

A TUTELA DOS INCAPAZES NO DIREITO ROMANO E NO ATUAL DIREITO CIVIL BRASILEIRO.

Maria Vital da Rocha

Doutora em Direito pela Universidade de São Paulo; Professora Adjunta do Curso de Direito da Universidade Federal do Ceará, lecionando na graduação e no programa de pós graduação stricto sensu (mestrado e doutorado); Coordenadora do Curso de Graduação em Direito da Faculdade 7 de Setembro; Procuradora Federal

Rodrigo Pierre Linhares Mattos

Acadêmico do Curso de Graduação em Direito da Faculdade 7 de Setembro, em Fortaleza, Ceará, Brasil..

INTRODUÇÃO

No presente trabalho, será estudado o instituto da tutela dos incapazes, em uma perspectiva comparativa entre o Direito Romano e o atual Direito Brasileiro, no que se refere ao conceito, às espécies, às funções do tutor, aos impedimentos para o exercício e, por último, à extinção.

Com este objetivo serão utilizadas fontes doutrinárias, de Direito Romano e de Direito Civil, bem como as fontes históricas de conhecimento do Direito Romano, principalmente as do Direito Justiniano, que chegaram até nossos dias, através de sua monumental compilação, que é o *Corpus Juris Civilis*.

Metodologicamente, o assunto será dividido em capítulos. O primeiro capítulo fala da origem e do conceito de tutela; o segundo, trata das espécies de tutela; o terceiro aborda o tema da função do tutor; no quarto capítulo, são estudados os casos de falta de legitimação para o exercício da tutela, e, no quinto capítulo, os modos de extinção da tutela.

Em todos os capítulos os temas são apresentados, primeiro, sob a ótica do Direito Romano e, em seguida, conforme o Direito Civil Brasileiro.

No final de cada capítulo é feita uma breve reflexão sobre as semelhanças e as diferenças da tutela no direito pátrio e no Direito Romano.

I. TUTELA: ORIGEM E DEFINIÇÃO

A origem da tutela é remota, embora, nem sempre com uma configuração jurídica autônoma.

A Lei das XII Tábuas já se referia à tutela, como um poder inerente aquele que tinha o poder sobre os membros da família, ao prescrever que se o pai de família morrer sem deixar testamento, ficando um herdeiro seu impúbere, que o agnado mais próximo seja o seu tutor.¹

Com o passar do tempo, o instituto foi se delineando juridicamente e ganhando feições próprias, com as quais chegou até nossos dias, e que nos permite identificá-lo como um *munus publicum*, visando a proteção e o interesse do incapaz.

Citando Sérvio, o jurisconsulto Paulo definiu tutela como o poder e a autoridade sobre uma pessoa livre, dado pelo *jus civile*, visto que esta, por causa da idade, não pode se defender.²

Mais adiante, o mesmo jurisconsulto disse que tutores são as pessoas detentoras deste poder e autoridade e que, por isso mesmo, são chamados de cuidadores e defensores, assim como também são chamados os edis, por cuidarem das cidades e dos seus edifícios.³

No direito romano clássico, a tutela já se mostrava como um encargo dado pelo direito a um representante legal a fim de cuidar dos interesses de um incapaz *sui juris*.

Ficavam sob tutela, os impúberes e as mulheres *sui juris*. Os *alieni juris* não, porque se encontravam sujeitos ao poder do seu *paterfamilias*, que cuidava, também, da sua proteção. Isso de dava pelo fato dos menores e das mulheres púberes não terem capacidade de fato.

Atualmente, podemos definir tutela como uma função que, segundo a lei, deve ser destinada a uma pessoa com capacidade plena para que salvguarde os bens e exerça proteção sobre o menor. É um instituto de direito assistencial para a defesa de interesse de menores não emancipados, não sujeitos ao poder familiar, visando a sua proteção.

De acordo com o atual Código Civil brasileiro, art. 1728, os filhos menores são postos em tutela nas seguintes hipóteses:

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

1 Lei das XII Tábuas, V, 7

2 - D.26, I, I, Pr. Paulo

3 - D.26, I, I, I, Paulo

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

A Lei n.8.069/90, que dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente, também prevê a tutela, como uma das formas de colocação da pessoa de até 18 anos em família substituta, ao lado da guarda e da adoção. Nesse caso, o deferimento da tutela pressupõe a prévia decretação da perda ou suspensão do poder familiar.⁴

Comparando os conceitos de tutela no direito romano e no direito brasileiro atual, percebe-se que não há diferença, quanto ao objetivo, mas se distinguem quanto aos sujeitos que visam proteger. No Direito Romano, a tutela acudia os menores de idade e as mulheres, onde os menores de idade eram as meninas menores de 12 anos e os meninos menores de 14 anos, desde que *sui juris*, ou seja, que não estivessem sob a *patriapotestas*.

No direito brasileiro, as mulheres, por motivo óbvio, não são mais tuteladas em razão do sexo e são consideradas incapazes as pessoas, de ambos os sexos, menores de 18 anos, independente de qualquer outra condição ou *status*.

Note-se que, no Direito Romano, a maioria da pessoa começava somente aos 25 anos de idade, desde que fosse cidadão, *sui juris* e do sexo masculino.

A tutela não se confunde com a representação e a assistência. A primeira, tem sentido genérico e visa proteger o incapaz em razão da idade, seja plena ou relativamente, não podendo coexistir com o poder familiar. Ao contrário, visa exatamente suprir a falta deste. A representação e assistência são prerrogativas do tutor ou do titular do poder familiar para defender interesse de menor absolutamente incapaz, no caso da primeira, e dos relativamente incapazes, no caso da segunda, até que os mesmos completem a maioria.

4 - Art. 28. A colocação em família substituta far-se-á mediante guarda, tutela ou adoção, independentemente da situação jurídica da criança ou adolescente, nos termos desta Lei.

Art. 36. A tutela será deferida, nos termos da lei civil, a pessoa de até 18 (dezoito) anos incompletos. Parágrafo único. O deferimento da tutela pressupõe a prévia decretação da perda ou suspensão do poder familiar e implica necessariamente o dever de guarda.

2. ESPÉCIES

O Direito Romano conheceu três tipos de tutela, definidos pela sua forma de constituição, que são os seguintes: a *datio tutoris testamentaria*, a *ex lege XII tabularum* e a *datio magistratus*. Ou, simplesmente, a tutela testamentária, a tutela legítima e a tutela dativa.⁵

A tutela testamentária era a que o *paterfamilias* estabelecia no seu testamento ou em codicilo, um tutor para os seus filhos impúberes, que em caso de sua morte, passariam a ser tutelados por quem o chefe da família tivesse ordenado.⁶

Segundo Armando Torrent, o aparecimento desta espécie de tutela pode ter sido posterior ao da tutela legítima e a sua designação tinha efeito *ipso iure*, no momento em que o herdeiro instituído adquiria a herança.⁷

Gaio informa que esta designação tinha que ser feita mediante uma fórmula tradicional, com palavras certas, imperativas, tais como as que se seguem: “*Lucium Titius liberis méis tutor esto*” ou “*Lucium Ticius liberis méis tutorem do*”.⁸

Este rigor, no entanto, foi abolido por uma constituição de 339, do imperador Constâncio.⁹

O tutor testamentário podia renunciar a tutela, caso não desejasse exercê-la, através da *abdicatione tutelae*. Mas, o direito do tutor testamentário de abdicar ou aceitar a tutela, conforme melhor lhe aprouvesse, foi, aos poucos, sofrendo restrição do direito, até que, no Séc. II d. C., a *abdicatione*, sem justificativa, foi abolida.¹⁰

Quando não havia testamento, adotava-se a tutela legítima, certamente, a primeira forma de tutela, no Direito Romano.

A tutela legítima encontra a sua fonte na lei, no caso, a Lei das XII Tábuas, ao estipular que na falta de tutor designado por testamento, que fosse atribuída a tutela ao agnado mais próximo do pupilo e se todos os agnados estivessem no mesmo grau, a tutela cabia a todos, igualmente.¹¹

Também foram objeto de lei a tutela dos escravos impúberes alforriados e a tutela dos filhos impúberes emancipados. Por lei, no primeiro caso, o tutor

5 - Cf. Gaio, I, 142 ss; I., I, 13,3; I, I, 15; D. 26.2.3. Ulpiano; D. 26.4.6. Paulo; C. 6.23.15

6 - Observa-se que Gaio usa o termo dativo como sinônimo de tutor testamentario, cf. Gaio, I, 154: *Vocantur autur hi, quid nominatim testamento tutores dantur, dativi qui ex optione sumuntur, optivi*

7 - TORRENTE RUIZ, Armando. Diccionario de Derecho Romano, Madrid, EDISOFER, 2005, p. 1406

8 - Gaio I, 149

9 - Cf. C. 6.23.15

10 - GUARINO, Antonio. Diritto Privato Romano, 7ª. Ed., Napoli, Iovene, 1984, p. 544.

11 - Gaio, I, 155

era sempre o patrono do escravo alforriado e, no segundo caso, o *paterfamilias* do impúbere emancipado.¹²

Não havendo tutor legítimo nem testamentário, a designação do tutor era feita pelo magistrado. Trata-se da tutela dativa, honorária, decretal ou atiliana. Esta última designação deve-se ao fato de ter sido instituída pela *Lex Atilia de tutore dando*, de 210 a. C.

Segundo Antonio Guarino, a designação do tutor era feita pelo pretor, na presença da maioria dos tribunos da plebe. Nas províncias, através das leis *Lulia* e *Titia*, do século I a. C., esse poder foi atribuído ao presidente da província. Em Roma, esta atribuição foi dada aos cônsules, mas no século II d.C., foi instituído o *praetor tutelarius* que, no período pós clássico acabou ganhando a função de assistente do *praefectus urbi*, com quem, finalmente, ficou o poder de designar tutor dativo.¹³

O direito brasileiro recepcionou as três modalidades de tutela do Direito Romano.

Referindo-se à tutela testamentária, o Código Civil Brasileiro, em seus artigos, 1729 e 1730, estabelece que o direito de nomear tutor, compete aos pais, em conjunto, e pode ser feito, através de testamento ou de qualquer outro documento autêntico. Mas os pais devem estar no exercício do poder familiar, quando da nomeação, para que esta tenha validade. Caso contrário, a designação será nula.¹⁴

A Lei no. 8069, de 13 de julho de 1990, também se refere à tutela testamentária, em seu art. 37, *in verbis*:

Art. 37. O tutor nomeado por testamento ou qualquer documento autêntico, conforme previsto no parágrafo único do art. 1.729 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil, deverá, no prazo de 30 (trinta) dias após a abertura da sucessão, ingressar com pedido destinado ao controle judicial do ato, observando o procedimento previsto nos arts. 165 a 170 desta Lei.

Se os pais não tiverem deixado expressamente sua última vontade, aplicar-se-á a tutela legítima, que busca um tutor consanguíneo para o menor, na seguinte ordem, de acordo com o artigo do 1.731, do CC:

Art. 1.731. Em falta de tutor nomeado pelos pais incumbe a tutela aos

12 - Gaio, I, 165

13 - GUARINO, Antonio, op. Cit., p. 546

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

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

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

parentes consangüíneos do menor, por esta ordem:

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

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

Deve-se, pois, buscar primeiro os ascendentes, de preferência os de grau mais próximo; em segundo caso, buscam-se os parentes colaterais, dando prioridade os irmãos ou os tios, preferindo os mais próximos e mais velhos.

Por fim, a tutela dativa corresponde a uma decisão judicial, pois na falta de tutor testamentário ou legítimo, o juiz nomeia uma pessoa estranha, idônea que resida no domicílio do menor, conforme o artigo 1.732, CC:

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

I - na falta de tutor testamentário ou legítimo;

II - quando estes forem excluídos ou escusados da tutela;

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

Conforme já foi observado, os três tipos de tutela do Direito Romano sobrevivem no atual Código Civil brasileiro. A ordem de aplicação também é a mesma no sentido de que, diante de um caso concreto, deve-se verificar primeiro se há um ato de última vontade válido. Não havendo, busca-se utilizar a tutela legítima e, em último caso, adota-se a tutela honorária ou dativa.

No entanto, a forma como é exercido cada tipo de tutela sofreu adaptação no direito brasileiro, como se demonstra a seguir.

Quanto à tutela testamentária, nota-se que, em Roma, apenas o *paterfamilias* podia fazer testamento estabelecendo um tutor. No direito brasileiro, os pais devem fazer isso conjuntamente.

A tutela legítima, que antes podia ser exercida também por pessoas estranhas ao grupo familiar do incapaz, como, por exemplo, os *gentiles*, passou a ter espaço apenas para tutores consangüíneos, ou seja, pessoas, obrigatoriamente, parentes do menor.

A tutela dativa, por sua vez, não sofreu grandes transformações, pois o

pretor, o magistrado que tratava dos aspectos da justiça, denominava uma pessoa qualquer para cuidar dos bens do impúbere, fato que até hoje ocorre, como prerrogativa do poder judiciário.

3. FUNÇÕES DO TUTOR

As funções do tutor no Direito Romano eram duas: a *auctoritatis interpositio* e a *negotiorum gestio*.¹⁵

A primeira, corresponde à assistência dada ao pupilo na faixa etária entre 7 e 12 anos, para as mulheres, e 7 e 14 anos, para os homens, visando apenas complementar sua capacidade limitada para a realização de atos relativos ao patrimônio. Nesse caso, a atuação era do menor e o tutor apenas ratificava, com a sua *auctoritas*, o efeito do ato. Do contrário, o ato seria ineficaz.¹⁶

Através da *negotiorum gestio*, o tutor podia gerir os negócios do pupilo menor de sete anos, como se fosse seu, representando-o.

Em época imperial, visando o interesse do menor, muitas decisões foram exaradas, limitando o exercício da *negotiorum gestio*, de que é exemplo uma norma citada por Ulpiano em D. 27, 9, 1, 2, que proibiu os tutores de alienar imóveis rústicos dos seus pupilos, sem a autorização do pretor ou expressa manifestação do *paterfamilias* em testamento. Uma constituição de Constantino proibiu o tutor de alienar prédio urbano.¹⁷

Quando se tratava da questão da mulher, a função do tutor era apenas a de interpor a sua autoridade.

As funções do tutor, no direito brasileiro, estão delineadas em vários dispositivos do Código Civil, ora sob a designação de incumbência, ora, como competência.

O artigo 1740, CC fala da incumbência do tutor, quanto à pessoa do tutelado, que deve ser a seguinte:

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

II - reclamar do juiz que providencie, como houver por bem, quando o menor haja mister correção;

III - adimplir os demais deveres que normalmente cabem aos pais, ouvida a opinião do menor, se este já contar doze anos de idade.

Do ponto de vista patrimonial, segundo o art. 1.741, CC, incumbe ao tutor, sob a inspeção do juiz, administrar os bens do tutelado, cumprindo seus deveres com zelo e boa-fé, sempre em proveito do menor.

15 - Gaio, 2, 80-81

16 - Gaio, 3, 107

17 - C. 5, 37,22

Por sua vez, o artigo 1747 atribui competência ao tutor para o exercício dos seguintes atos, com ampla autonomia, por entender que são atos normais de administração que não oferecem risco ao patrimônio do pupilo:

I - representar o menor, até os dezesseis anos, nos atos da vida civil, e assisti-lo, após essa idade, nos atos em que for parte;

II - receber as rendas e pensões do menor, e as quantias a ele devidas;

III - fazer-lhe as despesas de subsistência e educação, bem como as de administração, conservação e melhoramentos de seus bens;

IV - alienar os bens do menor destinados a venda;

V - promover-lhe, mediante preço conveniente, o arrendamento de bens de raiz.

Outros atos da competência do tutor são arrolados no artigo 1748, porém mediante autorização judicial. São eles:

I - pagar as dívidas do menor;

II - aceitar por ele heranças, legados ou doações, ainda que com encargos;

III - transigir;

IV - vender-lhe os bens móveis, cuja conservação não convier, e os imóveis nos casos em que for permitido;

V - propor em juízo as ações, ou nelas assistir o menor, e promover todas as diligências a bem deste, assim como defendê-lo nos pleitos contra ele movidos.

Não havendo autorização, a eficácia de ato do tutor, nas hipóteses acima, depende de aprovação judicial posterior.

Comparando o direito brasileiro ao direito romano, no que diz respeito às funções do tutor, conclui-se que, em ambos os casos, o tutor tem a função geral de dar proteção ao incapaz, mas no Direito Romano esta proteção tinha ênfase no patrimônio.

Segundo Sílvio Meira, no Direito Romano, as atribuições do tutor eram puramente patrimoniais. A proteção à pessoa ficava a cargo da mãe ou de um parente materno, não herdeiro.¹⁸

¹⁸ - C. 5, 49, 1-2. MEIRA, Sílvio A. B. Instituições de Direito Romano, 3ª. Ed., São Paulo, Max Limonad, s/d, p. 203; No mesmo sentido: GUARINO, Antonio, op. cit., p. 549 e SANTOS JUSTO, A.

No direito brasileiro, às atribuições patrimoniais do tutor, somam-se as incumbências de natureza pessoal perante o pupilo, relacionadas à educação, defesa e prestação de alimentos, de acordo com o artigo 1740, CC acima transcrito.

Além disso, no direito brasileiro, o tutor não é o único órgão ativo da tutela, porque existe o a figura do protutor, que é nomeado pelo juiz para fiscalizar os atos do tutor, mediante o recebimento de uma gratificação módica, mas poderá ser responsável solidariamente pelos prejuízos sofridos pelo incapaz.¹⁹

Direito Privado Romano – IV (Direito de Família), Coimbra, Editora Coimbra, 2008, p. 193

19

Art. 1.742. Para fiscalização dos atos do tutor, pode o juiz nomear um protutor.

Art. 1.752.

§ 1º Ao protutor será arbitrada uma gratificação módica pela fiscalização efetuada.

§ 2º São solidariamente responsáveis pelos prejuízos as pessoas às quais competia fiscalizar a atividade do tutor, e as que concorreram para o dano.

4. IMPEDIMENTOS PARA O EXERCÍCIO DA TUTELA

Gaio, em D. 26, 1, 16, pr., sentenciou que *tutela plerumque virile officium est*, ou seja, na maioria das vezes, a tutela era exercida pelo homem. Isto significa que, para o exercício da tutela, eram necessárias as condições gerais para o exercício dos direitos privados, haja vista que, originariamente, a tutela consistia em um verdadeiro direito.

Mesmo considerando as flexibilidades decorrentes das transformações operadas no instituto da tutela ao longo do tempo, emprestando-lhe um caráter protetivo no interesse do incapaz, o Direito Romano sempre impôs ao tutor, a satisfação de requisitos de idoneidade e de capacidade.

Santos Justo²⁰ relaciona, com base nas fontes, os seguintes casos de incapacidade para o exercício da tutela, no direito justiniano: Os escravos, as mulheres, os dementes, os surdos, os mudos, os cegos e os doentes graves e crônicos; os menores de 25 anos; as pessoas excluídas expressamente pelo pai ou pela mãe do pupilo, por ato de última vontade; o que se oferece como tutor, mediante pagamento; o inimigo do pupilo e dos seus ascendentes; o soldado na ativa; os bispos, frades e monges, e os devedores e credores do pupilo.²¹

O Código Civil brasileiro, no artigo 1.735 reza que não podem exercer a tutela e serão exonerados da mesma, caso a exerçam:

I - aqueles que não tiverem a livre administração de seus bens;

II - aqueles que, no momento de lhes ser deferida a tutela, se acharem constituídos em obrigação para com o menor, ou tiverem que fazer valer direitos contra este, e aqueles cujos pais, filhos ou cônjuges tiverem demanda contra o menor;

III - os inimigos do menor, ou de seus pais, ou que tiverem sido por estes expressamente excluídos da tutela;

IV - os condenados por crime de furto, roubo, estelionato, falsidade, contra a família ou os costumes, tenham ou não cumprido pena;

V - as pessoas de mau procedimento, ou falhas em probidade, e as culpadas de abuso em tutorias anteriores;

VI - aqueles que exercerem função pública incompatível com a boa

20 - SANTOS JUSTO, Antonio. Op. cit., pp. 186-187

21 - Cf. C. 5, 34, 7; I, 1, 14, 1; D. 26, 2, 10, 4; D. 26, 2, 22; D. 28, 7, 21; C. 7, 4, 10; D. 26, 1, 16, pr.; C. 5, 35, 2; C. 6, 56, 6; Nov. 22, 38; D. 26, 1, 1, 2; C. 5, 34, 3; C. 5, 30, 5; I. 1, 25, 13; I. 1, 14, 2; D. 26, 2, 32, 4; D. 26, 5, 21, 2; C. 5, 47; D. 26, 5, 21, 6; D. 26, 10, 3, 12; D. 27, 1, 8, 1; C. 6, 37, 8; C. 1, 3, 51

administração da tutela.

As pessoas acima relacionadas são consideradas incapazes para o exercício da tutela, não por falta de capacidade civil, mas por falta de legitimação para tal e, por isso mesmo, ficam impedidas.

Comparando os dois sistemas jurídicos neste item, percebe-se grande semelhança, abstraindo o fato de que, em razão da igualdade entre os sexos, no mundo moderno, a mulher e o homem podem exercer os mesmos direitos, inclusive, o poder familiar. Se a tutela que existe para o suprimento da falta do poder familiar, é natural que a mulher também possa exercê-la.

5. EXTINÇÃO DA TUTELA

No Direito Romano, a tutela extinguiu-se nos seguintes casos:

1) Pela puberdade do tutelado, que se dava aos 12 anos para as mulheres e aos 14 anos para os homens;

2) Pela morte ou a *capitis deminutio* máxima, média e mínima, do tutelado ou do tutor.

3) Pela escusa do tutor

A *excusatio*, ou motivo justificado para não assumir a tutela, poderia fundamentar-se por razões pessoais, como a idade, a situação econômica, as condições de saúde, a família numerosa, dentre outras; razões de ordem pública, como o exercício de cargo de magistrado ou outro cargo elevado, mesmo que de natureza religiosa, como o de bispo ou de monge.

Algumas pessoas, por motivos relevantes, eram consideradas privilegiadas e, por isso, também podiam escusar-se da tutela. É o caso dos veteranos de guerra, desde que não se tratasse da tutela de filho de companheiro de arma, dos atletas, dos filósofos, dos jurisconsultos e dos médicos.

4) A expiração do tempo da tutela, quando fosse estipulado um prazo, o que normalmente se dava na tutela testamentária.

5) A destituição do tutor, através da *accusatio suspecti tutoris*, o que se dava, por exemplo, em caso de prevaricação do tutor.

No direito brasileiro, a tutela pode encerrar tanto em relação ao pupilo quanto em relação ao tutor.

Em relação ao pupilo, temos o fim da tutela, nos termos, do artigo 1763, do CC:

I - com a maioridade ou a emancipação do menor;

II - ao cair o menor sob o poder familiar, no caso de reconhecimento ou adoção.

A maioridade começa aos dezoito anos completos, quando a pessoa fica habilitada à prática de todos os atos da vida civil.²²

A emancipação é a antecipação da maioridade civil e se dá²³ :

²² - CCB, art. 5º.

²³

I - pela concessão dos pais, ou de um deles na falta do outro, mediante instrumento público, independentemente de homologação judicial, ou por sentença do juiz, ouvido o tutor, se o menor tiver dezesseis anos completos;

II - pelo casamento;

III - pelo exercício de emprego público efetivo;

IV - pela colação de grau em curso de ensino superior;

V - pelo estabelecimento civil ou comercial, ou pela existência de relação de emprego, desde que, em função deles, o menor com dezesseis anos completos tenha economia própria.

As causas de extinção da tutela, em relação ao tutor, estão apontadas no art. 1.764, CC. Elas ocorrem:

I - ao expirar o termo, em que era obrigado a servir;

II - ao sobrevir escusa legítima;

III - ao ser removido.

Podem escusar-se da tutela: as mulheres casadas; os maiores de 60 anos; os que tiverem sob sua autoridade mais de três filhos; os enfermos; os que habitam longo do lugar onde a tutela vai ser exercida; os que já são tutor ou curador, e os militares em serviço. Do mesmo modo, quem não for parente do menor não poderá ser obrigado a aceitar a tutela, se houver no lugar parente idôneo, consangüíneo ou afim, em condições de exercê-la.²⁴

A escusa deverá ser apresentada nos dez dias subseqüentes à designação do tutor, sob pena de entender-se renunciado o direito de alegá-la; se o motivo escusatório ocorrer depois de aceita a tutela, os dez dias contar-se-ão do em que ele sobrevier. Mas se o juiz não admitir a escusa, o tutor exercerá a tutela enquanto o recurso interposto não tiver provimento, e responderá desde logo pelas perdas e danos que o menor venha a sofrer.²⁵

Observa-se, com base no art. 1.765, CC, que o tutor é obrigado a servir por espaço de dois anos e pode continuar no exercício da tutela, além do prazo previsto de dois anos, se o quiser e o juiz julgar conveniente ao interesse do menor.

No entanto, quando considerado negligente, prevaricador ou incurso em

24 - CCB, arts. 1736 e 1737

25 - CCB, arts. 1738 e 1739. Vide, também: arts. 1192 e 1193 do CPC; arts. 37 e 38 da Lei 8069/1990 (ECA) e arts. 28 e 29, da Lei 12.010/2009 (Nova Lei de Adoção)

incapacidade, o tutor será destituído da função, nos termos do artigo 1766, CC.

A semelhança entre o Direito Romano e o direito brasileiro, são profundas, também quanto às formas de extinção da tutela, o que pode ocorrer, nos dois direitos, tanto em relação ao pupilo como em relação ao tutor. A maior diferença se revela no Direito romano, quanto à *capitis deminutio*, do pupilo ou do tutor, requisito de capacidade que não mais existe na modernidade.

6. CONCLUSÕES

6.1. O jurisconsulto Paulo definiu tutela como o poder e a autoridade sobre uma pessoa livre, dado pelo *jus civile*, visto que esta, por causa da idade, não pode se defender. No Direito Romano, ficavam sob a tutela os impúberes e as mulheres *sui juris*. Os *alieni juris* não, porque se encontravam sujeitos ao poder do seu *paterfamilias*.

Atualmente, define-se como tutela a função que, segundo a lei, é atribuída a uma pessoa com capacidade plena para que salvaguarde os bens e exerça proteção sobre o a pessoa do menor. É um instituto de direito assistencial para a defesa de interesse de menores não emancipados, não sujeitos ao poder familiar, visando a sua proteção.

Comparando os conceitos de tutela no direito romano e no direito brasileiro atual, percebe-se que não há diferença, quanto ao objetivo, mas se distinguem quanto aos sujeitos que visam proteger, haja vista que, no direito brasileiro a maioridade começa aos 18 anos, independente do sexo.

6.2. O Direito Romano conheceu três tipos de tutela, definidos pela sua forma de constituição, que são os seguintes: a testamentária, na qual o tutor era designado pelo *paterfamilias* em instrumento de última vontade; a legítima, de acordo com a Lei das XII Tábuas, e a dativa ou honorária, onde o tutor era designado pelo pretor ou outra autoridade competente.

Os três tipos de tutela do Direito Romano sobrevivem no atual Código Civil brasileiro.

6.3. As funções do tutor no Direito Romano eram duas: a *auctoritatis interpositio* e a *negotiorum gestio*. A primeira corresponde a assistência dada ao pupilo na faixa etária entre 7 e 12 anos, para as mulheres, e 7 e 14 anos, para os homens, visando apenas complementar sua capacidade limitada para a realização de atos relativos ao patrimônio. A atuação era do menor e o tutor apenas ratificava, com a sua *auctoritas*, o efeito do ato. Do contrário, o ato seria ineficaz. Através da *negotiorum gestio*, o tutor podia gerir os negócios do pupilo menor de sete anos, como se fosse seu, representando-o.

No Direito Brasileiro o tutor é incumbido de cuidados referentes à pessoa

do pupilo, como cuidar da educação, defendê-lo e prestar alimentos. Do ponto de vista patrimonial, incumbe ao tutor, sob a inspeção do juiz, administrar os bens do tutelado, cumprindo seus deveres com zelo e boa-fé, sempre em proveito do menor.

No direito brasileiro, existe o a figura do protutor, que é nomeado pelo juiz para fiscalizar os atos do tutor.

6.4. No Direito Romano, eram incapazes para o exercício da tutela: Os escravos, as mulheres, os dementes, os surdos, os mudos, os cegos e os doentes graves e crônicos; os menores de 25 anos; as pessoas excluídas expressamente pelo pai ou pela mãe do pupilo, por ato de última vontade; o que se oferece como tutor, mediante pagamento; o inimigo do pupilo e dos seus ascendentes; o soldado na ativa; os bispos, frades e monges, e os devedores e credores do pupilo.

O Código Civil brasileiro também dispõe sobre o tema, excluindo do exercício da tutela: os que, no momento de lhes ser deferida a tutela, se acharem constituídos em obrigação para com o menor, ou tiverem que fazer valer direitos contra este, e aqueles cujos pais, filhos ou cônjuges tiverem demanda contra o menor; os inimigos do menor, ou de seus pais, ou que tiverem sido por estes expressamente excluídos da tutela; os condenados por crime de furto, roubo, estelionato, falsidade, contra a família ou os costumes, tenham ou não cumprido pena; as pessoas de mau procedimento, ou falhas em probidade, e as culpadas de abuso em tutorias anteriores, e os que exercerem função pública incompatível com a boa administração da tutela.

6.5. No Direito Romano, a tutela extinguiu-se por causas relativas ao tutor ou ao pupilo como, por exemplo, a morte, a *capitis deminutio* – máxima, média e mínima, a puberdade, a emancipação, a escusa do tutor e a destituição do *múnus*. Todas estas causas subsistem no direito brasileiro atual, com exceção da *capitis deminutio*.

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CRETELLA JR., José. *Curso de Direito Romano*, Rio de Janeiro, Editora Forense, 1988.

NÓBREGA, Vandick Londres da. *História e Sistema do Direito Privado Romano*, 3ª. Ed., Rio de Janeiro, : Livraria Freitas Bastos, 1962

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*, 5º. Volume – Direito de Família, 19ª. Ed., São Paulo, Ed. Saraiva, 2011.

ELIAS, Roberto João. *Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente*, 3ª Ed., São Paulo, Saraiva, 2008,

GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil, Vol. 6- Direito de Família: As famílias em Perspectiva Constitucional*, 1ª Ed., São Paulo, Editora Saraiva, 2011.

GIORDANI, Mário Curtis. *Código Civil à Luz do Direito Romano – Direito de Família*. Rio de Janeiro, Editora Lúmen Juris, 1996.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*, Vol. 6 – Direito de Família, 8ª. Ed., São Paulo, Editora Saraiva, 2011.

GUARINO, Antonio. *Diritto Privato Romano*, 7ª. Ed., Napoli, Iovene, 1984.

LÔBO, Paulo. *Famílias*, 4ª. Ed., São Paulo, Editora Saraiva, 2011.

MARKY, Thomas. *Curso Elementar de Direito Romano*, 8ª. Ed., São Paulo, Editora Saraiva, 1995.

MEIRA, Sílvio A. Bastos. *A Lei das XII Tábuas, Fonte do Direito Público e Privado*, 2ª. Ed., Rio de Janeiro, Forense, 1961.

MEIRA, Sílvio A. B. *Instituições de Direito Romano*, 3ª. Ed., São Paulo, Max Limonad, s/d

MONTEIRO. Washington de Barros. *Curso de Direito Civil*, Vol. 2 – Direito de Família, 41ª. Ed., São Paulo, Editora Saraiva, 2011

MOREIRA ALVES, José Carlos. *Direito Romano*, 14ª. Ed., Rio de Janeiro, Forense Jurídica, 2007

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*, vol. V – Direito

de Família, 19^a. Ed., Rio de Janeiro, Editora Forense, Rio de Janeiro, 2011.

RODRIGUES, Silvio. *Direito de Família*, Vol. 6, 28^a. Ed., São Paulo. Ed. Saraiva, 2011

RUIZ, Vincenzo Arangio. *Instituzione di Diritto Romano*, Nápoles, Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1952.

SANTOS JUSTO, A. *Direito Privado Romano – IV (Direito de Família)*, Coimbra, Editora Coimbra, 2008.

SCIASCIA, Gaetano e CORREA, Alexandre. *Manual de Direito Romano*, 4^a. Ed., São Paulo, Editora Saraiva, 1961

SCIASCIA, Gaetano. *Sinopse de Direito Romano*, São Paulo, Editora Saraiva, 1972.

TABOSA, Agerson. *Direito Romano*, 2^a. Ed., Fortaleza, Faculdade 7 de Setembro, 2003.

TORRENTE RUIZ, Armando. *Diccionario de Derecho Romano*, Madrid, EDISOFER, 2005.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: Direito da Família*, vol. 6, 11^a. Ed., São Paulo, Editora Atlas, 2011.

