

MARIA
BERENICE
DIAS

MANUAL DE
DIREITO DAS
FAMÍLIAS

16ª EDIÇÃO

2023

 EDITORA
*Jus*PODIVM
www.editorajuspodivm.com.br

28

REGIMES DE BENS

Sumário: **28.1.** Visão histórica – **28.2.** Tentativa conceitual: **28.2.1.** Meação – **28.3.** Disposições gerais: **28.3.1.** Diferenças entre os regimes – **28.4.** Princípio da comunicabilidade – **28.5.** Administração – **28.6.** Vedações – Bens imóveis: **28.6.1.** Vedações – Aval e fiança; **28.6.2.** Vedações – Doações – **28.7.** Pacto antenupcial – **28.8.** Comunhão parcial – **28.9.** Comunhão universal – **28.10.** Participação final nos aquestos – **28.11.** Separação convencional de bens – **28.12.** Separação obrigatória de bens – **28.13.** Súmula 377 – **28.14.** Alteração do regime de bens: **28.14.1.** Ação de alteração – Leitura complementar.

Referências legais: CR, art. 226; Dec.-lei 4.657/1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB), art. 7.º, § 5.º; CC, arts. 265, 499, 544, 546, 550, 551, parágrafo único, 977, 978, 1.489 II, 1.511, 1.517, 1.519, 1.523, 1.525 a 1.532, 1.537, 1.550, § 2.º, 1.565, 1.566, III, 1.575, 1.576, 1.581, 1.639 a 1.688, 1.725, 1.727, 1.790, 1.829 e 2.039; CPC, arts. 73, § 1.º, I, 74, 114, 125, I, 842, 843, 674 a 680 e 719 a 725, 734; Lei 4.121/1962 (Estatuto da Mulher Casada – EMC), art. 3.º; Lei 6.015/1973 (Lei dos Registros Públicos – LRP), arts. 167, I, 12, e II, 1, 244 e 245; Lei 9.610/1998 (Lei dos Direitos Autorais), art. 39; Lei 8.245/1991 (Lei do Inquilinato – LI), art. 3.º; Lei 11.340/2006 (Lei Maria da Penha – LMP), Lei 14.620/2023 (recria o Programa Minha Casa Minha Vida), art. 10; CNJ – Provimentos 37/2014, 141/2013 e 171/2023.

28.1. VISÃO HISTÓRICA

Quando da edição do Código Civil de 1916, somente era reconhecida a família constituída pelo casamento. **Indissolúvel**, ensejava a união plena

de vida e do patrimônio. O **regime legal** era o da **comunhão universal de bens**: todos os bens são do casal, de forma igualitária, não importando a origem ou a época de sua aquisição. Existia também o **regime dotal**: os bens da mulher eram entregues à administração do marido e os rendimentos eram destinados a atender aos encargos do lar. Por ter se mostrado inútil, não se tem notícia de ter sido utilizado, daí sua revogação.

Mais adiante, e com nítido **caráter protetivo** à mulher, surgiu o **Estatuto da Mulher Casada** (Lei 4.121/1962). Instituiu os **bens reservados**: a incomunicabilidade do patrimônio adquirido por ela com o fruto de seu trabalho. A consagração constitucional da **igualdade** entre o homem e a mulher levou ao reconhecimento da extinção do instituto, por afronta ao **princípio da isonomia**. Apesar de não terem acabado a discriminação, o patriarcalismo e o tratamento discriminatório de que ainda é alvo a mulher, ninguém mais tem coragem de sustentar sua permanência. No entanto, certamente a manutenção dessa situação é que levou ao surgimento dos **alimentos compensatórios**.

Com a **Lei do Divórcio** (Lei 6.515/1977), o regime legal de bens passou a ser o da **comunhão parcial**, que afasta a comunicação do acervo adquirido antes do casamento. Não se comunicam heranças, legados e doações percebidos por um dos cônjuges, a qualquer tempo, antes ou durante a união. O estado de condomínio se estabelece somente com relação aos **aqüestos**, isto é, os bens adquiridos no período da vida em comum.

O **Código Civil** excluiu o regime dotal e as novidades foram: o **regime da participação final nos aqüestos** e a possibilidade de **alteração do regime** de bens na constância do casamento.

Na **união estável** vigora o regime da comunhão parcial. Os companheiros podem optar por outro regime via **contrato de convivência**. Nada mais do que um pacto antenupcial, com acentuadas vantagens. Apesar de não imposto à união estável o injustificável regime da separação obrigatória de bens, de tal façanha encarregou-se a Justiça, que subtrai efeitos patrimoniais à união estável constituída por quem tem mais de **70 anos**.¹

1. O pacto antenupcial e o contrato de convivência definem as regras econômicas que irão reger o patrimônio daquela unidade familiar, formando o estatuto patrimonial – regime de bens – do casamento ou da união estável, cuja regência se iniciará, sucessivamente, na data da celebração do matrimônio ou no momento da demonstração empírica do preenchimento dos requisitos da união estável (CC, art. 1.723). O Código Civil, em exceção à autonomia privada, também restringe a liberdade de escolha do regime patrimonial aos nubentes em certas circunstâncias, reputadas pelo legislador como essenciais à proteção de determinadas pessoas ou situações

Ainda que exauriente a normatização legal sobre o regime de bens, inúmeras são as dificuldades para a partição do patrimônio no fim dos vínculos afetivos. Quem se considera preterido, humilhado e prejudicado busca compensar a perda do sonho do amor eterno, tentando levar consigo a maior parte do acervo patrimonial. Por pura vingança, quer ficar com os bens de quem não mais o chama de meu bem!

28.2. TENTATIVA CONCEITUAL

O Estado considera a família a **base da sociedade** (CR, art. 226) e, por isso, uma realidade digna da tutela jurídica. Daí a instituição do casamento por meio de regras imperativas consideradas de **ordem pública**. No momento em que duas pessoas resolvem constituir uma unidade familiar, há a imposição de uma série de requisitos à sua celebração. Tal é a ingerência nos vínculos afetivos que quase dá para considerar o enlace conjugal um verdadeiro **contrato de adesão**, em que a vontade dos noivos fica subordinada à lei, a um punhado de normas com a finalidade de regulamentar a vida a dois.

O **casamento** estabelece plena **comunhão de vida** (CC, art. 1.511) e impõe deveres e obrigações recíprocos (CC, art. 1.565), ou seja, não é só uma comunhão de afetos. Também gera a solidariedade dos cônjuges entre si e perante a entidade familiar. Além da mútua assistência, responde o par pela criação dos filhos e a manutenção do lar. São ambos responsáveis pela subsistência da família, devendo cobrir os custos e suprir os gastos com suas rendas e bens, na medida da disponibilidade de cada um. Não são muito diferentes os direitos e deveres na **união estável**, que também se submete a imposições legais, ainda que o par tenha optado por não casar nem formalizar a união.

A convivência familiar enseja o entrelaçamento não só de vidas, mas também de patrimônios, tornando indispensável que, antes das núpcias, fiquem definidas as questões atinentes a bens e responsabilidades de cada consorte. A existência de bens individuais e a aquisição de bens comuns fazem com que sejam estabelecidas questões de ordem econômica sobre

e que foram dispostas no art. 1.641 do Código Civil, como sói ser o regime da separação obrigatória da pessoa maior de setenta anos (inciso II). A *ratio legis* foi a de proteger o idoso e seus herdeiros necessários dos casamentos realizados por interesse estritamente econômico, evitando que este seja o principal fator a mover o consorte para o enlace (STJ – REsp 1.922.347/PR, 4.ª T., Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 07/12/2021).

o domínio e a posse do acervo patrimonial, quer existentes antes ou durante o casamento ou a união estável. Seus efeitos refletem para depois do rompimento da convivência, pela separação ou pela morte de um do par.

A inclusão ou exclusão dos bens individuais e a comunicabilidade ou não do acervo amealhado antes ou depois da união ditam as diretrizes dos regimes de bens e servem para definir a **origem**, a **titularidade** e o **destino** do patrimônio, permitindo diferenciar os diversos regimes de bens. Assim, antes do casamento, devem os noivos escolher um dos regimes existentes, mesclá-los, ou, ainda, criar um modelo exclusivo da forma que melhor lhes aprouver. Os companheiros podem fazer isso antes de darem início à união estável ou durante a sua vigência, de forma livre, por meio de contrato de convivência, sem a necessidade do amém judicial.

São previstos regimes de bens: **modelos pré-fabricados** criados pelo legislador e disponibilizados a quem vai casar ou simplesmente viver junto. A doutrina traz uma classificação. São chamados **tipos primários** os quatro regimes previstos na lei. E de regime **secundário** a possibilidade de noivos e conviventes, mediante pacto antenupcial ou contrato de convivência, fazerem outras avenças.² Os direitos e deveres impostos aos cônjuges (CC, art. 1.566) e aos conviventes (CC, art. 1.724) não têm eficácia vinculante e dispor diferentemente não configura afronta à lei. No entanto, a autonomia da vontade é relativa, pois é proibido: afrontar disposição absoluta de lei (CC, art. 1.655), dispor sobre direito sucessório (CC, art. 426) e sobre alimentos (CC, art. 1.707). Nada impede, porém, que, além de avenças de natureza patrimonial, sejam feitas deliberações de natureza pessoal.

O regime de bens é uma das **consequências jurídicas do casamento**. Não existe casamento sem regime de bens. É indispensável alguma espécie de regramento de ordem patrimonial. Quando não há a imposição legal do regime da separação, abstando-se os noivos de eleger um regime de bens, o Estado faz a opção pelo **regime da comunhão parcial**. Se os nubentes não escolhem, há uma “escolha” da lei pelo regime legal.³ A mesma postura supletiva ocorre na união estável. Se nada deliberam os conviventes via contrato escrito, o regime é o da comunhão parcial (CC, art. 1.725).

Aos noivos basta pronunciar o “sim” na solenidade nupcial. Essa afirmativa, além de significar mútua aceitação, faz incidir um sem-número de regras que asseguram direitos e impõem deveres. A escolha do regime de bens rege a situação patrimonial durante o casamento e a união estável,

2. Rolf Madaleno, A crise conjugal e o colapso dos atuais modelos..., 17.

3. Érica Verícia de Oliveira Canuto, Liberdade de contratar..., 291.

mas principalmente, quando de sua dissolução, pelo divórcio ou morte de um do par.

28.2.1. Meação

É o direito que se tem à metade de algo enquanto outrem é proprietário da outra parte. De modo geral, o universo dos bens adquiridos durante o período de convivência – seja casamento, seja união estável – pertence a ambos. Cada um é titular da **metade de cada bem**. Daí a expressão meação: metade dos bens comuns.

Triação é expressão utilizada para designar a divisão do patrimônio conjugal em três partes: triação, em vez de meação. Tal divisão pode acontecer quando há uniões simultâneas, ou seja, quando uma pessoa estabeleceu entidade familiar com outras duas pessoas ao mesmo tempo.⁴

A meação decorre da existência de comunhão de vida no momento do ingresso de bens na esfera jurídica dos cônjuges ou companheiros.⁵ A exceção fica por conta do **regime de bens** adotado, espontaneamente, pelo casal via pacto antenupcial ou contrato de convivência. Livrementemente o par pode pactuar de forma diferente. Em algumas hipóteses, a lei impõe o regime da separação de bens: quando um ou ambos tiverem mais de 70 anos ou quando descumprirem a recomendação legal de não casar (CC, art. 1.641).

Os bens que integram a meação de cada um são de sua propriedade exclusiva, ainda que permaneçam em estado de **mancomunhão**, feia expressão que não consta da lei, mas significa que o patrimônio comum pertencente a ambos em partes iguais.

A identificação do regime de bens tem grande significado durante o período da vida em comum e também quando do fim da convivência. O direito à meação é irrenunciável e durante o período de convívio não pode ser cedido nem penhorado.

É o regime de bens que permite saber se existe direito à meação. Somente nos regimes em que há comunhão de patrimônios cabe falar em mancomunhão. Depois é preciso identificar se os bens foram adquiridos gratuita ou onerosamente, durante a vigência da união ou em momento anterior. Essa é a única forma de apurar o patrimônio a ser dividido ao meio, a “meação”.

4. Rodrigo da Cunha Pereira, *União estável*, 224.

5. Luiz Edson Fachin, *Elementos críticos do Direito de Família*..., 85.

No regime da **comunhão universal**, integra a meação todo o acervo patrimonial: os bens particulares de ambos e os adquiridos, a qualquer título, antes e depois da união. Na **comunhão parcial**, a meação incide sobre os **aquestos**: o patrimônio adquirido no período da vida em comum. No regime da **participação final nos aquestos**, só cabe falar em meação quanto aos bens amealhados em comum. Os adquiridos em nome próprio sujeitam-se à compensação, e não à divisão. Mesmo na **separação obrigatória** (obrigatória porque é imposta por lei), existe direito à **meação** dos bens adquiridos, por força de Súmula do STF.⁶ Mesmo nesse regime é possível os cônjuges optarem pelo regime da **separação convencional**, caso em que é afastada a Súmula 377 e a comunicabilidade dos aquestos desaparece. Por fim, no regime da **separação convencional**, inexistente comunicação de patrimônios. Essa é a única hipótese em que, a princípio, não há direito à meação, mas a jurisprudência vem admitindo o direito à partilha mediante prova da contribuição na formação do acervo patrimonial.

Seja qual for o regime de bens, a **doação** de um cônjuge ao outro implica **adiantamento da legítima** (CC, art. 544). Feita a doação a ambos, com o falecimento de um, transmite-se o bem, em sua integralidade, ao outro (CC, art. 551, parágrafo único).

Quando um do par tenta reduzir a meação de seu consorte, é necessário identificar o malicioso intento fraudatório, a ensejar a **desconsideração da personalidade jurídica**, chamada de *disregard*. Como alerta Rolf Madaleno, aconselhável invocar o princípio da **revocatória falencial**, retroagindo no tempo para delimitar o período suspeito da fraude sobre os bens conjugais. Com facilidade, pode surgir a **fraude conjugal**. Durante a aparente harmonia da relação nupcial, o cônjuge que arquiteta a sua silenciosa separação, ou que foi notificado da vontade do consorte de se separar, esvazia, por ganância ou em represália, o patrimônio que tem disponibilidade de gerir. Iludindo a **boa-fé** de seu par, é extensa e imensurável a possibilidade de dano à meação do cônjuge desatento, que não percebe as más intenções do outro, ávido ou ressentido, mas empolgado em desativar o resultado material de uma falida relação conjugal.⁷

28.3. DISPOSIÇÕES GERAIS

Quando do casamento, é indispensável que esteja definido o regime de bens que regerá as questões patrimoniais dos consortes. É necessária

6. STF – Súmula 377: No regime de separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento.

7. Rolf Madaleno, Do regime de bens entre os cônjuges, 218.

a existência de um regime de bens, pois o matrimônio não pode subsistir sem ele.⁸ Salvo algumas raras e inconstitucionais exceções (CC, art. 1.641), os noivos podem deliberar o que quiserem e da forma que melhor lhes aprouver sobre seus bens (CC, art.1.639). Não impõe a lei qualquer restrição, assegurando **plena liberdade** aos futuros cônjuges para fazer as estipulações que desejarem. Não estão condicionados às sugestões legais. Não há a **imposição de obrigatoriamente** escolherem um dos regimes disponibilizados pelo legislador.⁹ Não limita a **autonomia de vontade** a assertiva constante do texto legal (CC, art. 1.640, parágrafo único): *poderão os nubentes, no processo de habilitação, optar por qualquer dos regimes que este Código regula*. Tampouco estão os noivos sujeitos a mesclarem, no máximo, dois ou mais regimes entre os legalmente previstos. Tal restrição configuraria flagrante afronta ao **princípio da autonomia da vontade**. Livres são os nubentes, podendo estabelecer um regime peculiar.¹⁰

No pacto antenupcial, podem dispor de um modo com relação aos bens particulares e de outra forma quanto aos que forem adquiridos durante o casamento. O direito à autorregulamentação permite adotar um regime e, com referência a determinados bens, outro. Assim, é possível escolher o regime da separação total, estipulando, somente com relação a determinado bem, presente ou futuro, o **regime da comunhão**. Do mesmo modo, podem escolher um regime para vigorar durante algum tempo, alterando-se para outro a partir de data certa ou evento incerto. Em qualquer dessas hipóteses, deve constar no registro do casamento que o regime de bens é **híbrido, atípico ou misto**.

A doutrina inclusive vai além. Rolf Madaleno sugere a criação do regime da **comunhão proporcional dos bens**, em que o patrimônio seria considerado comum na proporção dos ganhos de cada cônjuge. Também aventa a possibilidade de ser importado o modelo chileno – **regime da comunhão dos bens familiares** –, em que haveria a comunicabilidade dos bens comuns à família (residência, imóvel de lazer etc.) e separação de todos os demais que seriam próprios e exclusivos do cônjuge adquirente.

-
8. Sílvio Venosa, *Direito Civil: Direito de Família*, 176.
 9. JCNJ – Enunciado 331: O estatuto patrimonial do casal pode ser definido por escolha de regime de bens distinto daqueles tipificados no Código Civil (art. 1.639 e parágrafo único do art. 1.640), e, para efeito de fiel observância do disposto no art. 1.528 do Código Civil, cumpre certificação a respeito, nos autos do processo de habilitação matrimonial.
 10. Sílvio Rodrigues, *Direito Civil: Direito de Família*, 138.

Inclusive sugere a modernização do **pacto sucessório**, bem como sustenta a possibilidade de conversão do casamento em união estável.¹¹

Nada justifica engessar a vontade dos cônjuges, até porque, na **união estável**, plena é a liberdade dos companheiros para estabelecerem, em contrato escrito, o que desejarem. No silêncio dos conviventes é que se aplica o regime da **comunhão parcial** (CC, art. 1.725). No momento em que a Constituição da República concedeu o mesmo *status* ao casamento e à união estável, não há como dar tratamento mais benéfico a qualquer das entidades familiares. Assim, é necessário reconhecer como **inconstitucionais** limitações à liberdade de decidir questões patrimoniais no casamento (CC, art. 1.641), sem que exista qualquer restrição na união estável. Não há como chegar a outra conclusão. No entanto, a jurisprudência vem impondo as mesmas regras restritivas à união estável.

Nubentes e conviventes têm a liberdade de:

- ficar em silêncio, sujeitando-se ao regime da comunhão parcial;
- escolher um dos regimes pré-fabricados pelo legislador; ou
- criar, por intermédio de pacto antenupcial, o regime que quizerem, definindo, da forma que melhor lhes aprouver, o destino dos bens passados, presentes e futuros.

O único limite é o mínimo ético de qualquer avença, que não deve afrontar disposição absoluta de lei (CC, art. 1.655). Quedando-se em **silêncio** os noivos, nada manifestando antes do casamento, a lei supre a omissão e determina a incidência do **regime da comunhão parcial de bens** (CC, art. 1.640). A própria inércia configura uma manifestação de vontade. Não sendo lavrada escritura pública de escolha do regime de bens, quando do processo de habilitação, é tomada por termo a opção pela comunhão parcial (CC, art. 1.640, parágrafo único).

O mesmo ocorre na união estável, apesar de não estarem obrigados os conviventes a definir o regime de bens antes do início da vida em comum. Contudo, se eles não desejarem o regime da comunhão parcial, necessariamente terão de se socorrer do **contrato de convivência**.

Os regimes disponibilizados pela lei, além de imporem obrigações aos cônjuges, disciplinam de modo diferenciado a propriedade, a administração e a disponibilidade, tanto dos bens anteriores ao casamento como dos adquiridos durante sua vigência. O regime de bens começa a vigorar na **data**

11. Rolf Madaleno, A crise conjugal e o colapso dos atuais modelos..., 23-28.

das núpcias (CC, art. 1.639, § 1.º) e cessa quando do **fim da convivência**. Superadas as previsões legais que atribuem à **separação judicial** o fim do regime de bens e a partilha do patrimônio (CC, arts. 1.575 e 1.576). Mesmo antes do fim da separação (EC 66/2010), a jurisprudência já reconhecia ser a **separação de fato** quem marca o fim da solidariedade familiar, sob pena de ensejar o locupletamento indevido de quem não colaborou para a aquisição do patrimônio. A norma do regime de participação final nos aquestos elucida com segurança a controvérsia (CC, art. 1.683): *Na dissolução do regime de bens por separação judicial ou por divórcio, verificar-se-á o montante dos aquestos à data em que cessou a convivência.*

Estaria mais bem alocada entre as disposições gerais. Ainda assim, é de se entender aplicável em todos os regimes de bens.

28.3.1. Diferenças entre os regimes

A distinção entre os diversos regimes de bens percebe-se mais facilmente identificando-se o número de **conjuntos** ou **massas** que cada um deles compreende:

Comunhão universal de bens – forma-se **um único conjunto**. Todo o acervo patrimonial – tanto o preexistente ao casamento e pertencente a qualquer dos cônjuges como tudo o que for adquirido durante a sua vigência – compõe uma só universalidade, a ser dividida igualmente entre os cônjuges, no fim do casamento, a título de **meação**.

Separação convencional, ou legal – há **duas massas patrimoniais**: (1) os bens de um e (2) os bens do outro cônjuge. Cada um é titular de seu próprio patrimônio, quer tenha sido adquirido antes ou na constância do casamento. Quando da separação, nada há a dividir, e cada um fica com os bens que lhe são próprios.

Comunhão parcial – são **três os blocos**: (1) os bens particulares de um; (2) os bens particulares do outro, adquiridos antes do casamento; e (3) os aquestos – bens comuns adquiridos após o casamento, por ambos ou qualquer dos cônjuges. Solvido o casamento, cada um fica com seus bens particulares e mais a metade do patrimônio comum.

Participação final nos aquestos – existem **cinco universalidades de bens**: (1) os bens particulares que um possuía antes de casar; (2) os bens que o outro já possuía. Depois do casamento, surgem mais três conjuntos: (3) o patrimônio adquirido por um dos cônjuges em nome próprio; (4) os adquiridos pelo outro em seu nome; e (5) os bens comuns adquiridos pelo casal. No caso de dissolução do vínculo, cada cônjuge fica com seus

bens particulares e com a metade dos comuns. Com relação aos bens próprios de cada um, adquiridos durante o casamento, são **compensados** os respectivos valores. No caso de desequilíbrio, surge o **crédito** de um com o outro.

28.4. PRINCÍPIO DA COMUNICABILIDADE

Rege o regime de bens o **princípio da comunicabilidade** do patrimônio amealhado depois das núpcias. Isso porque o casamento gera a comunhão de vidas (CC, art. 1.511); os cônjuges têm o dever de mútua assistência (CC, art. 1.566, III); e ambos são responsáveis pelos encargos da família (CC, art. 1.565). Trata-se de princípio de nítido colorido ético, pois tenta evitar o enriquecimento sem causa de um dos cônjuges perante o outro. Mesmo sem a participação efetiva dos dois, há que dividir o patrimônio comum, independentemente de quem o tenha adquirido. Para ser afastada tal lógica, é necessária expressa manifestação das partes, antes do casamento, mediante **pacto antenupcial**. Também a alteração pode ocorrer mediante a **mudança do regime de bens**, durante o casamento, mas por vontade dos cônjuges manifestada em juízo.

Primeiro, é indispensável estabelecer algumas distinções.

A expressão **frutos**, do latim *fructus*, originalmente significava apenas frutos derivados das flores, produto da planta ou árvore, o que se chama fruta. Esse primeiro conceito, hoje, é conhecido na terminologia jurídica como **frutos naturais**, ou seja, uma espécie do gênero frutos. Ampliou-se esse sentido para compreendê-lo como todos os produtos naturais da coisa, vindos da terra ou dos animais. Atualmente, os frutos podem ser definidos como tudo aquilo que pode ser produzido ou gerado pela propriedade, sem que isso diminua o seu conteúdo, ou seja, se separados, não determinam a destruição total ou parcial do bem principal.¹²

Os frutos são acessórios produzidos periodicamente e que não alteram o bem principal. Ao contrário dos **produtos**, que não se reproduzem. Uma vez retirados, diminuem a quantidade do bem. Tanto uns quanto outros pertencem ao seu proprietário, ainda quando separados do bem principal (CC, art. 1.232). É a regra: o acessório segue o principal.

No âmbito do Direito das Famílias, a regra é a **comunicabilidade** dos frutos. Tanto dos bens comuns como dos bens particulares de cada um dos

12. Rodrigo da Cunha Pereira, A mudança do regime de bens da separação obrigatória..., 40.

32

TUTELA

Sumário: **32.1.** Tentativa conceitual – **32.2.** Doutrina da proteção integral – **32.3.** Estatuto da Criança e do Adolescente – **32.4.** Compartilhada – **32.5.** Espécies: **32.5.1.** Documental; **32.5.2.** Testamentária; **32.5.3.** Legítima; **32.5.4.** Dativa – **32.6.** Protutor – **32.7.** Impedimentos – **32.8.** Direito de recusa – **32.9.** Manifestação do tutelado – **32.10.** Encargos – **32.11.** Ação de nomeação do tutor – **32.12.** Exercício – **32.13.** Prestação de contas – **32.14.** Cessaçã – **32.15.** Destituição – Leitura complementar.

Referências legais: CC, arts. 932, II, 942, parágrafo único, 1.523, IV, 1.720, parágrafo único, 1.728 a 1.766, 1.775-A, 2.040; Lei 8.069/1990 (ECA), arts. 28, 36 a 38, 40, 44, 164, 201, III e IV, e 249; CPC, arts. 215, II, 759 a 763; CP, arts. 92, II, 248 e 249; Lei 8.213/1991 (Lei dos Benefícios da Previdência Social), art. 16, §§ 2.º e 4.º; Lei 13.146/2015 (Estatuto da Pessoa com Deficiência), arts. 89 a 91; Lei 13.334/2017 (Lei da Migração), art. 55, II, letra a).

32.1. TENTATIVA CONCEITUAL

Durante a menoridade, o ser humano precisa de quem o cuide, defenda e administre seus bens. Os protetores naturais são pai e mãe. Crianças e adolescentes não dispõem da **plena capacidade civil**. Até os 16 anos, são absolutamente incapazes para exercer pessoalmente os atos da vida civil (CC, art. 3.º). Dos 16 aos 18 anos incompletos, a limitação da capacidade é relativa à prática de determinados atos (CC, art. 4.º, I). Em face da ausência de plena capacidade, é necessário que alguém supra tal carência. Os **absolutamente incapazes** necessitam ser **representados** e os **relativamente incapazes** precisam ser **assistidos** (CPC, art. 71). O Estado confere aos pais esse encargo, outorgando-lhes o que se chama de **poder familiar** (CC, art. 1.630). Trata-se de ônus que compete a ambos, ainda que eles

não mantenham vida em comum. Na ausência de um, o poder familiar é exercido pelo outro, com exclusividade (CC, art. 1.631).

Deixando a criança ou o adolescente de estar sob o poder familiar dos genitores, é preciso que outrem se responsabilize por ele. Na ausência dos dois pais, a representação é atribuída a um **tutor**, que ocupa o lugar jurídico deixado pelo vazio da autoridade parental.¹ Tal ocorre no caso de morte dos pais, terem eles sido declarados ausentes, ou, ainda, quando tenham “decaído”, por perda ou suspensão do poder familiar.² Assim, o tutor é investido dos poderes necessários para a proteção que os genitores não podem dispensar aos filhos.

Essa obsoleta figura está mais do que na hora de ser banida do sistema jurídico. Nada, absolutamente nada, justifica manter esse arcaico instituto, impregnado de forte dose de inconstitucionalidade por afrontar a **doutrina da proteção integral** que a Constituição consagra e o Estatuto da Criança e do Adolescente regulamenta.

Como refere Silvio Rodrigues, a preocupação da lei é principalmente com o órfão rico, pois o instituto trata, primeiramente, da preservação de seus bens.³

Em vez de excluir a tutela do sistema jurídico, o ECA procura despatrimonializá-la. Considera uma modalidade de colocação em **família substituta** (ECA, art. 28). Submete a indicação feita pelos pais ao controle judicial (ECA, art. 37). Só é nomeado tutor se não existir alguém em condições de assumir a **guarda**. É preciso ser reconhecida como vantajosa (ECA, art. 37, parágrafo único).

A tutela é um **múnus público** que tem estrutura de caráter jurídico-familiar,⁴ por isso a preferência na nomeação de **parentes** para zelar pelo menor de idade e administrar seus bens. Até se poderia dizer que a tutela é um sucedâneo do poder familiar.⁵ Tem gênese idêntica à da autoridade parental, não atentando o tutor apenas à preservação de ordem patrimonial. Tem responsabilidade pela **educação** e aperfeiçoamento do tutelado. Por isso, é encargo que só pode ser exercido por **pessoa física**, mas o **protutor** pode ser pessoa jurídica (CC, art. 1.743).

O tutor é titular de um **poder-dever** sobre a pessoa e os bens do pupilo. Trata-se de um poder mais limitado do que o poder familiar. O legislador

1. Luiz Edson Fachin, *Elementos críticos...*, 250.

2. Antônio Carlos Mathias Coltro, *Da tutela e da curatela*, 341.

3. Silvio Rodrigues, *Direito civil: Direito de Família*, 397.

4. Orlando Gomes, *Direito de Família*, 402.

5. Arnaldo Wald, *Direito de Família*, 177.

parte da premissa de que pais têm um compromisso maior para com os filhos em decorrência do próprio vínculo de filiação. Tanto é assim que os pais são **usufrutuários** dos bens dos filhos (CC, art. 1.689, I), condição de que o tutor não desfruta. Daí a constante fiscalização das atividades do tutor. Regula a lei, de forma minuciosa, seus encargos, deveres e obrigações. Pela **reparação civil** de **danos** causados pelo tutelado responde o tutor (CC, art. 932, II). Responsabilidade **objetiva** e **solidária** (CC, art. 942, parágrafo único).

Reveste-se de extrema fragilidade o vínculo que se estabelece entre tutor e tutelado, sendo deferida a **guarda** de uma criança ou adolescente a pessoa que, se não foi escolhida pelos genitores, é algum parente dentro da ordem de preferência indicada pela lei (CC, art. 1.775). Não se preocupa o legislador com a necessidade de identificar quem tem melhores condições para exercer tal ônus, o que fica a cargo do julgador. Assim, na nomeação do tutor, é imperioso atender ao melhor interesse do tutelado, devendo a tutoria ser atribuída, preferentemente, quando existe um vínculo de convivência e **afetividade** entre ambos.

A nada disso atentou o Código Civil, limitando-se, praticamente, a copiar a legislação anterior, não se adequando sequer à nova terminologia. Insiste em falar em **menor** absoluta ou relativamente incapaz, quando o ECA utiliza a expressão **criança**, ao se referir à pessoa de até 12 anos incompletos, e **adolescente**, até que complete 18 anos (ECA, art. 2.º).

Os encargos do tutor são, praticamente, apenas de ordem patrimonial, ou seja, não há comprometimento maior com o caráter protetivo ditado pela Constituição e pelo ECA. Parece que a única preocupação com os aspectos psicológicos é a determinação de dar aos irmãos órfãos um só tutor (CC, art. 1.733). Pelo menos isso: como eles já não têm pai nem mãe, que permaneçam juntos! Busca o dispositivo manter a união familiar.⁶ No entanto, a unicidade da tutela não pode ser absoluta, podendo o juiz nomear tutores diferentes para os irmãos, tendo em vista o melhor interesse deles.⁷

O tutor não deve – ou não deveria – ser mero **administrador de bens**. São rarefeitos os ônus atribuídos ao tutor de caráter assistencial ou protetivo. Comprovada a dependência econômica, o tutelado tem direito a **pensão previdenciária** do tutor se dele era dependente.⁸

6. Antonio Carlos Mathias Coltro, Da tutela e da curatela, 303.

7. Sílvio Venosa, Direito Civil: Direito de Família, 334.

8. Pensão por morte a menor tutelado. Ação proposta por menor tutelado e incapaz, representado pela mãe, visando à obtenção de benefício previdenciário em razão do falecimento do companheiro de sua tutora legal, também falecida. Vínculo familiar

32.2. DOCTRINA DA PROTEÇÃO INTEGRAL

O instituto da tutela, de forma injustificada, olvidou-se da doutrina da proteção integral (CR, art. 227). A atenção constitucional às pessoas até os 18 anos de idade ensejou sensível mudança de paradigma, tornando-se o grande marco para o reconhecimento dos direitos humanos de crianças, adolescentes e jovens. O ECA é todo voltado ao melhor interesse de quem passou a ser reconhecido como **sujeito de direito**, atento mais às suas necessidades pessoais, sociais e familiares, de forma a assegurar seu pleno desenvolvimento. Guarda, tutela e adoção são as formas de colocação de crianças e adolescentes em família substituta, sempre com o intuito de proteger integralmente, de garantir a criação, de assegurar boa educação, desenvolvimento e assistência material e moral àquelas pessoas.⁹

Quando o pupilo atinge a maioridade, cessa a tutela. Apresentada a **prestação de contas** de sua gestão, nenhum liame subsiste entre ambos. Parece que ninguém atenta que a convivência entre ambos tende a gerar um vínculo de tal intensidade que, muitas vezes, pode o tutelado ter o tutor como seu pai, isto é, adquire a **posse do estado de filho**. Não há qualquer preocupação com o significado da **filiação socioafetiva**, havendo somente a possibilidade de o tutor adotar o pupilo (ECA, art. 44).

32.3. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

O ECA remete a instituição da tutela à lei civil. Estão sujeitos à tutela os menores de 18 anos (ECA, art. 36). Quando se confrontam institutos disciplinados na lei civil e no ECA, sempre surge a questão da **competência**. Estando a criança, ou o adolescente ainda que órfão, vivendo no âmbito de uma família, a competência das **varas de família**. Quando se tratar de nomeação de tutor para quem está em situação de **risco** (ECA, art. 98), a competência é da justiça da **infância e da juventude**. Além da tutoria, abre o ECA possibilidades protetivas a crianças e adolescentes afastados do poder familiar: colocação em **família substituta** (ECA, art. 28).

A **suspensão** ou **perda do poder familiar** autoriza a nomeação de tutor. No caso de suspensão, talvez essa possa ser a solução. Contudo, tratando-se de destituição do poder familiar, é preferível o encaminhamento à **adoção**, instituto que melhor atende ao direito à convivência familiar.

existente entre o autor e o instituidor do benefício. Em que pese a inexistência de previsão legal específica não contemplando a hipótese *sub judice*, o ordenamento jurídico é uno e deve ser interpretado de forma sistêmica (TJSP – AC 1015002-73.2018.8.26.0224, 9.^a C. Dir. Públ. Rel. Carlos Eduardo Pachy, j. 13/07/2020).

9. Zeno Veloso, Código Civil comentado:..., 160.

Estando a criança sob o poder familiar, não cabe a tutela, podendo, no entanto, ser deferida a **guarda**, instituto de nítido caráter protetivo. Ainda que haja a possibilidade de o tutor adotar o seu pupilo, indispensável prévia prestação de contas (ECA, art. 44), pois a adoção não pode ser utilizada como subterfúgio para o tutor se livrar de tal encargo.

Dispõe o **Ministério Público** de legitimidade para propor a ação de nomeação de tutor, bem como para pleitear a prestação de contas (ECA, art. 201, III e IV).

32.4. COMPARTILHADA

Como o Código Civil diz que, sendo nomeado mais de um tutor, sem indicação de preferência, entende-se que a tutela foi cometida ao primeiro (CC, art. 1.733, § 1.º), parece não ser possível a nomeação de **duas pessoas** como tutores. No entanto, não há qualquer óbice a que duas pessoas sejam nomeadas para o desempenho do encargo. A concepção do ECA faz com que o critério tradicional seja revisto,¹⁰ até porque, em muitos casos, melhor atende aos interesses do tutelado passar a conviver com um casal. Sejam eles casados, ou vivam em união estável hétero ou homoafetiva. Não admitir tal possibilidade, além de afrontar toda uma nova concepção calcada no princípio do melhor interesse, escancara o fato de a preocupação da tutela ser exclusivamente com os bens do tutelado, e não com a sua pessoa.

Essa possibilidade foi acolhida pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência, ao conferir legitimidade ao juiz para estabelecer a **curatela** a mais de uma pessoa (CC, art. 1.775-A). Assim, não se justifica que o exercício da tutela não possa ser compartilhado.

32.5. ESPÉCIES

A tutoria é um **negócio jurídico unilateral** e deve obedecer a forma especial, sob pena de nulidade (CC, arts. 107 e 166, IV).¹¹ A depender do modo de sua instituição, a tutela pode ser:

32.5.1. Documental

O direito de nomear o tutor compete aos **pais**, em conjunto, bastando que estejam aptos a fazê-lo (CC, art. 1.729). É nula a nomeação feita pelo

10. Sílvio Venosa, *Direito Civil: Direito de Família*, 429.

11. Zeno Veloso, *Código Civil comentado...*, 162.

genitor que, ao tempo de sua morte, não esteja no exercício do **poder familiar** (CC, art. 1.730). No entanto, não cabe subtrair eficácia à nomeação se a designação foi feita antes da perda da autoridade parental.

A tutela deve ser instituída por meio de documento autêntico, firmado por um ou ambos os pais, em conjunto ou separadamente. Assim, pode ser levada a efeito por **escritura pública, escrito particular** ou até mesmo por **carta**. Vale qualquer escrito que deixe claras, sem dar margem a dúvidas, tanto a nomeação como a identidade do signatário. Descabe exigir maior rigorismo ao documento, pois o juiz pode sempre deixar de atender à nomeação, em prol do melhor interesse dos infantes.¹²

32.5.2. Testamentária

Os pais podem instituir a tutela também por meio de testamento. Como é vedado **testamento conjuntivo** (CC, art. 1.863), cada um deve indicar o tutor em testamentos distintos. Não há qualquer vedação a que a nomeação seja feita por meio de **codicilo** (CC, art. 1.881). Afinal, nada mais é do que um escrito particular. Por esse mesmo fundamento, há que se reconhecer a validade da nomeação feita em testamento que, posteriormente, seja considerado **nulo ou anulável**, se não maculada a vontade quanto à nomeação,¹³ ou seja, basta não haver dúvida sobre a vontade do testador.

Só será concedida a tutela à pessoa indicada se comprovado que a medida é vantajosa ao tutelando e que não existe outra pessoa em condições melhores de assumi-la (ECA, art. 37, parágrafo único).

Em vez de nomearem um tutor, podem os pais expressamente **excluir** alguma pessoa para o exercício da tutela, o que a torna incapaz para o encargo (CC, art. 1.735, III). Ainda que a indicação do tutor possa ser feita pelos pais, seu exercício depende da chancela judicial (CPC, art. 749).

Se o pai nomeia tutor, mas a mãe sobrevive, passa ela a exercer o poder familiar, a nomeação não tem efeito, e vice-versa.¹⁴ O tutor indicado assume o encargo quando o genitor sobrevivente morre ou perde o poder familiar. Nomeando a mãe um tutor e o pai outro, não ocorreu nomeação em conjunto. Como os genitores não se puseram em acordo, diante do impasse, a decisão compete ao juiz, observando, sempre, o que for mais conveniente ao tutelado.¹⁵

12. Sílvio de Salvo Venosa, *Direito Civil: Direito de Família*, 437.

13. Antônio Carlos Mathias Coltro, *Da tutela e da curatela*, 350.

14. Zeno Veloso, *Código Civil comentado...*, 166.

15. *Idem*, 163.

Cabe ao tutor, no prazo de 30 dias após a abertura da sucessão, ingressar com pedido de controle judicial do ato (ECA, art. 37).

32.5.3. Legítima

Não feita a nomeação pelos pais, são convocados os **parentes consanguíneos**. Daí tutela legítima. Ainda que estabeleça a lei uma ordem de chamamento pelo grau de proximidade do parentesco (CC, art. 1.731) em benefício do tutelado, dispõe o juiz da possibilidade de escolher quem entender mais apto a exercer o encargo. Na nomeação do tutor, imperioso atender ao melhor interesse do órfão, devendo a tutela ser atribuída a quem tem com ele alguma afinidade, ainda que afastado o rol legal.

32.5.4. Dativa

Na falta ou exclusão do tutor legítimo ou testamentário, bem como na ausência de parentes em condições de exercer a tutela, cabe ao juiz conferi-la a uma **pessoa estranha**. É a chamada tutela dativa. Embora se trate de tutela subsidiária, há que se ter como possível a sua utilização, inclusive quando exista tutor legítimo.¹⁶ A nomeação deve recair em **pessoa idônea** que resida no domicílio do tutelado (CC, art. 1.732). Tratando-se de crianças e adolescentes cujos pais são desconhecidos, falecidos, ou foram suspensos ou destituídos do poder familiar, a solução é serem incluídos em programa de **colocação familiar** (CC, art. 1.734).

32.6. PROTUTOR

Tanto quanto o tutor, o protutor pode ser indicado pelos pais em testamento. Pessoa física ou jurídica a quem é delegado o exercício parcial da tutela (CC, art. 1.742), quando os bens a ser administrados exigirem conhecimento técnico, forem complexos ou estiverem localizados em lugar distante do domicílio do tutor (CC, art. 1.743).

Incumbe ao protutor auxiliar o juiz, fiscalizar a atuação do tutor e informar ao magistrado sobre qualquer descuido ou malversação dos bens. Como lembra Sérgio Gischkow Pereira, tornou-se delegável a tutela ao protutor, que percebe **gratificação** módica pela fiscalização efetuada (CC, art. 1.752, § 1.º).¹⁷

16. Antonio Carlos Mathias Coltro, Da tutela e da curatela, 303.

17. Sérgio Gischkow Pereira, Direito de Família:..., 213.

Quem instituir herdeiro ou legatário menor de idade pode nomear um **curador especial** para administrar a herança, ainda que o beneficiário se encontre sob o poder familiar ou tutela (CC, art. 1.733, § 2.º). Trata-se de uma espécie de protutor (CC, art. 1.742), nomeado pelo doador, e não pelo juiz.

32.7. IMPEDIMENTOS

Cerca-se o legislador de cuidados redobrados para escolher a pessoa que vai exercer a função de tutor, pois implica não só a entrega de patrimônio, mas, principalmente, a concessão da guarda de quem não tem alguém para zelar por ele. Há pessoas incapazes ou não legitimadas para exercer esse encargo.

Elenca a lei quem **não pode ser tutor** e, caso esteja exercendo a tutela, deverá ser exonerado (CC, art. 1.735):

I – quem não estiver na **livre administração** de seus bens. Fica claro que o incapaz de administrar os próprios bens não pode administrar bens alheios;

II – quem tenha alguma obrigação para com o menor, ou algum direito contra ele. Como o tutor passa a ser seu representante e administrador de seus bens, haveria **conflito de interesses**. Ainda assim, de forma contraditória, impõe a lei que o tutor, antes de assumir a tutela, declare o que o menor lhe deve (CC, art. 1.751). Pelo jeito, a existência de crédito com o tutelado somente **suspende** sua exigibilidade durante o exercício da tutoria. Também se os pais, filhos ou cônjuges do tutor tiverem demanda contra o órfão, não pode haver a nomeação;

III – os **inimigos** do tutelado, de seus pais ou quem eles expressamente excluam da tutela;

IV – os condenados por crime contra o patrimônio, a família ou a liberdade sexual (CP, arts. 213 a 216-A), independentemente de terem ou não cumprido pena;¹⁸

V – as pessoas de **mau procedimento** ou culpadas de abuso em tutorias anteriores;

VI – aqueles que exerceram função pública **incompatível** com a boa administração da tutela.

18. JCNJ – Enunciado 636: O impedimento para o exercício da tutela do inc. IV do art. 1.735 do Código Civil pode ser mitigado para atender ao princípio do melhor interesse da criança.

32.8. DIREITO DE RECUSA

A tutela é um encargo **imposto por lei**, tanto que, a não ser nas hipóteses elencadas, a nomeação não pode ser **recusada** (CC, art. 1.736). Para declinar da indicação, é necessário haver um motivo a ser apresentado dentro de limitado prazo.

Há discrepância na lei. O Código Civil confere o prazo de **dez dias** (CC, art. 1.738) e o estatuto processual, de **cinco dias** (CPC, art. 760) para a recusa. Como o CPC é mais recente, é o prazo que prevalece. De qualquer modo, formulando o tutor o pedido de dispensa, dificilmente o juiz rejeitará seu afastamento por intempestividade. A tutela tem um componente de pessoalidade, e manter no encargo quem não o quer exercer só pode vir em prejuízo do tutelado.

Não admitida a escusa, exerce o tutor o *múnus* até o julgamento do recurso, respondendo por eventuais perdas e danos (CC, art. 1.739).

Os **parentes** não podem escusar-se do encargo, a não ser que haja outro em condições de exercer a tutela. No entanto, quem não for parente, em princípio, só pode escapar da indicação por um dos motivos nominados.

Embora diga a lei que a tutela é **obrigatória**, de suma inconveniência atribuir o encargo a alguém contra a sua vontade.¹⁹ Também não se pode reconhecer a relação das justificativas como *numerus clausus*. Fica a critério do juiz aceitar motivos outros que lhe pareçam plausíveis.

O elenco revela certa preocupação em preservar a convivência dos tutores com seus pupilos, tanto que preconiza que sejam pessoas sadias, jovens, não tenham muitos filhos e se mantenham por perto. Agora, a referência aos militares não se justifica: se a intenção é encontrar um tutor que consiga ter mais espaço de convívio com o tutelado, ao menos que fosse autorizada a recusa a quem, em função de emprego ou de profissão, tenha pouca disponibilidade de tempo.

Silenciando o tutor, reputa-se que renunciou ao direito de declinar do encargo (CPC, art. 760, § 1.º).

O período da tutela é de, no mínimo, **dois anos** (CC, art. 1.765).

32.9. MANIFESTAÇÃO DO TUTELADO

No procedimento de nomeação do tutor, o CPC não prevê a necessidade de colher a manifestação de vontade do tutelado. Só depois da

19. Sílvio Venosa, Direito civil: Direito de Família, 433.

nomeação é recomendado que seja ouvido o pupilo **adolescente** (CC, art. 1.740, III). Entretanto, de modo expresso, o ECA, ao regulamentar a colocação em família substituta, refere-se à tutela e determina que, sempre que possível, o órfão seja ouvido por equipe interprofissional e devidamente considerada sua opinião (ECA, art. 28, § 1.º). E, se tiver mais de 12 anos, seu consentimento é colhido em audiência (ECA, art. 28, § 2.º).

Mesmo na hipótese de ter havido a nomeação do tutor pelos genitores, ainda assim é aconselhável a ouvida de quem, afinal, já não tem pais, mas lhe é garantido, constitucionalmente, um grande número de direitos.

Crianças e adolescentes têm assegurado direito à liberdade, tanto que dispõem do direito de opinião e expressão (ECA, art. 16, II), bem como de participar da vida familiar e comunitária (ECA, art. 16, V). Ao depois, o adotando tem o direito de ser ouvido (ECA, art. 45, § 2.º), não se justificando dar tratamento diferenciado à tutela, que também estabelece um vínculo de convívio.

32.10. ENCARGOS

O tutor deve **representar** o seu pupilo até ele atingir os 16 anos e lhe prestar **assistência** dos 16 até os 18 anos (CC, art. 1.747, I), competindo-lhe, também, dar autorização para o **casamento**. De forma para lá de absurda, o tutor pode casar com o tutelado. Exige-se tão só que tenha cessado a tutela e que estejam saldadas as respectivas contas (CC, art. 1.523, IV).

Ocorrendo o casamento sem a prestação das contas, o regime será obrigatoriamente o da **separação de bens** (CC, art. 1.641, I). No entanto, é possível solicitar ao juiz que seja afastada tal imposição, se comprovada a ausência de prejuízo ao tutelado (CC, art. 1.523, parágrafo único).

Cabe tanto ao tutor quanto à **pessoa do tutelado** (CC, art. 1.740):

I – dirigir-lhe a educação, defendê-lo e prestar-lhe alimentos, conforme os seus haveres e condições;

II – reclamar do juiz que providencie, como houver por bem, quando o menor haja mister correção. A redação de tal dispositivo evidencia por si só sua absoluta inadequação. Pelo jeito, é delegada ao juiz a função de pai. Talvez este seja o traço diferenciador entre poder familiar e tutela: o poder familiar não pode ser delegado, mas o tutor pode socorrer-se do juiz;

III – cumprir com os deveres que cabem aos pais, ouvindo o pupilo, a partir do momento que ele completar 12 anos.

Cabe ao tutor a administração do **bem de família**, caso não existam filhos maiores para assumirem o encargo (CC, art. 1.720, parágrafo único).

Além das atribuições de caráter patrimonial, possível os pais, ao indicarem um tutor, estabelecerem diretrizes **existenciais** a serem observadas, tais como indicação do tipo de escola a frequentar, a orientação religiosa a ser observada etc. Dispõe o **Ministério Público** de legitimidade para submeter o cumprimento de tais obrigações ao controle judicial.

32.11. AÇÃO DE NOMEAÇÃO DO TUTOR

A nomeação do tutor é regulada no estatuto processual (CPC, art. 759), mas tanto o Código Civil quanto o ECA trazem várias regras de caráter procedimental.

Trata-se de procedimento de **jurisdição voluntária**, que tramita durante as **férias forenses** (CPC, art. 215, II).

Dispõe de **legitimidade** para a ação o **Ministério Público** (ECA, art. 201, III), quando a criança e o adolescente se encontram em situação de risco (ECA, art. 98). Quem se candidata ao exercício da tutoria pode buscar sua nomeação. Nada impede, porém, que qualquer outra pessoa proponha a ação. Nesse caso, aquele que tem preferência para o exercício do encargo precisa ser citado.

Obviamente, ninguém pode ser nomeado tutor, não sendo **pessoa idônea** (CC, art. 1.732).²⁰ Contudo, ainda assim, se considerável for o patrimônio do tutelado e o juiz não reconhecer a idoneidade do tutor, pode condicionar o exercício da tutela à prestação de **caução** (CC, art. 1.745, parágrafo único), que pode ser real ou fidejussória. Trata-se de um ônus facultativo que pode ser imposto ou não.

Pode o tutor **eximir-se do encargo** nas hipóteses legais (CC, art. 1.736). Para declinar da nomeação, o Código Civil concedia dez dias (CC, art. 1.738). O CPC reduziu o **prazo** para cinco dias a contar da indicação e igual prazo quando sobrevier motivo de escusa (CPC, art. 760).

Nomeado, o tutor é intimado a prestar **compromisso** (ECA, art. 32). Necessária a ouvida do tutelado, sempre que possível (ECA, art. 28, § 1.º). Antes de assumir o encargo, deve o tutor declarar tudo o que o menor lhe deve, sob pena de não poder mais cobrar tais créditos (CC, art. 1.751).

Nem o Código Civil nem o de Processo Civil determinam que o tutor **especifique bens em hipoteca legal**. Assim, não persiste a atribuição conferida pelo ECA (art. 201, IV) ao Ministério Público para promover, de ofício, a especificação e a inscrição de hipoteca dos curadores.

20. Zeno Veloso, Código Civil comentado..., 184.

32.12. EXERCÍCIO

Recebendo os **bens** do tutelado, o tutor passa a administrá-los. Como não assume o poder familiar, não adquire a condição de **usufrutuário** (CC, art. 1.689, I).

Deve agir com zelo e boa-fé, no interesse do pupilo e sob a inspeção do juiz (CC, art. 1.741). Sendo o patrimônio de valor considerável, pode o juiz determinar que o tutor preste uma **caução**, podendo ser dispensado se for pessoa de reconhecida **idoneidade** (CC, art. 1.745, parágrafo único).

É de tal importância a intervenção do **juiz** que a lei gera sua **responsabilidade direta e pessoal** se não houver nomeado o tutor (CC, art. 1.744, I). Também tem ele **responsabilidade subsidiária**, se não exigiu caução do tutor ou por ter deixado de removê-lo, a partir do momento que se tornou suspeito (CC, art. 1.744, II).

Algumas atribuições podem ser exercidas pelo tutor **independentemente de autorização judicial** (CC, art. 1.747).

No entanto, é necessária a **autorização do juiz** para (CC, art. 1.748):

- I – pagar dívidas;
- II – aceitar heranças, legados e doações;
- III – transigir;
- IV – vender bens móveis ou imóveis; e
- V – representar o tutelado em juízo.²¹

A **venda de imóvel** pertencente ao tutelado depende de **alvará judicial**, que só é expedido se comprovada manifesta vantagem e após a avaliação do bem (CC, art. 1.750). Não há exigência que a venda seja feita em **hasta pública**.

A lei nega ao tutor legitimidade para praticar atos que colidam com os interesses do pupilo (CC, art. 1.749). Praticados sem prévia autorização, ou sem posterior ratificação do juiz, são **ineficazes** (CC, art. 1.748, parágrafo único). Responde o tutor **civil e penalmente** pelos prejuízos que, por culpa ou dolo, causar ao tutelado (CC, art. 1.752).

Dispondo o tutelado de bens, servirão eles para garantir-lhe **sustento e educação**, cabendo ao juiz fixar a quantia que entender necessária, considerando os rendimentos de sua fortuna (CC, art. 1.746).

21. CFJ – Enunciado 637: Admite-se a possibilidade de outorga ao curador de poderes de representação para alguns atos da vida civil, inclusive de natureza existencial, a serem especificados na sentença, desde que comprovadamente necessários para proteção do curatelado em sua dignidade.