

DOI:10.33242/rbdc.2020.01.004

DIREITO À CONVIVÊNCIA FAMILIAR DE
CRIANÇAS E DE ADOLESCENTES E TUTELA:
POR UMA NOVA RELAÇÃO ENTRE
PUPILO E TUTOR

THE RIGHT OF FAMILIAR COEXISTENCE OF CHILDREN
AND ADOLESCENTS AND GUARDIANSHIP: FOR A NEW
RELATIONSHIP BETWEEN PUPIL AND GUARDIAN

Marcelo de Mello Vieira

Doutor em Direito Privado pela PUC Minas. Mestre em Direito pela UFMG.
Membro da Associação Mineira dos Professores de Direito Civil – AMPDIC.

Resumo: O presente trabalho tem como objetivo demonstrar a necessidade de repensar a tutela dentro da ordem constitucional de 1988 e do direito civil brasileiro que vem se construindo desde então. A tutela é um instituto que pouco sofreu modificações legislativas desde que foi inserida no ordenamento jurídico brasileiro, sendo necessária, portanto, uma interpretação conforme os preceitos constitucionais e convencionais referentes ao direito da criança e do adolescente e ao direito à convivência familiar. Por essa razão, aborda-se, neste trabalho, o processo de repersonalização do direito privado provocado pelos fundamentos e objetivos da república brasileira, que conduziu a funcionalização dos institutos dessa grande área do direito pátrio e a necessidade de diálogo entre o Código Civil, o Estatuto da Criança e do Adolescente e a Convenção Internacional dos Direitos da Criança de 1989.

Palavras-chave: Direito à convivência familiar. Tutela. Repersonalização do direito civil.

Abstract: This paper aims to demonstrate the need to rethink the legal guardianship within the constitutional order of 1988 and the Brazilian Civil Law that has been building since then. The legal guardianship is an institute that has undergone little legislative changes since it was inserted in the Brazilian legal system, being necessary an interpretation according to the constitutional and conventional precepts regarding the Children and Adolescent's Rights and the Familiar Coexistence's Right. For this reason, the process of repersonalization of Private Law brought about by the foundations and objectives of the Brazilian republic, which led to the functionalization of the institutes of this great area of the country's law, and the need for dialogue between the Civil Code, the Statute of the Child and Adolescent and the Children Rights International Convention of 1989.

Keywords: Familiar coexistence's right; Legal guardianship; Repersonalization of civil law.

Sumário: 1 Introdução – 2 Direito civil atual e o direito da criança e do adolescente – 3 Direito à convivência familiar de crianças e de adolescentes – 4 Contribuições para um novo instituto da tutela de crianças e de adolescentes – 5 Conclusão

1 Introdução

Desde a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/1988), o direito civil nacional iniciou um processo de rediscussão e de reconstrução de suas bases tradicionais para se adaptar aos ditames constitucionais. Esse processo, que perdura até hoje e não tem prazo para seu final, possibilitou a revisão de diversos institutos jurídicos de direito privado, como o contrato e a propriedade, para adequá-los aos fundamentos e objetivos da república. O papel dos estudiosos e dos tribunais vem sendo de grande importância nessa fase de repersonificação do direito civil, cabendo a eles trazer mudanças que deveriam ter sido realizadas pelo Código Civil de 2002 (CCB/2002).

Outros institutos ainda não foram objeto de análises e reinterpretações mais profundas, mesmo alguns deles tendo sido alvo de modificações significativas provocadas pela CRFB/1988, pelas convenções internacionais e até pela legislação infraconstitucional. A tutela de crianças e de adolescentes é um desses institutos esquecidos pelos civilistas brasileiros e que necessita ser revisitada. Trabalhada no Código Civil de 1916 (CCB/1916), ela teve sua essência de instituto de proteção patrimonial mantida no CCB/2002, alheia aos influxos de outras importantes normas do ordenamento jurídico brasileiro, como a CRFB/1988 e o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/1990).

Diante disso, o presente trabalho se propõe a revisar o instituto da tutela, buscando dar-lhe uma visão atual da relação tutor-tutelado que seja capaz de atender tanto ao atual direito civil quanto às peculiaridades do direito da criança e do adolescente. Para tanto, serão brevemente abordadas as modificações realizadas no direito civil brasileiro após a promulgação do texto constitucional de 1988 para, então, se adentrar no direito à convivência familiar de crianças e adolescentes, evidenciando as relações desse direito com o direito civil e com o direito infanto-juvenil. A partir dessas análises, será trabalhado o papel da tutela na contemporaneidade e como esse instituto pode ser repensado para estar de acordo com o atual direito brasileiro e propiciar uma nova relação entre tutor e tutelado.

2 Direito civil atual e o direito da criança e do adolescente

A CRFB/1988 não só rompeu com o paradigma autoritário anterior como iniciou uma nova ordem jurídica no país, transformando o Brasil em um Estado Democrático de Direito. Ela trouxe uma nova organização, novas atribuições aos poderes Executivo, Judiciário e Legislativo, consagrou direitos civis, políticos e sociais, regulou as ordens tributária, econômica, financeira e social e expressou os fundamentos e objetivos do Estado brasileiro. Entre esses fundamentos, a

cidadania e a dignidade, e entre os objetivos, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, a redução das desigualdades e a promoção do bem-estar geral representaram uma guinada no ordenamento jurídico brasileiro, já que tais previsões estabeleceram novas diretrizes a serem seguidas pelas leis vindouras e exigiram a reinterpretação de toda legislação vigente.

Antes da CRFB/1988, o direito tradicional era dividido em direito público – aquele que regulamentava as relações entre indivíduo e Estado – e em direito privado – o que regulava as relações entre particulares, cada um deles organizado em seus diferentes ramos (constitucional, penal etc., de um lado, e civil, comercial e do trabalho, de outro) –, mas teve essa diferenciação questionada. Isso porque, mesmo o direito privado, baluarte do individualismo, passou a se preocupar também em concretizar os fundamentos e objetivos da república brasileira. Logo, a necessidade de se (re)interpretar o ordenamento jurídico nacional fez com que o direito civil passasse por um processo de despatrimonialização, tendo como consequência a (re)personalização e funcionalização dos seus institutos.

A despatrimonialização representa um rompimento do direito civil brasileiro com sua tradição clássica de defesa do patrimônio. Ela se traduz no “reconhecimento de que os bens e direitos patrimoniais não constituem fins em si mesmos, devendo eles serem tratados pela ordem jurídica como meios para a realização da pessoa humana”.¹ Essa necessidade de realização da dignidade de cada indivíduo mudou o foco do direito privado do patrimônio para a pessoa, levando também à funcionalização de seus institutos para que estes passassem a efetivar os ditames constitucionais.² Ocorreu, portanto, a (re)personalização do direito civil, uma vez que a defesa e a promoção da pessoa e de seu desenvolvimento individual se tornaram a razão de ser de todo o direito, tendo os institutos jurídicos nacionais que ser redefinidos para atingir esse fim.

Reforçando essa mudança de panorama legal, o texto constitucional deu novo tratamento a toda população infantojuvenil. Antecipando-se à Convenção Internacional dos Direitos da Criança (CIDC/1989), que seria aprovada só no ano seguinte, a CRFB/1988 assegurou prioridade absoluta à concretização dos direitos da criança e do adolescente, garantindo àqueles com menos de dezoito anos

¹ SARMENTO, Daniel. *Direito fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 116.

² A funcionalização representa a preocupação com o objetivo de determinado instituto dentro da atual proposta constitucional e não com sua estrutura. É nesse contexto que Schreiber e Konder afirmam que “[S]ob a perspectiva civil-constitucional, isso implica que não apenas deve-se priorizar a análise da função do instituto, mas também verificar sua compatibilidade com os valores que justificam a tutela jurídica do instituto por parte do ordenamento, positivados sob a forma de preceitos constitucionais” (SCHREIBER, Anderson; KONDER, Carlos Nelson. Uma agenda para o direito civil-constitucional. *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*, v. 10, out./dez. 2016. Disponível em: <https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/view/42/36>. Acesso em: 27 dez. 2016).

todos os direitos e garantias fundamentais trazidos nos arts. 5º e 6º,³ e previu direitos específicos para essas pessoas em desenvolvimento (art. 227).⁴

Mais do que uma reafirmação de que crianças e adolescentes são pessoas em fase de desenvolvimento, o art. 227 da CRFB/1988, ao explicitar certos direitos, reconhece que a infância e a adolescência são etapas da vida que merecem uma proteção especial. Assim, justifica-se que alguns direitos, como o direito ao lazer, ao respeito e à convivência familiar e comunitária, tenham sido previstos, *a priori*, especificamente para a população infantojuvenil, e que outros direitos, como à saúde, à educação etc., devam ser trabalhados de forma diversa para atender às peculiaridades de cada fase do desenvolvimento humano.⁵

Esse novo tratamento dado às pessoas em desenvolvimento, como norma constitucional, deveria também influenciar o direito infraconstitucional, incluindo o direito civil, a começar pela mudança de nomenclatura, já que o texto constitucional optou por usar criança e adolescente em lugar do termo “menor”.⁶ Mais do que uma mudança de nomenclatura, tal alteração visou deixar claro que todas as crianças e adolescentes são titulares desses direitos e que as disposições legais são aplicáveis a todas elas, independentemente de origem, classe social, etnia ou qualquer outra forma de discriminação. Ao se buscar a nova função, todos os

³ A garantia de exercício dos mesmos direitos previstos para os adultos representa um grande avanço para a população infantojuvenil, uma vez que, no antigo direito do menor, ela não lhe era assegurada. Passou a ser comum, tanto na literatura jurídica nacional como na internacional, afirmar que as crianças deixaram de ser objetos de intervenção do Estado para se tornarem sujeitos de direito. Cf. PEREIRA, Tânia da Silva. *Direito da criança e do adolescente: uma proposta interdisciplinar*. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 12; O’ DONNELL, Daniel. *A convenção sobre os direitos da criança: estrutura e conteúdo*. [s.d.]. Disponível em: http://www.mpdft.mp.br/portal/pdf/unidades/promotorias/pdij/Publicacoes/A_Conven_Dir_Crian_1989.pdf. Acesso em: 25 abr. 2019. Tal afirmação deve ser analisada com certo cuidado porque, pela ótica do direito civil, crianças e adolescentes sempre foram tratadas como sujeitos de direito, mas no plano dos direitos humanos ou dos direitos fundamentais essa assertiva não é verdadeira. Quando se analisam as legislações menoristas, nota-se que direitos, como o contraditório e a ampla defesa, não eram assegurados aos menores (parte da população infantojuvenil que era objeto do direito do menor). Da mesma forma, não havia normas que assegurassem a participação desses menores no exercício de seus direitos, inclusive nos direitos civis.

⁴ O art. 227 da CRFB/1988 é considerado por Garcia Méndez como uma síntese da Doutrina da Proteção Integral que embasaria a CIDC/1989 (GARCIA MENDEZ, Emílio. *Infância, lei e democracia: uma questão de Justiça*. *Revista Brasileira Adolescência e Conflitualidade*, São Paulo, n. 8, 2013. Disponível em: <http://www.pgskroton.com.br/seer/index.php/adolescencia/article/view/223>. Acesso em: 24 abr. 2019). Além da mencionada prioridade absoluta, o mesmo dispositivo atribuiu à família, ao Estado e à sociedade o dever de zelar ainda pelo “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” (art. 227 da CRFB/1988).

⁵ CILLERO BRUÑOL, Miguel. *El interés superior Del niño em el marco de la convención internacional sobre los derechos del niño*. *Justicia y Derechos del Niño*, Santiago, n. 1, p. 45-62, nov. 2009. p. 50.

⁶ Nota-se aqui o descompasso entre o CCB/2002, que manteve o termo “menor”, apesar da previsão do art. 227 e de toda legislação infraconstitucional pós-CRFB/1988, e o texto constitucional, que utiliza “criança” e “adolescente”.

institutos clássicos dessa área do direito que de alguma forma se relacionam com o direito infantojuvenil devem atender também ao disposto no art. 227 da CRFB/1988.

Como mencionado anteriormente, a nova visão da infância e adolescência foi realçada pela previsão expressa de vários direitos fundamentais para a população infantojuvenil. Sem dúvida, o mais impactante desses direitos foi o direito à convivência familiar. Mesmo após ele ter sido trabalhado no Estatuto da Criança e do Adolescente e passados mais de trinta anos do advento da CRFB/1988, algumas perguntas ainda podem ser feitas: qual “a extensão do direito fundamental à convivência familiar?”⁷; qual sua relação com os institutos de direito de família?

3 Direito à convivência familiar de crianças e de adolescentes

O direito à convivência familiar “não foi fruto de construção doutrinária nem jurisprudencial brasileira e, por isso, não havia e, até hoje, não há no país uma delimitação da abrangência deste tema”.⁸ Ele tem suas bases em documentos internacionais (Declaração dos Direitos da Criança de 1959 e CIDC/1989) e representa uma ruptura com as práticas de institucionalização que marcaram o direito do menor. Não deixa de ser um direito de defesa o direito de crianças e de adolescentes “de não serem separados arbitrariamente do continente afetivo da família e das vinculações socioculturais com o seu meio de origem”,⁹ mas deve também ser visto como um direito promocional. Isso porque, em sua origem, já se previa que, para assegurar o desenvolvimento saudável, a criança deveria ser criada preferencialmente pelos pais em ambiente de afeto e segurança material e moral, tendo a sociedade e o Estado a obrigação de zelar por aqueles que não possuíssem família ou que estivessem em situação de vulnerabilidade (art. 6º da Declaração dos Direitos da Criança de 1959). Assim, ao mesmo tempo que colocava a separação da criança de seus pais como exceção, o mencionado dispositivo impunha obrigações ao Estado e à sociedade para que estes fossem promotores do referido direito. Esse direito à convivência familiar, ainda embrionário na Declaração dos Direitos da Criança de 1959, foi mais bem delimitado na

⁷ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. A (des) necessidade da guarda compartilhada ante o conteúdo da autoridade parental. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite (Coord.). *Manual de direito das famílias e das sucessões*. Belo Horizonte: Del Rey: Mandamentos, 2008. p. 307.

⁸ VIEIRA, Marcelo de Mello. O direito da personalidade à convivência familiar de crianças e adolescentes. *Diké – Revista Eletrônica de Direito, Filosofia e Política do Curso de Direito da Unipac de Itabirito*, v. 4, p. 127-140, 1º sem. 2012. p. 135.

⁹ COSTA, Antônio Carlos Gomes da. A convenção internacional dos direitos da criança. In: SIMONETTI, Cecília; BLECHER, Margaret; GARCIA MENDEZ, Emílio (Org.). *Do avesso ao direito*. São Paulo: Helvética, 1994. p. 20.

CIDC/1989, a qual reafirmou a excepcionalidade da separação de pais e filhos (arts. 14.2 e 18), a preocupação com ambiente de criação e com o desenvolvimento infantojuvenil (arts. 6º, 9º e 19) e a garantia de manutenção de uma relação estável entre pais e filhos, mesmo em caso da separação daqueles e ainda que eles residam em países diferentes (arts. 9º.3 e 10).¹⁰

Partindo dessas bases postas no direito internacional e de outras fixadas nos arts. 227 e 229 da CRFB/1988, o Estatuto da Criança e do Adolescente, em seus arts. 19 e seguintes, deu maior concretude ao direito à convivência familiar. Mesmo com as modificações posteriores das disposições originais da Lei nº 8.069/1990, pode-se afirmar que o cerne desse direito é sintetizado pelo art. 19, o qual assegura o “direito da criança e do adolescente ser criado e educado no seio de sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente que garanta seu desenvolvimento integral”.¹¹

Pelo dispositivo transcrito, nota-se claramente o acerto do legislador constitucional ao prever tal direito especificamente para o público infantojuvenil, já que historicamente esse grupo sempre foi o mais suscetível a ser separado das famílias, especialmente por questões de vulnerabilidade financeira. Atenta a tal situação e visando reforçar o direito de manutenção da prole junto aos pais, a mesma Lei nº 8.069/1990 preconizou que carência ou falta de recursos materiais não é justificativa legal para a suspensão ou perda do poder familiar, e não havendo outro motivo que embase a separação entre pais e filhos, estes devem permanecer na família de origem, a qual será incluída em programas e serviços oficiais de apoio, promoção e proteção (art. 23).

A família, um dos pilares do direito civil, foi também funcionalizada, sendo protegida, não por ser uma estrutura tradicional, mas por ser um “espaço primário e essencial de desenvolvimento da personalidade da pessoa humana, sendo sede das relações íntimas e privadas de seus membros”.¹² Tratando-se de crianças e adolescentes, a família possui tanto um aspecto protetor como um viés promotor de direitos, já que ela

¹⁰ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; VIEIRA, Marcelo de Mello. Construindo o direito à convivência familiar de crianças e adolescentes no Brasil: um diálogo entre as normas constitucionais e a Lei n. 8.069/1990. *Civilistica.com*, Rio de Janeiro, ano 4, n. 2, 2015. Disponível em: <http://civilistica.com/construindo-o-direito-a-convivencia-familiar/>. Acesso em: 30 abr. 2019.

¹¹ Essa redação do art. 19 foi dada pela Lei nº 13.257/2016. Ela ampliou a preocupação com o ambiente familiar, já que a redação original do Estatuto da Criança e do Adolescente dizia apenas “em ambiente livre de pessoas da presença de pessoas dependentes de substâncias entorpecentes”.

¹² MILAGRES, Marcelo de Oliveira. Normas cogentes e dispositivas de direito de família. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, v. 35, jul./set. , 2008. p. 212-213.

[...] constitui o grupo de socialização primária, que está em contato direto e permanente com a criança durante o crescimento até a vida adulta, mesmo depois, e onde se começa a ter consciência dos direitos e que constitui o espaço em que toma as decisões que podem afetar decisivamente a vida de uma criança.¹³

Esse processo de socialização caracterizado pela interação cotidiana entre os integrantes da família, no qual estes se reconhecem, se constroem e se reconstróem, modificando suas relações, é chamado de convivência familiar.¹⁴ É na convivência que são partilhados rotinas e rituais de um grupo, sendo que especialmente os últimos são essenciais para criar o sentimento de que aquela pessoa é parte daquele núcleo familiar.¹⁵

A proteção dessa convivência não poderia se restringir somente à família natural, à comunidade formada pelos pais ou a qualquer deles e seus descendentes (art. 25 da Lei nº 8.069/1990). Por isso, o Estatuto da Criança e do Adolescente também cunhou um sistema subsidiário para garantia do direito à convivência familiar para ser utilizado quando for necessária a separação da criança ou do adolescente de sua família natural. Para Nery e Machado, o sistema de proteção e promoção desse direito teria uma

[...] estrutura valorativa em forma de pirâmide, que vai da base ao topo numa linha de crescente *excepcionalidade*, na medida em que a pirâmide se afunila: quando se discute onde a criança deve crescer e ser criada, na base está a *família natural* (entidade formada pelos pais biológicos); no topo, o abrigo da criança em instituição de acolhimento.¹⁶ (Grifos no original)

¹³ MORAL FERRER, Anabella J. Del. El derecho a opinar de niños, niñas y adolescentes em la Convención sobre los Derechos del Niño. *Cuestiones Jurídicas*, Maracaibo, v. 1, n. 2, p. 73-99, jul./dez. 2007. No original: “[...] constituye el grupo de socialización primaria, que se encuentra en contacto directo y permanente con el niño durante el crecimiento hasta llegar a la vida adulta, incluso después, y donde se comienza a tener conciencia de los derechos y que constituye el espacio en el cual se toma las decisiones que pueden afectar determinadamente la vida de un niño”.

¹⁴ RENTERÍA PÉREZ, Erico; LLEDIAS TIELBE, Esperanza; LUZ GIRALDO, Alba. Convivencia familiar: una lectura aproximativa desde elementos de la Psicología Social. *Diversitas: Perspectivas em Psicología*, Bogotá, v. 4, n. 2, p. 427-441, jul./dez. 2008. p. 430.

¹⁵ Para Spagnola e Fiese, as rotinas não teriam significados especiais, uma vez que seriam aqueles compromissos regulares e repetitivos. Os rituais, por sua vez, teriam um valor familiar simbólico, sendo aqueles compromissos de tempo e continuidade essenciais para a formação e consolidação do sentimento de pertencimento daquela família e, em regra, vai além daquele momento, podendo virar uma tradição daquele grupo (SPAGNOLA, Mary; FIESE, Barbara H. Family routines and rituals: a context for development in the lives of young children. *Infants & Young Children*, Filadélfia, v. 20, n. 4, p. 284-299, out./dez. 2007. p. 285).

¹⁶ NERY JÚNIOR, Nelson; MACHADO, Martha Toledo. O Estatuto da Criança e do Adolescente e o novo Código de Processo Civil à luz da Constituição Federal: princípio da especialidade e direito intertemporal. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, v. 3, n. 12, p. 9-49, out./dez. 2002. p. 27.

Após as alterações pelas leis nºs 12.010/2009 e 13.257/2016, essa pirâmide valorativa se estruturou da seguinte forma: a família natural continuou sendo a base da pirâmide, seguida pela família ampliada e, posteriormente, pela família substituta nacional com vínculo,¹⁷ pela família substituta nacional sem vínculo, pela família substituta estrangeira na qual pelo menos um dos futuros pais seja brasileiro, pela família substituta estrangeira e, por fim, pelo acolhimento familiar e institucional, necessariamente nessa ordem. Esse sistema tem duas peculiaridades. Em primeiro lugar, nota-se que a base é a situação ideal; em segundo, à medida que se afasta dela, algum tipo de vínculo com a criança acaba se rompendo. Justamente por isso, a segunda particularidade é que só se pode passar para o próximo tipo de família quando esgotadas as possibilidades da criança de permanecer naquele patamar, no qual, em teoria, ela teria mais vínculos preservados.

O direito à convivência familiar deve ser visto como um direito à formação e manutenção de vínculos que busca assegurar que crianças e adolescentes pertençam, integrem e participem de uma experiência familiar, vivendo em um ambiente no qual possam desenvolver sua personalidade e sua autonomia de forma saudável e responsável.¹⁸

Para Maria Berenice Dias, o “direito de convivência” seria o mesmo que “direito de visitação”,¹⁹ enquanto Paulo Lobo afirma que o mesmo termo seria sinônimo de guarda.²⁰ Ambos entendimentos são perigosos, porque reduzem o direito à convivência familiar a somente uma parte dele. A mera leitura dos arts. 19 a 52-D da Lei nº 8.069/1990 é suficiente para compreender que esse direito é muito mais abrangente do que a guarda ou o direito de visitação. Tanto a guarda quanto a visitação são institutos que visam à garantia desse direito, juntamente com o poder familiar, quando a criança ou o adolescente estiver em família natural, ou ao lado da adoção e da tutela, quando estiver em família extensa ou substituta.

¹⁷ A família ampliada ou extensa é definida pelo parágrafo único do art. 25 da Lei nº 8.069/1990 como aquela com a qual a criança e/ou o adolescente possui vínculos de afetividade, afinidade e parentesco. A família substituta não possui definição legal, sendo seu conceito meramente residual, ou seja, o que não é família natural nem ampliada. Já família substituta com vínculo, embora também não tenha definição legal, é aquela com a qual a criança e/ou o adolescente possui pelo menos um vínculo de afetividade, afinidade e/ou parentesco. Exemplos comuns seriam padrinhos, amigos dos pais ou mesmo familiares mais distantes.

¹⁸ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; VIEIRA, Marcelo de Mello. Construindo o direito à convivência familiar de crianças e adolescentes no Brasil: um diálogo entre as normas constitucionais e a Lei n. 8.069/1990. *Civilistica.com*, Rio de Janeiro, ano 4, n. 2, 2015. Disponível em: <http://civilistica.com/construindo-o-direito-a-convivencia-familiar/>. Acesso em: 30 abr. 2019.

¹⁹ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 4. ed. em e-book baseada na 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 1094-1095.

²⁰ LÔBO, Paulo. *Direito civil: famílias*. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 176.

O Estatuto da Criança e do Adolescente deu novo fundamento a todos esses institutos típicos de direito de família que passaram também a compor o direito à convivência familiar. Com isso, qualquer interpretação jurídica referente ao poder familiar, guarda (seja de filhos, seja aquela concedida a terceiros), visitação, adoção e tutela deve ser feita a partir de um diálogo entre todas as fontes normativas, o que englobaria pelo menos o texto constitucional, as convenções internacionais, o Código Civil e a Lei nº 8.069/1990, além de qualquer outra legislação que seja pertinente ao caso.²¹

É dentro dessa visão que a tutela de crianças e de adolescentes no direito brasileiro deve ser repensada.

4 Contribuições para um novo instituto da tutela de crianças e de adolescentes

A tutela é um dos vários institutos do direito civil brasileiro que derivam do direito romano, sendo talvez aquele que ainda se mantém mais fiel a suas raízes históricas. Isso porque, examinando superficialmente o instituto romano e “respeitadas as condições sociojurídicas da época, podemos concluir que herdamos daquele Direito a estrutura jurídica do instituto quanto à capacidade de ser tutor, excusas, administração dos bens etc.”²²

De fato, quando se analisa a regulamentação da tutela no direito nacional, nota-se que, desde as Ordenações Filipinas, seu foco era a administração dos bens dos incapazes em razão da idade. O CCB/1916, apesar de tratar o tema de forma mais ampla, também centrou seus dispositivos na proteção patrimonial e na regulação da figura do tutor, o que indicava que o instituto se preocupava com o órfão rico. Sobre esse mesmo código, Tânia da Silva Pereira enfatizava que dos quarenta artigos que trabalhavam o tema, apenas um deles se preocupava com os menores abandonados.²³ Também o CCB/2002, que deveria adequar a tutela às diretrizes constitucionais e ao direito infantojuvenil, manteve um tratamento bem

²¹ Uma das teorias que visam trabalhar a compreensão sistemática e coerente das normas jurídicas buscando efetivar o texto constitucional é a teoria do diálogo das fontes. Tal teoria parte da visão de que em um sistema no qual há várias fontes normativas, estas devem ser simultaneamente aplicadas ao mesmo caso, ao invés da simples exclusão de uma das normas, visando à construção da melhor maneira possível (MIRAGEM, Bruno. *Eppur si muove: diálogo das fontes como método de interpretação sistemática do direito brasileiro*. In: MARQUES, Cláudia Lima. *Diálogo das fontes: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro*. 2. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 75).

²² PEREIRA, Tânia da Silva. *Direito da criança e do adolescente: uma proposta interdisciplinar*. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 411.

²³ PEREIRA, Tânia da Silva. *Direito da criança e do adolescente: uma proposta interdisciplinar*. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 411-412.

similar à legislação anterior, destacando novamente a patrimonialidade e a figura do tutor, dando pouca atenção à figura mais importante, o pupilo ou tutelado. Analisando os “trinta e oito artigos que compõem o título específico dedicado ao instituto, apenas um deles é destinado à pessoa do tutelado e sequer é mencionado o Direito à Convivência Familiar”.²⁴

O atual tratamento legal da tutela sugere que o instituto continua voltado para o resguardo dos bens de órfãos ricos, o que não coaduna com a realidade nacional.²⁵ Maria Berenice Dias tece uma crítica ainda mais dura, afirmando que a tutela é um instituto obsoleto que afronta a CRFB/1988 e os direitos infantojuvenis, razão pela qual deveria ser banida do ordenamento jurídico brasileiro.²⁶

De fato, é, ao menos, estranho imaginar que um instituto jurídico cujas normas pouco mudaram em mais de um século continue atual, especialmente diante de todo o desenvolvimento do direito das famílias e da criação do direito da criança e do adolescente. Assim, em razão de as disposições normativas do CCB/2002 pouco ajudarem para que a tutela seja adaptada ao atual panorama jurídico nacional, essa revisão deve ser feita por meio da interpretação sistemática das normas do direito das famílias e do direito infantojuvenil com a finalidade de funcionalizar o instituto para que este possa dedicar-se primordialmente à proteção e à promoção do pupilo.

Ao inserir a tutela como uma das formas de inserção em família não natural (incluindo a família ampliada e a substituta), o Estatuto da Criança e do Adolescente reforça sua óbvia ligação com o direito infantojuvenil, já que este é dedicado unicamente a crianças e adolescentes. Ela deixa de ser um instituto de proteção de menores incapazes para ser tratada como um dos meios de efetivação do direito à convivência familiar. Essa alteração acentua a necessidade de uma nova interpretação do tratamento dado à tutela no CCB/2002, fazendo com que a função primordial do tutor seja zelar pela pessoa do tutelado e, em segundo plano, administrar seu patrimônio, quando houver.²⁷ Assim, a tutela passa a se inserir em uma ótica de criação e manutenção de vínculos, incidindo sobre ela os princípios internacionais do direito infantojuvenil, como o da participação e da autonomia progressiva, e impõe ao tutor o compromisso de contribuir com a formação pessoal e com a promoção da autonomia do tutelado.

²⁴ VIEIRA, Marcelo de Mello. *Direito de crianças e de adolescentes à convivência familiar*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016. p. 161.

²⁵ ALMEIDA, Renata Barbosa de; RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Édson. *Direito civil famílias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, [s.d.]. p. 525.

²⁶ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 4. ed. em e-book baseada na 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 1102.

²⁷ ELIAS, Roberto João. *Direitos fundamentais da criança e do adolescente*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 55-56.

A tutela também passou a ser um instituto único e aplicável a toda população infantojuvenil que não possua a representação legal, independentemente de classe social, etnia ou qualquer outro critério de discriminação. Não se pode mais dicotomizar o instituto em uma tutela do Código Civil e uma tutela estatutária, que seria provisória e apenas um passo para colocação da criança ou do adolescente em adoção, como sugerem Renata de Almeida e Walsir Rodrigues Jr.²⁸ A sua interpretação jurídica deve levar em consideração todo o microsistema do direito da criança e do adolescente, isto é, deve se iniciar com as normas constitucionais, passando pelas normativas internacionais, CCB/2002, Lei nº 8.069/1990 e quaisquer outras normas que possam ser aplicadas ao caso concreto.²⁹ Independentemente de visar ser uma etapa prévia para a adoção ou de se prolongar no tempo, a tutela está sujeita à mesma regulamentação e finalidade, não importando se durará meses ou se findará com o advento da maioridade.

Como dito anteriormente, o foco do instituto passa a ser a pessoa do tutelado, aquela criança e/ou aquele adolescente cujo primeiro e principal vínculo dentro do direito à convivência familiar, aquele com a família natural, foi rompido ou está fragilizado. Isso porque a tutela é incompatível com o exercício do poder familiar,³⁰ ou seja, ele se torna uma possibilidade somente quando verificada a impossibilidade de permanência da prole com os pais, seja pela ausência ou morte dos genitores, seja pela perda ou suspensão do poder familiar.³¹ O pupilo é, portanto, alguém que já está com seu direito à convivência familiar fragilizado, e caberá ao tutor assegurar que ele possa exercer tal direito da melhor maneira possível, isto é, que ele possua um ambiente profícuo para o seu desenvolvimento, que mantenha laços com todos aqueles que lhe tragam benefícios e que possa desenvolver sua autonomia.³²

Ligado ao desenvolvimento da autonomia, ainda que de forma tímida, o CCB/2002 inovou ao prever o dever do tutor de ouvir o pupilo adolescente ao

²⁸ ALMEIDA, Renata Barbosa de; RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Édson. *Direito civil famílias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, [s.d.]. p. 518.

²⁹ A disciplina jurídica da tutela encontra-se substancialmente regulada no CCB/2002. A Lei nº 8.069/1990 e modificações posteriores complementam essa normatização tanto com as regras que compõem as disposições gerais do direito à convivência familiar como pelas normas específicas sobre guarda e tutela, além das disposições processuais.

³⁰ SILVA, José Luiz Mônaco da. *A família substituta no Estatuto da Criança e do Adolescente*. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 66.

³¹ ALMEIDA, Renata Barbosa de; RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Édson. *Direito civil famílias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, [s.d.]. p. 509.

³² Sobre a função do tutor de promover a autonomia do pupilo, Kátia Maciel afirma que considerando a “ausência de familiares e de vínculo com o ex-tutor, torna-se indispensável a preparação prévia do ex-tutelado para a vida autônoma, pois com a aquisição da capacidade civil não mais estará sob medida de proteção e, portanto, vinculado ao Juízo da Infância e Juventude” (MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. Tutela. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (Coord.). *Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 241).

adimplir deveres que normalmente cabiam aos pais (art. 1.740, III). A inovação é tímida porque a CIDC/1989, ao tratar do princípio da participação (art. 12), não vincula a participação de crianças e adolescentes em questões que lhes afetem a nenhum limite etário. É essa perspectiva convencional que deve nortear a atuação do tutor, o qual deverá sempre promover a participação para criar as bases para o desenvolvimento de uma autonomia. Esse aprendizado deve se iniciar nas pequenas escolhas do cotidiano para, então, chegar às maiores decisões de vida. O incentivo à participação e o desenvolvimento da autonomia não deve se restringir apenas às questões existenciais, sendo interessante que o tutor também envolva o pupilo nas discussões referentes ao seu patrimônio. Enxergar o tutor como aquele que tem o dever de promover a autonomia do seu tutelado é certamente a principal “inovação” das obrigações da tutela. Tal dever passa a ser a tônica da relação tutor-pupilo, que, assim como o poder familiar, deve ser democrática e dialógica.

Ainda sobre as funções do tutor em relação à pessoa do tutelado, caberá ao primeiro dirigir a educação, prestar alimentos, providenciar junto ao magistrado a correção do pupilo e se incumbir da representação ou assistência (arts. 1.740, I e II, e 1.747, I, do CCB/2002). Caberá ainda o dever de guarda, conforme dispõe o parágrafo único do art. 36 da Lei nº 8.069/1990. Essa é uma regra importante que reforça as obrigações constantes no CCB/2002, já que a guarda implica a “prestação de assistência material, moral e educacional à criança ou adolescente, conferindo a seu detentor o direito de opor-se a terceiros, inclusive aos pais” (art. 33 da Lei nº 8.069/1990). Note-se que para o exercício dessas obrigações será necessário que o tutor e o pupilo tenham uma relação mais próxima e a maior convivência possível.

[O] o dever de guarda passou a ser inerente à tutela, independentemente da modalidade adotada e não mais aplicada somente para uma determinada parte da população infantojuvenil (menores em situação irregular), como preconizava o Código de Menores de 1979. Tal previsão enfatiza a inclusão deste instituto no Direito à Convivência Familiar, já que a atribuição da guarda ressalta a necessidade do convívio diário entre tutor e tutelado, o que é indispensável à formação de crianças e de adolescentes, especialmente para o desenvolvimento da capacidade de construção de vínculos e de sentimentos positivos, como a confiança, autoestima e pertencimento. Não há, portanto, mais espaço para o tutor meramente administrador dos bens.³³

³³ VIEIRA, Marcelo de Mello. *Direito de crianças e de adolescentes à convivência familiar*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016. p. 164.

Dessa forma, não se pode efetivar um direito à convivência familiar se tutor e tutelado efetivamente não convivem. É no dia a dia, na participação das rotinas e dos rituais, que essa relação de convivência permitirá a criação de laços entre o tutor e o pupilo e que o primeiro poderá exercer sua função de cuidar do segundo, acompanhando o desenvolvimento deste. Tal como o poder familiar, o exercício da tutela também deve se modificar com o tempo e com a natural mudança de interesses e necessidades do pupilo, se adaptando ao desenvolvimento da criança e/ou do adolescente. É muito difícil imaginar que o tutor consiga acompanhar o desenvolvimento de seu pupilo e construir uma relação mais próxima sem que haja uma convivência constante. Como já afirmado, essa convivência deverá ser pautada no diálogo e no respeito mútuo, o que é indispensável para a criação de um ambiente saudável e para o exercício da função pedagógica de tutor e promotor da autonomia do pupilo.

Extremamente importante para o bom e efetivo exercício da tutela é a escolha do melhor tutor possível. O CCB/2002 repetiu a mesma ordem de nomeação do código anterior, dando preferência para a tutela testamentária, posteriormente, pela tutela legítima e, por fim, para a tutela dativa. Renata de Almeida e Walsir Rodrigues Jr. ensinam que a preferência pela tutela testamentária se justifica, uma vez que se presume que os pais têm melhores condições de avaliar quem é a melhor pessoa para zelar pelos seus filhos e que, não havendo tal avaliação, os parentes propiciariam um ambiente familiar conhecido e que seria capaz de proteger e promover as crianças e os adolescentes.^{34 35} Já a tutela dativa seria aquela que, na falta de indicação dos pais (via testamento ou outro documento autêntico) e de parentes aptos a assumir o múnus, o magistrado nomeia pessoa idônea e que resida no domicílio do tutelado (art. 1.732 do CCB/2002).

Essa ordem de preferência trazida pelo CCB/2002 era, por vezes, flexibilizada em casos específicos com o intuito de nomear como tutor a pessoa que proporcionasse melhor bem-estar ao pupilo.³⁶ A Lei nº 12.010/2009 transformou

³⁴ ALMEIDA, Renata Barbosa de; RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Édson. *Direito civil famílias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, [s.d.]. p. 512.

³⁵ Para a tutela testamentária, o CCB/2002 estabeleceu um sistema no qual primeiro se busca os ascendentes, sendo que aqueles de grau de parentesco mais próximo têm preferência sobre aqueles mais remotos. Não havendo ascendentes, buscam-se os colaterais até terceiro grau, havendo também a preferência para os de grau mais próximo, e, dentro do mesmo grau, pelos mais velhos em relação aos mais novos, devendo o juiz nomear o parente mais apto para o exercício da tutela. Há também diversas disposições indicando aqueles que não podem ser nomeados e os que podem se escusar no múnus. Tais disposições só mostram o apego do legislador civil pela tradição romana do instituto. A utilização da estrutura valorativa traçada nas normas de direito à convivência familiar presentes no Estatuto da Criança e do Adolescente se mostra mais capaz de assegurar uma boa escolha do tutor do que a regulamentação do CCB/2002.

³⁶ PEREIRA, Tânia da Silva. *Direito da criança e do adolescente: uma proposta interdisciplinar*. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 413; ELIAS, Roberto João. *Direitos fundamentais da criança e do adolescente*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 57 e ss.

esse entendimento em norma expressa, condicionando sempre o atendimento da indicação testamentária à comprovação de “que a medida é vantajosa ao tutelando e que não existe outra pessoa em melhores condições de assumi-la” (art. 37, parágrafo único da Lei nº 8.069/1990), de que o indicado ofereça um ambiente adequado e de que a opinião da criança seja considerada ou o consentimento do adolescente esteja de acordo com aquela nomeação.³⁷

Diante da necessidade da nomeação de um tutor, caberá ao magistrado analisar, entre todos aqueles que se dispõem a assumir a tutela da criança ou do adolescente, quem possui melhores habilidades para o exercício do múnus, independentemente de se foi indicado pelos pais – tutela testamentária –, se segue a ordem legal – tutela legítima – ou se nomeado pelo juiz – tutela dativa –, sendo também indiferente ao fato de o pretense tutor ser ou não parente do tutelado.³⁸ Com isso, nota-se que o tutor deverá ser aquele que conduzirá o tutelado no difícil e tortuoso processo de crescimento e amadurecimento e, por esta razão, é mais importante encontrar a pessoa mais capaz para o exercício da tutela do que seguir uma ordem legal e abstrata de preferência.

Nesse contexto, também surge a discussão sobre a possibilidade de nomeação de duas pessoas para exercerem conjuntamente a tutela de crianças e adolescentes. Pela interpretação isolada do §1º do art. 1.733 do CCB/2002, pode-se entender que a tutela deveria ser exercida por apenas uma pessoa, já o mencionado dispositivo determina que, havendo a nomeação de mais pessoas para tutor no testamento sem indicação de preferência, entende-se que há a preferência pelo primeiro nome. Todavia, em que pese a falta de previsão legal, autores, como José Luiz Mônaco da Silva,³⁹ Katia Maciel⁴⁰ e Maria Berenice Dias,⁴¹ defendem essa possibilidade, contando inclusive com alguns julgados nesse sentido.⁴² Essa

³⁷ Nesse sentido posicionou-se o Desembargador Oliveira Firmo do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, ao afirmar que “[S] sabido, ainda, que o rol preferencial estabelecido no art. 1.731 do CC/2002 é relativo, sempre em privilégio do melhor interesse do menor” (MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. *Processo – AC nº 1.0056.10.010075-1/001*. Relator: Oliveira Firmo. Belo Horizonte, 27 ago. 2013. Disponível em: https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do;jsessionid=141D226D893E97E5F3E4BF533C0CCFE1_juri_node2?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0056.10.010075-1%2F001&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar. Acesso em: 7 jan. 2020).

³⁸ ALMEIDA, Renata Barbosa de; RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Édson. *Direito civil famílias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, [s.d.]. p. 512.

³⁹ SILVA, José Luiz Mônaco da. *A família substituta no Estatuto da Criança e do Adolescente*. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 73.

⁴⁰ MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. Tutela. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (Coord.). *Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 247.

⁴¹ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 4. ed. em e-book baseada na 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 1106.

⁴² No julgamento da Apelação Cível nº 1.0079.07.384112-8/001 pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais, o fundamento utilizado para concessão da tutela compartilhada foi o atendimento do melhor interesse da

situação não se confunde com a permissão para que o tutor delegue parte do exercício da tutela para pessoas físicas ou jurídicas sobre bens e interesses que demandam complexos conhecimentos técnicos ou que fiquem em locais distantes do tutor mediante autorização judicial. A tutela conjunta é aquela na qual duas pessoas exercem simultaneamente todos os encargos do instituto. Se, por um lado, isso pode representar um ganho para o pupilo, que tem a possibilidade de formar laços com outra pessoa e terá um representante constituído, caso o outro tutor esteja impossibilitado, por outro, abre possibilidade para uma série de conflitos entre os dois tutores, o que pode prejudicar o exercício do múnus. Essa possibilidade deve ser tratada como uma exceção e utilizada em situações em que efetivamente já exista o vínculo do pupilo e haja plena harmonia entre os dois pretensos tutores. Uma possível conflitualidade entre os tutores dificilmente proporcionará um ambiente saudável para o desenvolvimento do tutelado, sendo a tutela conjunta desaconselhável nesses casos.⁴³

Uma última questão que influencia a relação entre tutor e pupilo envolve a administração dos bens desse pupilo. A preocupação excessiva com o patrimônio do tutelado fez com que a legislação impusesse um grande ônus ao tutor, que precisa manter uma detalhada, regular e periódica prestação de contas, uma vez que pode ser fiscalizado por um protutor e pelo juiz, além de estar sujeito a um rígido regime responsabilizatório e muitas vezes obrigado a prestar uma garantia legal. Todas essas cautelas são necessárias para aqueles casos em que o tutelado possui um grande patrimônio, mas essa não é a situação da maioria daqueles que precisam ser postos em tutela. Essas exigências afastam a utilização do instituto

criança (MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. *Processo – AC nº 1.0079.07.384112-8/001*. Relator: Bitencourt Marcondes. Belo Horizonte, 22 abr. 2010. Disponível em: https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do;jsessionid=141D226D893E97E5F3E4BF533C0CCFE1.juri_no de2?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0079.07.384112-8%2F001&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar. Acesso em: 7 jan. 2020). Já em decisão prolatada pelo Tribunal de Justiça do Espírito Santo (AC nº 0008669-39.2006.08.0000) foi defendida a interpretação conjunta das normas do CCB/2002 e do Estatuto da Criança e do Adolescente para a efetivação do melhor interesse da criança e que o art. 1.733 do CCB/2002 seria aplicado somente aos casos de tutela testamentária (ESPÍRITO SANTO. Tribunal de Justiça. *Processo – AC nº 0008669-39.2006.8.08.0000*. Relator: Izaias Eduardo da Silva. Vitória, 30 jan. 2007. Disponível em: http://aplicativos.tjes.jus.br/sistemaspublicos/consulta_jurisprudencia/det_jurisp.cfm?edProcesso=00086693920068080000&Justica=Comum&CFID=48438122&CFTOKEN=47853301. Acesso em: 7 jan. 2020).

⁴³ Falando sobre o compartilhamento da curatela, Zeno Veloso afirma que “Verificando o magistrado que o curatelado ficará melhor assistido com o compartilhamento do encargo deverá fazê-lo. Se, entretanto, aferir que esta medida será causa permanente de conflitos, nomeará curador único” (VELOSO, Zeno. *Arts. 1.767 a 1.783*. In: SILVA, Regina Beatriz Tavares da (Coord.). *Código Civil comentado*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 1871). O mesmo entendimento pode ser aplicado à tutela, isto é, é o caso concreto que indicará se o compartilhamento da tutela é o mais indicado para aquela criança ou adolescente. Contudo, deve-se advertir que achar a pessoa para ser tutor já é difícil, achar dois que desejem exercer o múnus conjuntamente será ainda mais complicado.

de muitas daquelas crianças e adolescentes privados da representação legal, tendo sido a guarda utilizada com recurso para assegurar pelo menos o dever de cuidado com crianças e adolescentes com pouco ou nenhum patrimônio. Nesses casos, essas exigências não se mostram razoáveis e podem até prejudicar a relação entre tutor e pupilo, já que o primeiro poderia ficar mais preocupado com suas diversas obrigações contábeis e com uma possível responsabilização do que efetivamente se preocupar com o tutelado.

Assim, entende-se que a repersonalização do instituto da tutela compreende a sua reformulação para não trazer a proteção apenas ao patrimônio do pupilo, mas sim à pessoa tutelada. Não se defende a dissociação entre tutela e aspectos patrimoniais inerentes, mas sim uma inversão nas prioridades do tutor quando houver patrimônio, dispensando, por exemplo, a prestação de contas em casos de patrimônio mínimo ou inexistente. O essencial é que a tutela se preocupe mais com a relação entre tutor e tutelado e, como consequência, com o desenvolvimento dessa criança e/ou adolescente e a promoção da sua autonomia (o que é essencial para preparação para a vida adulta), e menos com o seu patrimônio.

5 Conclusão

A tutela é um instituto milenar e seu tratamento no CCB/2002 é praticamente o mesmo de cem anos atrás. Em um mundo que se modificou tanto em um século, e continua mudando cada vez mais rápido, e diante de um ordenamento jurídico que passou por uma profunda alteração de suas bases, é incompreensível que um instituto importante como a tutela não tenha passado por uma consistente transformação. Essa situação se torna ainda mais inexplicável quando se nota que o direito de família é a área do direito privado que mais se desenvolveu.

O presente trabalho teve como objetivo demonstrar a necessidade de se repensar a tutela dentro da ordem constitucional de 1988 e do direito civil brasileiro que vem se construindo desde então. Por essa razão, abordou-se, ainda que sucintamente, o processo de repersonalização do direito privado provocado pelos fundamentos e objetivos da república brasileira, que conduziu a funcionalização dos institutos dessa grande área do direito pátrio.

Buscou-se no direito da criança e do adolescente elementos para contextualizar o tratamento atual dado à população infantojuvenil e mostrar sua essencial influência no instituto da tutela, que, afinal, só se refere à criança e ao adolescente. Dentro do direito infantojuvenil, a tutela tornou-se um instrumento de efetivação do direito à convivência familiar e, com isso, diversas outras normas constantes no Estatuto da Criança e do Adolescente também passaram a ser aplicadas a esse instituto. A tutela não é mais vista como um instrumento de proteção do

incapaz, e sim como um mecanismo que visa à construção de laços, de garantia de viver em um ambiente capaz de proporcionar ao pupilo o livre desenvolvimento de sua personalidade e autonomia.

A tutela deve se centrar na figura do pupilo e na relação entre ele e o tutor, devendo a administração do patrimônio ter importância secundária. A preocupação deve ser com a sua formação enquanto pessoa e cidadão autônomo, e o tutor deve ser aquele que vai conduzir o tutelado nesse processo de crescimento e amadurecimento. Por essa razão, deve-se ter um cuidado maior com a nomeação desse tutor. A tradicional ordem abstrata de preferência, que vigorou no Brasil desde a colônia, deve necessariamente ser flexibilizada diante das peculiaridades do caso concreto a fim de que se encontre a melhor pessoa para exercer o múnus.

O real sucesso da tutela depende do quão saudável é a relação entre tutor e pupilo, relação essa que deve partir da convivência entre eles. É somente a partir dessa convivência que o tutor conseguirá moldar sua forma de atuar para atender às necessidades concretas de seu tutelado e auxiliá-lo nesse difícil caminho de desenvolvimento da autonomia.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

VIEIRA, Marcelo de Mello. Direito à convivência familiar de crianças e de adolescentes e tutela: por uma nova relação entre pupilo e tutor. *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*, Belo Horizonte, v. 23, p. 81-97, jan./mar. 2020. DOI:10.33242/rbdc.2020.01.004.

Recebido em: 21.05.2019
1º parecer em: 17.10.2019
2º parecer em: 16.01.2020