

DAS REQUISIÇÕES DE DILIGÊNCIAS PELO MINISTÉRIO PÚBLICO AO CONSELHO TUTELAR

JOSÉ MARINHO PAULO JUNIOR[1]

“Ora, com largo fundamento se póde sustentar que um Governo a quem se confiam poderes dessa amplitude, da execução correcta dos quaes tão vitalmente depende a felicidade e prosperidade da nação, deve ter recebido tambem amplos meios para os exercer. Dado o poder, é do interesse da nação facilitar-lhe o exercício. Nunca se poderia supôr que fosse do seu interesse, ou estivesse no seu intuito embaraçar-lhe e tolher-lhe o exercício, recusando-lhe para isso os mais adequados meios” MARSHALL, apud RUY BARBOSA

Afirma-se, nesta exposição, a possibilidade de o Ministério Público requisitar diligências ao Conselho Tutelar, lastrada tal convicção em ditames legais, constitucionais e principiológicos. Não se olvida, sob o aspecto puramente estatutário, que o Conselho Tutelar é sim órgão autônomo, dotado de estrutura própria e organização burocrático-administrativa distinta até mesmo do próprio município, do qual, em verdade, exsurge. Nem se deseja subjugar tal valoroso órgão a mero auxiliar do Promotor de Justiça ou do Juiz. Não se quer esquecer tal lição. Apenas se deseja relembra-la por inteiro.

O Estatuto da Criança e do Adolescente instituiu o Conselho Tutelar no ordenamento jurídico nacional, erigindo-o, em seu art. 131, como órgão permanente e autônomo, não-jurisdicional, encarregado pela sociedade de zelar pelo cumprimento dos direitos da criança e do adolescente.

Anote-se desde aqui que, conquanto autônomo, o Conselho Tutelar não é independente e, de fato, tem suas atividades engendradas dentro de um todo ao qual deve sim servir – sem ser, por óbvio, subserviente. Em obra dedicada ao tema intitulada “CONSELHOS E FUNDOS NO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE”, WILSON DONIZETI LIBERATI e PÚBLIO CAIO BESSA CYRINO assim expuseram:

“Percebe-se, pois, que essa autonomia é apenas funcional, não havendo qualquer impedimento, do ponto de vista administrativo, a que o Conselho esteja ligado ou subordinado a outro órgão, ou que, do ponto de vista financeiro, dependa de verbas externas ou de alguma Secretaria Municipal. (...) exerce sua função com independência, mas sob fiscalização do Conselho Municipal, da autoridade judiciária, do Ministério Público e das entidades civis que trabalham com a população infanto-juvenil” (op.cit., p. 104, 1ª ed., 2ª tiragem, edit. Malheiros, 1997, SP)

Autonomia administrativa não deve ser, portanto, óbice ao atendimento de diligências requisitadas pelo Ministério Público ao Conselho Tutelar. Antes, deve ser rememorada a natureza PÚBLICA da nodal função relegada pelo Poder Constituinte Originário a este órgão. Natureza esta da qual nascem inúmeros DEVERES.

Nesta esteira de idéias, confira-se a argumentação de Josiane Petry Veronese, na obra “A Tutela Jurisdicional do Interesses Individuais, Difusos e Coletivos da Criança e do Adolescente”, editora LTr, pág. 166, ao citar que:

"Partindo do disposto no art. 3º da Constituição Federal, Diomar Ackel Filho, que em seu artigo "A Discricionariedade Administrativa e a Ação Civil Pública", publicado em RT 657/51, preleciona:

'A Administração, na consecução dos objetivos do bem comum, tem deveres e obrigações, assim como se investe de faculdades e direitos. Ao implementar os atos que lhe competem, espelhados na condução dos serviços e obras públicas, sempre tem em mira determinados fatos, traduzidos como realidade social, em que devem ser sopesados como imperativos a executar ou carências a suprir. Nesse desiderato, o agente público necessita avaliar essas realidades, dando azo, então, ao seu discrimen. Ao fazê-lo, por vezes, o administrador avalia equivocadamente o contexto divorciando-se do bem comum, mantendo-se culposa ou deliberadamente na contemplação distorcida da verdade social, omite-se, negligencia, prevarica. (...) É sabido que a harmonia dos poderes exige uma interdependência recíproca...' (...)

A Oitava Câmara Cível de Férias do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, à unanimidade, ao apreciar a Apelação Cível n. 201.109-1, assim decidiu:

"Não se deve negar ao Ministério Público a legitimidade ativa 'ad causam', na defesa do cumprimento das normas constitucionais, sob o argumento da independência entre os poderes. São independentes, enquanto praticam atos administrativos 'interna corporis'. Não são independentes para, a seu talante, desobedecerem à Carta Política, às leis e, sob tal pálio, permanecerem, cada um a seu lado, imunes à reparação das ilegalidades" (LEX 155/96)."

Superada a argumentação acima exposta e cerrando a visão sob uma ótica meramente legalista, ainda assim resta evidenciada a possibilidade de o Ministério Público expedir requisições ao Conselho Tutelar diante de normas legais expressas tais como as veiculadas pelo artigo 201, incisos VI e XII do ECA, verbis:

Art. 201. Compete ao Ministério Público: (...)

VI- instaurar procedimentos administrativos e, para instruí-los: (...)

b) requisitar informações, exames, perícias e documentos de autoridades municipais, estaduais e federais, da administração direta ou indireta, bem como promover inspeções e diligências investigatórias;

(...)

XII- requisitar força policial, bem como a colaboração de serviços médicos, hospitalares, educacionais e de assistência social, públicos ou privados, para o desempenho de suas atribuições.

Não há como se negar que o Ministério Público possui poder requisitório, inclusive diante do Conselho Tutelar, uma vez que, se de um lado, enquanto autoridade municipal [2] [3] e face a inquérito civil instaurado, haveria de atender às ditas requisições, por força do inciso VI, alínea "b" daquele artigo, por outro lado, ainda sem que haja sido instaurado qualquer procedimento ou expediente, a sua colaboração seria obrigatória em prol do desempenho pelo MP de suas atribuições, com lastro no inciso XII daquele mesmo dispositivo legal.

Anote-se que não se trata de qualquer invencionismo ou malabarismo jurídico concluir diante da redação de tais incisos que a interpretação dos mesmos há de ser EXTENSIVA. Portanto, não se limite o poder requisitório a exames, perícias, informações ou fornecimento de documentos; anteveja-se, em clareza meridiana, que qualquer diligência similar poderá ser também objeto de requisição.

Se não bastassem as palavras EXPRESSAS do Legislador, ainda restaria aventar ao parágrafo 2º daquele artigo, donde consta ATRIBUIÇÃO RESIDUAL [4] do Parquet, sendo obviamente legítimo ao Promotor de Justiça requisitar diligências ao Conselho Tutelar quando compatíveis com a finalidade PROTETIVA da Instituição Ministerial:

d 2º As atribuições constantes deste artigo NÃO excluem outras, desde que compatíveis com a finalidade do Ministério Público.

Cumpre abordar, ainda que brevemente, a questão sob o ponto de vista PRINCÍPIOLÓGICO ou, noutros termos, arguir: “Afinal, há princípio constitucional ou legal que permita concluir que o Conselho Tutelar deve sim se submeter às requisições do Ministério Público?”

Suma venia permissa, enfrentar a questão jurídica que se desvela no caso presente sem sequer mencionar ou buscar elidir a incidência do sistema protetivo acima é reflexamente abster-se de enfrentá-la. Neste diapasão, e ainda que se pretendesse abordar o tema sob um viés constitucional, valeria rememorar, então, valiosa lição do consagrado constitucionalista LUIS ROBERTO BARROSO, em interessante polígrafo cujo excerto ora se pede vênica para transcrever:

“O princípio do melhor interesse da criança tem suas origens na Declaração Universal dos Direitos da Criança, adotada pela Organização das Nações Unidas, ainda em 1959. Também a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica, de 1969), ratificada pelo Brasil em 1992 (Decreto n.º 678/92), faz referência ao dever da família, da sociedade e do Estado de dar proteção especial à criança e do adolescente. A Convenção Internacional de Direitos da Criança, aprovada pela ONU em 1989 e ratificada pelo Brasil pelo Decreto 99710/90, dispõe que todas as ações relativas a crianças levadas a efeito por instituições públicas ou privadas deverão considerar, “primordialmente, o melhor interesse da criança”. (...)

De toda sorte, a Constituição oferece parâmetros: o melhor interesse do menor consistirá na solução que mais eficientemente realize seus direitos fundamentais, nos quais estão incluídos, educação, cultura, profissionalização e convivência familiar” (in Regime Jurídico da Participação de Crianças e Adolescentes em Programas de Televisão, p. 23/25)

O Parquet atua, em regra, de forma protetiva em prol de menores em situação de risco concreto ou potencial. Ora bem, ao se vedar ao Ministério Público a possibilidade de requisitar diligências ao Conselho Tutelar diante de hipótese em que este órgão teria meios adequados e suficientes para bem atendê-las, por quê se refutar tal seja feito? Tal recusa não consubstanciaria verdadeiro desfavor contra os infantes cuja proteção justifica a própria atuação do Parquet? Não haveria, então, violação àquele princípio?

Mas, se aqui terminássemos esta exposição, certamente estaria incompleta a análise. Isto porque, ainda que se admitisse não haver uma linha sequer ao longo de todo o Estatuto que concedesse ao Ministério Público tal poder requisitório face ao Conselho

Tutelar, há formidável VETOR DE INTERPRETAÇÃO DO DIREITO advinda da conhecida Implied Powers Theory [5], cunhada junto à Suprema Corte Norte-Americana pelo Juiz MARSHALL [6]: se ao Ministério Público cumpre a defesa de direitos difusos, coletivos e mesmo individuais indisponíveis titularizados por menores (artigo 210, inciso I do ECA), é curial entender-se que os meios lhe são implicitamente disponibilizados para que se alcance tal fim – se um destes meios é a requisição de diligências ao Conselho Tutelar, há de estar disponível ao Parquet.

Em verdade, muito embora se haja à sobeja demonstrado a possibilidade de o Ministério Público requisitar diligências ao Conselho Tutelar, correto mesmo seria traçar raciocínio inverso, bastando demonstrar que não há impossibilidade de o fazer. Na profunda abordagem implementada pelo proficiente colega MAURO FONSECA ANDRADE, Promotor de Justiça do Ministério Público do Rio Grande do Sul, em sua obra “Ministério Público e Sua Investigação Criminal”, assim se deixou escrito:

“ E como não há nenhuma norma que expressamente impeça o Ministério Público de investigar, de mera inconformidade, voltada para a preservação de interesses menos nobres, não passaria o entendimento daqueles, pois, na lição de MARSHALL, todos aqueles que atuassem de maneira a obstaculizar os efeitos ou negar a existência desta teoria estariam a laborar, em suma, contra os interesses da Nação. (...) A possibilidade de o Parquet exercer tal liberdade investigatória também decorre do método de interpretação endereçado ao inciso III (que trata da ação civil pública e inquérito civil) em confronto com os incisos II, IV e IX (que conferem ao Ministério Público poderes para: garantir direitos previstos na CF; instaurar procedimentos administrativos, nele expedindo notificações e requisitando documentos e informações; exercer funções compatíveis com sua finalidade)” (op. cit., p. 64, edit. Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul, RS, 2001)

Admitidas, assim, as requisições de diligências pelo Ministério Público ao Conselho Tutelar, é de todo importante apresentar algumas considerações finais, cuja finalidade única é a de se elidirem contra-argumentos esdrúxulos, que, por envolverem situações extremas ou absurdas, poderiam aparentemente ser usados para se sustentar tese contrária à nossa. Bastaria dizer que o poder requisitório – como, aliás, todos – também encontra limites na RAZOABILIDADE.

EVIDENTE que, por exemplo, exame médico deve sim ser preferencialmente requisitado a quem preste serviços médicos e hospitalares – e não, ao menos, de início, ao Conselho Tutelar. É decorrente da própria LÓGICA que se requisitem diligências a órgão que desempenhe como atividade típica aquilo que se deseja ver implementado [7] [8].

Anote-se a lúcida observação de MURILLO JOSÉ DIGIÁCOMO, Promotor de Justiça do Paraná, que assim expôs, com brilhantismo habitual, em artigo intitulado “Conselho Tutelar: parâmetros para a interpretação do alcance de sua autonomia e fiscalização de sua atuação”, *ipsis litteris*:

“... nenhum outro órgão ou autoridade pública pode interferir na atuação e decisões do Conselho Tutelar (que por sua vez independem do “referendo” ou aprovação de outras instâncias), desde que respeitados os preceitos legais que lhe servem de parâmetro, nem “determinar” que este pratique atos que são estranhos à função e/ou não contidos no rol de suas atribuições estabelecido pelo Estatuto da Criança e do

Adolescente.” (op. cit., extraído do site oficial do Ministério Público de Paraná – www.pr.gov.br/mppr -, seção do Centro de Apoio Operacional de Infância e Juventude) - grifos nossos.

Neste passo, quanto ao Conselho Tutelar, é aconselhável que lhe sejam dirigidas requisições tais como: vistoria do domicílio do menor e confecção de pertinente relatório; indagação junto a munícipes (vizinhos) acerca de existência de familiares do menor abandonado na comunidade local; recolhimento e acolhimento de menores em situação de rua em determinado local; vistoria de ente de atendimento e confecção de pertinente relatório; etc.

Por outra, gize-se: requisita-se diligência e não aplicação de medida protetiva – isto sim, não se discute, seria odiosa ingerência do Ministério Público sobre o Conselho Tutelar. Poderia o Promotor de Justiça tão-só requisitar informações acerca da aplicação ou não de alguma medida em prol do menor de modo a verificar a necessidade ou não de medida judicial em favor deste e contra o Conselheiro Tutelar omissos e negligentes.

In aditum, vale observar que as requisições ministeriais, quando não atendidas, implicam sanções: primo, trata-se de crime o embaraço das funções parquetianas (artigo 236 do ECA); secundo, o Conselheiro Tutelar que deixar de observar a requisição poderá ser excluído do Conselho Tutelar (artigo 201, X do ECA). Isto sem mencionar o artigo 10 da Lei n.º 7347/85, os artigos 9 e 11 da Lei de Improbidade Administrativa e o artigo 201, parágrafo 5º do ECA (este último, a possibilidade de expedição de recomendação administrativa [9]).

É este, enfim, o entendimento que, em nosso II Encontro de Trabalho, organizado pelo Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça de Infância e Juventude do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, mostrou-se MINORITÁRIO. Insistimos, porém, na defesa desta tese, não por diletantismo intelectual, nem por surda arrogância, tampouco por questões institucionais (ou, antes, corporativistas). Entendemos sim ser esta a única conclusão que se pode chegar após detida análise do tema, sopesando-se argumentos prós e contra, refletindo qual dos entendimentos atende melhor aos fins de nossa Constituição Cidadã.

[1] Promotor de Justiça do Rio de Janeiro; ex-Promotor de Justiça do Rio Grande do Sul.

[2] Assim define o vocábulo o jurista J. M. OTHON SIDOU, in Dicionário Jurídico da Academia Brasileira de Letras Jurídicas (2ª ed., RJ, edit. Forense Universitária, 1991, p.63: “AUTORIDADE. s. f. (Lat. Auctoritas) Dir. Adm. Pessoa que, em qualquer dos três Poderes do Estado, é investida do exercício de atividade a qualquer deles inerente, quer executando, quer editando atos e quer se trate de agente público, quer de administrador ou representante de ente autárquico ou de entidade paraestatal; e ainda, pessoa natural ou jurídica com função delegada do poder público na qualidade de concessionário ou permissionário de serviços públicos ou de utilidade pública, quanto aos atos que venha a praticar. CPC, ART. 124; L. 1533, de 31.12.1951, art. 1”.

[3] Se ainda assim não se entendesse, valeria, de todo modo, aduzir à Lei n.º 7347/85, que, em seu artigo 8º, parágrafos 1º e 2º, trata de mencionar não apenas “autoridades municipais”, mas também “organismos”.

[4] Vale observar que o vocábulo “ATRIBUIÇÃO” foi obviamente empregado em sentido leigo, não apenas alcançando as funções-FINS confiadas ao MP, mas também os MEIOS para tanto. Mesmo a leitura rasa dos incisos do artigo 201 do ECA permite vislumbrar este simplório equívoco do Legislador.

[5] Vale a leitura, quanto à referida Teoria de Poderes Implícitos, do leading case no qual se originou: *Mccullosh vs. Maryland*. Quanto à aplicabilidade desta teoria ao Direito Pátrio, vale a pena passar os olhos na obra “Commentarios á Constituição Federal Brasileira” de RUY BARBOSA, onde o notável estudioso, mostrando sua indignação com os que a questionavam, taxou a argumentação contrária à teoria de “o mais frágil, o mais infantil e o frívolo dos absurdos”.

[6] Remete-se, por oportuno, o leitor ao excerto em epígrafe, por sinal, lavrado também por MARSHALL.

[7] Tal “regra”, no entanto, pode e deve ser flexibilizada diante de casos pontuais.

[8] Na oportunidade, é de se louvar o posicionamento cunhado pelo e. Conselho dos Procuradores e Promotores de Infância e Juventude do Ministério Público do Rio Grande do Sul, em setembro de 2001, verbis: “DÉCIMA TERCEIRA EMENTA – CONSELHO TUTELAR- Condução de partes perante o Ministério Público – Não há respaldo legal para compelir o Conselho Tutelar efetuar condução de partes ao Ministério Público, cabendo, se necessário, expedir mandado de condução, inclusive com auxílio de força policial.”

[9] Sobre o tema, vale a breve leitura do artigo intitulado “Conselho Tutelar: parâmetros para a interpretação do alcance de sua autonomia e fiscalização de sua atuação”, de autoria do estudioso colega MURILLO JOSÉ DIGIÁCOMO, Promotor de Justiça do Paraná, no site oficial daquele Ministério Público (www.pr.gov.br/mppr). Apesar do brilhantismo do jurista, explicitamos nossa pontual discordância quanto ao significado e à significância que apõe à expressão “autonomia”, tendo-a para si como “independência” a obstar requisições ministeriais ao Conselho Tutelar. Ainda que admitido como independente, pergunta-se: se o próprio Município – do qual exsurge, como se viu, tal órgão -, embora reconhecidamente autônomo e “independente”, enquanto ente federativo, deva atender a requisições do Ministério Público, como justificar que o Conselho Tutelar não seja obrigado a tanto? Não seria esta uma rotunda incoerência?