



PODER JUDICIÁRIO
Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo
Corregedoria Geral da Justiça

Corregedoria
Geral da Justiça

Fls. 1

Processo n°

EXCELENTÍSSIMO SENHOR CORREGEDOR GERAL DA JUSTIÇA

R. e A. pelo DEGE, cls.
São Paulo,

JOSÉ MÁRIO ANTONIO CARDINALE
Corregedor Geral da Justiça

**CRIANÇAS E ADOLESCENTES ABRIGADOS - DURAÇÃO DO
ABRIGAMENTO - IMPORTÂNCIA DA DESTITUIÇÃO DO PODER
FAMILIAR - MEDIDA QUE EM NADA PREJUDICA O MENOR -
MAIORES PERSPECTIVAS DE COLOCAÇÃO EM FAMÍLIA
SUBSTITUTA.**

Como é do conhecimento de Vossa Excelência, um dos maiores problemas que aflige a quem responde pela jurisdição da infância e da juventude é o do abrigo de crianças e adolescentes. A relevância da matéria pode ser aquilatada pelos diversos expedientes em tramitação pela Corregedoria, podendo ser citados os Processos n°s G-37.388/03, 1051/03 e 32217/02, entre outros.

Conforme os dados até agora obtidos nos autos do Processo n° CG-934/03 pode-se afirmar que existem mais de 3.800 crianças e adolescentes em situação de abrigo apenas na Comarca da Capital. Dentre as razões dos abrigamentos, podemos citar quatro motivos principais: os



PODER JUDICIÁRIO
Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo
Corregedoria Geral da Justiça

Corregedoria
Geral da Justiça

Fls. 2

Processo nº

abusos (psicológicos e sexuais), os maus-tratos, a negligência e a carência de recursos (pessoais e materiais) dos genitores.

Dentre esses quatro motivos de abrigamento encontramos uma zona de difícil separação entre o que seria negligência pura e o que seria carência de recursos dos genitores.

Apesar de ainda não se ter feito a compilação dos dados colhidos nos autos mencionados, pode-se afirmar que a grande maioria dos abrigamentos decorre da negligência (incluindo o abandono) ou carência de recursos (pessoais e materiais) dos genitores.

Entende-se que tanto a negligência como a carência de recursos são causas sociais, em sua grande maioria, que só se resolvem com a implementação de políticas públicas de atendimento às famílias, ação que refoge às atribuições do Poder Judiciário.

Quanto aos abusos (psicológicos e sexuais) e os maus-tratos, mesmo que se possa dizer possuírem algumas raízes sociais, não podem ser debitados à ausência de políticas públicas de atendimento à família, nem se pode acreditar na sua erradicação através de projetos de assistência, mas apenas no seu controle e conseqüente diminuição.

Com relação aos abrigados em decorrência de negligência e carência dos genitores, o desabrigamento nem sempre se mostra uma solução viável, pois ausente, no mais das vezes, políticas públicas efetivas de amparo, proteção e orientação às famílias. Em decorrência disso, a permanência do menor em instituição se mostra como o único remédio protetivo à sua pessoa.

Quanto aos abrigados por decorrência de abusos e maus-tratos, no mais das vezes o desabrigamento se mostra inviável.

Assim, tem-se um grande contingente de crianças e adolescentes que não conseguirão o desabrigamento



PODER JUDICIÁRIO
Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo
Corregedoria Geral da Justiça

Corregedoria
Geral da Justiça

Fls. 3

Processo nº

para o retorno à família. Essa é a massa crítica que merece especial atenção dos operadores do direito menorista.

Partindo-se da premissa que a elaboração e a execução de políticas públicas de atendimento à família são obrigações do Poder Executivo, ao Judiciário resta reclamar a elaboração e execução dessas políticas (inclusive instando o Ministério Público ao ajuizamento de demandas que visem garantir essas políticas), e dentro de sua esfera de competência buscar resolver o problema do menor institucionalizado.

Feitas essas considerações, resta a seguinte pergunta: quando esgotados os meios para a reinserção da criança e do adolescente em sua família biológica (entendendo-se compreendida a família estendida), o que fazer com essa criança e adolescente?

Concluindo-se ser impossível o retorno à família, só restam ao magistrado duas possibilidades: deixar a criança e o adolescente institucionalizado ou colocá-lo em lar substituto.

Por certo, a institucionalização é a última das soluções, ou melhor, é a única saída quando não se encontra solução para o problema.

Acredita-se não ser necessário discorrer sobre os problemas ocasionados pela institucionalização prolongada de menores, pois eles são por todos conhecidos: perda da individualidade; carência de estímulo para o desenvolvimento; ausência de vínculos afetivos duradouros; falta das figuras paternas e maternas na formação de seu arcabouço psicológico etc.

Assim, cumpre se analisar a outra possibilidade de atuação que cabe no âmbito do Judiciário: a colocação em família substituta.

A criança e o adolescente possuem direito ao convívio familiar, seja inserido na família biológica, seja inserido em família substituta por adoção.



PODER JUDICIÁRIO
Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo
Corregedoria Geral da Justiça

Corregedoria
Geral da Justiça

Fls. 4

Processo nº

Colocar-se o menor impossibilitado de conviver com sua família biológica em uma família substituta (por adoção) nada mais é do que garantir direito constitucionalmente concedido àquele que ainda não completou os dezoito anos de vida.

Dessa forma, não pode o magistrado ver a adoção como uma possibilidade, mas sim como um direito que lhe compete garantir ao menor.

O primeiro passo para a colocação de um menor em família substituta é a destituição do poder familiar (quando ele não é órfão, filho de pais desconhecidos ou não tenham seus genitores expressamente anuído com a sua colocação em família substituta por adoção).

A definição ou fixação do momento no qual se pode afirmar esgotados os meios possíveis para a reinserção do menor em sua família biológica nem sempre é fácil.

Em situações limites (abusos e maus-tratos) normalmente não se encontra grande dificuldade para se fixar o momento em que se deve partir para a destituição dos genitores do poder familiar.

O grande problema ocorre quando os menores estão abrigados por negligência ou carência dos genitores.

Muitas vezes existem vínculos fortes entre o menor e seus genitores ou familiares, sendo que esses não criam condições materiais e pessoais para receberem o filho de volta, por situações que nem sempre dependem deles: emprego, moradia, saúde, educação etc.

Esperar indefinidamente que os genitores ou familiares adquiram as condições de receber o menor de volta é colocar em risco o direito do menor de viver dentro de uma família. Afinal, podem os genitores não adquirir as condições necessárias para receber o filho de volta.

Enquanto se esperou, o menor cresceu e dificilmente conseguirá ser inserido em família substituta. A



PODER JUDICIÁRIO
Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo
Corregedoria Geral da Justiça

Corregedoria
Geral da Justiça

Fls. 5

Processo nº

institucionalização, que deveria ser provisória, terá se transformado em uma situação definitiva.

Definir o momento no qual o direito dos genitores em ter o filho em sua companhia entra em choque com o direito do filho em viver em família (biológica ou substituta), depende de análise muito cuidadosa do magistrado (auxiliado pelo seu corpo técnico), para que se minimize os riscos dessa decisão, que deverá buscar sempre a prevalência do direito do menor em relação ao dos genitores.

O que não se pode aceitar é a indefinição do magistrado, em detrimento do direito do menor.

Tem sido entendimento de alguns magistrados que a destituição do poder familiar só deva ocorrer quando praticamente certa a colocação do menor em família substituta.

Por esse entendimento, os menores ficam em instituição de abrigo até que surjam pretendentes à sua adoção. Feita a aproximação, e entregue o menor sob guarda dos pretendentes, são eles instruídos a ajuizarem ação de destituição do poder familiar cumulada com adoção.

Tal posicionamento gera dois grandes problemas:

(a) o primeiro, é que o pretendente à adoção regularmente cadastrado quer adotar, e não litigar com os genitores do menor. Neste caso acaba-se por obrigar o adotante a envolver-se em um processo moroso e constrangedor, sem que se tenha a certeza de que conseguirá a destituição dos genitores do poder familiar sobre o menor.

Dependendo a adoção da destituição do poder familiar, essa poderá demorar muito mais tempo do que se poderia entender razoável por quem vivencia a incerteza do processo judicial, com seus prazos, recursos etc; e

(b) o segundo, é que não estando definida a situação jurídica do menor, restringe-se muito a possibilidade de localizar-se pretendente à adoção através do cadastro da Vara ou do CEJAI.



PODER JUDICIÁRIO
Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo
Corregedoria Geral da Justiça

Corregedoria
Geral da Justiça

Fls. 6

Processo nº

Como se não bastasse, priva-se o adotante do seu justo direito ao anonimato perante os genitores do adotando. No processo ele será obrigado a ver e ser visto pelos genitores em audiência, correrá o risco de ter seus dados pessoais levados ao conhecimento dos genitores, além de ser obrigado a constituir advogado e arcar com os custos de uma demanda, quando é certo que o processo de adoção deve ser absolutamente gratuito (nem sempre o adotante atende aos requisitos para ser representado pelos procuradores da Procuradoria Assistência Judiciária).

Por essas razões, entende-se não se possa delegar ao pretendente à adoção o encargo do ajuizamento de demanda destituitória do poder familiar.

Alguns magistrados ponderam ser constrangedor ao menor a averbação em seu assento de nascimento de que seus pais foram destituídos do poder familiar, sem que exista perspectiva de adoção. Tal anotação só constará do assento de nascimento ou de eventual certidão expedida, mantidos todos os demais dados, inclusive filiação.

O constrangimento é ficar abrigado, sem ver seu direito garantido. A destituição do poder familiar em nada interfere nos direitos do menor em relação aos genitores e demais familiares, sejam eles hereditários ou alimentares.

Ademais, se os genitores destituídos do poder familiar entenderem que adquiriram condições de assumir o filho, nada impede que ingressem com pedido de adoção, ocasião em que será verificada a aquisição da capacidade para a maternagem ou paternagem, voltando tudo ao que era antes da destituição.

Esse argumento, portanto, não pode ser aceito como justificativa para o não ajuizamento da destituição do poder familiar.

Um outro argumento apresentado pelos magistrados, esse extremamente sério, diz respeito ao fato de alguns representantes do ministério público não ajuizarem os pedidos destituitórios do poder familiar.



PODER JUDICIÁRIO
Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo
Corregedoria Geral da Justiça

Corregedoria
Geral da Justiça

Fls. 7

Processo nº

Cabendo a eles a legitimidade primeira para a propositura da ação, a sua inércia realmente cria entrave de difícil transposição.

Entende-se, respeitadas as doulas opiniões em contrário, que o Ministério Público tem o poder-dever de defender os interesses dos menores, não podendo se furtar ao cumprimento de sua obrigação. Assim, preenchidos os requisitos legais para o ajuizamento do pedido destituitório do poder familiar, deve (e não pode) o Ministério Público ajuizar a demanda.

O convívio familiar é direito do menor, e deve obrigatoriamente ser defendido pelo Ministério Público.

O que fazer, porém, se o representante do ministério público não ajuíza o pedido destituitório quando entende o magistrado estarem preenchidos os requisitos para tanto?

Se aquele a quem foi atribuído o poder-dever legal de representar e defender os interesses do menor em juízo e fora dele ficar inerte, abre-se ao magistrado duas hipóteses, quais sejam:

(a) provocar a manifestação do Promotor de Justiça no sentido de que não irá ajuizar o pedido destituitório e, então, aplicar por analogia o disposto pelo artigo 28 do Código de Processo Penal (se o órgão do Ministério Público, ao invés de apresentar a denúncia, requerer o arquivamento do inquérito policial ou de quaisquer peças de informação, o juiz, no caso de considerar improcedentes as razões invocadas, fará remessa do inquérito ou peças de informação ao procurador-geral, e este oferecerá a denúncia, designará ou órgão do Ministério Público para oferecê-la, ou insistirá no pedido de arquivamento, ao qual só então estará o juiz obrigado a atender), submetendo ao Procurador Geral do Ministério Público a reapreciação da matéria; e

b) não havendo manifestação expressa do Promotor de Justiça no sentido de que não irá ajuizar a ação



PODER JUDICIÁRIO
Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo
Corregedoria Geral da Justiça

Corregedoria
Geral da Justiça

Fls. 8

Processo nº

destituintória, poderá o magistrado nomear Curador Especial ao menor, dentro daqueles inscritos nos quadros da Ordem dos Advogados do Brasil, passando o Ministério Público a atuar no processo como fiscal da lei, posição por ele tomada quando o pedido destituintório é ajuizado por terceiro legitimado para tanto. Essa seria a solução apontada pelo parágrafo único do artigo 142 do Estatuto da Criança e do Adolescente (**a autoridade judiciária dará curador especial à criança ou adolescente, sempre que os interesses destes colidirem com os de seus pais ou responsável, ou quando carecer de representação ou assistência legal, ainda que eventual**), combinado com o artigo 29 do Código de Processo Penal (**será admitida ação privada nos crimes de ação pública, se esta não for intentada no prazo legal, cabendo ao Ministério Público aditar a queixa, repudia-la e oferecer denúncia substitutiva, intervir em todos os termos do processo, fornecer elementos de prova, interpor recurso e, a todo tempo, no caso de negligência do querelante, retomar a ação como parte principal**).

Essa questão envolve matéria jurisdicional, competindo ao magistrado agir da maneira que entender cabível. Entende-se, porém, que agindo de qualquer das formas mencionadas, estará o magistrado cumprindo seu mister, assegurando ao menor o direito de ser inserido em família substituta, sem qualquer ofensa às atribuições do Ministério Público, inclusive respeitando a convicção de seu representante.

Senhor Corregedor, todas essas considerações nos remetem ao fato de que **existem só na Capital do Estado mais de 3.800 crianças abrigadas** pelos mais diversos motivos, sendo que até o presente foram comunicados apenas 334 nomes para anotação no cadastro do CEJAI de crianças e adolescentes em condições de serem adotados (com os genitores destituídos do poder familiar). Tal constatação nos leva a buscar minimizar o problema colocado.



PODER JUDICIÁRIO
Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo
Corregedoria Geral da Justiça

Corregedoria
Geral da Justiça

Fls. 9

Processo nº

Pode-se dizer com convicção que existe um razoável número de menores em abrigo que ainda não estão com a sua situação jurídica definida (genitores destituídos do poder familiar) e que muitos deles ainda não foram colocados em família substituta justamente por esse motivo.

Pelas razões acima expostas, e sempre respeitadas as opiniões em sentido contrário, opino no sentido de que deva Vossa Excelência orientar os Juízes que militam nas Varas da Infância e da Juventude a verificarem junto aos processos que digam respeito a menores abrigados, se estes não estão em condições de serem inseridos em família substituta, e caso isso ocorra, que tomem as medidas necessárias para que seja ajuizado o pedido destituidório do poder familiar, se tal providência ainda não tiver sido tomada.

SUB CENSURA.

São Paulo, 22 de março de 2.004.

REINALDO CINTRA TORRES DE CARVALHO
Juiz Auxiliar da Corregedoria



CONCLUSÃO

Em de de 2004, faço estes autos conclusos
ao Desembargador **JOSÉ MÁRIO ANTONIO
CARDINALE**, DD. Corregedor Geral da Justiça.

Eu, _____, Escrevente, subscrevi.

Processo nº CG – 228/2004

Visto.

Aprovo o parecer do MM. Juiz Auxiliar,
RECOMENDANDO sejam revistos pelos Juízes da
Infância e da Juventude os processos que envolvam
crianças e adolescentes abrigados, verificando-se se foram
esgotados os meios possíveis de reinserção dos mesmos
em sua família biológica, e caso isso já tenha ocorrido, da
necessidade de ajuizamento de pedido destituidório do
poder familiar, visando a possibilitar a sua colocação em
família substituta.

Publique-se o parecer e a presente decisão por
03 dias alternados no Diário Oficial, para conhecimento.

São Paulo,

JOSÉ MÁRIO ANTONIO CARDINALE
Corregedor Geral da Justiça