

Lúcia Ferreira*
Sávio Bittencourt**

Direito à Convivência Familiar de Crianças Abrigadas: o papel do Ministério Público

Resumo: Partindo dos estudos que demonstram que é na família estruturada que crianças e adolescentes terão o seu desenvolvimento biopsicossocial pleno, o artigo sugere a criação de políticas públicas que garantam o direito à convivência familiar e comunitária de infantes abrigados, com programas de apoio à família de origem. Defende a tese de que para cada criança ou adolescente abrigado deve ser instaurado um inquérito civil, presidido pelo Promotor de Justiça da Infância e da Juventude para investigar as causas do abrigamento e as possibilidades de retorno à sua família biológica. Verificada a impossibilidade deste retorno, em tempo curto e previsível, e esgotadas as medidas de proteção que promovam o resgate dos vínculos familiares biológicos, o respeito ao mandamento constitucional obriga o *Parquet* à adoção de medidas que levem à formação de novos vínculos familiares e comunitários, como a destituição do poder familiar e a colocação em família substituta.

Palavras-Chave: Direito Infanto-Juvenil; Políticas Públicas; Estatuto da Criança e do Adolescente.

Abstract: Studies showing that children and adolescents inside the “structured family” would have better chances of biopsychosocial development than those outside, the article suggests that government policies should be established and set forward in order to safeguard the rights of sheltered children to both community and family life, along with initiatives that also assist the originating (biological) family. This paper argues that for every sheltered child or adolescent a civil prosecution, chartered by the Juvenile Justice prosecutor, should be initiated with the purpose of investigating the causes that led to the child’s sheltering and the chances of its returning to the biological family. On the impossibility of this return, in due time and after having exhausted protection means and measures to reestablishing the former family connection, observation to constitutional principles and commandments imposes *Parquet* to initiatives that help create and reshape new community and family connections for the child, with removal of the former family’s parental power over children and placement of the child with the substitute family.

Key-words: Children and Adolescents Wrighs; Public Policies;

* Procuradora de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, mestre em Direito Civil e especialista em Sociologia Urbana pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Endereço postal: Av. Marechal Câmara, 370, anexo - 2º andar, sala 226, Centro, Rio de Janeiro. CEP: 20020-080. Endereço eletrônico: luciaferreira@infolink.com.br

** Promotor de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, titular da 3ª Promotoria de Justiça de Tutela Coletiva do Meio Ambiente da Capital do Rio de Janeiro, mestre em História pela Universidade Severino Sombra e doutor em Geografia Humana pela Universidade Federal do Rio de Janeiro. Endereço postal: Av. Marechal Câmara, 370/8º andar, Centro, Rio de Janeiro. CEP: 20020-080. Endereço eletrônico: savio.renato@terra.com.br

1. A formação dos vínculos familiares como condição para o desenvolvimento biopsicossocial pleno e para evitar o abrigamento e a institucionalização indiscriminada de crianças e adolescentes.

1.1 Breve Histórico

A institucionalização de crianças e adolescentes em “situação de risco” (ou a denominada “situação irregular”, nomenclatura utilizada pelo Código de Menores) consagrou-se ao longo de várias décadas como a principal forma de solucionar o problema da infância abandonada e desamparada no Brasil (RIZZINI e RIZZINI, 2004).

Inicialmente, surgiram propostas de assistência ao menor de caráter caritativo-higienista, com a edição de legislação específica defendendo o intervencionismo estatal sistemático na questão da infância pobre, que se manifestou na década de 1930 na criação de estabelecimentos assistenciais oficiais.

Nas décadas seguintes, com a criação de um conjunto de instituições, a estratégia intervencionista teve o seu ápice, tendo como referência a institucionalização segregadora dos denominados “menores em situação irregular”.

Com a fundação do SAM (Serviço de Assistência ao Menor) na década de 1940 e a criação de um conjunto de instituições, como a LBA (Legião Brasileira de Assistência), o Senai (Serviço Nacional da Indústria) e Senac (Serviço Nacional do Comércio) e outras, compôs-se uma política social que começara a se solidificar durante o regime de Vargas (Presidente Getúlio Vargas), sendo um indicador de que a questão do menor saíra dos textos jurídicos para se tornar uma preocupação nacional.

A Lei nº 4.513/1964 extinguiu o SAM e propôs a sua “modernização” como Funabem – Fundação Nacional do Bem-Estar do Menor. A ela caberia formular e implantar a Política Nacional do Bem-Estar do Menor em cada estado, integrando-se a programas nacionais de desenvolvimento econômico e social. A prática da institucionalização intensificou-se com a criação da Funabem e das Febems estaduais, visto que o Poder Público passou a ampliar significativamente as internações de crianças e adolescentes, sob o argumento de que nos grandes internatos os infantes carentes estariam mais bem assistidos do que em companhia das suas famílias.

O Código de Menores (Lei 6.697/1979) atualizou a Política Nacional do Bem-Estar do Menor, formalizou “a concepção ‘biopsicossocial’ do abandono e da infração e explicitou a estigmatização das crianças pobres como ‘menores’ e delinquentes em potencial através da noção de ‘situação irregular’ expressa no seu artigo 2º” (PASSET, 2002).

A Política Nacional do Bem-Estar do Menor (Lei nº 4.513/1964) e o Código de Menores resultaram numa excessiva quantidade de internações de “menores em situação irregular” em grandes internatos estaduais (Febems e, no Estado do Rio de Janeiro, FEEM). Estes internatos eram, na maior parte dos casos, distantes da família dos menores e, por serem instituições enormes e com muitos internos, não tinham condições de prestar um atendimento personalizado.

Após uma ampla mobilização popular, com o advento da Constituição Federal de 1988 e do Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA – Lei 8.069/1990,

ocorre uma mudança de paradigmas, incorporando-se no ordenamento jurídico brasileiro a doutrina jurídica da proteção integral, com base na Convenção Internacional dos Direitos da Criança da ONU. O *caput* do art. 227 da Carta Magna concretiza estas inovações ao estabelecer que o Estado, a família e a sociedade devem assegurar às crianças e aos adolescentes **direitos fundamentais**, dentre os quais **o direito à convivência familiar e comunitária**¹.

Contudo, a despeito da inexistência de dados atualizados que caracterizem nacionalmente as instituições de abrigo² e a população atendida nos diferentes Estados brasileiros (RIZZINI e RIZZINI, 2004), verifica-se atualmente de forma empírica a enorme quantidade de crianças e adolescentes que continuam privados da convivência familiar e comunitária, permanecendo abrigados indefinidamente, tanto na capital do Rio de Janeiro, como em outros núcleos urbanos. Urge cuidar desse agrupamento humano que sofre, sendo necessária a reorganização de políticas públicas que possam propor medidas sociopsicopedagógicas efetivas que se traduzam no bem-estar desejado por essas crianças e necessário à convivência em sociedade.

1. 2. O Abrigamento de crianças e adolescentes e o direito à convivência familiar e comunitária

Irene e Irma Rizzini constataam que a modalidade de educação em internatos, “na qual o indivíduo é gerido no tempo e no espaço pelas normas institucionais, sob relações de poder totalmente desiguais, é mantido para os pobres até a atualidade” (2004, p.22). Ressaltam as pesquisadoras que, em seminários e debates ocorridos em todo o país, se ouve falar que diversos institutos mantêm o tipo de atendimento asilar do passado, funcionando como grandes internatos ou orfanatos, embora sejam denominados abrigos³. Estes e outros graves problemas foram detectados pelo *Levantamento Nacional de Abrigos para Crianças e Adolescentes* (SILVA, 2004), pesquisa realizada em 2004 pelo IPEA – Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – em 589 abrigos beneficiados com recursos do governo federal repassados por meio da Rede de Serviços de Ação Continuada (Rede SAC) do Ministério do Desenvolvimento Social.

Segundo a pesquisa realizada pelo IPEA, predomina nas instituições pesquisadas o regime de permanência continuada (78,4%), no qual crianças e adolescentes fazem do abrigo seu local de moradia. Apenas 57,6% dos abrigos atendiam

¹ A Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança da ONU de 1989, ratificada pelo Brasil através do Dec. 99.710/1990, adota a doutrina jurídica da proteção integral de crianças e adolescentes, que foi incorporada pelo art. 227 da Constituição da República e regulamentada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente. Destaca-se na Convenção o princípio do melhor interesse da criança (art. 3) e o reconhecimento do direito à convivência familiar, seja na família biológica ou na família substituta, considerando que “a criança, para o pleno e harmonioso desenvolvimento de sua personalidade, deve crescer no seio da família, em um ambiente de felicidade, amor e compreensão” (Preâmbulo).

² Quando mencionamos os abrigos, estamos nos referindo aos abrigos e casas-lares. Abrigos são entidades que desenvolvem programa específico de abrigo. Atendem a crianças e adolescentes em grupo, em regime integral, por meio de normas e regras estipuladas por entidade ou órgão governamental. Devem seguir parâmetros estabelecidos no Estatuto da Criança e do Adolescente. Casas-lares são definidas pela Lei n. 7.644, de 18/12/1987, e devem estar submetidas a todas as determinações do ECA relativas às entidades que oferecem programas de abrigo.

³ RIZZINI, Irene e RIZZINI, Irma, *op. cit.*

l Direito à Convivência Familiar de Crianças Abrigadas: o papel do Ministério Público - FERREIRA, L. e BITTENCOURT, S. l
a previsão do Estatuto da Criança e do Adolescente para o atendimento em pequenos grupos.

Das cerca de 20 mil crianças encontradas em abrigos no período da checagem, 55,2% estavam ali num período que variava de 7 meses a 5 anos, sendo que a parcela mais significativa (32,9%) já estava nos abrigos por longo período, entre dois e cinco anos, em que pese o Estatuto da Criança e do Adolescente estabelecer a medida de abrigo como excepcional e provisória (parágrafo único do artigo 101).

De acordo com os dados do “Levantamento Nacional”, apenas metade (54,6%) das crianças e dos adolescentes abrigados nas instituições pesquisadas tinha processo nas Varas da Infância e da Juventude (SILVA, 2004, p.65). Pode-se supor que as demais crianças talvez estivessem nas instituições sem que houvesse sequer conhecimento judicial. É importante ressaltar que o ECA, em seu artigo 93, determina que as instituições de abrigo têm até dois dias úteis para comunicar à Justiça sobre crianças e adolescentes acolhidos em seus programas sem medida judicial, o que deveria ocorrer apenas em caráter emergencial e de urgência.

O Estatuto da Criança e do Adolescente prevê a inclusão das famílias em programas oficiais ou comunitários de auxílio quando os pais ou responsáveis não conseguem cumprir com suas obrigações de criação e educação dos filhos por motivo de carência material (parágrafo único do art. 23 e art. 129, II). Contudo, o principal motivo apontado para o abrigamento foi a pobreza, sendo esta também citada pelos dirigentes dos abrigos como a dificuldade fundamental para a reinserção familiar das crianças e adolescentes abrigados.

Por conseguinte, mesmo em face da mudança de paradigmas estabelecida pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, ainda predomina a cultura do Código de Menores, fruto do legado sócio-histórico, que considera a institucionalização a solução para crianças em situação de risco e suas respectivas famílias, o que é criticado por Picado e Rodrigues, ao afirmar que o Estatuto, como norteador das diretrizes de atendimento à infância, não conseguiu a coesão das instituições de abrigo: “Embora o ECA legalize uma nova concepção de infância, é visível o descompasso entre a letra legal e a realidade desvendada nos abrigos” (2002, p. 112).

Em que pese o ECA dar destaque ao direito à convivência familiar e comunitária, ressaltando a **excepcionalidade e provisoriedade da medida de abrigo (parágrafo único do art. 101)**, na prática mantém-se a institucionalização de crianças e adolescentes em face da insuficiência dos programas de auxílio e reestruturação familiar e das dificuldades em relação à reintegração familiar e à colocação em família substituta⁴.

No tocante ao atendimento das crianças abandonadas, foram publicados incontáveis trabalhos interdisciplinares que indicam as efetivas dificuldades que acometem a pessoa institucionalizada. Como destaca Tânia da Silva Pereira, “a falta

⁴ Sobre os temas desenvolvidos nesta tese, ver os seguintes artigos publicados na obra *O Cuidado como Valor Jurídico*, coordenada por Tânia da Silva Pereira e Guilherme de Oliveira, Editora Forense, 2007; PEREIRA, Tânia da Silva. *Abriço e alternativas de acolhimento familiar*; FERREIRA, Lucía Maria Teixeira, *Crianças abandonadas e o cuidado: estudo a partir do final do século XIX até a construção do amanhã*; BITTENCOURT, Sívio Renato. *O Cuidado e a Paternidade Responsável*.

de identificação com alguma pessoa de forma continuada e afetuosa conduz ao desenvolvimento de um quadro conhecido como *hospitalismo*, manifestado em crianças abrigadas em instituições, sem afastar a possibilidade de se desenvolver um *quadro psicotizante* pela falta de uma segura referência materna e familiar” (PEREIRA, 2004, p. 651/652).

Entendemos que é equivocada e preconceituosa a visão de que a família biológica é a única que determina os vínculos de uma criança. Como elucida Patrick Guyomard, os critérios que determinam a filiação são múltiplos e nem a paternidade nem a maternidade podem se reduzir apenas ao critério biológico. Segundo o psicanalista e professor francês, a tendência a privilegiar o critério biológico, ou mesmo a reservar-lhe exclusividade, corresponde a um total desconhecimento da dimensão simbólica da filiação:

A criança por nascer, a criança adotada se inscreve numa cadeia de desejos, expectativas, fantasias por um lado inconscientes onde jaz a verdade da questão de sua origem como sujeito desejante. É a partir deste campo de desejo que ela poderá se situar numa história na qual a identidade de seus genitores terá lugar (GUYOMARD, 1999, p. 67).

Defendemos que o espaço familiar estruturado é o local privilegiado para o desenvolvimento e a socialização da criança e do adolescente, não só nas famílias biológicas, como também nas famílias desvinculadas do laço biológico, identificando-se no afeto e no cuidado sinais de reconhecimento das novas famílias ou de “famílias possíveis”⁵. A maternidade e a paternidade são, destarte, construções afetivas que não pressupõem identidade cromossômica, ou vinculação animal dentre os pais e a criança. Ao contrário, os exemplos de adoções bem sucedidas, que dados empíricos demonstram ser uma ocorrência cada vez mais comum na sociedade, vêm demonstrando que o estabelecimento de vínculo afetivo e o exercício do cuidado paternal no cotidiano superam a frustração do desligamento da família de origem e dão à criança efetivas condições de desenvolvimento de suas potencialidades.

1.3. O Plano Nacional de Promoção, Proteção e Defesa do Direito de Crianças e Adolescentes à Convivência Familiar e Comunitária

Reconhecendo a importância da mobilização de Estado e sociedade para que as crianças e os adolescentes sejam vistos de forma indissociável de seu contexto familiar e comunitário, foi lançado pelo Governo Federal o ambicioso *Plano Nacional de Promoção, Proteção e Defesa do Direito de Crianças e Adolescentes à Convivência Familiar e Comunitária*⁶. O plano se autointitula um marco nas políticas

⁵ V. PEREIRA, Tânia da Silva. Famílias Possíveis: Novos Paradigmas na Convivência Familiar. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (org.). Anais do IV Congresso Brasileiro de Direito de Família, pp. 633/656.

⁶ Plano Nacional de Promoção, Proteção e Defesa do Direito de Crianças e Adolescentes à Convivência Familiar e Comunitária/Secretaria Especial dos Direitos Humanos. Brasília-DF: Conanda, 2006.

} Direito à Convivência Familiar de Crianças Abrigadas: o papel do Ministério Público - FERREIRA, L. e BITTENCOURT, S. }

públicas no Brasil, “ao romper com a cultura da institucionalização de crianças e adolescentes e ao fortalecer o paradigma da proteção integral e da preservação dos vínculos familiares e comunitários preconizados pelo Estatuto da Criança e do Adolescente”⁷. O Plano preconiza, ainda, a formulação das políticas públicas necessárias para a formação de novos vínculos que garantam o direito à convivência familiar e comunitária caso ocorra a impossibilidade de resgate dos vínculos originais.

O Plano prevê diversas metas que contam com a atuação articulada do Ministério Público com outros atores do Sistema de Garantia de Direitos da Criança e do Adolescente, como os itens que seguem abaixo:

- a) Participação no programa de “mutirão interinstitucional” para revisão de casos de crianças e adolescentes sob medida protetiva de abrigo em entidade (art. 101, VII, do ECA), iniciando-se pelos programas de acolhimento institucional financiados pelo Governo Federal (p. 93);
- b) Implementação de ações de reintegração familiar (p. 94);
- c) Adequação dos programas de acolhimento institucional à legislação vigente (p. 94);
- d) Aprimoramento e consolidação dos procedimentos de adoção (p. 98/99);
- e) Regularização da situação de crianças e adolescentes que vivem em famílias com quem não possuem vínculo legalizado (p. 102);
- f) Garantia de aplicação dos conceitos de provisoriedade e excepcionalidade dos programas de acolhimento institucional previstos no ECA (p. 104 e 105);
- g) Aprimoramento dos instrumentos legais de proteção contra a suspensão ou destituição do poder familiar (p. 106/107);

2. O cuidado como valor jurídico

O agravamento da situação das crianças e jovens empobrecidos, abandonados e desamparados nos grandes centros urbanos e o aumento da rede de criminalidade que busca cooptar estes jovens têm gerado propostas de “limpeza urbana” e confinamento dessa população infanto-juvenil.

Verificou-se que a institucionalização de crianças e adolescentes pelo poder público consagrou-se, ao longo de várias décadas, como uma das formas de solucionar o problema da infância abandonada e vítima de violências em geral. Contudo, constatou-se que o abrigo de crianças e adolescentes consolidou-se como estratégia adotada por familiares frente às demandas postas para a sua sobrevivência, tendo a prática da institucionalização assumido “característica de política social direcionada a dar conta do risco social que assume o contingente infanto-juvenil de abandonados” (PICADO e RODRIGUES, 2002, p. 107).

Os reflexos da ausência política do **cuidar** diante do fenômeno do aumento do risco social e da piora das condições em que vivem as crianças desamparadas

⁷ Plano Nacional de Promoção, Proteção e Defesa do Direito de Crianças e Adolescentes à Convivência Familiar e Comunitária/ Secretaria Especial dos Direitos Humanos. Brasília-DF: Conanda, 2006, Apresentação.

chamam a atenção para o fato de que não foram criados mecanismos de integração e de inclusão social, o que torna a discussão sobre o **cuidado como valor jurídico** urgente e imprescindível, de forma a que se alterem as políticas e antigas práticas de atendimento ainda fortemente instaladas.

O *cuidado* como valor jurídico reflete os princípios da solidariedade e da dignidade da pessoa humana, concretizando o ideal da fraternidade tão à civilização ocidental. No tocante aos direitos fundamentais da criança e do adolescente, Tânia da Silva Pereira destaca que o cuidado é a sua base, nos termos do art. 227 da Constituição Federal: o cuidado está presente no direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária. Ademais, “toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão refletem o descaso, a falta de cuidado, o abandono” (PEREIRA, 2006).

Neste contexto, é oportuno trazer à reflexão o discurso de Paulo Luiz Netto Lôbo sobre os princípios constitucionais da *solidariedade* e da *dignidade da pessoa humana*, destacando que estes são:

os dois hemisférios indissociáveis do núcleo essencial irredutível da organização social, política e cultural e do ordenamento jurídico brasileiro. De um lado, o valor da pessoa humana enquanto tal, e os deveres de todos para com sua realização existencial, nomeadamente do grupo familiar; de outro lado, os deveres de cada pessoa humana com as demais, na construção harmônica de suas dignidades (LOBO, 2007, p. 5).

É imprescindível que o *cuidado* seja introduzido na esfera macro de gestão da rede de atendimento à criança e ao adolescente, devendo o Estado assumir o seu papel como orientador e supervisor das ações, buscando o levantamento e a atualização constante dos dados quantitativos de todos os programas de atendimento, especialmente, a totalidade dos abrigos e a população atendida. Devem ser apurados também dados qualitativos que analisem a qualidade do atendimento prestado, a integração dos setores envolvidos e a necessidade de se mudar o entendimento equivocado que ainda cerca estas questões.

Concordamos com Irene e Irma Rizzini, que destacam a inexistência de dados no tocante à totalidade das instituições de abrigo existentes e à população infanto-juvenil atendida nos diferentes Estados brasileiros (2004). Esta falta de dados denota também a falta de integração dos diversos setores da rede de atendimento, como o Judiciário, os Conselhos Tutelares, o Ministério Público, os Conselhos de Direitos e o Poder Executivo, bem como sinaliza a urgência da solução desta falta de integração.

Em que pese o Estatuto da Criança e do Adolescente prever a inclusão das famílias em programas oficiais de auxílio quando os pais ou responsáveis não conseguem cumprir com suas obrigações de criação e educação dos filhos por motivo de carência material, a pesquisa realizada pelo IPEA (SILVA, 2004) demonstra que continua havendo a aplicação indiscriminada da medida de abrigo, o que infringe

o princípio da excepcionalidade desta medida prevista no Estatuto. O principal motivo apontado para o abrigamento foi a pobreza, sendo esta também citada pelos dirigentes dos abrigos como a principal dificuldade para a reinserção familiar das crianças e adolescentes abrigados.

A questão da criança e do adolescente não é coisa do passado ou do atraso; é questão sempre atual, exigindo permanente reflexão, engajamento e ação de todos os setores da sociedade nacional e internacional, de forma a concretizar os direitos fundamentais infanto-juvenis, tendo o cuidado como a sua base, o que nos levará a uma sociedade mais justa, solidária e digna.

Leonardo Boff nos inspira e influencia com a reflexão sobre o cuidado como um novo paradigma, sonhando com uma sociedade mundializada, no planeta Terra – a nossa grande casa comum,

onde os valores estruturantes se construirão ao redor do cuidado com as pessoas, sobretudo com os diferentes culturalmente, com os penalizados pela natureza ou pela história, cuidado com os espoliados e excluídos, as crianças, os velhos, os moribundos, cuidado com as plantas, os animais, as paisagens queridas e especialmente cuidado com a nossa grande e generosa mãe, a Terra (BOFF, 2003, p. 14).

O cuidado se revela como a forma perceptível do afeto. Por isso seu valor jurídico deve ser reconhecido para que se preservem os laços afetivos criados nas relações pessoais como um efetivo direito. Sua verificação é de suma importância para que a ordem jurídica possa tutelar os valores maiores do ser humano e dos direitos sociais com eficácia.

3. O Ministério Público como agente garantidor do direito à convivência familiar e comunitária de crianças e adolescentes abrigados

O Ministério Público foi alçado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente ao papel de grande agente garantidor da rede de proteção infanto-juvenil, possuindo atribuições que visam à fiscalização do funcionamento da rede e à garantia dos direitos fundamentais previstos na Constituição. Além desta função garantidora de direitos coletivos, o Ministério Público também recebeu a vocação de tutela de interesses individuais indisponíveis, sendo possível e necessária sua atuação para garantir que determinada política pública seja aplicada ao indivíduo, quando esta for essencial ao atendimento de direito indisponível. Forma-se, assim, um sistema holístico de proteção aos direitos, coletivos ou individuais, através da atribuição constitucional do *Parquet*.

No ordenamento jurídico em vigor, o abrigamento de crianças e adolescentes é situação excepcional e transitória, sendo solução para questões emergenciais nas quais existe a necessidade absoluta de se retirar a criança de sua família, podendo ser providenciada pelo Conselho Tutelar, Ministério Público ou pelo Juiz da Infância e Juventude. Contudo, na prática o abrigamento se opera em grande parte pela própria família de origem da criança, motivada por fatores econômicos, sociais e

culturais. Ressalte-se que o art. 93 do Estatuto da Criança e do Adolescente dispõe que, em caso de afastamento em caráter emergencial e de urgência, sem prévia determinação judicial, o abrigo deverá ser comunicado até o segundo dia útil imediato. De acordo com a pesquisa do IPEA, 46% das crianças institucionalizadas não tinham qualquer procedimento nas Varas da Infância e Juventude, sendo absolutamente “desconhecidas” pelo Poder Judiciário.

É do conhecimento de todos que militam na área da infância e juventude que a Constituição da República dispõe sobre a convivência familiar e comunitária como um direito indisponível da criança, no artigo 227, como se pode inferir de sua leitura:

Art. 227- É dever da familiar, 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.

Verifica-se que o legislador constituinte gravou todos os direitos elencados na regra constitucional em comento como prioridade absoluta, o que obriga todo o intérprete desta e das normas infraconstitucionais, como o Estatuto da Criança e do Adolescente – Lei 8.069/1990, a concluir que toda forma de privação da convivência familiar deve ser excepcional e transitória. Vale dizer, a Lei Maior impõe uma determinada interpretação, condicionando a aplicação das regras inferiores à obediência ao princípio garantidor da convivência familiar.

Por outro lado, reconhecendo-se que há situações em que a criança necessita ser retirada de seu seio familiar em função de existir algum risco a direito indisponível seu, deve ser permitido seu abrigo provisório para que o risco seja eliminado e ela possa voltar a seu lar ou, em casos em que esta volta não seja possível, que lhe seja reconhecido a direito a uma família substituta, preferencialmente por via da adoção.

O fato mais relevante é que o abrigo só é lícito, por força do citado artigo constitucional, para resguardar interesses indisponíveis da criança. Esta medida não foi criada e não pode ser interpretada como um direito dos pais biológicos, ainda que em situação de pobreza, porque a norma tem como destinatária unicamente a criança. É ela que deve ser prioritariamente atendida, levando-se em consideração que se trata de um ser em formação e em situação de vulnerabilidade acentuada em relação a seus pais adultos. Veja-se que, pelo mandamento constitucional, a própria família é devedora do cuidado essencial à criança e a existência de dificuldades econômicas não pode justificar a condenação de um ser inocente e indefeso a ser criado trancado em um abrigo pelos preciosos anos de sua infância.

Todavia, a despeito da clareza do texto constitucional, o abrigo se tornou uma medida vulgarizada, exercida sem controle estatal, não sendo eficiente

em escala nacional qualquer atuação judicial ou do Ministério Público para reverter este quadro dramático de institucionalização indiscriminada de crianças e adolescentes. São milhares de crianças brasileiras abrigadas por anos a fio, sem ter direito a viver em família e ter uma educação personalizada. O tempo de abrigo é indeterminado e a experiência tem demonstrado que a criança tende a ser visitada pela família biológica nos primeiros meses de abrigo e depois vai permanecendo esquecida, crescendo e se formando psicologicamente em ambiente coletivo, sem incentivos a sua auto-estima, nem a sua constituição de caráter ou educação. A mesma pesquisa do Ipea apontou que o tempo médio de abrigo no Estado de São Paulo é de quase cinco anos. Levando-se em consideração que a infância dura doze anos, este tempo decorrido em anos de fundamental importância para a formação do ser humano é um crime cometido contra a infância. A realidade demonstra que há milhares de crianças condenadas a esta "morte civil", varridas para baixo do tapete da sociedade, sem esperança de que as instituições responsáveis por sua tutela tenham sequer consciência de sua existência.

4. O instrumento jurídico investigatório do Ministério Público: o inquérito civil

Apesar de existirem outros procedimentos investigatórios à disposição do Ministério Público, no campo dos direitos sociais, o inquérito civil é por excelência a opção mais transparente e eficaz para que se verifiquem eventuais lesões ou risco para os interesses tutelados pelo *Parquet*.

Não se pode negar que o inquérito civil nasceu para tutelar direitos transindividuais, a partir de sua previsão na Lei 7.347/85, Lei da Ação Civil Pública, tendo sido concebido como o instrumento de investigação em sede não judicial, presidido pelo membro do Ministério Público, no qual se desenvolvem as atividades de coleta de prova pré-processual destinada a dar o suporte probatório mínimo para a propositura da ação civil pública ou celebração de termo de ajustamento de conduta.

Como instrumento criado em momento histórico de redemocratização do país, o princípio democrático impôs à atividade do Ministério Público o que podemos chamar de um duplo grau de atribuição, uma espécie de *DUE PROCESS OF LAW* aplicado à esfera da investigação administrativa, por meio da necessidade de homologação do arquivamento do inquérito civil pelo Conselho Superior do Ministério Público (art. 9º da mencionada LACP).

É de conhecimento geral que à esta regra, destinada a controlar a atividade administrativa investigatória que incide sobre bens indisponíveis, foi atribuído o princípio da obrigatoriedade da ação civil pública. Todavia, considerando que a tutela dos bens indisponíveis pode ser feita por meio de termo de ajustamento de conduta, é necessário asseverar que mais do que a obrigatoriedade da ação civil pública, o que existe é a obrigatoriedade da efetiva tutela do bem, em função de sua indisponibilidade. O Ministério Público tem se utilizado tanto do inquérito civil, como da ação civil pública para investigar e exigir a prestação de políticas públicas necessárias à garantia dos direitos transindividuais de crianças e adolescentes.

Contudo, a necessidade de se tutelar interesses individuais é imperiosa e abre um grande leque de ações civis para garantir direitos sonegados, como por exemplo, atendimento hospitalar especial ou inscrição em programas educacionais ou assistenciais. A própria ação de destituição do poder familiar deve ser alicerçada por prova pré-processual, após a realização de investigação que possa dar ao Promotor de Justiça condições de formação de sua *OPINIO*, bem como permitir a elucidação da causa de pedir da ação.

Assim, com o advento da Constituição Federal de 1998, a partir da configuração do Ministério Público pelo artigo 127 e seguintes, o âmbito de investigação administrativa foi ampliado explicitamente para abrigar não só os chamados interesses transindividuais, mas também os direitos individuais indisponíveis. Portanto, os mesmos deveres-poderes investigativos, com todas suas características e controles, passam a ser plenamente aplicáveis a todo o conteúdo material de legitimação do *Parquet*. Aliás, a obediência ao princípio da obrigatoriedade da efetiva tutela dos direitos indisponíveis impõe que todos os procedimentos investigativos do Ministério Público, sejam ou não denominados inquérito civil, bem como as peças de informação, devam ter seu arquivamento submetido ao Conselho Superior.

Destarte, pode-se concluir que em todos os procedimentos administrativos presididos pelo Ministério Público, no exercício de sua atividade-fim, estão presentes os poderes-deveres investigativos previstos na Constituição Federal, na Lei Orgânica Nacional do Ministério Público (art. 26, I e II da Lei 8.625/93) e na Lei Complementar Estadual 103/06. Em contrapartida, em todos estes procedimentos ou peças de informação o arquivamento deve ser submetido de ofício ao Conselho Superior, inclusive aqueles que tratam de direitos individuais indisponíveis, já que é esta característica, a indisponibilidade, que aponta para a necessidade do duplo grau de atribuição.

Em conclusão, é o inquérito civil o instrumento adequado à ampla capacidade investigativa do *Parquet*, destinado também a produzir prova pré-processual e dar justa causa para as ações civis destinadas a tutelar o interesse individual indisponível. Mesmo que se tenha uma outra denominação para este procedimento, sua natureza jurídica é de inquérito civil, porque traz os mesmos poderes investigatórios e deve ter seu arquivamento submetido à homologação do Conselho Superior em respeito ao princípio da efetiva tutela dos bens indisponíveis.

Destarte, se uma criança ou adolescente tem seu direito à convivência familiar desrespeitado, e sendo este direito fundamental garantido constitucionalmente, a única conclusão a que se pode chegar é que esta grave lesão precisa ser prontamente investigada para que a situação possa ser rapidamente revertida e possam ser propostas as medidas administrativas e ações cabíveis para tutelar seus direitos individuais indisponíveis. Portanto, um inquérito civil coletivo para tratar das condições do abrigo não é suficiente para garantir uma investigação eficiente sobre as crianças abrigadas, por não permitir um mergulho particularizado na situação daquela pessoa, sua família de origem, sua história, sua identidade e sofrimento em função do abandono. Uma investigação genérica pode ser importante para controle do funcionamento do abrigo, mas não tem o condão de abordar o que é efetivamente

prioritário dentro das individualidades oprimidas pela ausência de afeto familiar. Seria uma temeridade se esperar que num único procedimento a situação particular de dezenas de crianças pudesse ser elucidada. Em respeito ao princípio da eficiência, que deve nortear as atividades administrativas, inclusive a investigação do Ministério Público, cada abandono, lesão hedionda à infância daquela pessoa, deve ser particularmente investigado, de ofício, por meio da instauração de inquérito civil.

Ademais, o inquérito civil que for instaurado para apurar o abandono poderá dar ensejo a várias ações judiciais e outras medidas destinadas a garantir direitos sonogados à criança. Não só a destituição do poder familiar, medida judicial drástica e necessária para uma grande quantidade de casos de crianças institucionalizadas, mas também para outros pedidos, demandados em face do Poder Público, para garantir que as políticas públicas sejam aplicadas ao indivíduo, na garantia de direitos fundamentais. Portanto, a utilidade do inquérito civil individualizado é múltipla: investiga como garantir uma família para a criança e permite a propositura de várias ações, a expedição de recomendações, a realização de encaminhamentos a serviços públicos, entre outras medidas. À guisa de exemplo, podem ser mencionadas ações propostas pelo Ministério Público pedindo a condenação de municípios à inclusão de famílias em programas de orientação, apoio e acompanhamento temporários, bem como a obtenção de auxílio-moradia para que a família biológica receba em seu seio a criança abrigada exclusivamente por falta de moradia.

Conclusão e proposições

Diante da gravidade do quadro factual descrito e da missão institucional do Ministério Público, esta tese propõe a adoção de posturas e medidas para enfrentar a situação aflitiva do abandono de crianças e adolescentes em instituições, desdobrando suas conclusões nos itens subseqüentes. São necessárias políticas públicas a serem criadas e desenvolvidas no âmbito do Ministério Público, com inovações e estratégias para aprimorar o exercício de sua atividade-fim. Assim, apresentaremos estas atividades do Ministério Público em primeiro lugar para depois sugerir as alterações legislativas desejáveis para aperfeiçoar o sistema de proteção à infância:

I) Das ações necessárias no âmbito do Ministério Público:

1- Preconizamos que cada criança abrigada tem o seu direito à convivência familiar e comunitária negado e que tal fato deve ser objeto de instauração de um inquérito civil pelo Promotor de Justiça da Infância e da Juventude, haja vista a violação de um direito individual indisponível. Como o ordenamento jurídico atual já prevê esta possibilidade, não é necessária qualquer alteração legislativa neste sentido. Assim, parece aos autores que seria de grande valia a formulação de uma RECOMENDAÇÃO pelo Exmo. Procurador-Geral de Justiça aos Promotores de Justiça para enfatizar esta urgente prioridade institucional. Este inquérito civil tem como principal escopo dar suporte probatório mínimo a todas as ações e medidas que busquem a tutela dos direitos individual indisponível da criança, principalmente o direito

constitucional à convivência familiar, seja pela reintegração à família de origem, seja pela colocação em família substituta, em tempo hábil para minimizar os nefastos impactos da institucionalização.

2- Formulação de um PLANO DE AÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO para a defesa do direito de crianças e adolescentes à convivência familiar e comunitária, qualificado como verdadeira política pública ministerial, no intuito de cumprir de forma eficiente os mandamentos constitucionais e legais em relação às milhares de crianças e adolescentes institucionalizados no estado do Rio de Janeiro. Por se tratar de esforço grandioso diante do estarrecedor número de crianças institucionalizadas, que, aliás, é impreciso, se faz mister a construção de um plano de ação institucional, com a participação dos Promotores de Justiça de Infância e Juventude na sua formulação, a ser capitaneada pela Chefia Institucional, por meio do Centro de Apoio Operacional competente. O plano deverá contemplar os seguintes itens:

a) A fixação de metas e prazos para enfrentar o abrigamento indiscriminado de crianças e adolescentes, inclusive com a previsão de realização de mutirões para a instauração dos procedimentos destinados a investigar a situação de cada criança abrigada, sua possibilidade de reintegração a sua família de origem ou a necessidade de destituição do poder familiar, bem como a exigência de medidas administrativas de proteção individual.

b) Propiciar a criação de mecanismos de acompanhamento da execução das propostas e metas do Plano Nacional de Promoção, Proteção e Defesa do Direito de Crianças e Adolescentes à Convivência Familiar e Comunitária, partilhando-se as informações entre todos os Promotores de Justiça com atribuição legal.

c) Promover o levantamento das crianças e adolescentes abrigados, nos moldes da metodologia utilizada na pesquisa do IPEA, a fim de se identificar o tipo de atendimento, o regime de permanência, o tempo de permanência da criança no abrigo, o motivo do abrigamento e as possibilidades de reintegração ou a necessidade de colocação em família substituta. Estes dados serão imprescindíveis para a continuidade do planejamento e os desdobramentos das etapas do plano de ação do Ministério Público. Este plano é dinâmico e deve ser redimensionado periodicamente a partir de informações seguras sobre a realidade social enfrentada. Neste sentido será de grande valia a implementação total do denominado *Módulo MCA*, programa de informática desenvolvido pela Procuradoria Geral de Justiça do Estado do Rio de Janeiro que tem a capacidade de gerenciar todas as informações relevantes sobre a criança abrigada, com a inserção de dados por todos os atores sociais relevantes: abrigo, conselho

tutelar, promotoria de justiça e magistratura alimentarão o sistema com as informações sobre cada criança ou adolescente. O MCA será uma valiosa ferramenta para a integração dos diversos setores da rede de atendimento, como o Judiciário, os Conselhos Tutelares, os Conselhos de Direitos e o Poder Executivo. Para tal fim, o pleno funcionamento do MCA deve ser um dos objetivos do PLANO DE AÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO, aludido no item anterior, envolvendo a participação efetiva de todos os Promotores de Justiça de Infância e Juventude. O funcionamento pleno do MCA trará subsídios para o levantamento qualitativo e quantitativo do abandono de crianças e adolescentes em abrigos. Para tal fim, também seria de grande utilidade a formulação de uma RECOMENDAÇÃO do Procurador Geral de Justiça neste sentido, demonstrando a urgência desta prioridade institucional, no sentido de orientar os Promotores de Justiça a zelar pela alimentação correta e tempestiva dos dados referentes a cada criança institucionalizada, para que abrigos, conselhos tutelares e juizados efetivamente forneçam as informações relevantes.

II - Das propostas de aperfeiçoamento legislativo:

1- Articular, através das representações Associativas e Institucionais, junto ao Poder Legislativo propondo que o art. 93 do Estatuto da Criança e do Adolescente seja modificado, a fim de que a comunicação do abrigamento ao Ministério Público também seja obrigatória, no prazo de dois dias. Apesar dos autores desta tese entenderem que tal comunicação já é uma obrigação do Conselho Tutelar e do Abrigo, em função de ser o Ministério Público legitimado para investigar as causas do desatendimento do direito à convivência familiar da criança, a explicitação desta regra evitaria eventuais questionamentos. Nenhum monopólio institucional da informação sobre a criança institucionalizada é constitucionalmente tolerado. Assim, é importante que o Estatuto, por sua importância como regra infraconstitucional cidadã, aponte na mesma direção, permitindo a atuação ministerial imediata para investigar as causas da institucionalização da criança, por meio da instauração do competente inquérito civil.

Feitas estas propostas, esperam os autores que esta tese represente uma efetiva contribuição para os debates sobre o tema, com o escopo de transformar na prática uma situação social lastimável que está a gritar por soluções corajosas das instituições. Sobretudo, o Ministério Público precisa definir a institucionalização indiscriminada de crianças e adolescentes como um mal social a ser combatido, com urgência, e eleger esta atividade como uma verdadeira prioridade institucional.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BITTENCOURT, Sávio Renato. O cuidado e a paternidade responsável. In: PEREIRA, Tânia da Silva e OLIVEIRA, Guilherme (coord.). *O cuidado como valor jurídico*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007, p. 45-55.
- BOFF, Leonardo. *Saber cuidar: ética do humano, compaixão pela Terra*. Petrópolis: Vozes, 2003.
- BRASIL. *Constituição Federal da República*. Brasília: Ministério da Justiça, 1988.
- BRASIL, Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei 8.069/1990. Brasília: Ministério da Justiça, 1990.
- FERREIRA, Lucia Maria Teixeira. Crianças abandonadas e o cuidado: estudo a partir do final do século XIX até a construção do amanhã. In: PEREIRA, Tânia da Silva e OLIVEIRA, Guilherme (coord.). *O cuidado como valor jurídico*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007, p. 141-162.
- GUYOMARD, Patrick. A ordem da filiação. In: ALTOÉ, Sônia (org.). *Sujeito do Direito. Sujeito do desejo: Direito e Psicanálise*. Rio de Janeiro: Revinter, 1999, p. 65-71.
- LÓBO, Paulo Luiz Netto. Boletim IBDFAM n. 43, ano 7, março/abril 2007, p. 5.
- MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. Guarda como colocação em família substituta. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (org.). *Curso de Direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2ª edição, 2007, p. 135-152.
- ONU. Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança. Washington: ONU, 1989 (ratificada pelo Brasil através do Dec. 99.710/1990).
- PASSETI, Edson. Crianças carentes e políticas públicas. In: DEL PRIORI, Mary (org.). *História das crianças no Brasil*. 3ª edição. São Paulo: Contexto, 2002, p. 364.
- Plano Nacional de Promoção, Proteção e Defesa do Direito de Crianças e Adolescentes à Convivência Familiar e Comunitária/ Secretaria Especial dos Direitos Humanos. Brasília-DF: Conanda, 2006.
- PEREIRA, Tânia da Silva. O cuidado como valor jurídico. In: PEREIRA, Tânia da Silva e PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *A ética da convivência familiar e sua efetividade no cotidiano dos tribunais*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2006, p. 231-256.
- PEREIRA, Tânia da Silva e OLIVEIRA, Guilherme (coord.). *O cuidado como valor jurídico*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007.
- PEREIRA, Tânia da Silva. Abrigo e alternativas de acolhimento familiar. In: PEREIRA, Tânia da Silva e OLIVEIRA, Guilherme (coord.). *O cuidado como valor jurídico*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007, p. 309-334.
- PEREIRA, Tânia da Silva. Famílias possíveis: novos paradigmas na convivência familiar. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Afeto, ética, família e o novo Código Civil - Anais do IV Congresso Brasileiro de Direito de Família*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 633-656.
- PICADO, Solange Correia e RODRIGUES, Mônica Furtado. *Reflexões sobre a prática da institucionalização e o direito à convivência familiar*. Em Pauta - Revista da Fa-

} Direito à Convivência Familiar de Crianças Abridadas: o papel do Ministério Público - FERREIRA, L. e BITTENCOURT, S. }
culdade de Serviço Social da UERJ, n. 17, jan/jun. Rio de Janeiro: UERJ, 2002, p.
105-119.

RIZZINI, Irene e RIZZINI, Irma. *A institucionalização de crianças no Brasil: percurso histórico e desafios do presente*. Rio de Janeiro: Ed. PUC-Rio, Loyola, 2004.

SILVA, Enid Rocha Andrade da (coord.). *O direito à convivência familiar e comunitária: os abrigos para crianças e adolescentes no Brasil*. Brasília: Ipea/Conanda, 2004.

Recebido em 20 de março de 2009.

Aceito para publicação em 10 de maio de 2009.