

Impropriedade da instauração da “ação de acolhimento” ou “ação de medida de proteção”, para fins de acolhimento institucional emergencial

Epaminondas da Costa –
Promotor de Justiça em
Uberlândia-MG

Síntese dogmática

Diante do que enuncia o art. 129 do Estatuto da Criança e do Adolescente, as ações indicadas para a garantia do procedimento contraditório, para fins do afastamento da criança ou do adolescente do convívio familiar, são as de perda ou suspensão do poder familiar, perda de guarda e de destituição de tutela, com a possibilidade da obtenção da tutela de urgência.

Todavia, se houver a constatação da situação justificadora do acolhimento deveras emergencial, o legislador estatutário autoriza a postergação extraordinária do estabelecimento do procedimento contraditório, nos termos do art. 101, § 2º da Lei 8.069 de 1990 (ECA). Portanto, esse afastamento do convívio familiar poderá ser determinado em sede de jurisdição voluntária excepcionalmente (nos autos da Medida de Proteção, por exemplo), sem a indispensabilidade da deflagração instantânea ou simultânea de uma ação em sentido técnico-processual, assim como ocorrem com as medidas protetivas de urgência da Lei Maria da Penha ou da Lei da Escuta Protegida.

Introdução

Nos termos do art. 101, § 2º da Lei 8.069 de 1990 (ECA), apesar de a regra do afastamento de criança ou de adolescente do convívio familiar depender da deflagração imediata ou até prévia de procedimento contraditório, as medidas emergenciais para a

proteção de vítimas de violência (física ou psicológica) ou abuso sexual deverão ser adotadas de pronto, assim como ocorre com as medidas protetivas de urgência da Lei Maria da Penha (Lei 11.340/2006) e, de igual forma, com as medidas protetivas de urgência previstas no art. 21 da Lei da Escuta Protegida (Lei 13.431/2017). Tais medidas protetivas de urgência serão deferidas de pronto pela autoridade judiciária em sede de inquérito policial, com a postergação do contraditório para o momento da instauração da competente ação penal.

Análise de fundo do tema

A bem da verdade, as medidas protetivas de urgência, quer aquelas previstas na Lei Maria da Penha, quer aquelas da Lei da Escuta Protegida, serão adotadas em procedimento de natureza administrativa – inquérito policial –, distribuído judicialmente, sem a prévia instauração de procedimento contraditório. Veja-se o caso da prisão preventiva (art. 21, III, da Lei 13.431)! No curso da ação principal, de natureza penal, instaurada posteriormente, aí sim, serão assegurados o contraditório e a ampla defesa ao investigado/acusado.

Eis, pois, a similitude do acolhimento emergencial de criança ou de adolescente com o procedimento para a aplicação de medidas protetivas de urgência num procedimento inquisitivo (inquérito policial); há semelhança deste último com os processos judiciais referentes às medidas de proteção oriundas de provocação do conselho tutelar, por exemplo, apontando a necessidade da aplicação do acolhimento institucional emergencial como medida protetiva de urgência.

Com efeito, precedendo ao ajuizamento de qualquer ação após esse acolhimento emergencial, a equipe técnica da entidade ou do juízo deverá agir de imediato, por meio de visitas, entrevistas ou de realização do estudo psicossocial preliminar do caso, com vista à possível reintegração incontinenti à família natural ou ampliada.

Todavia, é necessário que haja a demonstração da existência dos vínculos de afetividade e afinidade da criança ou adolescente com o parente interessado nessa reintegração (cf. art. 25, parágrafo único, do ECA). Inexistindo tais vínculos, deve-se preferir a entrega para adoção à guarda com parentes, por força do disposto no art. 33, § 2º desse mesmo Estatuto.

Em tal contexto de excepcionalidade do afastamento do convívio familiar, o acolhimento institucional ou em família acolhedora precisa ser realmente necessário, alicerçado em evidências claras de que outras medidas protetivas de urgência já foram esgotadas, levando-se em conta as prescrições dos arts. 101, I a IX e 129 do ECA, bem como art. 21 da Lei 13.431 de 2017, conjugadas com o disposto no art. 101, § 1º do ECA. As

medidas protetivas de urgência previstas no referido art. 21 da Lei 13.431 devem ser pleiteadas diretamente pela autoridade policial ao Juízo Criminal, contanto que o agressor seja imputável.

Portanto, constatada a inviabilidade da reintegração familiar depois da realização imediata do precitado estudo psicossocial preliminar ou no prazo máximo de trinta dias, eis que a ação específica a ser proposta, via de regra, será a ação de perda/destituição do poder familiar, quer para a garantia aos pais do contraditório e da ampla defesa, quer para se evitar a indefinição da situação jurídica do acolhido, que deixa de ser reintegrado à família de origem por tempo indeterminado, tampouco será encaminhado à adoção; quer, finalmente, porque o art. 101, §§ 9º e 10 do ECA, evidencia que essa é a ação apropriada para o estabelecimento do procedimento contraditório em favor dos pais do acolhido, além de propiciar a rápida definição da situação jurídica deste: se improcedente o pedido inicial, a reintegração familiar imediata será imperiosa; se procedente o pedido inaugural, a pronta “disponibilização” para a adoção deverá ser levada a efeito.

Por sua vez, as ações de perda da guarda e de destituição da tutela (art. 129, VIII e IX do ECA) se constituem na outra forma estatutária de se estabelecer o procedimento contraditório para o afastamento da criança ou do adolescente do convívio familiar, garantindo-se, ainda, a definição rápida da situação jurídica do acolhido, sob guarda judicial ou tutela.

Daí que se afigura insubsistente, em sentido técnico-processual, a concepção que aponta “ação de acolhimento” ou “ação de medida de proteção” como alternativas processuais válidas para a inauguração do procedimento contraditório. Elas se prestarão a sugerir apenas ou tão-somente a garantia da ampla defesa e do contraditório para o afastamento do convívio familiar, mas com total imprecisão acerca do rito processual a ser adotado, prazo de defesa e outras coisas mais. Sem contar, ainda, que a definição da situação jurídica do acolhido deixará de estar submetida ao critério legal explícito de definição rápida, ou seja, em 120 (cento e vinte) dias, nos termos do art. 163 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Consequentemente, a simples garantia do contraditório e da ampla defesa fora do universo dessas três ações em sentido técnico-processual, previstas no art. 129, VIII, IX e X da Lei 8.069 de 1990, colocará em segundo plano o objetivo mais importante a ser alcançado por meio da transitoriedade do acolhimento institucional ou em família acolhedora: a promoção imediata da reintegração familiar ou que o acolhido seja disponibilizado para a adoção, sobretudo no caso da ADPF.

Em rigor, a ação de perda do poder familiar por sentença judicial, em razão de possuir prazo exíguo para a sua conclusão, implica a definição rápida da situação jurídica da criança

ou do adolescente afastado do convívio familiar. Quer dizer, se improcedente o pedido inicial, eis que a reintegração familiar será obrigatória; se procedente, o acolhido será disponibilizado de pronto para a adoção.

Conclusão

Diante do que enuncia o art. 129 do Estatuto da Criança e do Adolescente, as ações indicadas para a garantia do procedimento contraditório, para fins do afastamento da criança ou do adolescente do convívio familiar, são as de perda ou suspensão do poder familiar, perda de guarda ou de destituição de tutela. É viável juridicamente que, assim como ocorre com qualquer ação, seja pleiteada a medida liminar ou a tutela de urgência, para fins de suspensão cautelar do poder familiar, ilustrativamente, ou para a determinação da busca e apreensão e acolhimento institucional, quando este não houver sido efetivado emergencialmente.

Uberlândia, 28 de abril de 2019.