

DIREITO DE FAMÍLIA

ARNOLDO WALD
PRISCILA M. P. CORRÊA DA FONSECA

21^a EDIÇÃO

2025

Capítulo XVIII

PODER FAMILIAR, TUTELA E CURATELA

1. Poder familiar: conceito. 2. Conteúdo do poder familiar. 3. Suspensão e destituição do poder familiar: 3.1 Suspensão do poder familiar – 3.2 Destituição do poder familiar. 4. Extinção do poder familiar. 5. Tutela: 5.1 Formas de tutela – 5.2 Nomeação e escusa de tutor. 6. Exercício da tutela. Prestação de contas. Cessação. 7. Curatela: 7.1 Pessoas sujeitas à curatela – 7.2 Legitimidade para a promoção da interdição – 7.3 O processo de interdição – 7.4 Os que podem exercer a curadoria – 7.5 O levantamento da interdição – 7.6 Outras hipóteses de curatela – 7.7 Da curadoria de ausentes. 8. Tomada de decisão apoiada. Síntese.

1. Poder familiar: conceito

O poder familiar – até recentemente denominado pátrio poder¹ – é o conjunto de direitos e obrigações conferido aos pais relativamente à pessoa e aos bens dos filhos menores de idade. Trata-se, na verdade, de um direito-dever que, por sua natureza, é irrenunciável e irrevogável. Ambos os genitores exercem o poder familiar em igualdade de condições, permitindo-se, no entanto, que, diante da falta ou impedimento de um deles, seja a autoridade parental pelo outro unilateralmente desempenhada.

O poder familiar compete ao pai e à mãe, pouco importando o estado civil dos genitores.² Apenas na hipótese de o pai biológico não ter reconhecido o filho é que caberá à mãe o exercício isolado do poder familiar.

2. Conteúdo do poder familiar

O conteúdo do poder familiar compreende duas categorias de direitos-deveres: a primeira diz respeito à pessoa dos filhos; a segunda refere-se à administração dos bens dos filhos.

1. A expressão foi abandonada devido a uma suposta conotação machista.

2. Art. 1.632 do CC: “A separação judicial, o divórcio e a dissolução da união estável não alteram as relações entre pais e filhos senão quanto ao direito, que aos primeiros cabe, de terem em sua companhia os segundos”.

Assim, relativamente à pessoa dos filhos, compete aos pais:³

I – Dirigir-lhes a criação e educação. É este, sem dúvida, o principal dever dos pais em relação aos filhos. Cumpre aos genitores zelar pela formação física, moral e intelectual dos filhos, de modo a torná-los úteis à sociedade, provendo-lhes os meios necessários para a respectiva subsistência e formação educacional. Aliás, a CF, em seu art. 229, estabelece expressamente que “os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade”. O ECA, por seu turno, estatui, nesse sentido, em seu art. 55 que “os pais ou responsável têm a obrigação de matricular seus filhos ou pupilos na rede regular de ensino”. A infração ao dever de criar e educar os filhos acarreta sanções de duas naturezas: civil e penal. Do ponto de vista civil, o descumprimento desse dever enseja a perda do poder familiar (art. 1.638, II, do CC). No âmbito criminal, os genitores que descurem da obrigação de criar e educar os filhos podem vir a ser apenados por abandono material e intelectual de menores (arts. 244 e 246 do CP).⁴

*II – Tê-los em sua companhia e guarda.*⁵ A criação e a educação dos filhos tornar-se-ia tarefa impossível aos pais se não estivessem eles sob sua vigilância. Daí por que estatui a lei que os genitores deverão ter os filhos em sua companhia e guarda.

3. Art. 1.634 do CC. A Lei 13.058, de 22.12.2014, alterou esse elenco, alargando-o de modo a contemplar outras prerrogativas aos titulares do poder familiar. O art. 1.634 passou a ter a seguinte redação: “Art. 1.634. Compete a ambos os pais, qualquer que seja a sua situação conjugal, o pleno exercício do poder familiar, que consiste em, quanto aos filhos: I – dirigir-lhes a criação e a educação; II – exercer a guarda unilateral ou compartilhada nos termos do art. 1.584; III – conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem; IV – conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para viajarem ao exterior; V – conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para mudarem sua residência permanente para outro Município; VI – nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobreviver, ou o sobrevivente não puder exercer o poder familiar; VII – representá-los judicial e extrajudicialmente até os 16 (dezesesseis) anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento; VIII – reclamá-los de quem ilegalmente os detenha; IX – exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição”.

4. CP:

“Art. 244. Deixar, sem justa causa, de prover a subsistência do cônjuge, ou de filho menor de 18 (dezoito) anos ou inapto para o trabalho, ou de ascendente inválido ou maior de 60 (sessenta) anos, não lhes proporcionando os recursos necessários ou faltando ao pagamento de pensão alimentícia judicialmente acordada, fixada ou majorada; deixar, sem justa causa, de socorrer descendente ou ascendente, gravemente enfermo:

“Pena – detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa, de uma a 10 (dez) vezes o maior salário-mínimo vigente no País.

“Parágrafo único. Nas mesmas penas incide quem, sendo solvente, frustra ou ilide, de qualquer modo, inclusive por abandono injustificado de emprego ou função, o pagamento de pensão alimentícia judicialmente acordada, fixada ou majorada.”

“Art. 246. Deixar, sem justa causa, de prover à instrução primária de filho em idade escolar:

“Pena – detenção, de 15 (quinze) dias a 1 (um) mês, ou multa.”

5. O Projeto de Lei 117/2013 alterou o inciso II do art. 1.634 do CC, conferindo a este a seguinte redação: “exercer a guarda unilateral ou compartilhada nos termos do art. 1.584”.

Diante da separação de fato ou do divórcio dos genitores, ou mesmo quando não coabitarem estes sob o mesmo teto, aquele que não residir na companhia do filho nem por isso ficará privado do poder familiar.

Nesses casos, e não sendo hipótese da chamada *guarda alternada* – na qual os genitores dividem entre si os períodos de convivência com os filhos –, o genitor com o qual não residam os filhos terá o direito de supervisionar sua criação e educação (art. 1.583, § 3º, do CC), assim como o de fiscalizar sua manutenção e educação (art. 1.589 do CC).

Observe-se que nem mesmo quando se verifica a suspensão ou a extinção do poder familiar os genitores apenados se desobrigam do dever de sustentar os filhos.

III – Conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem. Esse direito-dever não é absoluto, na medida em que a falta de consentimento para o casamento dos filhos menores pode, quando injustificada, vir a ser suprida pelo juiz.

IV – Nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobreviver, ou o sobrevivente não puder exercer o poder familiar. A possibilidade de nomeação do tutor somente se justificará se o outro genitor já se encontrar falecido ou se, devido a uma eventual incapacidade, não puder exercer o poder familiar.

A Lei 13.058, de 22.12.2014, alterou a redação do art. 1.634, IV, do CC, para acertadamente fazer dele constar que os titulares do poder familiar têm o direito de “nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobreviver, ou o sobrevivente não puder exercer o poder familiar” (inciso VI).

VII – Representá-los judicial e extrajudicialmente até os 16 anos nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento. O intuito da norma é evidente: evitar que os filhos, menores e inexperientes, possam praticar atos que acabem por se revelar nocivos e prejudiciais aos seus interesses.

Desse modo, se os filhos forem menores de 16 anos cabe aos pais representá-los em todos os atos da vida civil; entre 16 e 18 anos serão eles simplesmente assistidos pelos genitores.

VI – Reclamá-los de quem ilegalmente os detenha. O direito de reclamar o filho deverá ser deduzido em juízo, por meio de ação de busca e apreensão, a qual, a critério do magistrado, poderá comportar a concessão de medida liminar.

VII – Exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição. Para que os genitores possam condignamente educar os filhos, devem estes respeitá-los e obedecê-los. A infração a essas obrigações faculta aos pais a imposição de castigos moderados, mas jamais físicos.⁶

6. A Lei 13.010, de 26.1.2014, conhecida como “Lei da Palmada”, em seu art. 1º, ao modificar o art. 18-A do ECA, estatui que: “A criança e o adolescente têm o direito de ser educados e cuidados sem o uso de castigo físico ou de tratamento cruel ou degradante, como formas de correção, disciplina, educação ou qualquer outro pretexto, pelos pais, pelos integrantes da família

Podem ainda os pais exigir dos filhos que lhes prestem serviços próprios à sua idade e condição, sendo certo que esse trabalho pode ser feito fora de casa, desde que o menor tenha mais de 16 anos (art. 403 da CLT),⁷ sendo-lhes vedado o trabalho noturno (art. 404 da CLT).⁸

Muito embora nas famílias economicamente menos favorecidas seja usual o trabalho realizado por menores de idade, deles não podem os pais reclamar trabalhos que se mostrem excedentes às suas forças físicas, nem mesmo aqueles que lhes prejudiquem o direito de estudar. A submissão dos filhos a serviços que se revelem impróprios à respectiva idade denota-se infringente ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF), podendo caracterizar abuso (art. 227, § 4º, da CF).

Os pais são ainda responsáveis pelos atos praticados pelos filhos menores, sendo que, perante terceiros, essa responsabilidade é de natureza objetiva (art. 932, I, do CC).

A Lei 13.058, de 22.12.2014, ainda acresceu ao rol de direitos e deveres inerentes ao poder familiar o direito de os pais, relativamente aos filhos, “conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para viajarem ao exterior”. Muito embora tal direito não estivesse previsto no art. 1.634 do CC, o art. 84 do ECA já disciplinava a matéria.⁹

Assim, com a edição da Lei 13.058, de 22.12.2014, passou a ser direito do titular do poder familiar, relativamente aos filhos, o de “conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para mudarem sua residência permanente para outro Município” (inciso V do art. 1.634 do CC).

Se o menor pretender passar a residir em outra cidade deverá obter prévia autorização de seus genitores. Quando estes já se encontrarem separados ou divorciados a mudança de residência do menor, ainda que em companhia do titular da guarda, dependerá sempre da anuência do genitor destituído da custódia.

No que diz respeito aos direitos patrimoniais, os pais têm o direito-dever de administrar os bens dos filhos. Têm eles também, sob esse aspecto, o usufruto dos bens pertencentes à prole. O direito à administração e ao usufruto legal dos bens dos filhos representa, sem dúvida, uma contrapartida às despesas havidas com a criação e educação dos filhos.

ampliada, pelos responsáveis, pelos agentes públicos executores de medidas socioeducativas ou por qualquer pessoa encarregada de cuidar deles, tratá-los, educá-los ou protegê-los”.

7. “Art. 403. É proibido qualquer trabalho a menores de dezesseis anos de idade, salvo na condição de aprendiz, a partir dos quatorze anos. Parágrafo único. O trabalho do menor não poderá ser realizado em locais prejudiciais à sua formação, ao seu desenvolvimento físico, psíquico, moral e social e em horários e locais que não permitam a frequência à escola.”

8. CLT: “Art. 404. Ao menor de 18 (dezoito) anos é vedado o trabalho noturno, considerado este o que for executado no período compreendido entre as 22 (vinte e duas) e as 5 (cinco) horas”.

9. ECA: “Art. 84. Quando se tratar de viagem ao exterior, a autorização é dispensável, se a criança ou adolescente: I – estiver acompanhado de ambos os pais ou responsável; II – viajar na companhia de um dos pais, autorizado expressamente pelo outro através de documento com firma reconhecida”.

As questões relativas a essa administração devem ser decididas de comum acordo pelos genitores, os quais, em caso de divergência, poderão recorrer ao Poder Judiciário para a solução da controvérsia (art. 1.690 do CC).

Os genitores têm apenas a administração ordinária dos bens dos filhos, ou seja, poderão praticar todos os atos necessários à conservação desses bens, podendo receber as respectivas rendas, alienar os bens móveis, pagar impostos, promover todas as medidas judiciais necessárias etc. Mas, caso pretendam lograr a alienação ou, mesmo, a imposição de ônus real sobre os bens dos filhos, deverão requerer para esse fim a necessária autorização judicial (art. 1.691 do CC). Eventual infração à norma estatuída no art. 1.691 poderá gerar a nulidade do ato, mediante requerimento judicial dos filhos (tão logo verificada a maioridade), dos herdeiros destes (se falecidos) ou mesmo de seus representantes legais (se durante a minoridade cessar o poder familiar).

Os pais não são obrigados a prestar contas do usufruto dos bens pertencentes aos filhos, uma vez que a lei a eles atribui a administração sobre esses mesmos bens. Por igual, não são obrigados a oferecer qualquer modalidade de garantia para que possam livremente gerir o patrimônio da prole. Excluem-se, todavia, do usufruto e da administração dos genitores (art. 1.693 do CC):

I – Os bens adquiridos pelo filho havido fora do casamento, antes do reconhecimento. Assim dispõe a lei para evitar que o reconhecimento por parte do genitor tenha por objetivo apenas o de se apropriar do usufruto dos bens do filho.

II – Os valores auferidos pelo filho maior de 16 anos, no exercício de atividade profissional, e os bens com tais recursos adquiridos. Trata-se de regra de pouca utilidade prática, na medida em que a menoridade cessa com 18 anos e com ela se extingue o poder familiar.

III – Os bens deixados ou doados ao filho, sob a condição de não serem usufruídos, ou administrados, pelos pais. São frequentes em testamentos e contratos de doação disposições que excluem os bens deixados ou doados aos filhos da administração de um dos genitores. Isso se dá normalmente em razão da desconfiança que recai sobre a pessoa do genitor que se pretende ver excluído do usufruto legal, acerca de sua capacidade ou idoneidade para o exercício de tal prerrogativa.

IV – Os bens que aos filhos couberem na herança, quando os pais forem excluídos da sucessão. Ora, se os pais são excluídos da sucessão, é evidente que não poderão eles ter direito ao usufruto dos bens dos filhos, sob pena de, por via indireta, desfrutarem dos bens de que foram judicialmente privados.

Em todas essas hipóteses o juiz deverá nomear um curador especial para administrar os bens cuja gestão foi retirada do genitor. Também deverá ser nomeado um curador especial para essa mesma finalidade sempre que os interesses dos menores colidirem com os daqueles que lhes gerem os bens.

3. Suspensão e destituição do poder familiar

O não cumprimento das obrigações inerentes ao poder familiar sujeita seu titular a sanções que podem acarretar a mera suspensão de seu exercício ou, mesmo, a sua

perda. Tais sanções, no entanto, não têm por principal escopo a punição do titular do poder familiar, mas, sim, a salvaguarda dos interesses dos filhos menores. É com esse objetivo que o Estado intervém no recesso doméstico a fim de fiscalizar a observância, pelos titulares do poder familiar, do cumprimento dos deveres que se encontram adstritos a observar. Destarte, é com a finalidade de preservar incólumes os interesses dos filhos – sejam estes físicos, morais ou patrimoniais – que o legislador permitiu ao Poder Judiciário apartar os genitores do convívio dos filhos ou, mesmo, da administração de seus bens.

A suspensão representa, sem dúvida, medida sancionatória de prática menos gravosa aos interesses dos filhos do que aquela que decreta a destituição do poder familiar. Assim é que, uma vez cessada a causa que a determinou, pode ela ser revista e o poder familiar devolvido ao genitor faltoso, desde que, por evidente, os interesses dos filhos menores se encontrem protegidos. A suspensão do poder familiar pode referir-se a um único filho ou a toda a prole. Por outro lado, a suspensão pode ser total ou parcial, conforme diga respeito a apenas alguns dos direitos-deveres compreendidos pelo poder familiar ou a todos eles. Pode, assim, o genitor que malversou os bens do filho vir a ser suspenso apenas do direito de administrá-los, remanescendo intocados, nessa hipótese, os demais direitos-deveres ínsitos ao poder familiar.

A suspensão, assim como a destituição do poder familiar, não desobriga seus titulares do dever de concorrer para o sustento dos filhos menores, não os exonerando do dever de pensioná-los, já que a esta obrigação corresponde o direito inderrogável do filho menor de idade de ser alimentado.

O Código Civil arrola as causas de suspensão e extinção do poder familiar, nos arts. 1.637 e 1.638. Mas o juiz não se encontra adstrito à casuística legal, eis que a vida pode oferecer um grande número de outras circunstâncias ensejadoras, por igual, da aplicabilidade daquelas sanções.

3.1 *Suspensão do poder familiar*

Nos casos de abuso de poder familiar ou gestão ruinosa dos bens dos filhos, bem como na falta de cumprimento dos deveres paternos, o juiz pode determinar a suspensão do poder familiar, de acordo com o art. 1.637 do CC. A suspensão dar-se-á, ainda, quando o pai ou a mãe forem condenados em sentença irrecorrível em crime cuja pena exceda a dois anos de prisão (art. 1.637, parágrafo único).

3.2 *Destituição do poder familiar*

Perderá por ato judicial o poder familiar o pai ou a mãe que:

I – Castigar imoderadamente o filho. A possibilidade de os pais castigarem moderada ou imoderadamente os filhos constitui prática repudiada pela Constituição (art.

227)¹⁰ e pelo Código Penal (art. 136)¹¹ e atualmente de modo expresso repelida pela Lei 13.010, de 26.6.2014, que, em seu art. 1º, ao modificar o art. 18-A do ECA, estatui que: “A criança e o adolescente têm o direito de ser educados e cuidados sem o uso de castigo físico ou de tratamento cruel ou degradante, como formas de correção, disciplina, educação ou qualquer outro pretexto, pelos pais, pelos integrantes da família ampliada, pelos responsáveis, pelos agentes públicos executores de medidas socioeducativas ou por qualquer pessoa encarregada de cuidar deles, tratá-los, educá-los ou protegê-los”. De todo modo, há outras modalidades de punição que podem ser infligidas aos filhos que, embora não atinjam fisicamente os menores, podem revelar-se também desarrazoadas (por exemplo: trancar um menor em um determinado cômodo, sem comida e água, por um tempo excessivo em relação a tais necessidades).

II – Deixar o filho em abandono. Relegar o filho à própria sorte, deixando-o sem assistência moral, educacional e material, enseja a destituição do poder familiar. Nos casos em que os genitores não disponham de recursos financeiros para suprir as necessidades dos filhos nem por isso deverão ser destituídos do poder familiar.¹² O que efetivamente determina a destituição do poder familiar é o desinteresse, o desprezo e o descuido intencional pela criação e educação do filho.

III – Praticar atos contra a moral e os bons costumes. São as práticas ilícitas levadas a efeito pelo titular do poder familiar que conduzem à sua perda por decisão judicial.

Tais atos não são apenas aqueles cometidos contra a pessoa dos filhos, mas também aqueles praticados contra terceiros que podem colocar em risco a educação e a moralidade dos filhos menores. Anote-se que o crime doloso cometido contra o filho, punido com pena de reclusão, acarreta, como efeito da condenação, “a incapacidade para o exercício do pátrio poder” (art. 92, II, do CP).

10. Art. 227 da CF: “É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão”.

11. Art. 136 do CP:

“Expor a perigo a vida ou a saúde de pessoa sob sua autoridade, guarda ou vigilância, para fim de educação, ensino, tratamento ou custódia, quer privando-a de alimentação ou cuidados indispensáveis, quer sujeitando-a a trabalho excessivo ou inadequado, quer abusando de meios de correção ou disciplina:

“Pena – detenção de 2 (dois) meses a 1 (um) ano, ou multa.”

12. ECA, art. 23:

“A falta ou a carência de recursos materiais não constitui motivo suficiente para a perda ou a suspensão do poder familiar.

“Parágrafo único. Não existindo outro motivo que por si só autorize a decretação da medida, a criança ou adolescente será mantida em sua família de origem, a qual deverá obrigatoriamente ser incluída em programas oficiais de auxílio.”

IV – Incidir, reiteradamente, nas faltas anteriormente mencionadas. A infração repetida aos deveres inerentes ao poder familiar afronta, sem dúvida, os interesses e direitos dos filhos menores, e essa prática repetitiva deve merecer, por isso, a correspondente sanção. Não obstante a gravidade das causas ensejadoras da destituição do poder familiar, poderá o juiz, em determinados casos e em consideração aos fortes vínculos afetivos existentes entre o genitor e sua prole, optar pela pena mais branda, qual seja, a de mera suspensão do poder familiar.¹³

4. Extinção do poder familiar

O exercício do poder familiar encontra seu termo final nas hipóteses previstas no art. 1.635 do CC:

I – Pela morte dos pais ou do filho. O falecimento de apenas um dos pais não enseja a extinção do poder familiar, eis que subsiste ele em relação ao genitor sobrevivente.

II – Pela emancipação. Cessa para os menores a incapacidade: I – pela concessão dos pais, ou de um deles na falta do outro, mediante instrumento público, independentemente de homologação judicial ou por sentença do juiz, ouvido o tutor, se o menor tiver 16 (dezesesseis) anos completos; II – pelo casamento; III – pelo exercício de emprego público efetivo; IV – pela colação de grau em curso de ensino superior; e V – pelo estabelecimento civil ou comercial, ou pela existência de relação de emprego, desde que, em função deles, o menor com 16 (dezesesseis) anos completos tenha economia própria” (art. 5º, parágrafo único, I a V, do CC).

Uma vez adquirida pela emancipação a capacidade plena para os atos da vida civil, nada justifica que continuem os emancipados a se sujeitar ao poder familiar.

III – Pela maioridade. O poder familiar congrega um conjunto de direitos e deveres referentes aos filhos menores. Cessada a menoridade por idade ou emancipação, finda, por igual, o poder familiar.

IV – Pela adoção. A adoção acarreta a extinção do poder familiar, na medida em que rompe definitivamente os laços de parentesco entre o adotado e a família de origem.

V – Por decisão judicial, na forma do art. 1.638 do CC. A perda do poder familiar por decisão judicial conduz à extinção deste. No entanto, há quem sustente que, uma vez cessada a causa que a determinou, pode o poder familiar vir a ser restituído ao ex-titular, desde que assim reclame o interesse do menor.

Todavia, é bem verdade que, diante da gravidade das causas que conduzem à perda do poder familiar, a respectiva convalidação afigura-se como hipótese de difícil compatibilização com os interesses dos filhos menores.

13. TJRS, 7ª Câmara Cível, ACi 700060517356, rela. Des. Sandra Brisolara Medeiros, j. 26.11.2014.

5. Tutela

A tutela e a curatela são institutos que visam a suprir as incapacidades de fato existentes, permitindo a representação ou assistência do incapaz, a administração dos seus bens e o auxílio que for necessário para sua manutenção, criação e educação.

No Direito Romano a tutela aplicava-se a casos específicos (impúberes e mulheres); a curatela, a todos os outros casos (enfermidades mentais, prodigalidade). Enquanto as incapacidades normais, oriundas de idade ou sexo, eram atendidas pela tutela, as anormais importavam nomeação de curador. No Direito Francês a tutela se exerce sobre pessoas, e a curatela, sobre coisas.

No Direito Brasileiro a tutela é sucedâneo do poder familiar, devendo ser concedida quando o menor não tem pais ou, os tendo, quando perderam eles o poder familiar. Com efeito, o art. 1.728 do CC esclarece que os filhos menores são postos em tutela se os pais falecerem, forem julgados ausentes ou decaírem do poder familiar. Em todos os outros casos o incapaz estará sob curatela. Enquanto o simples fato de um menor não estar sob o poder familiar exige a nomeação de tutor, somente por um processo de interdição é que se admite seja alguém colocado sob curatela.

5.1 Formas de tutela

Há três modalidades de tutela: a testamentária, a legítima e a dativa.

A tutela *testamentária* é disciplinada no art. 1.729, parágrafo único, do CC, consoante o qual o direito de nomear tutor compete aos pais, em conjunto. Essa nomeação pode ser feita em testamento ou documento autêntico (escritura pública, codicilo, instrumento particular, carta etc.). É certo, outrossim, que a nomeação de tutor pelos genitores somente será válida se estiverem eles no exercício do poder familiar (art. 1.730).

A tutela testamentária só prevalecerá se o menor não tiver quaisquer dos genitores vivos. Enquanto subsistir um genitor no exercício do poder familiar descabe, evidentemente, a tutela.

Outra forma de tutela é a *legítima*, a qual é deferida, na falta de tutor nomeado em testamento, aos parentes consanguíneos do menor, na seguinte ordem: ascendentes, preferindo os de grau mais próximo aos de mais remoto (art. 1.731, I); colaterais até o terceiro grau, preferindo os mais próximos aos mais remotos; e, no mesmo grau, os mais velhos aos mais moços. A escolha deverá caber ao juiz, que deverá optar pelo que se revele mais apto para exercer a tutela em benefício do menor (art. 1.731, II). Observe-se, no entanto, que essa ordem de nomeação não é rígida, podendo o magistrado, em prol do tutelado, escolher outro parente em dissonância com a preferência legal.

Nos casos de falta, exclusão ou remoção do tutor testamentário ou legítimo cabe ao juiz nomear tutor idôneo e residente no domicílio do menor. É a chamada *tutela dativa* (art. 1.732).

5.2 Nomeação e escusa de tutor

Não podem exercer a tutela: (a) *aqueles que não tiverem a livre administração dos seus bens*, pois, se não podem eles gerir o próprio patrimônio, com maior razão não poderão assim proceder em relação aos bens de terceiros; (b) *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*, em razão do manifesto conflito de interesses; (c) *os inimigos do menor, ou de seus pais, ou que tiverem sido por estes expressamente excluídos da tutela*, também em decorrência da oposição existente; (d) *os condenados por crime de furto, roubo, estelionato, falsidade, contra a família ou os costumes, tenham ou não cumprido pena*, tendo em vista a manifesta falta de idoneidade para o exercício da tutela; (e) *as pessoas de mau procedimento, ou falhas em probidade, e as culpadas de abuso em tutorias anteriores*, uma vez que carecem, evidentemente, dos atributos mínimos necessários para a assunção da condição de tutor; e (f) *aquelas que exercerem função pública incompatível com a boa administração da tutela*, como o magistrado ou o escrivão aos quais se encontra afeto o processo de tutela (art. 1.735, I a VI).

Por outro lado, podem escusar-se da tutela as mulheres casadas, os maiores de 60 anos, os que tiverem sob sua autoridade mais de três filhos, os enfermos, os militares em serviço, os que habitarem longe do lugar onde se haja de exercer a tutela e os que já exercerem a função de tutor ou curador (art. 1.735 do CC). É razoável, com efeito, admitir que possam exonerar-se da tutela aqueles que já têm sobre si o peso da idade, da saúde precária, prole numerosa, outros tutelados ou curatelados, ou mesmo aqueles que morem em localidade diversa da do tutelado ou estejam prestando serviço militar. No entanto, não se compreende a razão pela qual possa a mulher casada lograr a dispensa, o mesmo não sucedendo com o homem. Trata-se, sem dúvida, de discriminação que não encontra amparo no princípio de igualdade constitucionalmente consagrado (CF, art. 5º, I). De todo modo, enquanto prevalecer a letra da lei entender-se-á que a escusa há de se estender à mulher que viva em regime de união estável.

O tutor dativo não pode ser obrigado a aceitar tal função se houver no local parente do menor que possa exercê-la (art. 1.737 do CC).

6. Exercício da tutela. Prestação de contas. Cessação

Incumbe ao tutor, quanto à pessoa do tutelado: (a) dirigir-lhe a educação, defendê-lo e prestar-lhe alimentos (art. 1.740, I); (b) reclamar do juiz que providencie, como houver por bem, as necessárias medidas correccionais (art. 1.740, II); (c) adimplir os demais deveres que normalmente cabem aos pais, ouvida a opinião do menor, se este já contar 12 anos de idade (art. 1.740, III); e (d) administrar, sob inspeção do juiz, os bens do tutelado (art. 1.741).

Para o exercício da tutela, compete ao tutor: (a) representar o menor até os 16 anos e assisti-lo após essa idade (art. 1.747, I); (b) receber as importâncias a ele devidas, fazer-lhe as despesas necessárias, alienar e arrendar-lhe os bens (art. 1.747, II, III e IV).

Todavia, apenas com autorização do juiz poderá o tutor: (a) pagar as dívidas do menor (art. 1.748, I); (b) aceitar heranças, legados ou doações (art. 1.748, II); (c) transigir (art. 1.748, III); (d) vender os bens móveis cuja conservação não convier, e os imóveis nos casos em que for permitido (art. 1.748, IV); e (e) propor ações judiciais ou nelas assistir o menor, bem como defendê-lo nas ações contra ele movidas (art. 1.748, V). Os imóveis pertencentes ao tutelado somente poderão ser alienados quando houver manifesta vantagem, mediante prévia avaliação e autorização judiciais (art. 1.750).

Há atos cuja prática é por lei vedada ao tutor. Assim, não pode este, sob pena de nulidade: (a) adquirir, por si ou por interposta pessoa, qualquer bem pertencente ao menor (art. 1.749, I); (b) dispor, a título gratuito, dos bens do tutelado (art. 1.749, II); e (c) constituir-se cessionário de crédito ou de direito contra o menor (art. 1.749, III).

Os bens do menor serão entregues ao tutor mediante termo no qual serão especificados os respectivos valores. Dependendo do valor do patrimônio do menor, poderá o juiz exigir do tutor a prestação de caução (art. 1.745, parágrafo único).

Não podem os tutores, outrossim, conservar em seu poder dinheiro de seus tutelados além do suficiente para as despesas ordinárias com seu sustento, educação e administração de seus bens (art. 1.753 do CC). Havendo necessidade, e uma vez autorizado judicialmente, poderá o tutor alienar objetos de ouro e prata, pedras preciosas e móveis, convertendo seu produto em títulos, obrigações e letras de responsabilidade da União ou dos Estados ou em imóveis, conforme determinação judicial. O tutor não poderá retirar valores de estabelecimento bancário oficial sem autorização judicial (art. 1.754 do CC).

Para fiscalização dos atos do tutor o juiz poderá nomear um protutor (art. 1.742).

O tutor responde pelos prejuízos que, por culpa ou dolo, causar ao tutelado, mas terá direito a ser reembolsado por tudo aquilo que despender no exercício da tutela, bem como perceber remuneração proporcional à importância dos bens administrados (art. 1.752).

Os tutores são obrigados a prestar contas no fim de sua administração, mesmo se tiverem dispensa de prestá-las por decisão dos pais do tutelado (art. 1.755).

A prestação de contas realizar-se-á de dois em dois anos ou quando o tutor deixar o cargo, ou ainda quando o juiz achar conveniente, devendo ser julgada, depois de ouvidos os interessados.

Nos casos de morte, ausência ou interdição do tutor as contas serão prestadas por seus herdeiros ou representantes (art. 1.759).

A tutela cessa com a maioridade ou emancipação do menor e quando este volta a estar sob o poder familiar, em virtude de reconhecimento ou adoção, ou ainda quando cessarem as funções de tutor (expiração do prazo em que era obrigado a servir, superveniência de escusa legítima e remoção) (art. 1.764). Não obstante o tutor seja obrigado a servir por espaço de dois anos, poderá ele, se quiser e se assim o juiz julgar conveniente, prosseguir no exercício da tutela (art. 1.765).

A destituição do tutor deverá ser decretada judicialmente, em procedimento contraditório, nos casos previstos em lei ou na hipótese de descumprimento das obrigações de sustento, guarda e educação que lhe incumbem (art. 38, c/c o art. 24, da Lei 8.069/1990).

7. *Curatela*

A proteção ao incapaz maior dá-se por meio da curatela. Esta, na lição sempre presente de Beviláqua, “é o encargo público, conferido por lei, a alguém, para dirigir a pessoa e administrar os bens de maiores, que por si não possa fazê-lo”.¹⁴

7.1 *Pessoas sujeitas à curatela*

Estão sujeitos à curatela: (a) aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade (art. 1.767, I), ou seja, aqueles que não se encontram em condições de manifestar sua vontade, tais como os que sofreram acidente vascular cerebral, os que se encontram em estado de coma etc.; (b) os ébrios habituais e os viciados em tóxicos (art. 1.767, III). Para estes a curatela poderá ser mais ampla ou mais restrita, de acordo com o grau de falta de discernimento dessas pessoas; e, ainda, (c) os pródigos (art. 1.767, V), isto é, aqueles que dissipam desregradamente seu patrimônio, que promovem gastos abusivos, que possuem tendências consumistas que podem levá-los à miséria etc. Também para estes permite a lei que o juiz estabeleça limites para a curatela, de modo que o pródigo sem curador não possa “emprestar, transigir, dar quitação, alienar, hipotecar, demandar ou ser demandado, e praticar, em geral, os atos que não sejam de mera administração” (art. 1.782).

7.2 *Legitimidade para a promoção da interdição*

A interdição deve ser promovida: (a) pelo cônjuge ou companheiro (art. 747, I, do CPC); (b) pelos parentes ou tutores (art. 747, II, do CPC); (c) pelo representante da entidade em que se encontra abrigado o interditando (art. 747, III, do CPC); ou (d) pelo Ministério Público (art. 747, IV, do CPC) (art. 1.775, § 3º, do CC), sendo certo que o processo judicial deverá obedecer ao procedimento previsto nos art. 747 e ss. do CPC.

O Ministério Público somente poderá promover a interdição nos casos previstos por lei, ou seja, na hipótese de doença mental grave e nos casos de as pessoas acima descritas não existirem, não promoverem a interdição ou forem incapazes (art. 748 do CPC).

14. Clóvis Beviláqua, *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*. vol. 2, Rio de Janeiro, ed. Rio, 1975, obs. 1 ao art. 1.768: “A interdição deve ser promovida: I – pelos pais ou tutores; II – pelo cônjuge, ou por qualquer parente; III – pelo Ministério Público”.

7.3 *O processo de interdição*

Na petição inicial o requerente da curatela deverá provar sua legitimidade, especificando os fatos que revelam a incapacidade do interditando para reger sua pessoa e administrar seus bens.

O interditando será citado para, em dia designado, comparecer perante o juiz, que o entrevistará, interrogando-o sobre sua vida, seus interesses, seus eventuais negócios etc. (art. 751 do CPC). A partir daí poderá o interditando, no prazo de 15 dias, impugnar o pedido, podendo constituir advogado para tanto (art. 752 do CPC), devendo o Ministério Público intervir como fiscal da ordem jurídica. Caso o interditando não nomeie advogado, seu cônjuge, companheiro ou qualquer parente sucessível poderá intervir como assistente (art. 752, § 3º, do CPC).

Decorrido o prazo, o juiz nomeará perito para proceder à avaliação da capacidade do interditando para praticar atos da vida civil (art. 753 do CPC). O laudo pericial deverá indicar, especificadamente, se for o caso, os atos para os quais haverá necessidade de curatela (art. 73, § 2º, do CPC).

Com o laudo e produzidas as demais provas e ouvidos os interessados, o juiz promoverá o julgamento do processo.

Na hipótese de procedência do pedido de interdição, o juiz, na sentença, nomeará o curador e fixará os limites da curatela (art. 755, I, do CPC), considerando as características pessoais do interditando, observando suas potencialidades, habilidades, vontades e preferências (art. 755, II, do CPC).

A sentença que decreta a interdição, embora sujeita a recurso, produz seus efeitos desde logo (arts. 1.012, IV, do CPC) e deverá ser inscrita no Registro de Pessoas Naturais e imediatamente publicada na rede mundial de computadores (no sítio do tribunal a que estiver vinculado o juízo e na plataforma de editais do CNJ), na imprensa local e no órgão oficial, para o conhecimento de terceiros (art. 755, § 3º, do CPC).

7.4 *Os que podem exercer a curadoria*

A função de curador é exercida pelo cônjuge, quando não separado judicialmente ou de fato, ou pelo companheiro não separado de fato, pelos pais ou pelos descendentes do curatelado, e, na falta destes, por curador dativo indicado pelo juiz (art. 1.775 do CC). O juiz não está adstrito a observar a ordem de nomeação preconizada por esse artigo, podendo optar por aquele que melhor atenda à conveniência do incapaz. Na nomeação de curador para a pessoa com deficiência o juiz poderá estabelecer curatela compartilhada a mais de uma pessoa (art. 1.775-A do CC).

7.5 *O levantamento da interdição*

A interdição poderá ser levantada desde que se prove que a causa que a determinou tenha cessado. O pedido de levantamento poderá ser feito pelo próprio interditado, pelo curador ou pelo Ministério Público e será apensado aos autos da interdição. Para comprovar que não mais subsiste a causa que ensejou a interdição deverá o juiz nomear perito para proceder ao exame do interditado, competindo-lhe, após a apresentação do laudo, designar audiência de instrução e julgamento. Julgado procedente o pedido de levantamento da interdição, a sentença, após o trânsito em julgado, deverá ser publicada pela imprensa local e órgão oficial, por 3 vezes, com intervalo de 10 dias, procedendo-se, em seguida, à respectiva averbação junto ao cartório de Registro de Pessoas Naturais. A interdição poderá ser levantada parcialmente quando demonstrada a capacidade do interdito para praticar alguns atos da vida civil.

7.6 *Outras hipóteses de curatela*

Cabe também a nomeação de curador para o nascituro se o pai falecer, estando grávida a mulher e não tendo ela o poder familiar. Caso a mãe seja também interdita, o curador será igualmente o do nascituro (art. 1.179, *caput* e parágrafo único, do CC).

7.7 *Da curadoria de ausentes*

Sempre que uma pessoa desaparecer de seu domicílio, sem que dela se tenham mais notícias, poderá ter sua ausência declarada judicialmente. Isso ocorrerá quando o ausente não deixar mandatário ou procurador a quem caiba administrar-lhe os bens, ou ainda quando o ausente deixar mandatário que não queira ou não possa exercer ou continuar o mandato. Nessas hipóteses, o juiz, a requerimento de qualquer interessado ou do Ministério Público, declarará a ausência e nomeará curador, competindo-lhe, ainda, fixar os respectivos poderes e obrigações, conforme as circunstâncias.

O curador será o cônjuge, quando não separado judicialmente, ou de fato por mais de dois anos antes da declaração de ausência (art. 25 do CC), e, na sua falta, os pais ou os descendentes do ausente, dando-se preferência aos parentes mais próximos. Embora a lei não se refira ao companheiro, é evidente que também poderá ele ser nomeado curador. A ordem de nomeação estabelecida pelo art. 25 não é taxativa, de modo que pode ser modificada de acordo com os interesses do curatelado.¹⁵

O curador, após assinar o necessário compromisso, inventariará os bens do ausente, diligenciará sua administração, receberá os respectivos rendimentos para entregá-los ao ausente, na hipótese de retorno deste, ou aos seus herdeiros.

A curatela extingue-se após um ano de ausência, quando, então, deverá ser convertida em sucessão provisória, a requerimento dos interessados (art. 26 do CC).

15. Aplicam-se ao curador de ausentes as disposições relativas aos impedimentos para o exercício da tutela (art. 1.735 do CC).

Se o ausente deixar filhos menores e o outro cônjuge houver falecido ou não puder exercer o pátrio poder, deverá, para eles, ser nomeado um tutor.

Na vigência do Código Civil/1916 a ausência, por mais prolongada que fosse, não dissolvia a sociedade conjugal, autorizando tão somente a atribuição da sucessão aos herdeiros e legatários, inicialmente a título provisório e em seguida, decorridos 20 anos, em caráter definitivo.

O CC/2002 textualmente estabelece no art. 1.571, § 1º, que “o casamento válido só se dissolve pela morte de um dos cônjuges ou pelo divórcio, aplicando-se a presunção estabelecida neste Código quanto ao ausente”.¹⁶ O vigente diploma legal apenas não previu as consequências decorrentes do retorno daquele que se presumiu morto, especialmente quando o declarado viúvo já tiver contraído novo casamento. É que, reaparecendo o ausente, torna-se sem efeito a declaração de ausência, motivo pelo qual, na falta de previsão legal, o casamento do suposto viúvo deverá ser declarado nulo *ex vi* dos arts. 1.548, II, e 1.521, VI, do CC.

8. Tomada de decisão apoiada

Foi sancionado em 6.7.2015 o Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei 13.146/2015). O diploma legal entrou em vigor em 2.1.2016 para, tal como consta do art. 1º, assegurar e promover, “em condições de igualdade, o exercício dos direitos e das liberdades fundamentais por pessoa com deficiência, visando à sua inclusão social e cidadania”.

A Lei 13.146/2015 revogou e alterou diversos dispositivos no Código de Civil/2002, em especial aqueles relacionados a incapacidade, interdição e curatela. No que se refere especificamente ao regime das incapacidades, o art. 3º do CC/2002 prevê atualmente apenas a incapacidade absoluta do menor de 16 anos, já que os incisos II e III foram revogados. Assim, atualmente, a incapacidade absoluta é estabelecida apenas em razão do critério cronológico – idade –, já que houve eliminação do critério intelectual, o qual classificava como absolutamente incapazes os indivíduos com alguma enfermidade mental. Não mais subsiste no ordenamento jurídico pátrio, portanto, a incapacidade absoluta das pessoas com deficiência mental.

Também foi revogado, no capítulo que trata da invalidade do casamento, o inciso I do art. 1.548 do CC, pois não tem mais sentido a previsão de nulidade do casamento do enfermo mental sem o necessário discernimento para os atos da vida civil, tendo em vista que este não é mais reputado absolutamente incapaz. Foi acrescido ao art. 1.550 do CC – que trata das situações que levam à anulação do casamento – o § 2º, nos seguintes termos: “A pessoa com deficiência mental ou intelectual em idade núbil

16. Cf. arts. 6º e 7º do CC.

poderá contrair matrimônio, expressando sua vontade diretamente ou por meio de seu responsável ou curador”.

Houve, ainda, a introdução de um novo capítulo no Livro IV, Título IV, da Parte Especial do CC, para disciplinar a tomada de decisão apoiada (Capítulo III). O art. 1.783-A do CC prevê que a tomada de decisão apoiada é o processo por meio do qual uma pessoa com deficiência elege pelo menos duas pessoas idôneas com as quais mantenha vínculos e que desfrutem de sua confiança para prestar a ela apoio acerca de decisões sobre atos da vida civil, fornecendo-lhe elementos e informações necessários para que possa exercer sua capacidade.

O pedido deve ser deduzido pela pessoa com deficiência – sendo, pois, apenas dela a legitimidade ativa para tal postulação –, representada por advogado, e instruído com um termo do qual constem os limites do apoio oferecido bem como os compromissos dos apoiadores, inclusive no que se refere ao prazo de vigência do acordo e ao respeito à vontade, aos direitos e aos interesses da pessoa a ser apoiada (art. 1.783-A, *caput* e §§ 1º e 2º).

O juiz, para que possa decidir sobre o pedido, deverá ser assistido por uma equipe multidisciplinar e ouvir o Ministério Público. A lei determina, ainda, a prévia oitiva do requerente e das pessoas indicadas para lhe prestar apoio (§ 3º).

A decisão tomada pela pessoa apoiada, desde que compreendida nos limites do apoio deferido pelo juiz, terá validade e eficácia com relação a terceiros, sem quaisquer restrições, sendo que estes podem requerer que os apoiadores também assinem o contrato celebrado com a pessoa apoiada (§§ 4º e 5º). Embora a lei estabeleça que se trata de uma faculdade do terceiro solicitar que os apoiadores também assinem o contrato, entendemos que se trata de providência imprescindível para a validade do negócio. Na hipótese de divergência entre a pessoa apoiada e um de seus apoiadores acerca da celebração de negócio jurídico que possa acarretar risco ou prejuízo relevante, caberá ao juiz, depois de ouvido o Ministério Público, decidir (§ 6º).

A lei prevê ainda, de um lado, que a pessoa apoiada pode, a qualquer tempo, solicitar o término de acordo firmado em processo de tomada de decisão apoiada e, de outro lado, que o apoiador pode requerer ao juiz a exclusão de sua participação no processo, sendo que o desligamento está condicionado a decisão judicial (§§ 9º e 10).

Aplicam-se à tomada da decisão apoiada as disposições relativas à prestação de contas, sendo que na hipótese de o apoiador agir com negligência, exercer pressão indevida sobre a pessoa apoiada ou inadimplir as obrigações que lhe competem poderá, ainda, qualquer pessoa, inclusive a própria apoiada, apresentar denúncia ao Ministério Público ou ao juiz. Caso a denúncia seja acolhida, o apoiador será destituído, com a nomeação de outro em seu lugar, depois de ouvida a pessoa apoiada (§§ 7º, 8º e 11).

Malgrado a ausência de previsão legal, a deliberação judicial acerca da tomada de decisão apoiada deve ser averbada na certidão de nascimento da pessoa apoiada, dando ciência a terceiros.