

O Instituto da Tutela: Comentários ao Direito Assistencial em Matéria de Família

Resumo:

Em sede de apontamentos introdutórios, vale ponderar que, em situação normal, os filhos são cuidados, criados e educados por seus respectivos genitores, se possível ambos e um só nas hipóteses que substancializam a relação monoparental, que decorre de distintos fatores, como o divórcio, ausência, morte de um dos pais ou mesmo quando ocorrer a dissolução da união estável. Todavia, enquanto houver ao menos um dos genitores, o poder familiar será, por aquele, exercido em sua plenitude. Verifica-se que a tutela se reveste de caráter assistencial, tendo por fito promover a substituição do poder familiar, visando a proteção da criança e do adolescente não emancipado e seus bens, nas situações em que sobrevier o falecimento de seus genitores, forem esses declarados ausentes ou sobrevier a suspensão ou destituição do poder familiar. O instituto em comento objetiva dar assistência à criança e ao adolescente, bem como representação na órbita jurídica, investindo, para tanto, pessoa idônea com os poderes necessários. Depreende-se, ainda em um contato primitivo com o tema do presente, que a tutela está alicerçada na proteção de crianças e adolescentes, sendo outorgado ao tutor o governo e assistência dos menores de idade que carecem de genitores ou mesmo que esses sejam incapazes para o exercício do poder familiar, como ocorre nas hipóteses de perda e suspensão do poder familiar.

Palavras-chaves: Tutela. Direito Assistencial. Direito Civil.

Sumário: 1 O Instituto da Tutela: Lições Inaugurais; 2 Tutela: Espécies: 2.1 Tutela Testamentária; 2.2 Tutela Legítima; 2.3 Tutela Dativa; 2.4 Tutela Irregular ou Fática; 2.5 Tutela Funcional; 3 Impedimentos para o Exercício da Tutela; 4 Escusa ou Dispensa dos Tutores: 4.1 Mulher Casada; 4.2 Maiores de Sessenta Anos; 4.3 Aqueles que tiverem sob sua autoridade mais de três filhos; 4.4 Enfermidade; 4.5 Habitação Distante; 4.6 Os que já exercerem tutela ou curatela; 4.7 Militares em Serviço; 4.8 Aos que não forem parentes do menor; 4.9 Prazo para Arguição da Escusa; 5 Garantia da Tutela; 6 Exercício da Tutela: 6.1 O Exercício da tutela quanto à pessoa do tutelado; 6.2 O Exercício da tutela quanto ao patrimônio do tutelado; 6.3 A Figura do Protutor; 6.4 Remuneração e Responsabilidade do Tutor; 6.5 Prestação de Contas; 7 Cessação da Tutela; 8 Funções do Tutor

1 O Instituto da Tutela: Lições Inaugurais

Em sede de apontamentos introdutórios, vale ponderar que, em situação normal, os filhos são cuidados, criados e educados por seus respectivos genitores, se possível ambos e um só nas hipóteses que substancializam a relação monoparental, que decorre de distintos fatores, como, por exemplo, o divórcio, ausência, morte de um dos pais ou mesmo quando ocorrer a dissolução da união estável. Todavia, enquanto houver ao menos um dos genitores, o poder familiar será, por aquele, exercido em sua plenitude. Nesta esteira de exposição, verifica-se que “a tutela é um instituto de caráter assistencial, que tem por escopo substituir o poder familiar”¹, visando a proteção da criança e do adolescente não emancipado e seus bens, nas situações em que sobrevier o falecimento de seus genitores, forem esses declarados ausentes ou sobrevier a suspensão ou destituição do poder familiar. O instituto em comento objetiva dar assistência à criança e ao adolescente, bem como assegurar a representação daqueles na órbita jurídica, investindo, para tanto, pessoa idônea com os poderes necessários, a qual passa a ser denominada de tutor.

Depreende-se, ainda em um contato primitivo com o tema, que a tutela está alicerçada na proteção de crianças e adolescentes, sendo outorgado ao tutor o governo e assistência dos menores de idade que carecem de genitores ou mesmo que esses sejam incapazes para o exercício do poder familiar, como ocorre nas hipóteses de perda e suspensão do poder familiar. Nesta senda, Rolf Madaleno arrazoa que “a tutela é o poder conferido pela lei, à pessoa capaz, para proteger a pessoa e reger os bens de menores que estão fora do poder parental”². Anote-se, por oportuno, que tal fato deflui da premissa que os filhos, enquanto menores, estão sujeitos ao poder familiar, que é exercido de maneira igualitária entre os genitores, mesmo que ocorra o divórcio, em caso de matrimônio, ou ainda dissolução da união estável. Por óbvio, em se tratando de situação em que a criança ou o adolescente são reconhecidos tão somente pela genitora, apenas esta exercerá o poder familiar.

¹ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito de Família**. 27ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012, p. 681.

² MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2008, p. 823.

Ao lado disso, extrai-se que a tutela ambiciona oferecer proteção à pessoa da criança e do adolescente, bem como administrar os seus bens, atuando como um desdobramento do poder familiar ao incapaz, que, em decorrência da idade, não goza de integral capacidade civil, necessitando, por isso, de proteção tutelar. Gagliano e Pamplona Filho, ao espancarem o tema, acrescentam que *“a tutela está umbilicalmente ligada ao Direito de Família, uma vez que tem por finalidade suprir a falta dos pais”*³. Deste modo, a tutela atua como instrumento de substituição do poder parental dos filhos menores, em decorrência do óbito dos genitores ou, ainda, em razão da impossibilidade do exercício do poder familiar por suspensão ou destituição.

Nesse sedimento, constata-se que o exercício da tutela é incompatível com o poder familiar, uma vez que, estando os pais vivos e não tendo assento nenhuma das condições que dão azo à suspensão ou à destituição daquele, o encargo parental será exercido de forma plena, mesmo que o um dos genitores venha contrair matrimônio ou união estável com outrem. No que concerne ao tutor, verifica-se que o indivíduo exerce um múnus público, que é delegado pelo Ente Estatal, o qual transfere a uma terceira pessoa o encargo de zelar pela criação, educação e pelos bens da criança ou do adolescente postos sob a tutela. Obtempera, com bastante propriedade, a festejada doutrinadora Maria Helena Diniz quando leciona que *“o tutor passará a ter o encargo de dirigir a pessoa e de administrar os bens do menor que não se encontra sob o poder familiar do pai ou da mãe, zelando pela sua criação, educação e haveres”*⁴.

Por derradeiro, infere-se que o instituto da tutela assenta suas balizas na premissa de amparo e assistência, sendo outorgado a um terceiro o múnus público de ocupar um vazio deixado pela falta ou ausência dos genitores. Deste modo, competirá ao tutor velar pela saúde, pela moral, pela educação e por todos os demais itens integrantes da extensa rubrica que salvaguarda a dignidade do tutelado, bem assim administrar seus bens, objetivando suprir a incapacidade transitória daquele. Destarte, destaca-se, dada a sua proeminência, que o fito da tutela junte-se, essencialmente, a atender os

³ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Direito de Família: A Família em Perspectiva Constitucional**. 2ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012, p. 713.

⁴ DINIZ, 2012, p. 681.

integrals interesses dos menores tutelados, a fim de que os mesmos possam se desenvolver sem percalços.

2 Tutela: Espécies

2.1 Tutela Testamentária

In primo loco, a espécie em comento é instituída em virtude de nomeação pelos genitores do tutor à criança ou ao adolescente, por ato de última vontade. Nesta senda, Rolf Madaleno, ao abordar a espécie em comento, leciona que “o direito de nomear tutor compete aos pais, em conjunto, razão pela qual tutela testamentária vem em primeiro plano, por permitir aos genitores, mediante testamento ou documento autêntico”⁵, no qual indicam tutor para seus filhos. Aliás, a espécie em comento encontra-se expressamente disposta na redação do artigo 1.729 do Código Civil⁶, sendo trazido à baila que o direito de nomear compete aos genitores, em conjunto, devendo tal nomeação constar em cédula testamentária ou qualquer outro documento dito como autêntico.

Cuida arrazoar que a nomeação do tutor pode se dá tanto por ambos os genitores, em conjunto, como por tão apenas um deles, em separado, por meio de documento dito como autêntico, ou seja, documento particular com firma reconhecida ou ainda escritura pública, sendo, nesta hipótese, denominada por alguns doutrinadores como tutela documental. Ao lado disso, insta evidenciar que a “escritura pública deve atender aos requisitos ordenados no artigo 215 do Código Civil, enquanto o instrumento particular está regulamentado pelo artigo 221 do mesmo Código Civil”⁷. Com efeito, em se tratando de nomeação estabelecida em cédula testamentária ou em codicilo, cada genitor terá que fazer de maneira individual, porquanto o Estatuto Civil vigente veda o denominado testamento conjuntivo⁸.

⁵ MADALENO, 2008, p. 827.

⁶ BRASIL. **Lei Nº. 10.406, de 10 de Janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 07 jun. 2012.

⁷ MADALENO, 2008, p. 827.

⁸ Neste sentido: VERDAN, Tauã Lima. O Instituto do Testamento. **Jurid Publicações Eletrônicas**, Bauru, 12 mar. 2012. Disponível em: <<http://jornal.jurid.com.br/materias/doutrina-civil/instituto-testamento>>. Acesso em: 07 jun. 2012: “Dessarte, dado ao cunho personalíssimo existente na elaboração do testamento, é plenamente viável compreender que o Ordenamento Jurídico proíbe a realização de testamento de mão comum ou conjuntivo, estruturado com a participação de mais de uma pessoa”.

Além disso, não mais subsiste a distinção estabelecida pelo Código Civil de 1916, em seu artigo 419⁹, que traçava o direito de escolha de tutor primeiro ao pai e, tão apenas em sua ausência, à mãe, aspecto que refletia uma sociedade tipicamente pautada em valores patriarcais. O ranço em tela foi extirpado, de modo expresso, do Ordenamento Jurídico por meio da Constituição Federal de 1988 que consagrou a isonomia entre os genitores, refletindo tal dogma na estruturação do artigo 1.729 da Estatuto de 2002, que, de maneira rotunda, traz a possibilidade da nomeação de tutor, em favor dos filhos menores, por ambos os genitores de maneira conjunta. De fato, na atual conjuntura, a distinção entre os genitores não mais tem campo para atuação.

Por óbvio, tal espécie só pode ser estatuída pelos genitores da criança ou do adolescente que será colocado sob a tutela, não se estendendo a outros parentes, como ocorria no Diploma revogado, o qual concebia a hipótese de nomeação de tutor pelos avós paternos e, em caso de falecimento daqueles, pelos maternos, nesta ordem. Como bem leciona Maria Helena Diniz, “os avós não mais poderão nomear em testamento tutor do neto porque, em nosso direito, o poder familiar compete, exclusivamente, aos pais”¹⁰. O poder familiar, deste modo, encontra-se restrito às figuras dos genitores, não se estendendo aos demais parentes da criança ou do adolescente, como se verifica quando da vigência do Código Civil de 1916.

Cuida anotar que a indicação da tutela só terá validade jurídica se, quando o tutor foi instituído, o genitor estava no exercício do poder familiar, bem como o tutor só exercerá o múnus se o outro genitor também já estiver falecido ou, ainda, não puder exercer o poder familiar, em razão de suspensão ou destituição. Neste sentido, inclusive, é o artigo 1.730 do Código Civil, que, com clareza solar, dispõe que: “Art. 1.730. É nula a nomeação de tutor pelo pai ou pela mãe que, ao tempo de sua morte, não tinha o poder familiar”¹¹. Maria Helena Diniz hasteia, como flâmula norteadora, que “nula será a tutela testamentaria se feita por pai, ou mãe, que não seja detentor do poder familiar

⁹ BRASIL. **Lei Nº. 3.071, de 1º de Janeiro de 1916**. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 07 jun. 2012: “**Art. 407**. O direito de nomear tutor compete ao pae, á mãe, ao avó paterno e ao materno. Cada uma destas pessoas o exercerá no caso de falta ou incapacidade das que lhes antecederem na ordem aqui estabelecida”.

¹⁰ DINIZ, 2012, p. 684.

¹¹ BRASIL. **Lei Nº. 10.406, de 10 de Janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 07 jun. 2012.

ao tempo da lavratura do testamento ou da escritura”¹². Tais ponderações, a partir das lições lançadas, não subsistirão quando da nomeação do tutor, o genitor que o instituiu tiver recuperado o poder familiar antes de seu óbito.

Ao lado disso, a instituição do tutor testamentário é considerada como negócio jurídico unilateral, o qual independe de manifestação daquele que foi nomeado como tutor, podendo este aceitar ou recusar o encargo, alegando, para tanto, uma das hipóteses de escusa consagradas no artigo 1.736 do Estatuto de 2002. Nesta trilha, “a escusa de maior relevância a exigir todos os cuidados do juiz, realmente decorra da falta de vontade, da ausência de afinidade e de afetividade do tutor indicado”¹³, logo, em ocorrendo tal situação, a autoridade judiciária deixará de observar a disposição do genitor, pois o que deverá gozar de destaque é o melhor interesse do menor.

2.2 Tutela Legítima

A espécie em testilha tem assento na ausência da tutela testamentária, isto é, será deferida pela lei, após, se possível, a oitiva da criança ou do adolescente, aos parentes consanguíneos, quando restar demonstrada a inexistência de tutor designado em ato de última vontade. Nesse contexto, é certo que, na falta dos pais (artigo 1.728 do Código Civil) e inexistente tutor testamentário (artigo 1.729 do Estatuto Civilista), a regra é a de que a tutela incumbe aos parentes consanguíneos (artigo 1.731 do Diploma de 2002), principalmente diante do liame natural existente entre eles e o menor.

Em consonância com o estatuído no artigo 1.731 do Código Civil, serão chamados ao exercício da tutela legítima: a) os ascendentes, avós e bisavós, preferindo o de grau mais próximo ao mais remoto, sem que seja feita qualquer distinção entre a linha paterna e a materna, porquanto a escolha deverá se pautar naquele que melhor condições detenha para o exercício do múnus, conforme entalha o inciso I do artigo ora aludido; b) os irmãos ou os tios, colaterais de 2º e 3º graus, respectivamente, preferindo os mais próximos aos mais remotos e, no mesmo grau, os mais velhos aos mais moços, nos termos preconizados no inciso II do dispositivo referido algures.

Ainda nessa trilha, verifica-se que não mais subsiste a distinção consagrada no Código de 1916 que privilegiava a linha paterna em detrimento

¹² DINIZ, 2012, p. 683.

¹³ MADALENO, 2008, p. 828.

dos integrantes da linha materna. Neste sedimento, há que se registrar que o magistrado poderá, ambicionando assegurar o melhor interesse do tutelado, alterar a ordem estabelecida no dispositivo legal mencionado acima. Além disso, por oportuno, colaciona-se o entendimento jurisprudencial que, de forma expressa, se coaduna com as ponderações vertidas até o momento, atuando como verdadeiro norte a ser observado:

Ementa: Ação de tutela. Correta a r. sentença que concedeu a tutela a madrinha do menor. Há hipóteses excepcionais em que, apesar de presente a relação de parentesco, o melhor interesse da criança recomenda que a tutela recaia sobre terceiros estranhos à ordem legal. Não há razão para se conceder a medida ao tio da criança, que confessadamente pretende entregá-la a outro casal. Recurso improvido. (Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo – Quarta Câmara de Direito Privado/ Apelação Cível Nº.527.065.4/3/ Relatora Desembargadora Maria da Cunha/ Julgado em 06.03.2008) (grifei)

Ao se deferir a tutela legítima, o juiz valorará aquele que detém condições mais rotundas para o exercício da tutoria, atentando-se, sempre, para a idoneidade do nomeado. “O juiz poderá escolher o mais apto, moral e economicamente, a exercer a tutela em benefício do menor”¹⁴, não estando, gize-se, adstrito à escolha de um parente consanguíneo do tutelado. Deve-se ter em vista, especialmente, a relação de afinidade e de afetividade do tutelado em relação ao tutor, com o fim ao menos de minorar as consequências dessa medida que se revela assaz traumática.

Prima evidenciar que o magistrado tem como pavilhão hasteado, ao nomear o indivíduo para o exercício da tutoria, considerar se a pessoa, de fato, é idônea e capacitada ao exercício de seu mister, podendo, inclusive, escolher pessoa estranha, caso não encontre pessoas aptas no seio familiar do tutelado. “Esse o propósito único da escolha do tutor pela autoridade judicial, porque nenhuma escolha será plena e satisfatória se não tiver em mira o melhor e superior interesse do menor”¹⁵ colocado sob tutela e tampouco se o tutor for carecedor de idoneidade ou ainda se a nomeação se revelar inconveniente para a criança ou o adolescente.

2.3 Tutela Dativa

Ab initio, nas situações em que inexistir tutor nomeado pelos genitores e não se apresentar possível a nomeação de um dos parentes consanguíneos do

¹⁴ DINIZ, 2012, p. 685.

¹⁵ MADALENO, 2008, p. 829.

tutelado, em razão de serem considerados inidôneos ou ainda por terem sido excluídos, removidos da tutela ou dela se escusarem, o magistrado do lugar em que a criança ou o adolescente resida ou em que os bens deixados pelos genitores deverá nomear tutor. A espécie em exposição tem assento, também, quando os pais do pupilo forem vivos, todavia, tiverem decaído do poder familiar, ou ainda se a penabilidade foi imposta ao genitor e subsistir impossibilidade da genitora de exercê-lo. “A nomeação judicial recairá sobre pessoa estranha, idônea, com aptidão para o desempenho do cargo pelo seu caráter, moral ilibada, probidade etc”¹⁶, bem como que resida no domicílio do menor, *conditio* que não se estende ao tutor testamentário ou legítimo.

Insta sublinhar que a nomeação de tutor dativo se desvela como recurso judicial derradeiro, sendo lançada mão tão somente após o esgotamento de todas as possibilidades de manutenção do tutelado em seu círculo familiar. Quadra realçar que impende ao magistrado, em observância ao disposto no artigo 1.732 do Código Civil, nomear pessoa que seja detentora de idoneidade. “A identidade de domicílios não é requisito essencial na tutela legítima da nomeação de parente consanguíneo, porque a manutenção do tutelando no seu círculo familiar compensa a eventual mudança de seu domicílio”¹⁷, ao passo que, em se tratando de tutela dativa, busca-se minorar a dor do tutelado, mantendo-o em seu domicílio de origem.

Destarte, a opção do tutor dativo deve ser utilizada tão somente esgotados todos os meios aptos a manter a criança ou o adolescente dentro dos seus liames familiares, mesmo que o magistrado tenha que nomear pessoa não encampada pelas possibilidades contidas no artigo 1.731 do Diploma Civil de 2002. Ao lado disso, entalha o dispositivo 1.737 do Estatuto ora mencionado que deverá ser nomeado um único tutor aos irmãos órfãos, com efeito, a norma objetiva facilitar a administração dos bens dos irmãos, que não devem ser separados, evitando, por extensão, uma nova perda decorrente da traumática separação.

O fito precípua do dogma contido no artigo supramencionado se assenta na imperiosidade de salvaguardar os laços familiares entre os irmãos órfãos. Ademais, em consonância com o §1º do artigo 1.737, em havendo a nomeação

¹⁶ DINIZ, 2012, p. 686.

¹⁷ MADALENO, 2008, p. 829.

de mais de um tutor e inexistindo a ordem de preferência, considera-se que a tutela tenha sido deferido ao primeiro e os demais indicados receberão a tutoria por nomeação, caso sobrevenha a morte daquele, incapacidade, impedimento ou qualquer uma das hipóteses de escusa do tutor precedente. Ao lado disso, em harmonia com o expandido no §2º do dispositivo ora aludido, aquele que instituir um menor como seu herdeiro ou legatário possuirá a faculdade de nomear curador especial para os bens testados, mesmo que o beneficiado se encontre sob o poder familiar ou tutela.

2.4 Tutela Irregular ou Fática

Em uma primeira plana, na espécie em comento, a partir de uma interpretação concedida pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, observa-se que não há, propriamente, uma nomeação, na acepção legal que o instituto em estudo reclama, de maneira que o suposto tutor zela pela criança ou pelo adolescente e por seus bens, como se estivesse, de maneira legítima, investido do múnus. “*Todavia, essa tutela não gera efeitos jurídicos, não passando de mera gestão de negócios, e como tal deve ser regida*”¹⁸. Segundo Rolf Madaleno¹⁹, a espécie em comento não se reveste de qualquer validade jurídica, não passando de um circunstancial administrador dos interesses econômico-financeiros do menor.

2.5 Tutela Funcional

A modalidade em estudo encontra-se positivada na redação do artigo 1.734 do Código Civil²⁰, sendo considerada, por grande parte da doutrina, como a tutela dativa²¹. Ao lado disso, infere-se que a espécie em comento terá aplicabilidade nas hipótese em que os tutelados forem menores abandonados ou desamparados, ainda que não sejam órfãos, sendo-lhes nomeado um tutor pelo Juízo da Infância e Juventude ou ainda recolhidos em estabelecimentos públicos destinados a este fito. Nesta senda, ainda, em inexistindo tais estabelecimento, a tutela dos menores abandonados ou desamparados será

¹⁸ DINIZ, 2012, p. 686.

¹⁹ MADALENO, 2008, p. 826.

²⁰ BRASIL. **Lei Nº. 10.406, de 10 de Janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 07 jun. 2012: “**Art. 1.734.** Os menores abandonados terão tutores nomeados pelo juiz, ou serão recolhidos a estabelecimento público para este fim destinado e, na falta desse estabelecimento, ficam sob a tutela das pessoas que, voluntária e gratuitamente, se encarregarem de sua criação”.

²¹ DINIZ, 2012, p. 686.

confiada a pessoas voluntárias e que, de maneira gratuita, se encarregarão de sua criação e educação em lar substituto.

Nesse alarimé, cuida salientar que as crianças em estado de abandono ou expostas, cuja única alternativa judicial a ser empregada, em razão da situação dramática em que se encontram, é de serem recolhidas a estabelecimentos públicos. Deste modo, não há que se confundir esse recolhimento com o instituto em comento, porquanto, em ressonância com o Estatuto da Criança e do Adolescente, em relação aos menores abandonados, a primeira opção a ser valorada, pelo Juízo da Infância e da Juventude, é a possibilidade da adoção. *“Trata-se de uma tutela funcional, por envolver atividade desempenhada pela direção de estabelecimento público”*²². Desta sorte, conforme se infere, a tutela é tida como funcional em razão do múnus ser desempenhado por estabelecimento público.

3 Impedimentos para o Exercício da Tutela

Ao de apreciar o instituto em comento, *ab initio*, verifica-se que a Legislação Civilista estabeleceu restrições ao exercício da tutela, uma vez que as pessoas nomeadas não reúnem condições exigidas para o exercício da tutela. Ao lado disso, insta arrazoar que, em havendo a inadvertida nomeação daquelas para o múnus, imposta será a destituição. Neste passo, o artigo 1.735 do Código Civil²³, em altos alaridos, apresenta um rol de pessoas consideradas inidôneas para o encargo da tutoria, em decorrência de sue procedimento ou ainda porque nutre relação de inimizade ou débito para com qualquer um dos genitores. Outrossim, o dispositivo ora mencionado alberga ainda aqueles que não são *“pessoas havidas como probas e honestas, sobre as quais deita uma inafastável suspeição para o exercício do relevante encargo público da tutela”*²⁴, cujo escopo é garantir à criança ou ao adolescente privado do poder familiar, o conjunto de condições e fatores imprescindíveis para superar ou mesmo diminuir as consequências oriundas de sua indesejada exposição.

Vale anotar que o critério de idoneidade não pode se afigurar como óbice capaz de impedir ao magistrado que considere a soma dos elementos

²² MADALENO, 2008, p. 831.

²³ BRASIL. **Lei Nº. 10.406, de 10 de Janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 07 jun. 2012.

²⁴ MADALENO, 2008, p. 831.

que tenham o condão de identificar e subsidiar a promoção do melhor interesse do tutelado. Nesse diapasão, denota-se que a idoneidade é cotejada por meio de múltiplas qualidades, atitudes e possibilidades, atentando-se, notadamente, para as restrições erigidas no artigo 1.735 do Código Civil. Ao lado do pontuado, o que goza de relevância é a solvência e reputação do candidato ao encargo público, que se reveste tanto de caráter moral como material. Além disso, houve impropriedade do termo “incapaz”, porquanto a falta de idoneidade e as incompatibilidades pessoais não são incapacidades, mas sim impedimentos à assunção do múnus tutelar.

Em consonância com o inciso I do dispositivo supramencionado, não poderão ser tutores aqueles que não tiverem a livre administração de seus bens. Ora, o texto legal se reveste de obviedade, porquanto não detém a administração de seu próprio patrimônio, como se constata no caso do falido ou ainda do insolvente não reabilitado. Neste mesmo contexto, encontram-se insertos “os menores de 18 anos (*Lei n. 8.069/90, art. 36*), *interditos, os que não puderem exprimir sua vontade, os pródigos e falidos*”²⁵. Ademais, o exercício do múnus tutelar reclama responsabilidade e madura capacidade de inteligência, compreendendo tanto a seara do desenvolvimento mental, “*com a aquisição de discernimento, como uma relativa experiência de vida, cuja existência é presumida com a maioridade civil, como em relação à prática dos atos da vida civil, com a realização de negócios*”²⁶. Logo, não convém conferir àquele que já demonstrou inaptidão para cuidar de si mesmo e dos seus bens pessoais à tutoria do menor.

O inciso II dispõe que aqueles que, no momento de lhes ser deferida a tutela, se acharem constituídos em obrigação para com o menor, ou tiverem que fazer valer direitos contra este, e aqueles cujos pais, filhos ou cônjuges tiverem demanda contra o menor, não poderão exercer a tutoria. De igual modo, em razão das disposições contidas na Constituição Federal de 1988, a vedação estatuída no dispositivo ora aludido alcança, também, a figura do companheiro que possuir alguma demanda em face do menor tutelado. O motivo do impedimento descansa na colisão dos interesses do tutelando e do tutor, sendo, por imperioso, estendido às pessoas vinculadas ao tutor por

²⁵ DINIZ, 2012, p. 687.

²⁶ MADALENO, 2008, p. 832.

relações de parentesco, afinidade ou afetividade. Deste modo, busca-se extirpar a existência de qualquer suspeita no que tange ao exercício do encargo tutelar conferido.

Por seu turno, o inciso III estabelece que “*os inimigos do menor, ou de seus pais, ou que tiverem sido por estes expressamente excluídos da tutela*”²⁷. Com efeito, o bom senso não aconselha que seja nomeado, como tutor, o inimigo da criança ou do adolescente, ou ainda de seus genitores, ainda que se acredite que o tutelado, em razão de sua pouca idade, não tenha inimigos, poderá sofrer os reflexos da inimizade nutrida em relação aos seus pais. Trata-se de uma proibição jungida exclusivamente em uma acepção de ordem moral. “*Essa inimizade em relação aos pais não chega a afetar a nomeação eventual do padrasto ou da madrasta como tutores, porque a inimizade pode perfeitamente não ser de molde a atingir a pessoa do tutelando*”²⁸. O artigo 1.737 do Código Civil estabelece, inclusive, que o parente por afinidade, no caso de padrasto ou madrasta, poderão ser nomeados como tutores.

O inciso IV do artigo em comento obtempera que não poderão exercer a tutoria os “*condenados por crime de furto, roubo, estelionato, falsidade, contra a família ou os costumes, tenham ou não cumprido pena*”²⁹. Infere-se, desta sorte, que o motivo consagrado se alicerça na falta de idoneidade das pessoas com antecedentes criminais praticados contra o patrimônio, tenham ou não sido condenados, uma vez que tal pecha não as recomendam para cuidarem da pessoa do tutelado e de seus bens. De igual modo, os condenados por crime contra a família ou os costumes, em decorrência da clareza em falha na sua personalidade, o que torna incompatível ao exercício do múnus da tutoria.

Já o inciso V afixa que as pessoas de mau procedimento, ou falhas em probidade, e as culpadas de abuso em tutorias anteriores não poderia exercer o encargo público. “*As pessoas de mau procedimento são aquelas que atentam contra os bons costumes, acusadas de corrupção de menores, conquistadores de mulheres casadas, ébrios, jogadores profissionais*”³⁰, bem como aqueles que exercem profissões ilícitas. Vale anotar que tais informações não

²⁷ BRASIL. **Lei Nº. 10.406, de 10 de Janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 07 jun. 2012.

²⁸ MADALENO, 2008, p. 832.

²⁹ BRASIL. **Lei Nº. 10.406, de 10 de Janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 07 jun. 2012.

³⁰ MADALENO, 2008, p. 833.

necessitam ser oriundas de investigação criminal deflagrada, podendo ser utilizadas as informações coligidas no meio social. As condutas elencadas no inciso em apreço demonstram falhas de probidade moral e social.

Por derradeiro, o inciso VI consagra a última hipótese de hipótese para o exercício do múnus tutelar, consistente naqueles que exerceram função pública incompatível com a boa administração da tutela. Quadra realçar que não é qualquer função pública que é tida como incompatível, sendo a incapacidade de exercício da tutela apenas casuística. Deste modo, incidirá a situação estatuída no inciso supra se restar evidenciada a dificuldade e a incompatibilidade de um tutela efetivamente direcionada aos interesses da criança ou do adolescente, bem como sua proteção e a administração de seus bens. Como bem sublinha Maria Helena Diniz, *“tal proibição não é absoluta, pois poderá ser levantada pelo juízo incumbido do caso, se ele entender conveniente a nomeação dessas pessoas aos interesses do menor”*³¹.

4 Escusa ou Dispensa dos Tutores

Tendo como sedimento de análise as ponderações vertidas até o presente momento, verifica-se que o Código Civil, em seu artigo 1.735, cuidou das pessoas incapazes de exercerem a tutela, em decorrência da inaptidão ou ilegitimidade. O artigo 1.736 do Estatuto de 2002, por seu turno, tratou de enumerar as pessoas habilitadas que poderão se escusar do exercício do encargo. Registrar se faz necessário que a incapacidade para o exercício da tutoria tem o condão de retirar de determinadas pessoas a aptidão e a legitimidade para o encargo tutelar, *“enquanto a escusa cuida tão-somente da faculdade de algumas pessoas quer seriam obrigadas a servirem como tutoras, as quais poderão, no entanto, ficar desobrigadas desse mister”*³², para tanto, poderá lançar mão de uma das hipóteses cunhadas no artigo 1.736.

Impende destacar que o rol contido no dispositivo mencionado acima é meramente exemplificativo, podendo o nomeado para o exercício do encargo utilizar de outras justificativas que alicercem a escusa, que serão apreciadas livremente pelo magistrado. Com efeito, o Juízo deverá considerar, ao estabelecer o encargo, a presença de empatia, afetividade e disposição para a

³¹ DINIZ, 2012, p. 688.

³² MADALENO, 2008, p. 834.

assunção do múnus, porquanto não é crível que a autoridade judicial ordene uma tutela contra a vontade da pessoa que a exercerá. Deste modo, a escusa poderá afastar, por meio de decisão judicial, o exercício da tutela.

4.1 Mulher Casada

O Código Civil, no inciso I do artigo 1.736, começa dispensando da tutela a mulher casada, em razão daquela possuir inúmeros afazeres domésticos e profissionais, escusas estas que refletem à visão arcaica e anacrônica que vigorava durante o Código de 1916. Com efeito, tal matéria não encontra assento em uma órbita em que a isonomia dos gêneros restou consagrada pela Constituição Federal de 1988. Segundo leciona a doutrinadora Maria Helena Diniz, a escusa consagrada no inciso supra decorre da *“redução de seu tempo disponível ante seus inúmeros afazeres profissionais e domésticos; porém, como hoje vivem em concorrência com os homens, não deveriam ter esse privilégio”*³³.

Além disso, há que se assinalar que a mulher não está impedida de aceitar a tutela, mas apenas possui a faculdade de não aceitá-la, sem que tenha que apresentar justificativa, sendo considerado como suficiente a apresentação da prova de casamento. De igual modo, a escusa também é estendida a mulher que vive em união estável, sendo premente a comprovação da existência do relacionamento, o qual, em razão da Carta de Outubro, passou a afigurar como típica entidade familiar.

Nessa esteira, cumpre celebrar que a escusa entalhada no inciso em apreço tinha assento em uma órbita em que a mulher mantinha dependência social e financeira do esposo, não gozando de autonomia de decisão, estando, por conseguinte, sujeita à mercê de prévia aprovação do cônjuge, o qual se afigurava como chefe da sociedade patriarcal. *“Contudo, a evasiva das mulheres casadas está desconectada da política social e jurídica da integral igualdade de direitos e deveres entre o homem e a mulher”*³⁴.

4.2 Maiores de Sessenta Anos

Outrossim, aquele que atinge sessenta anos de idade poderá escusar-se do exercício do encargo tutelar, independentemente do sexo. Tal escusa te

³³ DINIZ, 2012, p. 688.

³⁴ MADALENO, 2008, p. 835.

como fundamento o ideário de que, nesse período da vida, o indivíduo se dedicaria tão apenas aos seus interesses pessoais, não sendo exigível de pessoas em avançada idade um esforço adicional decorrente da criação, educação e administração da vida e da pessoa de uma criança ou adolescente. Maria Helena Diniz obtempera que “*após essa idade [sessenta anos] não é de bom alvitre impor-se o ônus da tutela*”³⁵. A idade avançada, na hipótese em comento, se revela como um óbice à concessão do exercício da tutela, que reclama dedicação para a criação e educação do menor tutelado, assim como o patrimônio do qual é detentor.

O substrato edificador do inciso em comento está erigido na premissa que acima de sessenta anos, o indivíduo busca o merecido repouso por sua trajetória pessoal, familiar e profissional e, em razão de sua idade, já se mostra despido de habilidade e contraindicadas ao múnus tutelar. Como dito algures, a escusação é facultativa e “*não seria recomendável se o sexagenário demonstrasse não mais guardar qualquer disposição para o exercício da tutela, não sendo inclusive apropriado para o menor*”³⁶ colocado sob a tutela. Além disso, a autoridade judiciária deverá valorar a absoluta prioridade dos superiores interesses do tutelado. Nesta seara, para o exercício do encargo é imprescindível que sejam indicadas pessoas com menos idade e maior disposição física, psicológica e emocional.

4.3 Aqueles que tiverem sob sua autoridade mais de três filhos

O Estatuto de 1916, ao consagrar a hipótese em apreço, assinala que somente as células familiares com mais cinco filhos, situação que hoje não mais se coaduna com a atual família brasileira, que vem se reduzindo com a evolução da sociedade. O Diploma Civilista de 2002 afixou que a hipótese de escusa é daquele que tiver mais de três filhos sob sua autoridade, não sendo necessário demonstrar que são filhos próprios e tampouco é necessário provar que estejam esses três filhos sob sua guarda fática e jurídica. Ainda neste sedimento, apresenta-se como carecido apenas que os filhos se encontrem sob a sua autoridade direta e que sejam seus dependentes financeiramente.

³⁵ DINIZ, 2012, p. 688.

³⁶ MADALENO, 2008, p. 835.

Obtempera Diniz³⁷ que a dispensa deflui dos compromissos assumidos, em razão de terem mais de três filhos.

De igual modo, a redação do inciso III do artigo 1.736 do Código Civil não reclama que os filhos sejam maiores ou menores, já que não subsiste qualquer restrição atinente aos filhos menores. Ao lado disso, premente se faz pontuar que é imprescindível que sejam filhos, não podendo o indivíduo lançar mão da escusa sob o fundamento de ter sob sua guarda ou mesmo dependência netos, ainda que possa ser compreensível a mesma situação de dificuldade. *“Em verdade, sempre deverá o juiz levar em conta qualquer causa capaz de agravar o exercício do encargo, não havendo como onerar quem tenha netos sob a sua autoridade e dependência”*³⁸.

4.4 Enfermidade

Afigura-se como escusa a ser utilizada, quando o indivíduo nomeado para o exercício do múnus tutelar alguma enfermidade, está incapacitada para o encargo, não sendo possível a imposição de um encargo, quando o tutor é carecedor de cuidados especiais, sendo despicienda a avaliação das condições dessa enfermidade. Insta anotar que a escusa se assenta na comprovação da impossibilidade do exercício do encargo em decorrência do estado de saúde, sendo requerida a atenção para o doente.

4.5 Habitação Distante

Como exposto algures, tão-somente na hipótese do tutor ser dativo é que se exige que este resida no mesmo domicílio do pupilo, conforme determinação emanada no *caput* do artigo 1.732 do Código Civil, pois não haveria como exigir daquele que exerce a tutoria de forma dativa o sacrifício de cumprir seu encargo em domicílio diverso da sua residência e dos seus interesses. Vale salientar que tal *conditio* não subsiste no que se refere ao tutor legítimo e testamentário, maiormente em razão do pupilo ficar sob sua custódia tutelar de pessoa da confiança do ascendente. No mais, *“a distância física poderá acarretar falta de atenção ou de apoio, trazendo prejuízo no relacionamento e insegurança ao menor”*³⁹.

³⁷ DINIZ, 2012, p. 689.

³⁸ MADALENO, 2008, p. 836.

³⁹ DINIZ, 2012, p. 689.

4.6 Os que já exercerem tutela ou curatela

A hipótese em comento se erige na premissa que não há como exigir uma sobrecarga do múnus referente ao exercício da tutela ou da curatela daquele que já exerce as funções de tutor e curador. “*A escusa é plenamente justificada para não sobrecarregar quem já é tutor ou curador e está prestando a sua colaboração*”⁴⁰, ainda que o preexistente exercício desse encargo não impeça nova nomeação, estando condicionado ao arbítrio exclusivo da pessoa indicada apontar ou não a sua desculpa. Arrazoa Maria Helena Diniz⁴¹ que pode ser inconveniente a assunção de vários múnus, uma vez que estes reclamam bom desempenho funcional, a fim de assegurar que os tutelados e curatelados tenham um pleno desenvolvimento físico, emocional e psíquico, assim como uma satisfatória administração de seus bens.

4.7 Militares em Serviço

Impende anotar que o militar está sempre condicionado às transferências de domicílio, em decorrência do serviço que presta às Forças Armadas, o que, por óbvio, traz dificuldades ao bom exercício da função de tutor, uma vez que traz incertezas para atuar em outras regiões. Ademais, as constantes mudanças podem acarretar prejuízo ao tutela, assim como para a administração de seus bens, vez que o múnus deve ser exercido no local em que os bens do pupilo se encontram, o que ficaria rotundamente dificultado se o tutor tiver domicílio em local diverso.

Com efeito, em não possuindo o tutelado bens, infere-se que a dificuldade em comento desaparece, “*ficando apenas a nota destoante para o possível afastamento do menor para com o seus vínculos de parentesco e de amizade e suas referências pessoais*”⁴², quando estabelece domicílio em local distinto daquele em que se encontra. Nesta mira ainda a legislação restringe a tutoria aos militares que se encontram na ativa, não se estendendo a escusa aos que são inativos, vez que não mais estão sujeitos aos deslocamentos oriundos de sua atividade.

⁴⁰ MADALENO, 2008, p. 837.

⁴¹ DINIZ, 2012, p. 689.

⁴² MADALENO, 2008, p. 837.

4.8 Aos que não forem parentes do menor

Em altos alaridos, o artigo 1.737 do Estatuto de 2002 assinala que não é exigível a assunção do encargo do tutor dativo sobre pessoa com que não mantenha relação de parentesco, tanto sanguíneo como por afinidade, quando houver, no lugar, parente idôneo daquele que possa exercer o encargo tutelar. Busca a legislação valorar os laços familiares existentes, sendo preferencial que o tutelado seja colocado sob a custódia de familiar do que de pessoa estranha, mantendo, por extensão, os liames existentes. Recairá o encargo sobre terceiro, com que o tutelado não mantenha relação de parentesco, caso inexista parente idôneo para o exercício do múnus.

4.9 Prazo para Arguição da Escusa

Em harmonia com o que traz a lume a redação do artigo 1.738 do Código de 2002, deverá o nomeado apresentar o pedido de dispensa no prazo decadencial de 10 (dez) dias, após sua designação, sob pena de restar aperfeiçoada a caducidade de fazê-lo. *“O bom senso requer a concessão de prazo de dez dias para que preste após sua intimação, compromisso e faça, se o quiser, o pedido de dispensa do ofício tutelar”*⁴³.

Desta sorte, se porventura o motivo ensejador da escusa sobrevier após a aceitação da tutela, o decêndio será contado a partir da data em que houve o surgimento da causa da dispensa. *“Enquanto o juiz não admitir a justificação o tutor ou curador devem exercer o encargo, dele só sendo dispensados quando o magistrado admitir a recusa”*⁴⁴. Em não sendo admitida, como bem destaca o artigo 1.739 da Lei Substantiva Civil, o nomeado deverá exercer o múnus tutelar, enquanto não tiver provimento o recurso interposto, respondendo ele, inclusive, por perdas e danos que o menor venha a sofrer, pressupondo tal responsabilidade a desídia do tutor nomeado.

5 Garantia da Tutela

O Ordenamento Pátrio, com o escopo de assegurar a boa administração dos bens do tutelado, bem como a devolução da renda e desses bens ao término do múnus, requer que os bens do menor sejam entregues ao tutor, por meio de termo especificado da relação dos bens e de seus respectivos

⁴³ DINIZ, 2012, p. 690.

⁴⁴ MADALENO, 2008, p. 838.

valores, ainda que os genitores o tenham dispensado, após o compromisso prestado, e antes da assunção da tutela, com o escopo de acautelar os haveres que serão confiados à sua administração. “*Se o patrimônio do menor for de valor considerável, poderá o juiz condicionar o exercício da tutela à prestação de caução, seja ela real ou fidejussória*”⁴⁵.

Com efeito, em razão da revogação do Código Civil de 1916, não mais subsiste a obrigatoriedade de hipoteca legal dos bens do tutor, logo, a inscrita em consonância com o inciso IV do artigo 827 do Estatuto revogado poderá ser cancelada. Desta sorte, o exercício da tutela não mais está condicionado à prestação da caução real, que, com o advento do Código de 2002, não é mais tida como obrigatória. Salta aos olhos, portanto, que a caução só é considerada como essencial se o tutelado possuir bens ou rendimentos sujeitos à gestão do tutor; assim, se não possuir patrimônio algum, a garantia é considerada como dispensável. Como bem acinzela a parte final do parágrafo único do artigo 1.945 do Código Civil, o tutor só será dispensado de tal deve se for pessoa de reconhecida idoneidade moral e econômica

Nesse diapasão, quadra gizar que a dispensa da garantia é considerada como excepcional, sendo imperioso que o magistrado haja com cautela e robusta prudência, a fim de não colocar em risco o patrimônio do tutelado. Em ocorrendo prejuízo ao menor sob tutela, o tutor será considerado como o responsável direto pela indenização das perdas e danos e, se porventura não detiver de meios para cobrir todo o desfalque, o magistrado responderá subsidiariamente. Aliás, o artigo 1.744 do Código Civil insculpi que o magistrado será responsabilizado pessoal e diretamente, quando não nomeou tutor ou quando a nomeação não foi oportuna, devendo, deste modo, reparar o dano causado ao patrimônio do tutelado.

6 Exercício da Tutela

Como espancado até o momento, a tutela é considerada como um múnus público, consistente na proteção da criança e do adolescente que se encontram fora da incidência do poder familiar. Assim, sob certos aspectos, o tutor substitui os genitores, exercendo, por conseguinte, os direitos e deveres relacionados à pessoa e aos bens do tutelado, com as ressalvas e restrições

⁴⁵ DINIZ, 2012, p. 690.

acinzeladas no Ordenamento Jurídico Pátrio. “É o juiz verdadeiro responsável pelo efetivo exercício da tutela, porque dele o tutor necessita de autorização para a prática de vários atos consolidados no artigo 1.748 do Código Civil”⁴⁶, bem como deve o encarregado da tutela vindicar ao magistrado as providências carecidas para a correção do tutelado. Destarte, o Juízo exerce constante função de inspeção sobre a atuação do tutor, no que tange à administração dos bens do tutelado, como também pela educação, criação e cuidados direcionados para o desenvolvimento da criança ou do adolescente.

6.1 O Exercício da tutela quanto à pessoa do tutelado

Entalha a redação do artigo 1.740 do Código Civil que compete ao tutor, em relação à pessoa da criança ou do adolescente colocados sob a tutela, dirigir-lhe a educação, defendê-lo e prestar alimentos, sendo que existindo bens em nome do pupilo, os recursos serão obtidos daqueles. Na hipótese de não ter o tutelado bens ou rendas, os alimentos serão buscados entre os parentes do menor, como bem entalha a redação do artigo 1.694 do Estatuto de 2002. Por derradeiro, em verificado que o tutelado não possui parentes nem bens ou rendas, o tutor arcará diretamente com a prestação dos alimentos. Diniz, com grossos traços, se manifesta no sentido que “*apenas se o pupilo nada tiver, e na ausência de parentes seus em condições de pagar alimentos, é que o tutor deverá fornecê-los (CC, art. 1.740, I)*”⁴⁷.

Ao lado disso, o tutor está encarregado de educar a criança ou o adolescente, podendo lhe impor, inclusive, alguns castigos e proibições, comumente empregados pelos pais, a fim de corrigir travessuras e traquinagens dos filhos, como proibições de assistir televisão ou mesmo de eventuais brincadeiras, estando vetada, entretanto, a utilização do castigo físico para castigá-lo. Em ressonância a essência emanada pelo inciso II do artigo 1.741, Rolf Madaleno, em seu magistério, traz à baila, com bastante propriedade, que “*o tutor [pode] reclamar do juiz que providencie, como houver por bem, que o menor haja correção, podendo ser levado à presença do juiz para ouvir os conselhos e admoestações verbais*”⁴⁸.

⁴⁶ MADALENO, 2008, p. 839.

⁴⁷ DINIZ, 2012, p. 693.

⁴⁸ MADALENO, 2008, p. 840.

Poderá, outrossim, o magistrado ordenar que o tutelado seja acompanhado por profissionais competentes, como psicólogos, assistentes sociais e pedagogos, a fim de alcançar a melhor solução para implementar as correções necessárias no comportamento da criança ou do adolescente. Igualmente, incumbirá ao tutor cumprir todos os deveres que, hodiernamente, competem aos pais, ouvindo-se, previamente, a opinião do tutelado, se este, porventura, contar com 12 (doze) anos de idade, como bem desfralda a redação do inciso III do artigo 1.741, mormente quando os assuntos estão umbilicalmente atrelados à tomada de decisões que alcancem os interesses do adolescente colocado sob a tutela.

6.2 O Exercício da tutela quanto ao patrimônio do tutelado

O artigo 1.741 da Lei Substantiva Civil impõe ao tutor que administre os bens do tutelado sempre em proveito da criança ou do adolescente, atuando como o desvelo e a boa-fé necessários, sempre sob a inspeção do juiz. Diniz, ao lecionar acerca das atribuições do tutor, contabiliza que dentre aquelas está *“reger a pessoa do menor, velar por ele e administrar seus bens, tendo em vista o proveito de seu pupilo, cumprindo seus deveres com zelo e boa-fé, agindo com honestidade e lealdade”*⁴⁹, concedendo sempre maciça valoração ao superior interesse do tutelado. A alienação de bens, em caso de tutela, reclama que haja prévia demonstração de vantagem em relação ao tutelado, bem como avaliação e aprovação judicial, após expressa manifestação de concordância do representante do Ministério Público, com o escopo de evitar que haja qualquer simulação, obtendo-se, por conseguinte, o real preço.

Registrar se faz mister que a atuação do nomeado, enquanto administrador dos bens, se sujeita às limitações estabelecidas no Ordenamento Pátrio, devendo, imperiosamente, atuar como um bom chefe de família, com escrúpulo, correção e diligência em relação aos bens e interesses econômicos da criança ou do adolescente sob tutela, respondendo civilmente pelos prejuízos que, em decorrência de culpa ou dolo, causou ao tutelado. Neste passo, o magistrado responderá direta e pessoalmente quando não tiver nomeado o tutor para o exercício do encargo ou não o fez oportunamente e

⁴⁹ DINIZ, 2012, p. 692.

terá responsabilidade subsidiária quando não tiver exigido garantia legal do tutor nem o removeu quando se tornou suspeito⁵⁰.

6.3 A Figura do Protutor

No direito brasileiro, o tutor não é o único órgão ativo da tutela, porquanto é reconhecida a existência da figura do protutor, que se apresenta como um órgão complementar, nomeado pelo Juízo para fiscalizar os atos praticados pelo tutor, mediante gratificação módica a ser arbitrada pelo magistrado. “*O protutor deverá exercer sua função de fiscaliza os atos do tutor, com zelo e boa-fé, informando o magistrado não só sobre o bom andamento no exercício da tutela*”⁵¹, assim como dando conta dos atos decorrentes da má administração, descuido ou ainda da dilapidação dos bens do tutelado, sob pena de, como bem preceitua o §2º do artigo 1.752, responder, de maneira solidária, pelos danos causados. Consoante Rolf Madaleno⁵² destaca, o protutor é o *longa manus* do magistrado, como pessoa que goza de sua confiança e encarregada de acompanhar os passos do tutor na condução da boa administração dos bens do tutelado.

Insta salientar que o protutor deverá prestar contas, judicialmente, de sua fiscalização, dando-se, por óbvio, direito ao nomeado para atuar na tutoria ampla defesa, podendo concordar ou não com o que foi apresentado pelo protutor, competindo ao Juízo apreciar e julgar a prestação de contas apresentada. “*A nomeação do protutor (subrogê tuteur) deverá recair sobre pessoa idônea e competente para exercer o ônus de fiscalização dos atos praticados pelo tutor*”⁵³. Conforme pontua Rolf Madaleno⁵⁴, a nomeação do protutor é dativa e atende aos mesmos pressupostos de amissão, obrigatoriedade do encargo, causas de escusa e incapacidade, como também as garantias para sua nomeação.

6.4 Remuneração e Responsabilidade do Tutor

A função da tutoria é remunerada, sendo o valor pago proporcionalmente à importância dos bens administrados, sem que a Lei Substantiva Civil estabeleça o percentual a ser empregado. O Código Civil de

⁵⁰ Neste sentido: MADALENO, 2008, p. 841.

⁵¹ DINIZ, 2012, p. 691.

⁵² MADALENO, 2008, p. 846.

⁵³ DINIZ, 2012, p. 691.

⁵⁴ MADALENO, 2008, p. 847.

1916, em seu artigo 461, estabelecia a *décima*, que era a remuneração paga ao tutor não a confundindo com o reembolso pelos gastos efetuados pelo nomeado em relação ao tutelado. Inovou, entretanto, o Estatuto vigente deixando ao alvitre do Juízo estabelecer a quantia a ser paga, a título de remuneração, em decorrência do exercício do encargo tutelar. Prima anotar que o tutor tem direito ao ressarcimento por aquilo que ele legalmente despendeu no exercício de seu encargo, excetuando a hipótese do menor abandonado, em que o múnus é praticado de maneira voluntária.

Como obtempera o artigo 1.752 do Código Civil⁵⁵, o tutor responde pelos danos causados por sua culpa ou dolo ao pupilo, como também por eventuais prejuízos ao menor que serão de responsabilidade solidária do protutor e do juiz. “A obrigação de indenizar é decorrência de um ato ilícito ou de uma infração contratual e visa a recompor o patrimônio do lesado ou compensá-lo pelos danos morais sofridos”⁵⁶. Impende anotar que a responsabilidade do tutor é subjetiva, estando subordinada à regra geral encampada na redação do artigo 186 do Código Civil.

6.5 Prestação de Contas

O texto legal, traz de maneira expressa, a necessidade do tutor prestar contas acerca de sua administração sobre os bens do pupilo, no exercício de seu encargo tutelar, ainda que tenham os genitores do tutelado, em se tratando de tutor testamentário, obviamente, disposto ao contrário. Inexiste a possibilidade de isentar ou ainda restringir as contas, as quais não podem ser afastadas por antecipada dispensa dos pais do menor ou ainda por liberalidade ou discricionariedade judicial. Diniz assinala que “a prestação de contas é feita em juízo com audiência do Ministério Público, sendo que as contas deverão ser organizadas em forma mercantil ou contábil”⁵⁷, contendo, inclusive, a descrição do ativo e justificativas em relação aos passivos, sendo, entretanto, a dispensa de documentos referentes a despesas de poucas montas. Busca a norma vigente trazer transparência, lisura e preservação dos bens do tutelado, durante o exercício do múnus tutelar.

⁵⁵ BRASIL. Lei Nº. 10.406, de 10 de Janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 07 jun. 2012.

⁵⁶ MADALENO, 2008, p. 848.

⁵⁷ DINIZ, 2012, p. 697.

Cuida preponderar que a lei exige a apresentação de balanços anualmente, organizados de maneira contábil, contendo um resumo da receita e das despesas do tutelado, empregadas estas para atender as necessidades do menor e a administração de seus bens, que, após a aprovação, serão anexados aos autos do inventário. Neste sentido, ainda, de dois em dois anos, deverá o tutor prestar perante o Juízo, sendo que, em havendo impugnação por parte dos interessados, o processo seguirá o procedimento elencado no Código de Ritos Cíveis, a partir de seu artigo 914, sendo, pelo vencido, as custas processuais pagas. Doutra maneira, em não havendo impugnação, sendo julgadas e aprovadas as contas pelo magistrado, após a realização da audiência com os interessados, os saldos remanescentes deverão, pelo tutor, serem recolhidos em estabelecimentos bancários, preferencialmente, ou ainda aplicados na compra de imóveis, títulos ou obrigações, como bem espelha a redação do §1º do artigo 1.753 do Código Civil.

7 Cessação da Tutela

Cuida assinalar que a tutela, em razão de sua própria essência, é considerada como uma relação jurídica temporária, porquanto se refere a apenas menores de idade, sendo sua incapacidade cessada em razão do decurso do tempo. Neste passo, quadra realçar que o intento do instituto em comento é ofertar o imprescindível amparo àqueles que perderam seus pais, sendo alicerçada no interesse e no benefício da criança ou do adolescente, sendo o encargo cessado quando findar a condição de pupilo.

Ao lado disso, vale mencionar que a condição supramencionada encontra seu termo com a maioridade do tutelado, com a emancipação do menor ou se recair sobre ele o poder familiar, quando houver o reconhecimento paterno ou materno ou a adoção. *“Assim, na forma do art. 1.763, CC-02 (art. 442, CC-16), extingue-se a condição do tutelado tanto com a maioridade ou a emancipação do menor, bem como nos casos de reconhecimento ou adoção”*⁵⁸. Nesta toada, de bom alvitre se faz colacionar o entendimento jurisprudencial que guarda consonância com o expandido até o momento:

Ementa: 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

⁵⁸ GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2012, p. 727.

a maioria, 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. (Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul – Décima Segunda Câmara Cível/ Apelação Cível nº. 70031352966/ Relator Desembargador Umberto Guaspari Sudbrack/ Julgado em 22.09.2011) (destaquei)

No mais, há que se pontuar que as hipóteses vertidas no artigo 1.763 do Código Civil⁵⁹ não são exaustivas, sendo possível a ocorrência de outras situações que acarretam a cessação da tutela, como, por exemplo, o óbito do tutelado ou mesmo a sua ausência com presunção de falecimento. Rolf Madaleno⁶⁰, com bastante propriedade, enfatiza que a tutela também será cessada se o tutelado contrair matrimônio, desde que com prévia autorização de seu tutor. Outrossim, em havendo, por parte dos genitores, a recuperação do poder familiar, nas hipóteses em que ocorreu a suspensão ou mesmo a destituição, a tutela restará cessada.

8 Funções do Tutor

Ainda na trilha dos argumentos expendidos acima, há o cessamento das funções do tutor, como bem acinzela o artigo 1.764 do Código Civil⁶¹, quando expirar o lapso temporal para o exercício da tutela, em que era obrigado a servir, sendo estabelecido pelo Diploma Legal supramencionado o prazo de dois anos. Gize-se, ao lado do pontuado, que não há óbice para a continuação do exercício da tutela, além do biênio estatuído na Lei Substantiva Civil, desde que o tutor assim o queira e o juiz considerar conveniente a manutenção do múnus. Como bem assinala Maria Helena Diniz, ao tratar acerca do exercício da tutela, “*seu encargo é transitório, não sendo obrigado a servir por mais de 2 anos; transcorrido esse período poderá, se quiser e o juiz entender conveniente ao menor, exonerar-se ou continuar no exercício da tutela*”⁶².

⁵⁹ BRASIL. **Lei Nº. 10.406, de 10 de Janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 07 jun. 2012: “**Art. 1.763.** Cessa a condição de tutelado: **I** - com a maioria ou a emancipação do menor; **II** - ao cair o menor sob o poder familiar, no caso de reconhecimento ou adoção”.

⁶⁰ MADALENO, 2008, p. 852.

⁶¹ BRASIL. **Lei Nº. 10.406, de 10 de Janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 07 jun. 2012: “**Art. 1.764.** Cessam as funções do tutor: **I** - ao expirar o termo, em que era obrigado a servir; **II** - ao sobrevir escusa legítima; **III** - ao ser removido”.

⁶² DINIZ, 2012, p. 699.

Outrossim, considera-se cessada a tutoria quando sobrevier legítima escusa, ou seja, uma das hipóteses buriladas nos artigos 1.736 e 1.737, ambos do Estatuto de 2002. Com efeito, trata-se de causa que afeta a pessoa do tutor, impedindo-o de exercer o ofício tutelar. A terceira hipótese que acarreta o término da tutoria é a remoção do tutor, em razão de ter-se tornado incapaz ou ainda por exercer o múnus com negligência ou prevaricação, como bem assinala a redação do artigo 1.776 do Código Civil. Rolf Madaleno, em seu magistério, obtempera 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*”⁶³. Neste sentido, a fim de fortalecer o acimado, inclusive, colaciona-se o seguinte aresto:

EMENTA: 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. (Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul – Oitava Câmara Cível/ Agravo de Instrumento Nº. 70010800563/ Relatora Desembargadora Catarina Rita Krieger Martins/ Julgado em 30.07.2005) (sublinhei)

É certo que, à semelhança da destituição do poder familiar, a destituição da tutela deve ser enfrentada como medida excepcional e, principalmente, drástica. Assim, para que prospere o pleito de destituição de tutela deve restar rigorosamente comprovada a ausência de condições, por parte do tutor, para o exercício do múnus, nos termos do artigo 24 do Estatuto da Criança e do Adolescente⁶⁴, que se aplica tanto ao poder familiar quanto à tutela, por força do comando contido no artigo 38 do mencionado Diploma Legal. Será competente, para apreciação do pedido de remoção, o Juízo da Vara da Infância e Juventude, como traz à baila a Lei Nº 8.069, de 13 de julho de 1990.

⁶³ MADALENO, 2008, p. 853.

⁶⁴ BRASIL. **Lei Nº 8.069, de 13 de Julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 07 jun. 2012.

Insta frisar que o procedimento de remoção de tutor observará as disposições contidas nos artigos 1.194 a 1.198 do Código de Processo Civil⁶⁵, mediante requerimento formulado pelo representante do Ministério Público ou de quem detiver legítimo interesse. Deve-se acrescentar que será plenamente possível, nas situações revestidas de extrema gravidade, que o magistrado suspenda, de maneira liminar, o exercício das funções de tutoria. À guisa de exemplificação, pode-se coligar como situações dotadas de gravidade que ensejam à remoção do tutor a dilapidação do patrimônio do tutelado e se o maltratar, bem como se entregar a vícios incompatíveis com o exercício do múnus. Com propriedade, Maria Helena Diniz desfralda que “*o tutor destituído deverá, obviamente, prestar contas e será nomeado outro para substituí-lo, mesmo anteriormente à aprovação daquela prestação de contas*”⁶⁶.

Referências:

BRASIL. **Lei Nº. 3.071, de 1º de Janeiro de 1916.** Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 07 jun. 2012

BRASIL. **Lei Nº 5.869, de 11 de Janeiro de 1973.** Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 07 jun. 2012.

BRASIL. **Lei Nº 8.069, de 13 de Julho de 1990.** Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 07 jun. 2012.

BRASIL. **Lei Nº. 10.406, de 10 de Janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 07 jun. 2012.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito de Família.** 27ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Direito de Família: A Família em Perspectiva Constitucional.** 2ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012

⁶⁵ BRASIL. **Lei Nº 5.869, de 11 de Janeiro de 1973.** Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 07 jun. 2012.

⁶⁶ DINIZ, 2012, p. 699.

MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2008.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Disponível em: <www.tjrs.jus.br>. Acesso em: 07 jun. 2012.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Disponível em: <www.tjsp.jus.br>. Acesso em: 07 jun. 2012.

VERDAN, Tauã Lima. O Instituto do Testamento. **Jurid Publicações Eletrônicas**, Bauru, 12 mar. 2012. Disponível em: <<http://jornal.jurid.com.br/materias/doutrina-civil/instituto-testamento>>. Acesso em: 07 jun. 2012.