

Competência para a destituição de Conselheiro Tutelar

LUÍS ALBERTO THOMPSON FLORES LENZ
Promotor de Justiça - RS

SUMÁRIO: 1 - Introdução; 2 - Natureza Jurídica da Função de Conselheiro Tutelar; 3 - Normas Disciplinares Aplicáveis; 4 - Fiscalização Externa do Conselho Tutelar; 5 - Medida Judicial Cabível para Promover a Exclusão do Conselheiro; 6 - Conclusão.

1 - Introdução

Questão que vem preocupando os profissionais que militam junto à justiça de menores é a referente a se saber a quem estão subordinados os integrantes do conselho tutelar criado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente e, em caso de deslizos de sua parte, perante quem deverão prestar contas e, eventualmente, qual o órgão que poderá destituí-los de suas funções.

Semelhantes indagações não foram disciplinadas pela Lei nº 8.069/90, tendo o legislador federal relegado a outras esferas legislativas e ao intérprete o equacionamento de tais situações.

Ante a complexidade das indagações acima referidas, ainda não suficientemente elucidadas, que beiram o direito disciplinar e administrativo, ousamos tecer algumas considerações, na esperança de que das mesmas possam se valer os estudiosos do direito, para esclarecer a espécie.

2 - Natureza jurídica da função de conselheiro tutelar

O Estatuto da Criança e do Adolescente criou no Conselho Tutelar - artigo 131 do ECA - um órgão permanente e autônomo, encarregado pela sociedade de zelar pelo cumprimento dos direitos da criança e do adolescente.

Conseqüentemente, agora há a previsão de um ente público com atribuições e prerrogativas singulares, dotado das características da permanência, não dos homens, mas sim, do órgão, e da autonomia, a quem compete se desincumbir da defesa do menor.

Tal colegiado vem conceituado por Wanderlino Nogueira Neto⁽¹⁾ como um órgão público administrativo de execução técnica dessa política: uma peça dentro da máquina burocrática do Estado.

Resta saber se tais prepostos da administração inserem-se na qualificação de funcionários públicos.

E, do exame dos requisitos a que esses estão submetidos, não se pode chegar a semelhante conclusão.

Quem bem apreendeu a definição de funcionário público foi André de Laubadère⁽²⁾ que os conceituou dizendo que "básicamente son funcionarios públicos los empleados públicos que tienen un empleo permanente comprendido dentro de la jerarquia de un servicio público explotado por un organismo público".

Pelo exposto, constata-se que um dos requisitos insitos àquela condição é a sujeição hierárquica disciplinar e funcional deste preposto, fato que automaticamente exclui o conselheiro tutelar, eis que uma de suas principais características é a independência - autonomia - frente aos demais órgãos do executivo. Tal peculiaridade foi bem apreendida por Judá Jessé de Bragança Soares quando disse, *verbis*:

"Ser autônomo significa ter liberdade e independência na atuação funcional, não podendo suas decisões ficar submetidas a escalas hierárquicas, no âmbito da Administração. A revisão judicial (prevista no art. 137) não fere essa autonomia, porque é de caráter jurisdicional, e não administrativo."⁽³⁾

Também a forma de acesso à atividade estatal os distingue dos demais "empregados" do Estado, eis que, para estes, a Constituição Federal exige o concurso público como requisito de sua seleção e investidura para a função. (inciso II do artigo 37 da CF).

Ocorre que, de regra, o sistema de eleição não é o adequado para a individualização desses funcionários, como bem o disse o administrativista alemão Adolfo Merkl, que asseverou que "la elección es propia de aquellos cargos decisivos, directivos, que asegurar un influjo político considerable, y en ellos es donde la elección puede competir con el nombramiento. Para la gran masa de funciones prácticas, por ejemplo, servicio de contabilidad, servicio de los especialistas, queda excluida la elección por la naturaleza misma de la función."⁽⁴⁾

Mais adiante, esse publicista tedesco arremata, dizendo ser "el dominio propio del sistema de elección es el de la administración autónoma; independientemente de la forma de Estado, no sólo los colegios legislativos y fiscalizadores, sino también los órganos individuales supremos (alcalde, etc), se designan electivamente."⁽⁵⁾

O terceiro elemento que os distingue dos colaboradores normais do Estado é o caráter provisório com que são acolhidos no seio do serviço público, ou seja, somente enquanto durar o seu mandato. Isso, de regra, e como bem lembrou o Ministro Themistocles Brandão Cavalcanti, na situação atual da evolução da legislação específica sobre direito administrativo, os distingue da categoria dos funcionários públicos.⁽⁶⁾

Feitas tais considerações, e concludo-se que os conselheiros tutelares não integram a insigne mas restrita classe dos funcionários públicos, resta verificar qual a natureza jurídica de seu mister.

E, para nós, tais pessoas constituem o gênero dos agentes políticos do Estado.

(1) - in "Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado", coordenado por Munir Cury e outros, Malheiros Editores, 1992, págs. 424/5.

(2) - in "Manual de Derecho Administrativo", Ed. Temis, 1984, pág. 244.

(3) - in "ECA Comentado", coordenado por Munir Cury e outros, pág. 405.

(4) - in "Teoria General del Derecho Administrativo", Editorial Nacional, México, 1980, pág. 405.

(5) - in *opus citatum*, págs. 405/6.

(6) - in "Tratado de Direito Administrativo", Ed. Freitas Bastos, 5ª edição, v. 4, pág. 61.

Estes, na precisa lição de um dos maiores administrativistas brasileiros da atualidade, o saudoso Hely Lopes Meirelles, 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 na Constituição e em leis especiais.⁽⁷⁾

Conseqüentemente, tais pessoas, embora atuem dentro da administração, não são servidores públicos em sentido estrito nem se sujeitam ao regime jurídico único estabelecido pela constituição. São autoridades públicas superiores, de governo e da administração na área de sua atuação, pois não estão hierarquizadas, sujeitando-se apenas aos graus e limites constitucionais e legais de jurisdição, tendo plena liberdade funcional.

Tem normas específicas de escolha, investidura, conduta e responsabilidade.

É aí, basicamente, que se insere o conselheiro tutelar, eis que, em nossa visão, o escopo do legislador ao conceber semelhante categoria de servidores foi exatamente outorgar à coletividade um ente dotado de ampla liberdade perante os demais poderes públicos, quer pela forma singular de investidura, completamente dissociada da ingerência do chefe do executivo, quer ao lhe deferir autonomia funcional.

Na feliz figura de linguagem de Juda Jessé de Bragança Soares, que bem traduz o espírito do artigo 131 do ECA, os integrantes desse colegiado devem representar, como mandatários da sociedade, o braço forte que zelará pelos direitos da criança e do adolescente.⁽⁸⁾

É órgão supralegal, uma vez que, como salientou esse estudioso do referido estatuto, consiste em verdadeira **imposição constitucional**, na medida em que atende aos reclamos dos artigos 227 e 204 da Carta Magna.

Aqui é o próprio cidadão que indica e confere ao conselheiro o poder de que ele se encontra investido, como uma das maiores autoridades municipais na área do menor carente.

3) Normas disciplinares aplicáveis

A lei federal, todavia, ao lado da concepção de um ente municipal autônomo e independente, integrante do executivo mas não subordinado, funcionalmente, a ele, deixou de prever os mecanismos de fiscalização e controle e, até, de exclusão de seus integrantes.

Frente a tal omissão, somente resta concluir, na esteira de Juda Jessé de Bragança Soares, que o legislador federal remeteu aos edis semelhante atribuição.

Foi o que disse o jurista acima referido na seguinte passagem, **verbis**:

"A lei federal não se ocupou das hipóteses de destituição de conselheiro que deixe de preencher os requisitos para o exercício do cargo. Deverá fazê-lo a lei municipal, prevendo, inclusive, a forma como se dará a sua substituição."⁽⁹⁾

E em não havendo a legislação municipal criadora dos conselhos tutelares disciplinado tal exclusão, impõe-se socorrer o intérprete do estatuto do funcionário público municipal, como bem o salienta o maior administrativista português, Marcelo Caetano, "**verbis**":

"Dado o caráter do processo disciplinar compreende-se que o legislador não considere subsidiárias das suas normas as leis relativas a outros processos e determine que nos casos omissos proceda o instrutor pelo modo que se lhe afigurar conveniente para o apuramento da verdade (E.D., artigo 27º, § 2º, e E.F.U., art. 377, § 2º). Quando porém haja de procu-

(7) - in "Direito Administrativo Brasileiro", Ed. RT, 15ª edição, pág. 67.

(8) - in opus citatum, pág. 406.

(9) - in opus citatum, pág. 413.

rar-se um padrão a seguir, é nos outros processos administrativos que deve buscar-se, de preferência nos sancionadores. Mas não nos jurisdicionais (há que evitar a tendência para recorrer ao processo criminal) e muito menos ainda nos de tipo dispositivo."⁽¹⁰⁾

Nem se argumente que por ser autônomo o conselho tutelar, seus integrantes não estariam sujeitos a qualquer espécie de fiscalização. Quem bem apreendeu a espécie foi o insuperável Gaston Jéze, que com a felicidade que lhe é habitual asseverou, **verbis**:

"II - Teniendo el poder disciplinario por objeto esencial mejorar el funcionamiento del servicio, todos os agentes públicos sin excepción se someten a él, pero sólo mientras prestan servicios.

1º) Todos los agentes públicos, sin excepción, se someten al poder disciplinario; no solamente los agentes comprendidos en la jerarquía propiamente dicha, como los subprefectos y prefectos en relación a los ministros, sino también los que gozan de la mayor independencia, tales como los jueces, los profesores de la enseñanza superior, los oficiales ministeriales, los agentes descentralizados. La idea de independencia influye unicamente sobre el procedimiento a seguir para el ejercicio del poder disciplinario, o, como se suele decir, sobre las garantías dadas a los agentes públicos para el ejercicio del poder disciplinario."⁽¹¹⁾

Como se observa, não há agente público que não possa ser controlado, na forma que a lei estabelecer.

E, no caso do conselheiro tutelar, compete ao legislador local disciplinar como se fará tal processo de fiscalização e exclusão.

4) Fiscalização externa do conselho tutelar

Esclarecido, no capítulo anterior, a possibilidade de controle interno do conselho tutelar, resta saber se outro órgão, ainda que não previsto na lei criadora daquele colegiado, poderia apreciar a retidão do proceder de tais agentes públicos, em caso de omissão ou indolência das pessoas encarregadas de exercer aquela atribuição de fiscalização.

E, do exame de nossa legislação, não se pode responder negativamente a esta indagação, uma vez que a CF/88 inseriu dentro das atribuições do **parquet** zelar pelo efetivo respeito dos poderes públicos e dos serviços de relevância pública.

Aliás, atualmente, e isso se constata a nível mundial, o Ministério Público vem sendo investido, cada vez mais, de encargos que, antigamente, lhe eram completamente estranhos.

Já vai longe o tempo em que o **parquet** se limitava apenas a cuidar dos interesses do rei e das ações penais.

Tal inovação, que em grau maior ou menor vem ocorrendo em todos os países, foi magistralmente sintetizada por Gomes Canotilho, que com felicidade impar, asseverou:

"O arquétipo de magistrado do Ministério Público prefigurado na Constituição está longe da caricatura usual de "funcionário promotor do crime". A sua relevantíssima ação, num contexto constitucional democrático, vai desde o exercício da ação penal até a defesa e representação de pessoas carecidas de proteção (órfãos, menores), passando pela defesa de interesses difusos (ambiente, patrimônio) e pela defesa da constitucionalidade e legalidade."⁽¹²⁾

(10) - in "Manual de Direito Administrativo", Ed. Almedina, Coimbra, 1986, V. 2, págs. 834/5.

(11) - in "Principios Generales del Derecho Administrativo", Editorial Depalma, 1949, v. 3, págs. 93/4.

(12) - in "Direito Constitucional", Ed. Almedina, 1991, pág. 776.

A nível de Brasil, a situação não é diferente, eis que a carta magna dotou o **parquet** do encargo de zelar pelo efetivo respeito dos poderes públicos e dos serviços de relevância pública.

Semelhante preceito - inciso II do artigo 129 - foi interpretado por Pinto Ferreira⁽¹³⁾ no sentido de que, para que o MP pudesse alcançar tal escopo constitucional, a legislação infraconstitucional necessitaria atribuir-lhe uma atividade fiscalizatória genérica relativamente a órgãos, pessoas ou autoridades da administração direta, indireta, autárquica ou fundacional.

Tal constitucionalista conclui o seu raciocínio dizendo que o MP pode, para alcançar tal objetivo institucional, receber petições, reclamações ou representações de interessados, propor ações judiciais necessárias etc.⁽¹⁴⁾

Atendendo aos reclamos deste publicista, veio o legislador infraconstitucional, ao exarar a nova LOMIN - Lei 8.625/93 -, dizer na alínea "b" do inciso IV do artigo 25 desse diploma legal, que cabe ao **parquet** propor a ação civil pública para anular ou declarar a nulidade de atos lesivos ao patrimônio público ou à moralidade administrativa do Estado ou de Municípios, bem como de suas administrações indiretas.

Ora, sempre que um conselheiro tutelar violar a conduta pessoal⁽¹⁵⁾ ou funcional que lhe é exigida, com comportamento desonroso ou ilegal, estará agredida a moralidade administrativa que, na lição de Celso Antônio Bandeira de Mello, nada mais é do que a violação pela administração ou seus agentes de princípios éticos.⁽¹⁶⁾

Aliás, para chegar a tal conclusão, nem seria necessário fazer tamanha ginástica de interpretação de textos normativos, eis que o próprio ECA, no seu artigo 139, conferiu ao MP a fiscalização do processo eleitoral para a escolha dos membros do conselho tutelar, ao lado do judiciário, fato que inclusive decorre da própria sistemática brasileira.

Sobre essa atribuição, disse Wanderlino Nogueira Neto que "o MP, como defensor do regime democrático, da ordem jurídica e dos interesses públicos sociais (artigo 127 da CF), nesses procedimentos de escolha, participa advogando esses interesses, e não como preposto do poder municipal e defensor dos interesses públicos governamentais da esfera municipal. Aí está como elemento de controle externo sobre a atividade político-administrativa municipal, como o faz no caso do processo eleitoral para escolha de prefeitos, vereadores, p. ex."⁽¹⁷⁾

Conseqüentemente, se mesmo antes da investidura no cargo há a preocupação legal de acompanhar a trajetória de tais futuros agentes públicos, para constatar a sua idoneidade, com muito mais razão ainda impõe-se tal fiscalização quando do exercício da função, uma vez que nesta segunda hipótese haveria um eventual comprometimento social muito maior com os possíveis desmandos praticados pelos ex-candidatos, agora já eleitos e empossados.

Por tudo que foi exposto, entendemos que tanto a CF, quanto a LOMIN e o ECA atribuíram ao **Parquet** o encargo de acompanhar o conselheiro durante o exercício do seu mandato, para aferir, na prática, a existência da idoneidade aparentemente apontada nas urnas.

(13) - in "Comentários à Constituição Brasileira, Saraiva, v. 5, pág. 137.

(14) - in opus citatum, págs. 137/8.

(15) - Ainda quanto ao seu comportamento na vida privada, fora do serviço, pode a má-conduta do servidor ensejar punição administrativa, como assinala Bielsa ao dizer "que el poder disciplinario extiende su acción aun fuera de la esfera de la función, pues la inconducta en la vida privada del funcionario puede motivar alguna sanción disciplinaria en la Administración; porque si bien, en principio debe diferenciarse al funcionario en público del hombre privado, cuando los actos de la vida privada de este inciden en la consideración pública (que es de influjo para los administrados), la Administración pública no puede dejarlos sin sanción". (in "Derecho Administrativo", Editorial El Ateneo, 4ª edição, v.2, pág. 291/2).

(16) - in "Elementos de Direito Administrativo". Ed. RT, pág. 70, ano 1991.

(17) - in opus citatum, pág. 425.

5) Medida judicial cabível para promover a exclusão do conselheiro

Como regra geral, o constituinte dotou os cidadãos e entes públicos autônomos de três **writs** constitucionais fundamentais para resguardar a sociedade das ilegalidades provenientes do Estado. São eles o mandado de segurança, a ação popular e a ação civil pública.

Esta, que é a que mais nos interessa, foi conceituada por Calamandrei como aquela ação na qual o poder de agir "es confiado por el Estado a un órgano público especial, que obra, independiente de todo estímulo privado, por deber de oficio."⁽¹⁸⁾ Isso, em razão dos interesses superiores que se encontram em litígio.

Ela pode ser empregada pelo **Parquet**, com fundamento na CF, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos (inciso III do art. 129 da CF).

Também é prevista na LOMIN - artigo 25, inciso IV, letra "b" - para a anulação ou declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio público ou à moralidade administrativa do Estado ou de municípios, e pelo ECA - artigo 201, V - para a proteção de interesses individuais, difusos ou coletivos, relativos à infância e à adolescência.

Como se observa nos textos acima referidos e como foi expressamente salientado pelo emérito integrante do MP paulista Hugo Nigro Mazzili⁽¹⁹⁾, tal **writ** constitucional já superou, de há muito, os estreitos limites impostos pela Lei nº 7.347/85, podendo atualmente a ação civil pública ter conteúdo não meramente condenatório, mas também constitutivo e declaratório.

Tamanha hoje é a evolução da matéria que Pinto Ferreira⁽²⁰⁾ chegou a dizer que mesmo que o Ministério Público não possa propor a ação popular constitucional em face do artigo 5º da constituição vigente, pode, porém, se valer da ação civil pública, que é uma espécie de ação popular, para a defesa dos interesses difusos ou interesses coletivos, conforme a Lei nº 7.347/85.

Conseqüentemente, constata-se que essa é a medida judicial que pode ser empregada pelo **parquet** para alcançar tal escopo.

Feitos tais esclarecimentos introdutórios, e para que se possa evoluir no raciocínio, deve-se ter como certo que o ECA exige que todo o conselheiro tutelar tenha idoneidade moral - inciso I do artigo 133 -, como pressuposto imperativo para alcançar seus objetivos.

Resta saber se tal requisito está erigido a nível de direito difuso dos integrantes da comuna em que serve o conselheiro, ensejando, inclusive, demanda judicial para afastá-lo, caso não preencha tal condição.

E, quem nos responde essa indagação é o insubstituível Hely Lopes Meirelles⁽²¹⁾ que, ao discorrer sobre a ação popular, salientou: "Reconhece-se, assim, que todo o cidadão tem direito subjetivo ao governo honesto".

Assim sendo, sempre que desonesto ou inidôneo o conselheiro tutelar, resta ofendido direito difuso da comunidade, podendo o **parquet** se valer de remédio constitucional da ação civil pública para, afastando tal agente público de seu mister, garantir a moralidade administrativa e zelar pelo efetivo respeito dos poderes públicos.

(18) - in "Instituciones de Derecho Procesal Civil", EJE, v. 1, pág. 275.

(19) - in "A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo", RT, 2ª ed., pág. 86.

(20) - in "Comentários à Constituição Brasileira", v. 1, pág. 213.

(21) - in "Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública etc.", Ed. RT, 13ª edição, pág. 95.

A possibilidade jurídica de semelhante pedido já foi reconhecida pelo TJSP que ao julgar ação popular aforada contra contratação irregular de servidor, reconheceu a nulidade de tal ato, determinando o afastamento do funcionário.⁽²²⁾

Também a nível de ação civil pública, esse colegiado deferiu a postulação do MP de afastamento de diretor de fundação de direito privado, por irregularidade na sua eleição, em razão do disposto no inciso III do artigo 129 da CF.⁽²³⁾

6 - Conclusão

Ao encerrar, impõe-se tecer algumas considerações a respeito da problemática aqui enfrentada.

A primeira, diz com o notório avanço que ocorreu no Brasil com o advento da CF de 88, que foi a primeira das nossas cartas magnas a efetivamente enfocar a gravíssima crise social existente neste País, de maneira direta e imediata, sem se limitar a relegar a discussão de tais questões ao legislador ordinário, assumindo a peito as formas de erradicação da miséria aqui existente.

E, da leitura deste diploma legal, apreende-se que o constituinte fez uma opção por conclamar a sociedade, e não meramente o Estado, para resolver a crise existente (art. 227, § 7º, e 204, incisos I e II, da CF).

Somente através do emprego dos expoentes comunitários existentes, com notória credibilidade decorrente do contato diário com o povo e seus problemas, é que se conseguirá investir o Estado, quase sempre tão apático no Brasil, daquele ânimo e disposição necessários ao equacionamento do quadro de pobreza e abandono a que foram relegados milhões de brasileiros, pelo descaso existente anteriormente.

E, seguindo essa filosofia, veio o legislador federal, ao conceber o Estatuto da Criança e do Adolescente, criar um ente público dotado de características próprias.

Nesse contexto, surgiu o conselho tutelar como órgão administrativo de atribuição específica, para auxiliar a encontrar caminhos viáveis a fim de inserir os menores em situação irregular na camada social saudável da nossa população.

A tarefa que lhes foi conferida é imensa, mas os meios que estão à sua disposição são expressivos.

Trata-se de agente público dotado de autonomia funcional e forma de seleção diferenciada, ao mesmo nível dos entes políticos brasileiros. Seus integrantes vêm do povo.

É óbvio que com tamanhas garantias, sempre existe a possibilidade de desmandos, ou de má escolha, fato que deve ser equacionado de forma rápida e segura, para não comprometer a viabilidade da sistemática instituída como um todo.

Nesse momento é que surge o MP, como órgão essencial ao Estado, completamente revigorado pela carta de 88 e dotado das mesmas garantias dos juizes, estruturado como ente imparcial, para mediar os conflitos existentes, e se for o caso, postular a destituição dos conselheiros que não honrarem os compromissos assumidos perante o "eleitorado".

Caso o sistema erigido pelos municípios para resolver os problemas dos maus conselheiros não funcione - controle interno -, não pode a sociedade ficar à mercê de tais agentes inidôneos.

É lógico que competirá ao MP, hoje concebido como supremo advogado das causas populares, agir, através da ação civil pública, postulando a exclusão do faltoso.

(22) - in RT 690/80.

(23) - in RT 689/157.

Foi o que disse o nosso colega de Ministério Público, Dr. Roberto Neumann⁽²⁴⁾, que ao comentar o inciso II do artigo 129 da CF, asseverou que o referido preceito tem por escopo escorar a atuação do **parquet** na defesa da coletividade e respeitabilidade pública.

O que não se pode admitir, é que a sociedade agora organizada e conscientizada de suas responsabilidades, e em um momento em que se arriscou a idealizar e fortalecer um órgão próprio e democrático para tutelar a infância carente, veja frustradas as suas expectativas de solução da miséria nacional, pela inexistência de um processo de controle eficiente para corrigir os abusos eventualmente existentes.^(*)

(24) - in "O MP e a Possibilidade de Impetração de Mandado de Segurança junto ao Tribunal de Justiça", artigo publicado na Revista do MP do RS, v. 28, pág. 269.

(*) - Hoje existe ainda mais um subsídio legislativo à disposição do aplicador da lei, consistente na Lei Federal nº 8.429/92, da qual ele pode se socorrer no intuito de excluir funcionários relapsos e corruptos do seio da administração.