

Considerações preliminares sobre a nova *sistemática* para afastamento de crianças e adolescentes do convívio familiar (Lei n. 12.010/09 - Lei da sistematização da Convivência Familiar)

Fernando Henrique de Moraes Araújo

Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado de São Paulo.
Mestre em Direitos das Relações Sociais pela PUC-SP.

Lélio Ferraz de Siqueira Neto

Promotor de Justiça e Coordenador da área da Infância e Juventude do Centro de Apoio Cível do Ministério Público do Estado de São Paulo.
Especialista em Direito Penal pela Escola Superior do Ministério Público do Estado de São Paulo.

Sumário: 1. – Introdução – 2. – Esclarecimentos sobre os novos fluxos da Lei n. 12.010/09 (Anexo Final: Fluxo n. 1) – 3. – Etapas do Fluxo n. 1 – 3.1 – 1ª Etapa: apuração da situação de risco pelo Conselho Tutelar – 3.2 – 2ª Etapa: acionamento do Ministério Público – 3.3 – 3ª Etapa: ajuizamento de ação cautelar pelo Ministério Público ou por legitimado – 3.4 – Da natureza cautelar da ação a ser ajuizada – 3.5 – Da impossibilidade jurídica de afastamento de crianças e adolescentes em *procedimentos verificatórios* ou *pedidos de providências* – 3.5.1 – Do direito ao contraditório e ampla defesa – 3.6 – Da formação da convicção do Promotor de Justiça para ajuizamento da ação – 3.7 – 4ª Etapa: decisão judicial na ação cautelar – 3.8 – 5ª Etapa: do PIA (Plano Individual de Atendimento) – 3.9 – Da responsabilidade pela elaboração do PIA – 3.10 – Da equipe técnica dos programas de acolhimento familiar e institucional – 3.11 – 6ª Etapa: Proposta de retorno da criança/adolescente ao convívio familiar – 3.12 – 7ª Etapa: Inviabilidade de retorno da criança/adolescente ao convívio familiar – 3.13 – 8ª Etapa: ajuizamento

de ação destitutiva do poder familiar – 4. Esclarecimentos sobre o Fluxo n. 2 – 5. Conclusões – 6. – Bibliografia.

1. INTRODUÇÃO

A Lei n. 12.010/09, já popularmente conhecida como “Nova Lei da Adoção”, na verdade, trata de sistematizar um direito fundamental garantido de há muito em nosso ordenamento, qual seja, o *direito à convivência familiar*.

Conquanto previsto no artigo 227¹, da Constituição Federal de 1988 e posteriormente realçado quando da entrada em vigor – dois anos depois – do Estatuto da Criança e do Adolescente, trata-se de direito *fundamental* pouco respeitado pelos diversos agentes que atuam na defesa de direitos de crianças e adolescentes.

E como referida lei trouxe uma série de profundas alterações na sistemática do Estatuto da Criança e Adolescente (Lei n. 8.069/90), não apenas terminológicas (abrigo agora passa a ser denominado *acolhimento institucional*), mas também alternativas excepcionais ao direito fundamental à convivência familiar, como por exemplo, a instituição em lei federal, do programa de acolhimento familiar (preferencial ao acolhimento institucional), necessário apresentar interpretação jurídica a que chegaram estes subscritores após a análise e estudo da novel legislação infanto-juvenil.

Sem a pretensão de esgotar a análise de todos os recentes institutos positivados na Lei n. 12.010/09, abordaremos neste estudo preliminar apenas duas novas formas/caminhos procedimentais relativos às hipóteses de necessidade de

¹ “Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à **convivência familiar** e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.” (grifo nosso).

afastamento de crianças/adolescentes do convívio familiar.

Ao final deste estudo, apresentaremos dois fluxos² que se destinam ao esclarecimento das providências que se sugere sejam tomadas em casos de necessidade de afastamento de crianças e adolescentes de sua família natural ou de origem, seja para colocação em família estendida, seja para o encaminhamento a programas de acolhimento familiar ou institucional.

2. ESCLARECIMENTOS SOBRE OS NOVOS FLUXOS DA LEI N. 12.010/09 (Anexo Final: Fluxo n. 1)

O fluxo nº 1 se refere às situações de crianças ou adolescentes que estejam em situação de risco e já estejam sendo acompanhadas em procedimentos administrativos do Conselho Tutelar (art. 136, § único do ECA), em hipóteses nas quais seja necessário o afastamento, mas sem que isso seja urgente e imprescindível (ou seja, sem que tal necessidade seja imediata), razão pela qual deverá o Conselho seguir o novo trâmite procedimental previsto na Lei n. 12.010/09, valendo-se do acesso ao Poder Judiciário (Juiz da Infância e Juventude).

Nesses casos em que crianças e adolescentes já estejam sendo atendidas pelo Conselho Tutelar e ainda assim se encontrem nas hipóteses dos artigos 98 e 105, em situação de risco no seio de sua família, deverá o Conselho Tutelar esgotar o acionamento da rede de serviços de apoio e orientação familiar; de assistência social; de saúde; educacional, etc (nas esferas federal, estadual, municipal), aplicando, se

² Fluxos elaborados pelo Grupo de Trabalho criado pelo Ato Normativo n. 164, de 18 de novembro de 2009 da Subprocuradoria-Geral de Justiça (Assuntos Jurídicos), publicado no DOE/SP de 19/11/09, do qual fizeram parte os Promotores Lélío Ferraz de Siqueira Neto (Coordenador da Área da Infância e Juventude do Centro de Apoio Cível do Ministério Público/SP); André Pascoal da Silva (9º PJ de Diadema); Carlos Alberto Carmello Junior (24º PJ de Santos); Carlos Cabral Cabrera (3º PJ de Praia Grande); Dora Martin Strilicherk (63ª PJ da Capital); Fabíola Moran Faloppa – (4ª PJ Militar da Capital); Fernando Henrique de Moraes Araújo (5º PJ de Mogi das Cruzes); Laila Said Abdel Qader Shukair (24º PJ da Capital); Luciana Pinsdorf Barth (3ª PJ Cível de Pinheiros); Luis Roberto Jordão Wakim (7º PJ de Barueri); Regina Aparecida de Oliveira e Costa (6º PJ Cível de Santo Amaro); Renata Gonçalves de Oliveira (22º PJ de Guarulhos);

necessário, as medidas de proteção previstas nos artigos 101, inciso IV e 129, incisos I a VII do ECA.

Somente após tais medidas é que, caso não cessada a situação de risco que indique a violação de direitos de crianças/adolescentes, deverá o Conselho Tutelar acionar o Ministério Público para os fins constantes na nova lei (procedimento judicial para afastamento do convívio familiar – fluxo 1 anexo).

Daí por que é importante que o Conselho Tutelar avalie a qualidade e eficiência dos serviços prestados (art. 95, do ECA) em relação às necessidades específicas da criança, adolescente e/ou família atendida (arts. 90, §3º, 92 e 100, *caput*, do ECA)³, sendo, portanto, necessária uma política municipal clara que preserve e estimule a convivência familiar. Nesse contexto, cabe ainda ao Conselho Tutelar comunicar as falhas dos serviços ao CMDCA (Conselho Municipal dos Direitos da Criança e Adolescente) e ao Ministério Público (arts. 90, §3º e 91, §1º, alínea “e”, do ECA) ou mesmo irregularidade em entidade ou programa de atendimento (arts. 191 a 193, do ECA).

3. ETAPAS DO FLUXO n. 1

3.1 – 1ª Etapa: apuração da situação de risco pelo Conselho Tutelar

Deverá o Conselho Tutelar, tanto nas hipóteses crônicas (de há muito acompanhadas: meses, anos) quanto naquelas em que a descoberta da situação de risco seja recente (há dias), acionar a rede de serviços existentes (e quando inexistentes cobrar do Poder Público sua implementação, que caso não seja observada, deverá ser

³ Para a avaliação das famílias, pode o Conselho Tutelar estabelecer prazo de avaliação, com auxílio de serviços de psicologia e assistência social (art. 136, inciso III, alínea “a”, do ECA), formulando proposições ou mesmo relatórios que permitam constatar os problemas e oferecer alternativas para sua efetiva e definitiva solução, visando *prevenir* ou *abreviar* o afastamento do convívio familiar.

comunicada ao Ministério Público para as providências cabíveis), esgotando os recursos existentes para evitar que o afastamento do convívio familiar ocorra.

Para tanto, deverá se valer de seu *poder requisitório* para cobrar da rede existente, todos os serviços de apoio necessários para tal apuração, como por exemplo, solicitando a visita de assistente social na residência da família para avaliação do contexto familiar no próprio ambiente de origem; avaliação psicológica das crianças e/ou genitores (responsáveis legais); etc.

De ressaltar que o Conselho Tutelar não é obrigado a ter conhecimento jurídico, social, psicológico, como rotineiramente exigem alguns aplicadores do Direito.

Equivocado o entendimento de que o Conselho Tutelar tem a obrigação de realizar *visitas sociais, psicológicas, ouvir crianças e adolescentes* (salvo em hipóteses absolutamente excepcionais, quais sejam, quando a situação for urgente e ensejar a imediata tomada de providências protetivas).

Em sendo assim, ausentes serviços de apoio ao Conselho Tutelar para a adequada avaliação de hipóteses de situação de risco, deverá o órgão apurar o caso (a situação de risco) na sua natural condição de órgão formado por *agentes* comumente leigos.

E, em tal condição, deverá o Conselho Tutelar, simplesmente apontar seu ponto de vista em relação a um determinado caso, esclarecendo quais as medidas tomadas para apuração da situação e a conclusão do colegiado (de acordo com o olhar de um cidadão comum – *homem médio*), elaborando relatório a ser levado ao conhecimento do Promotor de Justiça.

Significa dizer: mais importante que avaliar o caso com o

conhecimento e profundidade de um especialista, deve o Conselho Tutelar ter conhecimento da legislação infanto-juvenil, a fim de saber *promover* as medidas protetivas de sua alçada ou *indicar* ao Promotor de Justiça aquelas que considerar adequadas, de competência do Juiz da Infância e Juventude.

3.2 – 2ª Etapa: acionamento do Ministério Público

Ultrapassada tal etapa sem que a situação de risco tenha cessado, deverá o Conselho Tutelar encaminhar relatório circunstanciado ao Ministério Público, indicando todas as medidas tomadas pelo próprio órgão e os serviços acionados para orientação, apoio e tentativa de cessação da situação verificada (anexando tais documentos e relatórios de atendimento), sem o devido êxito.

Imperioso considerar que não pode o Conselho Tutelar ser um mero órgão contemplativo.

Não pode referido órgão simplesmente *observar estático*, uma situação de risco, simplesmente repassando-a ao Ministério Público sem o prévio esgotamento das medidas protetivas que a lei lhe atribui.

Conquanto tenhamos afirmado anteriormente que não tem o Conselho Tutelar o dever de possuir *conhecimentos jurídicos, sociais, psicológicos*, etc, isso não significa que com tal fundamento pode receber denúncias de situações de risco e permanecer inerte.

Ainda que leigos, os 5 membros do Conselho Tutelar podem, conforme já observado, em suas *máximas de experiência*, obter suas conclusões frente a um dado caso concreto.

Logo, antes de acionar o Ministério Público, deve o Conselho Tutelar buscar todas as medidas protetivas e formas de apoio e orientação familiares, além dos recursos existentes na comunidade (apoio de familiares naturais ou ampliados) para que a situação de risco cesse, visando evitar as medidas de acolhimento familiar e/ou institucional.

Somente após o esgotamento de todas as medidas protetivas cabíveis e acionamento de todos os serviços existentes e necessários para solução do caso – caso ainda perdure a situação de risco – é que deverá o Conselho Tutelar acionar o Ministério Público para que promova a medida judicial necessária para o afastamento da criança e/ou adolescente do convívio familiar, sob pena de – ao invés de ser órgão de defesa dos direitos das crianças e adolescentes – o primeiro *órgão público* violador de tais direitos.

3.3 – 3ª Etapa: ajuizamento de ação cautelar pelo Ministério Público ou por legitimado

Recebido o relatório circunstanciado, o Ministério Público deverá ajuizar ação, cuja natureza se entende cautelar, no prazo de cinco dias (artigo 101, § 2º do Estatuto da Criança e do Adolescente, com a nova redação da Lei n. 12.010/09).

Assim dispõe o novo texto:

“Artigo 101....

§ 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.”

Certamente os mais desavisados poderão acreditar que os *procedimentos verificatórios* e ou *pedidos de providências judiciais* ainda continuarão com suas finalidades inabaladas.

Contudo, não foi esse o espírito do legislador, conforme apontaremos.

3.4 – Da natureza cautelar da ação a ser ajuizada

Utilizando de método dialético, tranquilo concluir que a natureza da ação, a ser ajuizada pelo Ministério Público ou pelo legitimado interessado, é cautelar.

Assim ocorre porque o legislador não indicou o rito procedimental a ser observado na referida ação a ser ajuizada pelo Ministério Público ou pelo legitimado interessado para afastamento de criança e/ou adolescente do convívio familiar.

Em segundo lugar, porque as características principais tratadas em referida ação são a *urgência e excepcionalidade*, hipóteses que em tudo se encaixam, ao disposto nos artigos 798 a 800 do Código de Processo Civil⁴.

Outro fundamento que se apresenta para se chegar à conclusão de que referida ação tem natureza cautelar é o de que – caso necessário o ajuizamento futuro de ação destitutiva do poder familiar – a finalidade da primeira ação será justamente a de *acautelar* situação de risco presente, permitindo que o Juiz, com base no *poder geral de cautela*, decida, *provisoriamente*, determinando, ou não, o afastamento de uma criança ou adolescente de sua família natural (com o consequente acolhimento familiar ou

⁴ Art. 798. Além dos procedimentos cautelares específicos, que este Código regula no Capítulo II deste Livro, poderá o juiz determinar as medidas provisórias que julgar adequadas, quando houver fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação.

Art. 799. No caso do artigo anterior, poderá o juiz, para evitar o dano, autorizar ou vedar a prática de determinados atos, ordenar a guarda judicial de pessoas e depósito de bens e impor a prestação de caução.

Art. 800. As medidas cautelares serão requeridas ao juiz da causa; e, quando preparatórias, ao juiz competente para conhecer da ação principal.

institucional), ou que mantenha acolhimento familiar ou institucional já promovido pelo Conselho Tutelar em hipóteses de urgência e excepcionalidade.

Em qualquer dessas hipóteses, a decisão do Juiz será motivada no *poder geral de cautela* previsto no artigo 798 do Código de Processo Civil, sendo imprescindíveis os *pressupostos ou requisitos* de qualquer ação cautelar para deferimento dos pedidos liminares formulados.

Logo, a finalidade de referida ação é *defender e resguardar os direitos da crianças e adolescentes, evitando que sejam submetidos a situação de risco, até que se apure durante seu trâmite, quais medidas deverão ser tomadas (o retorno à família natural; a colocação em família ampliada; o acolhimento familiar, o acolhimento institucional; a destituição do poder familiar; etc)*. Ou seja, tem natureza cautelar.

Mas não é só.

3.5 – Da impossibilidade jurídica de afastamento de crianças e adolescentes *em procedimentos verificatórios e pedidos de providências*

Necessário também frisar que a nova redação do artigo 153, parágrafo único do Estatuto da Criança e do Adolescente (dada pela Lei n. 12.010/09) veda o afastamento de criança e/ou adolescente do convívio familiar em *procedimentos verificatórios* ou *pedidos de providências* (comumente utilizados nas Varas da Infância de muitos Estados brasileiros), evidenciando-se o *interesse processual* tanto do Ministério Público quanto do legitimado/interessado quando do ajuizamento da ação cautelar para o afastamento do convívio familiar de crianças e adolescentes que estejam em situação de risco.

E a razão para chegar-se a tais conclusões também é simples.

Vale a transcrição dos dispositivos que facilitarão a compreensão:

“Art. 101.

§ 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. 153.

Parágrafo único. O disposto neste artigo não se aplica para o fim de afastamento da criança ou do adolescente de sua família de origem e em outros procedimentos necessariamente contenciosos.” (NR)

Enfim, o Juiz da Infância não pode mais determinar o afastamento de crianças e adolescentes do convívio familiar em procedimentos que não sejam contenciosos e nos quais não se garantam o direito ao contraditório e ampla defesa, o que decorre da conjugação dos novos artigos 101, parágrafo 2º e 153, parágrafo único, com a redação da Lei n. 12.010/09.

Logo, o antigo e comum pedido do Promotor de Justiça em *procedimentos verificatórios* ou *pedidos de providências* para que o juiz *deferisse* o abrigo de crianças e adolescentes não mais pode subsistir, posto que ilegal.

Se assim o Promotor de Justiça pleitear, deverá o Juiz indeferi-lo.

Se por acaso for o Juiz o responsável por tal tipo de procedimento, caberá ao Ministério Público ou ao legitimado interessado pleitear – mediante pedido de reconsideração e/ou recurso de agravo – a reforma da decisão judicial.

É que, como visto anteriormente, a novel legislação teve por fim a busca de um *efetivo* respeito ao direito fundamental à convivência familiar, sabida e

rotineiramente desrespeitado em diversos Municípios brasileiros, por diversos agentes do Sistema de Garantias dos Direitos da Criança e Adolescente (SGDCA).

3.5.1 – Do direito ao contraditório e ampla defesa

Podemos apontar os vários aspectos positivos de nova previsão legal:

a) do ponto de vista sócio-político: garante-se à *a família* o direito de *convivência*, livre de violações com intervenções indevidas do Estado, salvo nas hipóteses excepcionais e urgentes ainda admitidas ao Conselho Tutelar e, nas demais, obrigando o Estado a observar um rigoroso processo judicial.

b) do ponto de vista jurídico: garante-se à família o direito ao contraditório e ampla defesa, com duplicidade de vertentes:

b.1) exige que o afastamento somente possa ser decidido em *ação* judicial, não mais em mero *procedimento* sem forma de *Direito* processual.

Forçoso, pois, concluir que o *rigor* da sistemática processual, a saber: condições da ação, pressupostos processuais, competência, etc, ensejará absoluta necessidade de atuação criteriosa por parte do Ministério Público, da Defensoria Pública e dos advogados que militem em tal área.

b.2) Além disso, ainda que o juiz decida com base no poder geral de cautela pelo afastamento liminar – sem a ouvida da parte contrária -, determinando o acolhimento de uma criança e/ou adolescente, deverá posteriormente citar (conferindo ciência à família de origem a respeito da decisão de afastamento familiar) e *ouvir* os réus, direito que não era conferido aos genitores/responsáveis legais nos *procedimentos verificatórios* ou *pedidos de providências*, permitindo que não apenas se defendam, mas

também até mesmo se valham da utilização de recursos aos Tribunais Superiores.

Em síntese, a decisão de *afastamento* de crianças e adolescentes do convívio familiar em *procedimentos verificatórios* e *pedidos de providência* está *proscrita* de nosso ordenamento.

3.6 – Da formação da convicção do Promotor de Justiça para ajuizamento da ação

Impende ainda considerar que para o ajuizamento de tal ação cautelar necessária será a formação de convicção do Promotor da Infância quanto à sua adequação e necessidade, já que é plenamente possível que não considere os motivos relevantes e/ou que considere que a simples aplicação de medidas de proteção pelo próprio Conselho Tutelar seja suficiente para solução do caso, ou até mesmo a utilização de outros serviços de apoio.

Outra medida judicial a ser eventualmente tomada pelo Ministério Público para a solução de situações de risco que envolvam abusos sexuais de crianças e adolescentes é a ação, cautelar ou ordinária, para o afastamento do agressor do ambiente familiar (artigo 130 do ECA), evitando a indevida revitimização da criança/adolescente, com o inadequado acolhimento institucional.

Aliás, de ressaltar que não são raros tais acolhimentos institucionais, em evidente violação do direito à convivência familiar, enquanto o agente agressor permanece instalado no ambiente familiar, como se a lei não lhe tocasse.

3.7 – 4ª Etapa: decisão judicial na ação cautelar

Ajuizada a ação cautelar – pelo Ministério Público ou pelo legitimado que possua interesse no caso (familiar) – o juiz deverá então, decidir a respeito do

pedido liminar de afastamento do convívio familiar formulado, também em igual prazo de cinco dias (art. 101, § 8º do ECA).

Caso o Juiz indefira o pedido liminar de afastamento da criança ou adolescente do convívio familiar, caberá agravo de instrumento, conforme previsto no artigo 198, do Estatuto da Criança e do Adolescente, ou seja, nos termos da sistemática processual civil (com prazo de 20 dias para o Ministério Público, consoante prevê o artigo 188, do Código de Processo Civil).

Em caso de deferimento do pedido liminar de afastamento da criança ou adolescente do convívio familiar, o Juiz determinará:

- a) sua colocação em família ampliada (artigos 23 e 25 do ECA);
- b) a colocação em programa de acolhimento familiar (artigo 34, §§ 1º e 2º e artigo 101, inciso VIII, do ECA);
- c) seu acolhimento institucional (artigo 101, inciso VII do ECA).

3.8 – 5ª Etapa: do PIA (Plano Individual de Atendimento)

Em qualquer das modalidades de acolhimento – familiar ou institucional –, a entidade que executa o programa deverá, *imediatamente* (art. 101, § 4º do ECA), elaborar o Plano Individual de Atendimento (PIA).

Entendemos que referido Plano – na verdade seu *projeto executivo* – deva ser elaborado em 24h pela equipe técnica do local, consoante previsto no artigo 101, § 5º do ECA.

A interpretação de que o prazo é de 24h decorre de aplicação analógica do artigo 93 (também com sua nova redação dada pela Lei n. 12.010/09), pois

evidente que a expressão *imediatamente* se refere a momento temporal absolutamente próximo.

Vale a transcrição do significado de imediato, extraída do Dicionário Aurélio:

“imediato *adj.* 1. Que não tem nada de permeio; próximo. 2. Rápido, instantâneo. ... De imediato. Sem demora.”⁵

Logo, se o acolhimento institucional deve ser comunicado pela entidade que execute tal programa no prazo de 24h e ao prever que a entidade *imediatamente* elabore o PIA (Plano Individual de Atendimento), por óbvio que diverso não pode ser o prazo a ser considerado em tal hipótese, consoante interpretação *teleológica* que se confere à lei.

Esse primeiro plano será, em verdade, um esboço das atividades que serão desenvolvidas, ou seja, um *projeto executivo* no qual constem *as ações* que a entidade de acolhimento (familiar ou institucional) adotará para tentativa de retorno da criança ou adolescente ao convívio familiar ou para que seja colocado em família ampliada.

O plano individual deve ter como *objetivo* o desligamento da criança ou adolescente e a tentativa de seu retorno ao convívio familiar, salvo quando isso se verificar absolutamente inviável, *v.g.* em hipóteses nas quais os genitores tiverem abusado sexualmente dos filhos e/ou tiverem sido coniventes com tal abjeta conduta.

A Lei n. 12.010/09 *indica* um prazo máximo para conclusão das ações inicialmente previstas no PIA, qual seja, de seis meses.

⁵ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Mini Aurélio*. Positivo: 6ª ed. Revista e Atualizada. 2008, p. 462.

Todavia, é óbvio que, se possível (e isso na prática felizmente ocorre) haverá casos em que o retorno à família se dará um dia após o acolhimento institucional, ou até mesmo uma semana, um mês, ou seja, em prazos exíguos, variáveis de acordo com as circunstâncias particulares de cada situação concreta; condições e formação dos profissionais da entidade de acolhimento (existência de equipe técnica competente e comprometida), etc.

Poderão ainda ser apresentadas propostas de readequação do Plano, conforme o desenvolvimento das ações contidas no *projeto executivo* inicialmente elaborado e encaminhado ao Juiz da Infância que, se necessário, poderá ampliar o prazo *inicial* de seis meses para conclusão das ações do PIA.

3.9 – Da responsabilidade pela elaboração do PIA

De acordo com a expressa previsão legal, a responsabilidade pela elaboração e encaminhamento do PIA ao Juiz da Infância é da entidade que executa programa de acolhimento familiar ou institucional.

É o que dispõe o artigo 101, parágrafos 4º e 5º da Lei n. 12.010/09:

“Artigo 101:....

§ 4º Imediatamente após o acolhimento da criança ou do adolescente, **a entidade responsável pelo programa de acolhimento institucional ou familiar elaborará um plano individual de atendimento, visando à reintegração familiar**, ressalvada a existência de ordem escrita e fundamentada em contrário de autoridade judiciária competente, caso em que também deverá contemplar sua colocação em família substituta, observadas as regras e princípios desta Lei.

§ 5º **O plano individual será elaborado sob a responsabilidade da equipe técnica do respectivo programa de atendimento** e levará em consideração a opinião da criança ou do adolescente e a oitiva dos pais ou do responsável.” (grifo nosso).

Sua formatação deve ter a participação dos serviços públicos de apoio,

especialmente: saúde (CAPS, CAPSi), educação, assistência social (CRAS- CREAS- PETI- Benefícios de prestação continuada), habitação, cultura, esportes.

A participação desses serviços se justifica na medida em que será sempre necessário o encaminhamento das crianças/ adolescentes e famílias dos acolhidos para superarem a situação de fragilidade porventura encontrada, sem olvidar que, provavelmente, muitos desses serviços já tenham atendido e já estejam acompanhando a situação da família há tempos, permitindo a efetividade de trabalho multi e transdisciplinar.

Essencial que referidos planos sejam elaborados levando em conta a opinião da criança (quando possível), do adolescente e família (art. 101, § 5º do ECA).

A participação do Conselheiro Tutelar na elaboração do plano também se revela igualmente importante, pois sabido que comumente possui informações e relações com a família vulnerável, que os demais agentes do Sistema de Garantias não possuem.

Ademais, poderá informar as ações e medidas protetivas já tomadas e monitorar os encaminhamentos promovidos.

3.10 – Da equipe técnica dos programas de acolhimento familiar e institucional

De acordo com a nova lei, as entidades que executem programas de acolhimento familiar e institucional deverão possuir *equipe técnica* que elabore os PIAs (planos individuais de atendimento).

Sabido que em muitas Comarcas, a equipe técnica do Poder Judiciário acabava suprimindo a inexistência de equipes técnicas das entidades de acolhimento.

No entanto, a nova lei previu, diga-se, de forma acertada, que as equipes técnicas das entidades de acolhimento familiar e institucional é que deverão elaborar os PIAs de crianças e adolescentes acolhidos.

Se outrora, havia discussão a respeito da *obrigatoriedade* ou não de referidas entidades em providenciar a contratação (formação) de equipes técnicas, tal celeuma não mais persistirá diante da inovação legal, conforme acima já apontado (artigo 101, parágrafos 4º e 5º da Lei n. 12.010/09).

A inexistência ou deficiência da equipe técnica do local de acolhimento deve ser objeto de intervenção do Ministério Público.

Para tanto, a avaliação pode vir fundamentada tomando como parâmetro, as "Orientações Técnicas: Serviços de Acolhimento para Crianças e Adolescentes" (v. Resolução Conjunta n. 01/09 do Conanda e CNAS) e normas municipais (leis municipais e resoluções do CMDCA), podendo, se o caso, exigir-se que sejam regulamentadas.

Enquanto não existir equipe técnica qualificada, a ação deve ser suprida pelos serviços existentes na rede de serviços do Município, sem prejuízo de eventual apoio *complementar* da equipe técnica do Judiciário.

O pressuposto básico para aferição da adequação das ações propostas no PIA pela entidade de acolhimento familiar ou institucional será a efetiva existência de equipe técnica competente.

A avaliação da operacionalidade do plano ocorrerá a partir de sua efetiva execução e dos relatórios de desenvolvimento.

Assim, se o caso, poderá ser realizada a rediscussão do plano em conjunto com todos os operadores do sistema de convivência familiar.

3.11 – 6ª Etapa: Proposta de retorno da criança/adolescente ao convívio familiar

Também é plausível que o PIA elaborado e apresentado pela equipe técnica da entidade de acolhimento familiar/institucional indique a possibilidade de imediata reintegração familiar, quando então o juiz abrirá vista ao Ministério Público para manifestação no prazo de cinco dias, e decidirá em igual prazo (artigo 101, § 8º com sua nova redação).

Nesta hipótese, caso já ajuizada ação cautelar para o afastamento do convívio familiar (quando o procedimento seja deflagrado nos termos do Fluxo n. 1 – artigo 136, parágrafo único com sua nova redação) – evidente que haverá perecimento de seu objeto, tornando-a inócua e ausente interesse processual do autor (Ministério Público ou outro legitimado), trazendo, por consequência, a necessidade de decisão de extinção, sem resolução de mérito, nos termos do artigo 267, VI, do Código de Processo Civil.

3.12 – 7ª Etapa: Inviabilidade de retorno da criança/adolescente ao convívio familiar

Caso não seja possível a reintegração, será mantida a forma de acolhimento, com implementação das ações do PIA, sempre visando o retorno à família de origem.

Tais ações devem ser implementadas – com observância de prazo máximo de seis meses (art. 19, § 1º do ECA), salvo absoluta necessidade de ampliação.

Caso concretizadas todas as ações propostas no PIA e, ainda assim, se constatar pela impossibilidade de reintegração da criança ou do adolescente à família de origem, não obstante o prévio encaminhamento aos programas de orientação, apoio e promoção social, deverá a entidade de acolhimento enviar relatório ao Ministério Público, com a descrição das providências tomadas e recomendação expressa, sugerindo, motivadamente, a destituição do poder familiar, tutela ou guarda (art. 101, § 9º do ECA).

O relatório deverá ser elaborado por técnicos da entidade ou responsáveis pela execução da política municipal de garantia do direito à convivência familiar e deverá conter conclusão pela necessidade ou não de destituição do poder familiar, apontando os motivos de tal entendimento.

3.13 – 8ª Etapa: ajuizamento de ação destitutiva do poder familiar

Recebido o relatório da equipe técnica ou da rede municipal de execução da política de convivência familiar, o Ministério Público terá o prazo de 30 (trinta) dias para o ingresso da ação de destituição do poder familiar, salvo se entender necessária a realização de estudos complementares ou outras providências que entender indispensáveis ao seu ajuizamento (art. 101, § 10 do ECA).

Consectário lógico-natural do ajuizamento de ação destitutiva será a tentativa de colocação da criança/adolescente em família substituta, o que entendemos somente possa ocorrer com, no mínimo, decisão liminar, de antecipação de tutela, ou definitiva com respectivo acionamento do cadastro de adoção da comarca, estadual ou nacional, devidamente observada sua ordem cronológica, consoante previsto no artigo 197-E da Lei n. 12.010/09⁶.

⁶ “Art. 197-E. Deferida a habilitação, o postulante será inscrito nos cadastros referidos no art. 50 desta Lei, sendo a
Texto produzido em 14/01/2010

4. – Esclarecimentos sobre o Fluxo n. 2

O fluxo n. 2 que segue anexo a este texto, por outro lado, diz respeito às situações excepcionais, nas quais a urgência e a impossibilidade de se aguardar até o próximo expediente forense, imponham ao Conselheiro Tutelar, às próprias entidades de acolhimento (familiar ou institucional), policiais civis ou militares, ou mesmo a qualquer cidadão, a necessidade de promoção de medida protetiva de acolhimento (art. 93 do ECA).

As hipóteses podem ser diversas.

Destacamos, para facilitar a compreensão, apenas algumas delas:

- a) não localização dos pais ou responsáveis;
- b) abuso sexual e violência física;
- c) e incapacidade temporária para o exercício do poder familiar (nesta última hipótese são exemplos a prisão, embriaguez – álcool/drogas –, doença mental ou surto psiquiátrico).

Em tais casos, não sendo possível aguardar-se o acionamento do plantão Judiciário competente, deverá o Conselho Tutelar, PM, Delegado de Polícia, entidade de acolhimento, qualquer cidadão, promover o acolhimento familiar ou institucional, cabendo à entidade comunicar o Juiz da Infância no prazo de 24 horas (art. 93 do do ECA) já com a apresentação de um plano individual de atendimento

sua convocação para a adoção feita de acordo com ordem cronológica de habilitação e conforme a disponibilidade de crianças ou adolescentes adotáveis.

§ 1º A ordem cronológica das habilitações somente poderá deixar de ser observada pela autoridade judiciária nas hipóteses previstas no § 13 do art. 50 desta Lei, quando comprovado ser essa a melhor solução no interesse do adotando.”

(PIA).

Como visto, nossa interpretação é a de que não apenas o Conselho Tutelar, mas qualquer cidadão, pode promover o acolhimento de crianças e adolescentes, em programas protetivos familiares ou institucionais.

É o que se depreende da interpretação literal do artigo 93, com sua nova redação.

Ademais, entendimento diverso estagnaria o sistema de atendimento e proteção a crianças e adolescentes, inviabilizando a efetiva garantia protecionista prevista no artigo 227, da Constituição Federal.

Logicamente não foi e nem pode ser essa a intenção do legislador ordinário sob pena de ofensa do Texto Máximo.

Sabido que situações de risco excepcionais e urgentes ocorrem na calada da noite (e nas madrugadas), nos finais de semana, quando não atuam em expediente forense Promotores de Justiça, Defensores Públicos e Juízes da Infância e Juventude, de modo que somente os Conselhos Tutelares, guardas civis, policiais militares, Delegados de Polícia e quaisquer cidadãos é que poderão *tutelar* tais situações, evitando que direitos à saúde, à vida e, à dignidade humana de crianças e adolescentes não sejam vulnerados.

Em sendo assim, presentes situações absolutamente excepcionais, não apenas o Conselho Tutelar, mas quaisquer outros agentes públicos e cidadãos poderão promover medidas de acolhimento familiar ou institucional, preservando os direitos das crianças e adolescentes envolvidos em situações de risco verificadas.

Aliás, idêntico entendimento foi adotado pelo Corregedor-Nacional de Justiça, Ministro Gilson Dipp, consoante publicação da Instrução Normativa n. 03, de 3 de novembro de 2009:

“Art. 2º As guias referidas no artigo anterior serão expedidas pela autoridade judiciária a quem a organização judiciária local atribuir a competência jurisdicional da Infância e da Juventude.

Parágrafo único: **excepcionalmente, para os casos de urgência e fazer cessar violência contra crianças e adolescentes, conforme § 2º, do artigo 101, da Lei Federal 8069/90, ou fora do expediente forense, a autoridade judiciária poderá permitir que o procedimento da guia de acolhimento se faça através de terceiros, por ele autorizados, desde que mantenha referido controle quantitativo atualizado e que efetue a convalidação de reformulação da medida de proteção aplicada, no prazo máximo de vinte e quatro horas da sua efetivação.”** (grifo nosso)

Naturalmente cremos que o Juiz deverá eleger o(s) responsável(is) pela execução dos programas de acolhimento familiar ou institucional para fins de observância do parágrafo único do artigo 2º da Instrução Normativa n. 03, do CNJ, conferindo-lhes a possibilidade de preenchimento de tal instrumento formal de acolhimento familiar ou institucional.

Tal procedimento obviamente não exclui as premissas acima apresentadas, ou seja, quanto à possibilidade de qualquer cidadão encaminhar crianças e adolescentes a instituições para acolhimento.

Sendo impossível a reintegração familiar da criança ou adolescente (Art. 101, § 9º do ECA), deverá ser seguido o Fluxo nº 1 já acima explicado.

Caso seja possível a reintegração familiar (Art. 101, § 8º do ECA) o Juiz da Infância oferecerá vista ao MP por 5 dias para manifestação, quando então decidirá em igual prazo (art. 93, § único e 101, § 8º do ECA).

Mesmo nessas hipóteses excepcionais, deve ser avaliada a possibilidade de afastamento do agressor da moradia comum (art. 130, do ECA), o que deve sempre preferir a qualquer forma de acolhimento, pelo que devem ser colhidos elementos de convicção que permitam avaliar a solução mais adequada ao caso.

5. – Conclusões

Talvez para muitos, a nova Lei n. 12.010/09 não tenha trazido qualquer espécie de mudança, mas para aqueles que militam na área da infância e juventude, claro está que intensas alterações foram trazidas ao sistema protetivo infanto-juvenil.

Como frisado alhures, o presente estudo não tem o condão de analisar - até em razão do exíguo tempo para tanto – de forma exaustiva, a recente alteração promovida no Estatuto da Criança e do Adolescente, mas simplesmente apontar os novos procedimentos referentes à temática do afastamento de crianças e adolescentes do convívio familiar.

Os dois Fluxos que seguem anexos são autoexplicativos, mas alguns apontamentos ora trazidos neste texto servem para elucidar questões porventura não indicadas em tais roteiros.

Somente a prática diuturna e a observância atenta aos novos ditames legais permitirão que crianças e adolescentes realmente tenham direito à convivência familiar, não sendo afastados de suas famílias em hipóteses como a de pobreza, aliás, uma das principais causas de acolhimentos institucionais.

Foi o que concluiu o IPEA quando de pesquisa elaborada sobre o

tema:

QUADRO 2

Brasil: crianças e adolescentes abrigados segundo os motivos do abrigamento

Motivo do ingresso no abrigo	Frequência (em %)
Carência de recursos materiais da família/responsável	24,1
Abandono pelos pais/responsáveis	18,8
Violência doméstica	11,6
Dependência química dos pais/responsáveis	11,3
Vivência de rua	7,0
Orfandade	5,2
Outros	22,0
Total	100,0

Fonte: IPEA/CONANDA. *O Direito à Convivência Familiar e Comunitária: os abrigos para crianças e adolescentes no Brasil*. Brasília, 2004.

Enfim, esperamos que essa legislação tenha como consequência, a criação de um novo *olhar*, a fixação de marco histórico na situação de crianças e adolescentes em situação de risco, permitindo o efetivo respeito ao direito constitucional à convivência familiar, fazendo com que os acolhimentos familiares/institucionais sejam realmente utilizados como via de exceção – adotados em processos contenciosos cautelares ou ordinários, com garantia ao contraditório e ampla defesa – e não como a regra para soluções de conflitos familiares.

Bibliografia

AMIN, Andréa Rodrigues. “Evolução Histórica do Direito da Criança e do Adolescente”. in MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (Coord.). *Curso de Direito da Criança e do Adolescente: Aspectos Teóricos e Práticos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Míni Aurélio*. 6. ed. Curitiba: Positivo, 2008.

IPEA/CONANDA. *O Direito à Convivência Familiar e Comunitária: os abrigos para crianças e adolescentes no Brasil*. Brasília, 2004

LIBERATI, Wilson Donizeti. *Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Princípios Gerais de Direito Administrativo*. 3. ed. Vol. I, São Paulo: Malheiros, 2007.

PEREIRA, Tânia da Silva. “Abrigo e alternativas de acolhimento familiar”, in *O cuidado como valor jurídico*, Tânia da Silva Pereira e Guilherme de Oliveira, Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 309-334.

_____. *Direito da criança e do adolescente: uma proposta interdisciplinar*, 2. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

SARAIVA, João Batista Costa. *Adolescente em Conflito com a Lei: da indiferença à proteção integral: Uma abordagem sobre a responsabilidade penal juvenil*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

TAVARES, Patrícia Silveira. “Política de Atendimento”. in MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (Coord.). *Curso de Direito da Criança e do Adolescente: Aspectos Teóricos e Práticos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.