

A “Busca e Acolhimento Institucional”¹

À Luz do Estatuto da Criança e do Adolescente²

Epaminondas da Costa*

Síntese dogmática

O princípio constitucional da *prioridade absoluta* ou do “melhor interesse da criança”³ (art. 227 da CF⁴) exige que as medidas de proteção no âmbito da infância e da juventude sejam encaradas como *medidas de urgência*, as quais, por força de disposição legal, não demandam o estabelecimento de procedimento contraditório, assim como ocorre com a prisão cautelar e as *medidas protetivas de urgência* da Lei Maria da Penha (contraditório diferido).

Introdução

Trata-se aqui da reformulação de tese anterior do mesmo autor, sob o título “A Busca e Abrigamento no Âmbito da Infância e da Juventude”, tendo sido aquela apresentada e aprovada nos Congressos Estadual e Nacional do Ministério Público, no ano de 2007 (Tiradentes-MG e Salvador-BA),

Essa reformulação foi necessária, sobretudo em razão das alterações ocorridas posteriormente no Estatuto da Criança e do Adolescente – Lei n. 8.069 de 13/07/1990, por força da Lei n. 12.010 de 03/08/2009.

A presente tese justifica-se, ainda, pelo fato de que, não raro, a Justiça da Infância e da Juventude recebe denúncias graves sobre a prática de maus-tratos contra crianças e adolescentes por parte de membros da família, ressaltando-se espancamentos, abusos sexuais ou a privação dos cuidados necessários.

Assim, a dúvida que tem sido levantada frequentemente é se a medida de urgência pode ser adotada, ou não, nos próprios autos do processo denominado “Medida de Proteção/ECA”⁵, instaurado de ofício pelo juiz visando ao levantamento preliminar dos fatos denunciados e à aplicação das medidas de proteção pertinentes.

A resposta apresentada nesta tese é a de que pode a autoridade judiciária, nos próprios autos da “Medida de Proteção/ECA”, determinar a busca e o acolhimento institucional da criança ou do adolescente vítima da omissão ou do abuso dos pais ou responsável, contanto que haja a oitiva prévia do Ministério Público (art. 153 do ECA).

Da questão de fundo/fundamentação

Nos municípios onde haja Conselho Tutelar em funcionamento, geralmente o referido órgão é instado a agir, quer por populares, quer por familiares da vítima, de sorte que, conforme a situação concreta, o referido órgão costuma determinar, diretamente, o acolhimento

institucional da criança ou do adolescente vítima da omissão ou do abuso dos pais ou responsável. Se bem que após o advento da Lei n. 12.010 de 2009, a adoção do acolhimento institucional pelo Conselho Tutelar deverá limitar-se a situações emergenciais, em que a autoridade judiciária não puder ser acionada de pronto.

De fato, o art. 101, § 2º do ECA, embora estabeleça que o afastamento da criança ou do adolescentes do convívio familiar seja de competência exclusiva da autoridade judiciária, em procedimento contraditório, determina que isso ocorrerá “*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*” do ECA. Noutras palavras, no caso das medidas emergenciais e do afastamento do agressor do lar, não se exige o estabelecimento de procedimento contraditório, nem tampouco que algumas das medidas emergenciais, dentre elas, o acolhimento institucional, seja adotado somente pela autoridade judiciária.

Daí que, aliás, o art. 93 do ECA autoriza expressamente que, cm caráter excepcional e de urgência, as entidades que mantenham programa de acolhimento institucional acolham crianças e adolescentes sem prévia determinação da autoridade competente, entendida esta como sendo o juiz que possua atribuição legal para o caso. Reforçando esta ideia, o 3º do art. 101 do Estatuto determina que o acolhimento institucional seja precedido, de regra, de uma Guia de Acolhimento, expedida pela autoridade judiciária.

Vê-se, assim, que a determinação do acolhimento institucional ou a retirada de criança ou de adolescente do convívio com os pais ou responsável é de competência exclusiva da autoridade judiciária, tendo o legislador permitido, porém, a atuação excepcional do Conselho Tutelar na institucionalização de criança ou de adolescente, desde que isto ocorra em situações emergenciais e sempre que a autoridade judiciária não puder ser acionada de pronto.

Com efeito, a orientação legal é a de que o afastamento da criança ou do adolescente do convívio familiar deverá estar consubstanciado em decisão judicial, prolatada em procedimento contraditório, mais precisamente nas situações de *colocação em família substituta* (art. 101, IX do ECA). As outras medidas de proteção, previstas no referido art. 101 do Estatuto⁶, não exigem o estabelecimento de procedimento contraditório, tanto que o legislador não estabeleceu fórmulas sacramentais ou o rito a ser seguido pelo Conselho Tutelar, na aplicação das medidas elencadas nos incisos I a VI do art. 101 do ECA (cf. art. 136, *idem*).

Por igual razão, a *guarda*, enquanto medida de proteção excepcional e transitória (art. 33, § 2º do ECA), poderá ser deferida pela autoridade judiciária nos próprios autos do processo denominado “Medida de Proteção/ECA”, especialmente quando se tratar da entrega de criança ou de adolescente a pessoa da família e desde que não haja oposição pelos pais ou responsável. Isto porque, primeiro, o parágrafo único do art. 25 define como família extensa ou ampliada “*aquela que se estende para além da unidade pais e filhos ou da unidade do casal, formada por parentes próximos com os quais a criança ou adolescente convive e mantém vínculos de afinidade e afetividade*”; segundo, o art. 35 do Estatuto prescreve expressamente que a guarda poderá ser revogada a qualquer tempo, mediante ato judicial fundamentado, ouvido o Ministério Público⁷.

Por conseguinte, não será criada uma situação imutável para os pais ou responsável, o que fez com que o legislador tenha dispensado tacitamente o procedimento contraditório na espécie, exigindo-o apenas e de forma expressa em relação à ação de destituição de tutela ou

de suspensão ou de perda do poder familiar, bem como de perda de guarda (arts. 24 e 169 da Lei n. 8.069), e, ainda, quando se tratar de apuração de irregularidades em entidades de atendimento (arts. 191 a 193, *idem*) ou apuração de infração administrativa às normas de proteção à criança e ao adolescente (arts. 194 a 197, *idem*).

Volvendo ao tema central da tese, ou seja, a *Busca e Acolhimento Institucional à luz do Estatuto da Criança e do Adolescente*, sustenta-se que, instaurado o processo denominado “Medida de Proteção/ECA” e sendo constatado que a criança ou o adolescente se encontra na situação de vítima do abuso ou da omissão dos pais ou responsável, mais precisamente na situação de vítima do crime de maus-tratos ou de qualquer outra infração penal, em tese, poderá o juiz da infância e da juventude, ouvido o Ministério Público, determinar a busca e o acolhimento institucional, porquanto se trate aqui de paciente de crime. Neste caso, aplica-se o disposto nos arts. 240, § 1º, “e”, “g” e “h”, e 241, ambos do Código de Processo Penal, subsidiariamente, por força do disposto no art. 152 da Lei nº 8.069 de 1990.

Não bastasse isso, o art. 130 do Estatuto da Criança e do Adolescente prevê, expressamente, que o juiz poderá determinar, como medida cautelar, o afastamento do agressor da moradia comum, o que, presentemente, se concretizaria por via inversa, ou seja, por meio da busca e do acolhimento institucional da criança ou do adolescente vítima.

Curiosamente, aliás, a proteção acima mencionada possui correlação ontológica com as *medidas protetivas de urgência* da Lei Maria da Penha – Lei nº 11.340 de 07/08/2006, sobretudo quando as vítimas, além de sua condição feminina, forem crianças e, portanto, duplamente vulneráveis, historicamente, à ação covarde de agentes adultos, notadamente do sexo masculino. O art. 13 da referida Lei faz menção expressa ao Estatuto da Criança e do Adolescente, dentre outros diplomas legais.

A rigor, as *medidas protetivas de urgência*, por expressa disposição legal, não reclamam o estabelecimento prévio do contraditório e da ampla defesa, até porque, do contrário, seria desnaturada a sua natureza de urgência (cf. arts. 12, § 1º, III e 18, I da Lei nº 11.340 de 2006).

Para tanto, não se pode perder de vista que a inauguração do procedimento contraditório deverá ocorrer nos autos da ação principal, penal ou cível (contraditório diferido).

Nesse diapasão, basta ser lembrado, ilustrativamente, que a decretação da prisão preventiva de alguém não exige o estabelecimento de procedimento contraditório, sendo certo, portanto, que será assegurada, obrigatoriamente, a oportunidade de ampla defesa ao acusado, assim que houver a instauração da competente ação penal, no prazo de lei.

Por derradeiro – e o que é mais importante -, como foi muito bem destacado na respeitável decisão constante do anexo II, o art. 101 do Estatuto, de forma expressa e direta, “(...) é cogente ao impor que, verificada qualquer das hipóteses previstas no art. 98, a autoridade judiciária poderá determinar, dentre outras, o acolhimento da criança ou adolescente em entidade de proteção”. Tal medida será determinada em “*caráter provisório, em caso de extrema necessidade. Não é interesse da Justiça que uma criança seja afastada do convívio familiar, mas ao contrário, devem ser esgotadas todas as possibilidades de se realizar a promoção social da família e evitar a aplicação da medida tão grave...*”.

Conclusão

Na seara da infância e da juventude, a *busca e acolhimento institucional* de criança e de

adolescentes cujos direitos legalmente reconhecidos estejam sendo ameaçados ou violados por falta, omissão ou abuso dos pais ou responsável, poderá ser decretada de ofício pela autoridade judiciária, ouvido o Ministério Público, nos autos do “Procedimento Verificatório”, nos autos da “Medida de Proteção/ECA” ou nos autos da “Sindicância Judicial”, conforme a nomenclatura empregada na classe da distribuição judicial. Sem prejuízo da adoção da *medida protetiva de urgência*, deverá ser estabelecido o procedimento contraditório logo depois da efetivação de tal medida (“contraditório diferido”).

Uberlândia, 14 de agosto de 2013.

Anexo I

Comarca de Uberlândia – MG

Medida de Proteção/ECA

Autos nº 702.10.076930-7

Requerente: Conselho Tutelar

Vítimas: G. F. F. e G. V. F.

P A R E C E R

MM^a Juíza:

O Conselho Tutelar encaminhou a essa egrégia Vara a notícia de que as crianças G. F. F. e G. V. F., respectivamente, com 05 anos e 02 anos de idade, estão em situação de abandono psicológico e moral, e bem assim na posição de vítimas de maus-tratos perpetrados pelos pais; estes, segundo consta, são usuários de substâncias entorpecentes e se recusam a se submeter a tratamento.

Diante disso, houve o levantamento preliminar dos fatos pelo ilustrado Serviço de Apoio do Juízo, inclusive com a juntada da cópia das certidões de nascimento de tais crianças.

É importante destacar que esse levantamento contém a informação de que apenas uma das crianças se encontra na companhia da mãe, tendo sido encontrada muito suja e, pior ainda, numa situação em que ela pode vir a ser vítima de abuso sexual, já que a mãe está vivendo com um suposto amigo.

A bem da verdade, as crianças em causa estão, em tese, na condição de pacientes dos crimes tipificados nos arts. 136 e 247, I, segunda parte do Código Penal, dentre outros.

Por conseguinte, a hipótese desafia a determinação judicial da busca domiciliar e a apreensão das pacientes dos crimes suprarreferidos, nos termos dos arts. 240, § 1º, “e”, “g” e “h”, e 241, ambos do Código de Processo Penal, subsidiariamente, por força do disposto no art. 152 da Lei nº 8.069 de 1990 – Estatuto da Criança e do Adolescente.

Não bastasse isso, o art. 130 do Estatuto da Criança e do Adolescente prevê, expressamente, que o juiz poderá determinar, como medida cautelar, o afastamento do agressor da moradia comum, o que, presentemente, se concretizaria por via inversa, ou seja, por meio da busca e apreensão das crianças, seguindo-se o seu acolhimento institucional.

Curiosamente, aliás, a proteção acima mencionada possui correlação ontológica com as *medidas protetivas de urgência* da Lei Maria da Penha – Lei nº 11.340 de 2006, uma vez que as vítimas, além de sua condição feminina, são crianças e, portanto, duplamente vulneráveis, historicamente, à ação covarde de agentes adultos, notadamente do sexo masculino. O art. 13 da referida Lei faz menção expressa ao Estatuto da Criança e do Adolescente, dentre outros diplomas legais.

A rigor, as *medidas protetivas de urgência*, por expressa disposição legal, não exigem o estabelecimento do contraditório e da ampla defesa, até porque, do contrário, seria desnaturada a sua natureza de urgência.

Para tanto, não se pode perder de vista que a inauguração do procedimento contraditório ocorrerá nos autos da ação principal, penal ou cível (contraditório diferido).

Nesse diapasão, basta ser lembrado, ilustrativamente, que a decretação da prisão preventiva de alguém não exige o estabelecimento de procedimento contraditório, sendo certo, portanto, que será assegurada, obrigatoriamente, a oportunidade de ampla defesa ao acusado, assim que houver a instauração da competente ação penal, no prazo de lei.

Enfim, propugno pela busca e apreensão das vítimas alhures nomeadas, seguindo-se o encaminhamento de cópia das principais peças destes autos à competente Delegacia de Polícia, para as providências de sua alçada.

Outrossim, peço a Vossa Excelência a realização do Estudo Psicossocial do caso, para fins de possível e imediato ajuizamento da competente ação de destituição do poder familiar na espécie (art. 1.638, II e III, do Cód. Civil).

Uberlândia, 16 de dezembro de 2010.

EPAMINONDAS DA COSTA

20º Promotor de Justiça

Anexo II

Autos nº: 0702.10.076930-7

Espécie: Medida de proteção ECA

Vistos

O 2º Conselho Tutelar sugeriu o acolhimento das crianças G. F. F. e G. V. F., ao fundamento de que elas estariam em situação de risco.

Decido.

Compulsando os autos, sobretudo o relatório de F. 02/04 e documentos acostados, verifico presentes os requisitos autorizadores da busca e apreensão das crianças G. F. F. e G. V. F.

No tocante ao *fumus boni iuris*, o art. 101, VII, do ECA, é cogente ao impor que, verificada qualquer das hipóteses previstas no art. 98, a autoridade competente poderá determinar, dentre outras, o acolhimento da criança ou adolescente em entidade de proteção.

Por sua vez, o art. 98, II, também do ECA, prescreve que as medidas de proteção à criança e ao adolescente são aplicáveis sempre que os direitos reconhecidos no próprio Estatuto forem ameaçados ou violados por falta, omissão ou abuso dos pais ou responsáveis.

Assim restou concluído pelo Conselho Tutelar:

“(...)Em discussão no colegiado, entendemos que as crianças deveriam ser acolhidas em uma instituição até que seus genitores possam estar em condições de se responsabilizar por elas, submetendo-se ao programa de tratamento para dependente químico – CAPSAD, considerando que não há nenhum familiar que poderia dispensar-lhe cuidados. F. 02.

(...)As crianças não foram levadas para o abrigo no momento da abordagem, porque Júnia estava muito nervosa e a ação poderia trazer mais danos psicológicos às crianças. (...) F. 04.”

Lado outro, vejamos o que relatou o Serviço de Apoio deste Juízo:

(...)A genitora foi procurada no endereço supra, nos relatou que sem lugar para onde ir, está residindo com sua filha G., na companhia de um rapaz chamado Flávio que segundo ela é seu amigo, a criança estava muito suja, porém não apresentava sintomas febris, a genitora ficou muito desequilibrada(...)

(...)conforme foi relatado Gabriela é carente de cuidados básicos necessitando de ajuda, sendo este comissariado favorável ao abrigo da criança. F. 09.

Por sua vez o representante do Ministério Público pugnou pela busca e apreensão das crianças em tela, como medida necessária à sua proteção.

Portanto, a situação retratada nestes autos é grave e exige pronta ação da Justiça para a devida proteção das crianças.

Como se sabe, a apreensão de uma criança e/ou adolescente somente se faz em caráter provisório, e em caso de extrema necessidade. Não é interesse da Justiça que uma criança seja afastada do convívio familiar, mas ao contrário, devem ser esgotadas todas as possibilidades de se realizar a promoção social da família e evitar a aplicação de medida tão grave. Somente em casos extremos é que se promove a apreensão, comprovada a situação de risco da criança.

No caso em questão, a negligência dos genitores quanto aos cuidados relativos à saúde, alimentação, higiene, educação e segurança das crianças, a prática de atos contrários à moral e à lei (uso de drogas), são fatores preponderantes a determinar o abrigo das crianças, posto que se encontram em situação de risco (art. 98, II, do ECA).

Por fim, os documentos acostados são suficientes para comprovar a situação de risco e a necessidade urgente de acolhimento.

Posto isso, determino a expedição de mandado de busca e apreensão das crianças G. F. F. e G. V. F.

O mandado será cumprido por Oficial de Justiça, que será acompanhado por dois Comissários da Infância e da Juventude, devendo apresentar relatório circunstanciado sobre a diligência, informando aos genitores que o acolhimento poderá ser provisório, podendo os mesmos obterem informações a respeito, diretamente junto a este Juízo.

O Oficial de Justiça deverá requisitar escolta policial para cumprimento dos mandados, prevenindo eventual resistência dos responsáveis pelas crianças.

Os Comissários encarregados deverão encaminhar as crianças para a instituição Missão Criança.

Oficie-se à Instituição, autorizando o acolhimento das infantes.

Remetam-se cópia dos autos à DEPOL para apuração de eventual crime contra a dignidade sexual.

Após, remetam-se os autos à Assessoria Psicossocial, para realização de estudo do caso, devendo o relatório ser apresentado em até 60 (sessenta) dias.

Intime-se.

Uberlândia, 13 de janeiro de 2011.

Édila Moreira Manosso

Juíza de Direito

¹* Promotor de Justiça de Defesa dos Direitos da Criança e do Adolescente no Estado de Minas Gerais
A expressão “a busca e acolhimento institucional” foi assim formulada com o objetivo de indicar que esta medida não se confunde com a medida cautelar prevista nos arts. 839 e seguintes do Código de Processo Civil – Lei n. 5.869 de 11/01/1973, denominada “Busca e Apreensão”.

- [2](#) A presente tese, sob a denominação original de “A Busca e Abrigamento no âmbito da Infância e da Juventude”, foi aprovada nos Congressos Estadual e Nacional do Ministério Público, no ano de 2007 (Tiradentes-MG e Salvador-BA). No congresso de Salvador, houve a modificação da expressão “busca e apreensão” para “busca e abrigamento”, conforme sugestão de congressistas, de forma a manter-se maior coerência com o espírito da tese. A versão atual deste trabalho doutrinário está atualizada de acordo com a Lei nº 12.010 de 2009.
- [3](#) A expressão “melhor interesse da criança” provém da legislação internacional, estando associada, ademais, à doutrina da proteção integral.
- [4](#) CF – Abreviatura de Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988.
- [5](#) ECA – Abreviatura de Estatuto da Criança e do Adolescente – Lei n. 8.069 de 13 de julho de 1990.
- [6](#) Art. 101. Verificada qualquer das hipóteses previstas no art. 98, a autoridade competente poderá determinar, dentre outras, as seguintes medidas:
- I - encaminhamento aos pais ou responsável, mediante termo de responsabilidade;
 - II - orientação, apoio e acompanhamento temporários;
 - III - matrícula e frequência obrigatórias em estabelecimento oficial de ensino fundamental;
 - IV - inclusão em programa comunitário ou oficial de auxílio à família, à criança e ao adolescente;
 - V - requisição de tratamento médico, psicológico ou psiquiátrico, em regime hospitalar ou ambulatorial;
 - VI - inclusão em programa oficial ou comunitário de auxílio, orientação e tratamento a alcoólatras e toxicômanos;
 - VII - acolhimento institucional;
 - VIII - inclusão em programa de acolhimento familiar;
 - IX - colocação em família substituta.
- §§ (...)
- [7](#) A referida exigência legal se justifica pelo fato de que a modificação da medida deverá levar em conta o interesse superior da criança ou do adolescente, jamais o interesse do guardião ou dos pais.