

ADOÇÃO E TUTELA*

Marcos Nogueira Garcez

Súmano da Conferência

- 1 — Apresentação do trabalho e justificativa do enfoque nele adotado.

A ADOÇÃO NO SISTEMA DA LEI CIVIL

- 2 — Ligeiro histórico do instituto.
- 3 — Exame crítico dos benefícios e inconvenientes comumente apontados.
- 4 — Natureza jurídica da adoção.
- 5 — Formalidades essenciais para validade do ato. Questões interessantes e controvertidas na doutrina e jurisprudência.
- 6 — Efeitos pessoais e patrimoniais da adoção. Alguns reflexos no Direito Sucessório.
- 7 — Formas de extinção da adoção. O repúdio pelo adotado e as demais hipóteses contempladas no art. 374 do Código Civil.

A ADOÇÃO NO CÓDIGO DE MENORES

- 8 — Menores passíveis de adoção no sistema da Lei nº 6.697/79.
- 9 — Adoção simples. Aplicabilidade dos princípios da lei civil. Estágio de convivência com o menor. Normas processuais a serem observadas.
- 10 — Adoção plena. Instituto substitutivo da legitimação adotiva. Conseqüente revogação da Lei nº 4.655/65. Disciplina legal da adoção plena. Menores que podem ser beneficiados através dela. Quem pode requerê-la. Efeitos constitutivos da sentença que defere o pedido. Considerações sobre a irrevogabilidade da adoção plena.

(*) Palestra proferida pelo Des. Marcos Nogueira Garcez, no Teatro Castro Mendes, em Campinas, em agosto de 1985, durante Semana Jurídica realizada sob os auspícios do Centro Acadêmico XVI de Abril.

- 11 — Disposições comuns aos processos judiciais de adoção regulados pelo Código de Menores. Recurso das sentenças nele proferidas.

TUTELA

- 12 — Conceito. Espécies em relação ao ato de que se originam.
- 13 — Considerações gerais sobre a tutela testamentária, legítima e dativa.
- 14 — Curatela especial de menor.
- 15 — Menores em situação irregular postos sob tutela. Disposições específicas aplicáveis a esse tipo de tutela dativa.
- 16 — Tutor. Pessoas impedidas para o exercício da tutela. Causas de escusa. Processo do pedido de dispensa.
- 17 — Compromisso do tutor e especialização de hipoteca legal. Formalidades que devem ser observadas.
- 18 — Exercício da tutela. Deveres do tutor e inspeção do juiz. Atos para cuja prática se exige autorização judicial. Atos proibidos por lei.
- 19 — Responsabilidade civil do tutor e do juiz pelos prejuízos que causam aos pupilos.
- 20 — Gratificação pelo exercício da tutela. Quando é devida e critério do arbitramento.
- 21 — Regras de prudência cuja observância se recomenda ao juiz na fiscalização do exercício da tutela.
- 22 — Prestação de contas do tutor. Quando e como deve ser feita.
- 23 — Casos de cessação da tutela.
- 24 — Remoção do tutor. Regras processuais aplicáveis.

Honrou-me sobremaneira o convite que, através de seu Vice Presidente, recebi do Diretório Acadêmico da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Campinas para participar deste ciclo de conferências.

Mais ainda. Aquele convite, dando-me a oportunidade de conviver por alguns momentos com a mocidade interessada no estudo de direito, trouxe-me a alegria e o conforto de supor que a experiência de um velho juiz possa de alguma forma, ser útil na procura de pistas para o encaminhamento e deslinde de problemas tão atuais e de tanto relevo para a sociedade.

Cabe-me falar sobre a adoção e a tutela.

Escolhi o tema por se relacionar de perto com o magno problema do menor necessitado de amparo.

Dispensável encarecer a relevância da matéria. Não há melhor índice de grave enfermidade que afeta a sociedade em que vivemos do que a contemplação do aterrador espetáculo de sua juventude transviada, carente de amor, de orientação e de amparo.

Quando se fala em menor abandonado ocorre a muitos a exclusiva lembrança dos carentes de recursos materiais. Associação de idéia que se explica pelo trabalho insistente dos meios de comunicação interessados em reduzir toda a realidade social ao fator econômico. Tal enfoque, parcial e acanhado, traz a marca das deformações ideológicas. A realidade é bem mais complexa. O econômico é apenas um capítulo da carência de muito maior extensão a afligir tantos jovens em nossos dias. Carência, sobretudo, de natureza moral e religiosa. Que o digam os abandonados, filhos de pais ricos, que se perdem em vícios e drogas, vítimas da própria abundância e do mau emprego dos bens materiais que não lhes faltam !

Por isso mesmo, a contribuição do jurista para a solução desses problemas é limitada. Pomos à disposição dos que necessitam os recursos da lei. Devemos porém, ter a humildade de reconhecer que a lei, por mais perfeita que seja, não poderá acudir a todos os problemas da juventude carente de nossa sociedade enferma.

Só o retorno aos princípios da moralidade e à prática sincera do cristianismo pode operar, através da conversão dos indivíduos e da sociedade, a indispensável redenção da família. Nem é preciso ser sábio para compreender que na falência da instituição familiar estão a raiz e a fonte de quase todos os problemas angustiantes dos menores.

Ainda está expresso em nossa Constituição Federal que a família, nascida do casamento, tem direito à proteção dos Poderes Públicos (art. 175) e é no sentido dessa proteção que nós, interessados na ordem jurídica, devemos cerrar fileiras, contrapondo-nos às forças deletérias que tudo fazem para desmoralizar ou abastardar a célula mater da sociedade e da pátria.

As instituições do Direito de Família devem, pois, merecer o estudo carinhoso dos futuros juristas.

Justificados o tema e sua atualidade, desde logo observo que a extensão da matéria e a exiguidade do tempo, bem como o desejo de, quanto possível, dar do conjunto uma idéia geral, levou-me, por deliberada opção, a afastar-me de minúcias, a evitar citações eruditas, discussões doutrinárias e jurisprudenciais e a fugir de outros aspectos interessantes mas não estritamente jurídicos, como por exemplo, os sócio-econômicos.

Mesmo o enfoque legal teve de ser limitado, despojando-se da exposição, sempre que possível, o histórico e o exame de textos não mais vigentes na disciplina daqueles institutos.

Pela apresentação apenas a florada de tão relevantes problemas que mereciam exame mais profundo peço escusas ao paciente auditório, lembrando-lhe que o mérito desta palestra, se algum tiver, será o de suscitar o interesse de alguém, capaz de trabalho melhor...

Feitas tais considerações justificativas, vamos de imediato ao tema proposto.

A adoção, como outros institutos do direito, tem sua origem vinculada à crenças religiosas.

Entre os romanos, como lembra o sempre citado FOUSTEL DE COULANGES, "o dever de perpetuar o culto doméstico foi o princípio do direito de adoção. A própria religião que obrigava o homem a se casar, que decretava o divórcio em caso de esterilidade, que em caso de impotência ou de morte prematura, substituía o marido por um parente, oferecia ainda à família uma última possibilidade de fugir à infelicidade, tão deplorada, da extinção; esta possibilidade era o direito de adotar" ("La Cité Antique", 18ª ed., pág. 55).

Aliás, essa preocupação, muito humana, de sobreviver no culto dos pósteros, pode-se dizer comum a todos os povos e civilizações, a testemunhar a ânsia da imortalidade que se abriga no coração de cada indivíduo.

A ela não é estranha, por exemplo, a Lei do Levirato, de Moisés, para nos ater apenas ao povo que tanto influenciou a cultura ocidental e cristã.

É de sabença comum que os judeus viviam na esperança da vinda do Messias, o Libertador, que os reconduziria da escravidão do pecado para a liberdade do Reino, ou seja, da morte para a vida. Crença comum entre eles a de que só se beneficiariam da Vida que o Messias havia de trazer os que através de descendentes estivessem representados quando do advento do Libertador. Não é por outra razão que no Deuterônômio piedosamente se determina que "quando morarem irmãos juntamente, e um morrer sem filhos, a viúva não casará com um estranho, mas o irmão do defunto a receberá, e suscitará descendência a seu irmão; e ao filho primogênito que tiver dela porá o nome de seu irmão, para que o nome deste não se extinga em Israel" (XXV, 5 e 6).

Como todos se lembram, baseando-se nessa prescrição da Lei do Levirato um grupo de Saduceus procurou envolver Jesus numa questão

casuística, de formulação irônica, mas obteve resposta magistral, definindo o Divino Mestre a certeza e o sentido da vida futura (São Mateus, XXII, 23 e seguintes).

Tais considerações, que pela natureza e duração da palestra não podem ser alongadas, positivam o aspecto inicialmente religioso do instituto da adoção; o desejo do homem de se perpetuar, de alguma forma, através da sua descendência natural ou, não sendo isso possível, pela descendência substituta, através de ficção legal.

Conheciam-se em Roma duas formas de adoção: a adrogação e a adoção propriamente dita. Diferiam por ser a adoção a passagem de um *alieni juris* de uma para outra família, enquanto, pela adrogação era pessoa *sui juris* que, com todos os membros de sua família, entrava para a do adotante.

Como observa EGBERT CHAMOUN: "a adrogação acarretava o desaparecimento de uma família, modificando, portanto, a constituição política da cidade. Por essa razão exigia a intervenção do povo e dos pontífices. Procediam estes a um inquérito prévio, o qual, se favorável, autorizava a convocação, pelo *pontifex maximus*, dos comícios por cúrias. Os pontífices perguntavam ao adrogante se queria ter o adrogado como filho, e a este e o povo se consentiam. Antes de ingressar na nova família, o adrogado renunciava, perante os comícios, ao seu antigo culto" ("Instituições de Direito Romano", Forense, 5ª ed., pág. 171).

A adrogação, inclusive sua sub espécie de adoção testamentária, tem hoje apenas interesse histórico posto que o direito moderno dela não cuida, fixando-se, apenas, na adoção propriamente dita. Esta mesmo, objeto de apreciações negativas, a que adiante nos referiremos, foi perdendo aos poucos sua importância a ponto de quase cair em desuso no direito medievo. Sua revigoração foi obra do Código Civil Francês, de Napoleão, ao que se tem notícia por instância do próprio Imperador, muito interessado em perfilhar um sobrinho para fazê-lo seu sucessor. Por influência do direito francês voltou o instituto a figurar na codificação de quase todos os povos.

CLÓVIS BEVILÁQUA, ao justificar a regulamentação do instituto no Código de 1916, faz, com profundidade e clareza a síntese dos benefícios que da adoção se pode esperar:

"Não tendo as leis pátrias regulado a adoção, e contra ela se tendo pronunciado alguns civilistas, não estava o instituto em florescência, nem se achavam bem definidos os seus contornos. Mas o Código fez bem em reerguê-lo, e dar-lhe feição acentuada, porque, na sociedade moderna, ele é chamado a desempenhar uma função valiosíssima. Não se trata, sim-

plesmente, de encontrar um continuador da família; nem, por outro lado, nos devemos arrepiar do que pela adoção se possam perfilhar adulterinos e incestuosos. Se somente para esse fim servisse a adoção, já seria de alta valia o seu préstimo. O que é preciso, porém, salientar é a ação benéfica, social e individualmente falando, que a adoção pode exercer, na sua fase atual. Dando filhos a quem os não tem pela natureza, desenvolve sentimentos afetivos do mais puro quilate, e aumenta, na sociedade, o capital de afeto e de bondade, necessário ao seu aperfeiçoamento moral; chamando para o aconchego da família e para as doçuras do bem estar filhos privados de arrimo ou de meios idôneos, aproveita e dirige capacidades, que, de outro modo, corriam o risco de se perder, em prejuízo dos indivíduos e do grupo social, a que pertencem" ("Código Civil", 2º vol., pág. 346).

Às vantagens acima referidas, muitos antepõem inconvenientes diversos que da adoção poderiam advir. Criticam-na pela possibilidade entrevista de burla à lei com a introdução na família legítima de filhos incestuosos e adulterinos. Fala-se da adoção, outras vezes, como fonte de ingratidões e arrendimentos.

Sem dúvida, instituição humana, embora imitando a natureza, terá a adoção seus inconvenientes que a lei e seus aplicadores procurarão minorar na medida do possível, mas de qualquer forma os benefícios que traz são incomparavelmente maiores que os malefícios acima apontados.

Até mesmo porque alguns desses inconvenientes são mais aparentes que reais. Já se viu, pela lição de CLÓVIS, que muito relativa é a crítica referente à possibilidade de adoção de filhos adulterinos e incestuosos. Aliás, atualmente, a legislação permite, para efeito de alimentos, a investigação da paternidade ajuizada por filho de qualquer natureza. Por outro lado, como bem observa **WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO**, o fato da adoção poder ser causa de ingratidões não a desmerece absolutamente pois "o defeito advirá do próprio indivíduo e não da instituição jurídica" ("Curso de Direito Civil", Direito de Família, 2º vol., 17ª ed., 1978). Não se deve esquecer, ademais, que o vínculo da adoção sempre poderá ser dissolvido por ingratidão do adotado. Recorde-se, outrossim, que muitos outros benefícios (e não apenas o da adoção) são pagos com a moeda da ingratidão. Nem por isso se há de desaconselhar a prática do bem ou de se incentivar o pessimismo como filosofia de vida.

Feitas as contas, o saldo da adoção é positivo, sendo significativa a circunstância do instituto, de uma ou outra forma, figurar nas legislações de quase todos os povos, inclusive nas mais modernas codificações. O Projeto do novo Código Civil Brasileiro, como se sabe, também o consagra, atualizando sua disciplina e distinguindo as formas de adoção plena e restrita.

Controverte-se a respeito da natureza jurídica da adoção. Negócio solene e unilateral, dizem alguns, pelo qual o adotante admite um estranho na qualidade de filho. Outros, anotando que a adoção depende sempre do assentimento do adotado ou de seu representante legal (art. 372 do Código Civil) e que este, se for menor ou interdito pode desvincular-se da adoção no ano seguinte àquele em que cessar a menoridade ou a interdição (art. 373) defendem a idéia de se tratar de negócio bilateral, chegando certos juristas, a exemplo de PLANIOL, a defini-lo como contrato solene. Na classificação de DUGUIT seria, antes, ato condição, uma vez que seus efeitos decorrem exclusivamente da lei e não podem ser alterados pelas partes.

A adoção far-se-à por escritura pública (art.375), solenidade substancial à validade do ato (art. 134, I), não admitindo condição ou termo. Essa escritura, que deve obrigatoriamente ser levada a registro, independe de palavras sacramentais, bastando que o adotante declare ao tabelião que recebe alguém por filho adotivo. Mas, como o Prof. BARROS MONTEIRO anota e justifica: "já se julgou válida mesmo adoção exteriorizada no registro de nascimento do adotado feito pelo adotante; tratando-se também de instrumento público, ele equivale à escritura pública exigida pela lei. Essa tendência jurisprudencial inspira-se certamente no índole benéfica do ato, a ser prestigiado e não desfavorecido" (Op. cit., pág. 265).

Não se exige, no sistema do nosso Código Civil, a homologação judicial da adoção. Legislações mais rigorosas existem, incluindo tal exigência e atribuindo ao magistrado não apenas o exame dos requisitos formais da lei, mas a verificação de ser ou não a adoção conveniente para o adotado.

O adotante deve ser maior de trinta anos e ter, pelo menos, dezesseis a mais que o adotado. Se for casado, há de provar que seu matrimônio data de mais de cinco anos (arts. 368 e 369).

No ato da adoção, como dispõe o art. 2º da Lei nº 3.133/57, serão declarados quais os apelidos da família que passará a usar o adotado. Este poderá formar seus apelidos conservando os dos pais de sangue; ou acrescentando os do adotante; ou ainda, somente os do adotante, com exclusão dos apelidos dos pais de sangue.

Ninguém pode ser adotado por duas pessoas, salvo se forem marido e mulher. Um só dos cônjuges pode adotar e para isso não depende da anuência do outro. Se ambos o fizerem, não se exige concomitância no ato.

Questão interessante a de saber se o art. 370 do Código Civil proíbe ou não a adoção sucessiva em caso de morte do adotante. As

opiniões são a respeito conflitantes, mas como observa o ilustre Prof. SÍLVIO RODRIGUES, "a inexistência de qualquer ressalva tem conduzido escritores do mais alto merecimento a responderem pela negativa e o eminente WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO, a partir da 4ª edição de seu formoso livro, afirma ser inadmissível que alguém seja adotado, sucessiva ou simultaneamente, por duas ou mais pessoas. Tal posição, data máxima vênia, é inexata e inconveniente. O que se visa através da proibição de duas adoções, vigentes a um mesmo tempo, é evitar a divisão do vínculo do parentesco civil (Cf. CLÓVIS BEVILÁQUA, in Código Civil, obs. ao art. 370). Ora, se a segunda adoção surge após a extinção da primeira, é óbvio que não há divisão do vínculo do parentesco. Portanto, é inexato afirmar-se que o vínculo de parentesco se divide, nas adoções sucessivas. Tal posição é inconveniente, porque não milita a seu favor nenhum interesse social, muito pelo contrário. Se a adoção se reveste, atualmente, de um inescandível sentido assistencial, qualquer causa que limite seu alcance deve ser afastada. Os que eventualmente acolhem a posição negativista se inspiram na premissa de que *adoptio naturam imitatur* que se era verdadeiro no passado, não o é dentro do sentido atual do instituto" ("Direito de Família", ed. Saraiva, vol. 60, 6ª ed., pág. 335).

A jurisprudência tem admitido a adoção por avós e também por tios (Rev. Trib. 418/139; R.J.T.J. 11/96; 28/98) e com o acerto, ante a inexistência de impedimento legal a que isso se faça e atendendo à natureza benéfica do instituto.

O tutor ou curador que não haja prestado contas de sua administração ou que esteja em alcance não pode adotar o pupilo ou o curatela-do (art. 371).

Os efeitos da adoção, derivados do parentesco civil que se estabelece entre o adotante e o adotado, são pessoais e patrimoniais.

A regra é a de que tal parentesco se limita às pessoas do adotante e do adotado. Não mais vige a adrogação do velho direito romano, pela qual, como já se disse, também as pessoas da família do adotado *sui juris* se incorporavam à clan do adotante. Mas a regra do art. 376 do Código Civil admite exceções no tocante aos impedimentos matrimoniais, proibindo-se os casamentos do adotante com o cônjuge do adotado e do adotado com o cônjuge do adotante, bem como do adotado com o filho superveniente ao pai ou à mãe adotiva (art. 183, ns. III e V).

Outro efeito pessoal da adoção é a transferência do pátrio poder do pai natural para o adotivo. A opinião geralmente acolhida pelos doutrinadores é a de que a morte adotante não restabelece o pátrio poder do pai natural, extinto com a adoção (art. 392, IV), devendo, nesse caso, o adotado menor ser posto sob tutela.

Lembre-se, porém, que outros deveres e direitos resultantes do parentesco natural não se extinguem pela adoção. Assim, pode o adotado demandar e ser demandado pelos parentes naturais em ação de alimentos e entre eles não se alteram as regras do direito sucessório.

O mais importante efeito patrimonial da adoção, entre adotante e adotado, refere-se à matéria sucessória. Neste capítulo a interpretação de alguns textos da vigente legislação tem ensejado acesas controvérsias entre os doutos. Diz o art. 377 do Código Civil que "quando o adotante tiver filhos legítimos, legitimados ou reconhecidos, a relação de adoção não envolve a de sucessão hereditária" e desse enunciado alguns concluem que havendo prole, anterior ou posterior ao ato da adoção, o adotado nada herda do adotante.

Todavia, o entendimento mais razoável é que resulta da harmonização daquele dispositivo com o art. 1.605 e § 2º, também do Código Civil, que continua em vigor e segundo o qual, para efeito de sucessão o filho adotivo se equipara ao legítimo, ao natural, ao legitimado e ao reconhecido, sendo que no concurso com o legítimo superveniente à adoção, o adotivo terá direito de receber metade do que por herança àquele couber.

Resumindo: Se no momento da adoção o adotante já tem filho legítimo, legitimado ou reconhecido, o adotado nenhum direito terá à herança. Ao invés, se a prole advém posteriormente ao ato da adoção, o adotivo herderá somente a metade do que couber ao filho legítimo e ao legitimado, este último, por força do art. 352 do Código Civil. Concorrerá, todavia, em igualdade de condição com filhos supervenientes, se estes não forem legítimos ou legitimados.

Ainda no capítulo da sucessão legítima deve-se ressaltar que se o adotado falecer sem descendência sua herança se transmite a seus pais naturais e não ao adotante. Mas em falta dos pais, mesmo que o adotado tenha outros ascendentes, a herança se devolverá ao adotante (art. 1.609 e parágrafo único).

Em consonância com a regra de que o parentesco resultante da adoção limita-se ao adotante e o adotado, não há direito de sucessão entre o adotado e os parentes do adotante (art. 1.618).

Questão interessante, ainda não pacificada na doutrina, a de saber se os descendentes do adotado herdam do adotante. Entendem alguns, que o disposto nos arts. 377 e 1.618 do Código Civil não impediria a sucessão, pois dizendo que a adoção não cria parentesco entre o adotado e os parentes do adotante e que entre eles não há direito sucessório, todavia, explicitamente não afirma o inverso, ou seja, que não exista parentesco entre o adotante e os parentes do adotado. Baseados nisso, juristas do

coturno de CLÓVIS BEVILÁCQUA e ITABAIANA DE OLIVEIRA sustentaram que a norma excludente do parentesco diz respeito tão só ao direito de família, não porém ao sucessório.

A opinião contrária, prestigiada por outros festejados juristas, como CARLOS MAXIMILIANO, HERMENEGILDO DE BARROS, CARVALHO DOS SANTOS e JOÃO LUIS ALVES, predominou na jurisprudência atual dos nossos Pretórios (R.T.J. 42/161 e RE n. 87.340, D.J. de 25.04.78, pág. 2.627; R.J.T. J. Lex, 63/221).

Quanto às formas de extinção da adoção, já fizemos referência à manifestação unilateral do adotado incapaz, repudiando o vínculo no ano imediato ao da cessação de sua incapacidade. Além dessa hipótese, o Código Civil, no art. 374, contempla outras: a resultante de convenção das partes e casos de ingratidão do adotado, os mesmos que dão direito à deserção (arts. 1595, 1.744 e 1.745 do Código Civil).

A dissolução unilateral e a amigável deve ser feita através de escritura e a resultante da ingratidão do adotado se promove em juízo, por ação ordinária, devendo o adotante demonstrar a ocorrência de um dos casos justificativos da deserção. Observa-se que, falecido o adotante, tal demanda poderá ser intentada por qualquer pessoa que tenha interesse na sucessão (art. 1596).

Até aqui tratamos da adoção, como atualmente em vigor no sistema do Código Civil.

É chegando o momento de enfocar, ainda que resumidamente, as expressivas disposições do Código de Menores (Lei nº 6.697/79) e as inovações que introduziu no instituto da adoção.

Tal Código regula a assistência, proteção e vigilância a menores de dezoito anos de idade, que se encontrem em situação irregular, assim considerados:

- a) os privados de condições essenciais à sua subsistência, saúde e instrução obrigatória, ainda que eventualmente;
- b) vítimas de maus tratos ou castigos imoderados impostos pelos pais ou responsável;
- c) os expostos a perigo moral;
- d) os privados de representação ou assistência legal, pela falta eventual dos pais ou responsável;
- e) os que apresentem desvios de conduta, em virtude de grave inadaptação familiar ou comunitária;
- f) os autores de infração penal.

Entre as medidas de proteção e assistência aos menores em situação irregular, prevê o Código a colocação deles em lares substitutos e entre as formas de colocação se inclui a adoção, que poderá ser simples ou plena (art. 17, IV e V).

À adoção simples aplicam-se os princípios já mencionados da lei civil com o acréscimo de que a adoção de menor em situação irregular, sempre dependente de autorização judicial, será precedida de estágio de convivência com o menor, pelo prazo que a autoridade judiciária fixar. Tal estágio poderá ser dispensado se o adotando não tiver mais de um ano de idade.

O interessado na adoção simples deverá requerê-la ao juiz de menores, indicando, no requerimento, os apelidos de família que usará o adotado. Se deferida a pretensão, esses apelidos constarão do alvará e da subsequente escritura, sendo, ao depois, averbados no registro de nascimento do menor (arts. 27 e 28).

Pela adoção plena, que substituiu em nosso direito o instituto da legitimação adotiva, com revogação da Lei nº 4.655/65, atribuiu-se ao menor em situação irregular a condição de filho, desligando-o de qualquer vínculo com os pais e parentes, salvo para efeito de impedimentos matrimoniais.

Sua disciplina consta do Código de Menores (arts. 29 a 37) e seus traços principais são os seguintes:

Cabe em favor do menor de até sete anos em situação irregular não eventual ou em benefício daqueles que, tendo mais idade, já se encontravam sob a guarda dos adotantes quando completaram os sete anos.

Seu deferimento, precedido de estágio de, no mínimo, um ano de convivência do menor com os adotantes, depende da comprovada conveniência da medida (o que ao juiz competirá aferir).

Podem requerer adoção plena casais com mais de cinco anos de matrimônio, desde que um dos cônjuges conte mais de trinta anos de idade. A lei, todavia, dispensa o prazo se provada a esterilidade de um dos cônjuges e a estabilidade conjugal dos adotantes.

Normalmente a adoção plena só se defere, em conjunto, à marido e mulher, mas estão autorizados a requerê-la o viúvo desde que provém que o menor está integrado em seu lar e que nele havia iniciado estágio de convivência de três anos ainda em vida do outro cônjuge. Nas mesmas condições também se admite a adoção plena por cônjuges separados, desde que entre eles haja acordo sobre a guarda do menor após a separação judicial.

Em substancioso artigo publicado na Revista Forense, vol. 275/91 a 93, ilustre Juiz no Estado do Rio Grande do Sul, o Dr. DURVAL DA FONSECA BRAGA, demonstrou, a meu ver com todo acerto, a possibilidade da adoção plena por requerentes com prole. Objeções em contrário apenas fazem eco à velha sistemática que até mesmo a lei civil já repudiou (art. 377).

A sentença que conceder a adoção plena tem efeito constitutivo e será inscrita, mediante mandado no registro civil, dela não se fornecendo certidão. Na inscrição, os adotantes figurarão como pais, mas será consignado também o nome dos ascendentes do adotado. Cessam, com a inscrição, os vínculos de filiação e parentesco anteriores cancelando-se, por mandado, o registro original do menor. Certidões posteriores, nenhuma referência farão à origem do ato, salvo por expressa determinação da autoridade judiciária, para salvaguarda de direitos.

A sentença concessiva da adoção plena atribuirá ao menor o nome de família do adotante e poderá, a pedido deste, determinar a modificação do prenome do adotado. Esse dispositivo introduz uma exceção à regra do art. 58 da Lei de Registros Públicos (Lei nº 6.015/73), segundo a qual "o prenome será imutável".

Por fim, o Código de Menores conceitua a adoção plena como irrevogável, ainda que aos adotantes venham a nascer filhos, aos quais estão equiparados os adotados, com os mesmos direitos e deveres.

Essa disposição cria para os beneficiários da adoção plena, no campo do direito sucessório, uma situação privilegiada relativamente aos que são adotados no regime da lei civil, pois a estes, como já vimos, o art. 1605, § 2º do Código Civil manda que se pague apenas a metade da herança cabente aos filhos legítimos que sobrevierem ao adotante.

Não me parece razoável a dualidade de tratamento, convindo, de *lege ferenda*, que se harmonizem os critérios com prevalência da orientação mais liberal, agora consagrada no Código de Menores.

Segundo entendo, ao declarar irrevogável a adoção plena, o art. 37 da Lei nº 6.697/79 apenas quiz dizer que ela não se dissolve por ato unilateral dos adotantes. Isso não impede, salvo melhor juízo, que se possa invocar os casos de extinção da adoção referidos nos artigos 373 e 374 do Estatuto Civil.

O processo judicial da adoção simples e plena é regulado pela Lei nº 6.697/79 em seus artigos 107 e 109. Da sentença que nele for proferida cabe recurso, no Estado de São Paulo para a Câmara Especial do E. Tribunal de Justiça (assento nº 70, de 04-05-83, art. 4, n. 1).

*

Se a adoção, de que até aqui tratamos, é forma de se introduzir alguém, como filho, na família do adotante, a tutela é instituto que vem em socorro do menor não amparado pelo pátrio poder por morte ou ausência dos genitores ou por haverem eles decaído desse direito-dever (art. 406 do Código Civil).

Na definição de LAFAYETTE, tutela é o poder conferido à alguém, em virtude de lei, para proteger a pessoa e reger os bens dos menores que estão fora da ação do pátrio poder (Família, Seção V, Cap. I, § 144).

Deve ser entendida, principalmente, como encargo, munus imposto pelo Estado em benefício do tutelado ou pupilo.

Relativamente ao ato de que se origina três são as espécies de tutela: a testamentária, a legítima e a dativa.

A primeira é a instituída por testamento ou qualquer outro instrumento autêntico pelo pai ou mãe que estejam, ao falecer, no exercício do pátrio poder e também, na falta daqueles, sucessivamente, pelo avô paterno e o materno. A possibilidade dos avós instituírem tutores para os netos, resquício do Direito Romano, é geralmente criticada pelos comentaristas, a partir de CLÓVIS, mas o Projeto do novo Código Civil, a conservou (art. 1.777). Nomeação de tutor para menor que tenha pai ou mãe vivos e no exercício do pátrio poder é ineficaz.

Na ausência de nomeação testamentária, competirá ao juiz nomear o tutor, escolha que deverá recair em pessoa idônea. Tal escolha obedecerá, preferentemente, a ordem dos parentes consanguíneos do menor, que é a indicada no art. 409 do Código Civil: o avô paterno, o materno, a avó paterna, a materna, os irmãos, preferindo os bilaterais aos unilaterais, o de sexo masculino ao do feminino, o mais velho ao mais moço. Em seguida, os tios, em igual ordem de preferência.

A ordem indicada na lei é para ser seguida não havendo motivos graves que aconselhem sua alteração em benefício do menor. Na matéria, a jurisprudência admite flexibilidade e reserva largo espaço ao critério do magistrado. Critério que deve ser exercitado com prudente arbítrio.

Não havendo tutores testamentários ou legítimos ou nas hipóteses de haverem sido eles excluídos escusados ou removidos da tutela, competirá ao juiz a nomeação de um dativo, devendo a escolha recair em pessoa idônea e residente no domicílio do menor. Aqui, por motivos óbvios, deve o magistrado se esmerar no exame da idoneidade da pessoa que escolher para o exercício da tutela.

Aos irmãos órfãos se dará um só tutor. Se mais de um constar de indicação testamentária, entende-se que a tutela foi atribuída ao primei-

ro indicado e que os outros lhe hão de suceder pela ordem da nomeação, em ocorrendo morte, incapacidade, escusa ou outro impedimento legal dos antecedentes.

Paralelamente ao tutor, poderá o menor ter um curador especial. É o que dispõe o art. 411, parágrafo único do Código, permitindo a quem institua o menor seu herdeiro ou legatário nomear-lhe curador para os bens deixados. Portanto, a função desse curador especial limita-se exclusivamente aos negócios relativos aos bens oriundos da herança ou legado.

Aos menores em situação irregular (antes considerados abandonados), que carecerem de representação permanente (art. 26 do Código de Menores), o juiz nomeará tutor dativo se não preferir recolhê-los a estabelecimentos públicos especializados. Em se tratando de menores em situação irregular, o tutor nomeado assume, necessariamente, o dever de guarda. Ademais, nesses casos o exercício da tutela é por prazo indeterminado, não se aplicando o limite de dois anos referido no art. 443, I do Código Civil.

Como o tutor deve velar pela pessoa do pupilo e proteger-lhe os bens, é natural que o legislador impeça o exercício dessa função àqueles que não tenham condições mínimas para desempenhá-la. Estão legalmente impedidos para o exercício da tutela (art. 413) os incapazes, os constituídos em obrigação para com o menor ou com direitos a reclamar dele; aqueles cujos pais, filhos ou cônjuges tenham demanda contra o menor; os inimigos deste ou de seus pais; os que pelos pais do menor tenham sido expressamente excluídos da tutela; os condenados por crimes de furto, roubo, estelionato ou falsidade, ainda que não hajam cumprido a pena; as pessoas de mau procedimento, falhas em probidade e as culpadas de abuso em tutorias anteriores.

Todas essas pessoas (de uma ou de outra forma inidôneas) e mais os que exercerem função pública incompatível com a boa administração da tutela estão legalmente impedidas para a nomeação.

A tutela, como já se disse, é **munus público**. Quem for nomeado deve obrigatoriamente exercê-la a menos que tenha motivo legal de escusa, que deve ser apreciado pelo magistrado. Se a escusa não for admitida e enquanto pende eventual recurso, no nomeado exercerá a tutela sob pena de responder pelas perdas e danos que o menor venha a sofrer.

Podem se escusar da tutela (art. 414) as mulheres; os maiores de sessenta anos; os que tiverem em seu poder mais de cinco filhos; os impossibilitados por enfermidade; os que habitarem longe do lugar onde se haja de exercer a tutela; os que já exerceram tutela ou curatela e os militares em serviço.

Igualmente, não poderá ser obrigado a aceitar a tutela quem não for parente do menor, desde que prove existir, no lugar, parente idôneo, consanguíneo ou afim do tutelado e em condição de exercê-la (art. 415).

Das causas de escusa, todas compreensíveis e razoáveis à época em que o Código de 1916 foi editado, pode-se agora criticar a que autoriza a dispensa da mulher. A respeito, observa o Prof. SÍLVIO RODRIGUES que hoje, vivendo a mulher em direta concorrência com o homem, partilhando das vantagens de uma autonomia merecidamente conquistada, não deveria gozar de privilégio como o referido neste dispositivo (Op. cit., pág. 396).

O Projeto do novo Código Civil limita o direito de escusa às mulheres casadas (art. 1.784, I), subtraindo-se, em parte, à crítica acima referida.

A escusa ao encargo da tutela deve ser manifestada ao juiz no prazo de cinco dias, que se conta na forma do art. 1192 do Código de Processo. Ressalte-se que no tocante ao prazo esse dispositivo do Estatuto Processual alterou o art. 416 do Código Civil, que concedia dez dias para apresentação da escusa. O magistrado decidirá de plano o pedido de escusa (art. 1.193 do CPC).

Escolhido e compromissado o tutor, por termo, em livro próprio rubricado pelo juiz (art. 1.188 do C.P.C.) e ocorrendo a hipótese do menor ter bens, antes de assumir a tutela deve o nomeado especializar, em hipoteca legal devidamente inscrita, bens suficientes à garantia de sua administração. Se os bens do tutelado forem mais valiosos que o patrimônio do tutor, este reforçará a hipoteca com caução real ou fidejussória, salvo se não tiver meios ou for de idoneidade reconhecida (arts. 418, 419, 827, IV do Código Civil e 1.188 do C.P.C.). Nessa mesma oportunidade, o tutor, antes de entrar em exercício, deverá declarar tudo o que lhe deva o menor sob pena de não lhe poder cobrar enquanto exerça a tutoria, salvo provando que não conhecia o débito, quando a assumiu (art. 430 do Código Civil).

O magistrado que não nomear tutor ao menor ou que não o fizer oportunamente terá responsabilidade direta e pessoal pelos prejuízos que disso possa advir ao incapaz. Essa responsabilidade será subsidiária se, embora nomeando, não exigiu do tutor a garantia legal ou quando deixou de o remover, tanto que se tornou suspeito (art. 420 e 421).

Entrando em exercício, incumbe ao tutor, sob a inspeção do juiz, reger a pessoa do menor, velar por ele e administrar-lhe os bens. Estes lhe serão entregues mediante termo que os especifiquem, com seus valores. Esse termo, assinado pelo tutor, não pode ser dispensado.

No que diz respeito à pessoa do pupilo deve o tutor dirigir-lhe a educação, defendê-lo e prestar-lhe alimentos, conforme seus haveres e condição e reclamar do juiz providências se o menor haja mister de correção (art. 424 do Código Civil). No que se refere a alimentos, sendo o caso, poderá o tutor, representando ou assistindo o menor, reclamá-los também das pessoas que por lei estejam na obrigação de prestá-los.

São ainda deveres que decorrem do exercício da tutela: a representação ou assistência ao pupilo nos atos da vida civil para suprir-lhe o consentimento; o recebimento de rendas e pensões a ele devidas; o pagamento de despesas de subsistência e educação do menor e as relativas à administração de seus bens; a venda dos bens do tutelado que se destinem à alienação (art. 426).

Para a prática de determinados atos o tutor deve, antes, solicitar autorização do juiz. Entre eles, como enumerado no art. 427 do Código Civil: as despesas necessárias com a conservação e melhoramento dos bens; a cobrança de créditos e pagamento de débitos do menor; a aceitação de herança, legado ou doação, com ou sem encargo; transigir em nome dele; vender-lhe, em praça, os móveis de conservação inconveniente e os imóveis (estes últimos apenas na hipótese de que haja manifesta vantagem — art. 429). E, finalmente, propor as demandas para defesa dos direitos do tutelado e responder às que contra ele forem ajuizadas. Todos esses atos dependem de prévia autorização do magistrado.

A venda dos bens será sempre precedida de estimativa judicial para que se possa aferir da conveniência da alienação que obrigatoriamente deve ser feita em hasta pública. Pode o magistrado determinar que, mesmo em hasta, o imóvel não seja vendido por preço inferior ao da avaliação.

Não pode o tutor, ainda que conseguisse absurda autorização judicial, praticar os seguintes atos, pela lei considerados nulos: adquirir por si ou interposta pessoa, qualquer que seja a forma da aquisição, bens do tutelado; dispor de tais bens a título gratuito ou constituir-se cessionário de crédito ou direito contra o menor (arts. 428 e 1.133 do Código Civil).

Responderá o tutor pelos prejuízos que, por culpa ou dolo, causar ao pupilo. Deve, porém, ser reembolsado da tutela. Tem direito, ainda, a uma gratificação que se não fixada pelos pais será arbitrada pelo magistrado em importância nunca excedente a 10% da renda líquida anual dos bens por ele administrado. Observe-se, porém, que o exercício da tutela de menores em situação irregular é sempre gratuita (art. 431) ainda que o tutelado possua bens.

Na administração dos bens dos órfãos algumas regras de prudência são impostas pelo legislador e devem ser objeto de atenta fiscalização por parte dos magistrados.

O tutor não deverá ter consigo dinheiro mais que suficiente para as despesas ordinárias de sustento, educação e administração dos bens do tutelado. O excedente deve ser obrigatoriamente recolhido, em conta de correção monetária, devendo o depósito ser feito em Caixa Econômica, no Banco do Brasil ou em outro em que Estado membro da União possua mais da metade do capital social integralizado. No caso do Estado de São Paulo, o nosso BANESPA (art. 432, § 1º do Código Civil e 666, I do C.P.C.). Também os objetos preciosos que não forem vendidos em hasta com conversão de seu valor em títulos públicos, deverão ser objeto de depósito.

Pelo retardamento na aplicação de valores pertencentes aos menores responderão os tutores e, embora o Código só se refira aos juros legais como objeto do ressarcimento (art. 432), pode-se sustentar a obrigatoriedade da incidência da correção monetária a partir do momento em que por desídia do responsável a aplicação deixou de ser feita.

As quantias pertencentes aos menores e depositadas não poderão ser levantadas sem ordem do juiz. E os levantamentos apenas hão de ser autorizados nas estritas hipóteses previstas na lei (art. 433). Também aqui o magistrado há de examinar as pretensões de levantamento à luz do exclusivo interesse no menor, com o critério e o cuidado do bom pai de família. Não favorecerá aplicações arriscadas, mas deverá ter visão suficiente para discernir o interesse imediato e futuro do menor. Nessa tarefa, como em todas as mais relativas à fiscalização da tutela, contará o juiz com o indispensável apoio e o lúcido parecer do Ministério Público.

Quem administra bens alheios fica na obrigação de prestar contas. Consequentemente, aos tutores incumbe tal dever.

Pelo sistema de nossa lei deve o tutor, anualmente, submeter ao juiz um balanço que aprovado, se anexará ao inventário. De dois em dois anos fará periódica prestação de contas. E assim procederá também sempre que o juiz entenda conveniente ou quando deixar o exercício da tutela. Tais contas, após ouvidos os interessados, serão julgadas. Saldo se houver, deve ser recolhido, com as cautelas já recomendadas, ou aplicado na aquisição de imóveis ou títulos de dívida pública. Ao se findar a tutela, por maioria ou emancipação do tutelado, não poderá este eximir o tutor de prestar contas (art. 437), dispositivo razoável se atentarmos para o caráter de delegação estatal da tutela e para o possível constrangimento do ex-tutelado em reclamar contas da pessoa até então encarregada de por ele velar. Aliás, é tão estrita essa obrigação que, mesmo na hipótese de morte, ausência ou interdição do tutor, as contas hão de ser prestadas por seu representante ou sucessores.

As despesas justificadas e reconhecidamente proveitosas ao menor serão levadas a crédito do tutor, inclusive as referentes à própria prestação das contas.

A partir do julgamento definitivo das contas, vencerão juros tanto sobre o alcance do tutor como sobre o saldo contra o tutelado, valendo aqui o que antes se disse a respeito da incidência de correção monetária, igualmente exigível.

Aplica-se às contas do tutor, no que couber, os dispositivos dos artigos 914 e seguintes do Estatuto Processual, de modo particular a regra do art. 919 que determina sejam elas prestadas em apenso ao processo da nomeação. O tutor condenado a pagar o saldo, não o fazendo no prazo legal, poderá ser destituído por ato do juiz, cabendo o sequestro dos bens sob sua guarda e a glosa da gratificação a que teria direito.

Por fim, resta examinar os casos de cessação da tutela. Por sua própria natureza o instituto é de duração temporária. Não mais existindo as razões justificativas da tutela, cessa a condição de pupilo. Isso ocorre se o tutelado se torna *sui juris* pela maioridade ou emancipação. Também na hipótese do menor cair em pátrio poder, por legitimação, reconhecimento ou adoção (art. 442).

Por outro lado, cessam as funções do tutor, expirando o termo de dois anos em que era obrigado a servir. Como é óbvio, concordando o tutor, o encargo poderá ser renovado por biênios sucessivos. Anote-se que a recusa à renovação de encargo por mais um biênio deve ser obrigatoriamente manifestada pelo tutor, dentro de dez dias contados da expiração do termo (art. 1198 do C.P.C.).

É também causa de cessação, a escusa legítima oportunamente manifestada. As hipóteses de escusa, já analisadas, são as que figuram nos artigos 414 a 416 do Código Civil.

Finalmente, cessa a tutela se o tutor for removido por ato judicial. Devem ser removidos os irregularmente nomeados apesar de sua legal incapacidade para o exercício (art. 413) e aqueles que se revelarem, no desempenho do *munus*, negligentes, prevaricadores ou incursos em incapacidade.

A remoção de tutor deve ser pleiteada no juízo da tutela pelo órgão do Ministério Público ou por quem tenha legítimo interesse (art. 1.194 do C.P.C.) nos casos previstos em lei. Citado, terá o tutor cinco dias para a defesa, depois do que se adotará o processo das medidas cautelares (art. 803 do C.P.C.).

Pode o magistrado, em casos de extrema gravidade, suspender o tutor de exercício de suas funções, enquanto tramita o processo de

remoção ou dispensa. Nessa hipótese, dar-lhe-á substituto, interinamente (art. 1.197 do C.P.C.).

São essas as observações que me ocorreram sobre o tema proposto. Escusando-me, mais uma vez, pelas imperfeições do trabalho, ponho-me a disposição dos que desejem discuti-lo, após havê-lo aturado com tanta paciência e benevolência...

Ao encerrar, reitero a todos a alegria que tive em participar desta Semana de Estudos Jurídicos posta sob o patrocínio do grande estadista Tancredo Neves, cuja equilibrada e pacífica liderança no cenário político-administrativo, tão conforme à índole e à tradição do povo brasileiro, fez acender, de um a outro extremo da Pátria, a chama da esperança em dias melhores e mais justos.

Meu contentamento é tanto maior por observar que este entusiasmo é partilhado por jovens estudantes de Direito, prestes a assumir as imensas responsabilidades a eles reservadas na condução dos destinos desta grande nação.

Estamos no limiar de uma Constituinte. Praza aos céus que no momento oportuno se faça ouvir dos cultores do Direito a palavra certa, de orientação segura, para que nossa Lei Estrutural efetivamente corresponda às necessidades e anseios do sofrido povo brasileiro. E que, ao se erguer tal voz, interesses mesquinhos não posterguem nem façam esquecidas os direitos da-Família, à qual estão jungidos de forma necessária e indissolúvel, o futuro e a grandeza da Pátria.

A esta Pátria todos nós devemos o máximo de dedicação. De modo particular, vós, jovens universitários, ponde vosso amor a serviço do Brasil, que será no futuro grande e respeitado na medida em que a ele dedicardes com entusiasmo vossas atividades e, se preciso, vossas próprias vidas.

Possamos, todos, com orgulho, apresentá-lo um dia aos pósteros usando a imagem do Poeta Sublime:

"Esta é a ditosa Pátria, minha amada,
À qual, se o Céu me dá que eu sem perigo
Torne, com esta empreza já acabada,
Acabe-se esta luz alí comigo."

("Lusíadas", conto III, 21).