



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

A admissão da tutela dúplice em observância ao melhor interesse do menor

Júlia Silva Fernandes de Lima

Rio de Janeiro
2013

JÚLIA SILVA FERNANDES DE LIMA

A admissão da tutela dúplice em observância ao melhor interesse do menor

Artigo Científico apresentado como exigência de conclusão de Curso de Pós Graduação *Lato Sensu* da Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Professores Orientadores:

Mônica Areal

Néli Luiza C. Fetzner

Nelson C. Tavares Junior

A ADMISSÃO DA TUTELA DÚPLICE EM OBSERVÂNCIA AO MELHOR INTERESSE DO MENOR

Júlia Silva Fernandes de Lima

Graduada pela Universidade Estácio de Sá.
Advogada.

Resumo: O presente trabalho visa a analisar as situações de deferimento da tutela previstas no Código Civil e no Estatuto da Criança e do Adolescente no sentido de criticar a aplicação do instituto a apenas uma pessoa como tutor, bem como pretende transmitir as posições doutrinárias e jurisprudenciais que admitem uma interpretação extensiva dos dispositivos legais que tratam do tema para atender ao melhor interesse do menor e o direito à convivência familiar.

Palavras-chave: Direito Civil (Direito de Família). Direito da Criança e do Adolescente. Admissão. Tutela dúplice. Melhor interesse do menor. Convivência familiar.

Sumário: Introdução. 1. Do alcance da tutela no contexto histórico e legislativo tendo por base o Código Civil de 1916, o Estatuto da Criança e do Adolescente, a Constituição Federal e o Código Civil de 2002. 2. Da compatibilização do instituto da tutela dúplice com o vetor constitucional da proteção integral do menor. 3. Crítica ao instituto da tutela unipessoal no que tange ao desrespeito ao direito à convivência familiar. 4. Da vedação legal da tutela dúplice e o posicionamento da jurisprudência diante do engessamento legislativo. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho trata do instituto da tutela no que tange à unipessoalidade do encargo de tutor no ordenamento jurídico pátrio, na doutrina e na jurisprudência, e tem por objetivo a ampliação da interpretação legislativa com o fito de atender ao melhor interesse do menor oportunizando a convivência familiar através da adoção da tutela dúplice.

O instituto da tutela historicamente e na literalidade da legislação infraconstitucional é tratado como encargo unipessoal com objetivo eminentemente patrimonial, isto é, o tutor é visto como administrador e gestor dos bens do menor que não está sobre o manto do poder familiar, seja em razão do falecimento dos pais, seja em função da suspensão ou destituição do poder familiar.

O Código Civil de 2002, nos artigos 1728 a 1766, permaneceu normatizando a tutela como encargo unipessoal, apesar dos preceitos e princípios constitucionais trazidos pela CR/88, pelo Estatuto da Criança e do Adolescente e do próprio diploma civilista que visam à proteção integral do menor e sua inserção no contexto familiar.

O presente artigo visa a compatibilizar a legislação civilista através de interpretação ampliativa no que tange à unipessoalidade do encargo no sentido de afastar a concepção estritamente patrimonial e conferir ao instituto caráter assistencialista na proteção dos interesses existenciais e personalíssimos do tutelado.

Nesse contexto, pretende-se conferir à tutela, com a nomeação de casal para o encargo de tutores, o caráter de entidade familiar em observância ao melhor interesse do menor.

1. DO ALCANCE DA TUTELA NO CONTEXTO HISTÓRICO E LEGISLATIVO TENDO POR BASE O CÓDIGO CIVIL DE 1916, O ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE, A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E O CÓDIGO CIVIL DE 2002

O instituto da tutela tem por finalidade precípua proteger menores de idade que carecem de seus genitores, seja pela suspensão ou destituição do poder familiar, seja pelo

falecimento dos genitores. Trata-se, portanto, de uma instituição de substituidade do poder familiar.

Historicamente a tutela teve como finalidade originária a proteção patrimonial de menores órfãos.

Em Roma, a tutela visava a proteger os bens daqueles que ainda não haviam alcançado a puberdade e que tivessem perdido seu *pater familias* por morte do chefe da família. A puberdade era definida pela possibilidade de procriação do indivíduo, que para as mulheres se estabeleceu a idade de 12 anos, e para os homens, 14 anos¹.

No direito romano, a tutela possuía três espécies dirigidas aos menores impúberes, quais sejam: testamentária, legítima e dativa. Na tutela testamentária, o *pater familias* nomeava o tutor por testamento. Previa-se, ainda, a tutela em sede legal, estabelecida na Lei das XII Tábulas, que determinava que o tutor devia ser pessoa livre e cidadão do sexo masculino, denominada de tutela legítima. Por fim, havia a tutela dativa, que era conferida pelo magistrado na hipótese de ausência de previsão das tutelas antecedentes. Acrescenta-se às espécies de tutela do direito romano a tutela perpétua, que se dirigia apenas às mulheres, fundamentada na insegurança e incapacidade feminina para os negócios, merecendo a proteção do instituto indiferentemente da idade que possuíssem.²

Vale ressaltar que o *pater familias* no período romano também abrangia os netos, uma vez que todos eram considerados incapazes enquanto presente a figura do chefe da família. Com a morte do pai da família, os filhos e os netos se tornavam independentes, e, na hipótese de ainda não terem atingido a puberdade poder-se-ia nomear-lhes um tutor com a finalidade de gerir os bens herdados.³

¹ SANTOS, Severino Augusto dos apud MADALENO, Rolf. *Curso de Direito de Família*. 4. ed. rev., ampl., atual. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 1102

² NADER, Paulo apud MADALENO, Rolf, op. cit., p. 1102.

³ VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil: Direito de Família*. 12. ed. V. 6. Rio de Janeiro: Atlas, 2012, p. 452.

Vislumbra-se, assim, uma finalidade eminentemente patrimonial no instituto da tutela quando da sua origem, que visava proteger e administrar os bens de menores órfãos quando ausente o *pater familias*.

A tutela disciplinada no direito brasileiro espelhou-se no direito português, mantendo o caráter patrimonialista do instituto.

No Código Civil de 1916, conforme se verifica dos art. 406 a 445, o legislador pretendeu, primordialmente, ao tratar do tema, preservar os bens dos órfãos ricos, conforme assevera Silvio Rodrigues, uma vez que dos quarenta artigos consagrados ao assunto, apenas um se referia aos menores abandonados.⁴

O Código Civil de Beviláqua tratava distintamente os genitores do menor quanto à nomeação do tutor, preferindo a escolha feita pelo genitor em detrimento da opção materna, quando versava da tutela testamentária. O art. 407 do Código Civil de 1916, com redação modificada pelo Decreto do Poder Legislativo nº 3725 de 1919, previa, ainda, que avós paternos e maternos, primeiramente aqueles, poderiam nomear tutor por testamento, *in verbis*: “Art. 407. O direito de nomear tutor compete ao pai, à mãe, ao avó paterno e ao materno. Cada uma destas pessoas o exercerá no caso de falta ou incapacidade das que lhes antecederem na ordem aqui estabelecida”⁵. Verifica-se neste dispositivo uma herança do direito romano no diploma brasileiro, uma vez que estendia o pátrio poder aos avós, o que não mais se justifica, pois não existe poder familiar dos avós em relação aos netos na legislação vigente.⁶

Com o advento da CRFB/88, o instituto da tutela sofreu drásticas transformações no que tange à sua interpretação, uma vez que introduzidos ao regramento pátrio os princípios da

⁴ RODRIGUES, Silvio apud RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de Família*. 8. ed. rev., ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 864.

⁵ BRASIL. Código Civil de 1916. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071impressao.htm>. Acesso em: 20 mar 2013.

⁶ VENOSA, Silvio de Salvo, op. cit., p. 453.

igualdade entre homens e mulheres, estabelecido no art. 5, I da CRFB, bem como o princípio da proteção integral do menor, previsto no art. 227 da CRFB.

O princípio da isonomia ou igualdade, previsto no art. 5, I da CRFB, trouxe uma nova visão do instituto, tendo em vista a equiparação em direitos e obrigações entre homens e mulheres perante a lei. Dessa forma, com a promulgação da Carta Magna de 1988, afasta-se a preferência da escolha do genitor na nomeação do tutor em relação à escolha da mãe, cabendo igualmente aos pais a indicação do tutor.⁷

No que tange ao princípio da proteção integral ao menor, o art. 227 da CRFB o alçou a direito fundamental norteador dos institutos legislativos que se dirigem aos menores, transformando crianças e adolescentes em sujeitos de direito. Assim, o instituto da tutela, após a Constituição da República de 1988, deve ser lido através de enfoque assistencial, e não somente com enfoque patrimonialista, visando garantir a criação, a educação, o lazer, a assistência, a integridade física e psíquica e o desenvolvimento intelectual, moral e material das crianças e adolescentes sob manto da tutela.⁸

Nesse contexto constitucional entrou em vigor o Estatuto da Criança e do Adolescente em 13 de julho de 1990, que regulamentou o instituto da tutela de forma breve, porém, não deixou de prever em seu art. 28 que a tutela visa à inserção da criança e do adolescente em família substituta.⁹

A tutela estabelecida no Estatuto da Criança e do Adolescente aplicar-se-á nas hipóteses estabelecidas pelo art. 98 do diploma menorista, isto é, quando a criança ou adolescente se encontrar em situação de ameaça ou violação aos seus direitos, por ação ou omissão da sociedade ou do Estado, por falta, omissão ou abuso dos pais ou responsável.

⁷ RIZZARDO, Arnaldo, op. cit., p. 864.

⁸ CHAVES, Cristiano; ROSENVALD, Nelson. *Direito das Famílias*. 2. ed. rev., ampl., atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 842.

⁹ TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. *Direito Civil: Direito de Família*. 6. ed. V. 5. rev., atual. São Paulo: Método, 2011, p. 506.

O art. 28 do Estatuto da Criança e do Adolescente estabelece em seus parágrafos que a tutela deve ser deferida não a qualquer pessoa, mas sim àquela que tenha vínculo afetivo com o menor ou ao menos afinidade, vislumbrando-se uma maior atenção ao interesse do menor, uma vez que busca prestigiar os laços de afinidade que unem tutor e tutelado.¹⁰

O Código Civil de 2002 não trouxe grandes inovações no âmbito da tutela no que tange à proteção integral do menor. O diploma civilista manteve a natureza eminentemente patrimonialista do instituto, tratando de maneira extensiva questões referentes à responsabilidade do tutor em relação à administração dos bens do tutelado.

Através de uma interpretação literal do art. 1733 §1º do Código Civil de 2002, verifica-se que a tutela se trata de encargo unipessoal, não se admitindo a nomeação de duas pessoas como tutores, pois a redação do referido parágrafo determina que quando nomeados dois ou mais tutores diversos, o que houver sido nomeado em primeiro lugar terá preferência quanto aos demais.¹¹ Vislumbra-se da redação da lei que a tutela não obteve o mesmo avanço principiológico que outros institutos trazidos pelo Código Civil de 2002, in verbis:

Art. 1.728. Os filhos menores são postos em tutela:

I - com o falecimento dos pais, ou sendo estes julgados ausentes;

II - em caso de os pais decaírem do poder familiar.

Art. 1.729. O direito de nomear tutor compete aos pais, em conjunto.

Parágrafo único. A nomeação deve constar de testamento ou de qualquer outro documento autêntico.

Art. 1.730. É nula a nomeação de tutor pelo pai ou pela mãe que, ao tempo de sua morte, não tinha o poder familiar.

Art. 1.731. Em falta de tutor nomeado pelos pais incumbe a tutela aos parentes consangüíneos do menor, por esta ordem:

I - aos ascendentes, preferindo o de grau mais próximo ao mais remoto;

II - aos colaterais até o terceiro grau, preferindo os mais próximos aos mais remotos, e, no mesmo grau, os mais velhos aos mais moços; em qualquer dos casos, o juiz escolherá entre eles o mais apto a exercer a tutela em benefício do menor.

Art. 1.732. O juiz nomeará tutor idôneo e residente no domicílio do menor:

I - na falta de tutor testamentário ou legítimo;

II - quando estes forem excluídos ou escusados da tutela;

III - quando removidos por não idôneos o tutor legítimo e o testamentário.

Art. 1.733. Aos irmãos órfãos dar-se-á um só tutor.

¹⁰ VERONESE, Josiane Rose Petry; GOUVÊA, Lúcia Ferreira de Bem; SILVA, Marcelo Francisco da apud MADALENO, Rolf. *Curso de direito de Família*. 4. ed. rev., ampl., atual. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 1103.

¹¹ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 8. ed. rev. atual. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2011, p. 612.

§ 1º No caso de ser nomeado mais de um tutor por disposição testamentária sem indicação de precedência, entende-se que a tutela foi cometida ao primeiro, e que os outros lhe sucederão pela ordem de nomeação, se ocorrer morte, incapacidade, escusa ou qualquer outro impedimento.

§ 2º Quem institui um menor herdeiro, ou legatário seu, poderá nomear-lhe curador especial para os bens deixados, ainda que o beneficiário se encontre sob o poder familiar, ou tutela.

Art. 1.734. As crianças e os adolescentes cujos pais forem desconhecidos, falecidos ou que tiverem sido suspensos ou destituídos do poder familiar terão tutores nomeados pelo Juiz ou serão incluídos em programa de colocação familiar, na forma prevista pela Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 - Estatuto da Criança e do Adolescente.¹²

Assim, não obstante o regramento legislativo referente ao instituto da tutela não ter evoluído em consonância com o princípio do melhor interesse do menor, oportunizando a inserção em família substituta por meio da nomeação da tutela dúplice, a doutrina e jurisprudência pátria vêm relativizando o texto legal e permitindo a nomeação de dois tutores para o encargo.

2. DA COMPATIBILIZAÇÃO DO INSTITUTO DA TUTELA DÚPLICE COM O VETOR CONSTITUCIONAL DA PROTEÇÃO INTEGRAL DO MENOR

A doutrina da proteção integral do menor, tutelada pela Organização das Nações Unidas, se encontra destacada no artigo 227 do texto constitucional, que assegura ao menor a garantia de seus direitos fundamentais com absoluta prioridade, como o direito à vida, à educação, à dignidade, à convivência familiar, etc.

Art. 227. 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. (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010)¹³

¹² BRASIL. Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 24 jun. 2013.

¹³BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 16 mar 2013.

Grandes avanços ocorreram em relação à proteção integral com a promulgação de tratados, como: Regras de Beijing (Resolução 40/33 – ONU -29 de novembro de 1985), que traz regras mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça da Infância e da Juventude; Diretrizes de Riad (ONU – 1º de março de 1988 – Riad), que trata das Diretrizes das Nações Unidas para a Prevenção da Delinquência Juvenil; bem como outros tratados e convenções das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança e do Adolescente.¹⁴

A doutrina da proteção integral da criança e do adolescente, outorgada pela Constituição Federal e regulamentada pela Lei 8069/1990, tornou o indivíduo menor de 18 anos sujeito de direitos, e não mais objeto carecedor de proteção, conforme se via na Doutrina da Situação Irregular.¹⁵

Há de ser notado também que o legislador constituinte originário visou atribuir responsabilidade de natureza solidária ao Estado, à sociedade e à família no que tange ao cumprimento dos direitos fundamentais da criança e do jovem, previstos no texto constitucional, conforme art. 227, caput da CRFB.

Da própria literalidade do caput do art. 227 da Constituição da República Federativa do Brasil se destaca a presença do direito à convivência familiar, a ser garantida de maneira integral, que no caso do instituto da tutela, não se dará pelos pais, pois a tutela terá aplicação apenas na hipótese de falecimento ou ausência dos pais, ou nos casos de destituição ou suspensão do poder familiar, conforme art. 1728 do Código Civil de 2002: “Art. 1.728. Os filhos menores são postos em tutela: I - com o falecimento dos pais, ou sendo estes julgados ausentes; II - em caso de os pais decaírem do poder familiar.”¹⁶

¹⁴ ARANTES, apud, CERQUEIRA, Thales Tácito, *Manual do Estatuto da Criança e do Adolescente: Teoria e Prática*. 2. ed. Niterói: Impetus, 2010, p. 20.

¹⁵ FONSECA, Antonio Cezar Lima da, *Direitos da Criança e do Adolescente*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 9.

¹⁶ BRASIL. Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 16 mar. 2013.

Leoni Lopes de Oliveira¹⁷ ensina que, etimologicamente, tutela advém da palavra latina *tuere*, que quer dizer proteger, defender, amparar, confirmando seu viés protetivo à criança e ao adolescente.

A tutela, instituto regulado tanto pelo Código Civil quanto pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, é a forma de proteção do menor de 18 anos através da colocação em família substituta, de acordo com o art. 28 do ECA, *in verbis*: “Art. 28. A colocação em família substituta far-se-á mediante guarda, tutela ou adoção, independentemente da situação jurídica da criança ou adolescente, nos termos desta Lei.”¹⁸

Sobre o aspecto da convivência familiar no âmbito da tutela, abarcado pela proteção integral, deve-se fazer uma análise do instituto sob o foco existencialista da proteção perpetrada pelo tutor, e não, tão somente, patrimonial, como poderia se vislumbrar da legislação civilista vigente.

A importância da proteção decorrente da tutela é tamanha que a proteção à infância e aos desamparados foi erigida a direito social por força da Emenda Constitucional nº 64/2010, atribuindo-se nova redação ao art. 6º da Constituição Federal¹⁹, *in verbis*:

Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 64, de 2010)²⁰

Diante da norma constitucional que alçou a proteção à infância e a assistência aos desamparados a direito social, vislumbra-se a tutela como forma de proporcionar a proteção integral do menor como meio de convivência familiar, através da colocação do menor

¹⁷ OLIVEIRA, apud, CHAVES, Cristiano; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil: Direito das Famílias*. 5. ed. rev., ampl., atual. Salvador: Jus Podium, 2013, p. 979.

¹⁸ BRASIL. Lei n. 8069, de 26 set. 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm. Acesso em: 16 mar. 2013.

¹⁹ CHAVES, Cristiano; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil: Direito das Famílias*. 5. ed., rev., ampl., atual. Salvador: Jus Podium, 2013, p. 976.

²⁰ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm. Acesso em: 16 mar. 2013.

desamparado em família substituta, que seja capaz de proporcionar um lar sadio e afetuoso, como consectário da dignidade humana da criança e do adolescente.

Conforme sustentado por Cristiano Chaves e Nelson Rosenwald²¹, na obra sobre Direito das Famílias, em relação ao papel existencialista da tutela “a proteção ao patrimônio não é um fim em si mesma, mas o meio, um caminho, para a completa proteção do ser.” Diante da brilhante colocação dos doutrinadores mencionados, vislumbra-se ultrapassada a característica puramente patrimonialista da tutela, acrescentando-se à idéia de proteção do menor em todas as suas vertentes, garantindo-lhes o crescimento saudável e a convivência familiar.

Bem assevera Andréia Rodrigues Amim²² no sentido de que a proteção integral se mostra como um “tipo aberto, conforme melhor técnica legislativa, permitindo ao juiz e operadores da rede uma maior liberdade na análise dos casos que ensejam medidas de proteção”.

Nesse enfoque, verifica-se que a nomeação de dois tutores corrobora com os objetivos constitucionais de proteção integral e garantia dos direitos sociais da criança e do adolescente à convivência familiar.

Desta forma, demonstra-se absolutamente possível ao magistrado aplicar o princípio da proteção integral para nomear dois tutores, uma vez que observe a possibilidade de construção de família substituta entre tutores e menor, pois a proteção integral garante essa liberdade ao decidir pelas medidas de proteção que devem ser adotadas para cada caso concreto.

²¹ CHAVES, op. cit., 2013, p. 976.

²² AMIM, apud, CHAVES, op. cit., 2013, 978.

Nesse sentido, vemos o princípio da proteção integral não como simples orientação diante da escolha de medidas, mas sim como um norteador que deve administrar e orientar todas as atitudes concretas da sociedade e do Estado em prol de crianças e adolescentes.²³

A tutela dúplice vem abarcar a idéia de núcleo familiar no sentido de conferir os deveres de tutor não somente a uma única pessoa, mas a um casal, em substituição aos pais falecidos, ausentes, suspensos ou destituídos do poder familiar, para suprir a carência de representação ou assistência do menor para certos atos da vida.

Vale ressaltar que a tutela apenas se dá na hipótese de ausência do poder familiar, e que a este não substitui ou se sobrepõe, pois se trata de encargo imposto por determinação judicial.

O poder familiar possui natureza abrangente e ilimitada. Assim, a colocação em família substituta por meio da tutela não confere o exercício do poder familiar ao tutor, pois este será fiscalizado pelo juiz ou por um protutor, pessoa nomeada pelo magistrado com a função de fiscalizar os atos de administração do tutor. Porém, conforme doutrina de Roberto de Ruggiero²⁴, a tutela “trata-se de um poder que imita em grande parte o pátrio poder, na sua espécie mais importante, que é o cuidado de menores.”

A tutela dúplice compatibiliza-se com a proteção integral conferida ao menor no que tange ao vetor da convivência familiar que lhe é garantida pela Constituição.

Garantir ao menor a possibilidade de ter dois tutores responsáveis pela sua criação, tanto no aspecto psicológico quanto pelo aspecto material, proporciona ao jovem uma identidade de núcleo familiar, e não uma intenção de mera governança quanto aos interesses financeiros.

Tendo em vista que a nomeação da tutela pode se dar a indivíduos que não tenham relação de parentesco com o menor, pois a própria lei civil confere a possibilidade de o tutor

²³ FONSECA, op. cit., 2011, p. 12.

²⁴ RUGGIERO, apud, CHAVES, op. cit., 2013, p.980.

ser pessoa residente no domicílio onde já residia a criança ou adolescente, mesmo que não haja parentesco entre eles, verifica-se que, após a Constituição Federal de 1988, o vínculo formado pela tutela deve se basear no afeto entre a criança e o casal de tutores.

A tutela dúplice tem como objetivo conferir aspectos familiares à relação entre tutores e tutelado no sentido de que a família, como lecionado por Cristiano Chaves e Nelson Rosenwald²⁵, “deve servir como ambiente propício para a promoção da dignidade e a realização da personalidade de seus membros, integrando sentimentos, esperanças e valores, servindo como alicerce fundamental para o alcance da felicidade”.

3. CRÍTICA AO INSTITUTO DA TUTELA UNIPessoal NO QUE TANGE AO DESRESPEITO AO DIREITO À CONVIVÊNCIA FAMILIAR.

No que tange ao direito fundamental à convivência familiar podemos vislumbrar no 6º Princípio da Declaração Universal de Direitos Humanos que, para o desenvolvimento completo e harmonioso de sua personalidade, a criança precisa de amor e compreensão, assegurando-se um ambiente de afeto e segurança moral e material, sob a responsabilidade dos pais.²⁶

Desta forma, em relação ao direito à convivência familiar e comunitária da criança e do jovem não mais se discute sua natureza de direito fundamental, assim entendido como um conjunto de prerrogativas e instituições que, em cada momento histórico, concretizam as exigências da liberdade, igualdade e dignidade entre os seres humanos, cujo conteúdo ético se traduz na dignidade da pessoa humana. Erigindo-se o direito à convivência familiar ao patamar de direito fundamental procura-se romper com a secular prática brasileira da

²⁵ CHAVES, op. cit., p.48.

²⁶ LIBERATI, Wilson Donizeti. *Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente*. 11. ed., rev., ampl. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 25.

"institucionalização" de crianças e adolescentes, via de regra, em razão da pobreza, orfandade ou abandono dos pais.

Neste diapasão afirma Tânia da Silva Pereira²⁷:

A falta de identificação da criança com alguma pessoa de forma continuada e afetuosa conduz ao desenvolvimento de um quadro conhecido como hospitalismo, manifestado em crianças abrigadas em instituições, sem afastar a possibilidade de se desenvolver um quadro psicotizante pela falta de uma segura referência materna e familiar.

Contudo, apenas ao final do século XX a convivência familiar é compreendida e passa a ser tratada como um direito fundamental da pessoa em formação.

A jurisprudência do STJ, em casos referentes à adoção, que como a tutela se referem à colocação da criança ou adolescente em família substituta, vem decidindo em consonância com o direito fundamental à convivência familiar, conforme se vislumbra do teor acórdão de relatoria da Ministra Nancy Andrighi, *in verbis*:

O pedido de adoção, formulado neste processo, funda-se no art. 41, § 1º, do ECA correspondente ao art. 1.626, parágrafo único, do CC/02), em que um dos cônjuges pretende adotar o filho do outro, o que permite ao padrasto invocar o legítimo interesse para a destituição do poder familiar do pai biológico, arvorado na convivência familiar, ligada, essencialmente, à paternidade social, ou seja, à socioafetividade, que representa, conforme ensina Tânia da Silva Pereira, um convívio de carinho e participação no desenvolvimento e formação da criança, sem a concorrência do vínculo biológico (Direito da criança e do adolescente – uma proposta interdisciplinar – 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 735). O alicerce, portanto, do pedido de adoção reside no estabelecimento de relação afetiva mantida entre o padrasto e a criança, em decorrência de ter formado verdadeira entidade familiar com a mulher e a adotanda, atualmente composta também por filha comum do casal. Desse arranjo familiar, sobressai o cuidado inerente aos cônjuges, em reciprocidade e em relação aos filhos, seja a prole comum, seja ela oriunda de relacionamentos anteriores de cada consorte, considerando a família como espaço para dar e receber cuidados. (...) O direito fundamental da criança e do adolescente de ser criado e educado no seio da sua família, preconizado no art. 19 do ECA, engloba a convivência familiar ampla, para que o menor alcance em sua plenitude um desenvolvimento sadio e completo. Atento a isso é que o Juiz deverá colher os elementos para decidir consoante o melhor interesse da criança. Diante dos complexos e intrincados arranjos familiares que se delineiam no universo jurídico – ampliados pelo entrecruzar de interesses, direitos e deveres dos diversos componentes de famílias redimensionadas –, deve o Juiz pautar-se, em todos os casos e circunstâncias, no princípio do melhor interesse da criança, exigindo dos pais biológicos e socioafetivos coerência de atitudes, a fim de promover maior harmonia familiar e consequente segurança às crianças introduzidas nessas inusitadas tessituras. Por tudo isso – consideradas as peculiaridades do processo –, é que deve ser concedido ao padrasto – legitimado ativamente e detentor de interesse de agir – o direito de postular em juízo a destituição do poder familiar – pressuposto

²⁷PEREIRA, Tânia da Silva. *O Cuidado como Valor Jurídico*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p.309.

lógico da medida principal de adoção por ele requerida – em face do pai biológico, em procedimento contraditório, consonante o que prevê o art. 169 do ECA.²⁸

Nesse mesmo sentido colaciona-se acórdão de relatoria do Ministro Luis Felipe Salomão, aplicando a regra da convivência familiar em processo de guarda requerida pelos avós do menor:

Em casos como o dos autos, em que os avós pleiteiam a regularização de uma situação de fato, não se tratando de “guarda previdenciária”, o Estatuto da Criança e do Adolescente deve ser aplicado tendo em vista mais os princípios protetivos dos interesses da criança. Notadamente porque o art. 33 está localizado em seção intitulada “Da Família Substituta”, e, diante da expansão conceitual que hoje se opera sobre o termo “família”, não se pode afirmar que, no caso dos autos, há, verdadeiramente, uma substituição familiar. O que deve balizar o conceito de “família” é, sobretudo, o princípio da afetividade, que “fundamenta o direito de família na estabilidade das relações socioafetivas e na comunhão de vida, com primazia sobre as considerações de caráter patrimonial ou biológico.”²⁹

Na hipótese de determinação judicial da tutela, o exercício de tais direitos não se dará através dos pais, pois, como já abordado, a tutela se aplica nas hipóteses de afastamento do poder familiar, por destituição ou suspensão do poder familiar, mas sim aos tutores em substituição a família originária, impossibilitada de exercer seus deveres em relação à criança ou adolescente.

Apesar de, primordialmente, se privilegiar a criação e educação das crianças pela família natural, em certas situações, haverá de se adotar medidas de colocação em família extensa ou família substituta, quando restar demonstrado, diante do caso concreto, que esta medida atende ao melhor interesse do menor.

Nas palavras de Wilson Donizetti Liberati³⁰ entende-se que “família natural é a comunidade primeira da criança. Lá ela deve ser mantida, sempre que possível, mesmo apresentando carência financeira”. E, completa o doutrinador sustentando que, a família

²⁸ BRASIL. STJ. Relator: Ministra Nancy Andriighi, REsp 1106637 / SP. Data do Julgamento: 1/06/2010, Disponível em: http://www.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?newsession=yes&tipo_visualizacao=RESUMO&b=AOR&livre=11006637. Acesso em 14 Abr. 2013.

²⁹ BRASIL. STJ. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão, REsp 945283 / RN, Data do Julgamento: 15/09/2009, Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=945283&&b=ACORD&p=true&t=&l=10&i=6>. Acesso em 14 Abr. 2013.

³⁰ LIBERATI, op cit., p. 32.

substituta surge supletivamente visando à integração social da criança quando a família natural tenha se dissolvido, caracterizada a situação de risco.³¹

O Estatuto da Criança e do Adolescente ampliou o espectro do conceito de família quando trouxe para o ordenamento a prioridade de acolhimento da criança pela família extensa. Essa espécie de família, acrescentada pela Lei 12.010/2009, está prevista no art. 25 do ECA, incluindo no conceito de família, além dos pais e filhos ou unidade do casal, os parentes mais próximos, com os quais a criança convive e mantém vínculo de afinidade e afetividade.³²

A tutela é uma forma de colocação em família substituta, conforme disciplina o art. 28 do ECA, cabendo analisar o conceito de família substituta e como a criança tutelada deve se encaixar nessa espécie familiar.

Cediço que a medida de colocação em família substituta é excepcional no ordenamento jurídico. Apenas se faz uso dessa medida quando a família natural tenha fracassado no que tange aos deveres advindos do poder familiar, ou por uma fatalidade, como no caso de falecimento de ambos os pais, ou por mero descaso e abandono destes.

A família substituta tem os mesmo deveres e obrigações da família natural para com a criança, sendo um dos consectários da tutela o dever de guarda. Portanto, mais uma vez vale ressaltar a despatrimonialização do instituto para se confirmar seu caráter assistencialista, cabendo ao tutor educar, proteger, dar afeto, partindo-se da premissa da doutrina da proteção integral em todos os seus aspectos.

A importância do vínculo familiar foi brilhantemente apresentada por Cenise Monte Vicente³³ em seu texto “O Direito à Convivência Familiar e comunitária: uma política de manutenção do vínculo”.

³¹ *ibid*, p. 33.

³² *ibid*, p. 27.

³³ VICENTE, apud, MACIEL, Kátia (coordenadora). *Curso de Direito da Criança e do Adolescente: Aspectos Teóricos e Práticos*. 4. ed. rev., atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 75.

O vínculo é um aspecto tão fundamental na condição humana, e particularmente essencial ao desenvolvimento, que os direitos da criança o levam em consideração na categoria convivência – viver junto. O que está em jogo não é uma questão moral, religiosa ou cultural, mas sim uma questão vital. Na discussão das situações de risco para a criança, a questão da mortalidade infantil ou da desnutrição é imediata. Sobreviver é condição básica, óbvia, para o direito à vida. Deve-se acrescentar a dimensão afetiva, na qual possa crescer plenamente, brincar, contar com a paciência, a tolerância e a compreensão dos adultos sempre que estiver em dificuldade.

Nessa diapasão, deve se ter em mente que o direito à convivência familiar não resta afastado quando da aplicação da tutela como forma de colocação em família substituta, uma vez que a convivência familiar deve ser reafirmada nessa espécie de família, já que afastada a convivência familiar da família natural, mesmo que temporariamente.

No caso de destituição do poder familiar, a convivência familiar que deve ser assegurada é a convivência com a família substituta, inclusive, nas hipóteses de nomeação da tutela, de acordo com o melhor interesse do menor.

Como bem assevera Antonio Cezar Lima da Fonseca³⁴ os direitos à convivência familiar não são absolutos podendo ser restringidos ou ajustados de acordo com o caso concreto em observância à doutrina da proteção integral.

Desta forma, quando se trata de tutela, a própria legislação traz essa como uma das formas de colocação em família substituta, remetendo-se à idéia de inserção da criança em núcleo familiar substitutivo, e não apenas vínculo administrativo dos bens do menor, oportunizando à criança o desenvolvimento em ambiente familiar adequado.

De acordo com José Luiz Mônaco da Silva³⁵, ambiente familiar adequado é aquele em que a criança se sinta envolta de afeto e segurança, sendo sinônimo de ambiente familiar sadio, no qual se estão presentes pessoas de boa índole moral.

Diante de todos os argumentos apresentados, não há que dissentir da proposta de que a atribuição do encargo de tutor a um casal, ou mesmo a dois irmãos mais velhos, em conjunto, que passem a dividir e compartilhar os deveres do encargo de tutor, seria oportunizar à

³⁴ FONSECA, op. cit., p. 69.

³⁵ SILVA, apud, FONSECA, op. cit., 68.

criança e ao adolescente toda a identidade familiar que este instituto pode ensejar, e não apenas a uma única pessoa, quando a situação demonstrar ser mais adequado que duas pessoas vinculadas à aquela criança desamparada de poder familiar tenham gerência na sua criação e educação.

Não há fundamento jurídico-constitucional que fundamente a unipessoalidade da tutela, pois a restrição da concessão da tutela dúplice apenas impossibilita a criança ou o adolescente de um convívio familiar tutelado formalmente pelo Estado, uma vez que apenas um único elemento da família poderá responder pelos atos praticados em nome do tutelado, nos remetendo ao direito romano em que apenas o *pater familias* tinha poderes para decidir sobre a condução daquele grupo familiar.

A tutela compartilhada, como Maria Berenice Dias³⁶ denomina o instituto, sinônimo de tutela dúplice, denominação adotada neste artigo, é forma de exercício do encargo por duas pessoas conjuntamente.

Conforme sustentado em sua obra, a doutrina supracitada não vislumbra óbice em nomear duas pessoas para o encargo, uma vez que para ela de acordo com o ECA o critério adotado pelo diploma civilista deve ser revisto, pois atender-se-ia ao melhor interesse do menor conferir a tutela a um casal, sejam seus membros unidos pelo casamento ou por união estável, de natureza hétero ou homoafetiva, pois “não admitir tais possibilidades, além de afrontar toda uma nova concepção calcada no princípio do melhor interesse de crianças e adolescentes, escancara o fato de que a preocupação da tutela é exclusivamente com os bens do tutelado, e não com a sua pessoa.”³⁷

Desta forma, a nomeação de um único tutor desrespeita por completo os ditames constitucionais de proteção integral ao menor no que tange à convivência familiar, uma vez

³⁶ DIAS, Maria Berenice, *Manual de Direito das Famílias*. 8. ed. rev., atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 612.

³⁷ *ibid*, p. 612.

que a tutela unipessoal estabelecida pela literalidade do diploma civilista apenas está visando resguardar questões de ordem material, pois o tutor teria o encargo único e exclusivo de administrar e gerir os bens do tutelado.

A tutela unipessoal infringe a nova ordem civilista constitucional, baseada na primazia do ser, pautada na dignidade da pessoa humana, uma vez que o direito fundamental à convivência familiar demonstra-se como uma das vertentes da dignidade da criança e do adolescente enquanto ser necessitado de afeto para formação da sua personalidade.

A necessidade de identificação da criança e do adolescente com a unidade familiar suplanta as questões patrimoniais reguladas pelo Código Civil, pois em muitas hipóteses o menor não terá bens para serem geridos. O menor hipossuficiente financeiro pode até mesmo carecer de alimentos, que poderão ser de responsabilidade do próprio tutor, na hipótese, por exemplo, de falecimento dos pais, o que demonstra ainda mais a benesse da nomeação de dois tutores, que poderiam dividir a responsabilidade alimentar do tutelado.

A legislação civilista se demonstra ultrapassada ao atribuir o encargo de tutor exclusivamente ao homem ou à mulher que formam o casal, seja pelo regime do matrimônio ou pela união estável, verificando-se uma incongruência entre o instituo da guarda e os institutos da tutela e curatela, que permanecem a resguardar apenas efeitos patrimoniais dos necessitados.

A guarda, seja exercida pelos próprios pais como um consectário do poder familiar, seja exercida por terceiros como forma de colocação em família substituta, admite o compartilhamento, isto é, não se afastam os deveres e direitos da outra pessoa ligada ao menor, quando houver o exercício da guarda.

Desta forma, pais divorciados exercem a guarda dos filhos conjuntamente, de maneira compartilhada, cabendo-lhes todos os deveres inerentes ao poder familiar, como a educação, sustento, e principalmente o convívio, que se desnuda tanto no dever de afeto, como no direito

que os próprios genitores têm de visitar e conviver com a criança ou adolescente, caso o menor, em atenção ao seu melhor interesse, resida com um dos pais.

Esse mesmo enfoque deve ser atribuído à tutela, pois, conforme lições de Dollores Loyarte³⁸, esta determinação restrita e vestuta de um procedimento paternalista da tutela que não se coaduna com a formação das famílias contemporâneas, nem com a pessoa que vem a ser resguardada pelo instituto da tutela, inexistindo motivos para impossibilitar a tutela conjunta para um casal de avós ou irmãos mais velhos e adultos, que na realidade fática da vida cotidiana a exercem de maneira compartilhada, dividindo as atribuições e os deveres de criação, guarda, sustento, etc., do menor tutelado, apesar de a lei fixar que apenas um deles é o responsável por tais atribuições.

Porque razão haveria a lei de restringir o dever da tutela apenas a uma única pessoa, se no interesse do menor seria de melhor alvitre que duas pessoas estivessem obrigadas legalmente a resguardar essa criança ou adolescente? Não se pode diminuir o espectro de proteção do menor por mera interpretação literal de normas elaboradas à época em que o direito se atinha a proteger interesses patrimoniais, afastados da idéia de dignidade do ser no que tange à convivência familiar.

É nesse sentido que Dollores Loyarte³⁹ combate a opção legislativa, questionando:

a razão pela qual os filhos dos avós precisam de dupla autoridade parental e proteção a seus netos, filhos de seus próprios filhos, só precisam de uma única representação, preferindo a um avô e deixando a lei o outro de suplente, como se não fosse realmente participar da vida diária do neto que não ficou sob sua tutela legal.

Conforme posição doutrinária trazida, há de se questionar o fundamento normativo que lastreia o instituto da tutela, uma vez que em completo descompasso em relação à atualização das regras dirigidas ao poder familiar e à guarda, visto que estes últimos se fundam nos princípios constitucionais de isonomia do homem e da mulher, bem como da valorização da convivência familiar da criança e do adolescente.

³⁸ LOYARTE apud MADALENO, op. cit., p. 1100.

³⁹ ibid, p. 1100.

O contrário se dá na aplicação da tutela, que se afasta do novo contexto protetivo da criança e do adolescente erigido a direito fundamental, uma vez que inadmitir a tutela dúplice, seria privar o menor da proteção estatal à convivência familiar, que deveria estar devidamente regulada pelo diploma civilista.

Dolores Loyarte⁴⁰ questiona ainda:

este sistema arcaico e unipessoal do encargo tutelar está realmente protegendo a criança e o adolescente desprovido do poder familiar de seus pais, a ponto de estarem lhe sendo assegurados, com absoluta prioridade, o respeito à vida digna e à convivência familiar, erradicando todas as formas de discriminação (CF, art. 227)?

Assim como defende a supracitada autora em resposta a tal questionamento, é de se entender que não. As regras previstas na legislação vigente dirigidas à tutela, por total descompasso e desarmonia com o sistema constitucional outorgado a proteger de forma integral o interesse da criança e do adolescente, merecem ser declaradas inconstitucionais, exatamente por não conferir a possibilidade de nomeação de tutela dúplice ou conjunta, interpretando-se adequadamente as normas adstrita à tutela em harmonia com os princípios constitucionais dos direitos humanos.⁴¹

Por todos os fundamentos narrados, vislumbra-se que o afastamento das regras que levam à unipessoalidade do encargo tutelar devem ser afastadas, aplicando-se, assim, através de interpretação conforme à Constituição, a tutela dúplice.

4. DA VEDAÇÃO LEGAL DE TUTELA DÚPLICE E O POSICIONAMENTO DA JURISPRUDÊNCIA DIANTE DO ENGESSAMENTO LEGISLATIVO.

O engessamento legislativo do instituto pode ser verificado na vedação da legislação civilista (art. 1333, caput e §1º do Código Civil de 2002), quanto à aplicação da tutela dúplice de modo a caracterizar um retrocesso na sistemática do direito das famílias, uma vez que

⁴⁰ ibid, p. 1100.

⁴¹ ibid, p. 1100.

mantém uma idéia de família patrimonializada que não acompanhou as modificações trazidas pela Constituição Federal de 1988.

A jurisprudência, com base na doutrina da proteção integral, traduzido como tipo aberto que confere ao magistrado poder mais amplo para decidir de maneira a proteger o melhor interesse do menor, vem afastando a característica da unipessoalidade do encargo tutelar, mesmo que inicialmente pudesse aparentar um ato decisório contra legem.

Em verdade, a jurisprudência apenas vem aplicar o princípio constitucional da dignidade da criança, o direito ao afeto, o direito à convivência familiar ao instituto da tutela, conferindo a reinterpretação das regras apresentadas pelo legislador de acordo com os novos ditames do direito civil-constitucional.

Nesse sentido, andam em sintonia jurisprudência e doutrina moderna no que tange aos requisitos para deferimento da tutela, bem como, e principalmente, quanto à finalidade da tutela, como bem assevera Rolf Madaleno⁴²:

Em sua essência, a tutela é uma instituição de amparo, cuidando um terceiro de preencher o vazio deixado pela falta ou ausência dos pais, encarregado o tutor de cuidar do menor, velar por sua saúde e moral, atender aos itens pertinentes à sua educação, administrar seus bens, para, em suma, suprir a incapacidade transitória do menor, que em razão de sua idade e menor desenvolvimento e tirocínio mental, não pode, ainda, levar a cabo os atos da sua vida civil por absoluta falta de aptidão natural, mas, com efeito, que um tutelado em evidente estado de vulnerabilidade veria hierarquizada sua integral proteção, posta em pé de igual com o realismo do poder familiar, se pudesse ser destinatário de uma tutela conjunta e de dupla proteção, como sucede na prática e na sua realidade social.

O Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo já proferiu decisão conferindo a tutela dúplice aos avós do menor, apesar da insurgência do Ilmo. Representante do Ministério Público Estadual, que adotou a tese legalista, no sentido de entender pela obrigatoriedade da concessão do encargo do tutor a apenas uma única pessoa, seguindo a doutrina que defende a unipessoalidade, *in verbis*:

Insurge-se o Ministério Público Estadual contra o fato de que não poderiam ser nomeadas duas pessoas para o exercício da tutela, eis que a lei civil impõe que a tutela somente poderia ser exercida por uma pessoa. O art. 1.733, do CC/02, contém o princípio da unidade e indivisibilidade da tutela ao prever a nomeação de apenas

⁴² MADALENO, op. cit., p. 1102.

um tutor para dois irmãos órfãos. A unicidade da tutela é vantajosa por manter a união familiar, resguardando melhor os interesses que são comuns, além de permitir a melhor administração dos bens. Contudo, é de se ressaltar que na espécie, não se tratar de menores órfãos. Na verdade, a tutela foi concedida aos avós maternos, que já possuíam a guarda de fato dos menores desde o nascimento, em virtude da suspensão do poder familiar dos pais. Assim, a tutela foi concedida em virtude do disposto no art. 1.728, inc. II, do CC/02. Não há óbice legal a concessão da tutela aos avós paternos, sendo que a restrição imposta no art. 1.733, do CC/02, refere-se primeiramente a irmãos órfãos, a fim de que não sejam criados em famílias distintas, o que impõe, de regra, seja-lhes dado o mesmo tutor. Então, em vista do fim preconizado, mais certo e consentâneo com seu fim, entender que a lei não impõe um único tutor, mas que o tutor designado seja o mesmo, ou, no caso, os mesmos tutores. Na apreciação e decisão acerca da instituição da tutela, o juiz deverá observar, em conjunto com as normas contidas no Código Civil, as disposições do ECRAD, sobretudo no que diz respeito ao bem estar e resguardo dos interesses do menor, o que foi, na espécie, interiramente observado. E, em atendimento ao interesse dos menores, considerando-se que ambos já viviam sob a guarda dos avós maternos desde o nascimento, deve a r. sentença guerreada ser mantida incólume, subsistindo os tutores designados. Recurso improvido.⁴³

Da decisão colacionada, verifica-se o afastamento da regra da unipessoalidade, que se caracterizaria pela unicidade e indivisibilidade do encargo de tutor atribuído no art. 1733 do Código Civil. A decisão privilegiou o interesse do menor, garantindo que ambos os avós, que já detinham a guarda, mantivessem o encargo de tutores conjuntamente, vez que os requisitos da unicidade e indivisibilidade dispostos na lei visam apenas evitar que irmãos órfãos tenham tutores distintos, acarretando o afastamento destes, e não proibir a atribuição do encargo a duas pessoas que mantenham o vínculo de entidade familiar entre tutores e tutelado.

Há decisão do Egrégio Tribunal de Justiça de Minas Gerais, acompanhado pelo parecer do Procurador de Justiça, no sentido de que é admissível a concessão da tutela dúplice, conferindo a possibilidade de que o casal figura do pólo ativo da demanda em que se requer a formalização da tutela de menor que já se encontra residindo com o casal desde que se tornou órfã, sendo que uma das autoras é avó da menor.

O instituto da tutela disciplinada pelo Código Civil de 1916 e 2002 visou, primordialmente, à proteção do patrimônio do menor. Com o advento do Estatuto da Criança e do Adolescente, a tutela adota nova concepção, constituindo-se como uma das formas de colocação do menor em família substituta. A partir de então, ampliou-se o conceito do instituto, que passou a se preocupar, fundamentalmente, com o melhor interesse da criança e do adolescente e não mais com os bens do menor. Assim, embora o Código Civil faça menção ao termo "tutor", no singular, a meu

⁴³ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo. Relator: Desembargador Elpídio José Duque. Processo 0008669-39.2006.8.08.0000,, Data do Julgamento: 30/01/2007, Disponível em: <http://aplicativos.tjes.jus.br/consultaunificada/faces/pages/pesquisaSimplificada.xhtml>. Acesso em: 14 abri. 2013.

aviso, o Estatuto permite a nomeação de duas pessoas para o desempenho do encargo, quando a medida atender melhor aos interesses do tutelado. (...) No presente caso, o menor, atualmente com 11 anos, vive efetivamente sob os cuidados do casal desde 04/11/2004. Assim, como bem ressaltou o i. Promotor de Justiça, não há empecilho para que a tutela seja exercida por mais de um tutor, considerando-se que, no presente caso, trata-se de marido e mulher e a medida visa garantir o melhor interesse do menor, pois, na condição de tutelado poderá gozar dos direitos beneficiários dos dois tutores. Nesse contexto, tenho que deve ser acolhido o aditamento pretendido, a fim de que seja incluído o Sr. J.B. no pólo ativo do processo, devendo a sentença ser desconstituída. (...).⁴⁴

Vislumbra-se que o Relator do acórdão fundamenta que, apesar do Código Civil utilizar do termo “tutor” no singular, o que poderia nos remeter a idéia da unipessoalidade, não há óbice legal para o deferimento da tutela dúplice, uma vez que após a entrada em vigor do Estatuto da Criança e do Adolescente, privilegiar-se-ia o melhor interesse do menor, que com a nomeação de dois tutores o tutelado gozaria do direito de beneficiário de ambos.

O Tribunal de Justiça do Estado do Paraná proferiu decisão no sentido de não reconhecer a tutela conjunta quando da vigência do Código Civil de 1916, cujo instituto se encontrava previsto no art. 411. Os autos em que se questionava a possibilidade de concessão do encargo para duas pessoas foram julgados em 1996, e restou afastada a possibilidade de aplicação da tutela dúplice em respeito à regra da unicidade da tutela.

ACORDAM os Desembargadores integrantes da Quarta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, por unanimidade de votos, em dar provimento ao recurso, nos termos do parecer da d. Procuradoria Geral de Justiça. EMENTA: APELACAO CIVEL. TUTELA. NOMEACAO DE DOIS TUTORES EM COMUM AO INVES DE UM SO. IMPOSSIBILIDADE. APLICACAO DO ARTIGO 411, DO CODIGO CIVIL. DECISAO REFORMADA. RECURSO PROVIDO. Não ha que se deferir tutela na forma feita, mesmo porque não se estará dando um tutor a cada um dos menores, mas sim dois tutores a cada um deles, com ofensa ao principio da unidade da tutela, nos termos do artigo 411 do Código Civil.⁴⁵

A ementa do acórdão do Tribunal de Justiça do Paraná demonstra a posição legalista e patrimonialista adota pela jurisprudência na década de 90, uma vez que vedaram a

⁴⁴ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Relator: Desembargador Bitencourt Marcondes. Apelação Cível 1.0079.07.384112-8/001 Data do Julgamento: 22/04/2010, Disponível em: <http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0079.07.384112-8%2F001&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar>. Acesso em: 14 abri. 2013.

⁴⁵ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Relator: Desembargador Wanderlei Resende. Processo 45486-2. Data do Julgamento: 04/09/1996, Disponível em: <http://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/1321682/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-45486-2>. Acesso em: 14 abri. 2013.

concessão do encargo de dois tutores a cada menor com fundamento apenas na ofensa do princípio da unicidade da tutela, pois àquela época se visava mais o resguardo dos interesses patrimoniais do que as questões afetas à dignidade moral e psíquica da criança, conferindo ao tutor o dever de mero administrador, em verdadeira discrepância com os princípios que regem o direito da criança e do adolescente trazidos em 1988 pela novel Lei Maior!

As decisões mais atuais, conforme se verifica dos acórdãos dos Tribunais do Espírito Santo e Minas Gerais, respectivamente julgados em 2007 e 2010, se fundamentam na doutrina da proteção integral, privilegiando o melhor interesse em detrimento da letra fria da lei civil, conferindo interpretação ampliativa ao encargo e afastando a característica da unicidade.

A jurisprudência contemporânea se coaduna com os ditames do direito civil-constitucional, bem como com as normas trazidas pelo Estatuto da Criança e do Adolescente. Através de interpretação teleológica das normas dirigidas à proteção do menor verifica-se que a aplicação da tutela dúplice é admitida pelo sistema jurídico, pois a finalidade precípua do direito da criança e do adolescente é garantir o melhor interesse do menor, cabendo ao magistrado afastar a unicidade e individualidade do encargo de tutor quando possível a concessão da tutela dúplice.

CONCLUSÃO

O instituto da tutela conforme concebido pela legislação, seja no Código Civil, seja no Estatuto da Criança e do Adolescente, deve ser interpretado de acordo com os ditames e princípios constitucionais de proteção à criança e ao adolescente.

Pela literalidade dos artigos 1728 e seguintes, em especial o artigo 1733, todos do Código Civil, a tutela do menor somente será deferida a uma única pessoa quando houver a ausência dos pais ou pela morte ou pela destituição ou suspensão do poder familiar.

A Constituição e o Estatuto da Criança e do Adolescente adotam a doutrina da proteção integral, que engloba a aplicação do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente em todas as relações fáticas e jurídicas que envolvam crianças e adolescentes.

A tutela evoluiu de um instituto eminentemente patrimonialista para lhe ser agregado aspectos sociais e afetivos.

Doutrina majoritária e jurisprudência vêm adotando o instituto da tutela dúplice, também conhecido por tutela compartilhada afastando a literalidade do encargo unipessoal do tutor para abranger tal encargo a duas pessoas.

Desta forma, verifica-se a admissão da tutela dúplice para conferir à criança e ao adolescente o direito fundamental à convivência familiar através da aplicação da doutrina integral e do princípio do melhor interesse, afastando-se a aplicação literal das regras estabelecidas a partir do artigo 1728 do Código Civil.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 16 mar. 2013.

BRASIL. Código Civil de 1916. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071impressao.htm>. Acesso em: 20 mar 2013.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 16 mar 2013.

BRASIL. Lei n. 8069, de 26 set. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm>. Acesso em: 16 mar. 2013.

BRASIL. STJ. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. REsp 945283 / RN, Data do Julgamento: 15/09/2009, Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=945283&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=6>. Acesso em 14 Abr. 2013.

BRASIL. STJ. Relator: Ministra Nancy Andrichi. REsp 1106637 / SP, Data do Julgamento:1/06/2010, Disponível em:http://www.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?newsession=yes&tipo_visualizacao=RESUMO&b=ACOR&livre=1106637. Acesso em 14 Abr. 2013.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo. Relator: Desembargador Elpídio José Duque. Processo 0008669-39.2006.8.08.0000, Data do Julgamento: 30/01/2007, Disponível em: <http://aplicativos.tjes.jus.br/consultaunificada/faces/pages/pesquisaSimplificada.xhtml>. Acesso em: 14 abri. 2013.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Relator: Desembargador Bitencourt Marcondes. Apelação Cível 1.0079.07.384112-8/001, Data do Julgamento: 22/04/2010, Disponível em: <http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0079.07.384112-8%2F001&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar>. Acesso em: 14 abri. 2013.

- BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Relator: Desembargador Wanderlei Resende. Processo 45486-2, Data do Julgamento: 04/09/1996, Disponível em: <http://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/1321682/Ac%20C3%B3rd%C3%A3o-45486-2>. Acesso em: 14 abri. 2013.
- CERQUEIRA, Thales Tácito, *Manual do Estatuto da Criança e do Adolescente: Teoria e Prática*. 2. ed. Niterói: Impetus, 2010.
- CHAVES, Cristiano; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil: Direito das Famílias*. 5. ed. rev., ampl., atual. Salvador: Jus Podium, 2013.
- CHAVES, Cristiano; ROSENVALD, Nelson. *Direito das Famílias*. 2. ed. rev., ampl., atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- CURY, Munir (coordenador). *Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado: Comentários jurídicos e sociais*. 11. ed., atual. São Paulo: Malheiros, 2010.
- DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 8. ed. rev. atual. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2011.
- FILHO, Waldyr Grisard. *Guarda Compartilhada: Um novo modelo de responsabilidade parental*. 5. ed. rev., atual. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2010.
- FONSECA, Antonio Cezar Lima da, *Direitos da Criança e do Adolescente*. São Paulo: Atlas, 2011.
- LIBERATI, Wilson Donizeti. *Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente*. 11. ed., rev., ampl. São Paulo: Malheiros, 2010.
- MACIEL, Kátia (coordenadora). *Curso de Direito da Criança e do Adolescente: Aspectos Teóricos e Práticos*. 4. ed. rev., atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- MADALENO, Rolf. *Curso de Direito de Família*. 4. ed. rev., ampl., atual. Rio de Janeiro: Forense, 2011.
- PEREIRA, Tânia da Silva. *O Cuidado como Valor Jurídico*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de Família*. 8. ed. rev., ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 864.
- TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. *Direito Civil: Direito de Família*. 6. ed. V. 5. rev., atual. São Paulo: Método, 2011.
- VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil: Direito de Família*. 12. ed. V. 6. Rio de Janeiro: Atlas, 2012.