

O Conselho Tutelar: poderes e deveres face a Lei nº 8.069/90.

MURILLO JOSÉ DIGIÁCOMO[1]

Dentre as grandes e oportunas inovações estabelecidas pela Lei nº 8.069/90 para a sistemática de atendimento à criança e ao adolescente, está sem dúvida a previsão de criação, em todos os municípios brasileiros, de ao menos um Conselho Tutelar, que por definição legal é "**órgão permanente e autônomo, não jurisdicional, encarregado pela sociedade de zelar pelo cumprimento dos direitos da criança e do adolescente...**" (*verbis/omissis* - art.131).

Como resposta ao **Princípio Constitucional da Democracia Participativa**, insculpido no art.1º, par. único, *in fine*, da Constituição Federal, quis o legislador que **a própria sociedade** não apenas delegasse poderes, mas sim **participasse ativa e diretamente** da solução dos problemas envolvendo suas crianças e adolescentes, na perspectiva de que a sistemática então vigente, na qual toda responsabilidade recaía na pessoa do "Juiz de Menores", era flagrantemente inadequada e ineficiente, na medida que centralizava decisões e submetia questões de cunho eminentemente social à burocracia e morosidade da máquina judiciária.

A partir da Lei nº 8.069/90, através do Conselho Tutelar, de mera espectadora passiva a sociedade passou a assumir um **papel decisivo** na defesa dos direitos de crianças e adolescentes, sendo que para o exercício desse fundamental mister, o legislador conferiu àquele órgão verdadeira **parcela da soberania estatal**, traduzida em **poderes e atribuições** próprias, que erigem o conselheiro tutelar ao posto de **autoridade pública**, investida de função considerada pela lei como "**serviço público relevante**" (*verbis* - art. 135 do citado Diploma Legal).

Importante mencionar que o conselheiro tutelar não pode ser considerado um simples ocupante de um "cargo público" qualquer[2], dada absoluta **autonomia** e **independência funcional** do Órgão Tutelar face a Administração Pública municipal, da qual **não faz parte**. Embora merecessem uma qualificação própria, dada natureza *sui generis* de suas funções e da relação que mantém com a municipalidade, na classificação tradicional é possível enquadrar os conselheiros tutelares no conceito de **agentes políticos**, assim definidos por HELY LOPES MEIRELLES:

"AGENTES POLÍTICOS: São os componentes do Governo nos seus primeiros escalões, investidos em cargos, funções, mandatos ou comissões, por nomeação, eleição, designação ou delegação para o exercício de atribuições constitucionais. Esses agentes atuam com plena liberdade funcional, desempenhando suas atribuições com prerrogativas e responsabilidades próprias, estabelecidas pela Constituição e em leis especiais. Não são servidores públicos, nem se sujeitam ao regime jurídico único estabelecido pela Constituição de 1988. Têm normas específicas para sua escolha, investidura, conduta e processo por crimes funcionais e de responsabilidade, que lhe são privativos.

"Os agentes políticos exercem funções governamentais, judiciais e quase-judiciais, (...), DECIDINDO E ATUANDO COM INDEPENDÊNCIA NOS ASSUNTOS DE SUA COMPETÊNCIA. SÃO AS AUTORIDADES PÚBLICAS SUPREMAS do Governo e da Administração NA ÁREA DE SUA ATUAÇÃO, pois NÃO ESTÃO HIERARQUIZADAS, sujeitando-se apenas aos graus e limites constitucionais e legais e de jurisdição. Em doutrina, os agentes políticos TÊM PLENA LIBERDADE FUNCIONAL, EQUIPARÁVEL À INDEPENDÊNCIA DOS JUÍZES NOS SEUS JULGAMENTOS (...).

"Realmente, a situação dos que governam e decidem é bem diversa das dos que simplesmente administram (...). Daí porque os agentes políticos precisam de ampla liberdade funcional e maior resguardo para o desempenho de suas funções (...)" (*In* Direito Administrativo Brasileiro. 22ª Edição. Malheiros Editores, São Paulo, 1997, págs.72/73 - grifamos).

Como decorrência dessa peculiar condição, não é correto incluir o Conselho Tutelar na estrutura organizacional da Administração Pública municipal, havendo entre o órgão e a municipalidade mera **vinculação administrativa**, na medida em que o **município** está **obrigado a destinar recursos orçamentários em patamar suficiente para garantir o seu adequado funcionamento**, tal qual faz em relação à Câmara Municipal[3], sem que isto também importe em quebra de sua autonomia e/ou independência.

De igual sorte, os conselheiros tutelares **não devem ser considerados ocupantes de "cargo em comissão"** (como ocorre em muitas leis municipais) e **muito menos subordinados** ao Chefe do Executivo local[4], a exemplo dos funcionários públicos municipais, com os quais como visto **não se equiparam**, sendo seu "regime jurídico" face a municipalidade também diferenciado.

Na verdade, o conselheiro tutelar, na condição de **agente político** investido de mandato popular, possui **poderes e atribuições equiparados** aos do Juiz da Infância e Juventude, cujas funções substitui (nesse sentido, vide art.262 da Lei nº 8.069/90), sendo que o próprio Estatuto da Criança e do Adolescente coloca **ambas autoridades públicas** em absoluta **igualdade de condições** no momento em que considera **crime**, previsto em seu art.236, **impedir ou embargar** tanto a **ação** do Juiz da Infância e Juventude quanto do membro do Conselho Tutelar, também cometendo a mesma **infração administrativa** de seu art.249 aquele que **descumpre, dolosa ou culposamente** tanto a **determinação** da autoridade judiciária quanto a emanada do Órgão Tutelar[5].

Nesse contexto, sem jamais perder de vista que o Conselho Tutelar é um órgão **colegiado**, e que as atribuições relacionadas nos arts.95, 136, 191 e 194 da Lei nº 8.069/90 somente poderão ser validamente exercidas se resultarem de uma **deliberação desse colegiado**, ainda que a decisão respectiva tenha sido tomada por maioria de votos, a prática tem demonstrado que, muitas vezes, seja por desconhecimento seja por temor de represálias por parte do Poder Público local, o Conselho Tutelar acaba deixando de usar de seus **poderes e prerrogativas** na defesa de crianças e adolescentes, que assim acabam sendo prejudicadas pela omissão ou ineficácia da intervenção desse órgão que deveria protegê-las. Com efeito, quando a lei confere **poderes** a determinado órgão ou autoridade para agir, está também **impondo** a este(a) o **dever** de fazê-lo, sendo certo que constitui **crime de prevaricação "RETARDAR OU DEIXAR DE PRATICAR, indevidamente, ATO DE OFÍCIO, ou praticá-lo contra disposição expressa em lei, para satisfazer interesse ou sentimento pessoal"** (*verbis* - art.319 do Código Penal - grifei).

Em outras, palavras, **quem tem o poder, também tem o dever**, devendo a **autoridade pública** se empenhar e buscar meios para cumprir seus misteres, **usando para tanto de todos os mecanismos e recursos legais que estiverem à sua disposição**.

Nesse particular, nota-se que os Conselhos Tutelares vêm encontrando uma certa dificuldade em fazer valer seu **poder de requisição**, previsto no art.136, inciso III, alínea "a" da Lei nº 8.069/90.

Segundo o citado dispositivo, dada sua condição de **autoridade pública** investida de **poder de decisão**[6], o Conselho Tutelar **não necessita de ordem judicial** para fazer com que estas sejam cumpridas, notadamente quando dirigidas a **outras autoridades ou órgãos públicos**, bem como a pais ou responsável por criança e/ou adolescente.

As decisões do Conselho Tutelar[7], em tais casos, **já são naturalmente dotadas de coercibilidade, obrigando seu destinatário a cumprí-la fielmente, independentemente de formalidade outra além da requisição ou notificação propriamente dita**.

Em se tratando de uma **requisição**, expedida com base no citado art.136, inciso III, alínea "a" da Lei nº 8.069/90, uma vez cumpridas as formalidades procedimentais necessárias à tomada e materialização dessa decisão e sendo a **ordem** respectiva[8] corretamente endereçada à **autoridade pública competente** para atender o **comando** ali existente (para o que deve ser **concedido prazo** razoável), seu descumprimento injustificado **importa**, em tese, **na prática de crime de desobediência**, definido pelo art.330 do

Código Penal, sem embargo da prática de **infração administrativa** definida no art.249 da Lei nº 8.069/90, podendo assim o refratário sofrer **dupla sanção**[9].

Sendo o Conselho Tutelar **AUTORIDADE PÚBLICA investida de PODER DE MANDO**, é mais do que elementar que o descumprimento injustificado de uma **ordem legal** dele regularmente emanada, caracteriza a **infração penal** acima referida, sendo também passível de sanção na esfera administrativa, tudo com o objetivo de fazer valer as prerrogativas - e **deveres correspondentes** conferidas ao órgão pela **sociedade** que representa.

Caso não concorde com a decisão do Conselho Tutelar ou entenda tenha sido ela proferida em desacordo com as prescrições legais ou regimentais existentes, ao destinatário da **requisição** (diga-se **ordem**) do Conselho Tutelar restará o **pedido revisional** à autoridade judiciária, tal qual previsto no art.137 da Lei nº 8.069/90, somente ficando desobrigado de cumpri-la caso provido seu pleito.

Ainda assim, o Conselho Tutelar pode não se dar por vencido, sendo-lhe facultado questionar junto à Superior Instância a decisão da autoridade judiciária, contra ela apelando ou mesmo impetrando **mandado de segurança**, em sendo constatado que dela resultou violação de direito líquido e certo (ou prerrogativa legal) do órgão[10].

Inadmissível, pois, o descumprimento puro e simples das requisições e demais determinações do Conselho Tutelar, o que demonstra pouco caso para com os **poderes** dos quais o órgão está investido, com o que este não pode se conformar.

Assim sendo, uma vez deliberado pela expedição de **requisição** a autoridade pública municipal na forma do disposto no art.136, inciso III, alínea "a" da Lei nº 8.069/90 (no sentido da realização de um acompanhamento de determinado caso pelo serviço de assistência social da prefeitura ou de uma orientação psicológica sistemática a uma criança, adolescente ou família), bem como **vencido o prazo** concedido para o cumprimento da **ordem legal** emanada, sem que para tanto tenha sido apresentada justificativa plausível, deve o Conselho Tutelar:

1 - Oferecer, diretamente[11], **representação** ao Juiz da Infância e Juventude da Comarca para fins de **instauração de procedimento para apuração de infração administrativa às normas de proteção à criança e ao adolescente**, a teor do disposto no 136, inciso III, alínea "b" em combinação com o art.194 e seguintes da Lei nº 8.069/90;

2 - Extrair e encaminhar cópias da mesma documentação utilizada para instruir a inicial do procedimento (referente ao caso atendido onde a medida foi aplicada, cópia da ata da sessão deliberativa onde se decidiu pela expedição da requisição, cópia da requisição em si e seu protocolo e, se houver, resposta da autoridade negando o cumprimento da **ordem** respectiva por motivos injustificados), ao representante do Ministério Público com atribuições junto à Vara Criminal da comarca, a título de *delatio criminis*;

3 - Extrair e encaminhar cópias da mesma documentação acima referida ao representante do Ministério Público com atribuições junto à Vara da Infância e Juventude da Comarca, para que o órgão do *Parquet*, a seu critério de conveniência e oportunidade, **ingresse com ação civil pública ou mandamental** na defesa de interesse (ainda que individual) de crianças ou adolescentes que tenham sido de qualquer modo violados em decorrência do descumprimento da **requisição** do Órgão Tutelar.

Restaria ainda, a meu ver, a possibilidade de, a depender da situação, o próprio Conselho Tutelar impetrar **mandado de segurança** para ver assegurado seu **direito líquido e certo** de "**zelar pelo cumprimento dos direitos da criança e do adolescente...**" (*verbis/omissis*), definido no já citado art.131 da Lei nº 8.069/90.

Vale repetir que dada **completa autonomia funcional** do Conselho Tutelar, todas essas iniciativas devem ser tomadas **independentemente** da "autorização" autoridade pública outra qualquer, devendo o órgão ter a **isenção** e **coragem** de, se necessário, contrariar mesmo os interesses do Chefe do Executivo Municipal, ao qual não está subordinado e, **por mandamento constitucional**, tem também e acima de tudo o **dever de tratar os assuntos referentes à criança e ao adolescente com a mais ABSOLUTA**

PRIORIDADE, o que importa, dentre outras, em **assegurar** que a área da infância e juventude tenha "**preferência na formulação e execução das políticas sociais públicas**" e receba uma "**destinação privilegiada de recursos públicos**", tal qual **determinam** o art.227, *caput* da Constituição Federal e art.4º, par. único, alíneas "c" e "d" da Lei nº 8.069/90.

Destarte, por mais obstáculos que se lhe imponham, o Conselho Tutelar **precisa a todo custo fazer valer sua autoridade**, para que a instituição não venha a cair no descrédito por parte dos governante e da população e, em especial, para que não se veja impossibilitada de cumprir o **papel fundamental** na defesa dos direitos de crianças e adolescentes que lhe foi reservado pela Lei nº 8.069/90.

[1] Promotor de Justiça integrante do Centro de Apoio Operacional das Promotorias da Criança e do Adolescente

[2] apesar da equiparação do conselheiro tutelar ao conceito de "funcionário público" em especial para fins criminais (vide art.327, *caput* do Código Penal).

[3] com a ressalva, aliás, que a municipalidade deve garantir **em primeiro lugar** o repasse de verbas ao Conselho Tutelar, dada inevitável incidência do **princípio constitucional da prioridade absoluta**, que traduzido pela Lei nº 8.069/90 importa, dentre outras, na **destinação privilegiada de recursos públicos** para a área infanto-juvenil.

[4] ou a qualquer outra autoridade pública de qualquer nível ou Poder constituído.

[5] assim entendida aquela decorrente de deliberação do **colegiado**, ainda que tomada por maioria de votos.

[6] embora tais decisões não possuam caráter jurisdicional, *ex vi* do disposto no citado art. 131, terceira parte, da Lei nº 8.069/90.

[7] repita-se, desde que resultantes de deliberação do **colegiado**, nos moldes do previsto na legislação municipal específica e/ou regimento interno do órgão.

[8] pois quem **requisita** não pede, **manda**.

[9] sendo uma pelo Juízo criminal comum e outra pelo Juízo da Infância e Juventude, sem que isto importe em *bis in idem*, dada natureza jurídica diversa das penas criminal e administrativa.

[10] embora o Conselho Tutelar a rigor não tenha personalidade jurídica, não restam dúvidas que o órgão possui **personalidade judiciária**, ou seja, **capacidade de ser parte**, para defesa **em Juízo de seus interesses**. Deverá, no entanto, em tal hipótese constituir advogado para patrocinar-lhe a defesa.

[11] e aí sem a necessidade de intervenção de advogado.