

O Conselho Tutelar e a medida de acolhimento institucional:

Murillo José Digiácomo¹

Velhas práticas são difíceis de serem abolidas, em especial quando decorrem de conceitos que, embora equivocados e ultrapassados, se encontram profundamente enraizados na mentalidade das pessoas.

Um dos mais claros exemplos dessa afirmação se encontra na forma como vem sendo aplicada e executada a medida de *acolhimento institucional*² de crianças e adolescentes (art. 101, inciso VII, da Lei nº 8.069/90), criando situações absurdas de flagrante desrespeito à lei e à Constituição Federal, que causam graves e em alguns casos irreversíveis prejuízos justamente àqueles que se pretendia proteger.

Imprescindível, portanto, combater a utilização indiscriminada desta medida, *extrema* e *excepcional* por expressa definição legal, que por seu caráter eminentemente *temporário* e *transitório* (cf. art. 101, §1º, da Lei nº 8.069/90), *jamaiz* pode ser aplicada de forma *isolada* e/ou se protrair no tempo por período maior que o *estritamente necessário*, demandando, via de regra *absoluta*, a intervenção da *autoridade judiciária*.

Com efeito, a partir do momento em que a Constituição Federal, em seu art. 227, *caput*, introduziu a *Doutrina da Proteção Integral* como verdadeiro *princípio norteador* de todas as ações na área da infância e juventude, com o exposto arrolamento do *direito à convivência familiar* como *um dos direitos fundamentais* que *família, sociedade e Estado (lato sensu)* têm o *dever* de assegurar com a mais *absoluta prioridade* a crianças e adolescentes, o acolhimento institucional destes - que *não mais* pode ser considerado, como no passado, uma "solução" para seus problemas - foi relegado ao *último plano*, rompendo assim com a sistemática que vinha sendo adotada à época da vigência da Lei nº 6.697/79, o chamado "Código de Menores" (e muito antes dele), em que a medida - que acabava conduzindo à nefasta institucionalização -, era adotada quase que como regra.

A preocupação com a matéria foi tamanha, que o próprio constituinte, antes mesmo da elaboração e promulgação do Estatuto da Criança e do Adolescente, teve o cuidado de dar *ênfase* à *proteção à família* como um todo, tendo o art. 226, *caput*, da Constituição Federal disposto de maneira expressa "*a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado*", e o §8º, do mesmo dispositivo constitucional, determinado que "*o Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações*".

¹ Promotor de Justiça e membro da Associação Brasileira de Magistrados e Promotores de Justiça da Infância e da Juventude - ABMP, no estado do Paraná (murilojd@mp.pr.gov.br).

² Denominação que a Lei nº 12.010/2009 deu à antiga medida de *abrigo*.

Importante também não perder de vista que, não por acaso, a *família* foi relacionada pelo art. 227, *caput*, de nossa Carta Magna, como a *primeira* das instituições chamadas à responsabilidade pela defesa dos direitos infanto-juvenis, na perspectiva de que *todo atendimento prestado a crianças e adolescentes fosse realizado - em regra e por princípio - junto às suas famílias*, que para tanto deveriam receber as já mencionadas *orientação, assistência e proteção* por parte do Poder Público e da sociedade, não mais sendo admissível a “delegação de responsabilidades” como ocorria até então³.

E mais, pensando mesmo nas hipóteses em que, por qualquer razão, a permanência da criança ou adolescente em sua família natural fosse impossível ou inviável, o próprio constituinte teve o cuidado de oferecer uma *alternativa* ao acolhimento institucional, estabelecendo o art. 227, §3º, inciso VI da Constituição Federal a *obrigatoriedade* de o Poder Público criar estímulos, “*através de assistência jurídica, incentivos fiscais e subsídios (...), ao ACOLHIMENTO, SOB A FORMA DE GUARDA, de criança ou adolescente órfão ou abandonado*” (grifei).

Na mesma linha que a Constituição Federal (como não poderia deixar de ser), o Estatuto da Criança e do Adolescente foi ainda mais claro e cauteloso com a questão, tendo reafirmado a importância do direito à convivência familiar na perspectiva de “*proteção integral*” dos direitos infanto-juvenis (arts. 4º, *caput* e 19, *caput*, da Lei nº 8.069/90), criando restrições expressas à suspensão ou destituição do poder familiar (cf. arts. 23 e 24), bem como mecanismos de proteção e promoção à família, traduzidos nos programas previstos em seu art. 90, incisos I e II, aos quais correspondem as medidas previstas em seu art. 129, incisos I a IV, a serem aplicadas prévia ou concomitantemente às medidas relacionadas no art. 101 estatutário (cujo inciso IV, por sua vez, também faz referência expressa à “*inclusão em programa comunitário ou oficial auxílio à família, à criança e ao adolescente*”).

As referidas disposições estatutárias foram substancialmente reforçadas com o advento da Lei nº 12.010/2009, que teve por objetivo declarado o “*aperfeiçoamento da sistemática prevista para garantia do direito à convivência familiar a todas as crianças e adolescentes, na forma prevista pela Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, Estatuto da Criança e do Adolescente*”, tendo estabelecido de maneira expressa, que “*a intervenção estatal, em observância ao disposto no caput do art. 226 da Constituição Federal, será PRIORITARIAMENTE voltada à ORIENTAÇÃO, APOIO e PROMOÇÃO SOCIAL DA FAMÍLIA NATURAL, JUNTO À QUAL A CRIANÇA E O ADOLESCENTE DEVEM PERMANECER, ressalvada absoluta impossibilidade, demonstrada por decisão judicial fundamentada*” (grifei).

Dentre as inovações incorporadas ao texto do Estatuto da Criança e do Adolescente pela Lei nº 12.010/2009 encontram-se alguns *princípios* que devem nortear a intervenção estatal, dentre os quais destacamos o *princípio da responsabilidade parental* (art. 100, par. único, inciso IX, da Lei nº 8.069/90), segundo o qual “*a intervenção deve ser efetuada de modo que os pais assumam os seus deveres para com a criança e o adolescente*” e o *princípio da prevalência*

³ Não por acaso que a Lei nº 8.069/90 aboliu o instituto da “delegação do pátrio poder”, previsto pelos arts. 21 a 23, do revogado “Código de Menores”, assim como a adoção de crianças e adolescentes por escritura pública, como permitido pelo Código Civil de 1916.

da família (art. 100, par. único, inciso X, da Lei nº 8.069/90) que, reafirmando o já contido no *caput*, do art. 100 estatutário, dispõe de maneira categórica que “na promoção de direitos e na proteção da criança e do adolescente deve ser dada prevalência às medidas que os mantenham ou reintegrem na sua família natural ou extensa ou, se isto não for possível, que promovam a sua integração em família substituta”.

Os aludidos *princípios* são complementados por inúmeros outros dispositivos que enfatizam a necessidade, antes de mais nada, da criação de *políticas públicas especificamente destinadas à orientação, apoio e promoção social à família e a evitar ou abreviar ao máximo o período de acolhimento institucional*, como é o caso do contido no art. 87, inciso VI, da Lei nº 8.069/90 que, dentre as “*linhas de ação*” da *política de atendimento* a ser implementada no sentido da *plena efetivação* dos direitos infante-juvenis, inclui as “*políticas e programas destinados a prevenir ou abreviar o período de afastamento do convívio familiar e a garantir o efetivo exercício do direito à convivência familiar de crianças e adolescentes*”, bem como no art. 88, inciso VI, do mesmo Diploma Legal, que prevê a necessidade de “*integração operacional de órgãos do Judiciário, Ministério Público, Defensoria, Conselho Tutelar e encarregados da execução das políticas sociais básicas e de assistência social, para efeito de agilização do atendimento de crianças e de adolescentes inseridos em programas de acolhimento familiar ou institucional, com vista na sua rápida reintegração à família de origem ou, se tal solução se mostrar comprovadamente inviável, sua colocação em família substituta, em quaisquer das modalidades previstas no art. 28 desta Lei*”, sendo certo que o não oferecimento ou a oferta irregular dos programas e serviços correspondentes podem levar à *responsabilidade* dos agentes públicos omissos, *ex vi* do disposto no art. 208, inciso IX, da Lei nº 8.069/90.

A proteção à família de origem da criança ou adolescente é ainda objeto de preocupação da Lei nº 8.742/93 (Lei Orgânica da Assistência Social), cujo art. 2º, incisos I e II - mais uma vez em resposta ao disposto nos arts. 226 e 227, de nossa Lei Maior - assim dispõem:

Art. 2º A assistência social tem por objetivos:

I - a proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice;

II - o amparo às crianças e adolescentes carentes;

Como podemos observar, em resposta ao verdadeiro *princípio* traçado pelo citado art. 226, da Constituição Federal, a proteção à *família de origem* da criança ou adolescente foi também a *preocupação primeira* do legislador, que mesmo em situações extremas buscou *alternativas* à aplicação da medida de acolhimento institucional, a exemplo do contido nos arts. 34 e 260, §2º, da Lei nº 8.069/90, que prevêem a criação dos chamados “*programas de guarda subsidiada*” referidos no citado art. 227, §3º, inciso VI, de nossa Carta Magna e do art. 90, inciso III (complementado pelos arts. 19, §1º e 92, do mesmo Diploma Legal), base legal para criação dos *programas de acolhimento familiar*, através dos quais crianças e adolescentes afastados do convívio familiar são

temporariamente colocadas sob a guarda de pessoas ou casais habilitados e cadastrados (cf. art. 170, par. único, da Lei nº 8.069/90), evitando sua institucionalização. No mesmo sentido, vale também lembrar que, não por acaso, a Lei nº 8.069/90 relacionou a medida de acolhimento institucional como uma das *últimas* a serem aplicadas a uma criança ou adolescente (art. 101, inciso VII), tendo em seu art. 101, §1º estabelecido de maneira expressa que "*o acolhimento institucional e o acolhimento familiar são medidas PROVISÓRIAS e EXCEPCIONAIS, utilizáveis como FORMA DE TRANSIÇÃO para a REINTEGRAÇÃO FAMILIAR ou, não sendo esta possível, para COLOCAÇÃO EM FAMÍLIA SUBSTITUTA...*" (grifei).

Interessante observar que, mesmo nos casos em que a medida de acolhimento institucional tiver de ser aplicada, para evitar o quanto possível a permanência indefinida da criança ou adolescente na instituição, o art. 92, da Lei nº 8.069/90 estabeleceu alguns *princípios de obrigatoria observância* por parte das entidades que desenvolvem programas de acolhimento institucional, dentre os quais destacamos a *preservação dos vínculos familiares e promoção da reintegração familiar* (não por acaso relacionado em *primeiro lugar* pelo dispositivo que trata da questão), a *integração em família substituta, quando - e apenas quando - ESGOTADOS OS RECURSOS DE MANUTENÇÃO NA FAMÍLIA DE ORIGEM* e, *em qualquer caso, a preparação gradativa para o DESLIGAMENTO* (art. 92, incisos I, II e VIII, respectivamente, da Lei nº 8.069/90). E mais, o art. 92, §4º, da Lei nº 8.069/90 foi categórico ao determinar que "*Salvo determinação em contrário da autoridade judiciária competente, as entidades que desenvolvem programas de acolhimento familiar ou institucional, se necessário com o auxílio do Conselho Tutelar e dos órgãos de assistência social, ESTIMULARÃO O CONTATO da criança ou adolescente com seus pais e parentes...*" (grifei).

Tal sistemática bem reflete o verdadeiro *escalonamento* existente na atual sistemática de aplicação de medidas de proteção a crianças e adolescentes que se encontram em situação de risco pessoal, familiar ou social na forma do disposto no art. 98 da Lei nº 8.069/90, que decorre da inteligência dos dispositivos acima relacionados em cotejo com os arts. 19 e 23 do mesmo Diploma Legal:

- *primeiramente se deve investir na família de origem, através da aplicação de medidas específicas previstas no art. 129 da Lei nº 8.069/90 e inserção em programas como os previstos no art. 90, incisos I e II, deste Diploma Legal e na Lei nº 8.742/93, de maneira prévia (numa salutar e desejável perspectiva preventiva) ou concomitante às medidas do art. 101 do mesmo Diploma legal que serão aplicadas a crianças e adolescentes, de modo a manter, o quanto possível, a integridade familiar e preparar (através da orientação, amparo e especialmente *promoção social*) os pais para o exercício responsável dos deveres inerentes ao poder familiar*⁴;

- *em segundo lugar, após esgotadas as possibilidades de manutenção da criança e/ou adolescente em sua família de origem, deve-se tentar a colocação em família substituta, dando-se preferência a familiares que desejem assumir o encargo (ex vi do disposto nos arts. 28, §3º e 100, caput e par. único,*

⁴ Outrora designado "pátrio poder", tendo sido a atual denominação conferida pelos arts.1630 a 1638, do Código Civil de 2002.

inciso X, da Lei nº 8.069/90), o que deverá ocorrer *invariavelmente por determinação judicial, dentro de um procedimento específico a ser deflagrado*, nos moldes do previsto nos arts. 165 a 170, da Lei nº 8.069/90, em regra precedido ou acompanhado da suspensão ou destituição do poder familiar, também mediante *determinação judicial*, em procedimento próprio previsto nos arts. 155 a 163, da Lei nº 8.069/90;

- *apenas em última instância*, e ante a inexistência de programas como o previsto nos citados art. 260, §2º da Lei nº 8.069/90 e art. 227, §3º, inciso VI da Constituição Federal, é que se deverá falar em acolhimento institucional, tendo é claro, sempre em mente, a *transitoriedade, excepcionalidade* e demais *princípios* que norteiam a execução da medida.

Posto isto, surge a natural indagação, face o título do presente artigo, de *como e onde* o Conselho Tutelar de "encaixa" dentro de toda essa sistemática ou, mais especificamente, de *quando* o Órgão pode aplicar a medida protetiva de *acolhimento institucional*, tal qual previsto no art. 101, inciso VII c/c art. 136, inciso I, ambos da Lei nº 8.069/90.

Bem, como sabemos, o Conselho Tutelar é, por definição legal, o órgão "*permanente e autônomo, não jurisdicional, encarregado pela sociedade de zelar pelo cumprimento dos direitos da criança e do adolescente...*" (art. 131 da Lei nº 8.069/90) definidos no Estatuto da Criança e do Adolescente e, é claro, na Constituição Federal que a este dá suporte.

Para tanto, o Estatuto da Criança e do Adolescente lhe conferiu uma série de atribuições, poderes e, por via de consequência, *deveres*⁵, relacionados nos arts. 95, 136, 191 e 194, todos do citado Diploma Legal.

Uma análise apressada do rol de atribuições do Conselho Tutelar, notadamente do disposto no art. 136, inciso I da Lei nº 8.069/90, pode nos levar à *equivocada* conclusão de que o Órgão estaria autorizado a aplicar a medida protetiva de *acolhimento institucional* em *qualquer* situação, *ainda que* isto importasse na *retirada da criança ou adolescente da companhia (ou "guarda"⁶) de seus pais ou responsável*, quando isto na verdade, *não é possível sob o prisma LEGAL* nem recomendável por razões *práticas e ideológicas*.

De fato, como é possível constatar da análise do disposto nos arts. 101, §2º e 136, par. único, da Lei nº 8.069/90, o Conselho Tutelar *somente* está legalmente autorizado a aplicar a medida protetiva de acolhimento institucional quando constatada a *falta dos pais* (art. 98, inciso II, primeira parte, da Lei nº 8.069/90), ou em situações *extremas e emergenciais* (o chamado "*flagrante de vitimização*"⁷), devendo *em qualquer caso, comunicar o fato à autoridade*

⁵ Poderes estes que são *equiparados* aos conferidos à autoridade judiciária, até porque uma das idéias básicas da criação do Conselho Tutelar foi a de "*desjudicializar*" o atendimento prestado, permitindo a solução dos problemas enfrentados por crianças e adolescentes - e a defesa de seus direitos - sem a necessidade de acionar o Poder Judiciário.

⁶ Aqui entendida como um dos atributos naturais do poder familiar, conforme art. 634, inciso II, do Código Civil de 2002.

⁷ No que é constatada que a criança ou adolescente, no momento da intervenção, está sendo vítima de abuso ou violência por parte de seus pais ou responsável e é necessário "resgatá-la" de tal situação, sob pena de graves consequências para sua vida ou saúde.

judiciária em, no máximo, 24 (vinte e quatro) horas após o acolhimento institucional⁸.

Com efeito, dispõem os arts. 101, §2º e 136, par. único, da Lei nº 8.069/90:

Art. 101.

§ 1º. ...

§ 2º. *Sem prejuízo da tomada de medidas emergenciais para proteção de vítimas de violência ou abuso sexual e das providências a que alude o art. 130 desta Lei, o afastamento da criança ou adolescente do convívio familiar é de competência exclusiva da autoridade judiciária e importará na deflagração, a pedido do Ministério Público ou de quem tenha legítimo interesse, de procedimento judicial contencioso, no qual se garanta aos pais ou ao responsável legal o exercício do contraditório e da ampla defesa.*

Art. 136. ...

Parágrafo único. Se, no exercício de suas atribuições, o Conselho Tutelar entender necessário o afastamento do convívio familiar, comunicará incontinenti o fato ao Ministério Público, prestando-lhe informações sobre os motivos de tal entendimento e as providências tomadas para a orientação, o apoio e a promoção social da família.

Como é possível observar, com o advento da Lei nº 12.010/2009 restou consignada, de maneira expressa, a vedação à aplicação da medida de acolhimento institucional por parte do Conselho Tutelar quando, como providência antecedente, seja necessário o afastamento da criança ou adolescente do convívio familiar, *ressalvada* a hipótese extrema e excepcional prevista pelo art. 101, §2º, da Lei nº 8.069/90.

Tal vedação, vale ressaltar, na verdade *já existia* antes mesmo da aludida inovação legislativa, pois era decorrente da *interpretação sistemática* das regras e *princípios* referentes ao atendimento de crianças e adolescentes e suas respectivas famílias já contidas na Lei nº 8.069/90 e na Constituição Federal.

Com efeito, desnecessário dizer que, mesmo antes do advento da Lei nº 12.010/2009, não havia dúvida que para poder bem e fielmente cumprir sua missão de zelar pelo efetivo respeito dos direitos de crianças e adolescentes, dando-lhes a “*proteção integral*” preconizada pela Lei nº 8.069/90 e Constituição Federal, não era lícito ao Conselho Tutelar “*escolher*” qual ou quais direitos assegurados à criança e ao adolescente deveria se empenhar em *efetivar*, pois por força do disposto nos arts. 1º, 4º e 131, da Lei nº 8.069/90, tinha o *dever* de fazê-lo igualmente em relação a *todos*.

Assim sendo, como o *direito à convivência familiar*⁹ é um dos mais importantes direitos fundamentais de crianças e adolescentes, tendo sido expressamente referido na Constituição Federal e reafirmado pela Lei nº 8.069/90, não se concebe que o Conselho Tutelar, em suas ações, deixe de também zelar pelo sua plena efetivação, devendo sempre aplicar medidas que procurem *fortalecer os vínculos familiares* e destinadas a fazer com que os pais assumam

⁸ Por analogia ao disposto no art. 93, *caput*, da Lei nº 8.069/90.

⁹ Com *absoluta preferência* para que seja exercido na família de origem.

suas responsabilidades em relação a seus filhos, como aliás determinam os arts. 100, caput e par. único, inciso IX, do mesmo Diploma Legal.

Outra não foi a razão, por sinal, de ter a Lei nº 8.069/90, *paralelamente* às medidas de proteção destinadas a crianças e adolescentes, previsto *medidas específicas destinadas aos pais ou responsável* (art. 129 do citado Diploma Legal¹⁰), que o próprio Conselho Tutelar tem a incumbência (diga-se o *dever*) de aplicar, sempre em caráter *preferencial* (a teor do disposto nos arts. 19, §3º, 100, *caput* e par. único, incisos IX e X c/c 101, inciso IV e 136, inciso II, todos do mesmo Estatuto da Criança e do Adolescente).

Compulsando o rol dessas medidas, mais uma vez é fácil constatar a preocupação do legislador em *investir na família, promovendo-a socialmente*, como a *melhor forma* de atender e resgatar crianças e adolescentes que se encontram em situação de risco, *não por acaso* tendo topograficamente previsto, como a *primeira providência* a ser tomada pela autoridade competente, o "*encaminhamento a programa oficial ou comunitário de PROMOÇÃO À FAMÍLIA*" (art. 129, inciso I da Lei nº 8.069/90 - grifei), deixando para *último lugar* da relação a medida de "*suspensão ou destituição do poder familiar*" (art. 129, inciso X do mesmo Diploma Legal).

Nesse contexto, é elementar que o Conselho Tutelar, por força da lei, da Constituição Federal e até mesmo por questões ideológicas e de princípios, não deve, *jamaiz*, em suas ações, perseguir a retirada de crianças e adolescentes da companhia de seus pais, mas sim *garantir a estes condições* de bem desempenhar seu papel em relação a seus filhos, aplicando-lhes as medidas de *orientação, apoio, tratamento especializado* (como no caso dos dependentes de álcool ou outras substâncias entorpecentes) e *promoção social* que se fizerem necessárias.

Em que pese tais elementos já serem bastante consistentes a embasar nossa afirmação de que o Conselho Tutelar, mesmo antes do advento da Lei nº 12.010/2009, não estava autorizado a aplicar a medida protetiva de acolhimento institucional em qualquer situação, tal conclusão ainda decorre da análise do próprio rol de atribuições do Conselho Tutelar.

Com efeito, da análise do art. 136, inciso II, da Lei nº 8.069/90, fica claro que o Conselho Tutelar, *em relação aos pais ou responsável, somente está autorizado a aplicar as medidas previstas no art. 129, incisos I a VII do mesmo Diploma Legal*, ou seja, do já citado encaminhamento da família a programas de promoção social¹¹ até a *advertência*.

As demais medidas relacionadas no art. 129 da Lei nº 8.069/90, a saber: *perda de guarda, destituição de tutela e suspensão ou destituição do poder familiar* (previstas respectivamente nos incisos VIII, IX e X do citado dispositivo), que são justamente aquelas mais drásticas, por envolverem o *afastamento* da criança e/ou do adolescente do convívio de seus familiares ou responsável, *nunca foram passíveis de aplicação pelo Conselho Tutelar*, sendo *desde sempre de competência EXCLUSIVA da autoridade judiciária*.

¹⁰ Que como dito acima devem corresponder a *programas de atendimento* previstos no art. 90, incisos I e II, da Lei nº 8.069/90 e Lei nº 8.742/93.

¹¹ Que obviamente são muito mais amplos que o singelo fornecimento de "cestas básicas" ou coisa que o valha.

Ora, se o Conselho Tutelar *nunca pode* aplicar aos pais ou responsável *medidas que importem na retirada dos filhos de seu convívio*, nem a estes a medida protetiva de *colocação em família substituta* (art. 101, inciso VIII da Lei nº 8.069/90¹²), é lógico que, em sendo o paradeiro dos pais conhecido e acessível, o *Conselho Tutelar jamais foi autorizado* a, sem maiores formalidades ou providências, aplicar a crianças e adolescentes a medida de acolhimento institucional, privando-os de seu direito fundamental à convivência familiar, que por imposição legal aquele órgão tem o dever de assegurar.

Se tal entendimento já era válido com base na redação original do Estatuto da Criança e do Adolescente, o advento da Lei nº 12.010/2009 espancou qualquer dúvida que poderia subsistir a respeito, pois os arts. 101, §2º e 136, par. único acima transcritos são categóricos ao estabelecer que a medida de acolhimento institucional, em tais casos, *dependerá da prévia* (ou ao menos *concomitante*) *formalização* do afastamento da criança ou adolescente do convívio de seus pais ou responsável, o que *somente poderá ocorrer por determinação judicial*, mediante *procedimento judicial específico* necessariamente contencioso, no qual se garanta o contraditório e a ampla defesa aos acusados da conduta abusiva que determinou a aplicação da medida (valendo neste sentido observar o disposto no art. 153, par. único, da Lei nº 8.069/90).

Consoante acima ventilado, é preciso ter em mente que a medida de acolhimento institucional, de acordo com a sistemática prevista pela Lei nº 8.069/90 para o atendimento de crianças e adolescentes, *jamais se constitui num “solução” para o problema enfrentado pela criança ou adolescente*, que se dará seja com o retorno destes ao convívio familiar (cf. art. 101, inciso I, da Lei nº 8.069/90), seja com sua colocação em família substituta, em qualquer de suas modalidades (cf. art. 28, *caput*, c/c art. 101, inciso VIII, da Lei nº 8.069/90).

Caso necessário o afastamento da criança ou adolescente do convívio familiar, ainda que de forma transitória, cabe ao Conselho Tutelar, usando da atribuição prevista no art. 136, inciso XI e par. único, da Lei nº 8.069/90, acionar o Ministério Público, para que seja instaurado, formal e regularmente, procedimento judicial contencioso neste sentido, até porque, do contrário, os pais ou responsável seriam sumária e arbitrariamente privados do convívio de seus filhos (e estes de seus pais), por mera decisão administrativa de um órgão que, por lei, não está autorizado a tomar medidas desta natureza e com tão drásticas conseqüências.

Mesmo diante de situações extremas e excepcionais¹³, portanto, nas quais, apesar de todo arcabouço jurídico acima referido, destinado a privilegiar a manutenção, o quanto possível, da criança ou adolescente em companhia de sua família natural, a tomada de tão drástica decisão - não apenas por questões técnico-jurídicas, mas também, repita-se, dadas suas implicações e

¹² Que também refoge ao rol de medidas de proteção aplicáveis pelo Órgão por força do disposto no citado art.136, inciso I da Lei nº 8.069/90.

¹³ Como na hipótese de ter a criança ou o adolescente sido vítima de abuso ou maus-tratos por parte de seus pais ou responsável, não sendo recomendável seu retorno ao lar.

conseqüências - não fica a cargo do Conselho Tutelar, mas sim é também de *competência exclusiva da autoridade judiciária*.

Uma das hipóteses em que isto pode ocorrer na prática é prevista pelo art. 130 da Lei nº 8.069/90: "*verificada a hipótese de maus-tratos, opressão ou abuso sexual impostos pelos pais ou responsável, A AUTORIDADE JUDICIÁRIA poderá determinar, como medida cautelar, o AFASTAMENTO DO AGRESSOR da moradia comum*" (grifei).

Mais uma vez, portanto, privilegia a lei a *manutenção* da criança ou adolescente em sua família de origem, determinando, como *providência primeira* a ser tentada, o afastamento cautelar não do vitimizado (o que consistiria em mais uma violência contra ele), mas sim do *vitimizador*, que dependendo a situação pode mesmo ter sua custódia decretada¹⁴, o que necessariamente ocorrer por intermédio de *determinação (ordem) judicial específica e expressa*, em sede de *procedimento judicial contencioso*.

Isto obviamente não significa que o Conselho Tutelar fica impossibilitado de "*resgatar*" e encaminhar para local seguro (ainda que seja esta uma entidade de acolhimento institucional), uma criança ou adolescente vitimizado em situação que, por sua gravidade e circunstâncias, claramente não recomende seu imediato retorno ao lar, até porque isto, a depender do caso, constitui-se numa verdadeira *obrigação de todo cidadão, ex vi* do disposto no art. 227, *caput* da Constituição Federal e arts. 4º, *caput*, 5º, 18 e 70, todos da Lei nº 8.069/90.

O que não se admite é que o Conselho Tutelar, *logo após promover o mencionado "resgate"* da criança ou adolescente vitimizado(a), *deixe de comunicar oficialmente o fato à autoridade judiciária (ou Ministério Público)*¹⁵, para que sejam tomadas as *medidas judiciais* que se fizerem necessárias para aferição do cabimento de tal solução extrema e sua eventual regularização, seja com a determinação do *afastamento do agressor da moradia comum*¹⁶, com o *retorno* da criança ou adolescente à companhia de seus demais familiares (providência que será *sempre preferencial*, como fica claro da leitura dos arts. 19, §3º e 93, par. único, da Lei nº 8.069/90), seja no sentido da aplicação das medidas previstas no art. 101, inciso VIII e/ou art. 129, incisos VIII a X, todos da Lei nº 8.069/90 (*ex vi* do disposto no art. 93, par. único, do mesmo Diploma Legal). A aludida comunicação deve ser *incontinenti* ao "resgate", de preferência com a apresentação da criança ou adolescente diretamente à autoridade judiciária, inclusive para que seja o caso desde logo submetido a uma *avaliação técnica* por intermédio da *equipe interprofissional* que, na forma do disposto nos arts. 150 e 151, da Lei nº 8.069/90, deve estar a serviço do Juizado da Infância e da Juventude. Em última instância, caso por qualquer razão não seja possível a comunicação imediata, deverá ser *obrigatoriamente* efetuada no *prazo máximo* que o art. 93, da Lei nº 8.069/90, estabelece para o acolhimento institucional

¹⁴ Lembrando que, caso descumprida a *ordem judicial* de afastamento, restará em tese caracterizado o *crime de desobediência*, previsto no art. 330 do Código Penal, que por si só já autoriza a prisão - mesmo em flagrante - do agente.

¹⁵ *Ex vi* do disposto no art. 136, incisos IV e V da Lei nº 8.069/90.

¹⁶ Medida que por sinal é *preferencial* às demais.

efetuado diretamente pelas entidades que executam tal programa¹⁷, sempre na perspectiva de *impedir* que a medida subsista de forma isolada e se perpetue no tempo.

Caso a *autoridade judiciária*, após comunicada, entenda de fato necessário o afastamento da criança ou adolescente da companhia de sua família de origem, seja temporária ou definitivamente, deverá então acionar o Ministério Público para propositura da *demanda judicial respectiva* (destituição de guarda ou tutela, suspensão ou destituição do poder familiar), verificando desde logo a possibilidade de encaminhá-la, no curso do procedimento respectivo, de preferência a parentes ou a famílias¹⁸ integrantes de programas de acolhimento sob forma de guarda ou de acolhimento familiar, tal qual previsto nos citados art. 260, §2º da Lei nº 8.069/90 e art. 227, §3º, inciso VI da Constituição Federal (de modo a garantir a continuidade do exercício, pelo vitimizado, de seu direito fundamental à convivência familiar), para somente então, na inexistência ou inviabilidade dessa alternativa, se falar em acolhimento institucional.

Esse verdadeiro "resgate social"¹⁹, repita-se, deve ser manejado apenas em situações *extremas*, em caráter *emergencial*, diante de *gravíssimo e iminente risco* em que se encontre a criança ou adolescente, de modo a não causar-lhes um *mal maior*, decorrente do precipitado e indevido afastamento do convívio familiar.

Interessante mencionar que, sem a *formalização* do afastamento da criança ou adolescente do convívio de seus pais ou responsável, mediante *determinação judicial específica*, poderão estes, usando da prerrogativa que sua situação de pais, tutores ou guardiães lhes confere, ingressar em Juízo com pedido de *busca e apreensão* para reavê-los, tornando assim inócua a medida aplicada, de forma isolada - e em tal caso *arbitrária*, pelo Conselho Tutelar.

Vale ainda destacar que, de maneira alguma, é admissível seja a medida extrema e excepcional de acolhimento institucional determinada apenas em razão do constatado estado de miserabilidade da família (devidamente consideradas todas as mazelas deste resultantes - em especial a *desnutrição* de crianças e adolescentes²⁰), pois deve o Conselho Tutelar se empenhar em aplicar medidas que venham justamente a *reverter* esse quadro, através da orientação, apoio, tratamento e *promoção social* de *toda a família*.

Evidente, também, que a falta de estrutura do município para aplicação de medidas de proteção e, em especial, daquelas destinadas aos pais ou responsável, tal qual previsto no art. 129 da Lei nº 8.069/90, não pode servir de

¹⁷ Que como vimos, na mesma situação (em caráter *excepcional* e de *urgência*), podem acolher crianças e adolescentes sem prévia determinação da autoridade competente (art.93 da Lei nº 8.069/90).

¹⁸ Que devem ser cuidadosamente selecionadas, devidamente capacitadas e continuamente acompanhadas para evitar que, no futuro, criem obstáculos à reintegração familiar ou colocação da criança ou adolescente em família substituta diversa, devendo desde o início ficar claro aos voluntários o caráter também excepcional e eminentemente *transitório* da própria medida de guarda, que por suas características deve se estender pelo menor período de tempo possível.

¹⁹ Prefiro não tratar a medida como "acolhimento institucional", para enfatizar sua excepcionalidade e delimitar sua abrangência a casos de vitimização.

²⁰ Dada clareza da redação do art. 23 e par. único da Lei nº 8.069/90.

pretexto para a adoção da solução mais gravosa à criança ou adolescente, devendo o Conselho Tutelar, usando de suas atribuições previstas no art. 136, incisos III, alínea "a" e IX da Lei nº 8.069/90, bem como intercedendo junto ao Conselho Municipal de Defesa dos Direitos da Criança e do Adolescente e Ministério Público, tomar providências no sentido de *ver criada uma estrutura de atendimento* adequada a enfrentar situações semelhantes.

Em suma, podemos extrair da exposição supra as seguintes conclusões:

1 - A medida de acolhimento institucional, por atentatória ao regular exercício do direito fundamental à convivência familiar assegurado a toda criança ou adolescente com a mais *absoluta prioridade*, jamais pode ser vista ou se constituir numa "solução" para a situação de risco em que aquelas se encontrem, devendo ser providência *excepcional* e eminentemente *transitória* que, conforme o caso, deverá ser precedida ou acompanhada da *formalização* do afastamento da família de origem, mediante *ordem judicial* emitida em *procedimento judicial contencioso*, com imediata verificação da possibilidade de seu encaminhamento a *família substituta*, também por intermédio de *ordem e procedimento judicial específicos*, não podendo, portanto, ser aplicada de forma isolada e/ou se perpetuar no tempo sem maiores desdobramentos ou conseqüências;

2 - O Conselho Tutelar *não pode (nem deve*, até mesmo por questões ideológicas e de princípios), aplicar a medida de acolhimento institucional quando isto importe na *retirada* da criança ou adolescente da companhia de seus pais ou responsável, pois toda e qualquer intervenção do órgão deve ser dirigida à *manutenção da integridade familiar*, que se dará através da aplicação de medidas do art. 101 e, em especial, art. 129, ambos da Lei nº 8.069/90 (com o encaminhamento a programas específicos previstos no art.90, incisos I e II, da Lei nº 8.069/90 e Lei nº 8.742/93), que visem a *promoção social* da família e o *fortalecimento* dos vínculos familiares;

3 - Em situações *extremas* e de comprovada *urgência*, admite-se, em caráter *excepcional*, a retirada da criança ou adolescente da companhia de seus pais ou responsável e encaminhamento a entidade que desenvolva programa de acolhimento institucional, outro programa ou estrutura eventualmente existente que se destine precipuamente a atender *vitimizados*, porém por analogia ao contido no art. 93 da Lei nº 8.069/90, será necessária a *comunicação incontinenti do fato à autoridade judiciária competente*²¹, o que servirá para que possa desde logo ser aferida a legalidade da medida e, se for o caso, determinar a deflagração de procedimento judicial contencioso com vista à destituição da guarda ou tutela, suspensão ou destituição do poder familiar ou outro procedimento contencioso que se mostre adequado (valendo observar o disposto nos arts. 153, par. único c/c 212, da Lei nº 8.069/90), com a possibilidade de eventual aplicação, em qualquer caso, do disposto no art. 130, da Lei nº 8.069/90;

4 - Resgatada a criança ou adolescente e encaminhada a entidade que desenvolva programa de acolhimento institucional ou a alguma

²¹ Ou, no máximo, em até 24 (vinte e quatro) horas após o acolhimento.

família acolhedora, paralelamente à apuração de eventual infração penal ou administrativa (que deve ocorrer via polícia judiciária e Juizado da Infância e Juventude²², respectivamente), deve o Conselho Tutelar *desde logo aplicar À FAMÍLIA de origem do infante ou jovem* medidas do art. 129 da Lei nº 8.069/90, que a permitam, *da forma mais célere possível*, novamente receber em seu seio aquele integrante que foi afastado;

5 - Caso comprovadamente impossível a reintegração familiar, *decisão esta que cabe UNICAMENTE à autoridade judiciária*, devidamente embasada em *pareceres técnicos idôneos*, elaborados por *equipe interprofissional* a serviço do Juizado da Infância e Juventude²³ (ou solicitada junto à municipalidade), deverá ser então deflagrado, via Ministério Público ou outro legitimado, procedimento específico com vista à destituição do poder familiar (cf. arts. 155 a 163, da Lei nº 8.069/90), com a conseqüente aplicação da medida protetiva de colocação em família substituta, prevista no art. 101, inciso VIII da Lei nº 8.069/90, que mais uma vez é de competência exclusiva da autoridade judiciária (cf. arts. 165 a 170, da Lei nº 8.069/90);

6 - Em qualquer hipótese, *não pode o Conselho Tutelar tomar qualquer medida que importe em modificação de guarda e/ou colocação de criança ou adolescente em família substituta, não lhe sendo lícito*, por exemplo, *retirar a criança da guarda (posse) de um dos pais e colocá-la sob a guarda do outro, sair à "procura" de pessoa ou família interessada em assumir a guarda ou mesmo adotar criança ou adolescente, ainda que os pais consentam com tal medida etc...*

Nesse último exemplo, a propósito, em chegando ao conhecimento do Conselho Tutelar notícia de que determinada mãe ou casal deseja entregar seu(s) filho(s) para adoção, caberá ao Órgão, primeiramente e *acima de tudo*, tentar *demovê-los* dessa idéia, *aplicando-lhes medidas de orientação, apoio, tratamento e promoção social que lhes dêem condições de manter seus filhos em sua companhia*. Caso infrutífera essa tentativa (que deve ser *séria e efetiva*, e não meramente formal), não restará ao Conselho Tutelar alternativa outra além do *encaminhamento da pessoa ou casal ao Juizado da Infância e Juventude* (cf. art. 13, par. único, da Lei nº 8.069/90), pois como vimos, **APENAS A AUTORIDADE JUDICIÁRIA tem competência para aplicar a medida de colocação em família substituta** (cf. arts. 28, 30 e 165 a 170, todos da Lei nº 8.069/90).

Assim agindo, se estará abolindo a comum, mas *equivocada* prática que, não raro, tem feito do Conselho Tutelar uma "máquina de abrigar" crianças ou adolescentes e/ou uma espécie de "intermediário" para sua colocação em família substituta, que a pretexto de "proteger", tantos *malefícios* têm causado à população infanto-juvenil e à própria *credibilidade e respeitabilidade* do órgão, que como instrumento de garantia de direitos, tem o *dever* de fazê-lo *também* em relação ao *direito fundamental à convivência familiar*, junto à sua *família de origem*.

²² Via procedimento previsto no art. 194 *usque* 197 da Lei nº 8.069/90, que pode ser inclusive deflagrado via *representação* do Conselho Tutelar.

²³ Tal qual previsto nos arts.151 c/c 162, §§1º e 2º, ambos da Lei nº 8.069/90.

Por fim, resta mencionar que incumbe ao Conselho Tutelar a *fiscalização* das entidades de acolhimento institucional (cf. art. 95, da Lei nº 8.069/90), na perspectiva de zelar para que estas observem, de maneira efetiva, os *princípios* que regem a execução desta modalidade de medida relacionados no art. 92, da Lei nº 8.069/90, especialmente no que diz respeito à realização de um trabalho voltado à *reintegração familiar*, tendo como uma das ações previstas o *estímulo do contato dos pais ou responsável com seus filhos ou pupilos acolhidos* (observado o disposto no art. 92, §4º, da Lei nº 8.069/90) e a realização, junto áqueles, de um trabalho de orientação, apoio e promoção social, o que pode (e deve) ser efetuado com apoio de outros integrantes do “Sistema de Garantias dos Direitos da Crianças e do Adolescente”, incluindo o próprio Conselho Tutelar que, como visto, deve pautar suas intervenções nos *princípios* relacionados no art. 100, *caput* e par. único, da Lei nº 8.069/90, que privilegiam o atendimento da criança ou adolescente *no seio de suas respectivas famílias*.

O advento da Lei nº 12.010/2009, desta forma, contribuiu de forma decisiva para a *qualificação* da atuação do Conselho Tutelar junto às *famílias* das crianças e adolescentes atendidas, na perspectiva de fazer com que estas também recebam a “*proteção integral*” que a Constituição Federal, por intermédio de seu citado art. 226, *caput* e §8º, há tanto lhes prometeu.

Murillo José Digiácomo
Promotor de Justiça