

TESE 32 - Tese cancelada no X Encontro Estadual - 2020

Proponente: NÚCLEO ESPECIALIZADO DA INFÂNCIA E JUVENTUDE

Área: INFÂNCIA E JUVENTUDE

Súmula: Deve o Defensor Público orientar os conselhos tutelares a encaminhar à Defensoria Pública, para propositura de Ação de Guarda, de casos de crianças entregues sob responsabilidade às pessoas que não detenham poder familiar (II Encontro Estadual - 2008).

Indicação do item específico das atribuições institucionais da Defensoria Pública correspondente:

Artigo 5º - São atribuições institucionais da Defensoria Pública do Estado, dentre outras:

VI - promover:

c) a tutela individual e coletiva dos interesses e direitos da criança e do adolescente, do idoso, das pessoas com necessidades especiais e das minorias submetidas a tratamento discriminatório;

j) trabalho de orientação jurídica e informação sobre direitos humanos e cidadania em prol das pessoas e comunidades carentes, de forma integrada e multidisciplinar;

VII - atuar nos estabelecimentos policiais, penais e de internação, inclusive de adolescentes, visando a assegurar à pessoa, sob quaisquer circunstâncias, o exercício dos direitos e garantias individuais;

XI - integrar conselhos federais, estaduais e municipais cujas finalidades lhe sejam afetas, nos termos da lei;

XII - contribuir no planejamento, elaboração e proposição de políticas públicas que visem a erradicar a pobreza e a marginalização e a reduzir as desigualdades sociais;

Fundamentação teórica e fática

O ordenamento pátrio de proteção aos direitos das crianças e adolescentes regulamenta o instituto da guarda, tutela e adoção, atribuindo competência exclusiva do Poder Judiciário na concessão dos pedidos de colocação em família substituta, seja através da Vara da Infância e Juventude ou Varas de Família.

Em análise perfunctória do instituto da guarda, não obstante o seu caráter de provisoriedade por excelência (Art. 35 do ECA: A guarda poderá ser revogada a qualquer tempo, mediante ato judicial fundamentado, ouvido o Ministério Público.), reputa-se que através da concessão do termo de guarda, este obriga ao guardião 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 e à criança ou adolescente a condição de dependente, para todos os fins e efeitos de direito, inclusive previdenciários.

No tocante às atribuições dos conselhos tutelares, o Estatuto da Criança e Adolescente atribui em solidariedade com o Poder Judiciário a competência em determinar medidas de proteção às crianças e adolescentes como também aos pais e responsáveis. Vejamos:

Art. 136. São atribuições do Conselho Tutelar:

I - atender as crianças e adolescentes nas hipóteses previstas nos arts. 98 e 105, aplicando as medidas previstas no art. 101, I a VII;

Art. 101. Verificada qualquer das hipóteses previstas no art. 98, a autoridade competente poderá determinar, dentre outras, as seguintes medidas:

I - encaminhamento aos pais ou responsável, mediante termo de responsabilidade;

II - orientação, apoio e acompanhamento temporários;

III - matrícula e frequência obrigatórias em estabelecimento oficial de ensino fundamental;

IV - inclusão em programa comunitário ou oficial de auxílio à família, à criança e ao adolescente;

V - requisição de tratamento médico, psicológico ou psiquiátrico, em regime hospitalar ou ambulatorial;

VI - inclusão em programa oficial ou comunitário de auxílio, orientação e tratamento a alcoólatras e toxicômanos;

VII - abrigo em entidade;

VIII - colocação em família substituta.

Em análise ao inciso I do artigo 101, explica-se que o termo de responsabilidade assume uma medida de natureza precária, devendo ser utilizado para resguardar o referencial familiar/comunitário das crianças e adolescentes que por motivos diversos se encontram em situação de vulnerabilidade ou de risco. O(a) conselheiro(a) tutelar através de uma análise sumária e parcial da situação fática exposta, sem obedecer o procedimento do contraditório, pode fazer uso da presente medida de proteção para prevenir ameaças e/ou violações de direitos, cabendo-lhe a partir da aplicação, providenciar outras ações de acompanhamento, inclusive assumir os encaminhamentos para possível regularização da guarda de fato.

Exemplifica-se, na prática, quando criança e adolescente encontrada em situação de risco desacompanhada de pai ou responsável e através de diligências se identifica um referencial familiar ou comunitário (tio, avô, vizinho, amigo da família etc), o(a) conselheiro(a) tutelar pode fazer uso do termo de responsabilidade para qualquer um que demonstre o vínculo familiar/comunitário, evitando-se as providências e medidas de abrigamento.

Para efetivar a presente medida, o Conselho Tutelar comunica-os para comparecer a sua sede onde tomam conhecimento oficial da ameaça ou violação que

atingem a criança ou o adolescente e assinam termo de responsabilidade através do qual se comprometem a zelarem cumprimento de seus deveres no caso.

Regularizar guarda de fato foge e excede a competência em instancia administrativa do Conselho Tutelar, ensejando a imprescindível atuação judicial.

Não obstante, cotidianamente, observam-se alguns exemplos necessários de reflexões, tais como:

- a) A mãe que assina um termo passando a guarda da criança, junto ao Conselho Tutelar, sem a anuência do genitor.
- b) Secretaria de Assistência Social concedendo ao responsável, ora identificado no termo de responsabilidade determinado pelo Conselho Tutelar, a incumbência de administrar benefícios da política pública da assistência social (Bolsa Família, BPC, etc)
- c) Responsável, não genitor, viajando com criança apresentando tão-somente o termo de responsabilidade ora assinado no Conselho Tutelar

Diante de uma possível semelhança entre os termos de guarda e de responsabilidade, vislumbram-se, hodiernamente, alguns equívocos, sendo necessário determinar diferenças e providências em prol do respeito ao princípio da proteção integral ao público infante-juvenil, uma vez que a insegurança jurídica vindoura da mal utilização do termo de responsabilidade ocasiona grandes transtornos às famílias e principalmente à convivência familiar e comunitária das crianças e adolescentes.

Por tais fundamentos, apresenta-se a tese de que a entrega da criança e adolescente para pai e/ou responsável através de termo de responsabilidade aplicada pelo Conselho Tutelar não se reveste da mesma natureza e efeitos jurídicos do termo de guarda concedido pelo poder judiciário.

EXPOSIÇÃO DAS PROPOSIÇÕES

A) PROPOSIÇÃO 1: Em se constatando violação ou ameaça de direito infante-juvenil, ao aplicar a medida protetiva (termo de responsabilidade) o Conselho Tutelar deve orientar os responsáveis em procurar o serviço da Defensoria Pública para a regularização da guarda de fato. Ademais, o termo de responsabilidade não possibilita que o responsável, que não seja genitor, assuma a legitimidade de administrar os recursos de benefícios assistenciais cabíveis para a criança e/ou adolescente.

B) PROPOSIÇÃO 2: O termo de responsabilidade não é suficiente para impedir o direito dos genitores em requerer busca e apreensão em desfavor dos que estão exercendo a guarda de fato.

As proposições 1 e 2 se fundamentam pela precariedade que o termo de responsabilidade aplicada pelo Conselho Tutelar se reveste no universo jurídico, uma vez que não se assume os mesmos procedimentos que o processo judicial de guarda obedece. Por se tratar de uma medida de proteção aplicada, em grande parte em

conjunto com outras providencias, é salutar a preocupação em não estimular práticas observáveis comumente sobre o "valor popular" que está se atribuindo ao termo de responsabilidade.

Diante da ausência do contraditório e ampla defesa, todavia não colocando em pauta os fundamentos que ensejam a decisão do Conselho Tutelar em aplicar alusiva medida de proteção, o termo de responsabilidade não é suficiente para regularizar/proteger uma guarda de fato, tornando-se forçoso providências judiciais para regularização da guarda, sob pena de ser questionado em possível ação de busca e apreensão, sendo necessária atenção dos ilustres Conselheiros Tutelares em acionar a Defensoria Pública com intuito que seja ofertado a assistência jurídica gratuita e integral à população que não apresenta condições financeiras de custear advogado particular.

Ademais, por todo o exposto, o termo de responsabilidade não deve ser aceito como instrumento suficiente a ser apresentado nos de programas da assistência social ou previdência social com intuito de ser atribuído ao responsável a possibilidade de gerir recursos e identificá-lo como representante legal da criança e/ou adolescente.

C) PROPOSIÇÃO 3: Não obstante o termo de responsabilidade não possuir eficácia de regulamentar guarda judicial, é elemento probatório convincente quando analisado a harmonia das provas de futuro processo de colocação em família substituta, podendo inclusive fundamentar um pedido e concessão de guarda liminar inaudita altera parte.

Não obstante a precariedade da medida protetiva prevista no inciso I do artigo 101 do Estatuto da Criança e Adolescente, não se pode olvidar que o mesmo advém de uma possível violação ou ameaça de direitos de crianças e adolescente constatado, *ab initio*, pelo conselho tutelar. Diante dos fortes indícios, o presente documento coadunado com as demais provas a serem colecionadas nos autos de processo de colocação de família substituta (guarda, tutela e adoção) representa elemento probatório convincente, podendo inclusive fundamentar um pedido e concessão de guarda liminar inaudita altera parte.