esse dever; e, por último, são os parentes as pessoas inicialmente solicitadas a prestar esse encargo, salvo dispensa legal.

Nesse sentido, a tutela representa um serviço de interesse público prestado por particular em caráter compulsório, imposto pela lei, tal qual a obrigação de prestar o serviço militar, a convocação para ser mesário ou para ser jurado.

Todavia, para o Código Civil atual, a tutela é tratada como um negócio jurídico unilateral, e será demonstrado que este diploma está mais preocupado com a preservação dos bens patrimoniais do tutelado e, por conseguinte, com o órfão rico, restando em segundo plano a proteção integral do vulnerável. Tanto é assim que até admite o casamento do tutor com o tutelado, esquecendo o laço afetivo que os une e uma possível relação paternal ou maternal futura.

Já para o Estatuto da Criança e do Adolescente, a tutela é considerada a segunda etapa da inserção da criança em família substituta – que tem a guarda como a primeira e a adoção como a última –, atribuindo ao tutor ônus de caráter educacional, assistencial e protetivo, em consonância com o que prescreve a Constituição Federal.

Diante disso, o presente artigo tem como objetivo discutir como a tutela é tratada no ordenamento jurídico brasileiro, com ênfase específica nos princípios aplicáveis, na responsabilidade civil dos agentes envolvidos, além dos aspectos gerais que regem o instituto. Para tanto, foram realizadas pesquisas exploratórias tendo por base textos doutrinários, a legislação em vigor consubstanciada no Código Civil, no Estatuto da Criança e do Adolescente e no Código de Processo Civil e em conformidade com a Constituição Federal, além da jurisprudência dos tribunais.

## 2 CONTEXTUALIZAÇÃO E PRINCÍPIOS

Os antecedentes históricos da tutela remontam aos romanos. Neste período, o pai exercia o poder sobre todos os filhos, independente da idade, e sobre os demais descendentes considerados incapazes. Com o seu falecimento, todos se tornavam livres. Aos menores impúberes e às mulheres, incluindo as púberes, era consentida a designação de tutores, a fim de proteger sua pessoa e seu patrimônio. No tocante às mulheres, a tutoria era exercida “em caráter permanente, para proteger sua condição de debilidade do sexo” (VENOSA, 2003).

Ao longo do tempo, a tutela foi sofrendo adaptações tendentes a proteger os menores incapazes. Ainda influenciado pelo direito romano, o Código Civil de 1916 autorizava o avô paterno ou o materno a nomear o tutor testamentário para os netos. Esta possibilidade foi revogada pelo Código Civil de 2002, pois praticamente já se encontrava em desuso, além de não manter o mesmo direito para a avó, o que afrontava o princípio da igualdade preconizado pela Constituição Federal de 1988.

O ser humano, durante a menoridade, necessita de quem o eduque, proteja, defenda e gerencie os seus bens. O Estado, a quem compete originalmente promover tais desígnios junto às crianças e aos adolescentes – criança até doze e adolescentes até os dezoito anos de idade, no contexto do Estatuto da Criança e do Adolescente –, confia-os aos pais, por meio do poder familiar. Na falta destes, por morte, ausência ou por já não poderem exercer aquela função, o Estado a transfere a terceiro, parente ou não, que será seu tutor. Desta maneira, Rodrigues (2008, p. 398) considera a tutela um instituto de caráter nitidamente assistencial que visa a substituir o poder familiar em face das pessoas cujos pais faleceram, se ausentaram, tiveram o poder familiar suspenso ou dele foram destituídos. Aliás, o Estatuto da Criança e do Adolescente, em seu art. 28, considera a tutela como a segunda etapa da inserção da criança em família substituta – que tem a guarda como a primeira e a adoção como a última –, atribuindo ao tutor ônus de caráter educacional, assistencial e protetivo.

A tutela possui natureza jurídica de múnus público, o qual representa um encargo ou ônus, conferido pela lei e pelo Judiciário aos cidadãos em benefício do interesse público e da ordem social. Neste âmbito, ensina Dias (2011, p. 609-610) que a tutela é múnus público concedido, preferencialmente, a um parente ou até a um estranho, para zelar por uma pessoa menor de idade e administrar seus bens, sendo o tutor o titular de um poder-dever sobre a pessoa e os bens do pupilo.

Constata-se, então, que a natureza jurídica da tutela é idêntica à do poder familiar, apesar de constituir um poder mais limitado, haja vista os genitores possuírem um compromisso maior com os filhos em decorrência do vínculo de filiação. Assim, são consideradas mais amplas as prerrogativas do poder familiar em relação à tutela. Em realidade, apesar da semelhança, Gonçalves (2011, p. 188) afiança que esta consiste num sucedâneo daquele e que são incompatíveis, na medida em que, se os pais recuperarem o seu poder ou sobrevier a adoção ou o reconhecimento do filho, cessará a tutela.

A tutela, como instituto de interesse público, visa a suprir as incapacidades de fato e de direito das pessoas que não as possuem e a permitir “a representação ou assistência do

incapaz – criança ou adolescente –, a administração dos seus bens e o auxílio que for necessário para a sua manutenção, criação e educação” (WALD; FONSECA, 2009).

Muito embora o Código Civil de 2002, no art. 1.523, IV e parágrafo único, admita o casamento do tutor com o tutelado, esquecendo o laço que os une e uma possível relação paternal ou maternal futura, a tutela deve reger-se por princípios norteadores que privilegiem os direitos humanos fundamentais, sobretudo o direito à saúde, à alimentação adequada, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito e à convivência familiar e comunitária, além de proteger o menor de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, como ratifica o *caput* do art. 227 da Constituição Federal.

Quanto ao Estatuto da Criança e do Adolescente, reservou à tutela uma topografia de destaque, pois além de abordá-la ao longo do texto, o instituto está especificado no seu Título II – Dos Direitos Fundamentais –, Capítulo III – Do Direito à Convivência Familiar e Comunitária –, Seção III – Da Família Substituta –, Subseção III – Da Tutela –, o que revela a importância oferecida ao tema.

### 3.1 Princípios envolvidos

Sem pretender esgotar o tema, visitam-se os mais destacados princípios que enquadram o instituto da tutela: o princípio da dignidade da pessoa humana, da solidariedade familiar, do melhor interesse, da proteção integral da criança e do adolescente, da isonomia, da universalidade, da reserva do possível, da afetividade, da unicidade da tutela e da boa-fé. Os oito primeiros têm relevo constitucional explícito ou implícito e *status* de direitos fundamentais.

O princípio da dignidade da pessoa humana, disposto como um dos fundamentos da República brasileira no art. 1º, III, da Constituição Federal, é considerado por Barroso (2010, p.38) como a moral sob a forma de Direito, sendo calcado num mínimo – valor intrínseco<sup>1</sup>, autonomia da vontade<sup>2</sup> e valor comunitário<sup>3</sup> – o qual o Estado há de tomar como parâmetro de

<sup>1</sup>Cumprido destacar que o valor intrínseco da pessoa humana, no plano filosófico, é o elemento ontológico da dignidade, traço distintivo da condição humana, do qual decorre que todas as pessoas são um fim em si mesmas. Do valor intrínseco decorrem direitos fundamentais como o direito à vida, à igualdade e à integridade física e psíquica.

<sup>2</sup>A autonomia da vontade, no plano da moral, é o elemento ético da dignidade humana, associado à capacidade de autodeterminação do indivíduo, ao seu direito de fazer escolhas existenciais básicas. A autonomia tem uma dimensão privada, subjacente aos direitos e liberdades individuais, e uma dimensão pública, sobre a qual se apoiam os direitos políticos. Condição do exercício adequado da autonomia pública e privada é o mínimo existencial, isto é, a satisfação das necessidades vitais básicas.

ponderação, havendo colisão entre direitos, em qualquer nível de interpretação ou aplicação, dado seu caráter neutro e universal.

A dignidade é princípio que conduz e orienta as ações e decisões dos poderes públicos, permeando todos os Títulos da Constituição Federal. Nesta visão, “as normas que formam a organização jurídica contemporânea da família – incluindo a tutela – sempre se espelham na ótica da dignidade da pessoa humana, pois não existe ser humano sem dignidade” (MENEZES, 2010). Ademais, este princípio revela-se um dos principais a fundamentar o Estatuto da Criança e do Adolescente no que concerne à valorização das crianças e dos adolescentes dentro das relações familiares, havendo referência expressa nos arts. 3º, 15 e 18 deste diploma.

O princípio da solidariedade familiar caracteriza-se pela aplicação do disposto no art. 3º, I, da Constituição Federal, a propósito de construir uma sociedade livre, justa e solidária, com reflexo no círculo familiar, vez que o Estado não consegue suprir todas as necessidades de quem precisa – especialmente das crianças e dos adolescentes –, valendo-se dos parentes e dos responsáveis. Neste diapasão, a solidariedade não deve ser apenas patrimonial, mas também afetiva e psicológica. Além do dispositivo citado, este princípio encontra amparo, relativamente ao tema em tela, nos arts. 226, § 8º, e 227 do mesmo diploma normativo.

O princípio do melhor interesse da criança e do adolescente está previsto no art. 227, *caput*, da Constituição Federal, assim como nos arts. 4º, *caput*, e 5º do Estatuto da Criança e do Adolescente. O desafio preconizado neste princípio é converter a população infanto-juvenil em sujeito de direitos, para que ela não seja tratada como objeto passivo, mas como titular autêntica e primordial de direitos e garantias.

O princípio da proteção integral da criança e do adolescente encontra-se implícito no art. 227 da Constituição Federal e permeia todo o Estatuto da Criança e do Adolescente. Entretanto, não obstante ser posterior a este diploma, o Código Civil não dispensou o mesmo tratamento ao princípio, praticamente repetindo o que já aduzia o Código Civil de 1916, conforme enfatiza Dias (2011, p. 611):

O instituto da tutela, de forma injustificada, olvidou-se da doutrina da proteção integral, introduzida no sistema jurídico pela Constituição [...]. A maior atenção às pessoas até os 18 anos de idade ensejou uma sensível mudança de paradigma, tornando-se o grande marco para o reconhecimento dos direitos humanos das

<sup>3</sup>O valor comunitário é considerado o elemento social da dignidade humana, identificando a relação entre o indivíduo e o grupo, está ligado a valores compartilhados pela comunidade, assim como às responsabilidades e deveres de cada um. Para minimizar os riscos do moralismo e da tirania da maioria, a imposição de valores comunitários deverá levar em conta (a) a existência ou não de um direito fundamental em jogo, (b) a existência de consenso social forte em relação à questão e (c) a existência de risco efetivo para direitos de terceiros.

crianças, adolescentes e jovens. [...]Mas, ao tratar da tutela, a nada disso atentou o Código Civil, limitando-se, praticamente, a copiar a legislação anterior, não se adequando sequer à nova terminologia.

O princípio da isonomia impede tratamento jurídico desigual para situações iguais e representa a viabilização da igualdade material no mundo real, haja vista a insuficiência prática da igualdade formal prevista no art. 5º, *caput*, da Constituição Federal. Assim, vislumbra-se no seu art. 227 autorização do constituinte a que o Estado promova discriminações objetivas relativas à criança e ao adolescente, sendo o instituto da tutela uma delas.

O princípio da universalidade, implícito no art. 227 da Constituição Federal para o âmbito infanto-juvenil, consagra os direitos da criança e do adolescente como fundamentais, de forma que a proteção a tais sujeitos converta-se em realidade e que estes direitos possam ser garantidos em sua plenitude a todos que deles necessitarem.

Já o princípio da reserva do possível é uma construção do Tribunal Constitucional Federal alemão, ao entender que os direitos a prestações positivas “estão sujeitos à reserva do possível no sentido daquilo que o indivíduo, de maneira racional, pode esperar da sociedade” (KRELL, 2002 citado por SIQUEIRA, 2010). Tal princípio tem sido aplicado hoje pelo Judiciário brasileiro, com esteio no § 1º, art. 5º da Constituição Federal, apenas quando cabível, aos casos envolvendo o direito à saúde, ao acatar a justificativa do Estado de que as necessidades dos indivíduos são infinitas enquanto são finitos os recursos orçamentários para provê-las. O seguinte julgado explicita este e outros princípios aqui analisados, envolvendo o fornecimento de fraldas descartáveis a menor com paralisia cerebral.

APELAÇÃO. ECA. FRALDAS DESCARTÁVEIS. DIREITO A SAÚDE. [...]. Menor que comprovadamente sofre de PARALISIA CEREBRAL, CID G 80.3. Fraldas descartáveis. Com atenção ao peculiar de cada caso concreto, firmou-se o entendimento desta Corte que o fornecimento de fraldas descartáveis está incluído no dever constitucional dos entes estatais de atender integralmente o direito à saúde de crianças e adolescentes. Princípios da Isonomia, da Universalidade e da Reserva do possível. Em razão da proteção integral constitucionalmente assegurada à criança e ao adolescente, a condenação dos entes estatais ao atendimento do direito fundamental à saúde não representa ofensa a princípios, dentre eles, princípio da isonomia, da universalidade e da reserva do possível e nem caracteriza ofensa a restrições orçamentárias. Bloqueio de valores. O bloqueio de verbas públicas para o fim de garantir que o Estado cumpra direito fundamental do cidadão encontra respaldo na Constituição da República e no Estatuto da Criança e do Adolescente. Custas judiciais. Descabe condenação em custas processuais nas ações da competência do juízo da infância e da juventude, nos termos do art. 141, §2º do ECA. Deram parcial provimento.<sup>4</sup>

<sup>4</sup>TJRS. AC 70041663170. Oitava Câmara Cível. Rel. Rui Portanova. j. 28/04/2011. DJe. 09/05/2011.

O afeto, tão presente nas relações familiares, que incluem a tutela, na lição de Tartuce (2012, p. 28), significa interação ou ligação entre pessoas, da qual resulta carga positiva, evidenciada no amor, ou negativa, manifestada pelo ódio. Não alheia à consolidação fática do afeto nas relações familiares, a jurisprudência cada vez mais vem admitindo a afetividade como princípio jurídico, decorrente, sobretudo, da dignidade humana, da solidariedade familiar e da convivência familiar garantida à criança e ao adolescente, independente da origem biológica (arts. 227 e 226, § 8º, da Constituição Federal). O STJ, revisando posição anterior, demonstrou a evolução do tema, causando impacto ao reconhecer o princípio da afetividade em decisão relativa ao abandono afetivo do filho pelo pai, conforme expõe Tartuce (2012, p. 29):

Surgiu mais recente decisão do próprio STJ em revisão à ementa anterior, ou seja, admitindo a reparação civil pelo abandono afetivo (STJ, REsp 1.159.242/SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 24/04/2012, DJe 10/05/2012). Em sua relatoria, a Min. Nancy Andrighi ressaltou que o dano moral estaria presente diante de uma *obrigação inescapável* dos pais em dar auxílio psicológico aos filhos. Aplicando a ideia do *cuidado como valor jurídico*, a magistrada deduziu pela presença do ilícito e da culpa do pai pelo abandono afetivo, expondo frase que passou a ser repetida nos meios sociais e jurídicos: ‘*amar é faculdade, cuidar é dever*’. (Grifos do autor)

O princípio da unicidade da tutela está baseado no art. 1.733 do Código Civil, ao dispor que, no caso de irmãos órfãos, dar-se-á apenas um tutor, ensejando-se facilitar a administração do patrimônio e manter juntos os irmãos, em razão dos laços de afetividade que os unem. No entanto, há mitigação a este princípio nos arts. 1.742 e 1.743 do mesmo diploma normativo, quando inserem, respectivamente, as figuras do protutor<sup>5</sup> e do cotutor<sup>6</sup>. Como enfoca Diniz (2010, p. 1238), o poder do tutor é uno e indivisível, sendo um encargo pessoal. Porém, isso não obsta a cessão da tutela, uma concessão parcial do encargo que se denomina tutela parcial ou cotutoria.

Quanto ao princípio da boa-fé, ele é considerado uma regra de conduta em que as partes devem agir com eticidade, consoante os parâmetros de confiança, honestidade, lealdade e veracidade de ação e informação. Foi ancorado, no âmbito da tutela, pelo art. 1.741 do Código Civil, ao exigir do tutor o cumprimento dos seus deveres com zelo e boa-fé, o que é extensível ao protutor e ao profissional técnico cotutor, referidos acima. A boa-fé pode tornar-se objetiva no caso do art. 1.751 do Código Civil, em lição concebida pelo doutrinador Tartuce (2011, p. 1172):

<sup>5</sup>Protutor é aquele que, nomeado pelo juiz, fiscaliza os atos do tutor, conforme preconiza o art. 1.742 do CC.

<sup>6</sup>Cotutor é o especialista técnico, pessoa física ou jurídica, que, delegado pelo tutor e sob aprovação do juiz, exerce parcialmente a tutela, segundo o art. 1.743 do CC.

Antes de assumir a tutela, e diante do dever de informar anexo à boa-fé objetiva, o tutor declarará tudo o que o menor lhe deva, sob pena de não lhe poder cobrar, enquanto exerça a tutoria, salvo provando que não conhecia o débito quando a assumiu [...]. Se o tutor não cumprir esse seu dever em momento oportuno, acaba perdendo um direito de cobrança.

Portanto, haverá a caracterização da boa-fé objetiva do tutor, independentemente de dolo ou culpa, salvo se conseguir provar que desconhecia a dívida ao tempo em que se avocou ao encargo.

### 3 ESPÉCIES DE TUTELA

A tutela se constitui um negócio jurídico unilateral e deve a nomeação do tutor obedecer a uma forma especial, sem a qual pode restar nula, por imposição dos arts. 107 e 166, IV, do Código Civil. De acordo com a fonte da qual se origina a instituição da tutela, ela pode ser classificada nas espécies a seguir enfocadas: documental, testamentária, legítima e dativa.

#### 3.1 Tutela documental

O direito de nomear o tutor pertence aos pais em conjunto, desde que estejam aptos a fazê-lo (art. 1.729 do Código Civil). Além disso, há nulidade absoluta se a nomeação foi feita por genitor que não detinha o poder familiar ao tempo da morte (art. 1.730 do Código Civil). O parágrafo único do art. 1.729 prescreve: “A nomeação deve constar de testamento ou de qualquer outro documento autêntico”.

Neste diapasão, Dias (2011, p. 612) defende a espécie documental que se materializa quando a nomeação do tutor, por um ou ambos os pais, for levada a efeito por meio de escritura pública ou particular, codicilo ou carta, desde que não haja dúvida a respeito do signatário. Pode-se entender que tal espécie não deixa de ser testamentária, pois, como se verificará a seguir, só produzirá efeito após a morte do nomeante.

#### 3.2 Tutela testamentária

Em conformidade com o que aduz o parágrafo único do art. 1.729 do Código Civil, o testamento é outra forma de nomeação do tutor para a instituição da tutela por qualquer um

dos pais. Como o art. 1.863 do mesmo diploma normativo veda o testamento em conjunto, cada um deve nomear o tutor em instrumentos diferentes.

Ademais, é válida a nomeação em testamento nulo ou anulável quando não vulnerada a vontade do nomeante. Deve-se lembrar que, mesmo com a nomeação, a tutela dependerá sempre da aprovação do magistrado. Por outro lado, podem os pais expressamente excluir alguém para o exercício da tutela, tornando-o incapaz para o encargo. Deve o tutor nomeado por testamento ou por documento autêntico, após trinta dias da abertura da sucessão, entrar com pedido em juízo para o controle do ato (art. 37 do Estatuto da Criança e do Adolescente).

### 3.3 Tutela legítima

Esta espécie de tutela se dá quando a nomeação não foi feita pelos pais, situação em que são convocados os parentes consanguíneos, segundo uma ordem de preferência estabelecida pelo art. 1.731 do Código Civil. Em qualquer dos casos, o juiz escolherá entre eles o mais apto a exercer a tutela, sempre em benefício do tutelado, o que acontece pelos delineamentos dos princípios do melhor interesse, da proteção integral da criança e do adolescente e da afetividade, ainda que o tutor escolhido não esteja no rol legal.

Nessa direção, orienta o STJ, no REsp 710.204/AL, ao declarar que a ordem de nomeação prevista no referido dispositivo é flexível e pode ser modificada segundo o interesse do tutelado, em claro alinhamento com os princípios supra mencionados. Além disso, informa que, na falta de nomeação pelos pais, os tios podem ser nomeados tutores, se for para maior benefício do menor. Veja-se a ementa:

CIVIL. RECURSO ESPECIAL. ORDEM DE NOMEAÇÃO DE TUTOR. ART. 409, DO CC/1916. ART. 1.731 DO CC/2002. TUTELA EM BENEFÍCIO DO MENOR.

- A ordem de nomeação de tutor, prevista no art. 409, do Código Civil/1916 (art. 1.731 do Código Civil/2002), não inflexível, podendo ser alterada no interesse do menor.

- Na falta de tutor nomeado pelos pais, podem os tios ser nomeados tutores do menor, se forem os mais aptos a exercer a tutela em benefício desse. Recurso especial não conhecido.<sup>7</sup>

### 3.4 Tutela dativa

A tutela dativa deriva de sentença judicial quando da falta, exclusão, remoção ou escusa do tutor legítimo ou testamentário, bem como da ausência de parentes em condições de

<sup>7</sup>STJ. RESP 710.204/AL. Terceira Turma. Rel. Min. Nancy Andrighi. j. 16/08/2006. DJU. 04/09/2006.

exercer a tutela, cabendo ao juiz nomear tutor idôneo e residente no domicílio do menor (art. 1.732 do Código Civil). Trata-se, portanto, de uma espécie de tutela subsidiária, por meio da qual as crianças e os adolescentes cujos pais forem desconhecidos, falecidos, ou quando suspensos ou destituídos do poder familiar, terão tutores nomeados pelo juiz ou poderão ser incluídos em programa de colocação familiar (art. 1.734 do Código Civil c/c art. 28 do Estatuto da Criança e do Adolescente).

Em todas as espécies de tutela analisadas, havendo irmãos órfãos, dar-se-á apenas um tutor comum, consoante preceitua o princípio da unicidade da tutela. Porém, caso seja nomeado mais de um tutor por disposição testamentária ou documental e sem indicação de precedência dos irmãos, deve-se entender que a tutela foi confiada ao primeiro que constar no descritivo. Os demais lhe sucederão pela ordem de nomeação em caso de morte, incapacidade, impedimento ou escusa do tutor.

#### 4 IMPEDIMENTO E ESCUSA DO TUTOR

Por impedimento legal, algumas pessoas não podem ser tutoras, seja por incapacidade ou por ilegitimidade para exercer essa função (art. 1.735 do Código Civil). Outras pessoas podem exercê-la, mas têm a faculdade de se escusar (art. 1.736 do Código Civil). Estas regras, incluindo a do art. 1.737 analisada abaixo, são taxativas, pois “tanto para as proibições quanto para as escusas o direito estabelece as respectivas hipóteses, em enumeração taxativa, não se admitindo interpretação extensiva” (LÔBO, 2011).

No primeiro dispositivo, o inciso inicial engloba as pessoas absolutamente incapazes – os menores impúberes, os que não tenham discernimento para praticar atos da vida civil e os que não possam exprimir a sua vontade – e os relativamente incapazes – os menores púberes, os viciados em drogas, os excepcionais e os que tenham discernimento reduzido –. O segundo inciso apresenta uma proibição que não se coaduna com o preceito do art. 1.751 do Código Civil discutido alhures, ao impor que o tutor declare, antes de assumir a tutela, o que o menor lhe deva. Já o sexto inciso, refere-se aos magistrados, escrivães, promotores de justiça ou aos delegados de polícia.

No segundo dispositivo, art. 1.736, as hipóteses de escusa enumeradas “podem ou não ocorrer, havendo um direito potestativo das pessoas elencadas” (TARTUCE, 2011). O primeiro inciso, que se refere às mulheres casadas, admite uma exceção que fere o princípio constitucional da igualdade de gêneros expedido nos arts. 5º, I, e 226, § 5º, da Constituição

Federal. Nesta mesma linha, declara o Enunciado 136 da I Jornada de Direito Civil: “Proposição sobre o art. 1.736, inc. I: [...] revogar o dispositivo 24. Justificativa: não há qualquer justificativa de ordem legal – e constitucional – a legitimar que mulheres casadas, apenas por essa condição, possam se escusar da tutela”<sup>8</sup>.

Quanto ao segundo inciso, referente aos maiores de sessenta anos, há que se discutir se tal exceção já não é discriminatória, eis que esta idade foi prevista no Código Civil de 1916, época em que a média de vida não alcançava quarenta anos. Atualmente, a longevidade média dos brasileiros atinge mais de setenta e quatro anos de idade<sup>9</sup>.

Outro inciso controvertido é o sétimo, concernente aos militares em serviço, porquanto o que deveria ser previsto era a possibilidade de escusa a quem, em função da profissão, tiver pouca disponibilidade de tempo, quais os trabalhadores *offshore*<sup>10</sup>, os que trabalham fora do seu domicílio, os que laboram em regime de turno ininterrupto de revezamento ou apenas no turno noturno, os próprios militares entre outros.

Ademais, o tutor dativo não pode ser obrigado a aceitar tal encargo se houver no lugar de domicílio parente idôneo, consanguíneo ou afim, que possa exercê-lo (art. 1.737 do Código Civil). Deve-se acrescentar que a menção feita pelo dispositivo aos parentes afins é inadequada, “uma vez que não têm direito de pleitear alimentos, nem estão arrolados na ordem de vocação hereditária” (LÔBO, 2011).

## 5 EXERCÍCIO DA TUTELA

Ao receber os bens da criança ou do adolescente, o tutor cuida de administrá-los, passando a representar o tutelado menor de dezesseis anos de idade, ou assisti-lo após os dezesseis e até os dezoitos anos em todos os atos da vida civil (art. 1.747, I, do Código Civil, c/c art. 142 do Estatuto da Criança e do Adolescente).

Alguns pontos de diferenciação entre o poder familiar e a tutela devem ser verificados, levando-se em conta que aquele só pode ser exercido pelos pais. O primeiro deles é o dever de afetividade que não pode ser exigido do tutor, sobretudo quando não for parente.

<sup>8</sup> BRASIL. I Jornada de Direito Civil, de 12/09/2002. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/publicacaooseriada/index.php/jornada/article/viewFile/2612/2690>>.

<sup>9</sup>Para informações complementares, conferir: BRASIL. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE. **Em 2011, esperança de vida ao nascer era de 74,08 anos**. Rio de Janeiro: [s.n], 29 nov. 2012. Disponível em: <<http://saladeimprensa.ibge.gov.br/noticias?view=noticia&busca=1&dnoticia=2271>>. Acesso em 19 mai. 2013.

<sup>10</sup>Trabalhador *offshore* é aquele que exerce a sua profissão em uma unidade marítima fixa ou móvel.

Em que pese à exigência do princípio da boa-fé, a falta desse dever de afeto pode espalhar-se a todos os atos praticados pelo tutor, o que justifica a inspeção judiciária aludida no art. 1.741 do Código Civil, a fiscalização dos atos do tutor delegada ao protutor, art. 1.742, e a autorização direta do juiz para os atos elencados no art. 1.748, ou, na falta desta, a sua aprovação posterior.

Outra distinção se apresenta pelo fato de o poder familiar não ser passível de delegação, mas o tutor pode se socorrer do juiz em caso de necessidade de correção do menor. Mais uma das diferenças entre a tutela e o poder familiar se manifesta no tocante à condição de usufrutuário, permitida neste último instituto (art. 1.689, I, do Código Civil).

Os artigos 1.740<sup>11</sup> e 1.747 do Código Civil relacionam as atribuições que ao tutor compete praticar independente de autorização do Judiciário, embora sujeitas a acompanhamento judicial, tanto no que se refere à inspeção do juiz quanto à fiscalização confiada ao protutor.

Mais restritivo, o art. 1.748 do mencionado diploma elenca outros atos a serem praticados pelo tutor, porém com a necessidade de outorga judicial. Ressalta-se que a falta desta gera a ineficácia do ato até a confirmação posterior do juiz, não optando o legislador pela sua invalidade.

Sem prejuízo das situações mencionadas, há atos que o tutor não pode praticar ainda que haja autorização judicial, sob pena de sua nulidade absoluta, segundo disciplina o art. 1.749 do Código Civil. São atos que dizem respeito a interesses conflitantes ou que resultem em empobrecimento do pupilo. Em tais casos, cabe reconhecimento de ofício da nulidade e a ação correspondente é imprescritível, como determina o art. 169 do mesmo diploma.

Os bens imóveis do tutelado podem ser vendidos quando houver para ele manifesta vantagem, desde que tenham prévia avaliação e aprovação judiciais por meio de alvará (art. 1.750 do Código Civil), de maneira que “em havendo a venda sem essa vantagem e aprovação do juiz, o negócio jurídico é nulo de pleno direito, pois é caso de nulidade virtual, eis que a lei acaba proibindo o ato de forma inversa, sem, contudo, cominar sanção, conforme o art. 166, VII, segunda parte, do Código Civil” (TARTUCE, 2011).

Com exceção da tutela das crianças e adolescentes em situação de maior vulnerabilidade, referida no art. 1.734 do Código Civil, o tutor faz jus, nos demais casos, a remuneração pelos seus encargos, devendo ser proporcional à importância dos bens

<sup>11</sup> Confere-se no Código Civil, art. 1.740, que: “Incumbe ao tutor, quanto à pessoa do menor: I - dirigir-lhe a educação, defendê-lo e prestar-lhe alimentos, conforme os seus haveres e condição; II - reclamar do juiz que providencie, como houver por bem, quando o menor haja mister correção; III - adimplir os demais deveres que normalmente cabem aos pais, ouvida a opinião do menor, se este já contar doze anos de idade.”

administrados. Além disso, ao protutor cabe uma gratificação módica pela fiscalização realizada.

Cumpra acrescentar que a prestação de contas é um dever decorrente da tutela, que subsiste mesmo que os pais da criança ou do adolescente tenham-na dispensado, pois o que se visa com o exercício do múnus público é, justamente, a proteção do tutelado.

### 5.1 Responsabilidade civil das partes

O tutor responde pelos prejuízos causados ao pupilo pela sua administração. Esta responsabilidade, entretanto, é subjetiva, tendo em vista a dependência de prova de que o ato praticado, ou a sua omissão, ocorreu por negligência, imprudência, imperícia, ou dolo (art. 1.752, primeira parte, do Código Civil).

Deve-se ressaltar que, pelo ato do tutelado, a responsabilidade do tutor é objetiva indireta, sobretudo se alcançar terceiros, conforme os arts. 932, II, e 933 do referido diploma. Como se pode observar, a Lei Civil trata o tutor com extremo rigor, mormente na parte patrimonial, a qual prioriza demasiadamente, tornando a tutela, além de um múnus, um fardo que aumenta com a complexidade dos haveres do pupilo. Neste sentido, observa Pereira, citado por Venosa (2003, p. 421):

A responsabilidade do tutor não se limita, obviamente, ao resultado contábil de sua prestação de contas. Se da sua gestão resultar prejuízo ao tutelado, incumbe-lhe o dever de ressarcir-lo, segundo as regras que presidem a composição do princípio da responsabilidade civil: procedimento culposo do tutor, dolo causado, relação de causalidade entre um e outro.

O protutor e as pessoas que tenham concorrido para o prejuízo responderão solidariamente pelos danos causados pelo tutor (art. 1.752, § 2º, c/c arts. 942 e 932, II, do Código Civil). Isso quer dizer que qualquer um deles pode responder pela totalidade da dívida. Essa hipótese de solidariedade legal alcança, além do protutor, o juiz, o cotutor ou qualquer pessoa que haja concorrido culposa ou dolosamente – responsabilidades subjetiva e solidária, portanto – para o prejuízo ao tutelado.

A importância que o legislador dá à intervenção do juiz, por meio do art. 1.744 c/c o art. 1.745, parágrafo único do Código Civil, é tanta que lhe atribui responsabilidade direta e pessoal quando, negligenciando na escolha do tutor, causar prejuízo ao menor. Salienta-se que esta responsabilização não é do Estado, não obstante atue em nome deste, já que responderá com seus bens particulares.

Por outra banda, ensina Lôbo (2011, p. 419) que a lei também atribui responsabilidade subsidiária ao juiz quando não exigir caução suficiente ou não motivar sua dispensa se os bens do menor forem de considerável valor, e ainda quando não remover o tutor que se tornou suspeito. Nestes casos, a responsabilização é subjetiva, todavia exige-se somente a culpa do juiz, e não o dolo, pela regra geral do art. 133 do Código de Processo Civil. Aqui, os bens do juiz só respondem se os do tutor não saldarem o prejuízo causado ao menor.

Destarte, constata-se, de acordo com a análise até aqui realizada, que o Estatuto Civil oferece uma proteção demasiada aos bens patrimoniais do tutelado, o que denota uma priorização do órfão rico, a ponto de os demais itens protetivos que compõem o instituto da tutela tornarem-se secundários, enquanto o contrário recomendam os princípios discutidos.

## 6 CESSAÇÃO DA TUTELA

A forma regular da extinção da tutela é o advento do termo final do prazo bianual em que o tutor era obrigado a servir, salvo se ele quiser continuar na função e o juiz entender que é o melhor para o infante (art. 1.765 do Código Civil). Pode o tutor continuar com o encargo, desde que o magistrado entenda seja o melhor para o tutelado, tendo como referência os princípios do melhor interesse e da proteção integral da criança ou do adolescente. Neste aspecto, o art. 1.198 do Código de Processo Civil estabelece a manifestação tácita do tutor, quando este deixar transcorrer dez dias do término do prazo de dois anos sem requerer a sua exoneração, exceto dispensado juiz.

Antes do término do prazo, a tutela será extinta, independentemente da intervenção do juiz, nas seguintes situações: quando o tutelado for emancipado ou atingir a maioridade; se conseguir cair sob o poder familiar, no caso de adoção ou de reconhecimento da paternidade ou da maternidade (art. 1.763 do Código Civil); o óbito do tutelado ou sua ausência, quando se presume falecido. Guardando relação com a exposição do inciso I deste dispositivo, colaciona-se o autoexplicativo julgado:

APELAÇÃO CÍVEL. NEGÓCIOS JURÍDICOS BANCÁRIOS. AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO. INSTITUTO DA TUTELA. CESSAÇÃO DAS OBRIGAÇÕES DO TUTOR. A partir do dia em que a tutelada completou a maioridade, automaticamente cessou as obrigações do tutor, consoante preceitua o artigo 1763, I, do Código Civil. *In casu*, comprovado que foi Maria Aparecida quem solicitou os empréstimos e que, à época da contratação, já havia

completado a maioria, seu antigo tutor não responde pelas dívidas contraídas. Apelo desprovido.<sup>12</sup>

Convém acrescentar que as hipóteses difundidas neste artigo não são exaustivas, porquanto a cessação da tutela é possível em outras situações, a exemplo do óbito do tutelado ou a sua ausência quando se presume falecido.

Dependem de decisão judicial a exoneração ou remoção do tutor, nas hipóteses que o levam a incapacidade de exercer a tutela, conhecidas posteriormente ao início do exercício ou do desvio da conduta que leve o menor ao prejuízo por negligência ou prevaricação. Subordina-se também à decisão do juiz as hipóteses de escusa legítima cujos motivos sobrevieram após aceita a tutela (art. 1.764, II do Código Civil).

Quanto à remoção evidenciada no dispositivo do art. 1.764, III, do Código Civil, é de bom alvitre, segundo Madaleno (2008, p. 853), considerar que “por igual é a causa de cessação da tutoria por remoção judicial do tutor quando acusado de conduta dolosa ou culposa na administração dos bens e da pessoa do tutelado.” Acresça-se que incumbe ao Ministério Público ou a quem tenha interesse legítimo requerer a exoneração ou remoção do tutor como assinala a redação do art. 1.194 do Código de Processo Civil.

A seguinte decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul enfatiza o explanado e relaciona-a ao Estatuto da Criança e do Adolescente:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE REMOÇÃO DE TUTOR C/C COLOCAÇÃO EM FAMÍLIA SUBSTITUTA.

À semelhança da destituição do poder familiar, a destituição da tutela deve ser enfrentada como medida excepcional e, principalmente, drástica. Para que prospere o pleito de destituição deve restar rigorosamente comprovada a ausência de condições, por parte do tutor, para o exercício do múnus, nos termos do art. 24 do ECA, que se aplica tanto ao poder familiar quanto à tutela, por força do comando contido no art. 38 do estatuto. *In casu*, restou evidenciado que a apelante não possui condições de exercer a tutela, que, hodiernamente, assume prerrogativas e deveres semelhantes aos atinentes ao poder familiar. Recurso Desprovido.<sup>13</sup>

Com efeito, esse julgado fortalece a análise acima, ao interpretar a destituição da tutela, à semelhança da remoção do poder familiar, como medida excepcional, de sorte que deve restar cuidadosamente comprovada a inexistência de condições do tutor para exercer a tutoria conforme o art. 24 c/c o art. 38 do supramencionado diploma.

Salienta-se que uma das maneiras, não incomum no Brasil, que torna o tutor incapaz e, por conseguinte, o sujeita à exoneração do exercício da tutela é o cometimento de crime

<sup>12</sup> TJRS. AC 70031352966. Décima Segunda Câmara Cível. Rel. Des. Umberto Guaspari Sudbrack. .j. 22/09/2011. DJe. 26/09/2011.

<sup>13</sup> TJRS. AI 70010800563. Oitava Câmara Cível. Rel. Des. Catarina Rita Krieger Martins. j. 30/07/2005. DJe. 15/07/2005.

doloso contra o pupilo, punido com pena de reclusão, como preconiza o art. 92, II, do Código Penal.

## 7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Do quanto foi exposto acima, depreende-se que os valores emanados da Constituição Federal de 1988 não foram totalmente incorporados à legislação infraconstitucional, no que tange ao instituto da tutela. O Estatuto da Criança e do Adolescente de 1990, provavelmente pela proximidade temporal de sua sanção em relação à promulgação da Constituição Federal, conseguiu traduzir esses preceitos, porém, remeteu a maior parte da regulamentação do tema em tela ao Código Civil de 1916, vigente à época, o qual ainda guardava resquícios do direito romano.

Esperava-se, entretanto, que o Código Civil de 2002 oferecesse um tratamento, relativo à tutela, à altura do que foi ofertado a outros temas do direito de família e do que foi oferecido pelo Estatuto da Criança e do Adolescente aos demais assuntos atinentes às crianças e aos adolescentes. Porém, como se verificou, isso não ocorreu a contento.

Dessa maneira, o Código Civil não deu à tutela o devido relevo que foi dispensado às relações de família, escusando-se a atentar que este instituto, ao determinar a convivência entre o tutor e o pupilo, tende a gerar tanta afetividade que estes conviventes poderão tornar-se pai e filho. Assim, o supramencionado diploma, além de não se adequar às novas terminologias – ao se referir ao menor absoluta e relativamente incapaz, quando deveria tratá-lo por criança e adolescente –, preferiu priorizar os bens patrimoniais e, portanto, o órfão rico, descuidando do tratamento isonômico, da afetividade, do melhor interesse e da proteção integral do vulnerável.

No que concerne à responsabilidade civil, inobstante quase sempre ser subjetiva e isentar o Estado, há um tratamento razoavelmente adequado dispensado pela legislação, o que facilita, de certa forma, a defesa do vulnerável e do terceiro prejudicado na relação de tutela e a subsunção do caso concreto pelo intérprete do direito, embora não raro este se acorra aos princípios constitucionais e do Estatuto da Criança e do Adolescente atinentes ao instituto, em um esforço hermenêutico de interpretação e integração.

Destarte, espera-se do legislador brasileiro uma revisão do instituto da tutela no âmbito do Código Civil, de maneira a enquadrá-lo, integralmente, aos preceitos

constitucionais, a adaptá-lo aos avanços do Estatuto da Criança e do Adolescente e a prever formas de inserir o Estado como um responsável mais incisivo na relação de tutoria.

## REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **A Dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo**: natureza jurídica, conteúdos mínimos e critérios de aplicação. 2010.

Disponível em: <[http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2010/12/Dignidade\\_texto-base\\_11dez2010.pdf](http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2010/12/Dignidade_texto-base_11dez2010.pdf)>. Acesso em: 19 mai. 2013.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

DINIZ, Maria Helena. **Código civil anotado**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

GONÇALVES, Carlos Alberto. **Direito de família**. Sinopses Jurídicas. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

LÔBO, Paulo. **Direito civil**: famílias. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MADALENO, Rolf. **Curso de direito de família**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

MENEZES, Elda Maria Gonçalves. Os princípios da solidariedade familiar e dignidade da pessoa humana aplicáveis no âmbito do direito a alimentos. **Conteúdo Jurídico**, Brasília, out. 2010. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.29161>>. Acesso em: 07 mai. 2013.

RODRIGUES, Sílvio. **Direito civil**: direito de família. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

SIQUEIRA, Julio Pinheiro F. Homem de. Da reserva do possível e da proibição do retrocesso social. **Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais**, v. 76, n.3, jul./set. 2010. Disponível em: <<http://revista.tce.mg.gov.br/Content/Upload/Materia/1017.pdf>>. Acesso em: 20 mai. 2013.

TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil**. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2011.

\_\_\_\_\_. O princípio da afetividade no direito de família: breves considerações. **Consulex**, Brasília, v.16, ano XVI, n. 378, p. 28-29, out. 2012.

VENOSA, S. de Salvo. **Direito civil: direito de família**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

WALD, Arnoldo; FONSECA, Priscila M. P. Corrêa da. **Direito civil: direito de família**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

## **THE INSTITUTE OF GUARDIANSHIP IN BRAZILIAN'S LEGAL SYSTEM: PRINCIPLES AND GENERAL ASPECTS**

### **ABSTRACT**

Discusses the principles, the civil responsibility and the general aspects of the institute of guardianship, focusing on the Statute of the Child and Adolescent, which incorporated constitutional values but preferred to refer most of this regulation to the Civil Code. Checks, the biggest concern with patrimonial goods over the protection of the sheltered. Notes that there is to revise the Civil Law, to fit it to the precepts of the Constitution and the relief dispensed by this to the family relations, adapting it to the advancements of the mentioned Statute and provide ways to enter the State as responsible sharper in relation protect.

**Keywords:** Guardianship. Child and Teenager. Principles. Civil Responsibility.