

(Parecer CIJ Nº 04/10)

EXCELENTÍSSIMO DESEMBARGADOR COORDENADOR DA INFÂNCIA E DA JUVENTUDE

Pedidos de providências (ou verificatórios) – alterações legislativas - diretrizes para adequação procedimental para observância do devido processo legal, especialmente o contraditório e a ampla defesa na Infância e Juventude

Em decorrência das mudanças trazidas pela Lei no. 12.010/09 (Lei da Convivência Familiar, indevidamente denominada de Lei da Adoção), os participantes do II FOPEJISP – Fórum Permanente de Estudos dos Juízes da Infância e da Juventude aprovaram os seguintes Enunciados, por maioria de votos, a saber:

Enunciado 01 - A partir da vigência da Lei nº 12.010/09 não mais se admite, em princípio, o processamento de “procedimentos verificatórios” (sindicâncias ou pedidos de providências) para apuração de fatos apresentados pelo Conselho Tutelar, cabendo a este fazê-lo de forma articulada com a rede de atendimento.

Enunciado 02 – A aplicação das medidas de proteção é atribuição primária do Conselho Tutelar, com exceção das hipóteses previstas no art. 101, incisos VII ao IX, e art. 130, ambos do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Com a publicação desses Enunciados, diversas questões têm sido submetidas por magistrados a esta Coordenadoria a respeito da adequação procedimental dos pedidos de providências (ou procedimentos verificatórios), tornando-se necessária o estabelecimento de diretrizes gerais para orientação e subsídio aos magistrados.

Para tanto, Vossa Excelência incumbiu um grupo de trabalho a elaborar documento que servisse a tal propósito, sendo o tema exaustivamente discutido internamente.

O pressuposto básico que orientou as discussões é a necessária superação de resquícios minoristas na área da infância e da juventude. Com efeito, percebe-se que, apesar da mudança legislativa, práticas cartorárias persistiram no Estado, mantendo o modo de atuação existente à época do antigo Código de Menores.

Como se sabe, toda a legislação brasileira precedente (tanto de 1927 como de 1979) considerava crianças e adolescentes apenas pelo viés do desvio. Menores eram as crianças e adolescentes tidas como abandonados ou delinquentes e como tal em situação irregular, numa avaliação quase sempre decorrente de pobreza ou de vagos padrões de conduta dissonantes da camada dirigente. As consequências tutelares eram drásticas, voltadas praticamente sempre ao afastamento da família e de institucionalização de crianças, sem previsão de procedimentos pautados pelo contraditório.

A mudança mais fundamental operada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente é a passagem de uma concepção tutelar para outra, fundada na garantia universal de direitos, tanto individuais como sociais, econômicos e culturais, tornando crianças e adolescentes sujeitos de direitos, em tudo equiparados a adultos, além de terem outros direitos específicos, dos quais o de participação, com direito a voz e a escuta, é dos mais significativos.

Em termos institucionais, deixamos as grandes FEBEM's e suas instituições e conquistamos políticas e direitos sociais mais estruturados, passíveis de demanda judicial. Concomitantemente, abandonamos também a antiga figura toda poderosa do juiz de menores, que mandava e desmandava sem procedimentos claros, como se encarnasse o “interesse superior dos menores”, e fundamos uma justiça da infância e da juventude democrática, respeitadora de direitos humanos e das garantias legais e processuais, tanto das famílias como das crianças e adolescentes.

Ora, os pedidos de providências (ou verificatórios) são o exemplo mais marcante da persistência desses traços do menorismo.

De um lado, revelam um Judiciário que ora se coloca no lugar do Poder Público, para fazer arremedo de acompanhamento de famílias, ora se põe como intermediário de acesso a atendimentos que deveriam ser garantidos universalmente à população e, se não o forem, deveriam ser objeto de ações civis públicas a serem ajuizadas pelo Ministério Público ou pela Defensoria Pública.

De outro lado, estes procedimentos mantêm a perspectiva intervencionista nas famílias, sem garantir-lhes o direito de defesa e, sobretudo, o direito de participação de crianças e adolescentes. A antiga figura do juiz de menores, voluntarista e discricionário, mostra-se, nesses procedimentos, ainda em toda a sua plenitude.

A consciência jurídica revelada no FOPEJISP, de que a Justiça da Infância e da Juventude em nada se diferencia dos demais ramos em seu modo de atuação e que, portanto, há de observar os princípios maiores que norteiam toda atuação jurisdicional, demarca um momento histórico no Judiciário Paulista.

Ela revela o desejo de superação da visão de que a Justiça da Infância e da Juventude seria um ramo anômalo, mais social do que jurídico, para reafirmar o comprometimento com uma instituição vanguardista, voltada à defesa de direitos humanos de crianças e adolescentes e de suas famílias.

As inúmeras consultas apresentadas pelos magistrados demonstraram a grande diversidade de situações em que estes modelos vêm ainda sendo empregados, tendo o grupo de trabalho constituído por Vossa Excelência procurado contemplá-las para contribuir neste processo de reordenamento processual e, digamos, institucional.

Entendemos, assim, necessária a especificação dessas várias situações, que não são exaustivas, mas um primeiro passo para essa adequação procedimental. Parece, agora, necessária a divulgação das conclusões a que se chegou sobre as consultas que, registre-se, foram objeto de discussão interna com os demais membros da Coordenadoria da Infância e da Juventude.

Os princípios gerais são de que:

I - Como regra geral, após o advento da Lei no. 12.010/09, não será possível o processamento de **novos** procedimentos verificatórios (ou procedimentos de providência) pelo Juízo da Infância e da Juventude

II - Situações excepcionais poderiam ser por eles contempladas, nos termos do caput do art. 153 do ECA, “se a medida judicial a ser adotada não corresponder a procedimento previsto nesta ou em outra lei”, havendo, contudo, expressa ressalva de que esse tipo de procedimento “não se aplica para o fim de afastamento da criança ou do adolescente de sua família e em outros procedimentos contenciosos” (vide artigo 153 e parágrafo único do ECA).

III - As situações abaixo especificadas procuram nortear a atuação dos magistrados tanto em relação aos procedimentos verificatórios (ou pedidos de providência) já instaurados e em andamento como em relação a novos pedidos de providência que cheguem aos magistrados, evitando-se, assim, a sua instauração;

Seguem as conclusões alcançadas pelo grupo de trabalho, na forma de parecer, para servir como diretrizes procedimentais, respeitada a independência de entendimento de cada magistrado, como é de rigor em toda orientação desta Coordenadoria.

Situação 1: comunicação de situação de possível ameaça ou violação de direito que demande apuração

a) diretrizes procedimentais

1. havendo denúncia ao Conselho Tutelar de situação que possa implicar ameaça ou violação de direito a criança ou adolescente, e sendo necessária apuração destes fatos, deve o mesmo requisitar serviço especializado para atendimento, aplicando-se medida à criança e aos pais/responsável para observância deste atendimento (arts. 101 e 129 do ECA);

2. se a denúncia vier de órgão distinto do Conselho Tutelar, o ofício deve ser encaminhado diretamente ao Conselho Tutelar e ao serviço de atendimento específico que a situação requerer, via de regra o PAEFI¹, com informação a este último de que, em caso de não adesão pelos familiares, o Conselho Tutelar deve ser comunicado.

3. caso os pais ou responsáveis não cumpram a medida e o atendimento, ou constatada a situação de ameaça ou violação de direito, havendo a necessidade de tomada de providências, a representação do Conselho Tutelar deve ser recebida como inicial para a imposição de medida e/ou sanção pecuniária por infração administrativa, nos termos do art. 194 do ECA por infração do art. 249 do ECA.

b) Sugestão de ações junto à rede para articulação visando a observação das novas diretrizes procedimentais

1. realizar, tanto quanto possível, reunião com os conselheiros tutelares, diretor regional/municipal de educação, responsável da secretaria de saúde pelo atendimento a crianças e adolescentes, delegados e comandante da polícia militar e guarda civil, representante do MP e Defensoria esclarecendo que a apuração inicial de fatos relacionados a ameaça ou violação de direitos de crianças e adolescentes deve ser feito por serviço específico de atendimento da Prefeitura Municipal, com monitoramento pelo Conselho Tutelar;

2. orientar o Conselho Tutelar de que só deve representar ao juízo depois de ter os fatos apurados, anexando à representação as provas. Caso haja falta de atendimento a medidas aplicadas, o Conselho deve instruir a representação com o termo de aplicação da medida devidamente assinado pelo destinatário, o encaminhamento ao serviço e informação escrita do serviço de que não houve comparecimento, relatando estes fatos na representação;

3. fazer chamamento à responsabilidade do CRAS/CREAS quanto à responsabilidade dos serviços socioassistenciais pelos atendimentos previstos na normativa específica.

c) em relação a casos antigos, cuja apuração foi requerida à justiça e instaurou-se pedido de providências, sugere-se:

1. se o processo está em fase de efetiva apuração inicial, completar-se a apuração. Havendo necessidade de atendimento, a equipe interprofissional deve encaminhar a criança/adolescente e família ao serviço específico e o juízo deve expedir ofício ao serviço de atendimento informando que o monitoramento a frequência ao atendimento será feito pelo Conselho Tutelar, a quem deve ser comunicada eventual falta por parte da criança/adolescente e familiares. Deve concomitantemente oficiar ao Conselho Tutelar, encaminhando-se cópia do que foi apurado e dos encaminhamentos, para que monitore o cumprimento. Em caso de falta, o Conselho Tutelar deve representar ao juízo, de forma devidamente instruída, para processamento pelo art. 194 do ECA. O pedido de providências é arquivado

2. se já houve apuração e, por algum motivo, há apenas o acompanhamento da família pela equipe interprofissional do juízo, deve-se chamar a secretaria de assistência social, informar que o acompanhamento é atribuição do Executivo pelo "PAIF- Programa de Atenção Integral à Família"² (nível de proteção básica) ou pelo "PAEFI – Serviço de proteção especializado a famílias e indivíduos" (nível de proteção de média complexidade) e que o monitoramento do atendimento será feito pelo Conselho Tutelar.

2.1. Não havendo os serviços, incumbe à Secretaria de assistência social provê-lo supletivamente, devendo-se representar ao Ministério Público, com cópia dos autos, para a tomada de providências cabíveis para a tutela de direito coletivo e encaminhar a família à defensoria ou à assistência judiciária (OAB) para demanda de atendimento individual.

2.2. Se o caso demandar cuidado, provisoriamente pode-se avaliar se não é recomendável a continuidade do suporte prestado pela equipe interprofissional da Vara, sem base legal;

3. Recomenda-se, nas hipóteses 1 e 2 supra, a elaboração do "plano de intervenção" pela equipe técnica da Vara, a ser instruído com cópias das principais peças dos autos, para melhor orientação do atendimento pelo órgão do Executivo e para o monitoramento do Conselho Tutelar, onde constarão: a identificação da criança ou adolescente (toda a prole) e da família; histórico do caso; diagnóstico; providências tomadas; encaminhamentos necessários; e eventuais sugestões.

Situação 2 – guarda

1. **Os desvios do passado.** Via-se no passado alguns procedimentos de pedido de providência relacionados à concessão de guarda, formulados diretamente em cartório ou junto às equipes, com a concessão de termos de guarda provisórios sucessivos, alterando os responsáveis sem que a concordância dos genitores fosse tomada. Deve-se, doravante, distinguir duas situações.

2. **Procedimentos de jurisdição voluntária.** Havendo necessidade de concessão da guarda a terceiros, ela pode ser processada por meio de requerimento direto das partes, em cartório ou junto à equipe, desde que estejam

¹ Serviço de apoio, orientação e acompanhamento a famílias com um ou mais de seus membros em situação de ameaça ou violação de direitos. Compreende atenções e orientações direcionadas para a promoção de direitos, a preservação e o fortalecimento de vínculos familiares, comunitários e sociais e para o fortalecimento da função protetiva das famílias diante do conjunto de condições que as vulnerabilizam e/ou as submetem a situações de risco pessoal e social. O atendimento fundamenta-se no respeito à heterogeneidade, potencialidades, valores, crenças e identidades das famílias. O serviço articula-se com as atividades e atenções prestadas às famílias nos demais serviços socioassistenciais, nas diversas políticas públicas e com os demais órgãos do Sistema de Garantia de Direitos. Deve garantir atendimento imediato e providências necessárias para a inclusão da família e seus membros em serviços socioassistenciais e/ou em programas de transferência de renda, de forma a qualificar a intervenção e restaurar o direito (Res. 109, do CNAS- Conselho nacional de assistência social)

² O Serviço de Proteção e Atendimento Integral à Família – PAIF consiste no trabalho social com famílias, de caráter continuado, com a finalidade de fortalecer a função protetiva das famílias, prevenir a ruptura dos seus vínculos, promover seu acesso e usufruto de direitos e contribuir na melhoria de sua qualidade de vida. Prevê o desenvolvimento de potencialidades e aquisições das famílias e o fortalecimento de vínculos familiares e comunitários, por meio de ações de caráter preventivo, protetivo e proativo", nos termos da Resolução 109 do CNAS.

presentes todos os futuros responsáveis, os pais e/ou atual responsável formal, e as crianças e adolescentes. Uma análise prévia pela equipe deve ser realizada para avaliar se não há violação de direito da criança e adolescente. A criança ou adolescente deve ser necessariamente ouvida pelo magistrado, nos termos do art. 28 do ECA, porque se trata de colocação em família substituta. Os novos responsáveis e os genitores também devem ser ouvidos na mesma oportunidade em audiência, avaliando-se como serão regulamentadas as visitas e se serão devidos alimentos. A presença do MP é obrigatória e da Defensoria (ou advogado plantonista) é necessária (é recomendada – por força do art. 166, dispensada a figura do Advogado, cuja presença, logo, não é obrigatória). *O processo é registrado e autuado como guarda consensual, nos termos do art. 166 do ECA.* Modificações posteriores só poderão ser feitas mediante avaliação pela equipe interprofissional, inclusive quanto ao impacto para a criança e adolescente desta mudança contínua de responsável. A presença e participação dos genitores (porque não perderam o poder familiar), dos antigos e novos responsáveis, além das crianças e adolescentes é fundamental, sendo necessária nova inquirição em audiência.

Procedimentos de jurisdição contenciosa. Se um dos genitores não está presente ou tem endereço desconhecido ou não está de acordo com a colocação em família substituta, o procedimento é necessariamente de natureza contenciosa e deve ser iniciado por petição inicial formulada por advogado ou defensor público. Portanto, as partes devem ser encaminhadas à defensoria ou OAB, se o caso. Todos os pais assim como o responsável anterior que detivesse termo de guarda devem ser citados, ainda que por edital, expedindo-se ofícios para sua localização. A criança e adolescente deve ser necessariamente ouvido pelo magistrado, nos termos do art. 28 do ECA, recomendando-se que na mesma oportunidade sejam ouvidos os pais e responsáveis para definição do regime de visitas e alimentos. *O processo é registrado e autuado como guarda contenciosa.*

Na hipótese de desligamento institucional para a família extensa, que implica em afastamento do convívio familiar natural, se não ajuizada ação de guarda pelo interessado, esta pode ser proposta subsidiariamente pelo Ministério Público, com a legitimidade extraordinária dada pelo art. 201, inc. III, do ECA, máxime nos casos em que a família extensa aceita receber a criança ou adolescente, porém não tomou a iniciativa para tanto.

No entanto, se a família extensa se mobilizou para receber a criança ou adolescente, e havendo especial dificuldade para o pronto ajuizamento da ação, pode-se conceder a guarda provisória, no momento do desligamento institucional, com esteio no poder geral de cautela do Juiz, advertindo-se para o ajuizamento da ação de guarda, em trinta dias, se houver oposição dos genitores.

Situação 3 – Entrega de filho pelas mães em maternidades

1. O art. 13, parágrafo único, do ECA determina que “as gestantes ou mães que manifestem interesse em entregar seus filhos para adoção serão obrigatoriamente encaminhadas à Justiça da Infância e da Juventude”. O intuito da lei é fazer cumprir o disposto no art. 166 do ECA, de registro da concordância em colocação em família substituta e evitar o tráfico de crianças. O feito é registrado pela classe “outros feitos não especificados” como “concordância de colocação em família substituta”.

2. Todavia, considerando que a mesma lei determina que a falta ou carência de recursos não deve ser motivo suficiente para a perda ou a suspensão do poder familiar (art. 23 do ECA), as gestantes ou mães devem ser atendidas pela equipe interprofissional da vara. Se a equipe perceber que a entrega é decorrente de pobreza ou isolamento social e que a gestante ou não tem segurança quanto à manifestação de sua vontade, encaminhá-la ao CRAS, especialmente o PAIF- programa de atenção integral à família, visando não apenas sua inclusão em programas de transferência de renda, como o fortalecimento de seus laços familiares, evitando-se, assim, a ruptura dos laços da criança com a família natural ou extensa.

3. Confirmada a concordância de colocação em família substituta, a genitora deve ser formalmente ouvida pelo magistrado, assistida por defensor se o desejar, e homologada sua concordância. Se outros parentes tiverem condições de assumir a guarda, deve ser regulamentada a visita. Se ninguém tiver interesse, recomenda-se o registro por termo em audiência, colhendo a concordância da genitora para colocação da criança em família substituta, constando do termo as consequências de tal concordância.

4. Neste caso, devem ser consultadas as pessoas cadastradas para adoção e, havendo interesse, a criança pode ser confiada, mediante termo de guarda provisório, em autos apartados ao de cadastro, a referido(s) pretendente(s).

Situação 4 – procura de parentes

1. Vários procedimentos verificatórios de acompanhamento de famílias disfuncionais ocupam-se da localização de parentes que poderiam dar suporte aos genitores.

2. Como visto, esta é tarefa basicamente do PAIF e do PAEFI, ligados respectivamente à proteção básica e de média complexidade da Assistência Social, cujo objetivo é de fortalecimento dos laços familiares, não necessitando, portanto, de concurso da justiça.

3. Todavia, situações há em que não existe qualquer referência do endereço desses parentes ou mesmo de outras pessoas significativas da rede social de apoio, necessitando concurso de outros órgãos para sua localização. Não houve, contudo, regulamentação legal do art. 87, inc. IV, do ECA, de modo que a Justiça vem realizando igualmente esta tarefa, inclusive porque há dados sigilosos e cuja pesquisa demanda autorização judicial.

4. Nestes casos é possível instaurar-se pedido de providência exclusivamente para essa procura, devidamente fundamentada pela Assistência Social. Após manifestação do MP, há autorização judicial para a busca e, com a resposta, é comunicada à assistência social para o fortalecimento de vínculos.

5. Eventual colocação em família substituta, todavia, há de seguir os ritos acima discriminados.

Situação 5 – solicitação de providências para atendimento de criança e adolescente por programa ou serviço estatal

1. Em caso de dificuldade de acesso por parte de crianças e adolescentes a serviços ou programas de atendimento, a sua requisição é incumbência do Conselho Tutelar, nos termos do art. 136, inc. III, ‘a’, do ECA.

2. Se não houver atendimento da requisição, os interessados devem ser encaminhados à Defensoria ou à Assistência Judiciária da OAB para ajuizamento de ação para garantia do direito individual.

3. Em caso de falta, inadequação ou insuficiência do serviço, o Conselho Tutelar deve tomar três providências: representar ao Conselho Municipal de Direitos da Criança e do Adolescente para definição diretrizes de atendimento, nos termos do art. 88, inc. II, do ECA; assessorar o Poder Executivo na elaboração da lei orçamentária para adequação da falta (art. 136, inc. IX, do ECA) e representar ao Ministério Público ou à Defensoria Pública para a tutela de direitos coletivos ou difusos.

4. Não é o caso, portanto, de instaurar pedido de providências. Recomenda-se o arquivamento dos pedidos de providências existentes a respeito, encaminhando-se cópias ao Ministério Público e ao Conselho Municipal de Direitos da Criança e do Adolescente, conforme item 3 supra.

Situação 6 - registro de crianças recém nascidas, quando desaparecidos os genitores;

1. Crianças e adolescentes abandonados ou bem ficarão sob a guarda de parentes e então o registro poderá ser requerido no bojo da ação de guarda ou serão acolhidos, e o registro poderá ser determinado como decorrência de um pedido na ação ajuizada pelo Ministério Público. Caso seja necessário o acolhimento institucional, a abertura do assento também poderá ser determinado nos referidos autos. Não é, portanto, necessária a instauração do pedido de providências.

São estas as diretrizes propostas pelo Grupo de Trabalho composto pelos subscritores.

Pelo exposto, propomos, s. m. j., a publicação do presente parecer no Diário Oficial do Estado, para conhecimento dos Magistrados; o encaminhamento deste parecer a todos os magistrados por correio eletrônico; sua inclusão no site da Coordenadoria e a realização em parceria com a Escola Paulista da Magistratura ou na APAMAGIS de atividade de orientação e espaço de interação com os magistrados pela sua rede.

Sugerimos, também, o encaminhamento destas diretrizes ao Centro de Apoio Operacional Cível do Ministério Público do Estado de São Paulo e ao Núcleo da Infância e da Juventude da Defensoria Pública do Estado.

SUB CENSURA.

São Paulo, 18 de agosto de 2010.

Eduardo Rezende Melo

Juiz da Coordenadoria da Infância e da Juventude

Luiz Carlos Ditommaso

Juiz da Coordenadoria da Infância e da Juventude

Richard Paulro Pae Kim

Juiz da Coordenadoria da Infância e da Juventude

DECISÃO: Aprovo o parecer em seus termos. Publique-se no Diário Oficial. São Paulo, 18 de agosto de 2010.

(a) Desembargador ANTONIO CARLOS MALHEIROS, COORDENADOR DA INFÂNCIA E DA JUVENTUDE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO