

2. Tutela

A. CONCEITO

A tutela é um instituto de caráter assistencial, que tem por escopo substituir o poder familiar. Protege o menor não emancipado e seus bens, se seus pais faleceram, foram declarados ausentes, suspensos ou destituídos do poder familiar² (CC, art. 1.728, I e II; Lei n. 8.069/90, arts. 36, 37, 165 a 170; Lei n. 12.010/2009, art. 1^ª, §§ 1^ª e 2^ª), dando-lhe assistência e representação na órbita jurídica, ao investir pessoa idônea nos poderes imprescindíveis para tanto. 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 mãe³, zelando pela sua criação, educação e haveres. Portanto, tutela e poder familiar são institutos que não podem coexistir; onde um incide não há lugar para o outro (RT, 402:162, 526:61, 537:65).

-
2. Silvio Rodrigues, *Direito civil; direito de família*, São Paulo, Saraiva, 1980, v. 6, p. 396; Código Civil, arts. 1.635 e 1.638; Código de Processo Civil, arts. 1.187 a 1.198; Lei n. 8.069/90, arts. 28 e 36, parágrafo único; Decreto n. 1.041/94, art. 25, II, ora revogado pelo Decreto n. 3.000/99.
3. Caio M. S. Pereira, *Instituições de direito civil*, 3. ed., Rio de Janeiro, Forense, 1979, v. 5, p. 294, e Cristiano Chaves de Faria, *Guarda e tutela no direito brasileiro*, *Ciência Jurídica*, 78:11-6; Sebastião José Roque, *Direito de família*, cit., p. 187-98; Giovane Serra Azul Guimarães, *Adoção, tutela e guarda*, São Paulo, Ed. Juarez de Oliveira, 2000; Antônio Carlos M. Coltro, *Da Tutela*, *Direito de família e o novo Código Civil* (coord. M^ª Berenice Dias e Rodrigo Cunha Pereira), 2003; M. Helena Diniz, *Coordenadas fundamentais da tutela e curatela no novo Código Civil*, *O novo Código Civil — estudos em homenagem a Miguel Reale*, São Paulo, LTr, 2003, p. 1334-46; Rodrigo da C. Pereira, *Comentários*, cit., v. 20, p. 221-384; Álvaro Villaça Azevedo, *Comentários*, cit., v. 19, p. 313-424; Silvio Luís Ferreira da Rocha, *Introdução*, cit., p. 170-2; Esther Muñoz Espada, *O regime tutelar no novo Código Civil brasileiro: aspectos comparativos com o direito espanhol*, *Revista Brasileira de Direito de Família*, 26:35 a 61.

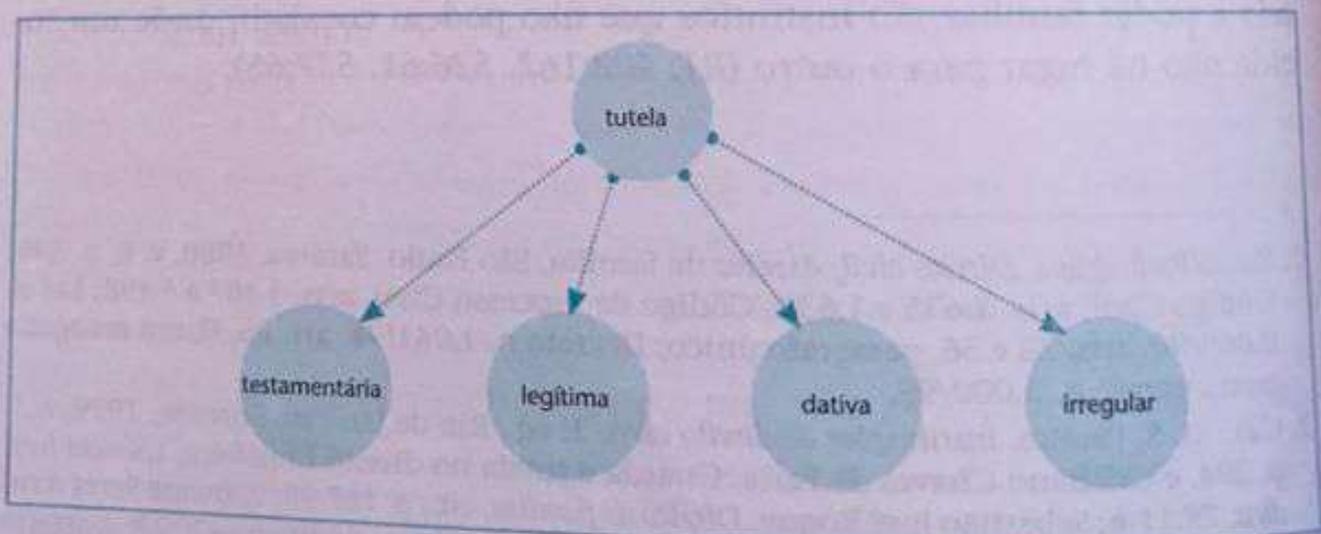
A tutela, portanto, é um complexo de direitos e obrigações conferidos pela lei a um terceiro, para que proteja a pessoa de até 18 anos incompletos (ECA, art. 36), que não se acha sob o poder familiar, e administre seus bens⁴.

O tutor, sob inspeção judicial (CC, arts. 1.741 e 1.746), deverá reger a pessoa do pupilo ou tutelado, assistindo-o ou representando-o; velar por ele, dirigindo sua educação; defendê-lo; prestar-lhe alimentos e administrar seus bens, sendo que alguns atos de administração ficarão na dependência de autorização do juiz⁵. E não poderá, sem autorização judicial, transferir a criança ou o adolescente a terceiros ou a entidades governamentais ou não governamentais (Lei n. 8.069/90, art. 30). E se o tutor entregar, mediante paga ou recompensa, pupilo a terceiro poderá ser punido com reclusão de um a quatro anos e multa (Lei n. 8.069/90, art. 238).

Logo, o tutor exerce um *munus* público, imposto pelo Estado, para atender a um interesse público, possibilitando a efetivação do dever estatal de guardar e defender órfãos⁶. E, assim sendo, ao assumir a tutela deverá prestar compromisso de bem e fielmente desempenhar o encargo (Lei n. 8.069/90, arts. 32 e 170).

B. ESPÉCIES

Quatro são as espécies de tutela: testamentária ou documental, legítima, dativa e irregular.



4. Conceito baseado no de Silvio Rodrigues, op. cit., p. 396, e Bassil Dower, *Curso renovado de direito civil*, São Paulo, Ed. Nelpa, v. 4, p. 256.
5. Orlando Gomes, *Direito de família*, 3. ed., Rio de Janeiro, Forense, 1978, p. 427.
6. Vide Bassil Dower, op. cit., p. 256; Silvio Rodrigues, op. cit., p. 396, e Orlando Gomes, op. cit., p. 427-8.

1) *Tutela testamentária* é a que se institui em virtude de nomeação pelo pai ou mãe de tutor aos menores, por ato de última vontade (testamento, codicilo) à *tutela documental*, se ambos os pais, em conjunto ou um deles, separadamente, por meio de documento autêntico (instrumento particular com firma reconhecida ou escritura pública) nomearem tutor ao filho menor, para reger sua pessoa e bens em caso de óbito ou incapacidade superveniente deles, havendo justo motivo, desde que tenham o poder familiar (CC, arts. 1.729 e parágrafo único, e 1.730; ECA, art. 37). Não podem fazer isso o avô paterno ou materno (CC, art. 1.729 e parágrafo único). Portanto, a nomeação de tutor somente poderá se dar por *documento autêntico* (instrumento particular ou escritura pública) assinado por ambos ou por um dos pais, desde que não deixe dúvidas quanto à identidade dos signatários ou do genitor, que o subcreveu e à *intentio* de indicar a pessoa que exercerá o *munus* público ou por *testamento* ou *codicilo*, que, por ser ato personalíssimo, deve ser efetuado pelo pai ou pela mãe, em separado. O tutor nomeado por testamento ou qualquer documento autêntico, conforme previsto no parágrafo único do art. 1.729, deverá, no prazo de 30 (trinta) dias após a abertura da sucessão, ingressar com pedido destinado ao controle judicial do ato, observando o procedimento previsto nos arts. 165 a 170 da Lei n. 8.069/90 (ECA, art. 37, *caput*). Na apreciação do pedido, serão observados os requisitos previstos nos arts. 28 e 29 da Lei n. 8.069/90, somente sendo deferida a tutela à pessoa indicada na disposição de última vontade, se restar comprovado que a medida é vantajosa ao tutelado e que não existe outra pessoa em melhores condições de assumi-la (ECA, art. 37, parágrafo único, com a redação da Lei n. 12.010/2009). Pelo Código Civil, art. 1.729, parágrafo único, o direito de nomear tutor compete aos pais em conjunto, em testamento ou em qualquer outro documento autêntico, mas entendemos que qualquer dos genitores poderá nomear tutor por ato *causa mortis* (ato personalíssimo e unilateral), em caso de falta (morte natural ou presumida) ou incapacidade (RT, 153:136) do outro, independentemente de confirmação ou aprovação judicial (CC, arts. 1.729, parágrafo único, e 1.730). Nula será a tutela testamentária se feita por pai, ou mãe, que não seja detentor do poder familiar ao tempo da lavratura do testamento ou da escritura; o mesmo se diga se, por ocasião de sua morte, tenha feito aquela nomeação sem estar no exercício do poder familiar por qualquer razão (destituição ou suspensão do poder familiar; interdição por perda de capacidade). Mas, se à época da nomeação do tutor estava suspenso do poder familiar, recuperando-o antes de falecer, válida será a indicação. Inválida será, também, a nomeação de tutor se, apesar de ter sido feita no exercício do poder familiar, o genitor, ao falecer, não mais o possuisse, por estar, p. ex., sob interdição, uma vez que a lei exige que esteja investido no poder familiar ao tempo de sua morte. Não valerá, ainda, a tutela testamentária feita

por pai, se a mãe lhe sobreviver, estando capacitada para exercer o poder familiar. Isto é assim porque a eficácia da nomeação testamentária de tutor requer que ambos os pais estejam falecidos.

Observa Alexandre Guedes Alcoforado Assunção que "a exigência da conjugação de vontade de ambos os pais para a nomeação de tutor poderá acarretar, na prática, transtornos insuperáveis. Deste modo, é conveniente a flexibilização da norma" com o acréscimo de um § 2º ao art. 1.729 com a seguinte redação: "A nomeação poderá ser realizada por somente um dos pais, se o outro estiver, por qualquer motivo, impossibilitado ou se negue, sem justa causa, a fazê-lo e desde que atenda aos interesses do filho" (PL n. 699/2011). O Parecer Vicente Arruda rejeitou essa proposta, ao comentar o Projeto de Lei n. 6.960/2002 (substituído pelo PL n. 699/2011), alegando que o art. 1.729 "deve ser analisado em conjunto com o art. 1.728 e 1.730. Se o poder familiar compete ao pai e à mãe e se o filho menor, segundo o disposto no art. 1.728, só é posto em tutela com o falecimento, ausência ou em caso de decaírem os pais do poder familiar, não há necessidade da inclusão do dispositivo em questão".

Os avós não mais poderão nomear em testamento tutor do neto porque, em nosso direito, o poder familiar compete, exclusivamente, aos pais; censurável seria, portanto, a nomeação de tutor pelo avô, embora tal permissibilidade fosse coerente com o sistema, pois o avô saberia tanto quanto os pais escolher a pessoa que, na falta deles, deveria proteger o neto incapaz⁷.

Dispõe o art. 1.733, § 1º, do Código Civil que aos irmãos órfãos dar-se-á um só tutor, conservando-se, assim, a união da família, mantendo o vínculo de afetividade, dando-se-lhes a mesma educação moral, intelectual, religiosa e social e facilitando, ainda, a administração de seus bens. Há quem ache que a unicidade de tutela não pode ser absoluta, podendo o órgão judicante, atendendo ao superior interesse da criança, num dado caso *sub judice*, nomear tutores diferentes a irmãos. No caso, porém, de ser nomeado mais de um, por disposição testamentária sem indicação de preferência, entende-se que a tutela foi cometida ao primeiro e que os outros lhe hão de suceder pela ordem de nomeação, dado o caso de morte, incapacidade, escusa ou qualquer outro impedimento.

7. W. Barros Monteiro, *Curso de direito civil; direito de família*, 19. ed., São Paulo, Saraiva, 1980, p. 304; Silvio Rodrigues, *op. cit.*, p. 397; Orlando Gomes, *op. cit.*, p. 428; Pontes de Miranda, *Tratado de direito de família*, v. 3, § 117; Ruggiero e Maroi, *Istituzioni di diritto privato*, v. 1, § 69; Bassil Dower, *op. cit.*, p. 257; Caio M. S. Pereira, *op. cit.*, p. 294; Matiello, *Código*, *cit.*, p. 1131; Dimas M. de Carvalho, *Código das famílias comentado*, Belo Horizonte, Del Rey, 2010, p. 592; Mª Berenice Dias, *Manual do direito das famílias*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2007, p. 535; Paulo L. N. Lobo, *Famílias*, São Paulo, Saraiva, 2008, p. 385-6.

É preciso lembrar, ainda, que quem instituir um menor herdeiro ou legatário seu poderá nomear-lhe curador especial para os bens deixados, ainda que o beneficiário se encontre sob poder familiar ou tutela (CC, art. 1.733, § 2º). Não há aqui uma exceção à indivisibilidade de tutela, visto que tem a lei por escopo apenas atender a vontade do testador de zelar pelo interesse econômico do menor, nomeando, para isso, pessoa de sua confiança para gerir tão somente os bens recebidos por herança ou legado. Há uma excepcional concomitância entre curatela e poder familiar ou entre curatela e tutela. Os pais e o tutor continuarão tendo a responsabilidade de administrar outros bens do menor e de zelar pela sua criação e educação.

2) *Tutela legítima* é a que se dá em falta da testamentária ou da documental, ou melhor, é a deferida pela lei ouvindo-se, se possível, o menor, aos seus parentes consanguíneos, quando inexistir tutor designado, por ato de última vontade, pelos pais, na seguinte ordem estabelecida no art. 1.731, I e II, do Código Civil: *a*) os ascendentes (avós ou bisavós), preferindo-se o de grau mais próximo ao mais remoto, sem fazer distinção entre linha materna ou paterna, pois a escolha deve recair no que apresentar melhores condições para exercer o *munus* público; *b*) os irmãos (colaterais de 2º grau) ou os tios (colaterais de 3º grau), preferindo os mais próximos aos mais remotos, e, no mesmo grau, os mais velhos aos mais moços. Contudo essa ordem poderá ser alterada pelo magistrado, em benefício do menor e em atenção aos seus interesses (RT, 338:175; *Ciência Jurídica*, 49:139), sempre tendo em vista a idoneidade do tutor. P. ex.: quando não houver laços afetivos (RT, 311:336) ou quando o parente, com preferência legal, for inidôneo, sendo sua investidura inconveniente para o menor (RF, 155:237)⁸. O juiz poderá escolher o mais apto, moral e economicamente, a exercer a tutela em benefício do menor (CC, art. 1.731, II, *in fine*), mas pretende o Projeto de Lei n. 699/2011, acrescentando parágrafo único ao art. 1.731, quebrar a ordem de preferência dos incisos I e II, bem como no-

8. Lafayette, *Direito de família*, 2. ed., Rio de Janeiro, Tribuna Federal, § 146; Bassil Dower, op. cit., p. 258; Orlando Gomes, op. cit., p. 429; Caio M. S. Pereira, op. cit., p. 295; W. Barros Monteiro, op. cit., p. 305; Lei n. 8.069/90, arts. 28, §§ 1º e 2º, e 29. Sobre tutela em favor de avô: CJ, 46:78, 59:162; RJTJSP, 136:297. "A tutela legítima, supletiva da última vontade, deve ser providenciada *ex officio* pelo juiz e, assim, a representação do avô, sobre a situação irregular do neto, quando nada, valeria como ato de comunicação ao magistrado para que satisfaça o art. 409 do Código Civil [de 1916]. Nesse passo, não se tem como desenhar nulidade do processo, sob o fundamento de ilegitimidade *ad causam*. Ainda mais, porque, se a avó é tutora legítima do neto, é também parte legítima para requerer a efetivação da tutela (TJPB)" (*Ciência Jurídica*, 59:162). Vide: RJ, 182:86, 184:64; RT, 614:56, 620:154, 747:228.

mear tutor terceira pessoa. Essa forma seria, como proposto, a consideração dos interesses do menor.

3) *Tutela dativa*⁹ é a oriunda de decisão judicial, pois na falta de tutor testamentário, documental ou legítimo ou quando ele for excluído, removido ou escusado da tutela, o juiz do lugar em que o menor vivia com os pais — ou do inventário, se deixaram bens que estão sendo inventariados (RT, 150:509) — nomeia tutor ao menor, conforme prescreve o Código Civil, no seu art. 1.732, I, II e III. A nomeação judicial recairá sobre pessoa estranha, idônea, com aptidão para o desempenho do cargo pelo seu caráter, moral ilibada, probidade etc., e que resida no domicílio do menor, exigência que não se estende ao tutor testamentário e legítimo. A tutela dativa opera-se se: os pais não deixaram testamento ou documento autêntico, nomeando tutor; inexistir parente consanguíneo do menor; não houver idoneidade, ante a ausência de condições objetivas ou subjetivas dos parentes para o exercício do encargo; operar-se a exclusão, a escusa ou a remoção de tutor. Cabe a tutela dativa, mesmo quando os pais do pupilo estiverem vivos, se ambos decaíram do poder familiar, ou se a penalidade for imposta ao pai e houver impossibilidade de seu exercício pela mãe. Os menores abandonados¹⁰ ou desamparados, mesmo que não sejam órfãos, terão tutores nomeados pelo juiz ou serão recolhidos em estabelecimentos públicos destinados a esse fim. Na falta desses estabelecimentos, ficarão sob a tutela de pessoas que voluntária e gratuitamente se encarregarem da sua criação (CC, art. 1.734; Lei n. 8.069/90, arts. 34, 90 a 94) e educação em lar substituto.

4) *Tutela irregular* é aquela na qual não há propriamente uma nomeação, na forma legal, de modo que o suposto tutor zela pelo menor e por seus bens como se estivesse legitimamente investido de ofício tutelar. Todavia, essa tutela não gera efeitos jurídicos, não passando de mera gestão de negócios, e como tal deve ser regida¹¹.

9. Planiol, Ripert e Boulanger, *Traité élémentaire de droit civil français*, Paris, 1926, v. 1, n. 1.989; Orlando Gomes, op. cit., p. 429; W. Barros Monteiro, op. cit., p. 307; Pontes de Miranda, *Tratado de direito de família*, cit., § 180; RF, 124:148.

10. Esclarece Carlos Eduardo N. Camillo (*Comentários*, cit., p. 1248) que *menor abandonado* é a pessoa com menos de 18 anos que não tem habitação certa, nem meios de subsistência, por serem seus pais falecidos, desaparecidos, desconhecidos, impossibilitados ou incapazes de cumprir suas obrigações para com seus filhos.

11. W. Barros Monteiro, op. cit., p. 307.

C. IMPEDIMENTOS PARA O EXERCÍCIO DA TUTELA

Não poderão ser tutores e serão exonerados da tutela, se a exercerem, segundo o Código Civil, art. 1.735, I a IV¹²:

1) *Os que não tiverem a livre administração de seus bens*, como os menores de 18 anos (Lei n. 8.069/90, art. 36), interditos, os que não puderem exprimir sua vontade, os pródigos e falidos.

2) *Os 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, devido a oposição de interesses.* Zeno Veloso a esse respeito pondera que "a proibição de ser nomeado tutor, se o indiciado tiver que fazer valer direitos contra o menor, não é absoluta, pois o art. 1.751 estatui que o tutor, antes de assumir a tutela, deve declarar tudo o que o menor lhe deva, e a pena para a omissão é não poder ele cobrar do pupilo a dívida, enquanto exerça a tutela, salvo provando que não conhecia o débito quando o assumiu".

3) *Os inimigos do menor* (RT, 282:408; RF, 82:686) *ou de seus pais ou que tiverem sido por estes expressamente excluídos da tutela.* Essa proibição baseia-se, como se vê, em razões de ordem moral.

4) *Os condenados por crime de furto, roubo, estelionato, falsidade, contra a família* (bigamia, simulação de casamento) *ou os costumes* ou melhor, a dignidade sexual (estupro, violação sexual mediante fraude, assédio sexual etc.), tenham ou não cumprido pena, por serem pessoas sem idoneidade moral, sendo perigoso confiar-lhes a pessoa do pupilo e a administração de seus bens. O Código Penal, no seu art. 92, II, parágrafo único, inclui, entre os efeitos da condenação, a incapacidade permanente ou temporária para o exercício da tutela.

5) *As pessoas de mau procedimento* (p. ex., viciadas em jogo de azar) *ou falhas em probidade e as culpadas de abuso em tutorias anteriores*, que, por serem inidôneas ou desonestas (vide Lei n. 8.069/90, arts. 29 e 244-B) e por terem pouco caráter, não merecem a confiança de ninguém.

6) *Os que exercerem função pública* (RF, 80:340) *incompatível com a boa administração da tutela*, como a de magistrado, promotor de justiça, escri-

12. Planiol, Ripert e Boulanger, op. cit., n. 2.052; Bassil Dower, op. cit., p. 259; W. Barros Monteiro, op. cit., p. 308-9; Carvalho Santos, *Código Civil brasileiro interpretado*, 3. ed., Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1946, p. 249, v. 6; Matiello, *Código*, cit., p. 1135; Zeno Veloso, *Código Civil comentado*, São Paulo, Atlas, 2002, v. XVII, p. 172; Lei n. 8.069/90, arts. 148, parágrafo único, b, e 164.

vão, embora tal proibição não seja absoluta, pois poderá ser levantada pelo juiz incumbido do caso, se ele entender conveniente a nomeação dessas pessoas aos interesses do menor.

A norma jurídica inclui todas essas hipóteses como causas de incapacidade para o exercício da tutela; entretanto, Orlando Gomes¹³, com muita propriedade e justeza, observa que a falta de idoneidade e as incompatibilidades pessoais não podem ser tidas como *incapacidade* no sentido jurídico, por serem, na verdade, *impedimentos* à assunção do cargo. De modo que as pessoas arroladas no art. 1.735 do Código Civil não estão legitimadas para exercer a tutela. Sobrevindo qualquer um desses obstáculos, o tutor deve ser exonerado do encargo, por serem causas proibitórias. Embora a lei fale em remoção, esta não ocorre, nesses casos, por ter a remoção caráter de sanção aplicável aos tutores que agem com culpa.

D. ESCUSA OU DISPENSA DOS TUTORES

Sendo a tutela um *munus* público¹⁴, é evidente o seu caráter obrigatório; ninguém pode dela fugir, devido à impossibilidade de recusar a nomeação e de renunciar a função¹⁵. Entretanto sua obrigatoriedade não é absoluta; há casos, taxativamente previstos em lei, que autorizam a escusa do ofício tutelar, assistindo ao tutor o direito de pedir dispensa. Aos que não faltarem as condições de nomeação e investidura, não é dado furtar-se ao exercício da tutela¹⁶.

Assim, pelo art. 1.736, I a VII, do Código Civil, podem, se o quiserem, escusar-se à tutela testamentária, legítima ou dativa:

1) *as mulheres casadas*, por sofrerem 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 (CF, art. 5º, I), por esse motivo o Projeto de Lei n. 699/2011 propõe a sua exclusão (no que foi aprovado, na análise do PL n. 6.960/2002 — substituído, hoje, pelo PL n. 699/2011 —, pelo Parecer Vicente Arruda); mas ante a especialidade da norma do art. 1.736, entretanto, poderão ser dispensadas;

2) *os maiores de 60 anos*, pois após essa idade não é de bom alvitre impor-se o ônus da tutoria;

13. Orlando Gomes, op. cit., p. 433.

14. Lafayette, op. cit., § 144.

15. Orlando Gomes, op. cit., p. 430.

16. Caio M. S. Pereira, op. cit., p. 297; Matiello, *Código*, cit., p. 1136-7.

3) os que tiverem em seu poder mais de 3 filhos, qualquer que seja a natureza da filiação, visto já terem muitos compromissos assumidos. Mas há quem ache que tal dispensa somente será permitida a quem tiver três filhos menores, excluindo-se desse rol os maiores e os emancipados;

4) os impossibilitados por enfermidade comprovada, p. ex., por atestado médico;

5) os que habitarem longe do lugar onde se deve exercer a tutela, pois a distância física poderá acarretar falta de atenção ou de apoio, trazendo prejuízos no relacionamento e insegurança ao menor; e, além disso, pelo art. 76, parágrafo único, 1ª parte, do Código Civil, o tutelado (absolutamente incapaz) deverá ter por domicílio o do seu tutor (representante legal);

6) os que já estiverem no exercício de tutela ou curatela, por ser inconveniente assumir vários *munus* públicos, que exigem bom desempenho funcional, para o pleno desenvolvimento físico, psíquico e emocional do menor e para uma satisfatória administração de seus bens;

7) os militares em serviço, visto que a carreira os obriga a mudar constantemente de domicílio, impedindo-os de residir no lugar do exercício da tutela, e, além disso, há, ainda, a possibilidade de sua convocação para campanha ou guerra.

E, ainda, pelo art. 1.737 do Código Civil, *quem não for parente do menor poderá recusar a tutela, se houver, no lugar, parente idôneo, consanguíneo ou afim, em condições de exercê-la*, tendo-se em vista o espírito de solidariedade familiar, embora Clóvis¹⁷ considere injusta a inclusão dos afins, pois não têm direito de reclamar alimentos, nem estão arrolados na ordem de vocação hereditária. Consagrada está a tutela prioritária para parente, como diz Álvaro Villaça Azevedo.

O pedido de dispensa deverá ser feito no prazo decadencial de 10 dias (CC, art. 1.738) após a designação do nomeado, sob pena de caducidade, entendendo-se que renunciou ao direito de alegá-la. Contudo, parece-nos, seguindo posicionamento de Álvaro Villaça Azevedo, que o critério mais razoável era o do direito anterior e o do direito processual, que contavam tal prazo da intimação, porque poderá a pessoa ser designada para a tutela, sem que tenha ciência do fato e o prazo para escusa já estaria correndo. Como admitir fluência daquele lapso temporal sem a intimação daquele que deve, dentro dele, exercer, sob pena de decadência, o direito de pedir a dispensa da tu-

17. Clóvis Beviláqua, *Código Civil comentado*, 10. ed., São Paulo, Francisco Alves, 1954, p. 409, v. 2; Álvaro Villaça Azevedo, *Comentários ao Código Civil*, São Paulo, Saraiva, 2003, v. 19, p. 349.

tela? 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. Se o motivo escusatório ocorrer depois da aceitação da tutela, contar-se-á tal prazo a partir do dia em que surgiu a causa da dispensa.

Feito o pedido escusatório, com a devida fundamentação, o juiz decidirá o pedido de recusa, de plano. Se, ante as provas apresentadas, o acolher, nomear-se-á outro tutor. Se não a admitir, o escusante poderá recorrer da decisão judicial. Todavia, enquanto o recurso interposto, que não tem efeito suspensivo, não tiver provimento, exercerá o ofício tutelar o nomeado, enquanto não for dispensado por sentença transitada em julgado (CPC, art. 1.193). O art. 1.739 do Código Civil reza: "Se o juiz não admitir a escusa, exercerá o nomeado a tutela, enquanto o recurso interposto não tiver provimento, e responderá desde logo pelas perdas e danos que o menor venha a sofrer"¹⁸ por culpa sua.

E. GARANTIA DA TUTELA

A lei, com o intuito de assegurar a boa administração dos bens do menor sob tutela e a devolução da renda e desses bens ao término do ofício tutelar (CC, art. 1.745, e CPC, art. 1.188) requer que os bens do menor sejam entregues ao tutor, mediante termo especificado deles e de seus valores, mesmo que os pais o tenham dispensado, após o compromisso prestado, e antes de assumir a tutela, para acautelar os haveres que serão confiados a sua administração. Se o patrimônio do menor for de valor considerável, poderá o juiz condicionar o exercício da tutela à prestação de caução bastante, seja ela real ou fidejussória (CC, art. 1.745, parágrafo único; CPC, arts. 1.188 e s.). Como não há mais obrigatoriedade de hipoteca legal dos bens do tutor, a inscrita em conformidade com o inciso IV do art. 827 do Código Civil de 1916 poderá ser cancelada (CC, art. 2.040). Com tal cancelamento, o exercício da tutela não mais ficará condicionado à prestação daquela caução real, que hoje não é mais obrigatória por força do art. 1.489, I a IV, do novo Código Civil.

Claro está que a caução só é essencial se o tutelado tiver bens, ou rendimentos, sujeitos à gestão do tutor; se não tiver patrimônio algum, dispensável será essa garantia¹⁹. O tutor só será dispensado desse dever se for de reconhecida idoneidade (CC, art. 1.745, parágrafo único, *in fine*; CPC, art. 1.190) moral e econômica. A dispensa dessa garantia deverá ser excepcional, devendo o magistrado agir com cautela e prudência objetiva, para não colocar em

18. Vide W. Barros Monteiro, *op. cit.*, p. 310.

19. W. Barros Monteiro, *op. cit.*, p. 310-1; Lafayette Rodrigues Pereira, *op. cit.*, § 187; Lei n. 8.069/90, art. 201, IV, e CPC, arts. 205 e s. Consulte: *RT*, 614:56.

risco o patrimônio do menor, e, além disso, como logo mais veremos, pelo art. 1.744 terá responsabilidade subsidiária pelos danos morais e/ou patrimoniais causados ao tutelado se não tiver exigido, quando necessária, a garantia legal do tutor. E pelo Código de Processo Civil, art. 1.191, a nomeação ficará sem efeito se o tutor de modo algum puder garantir sua gestão.

Havendo prejuízo causado ao menor sob tutela (CC, art. 1.752, 1ª parte), o tutor será o responsável direto pela indenização das perdas e danos, e se porventura não puder cobrir todo o desfalque, o magistrado responderá subsidiariamente. Deveras, como providência complementar, o Código Civil, art. 1.744, prescreve não só a *responsabilidade subsidiária do juiz* pelos prejuízos que o menor vier a sofrer, por não ter exigido do tutor a garantia legal ou por não o ter removido, tanto que se tornou suspeito, mas também impõe a *responsabilidade pessoal e direta do magistrado* quando não nomeou tutor ou quando a nomeação não foi oportuna²⁰, devendo, então, reparar o dano.

F. EXERCÍCIO DA TUTELA

O *tutor* não é, no direito brasileiro, o único órgão ativo da tutela, uma vez que se reconhece a figura do *protutor* (CC, arts. 1.742 e 1.752, § 1º), que constitui um órgão complementar, nomeado pelo magistrado para fiscalização dos atos do tutor, mediante gratificação módica arbitrada judicialmente (CC, art. 1.752, § 1º). O *protutor* deverá exercer sua função de fiscalizar os atos do tutor, com zelo e boa-fé, informando o magistrado não só sobre o bom andamento no exercício da tutela, como também da ocorrência de atos de má administração, de descuido ou malversação dos bens do tutelado, sob pena de responder solidariamente pelos danos causados (CC, art. 1.752, § 2º). O *protutor* deverá, portanto, prestar contas, judicialmente, de sua fiscalização, dando-se, é claro, ao tutor o direito de ampla defesa, podendo concordar ou não com o alegado a respeito de sua administração. Competirá ao órgão julgante apreciar e julgar aquela prestação de contas. A nomeação de *protutor* (*subrogé tuteur*) deverá recair sobre pessoa idônea e competente para exercer o ônus de fiscalização dos atos praticados pelo tutor. O tutor pode ser substituído durante a tutela, por motivo de dispensa, remoção ou morte, sem que esta sofra solução de continuidade, daí ser órgão permanente²¹.

20. Consulte Silvio Rodrigues, op. cit., p. 401; W. Barros Monteiro, op. cit., p. 311; Bassil Dower, op. cit., p. 260-1; Caio M. S. Pereira, op. cit., p. 301-2; Orlando Gomes, op. cit., p. 439.

21. Orlando Gomes, op. cit., p. 430-1; Pugliatti, Tutela e curatela, in *Nuovo digesto italiano*; Carlos E. N. Camillo, *Comentários*, cit., p. 1253. A figura do *protutor*, inspirada na legislação francesa, perante a lei brasileira seria desnecessária, visto que o Ministério Público tem a tarefa funcional de fiscalização dos atos do tutor.