

COMENTÁRIOS DOS ARTIGOS 131 A 140 DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE*

Art. 131 – O Conselho Tutelar é órgão permanente e autônomo, não jurisdicional, encarregado pela sociedade de zelar pelo cumprimento dos direitos da criança e do adolescente, definidos nesta Lei.

Órgão permanente. O Conselho Tutelar ser um órgão permanente não significa que deva funcionar 24 horas por dia, o que é exigível apenas dos serviços de atendimento. O Conselho Tutelar é permanente no sentido de que ‘veio para ficar’, não estando à sorte ou vontade do Prefeito, desta ou daquela autoridade.

Órgão autônomo. A autonomia do Conselho Tutelar se expressa de duas formas: 1. em como o Conselho Tutelar vai atender suas atribuições, que tipo de ações irá realizar, de que forma se relacionará com a família, a comunidade, a sociedade e o Poder Público para a defesa dos direitos das crianças e adolescentes, etc. 2. em que medidas irá aplicar e quando é o momento para aplicá-las. Em ambas não pode existir qualquer interferência.

Órgão não jurisdicional. O Conselho Tutelar não pertence ao Poder Judiciário, não é um apêndice seu, nem veio simplesmente para desafogar a sobrecarga de trabalho dos ex-juízes de menores – embora assumam as situações jurídico-sociais a eles antes destinadas. O Conselho Tutelar é um órgão administrativo, ligado ao Poder Executivo Municipal, sendo desta natureza seus atos e suas ações. Então, o Conselho Tutelar não possui o poder de ‘dizer o direito num caso concreto’ (isso é típico e exclusivo à jurisdição).

* O presente texto foi objeto de palestra proferida no XXIII Encontro Regional de Conselheiros Tutelares do Vale do Sinos, Caí e Paranhana, realizado no dia 29 de abril de 1999.

Encarregado pela sociedade. Há uma necessidade de estreita ligação do Conselho Tutelar com a comunidade. Os conselheiros tutelares devem ser “feitos do mesmo barro da sociedade”. Ao conselheiro não basta a legalidade da escolha, é preciso a legitimidade pelo desempenho da função. A forma de escolha mais democrática é através do voto direto, universal e facultativo dos munícipes, em processo divulgado na grande mídia.

Zelar pelo cumprimento dos direitos. Zelar é administrar, é fiscalizar, é estar atento. Zelar pelo cumprimento de direitos não é atender os direitos, e sim fiscalizar para que quem deva atender não se omita. O Conselho Tutelar é um órgão de correção exógena, atuando supletivamente não para satisfazer a necessidade de atendimento, mas para promover a defesa de direitos e requisitar serviços indispensáveis. Anteriormente à aprovação do ECA, a redação que conceituava o Conselho Tutelar dizia: “... tendo por finalidade o atendimento dos direitos da criança e do adolescente”, e isso tinha estreita ligação com os requisitos à candidatura de conselheiro, que previam a necessidade de formação superior nas áreas de pedagogia, serviço social, psicologia, direito ou sociologia. O texto do Estatuto aprovado não contempla essa velha redação; a finalidade não é o atendimento dos direitos, mas zelar pelo cumprimento dos direitos, defender e garantir para que aquele que deve atendê-los o faça, por isso nem se exige escolaridade, porque a sua nova função, são necessários outros saberes, habilidades e competências.

Art. 132 – Em cada Município haverá, no mínimo, um Conselho Tutelar composto de cinco membros, escolhidos pela comunidade local para mandato de três anos, permitida uma recondução.

No mínimo um Conselho Tutelar. O Conselho Tutelar é uma das maiores conquistas sociais na busca da proteção e efetivação de direitos, sendo um organismo público e social de máxima importância. Todo município deve possuir um Conselho Tutelar para o exercício das atribuições previstas na Lei. O Ministério Público é o agente competente para ajuizar a ação de responsabilidade do município pela não criação e falta de estruturação do seu Conselho Tutelar. O número de Conselhos Tutelares no município deve representar o necessário para cumprir somente o seu papel de fiscal do Sistema de Garantia e Proteção Integral, e não o número necessário para atender tudo aquilo que a família e os serviços públicos e comunitários ainda não estão fazendo. A necessidade de ter que funcionar 24 horas por dia, pode ser resultado do alto índice de ameaça ou violação de direitos praticado no município.

Cinco Membros. As ações e as decisões devem ser do Conselho, fruto do coletivo e não do individual, pelo que se chamam de ações e decisões colegiadas. A população quando escolhe, escolhe um conselho e não um conselheiro, embora seja possível o voto singular. A idéia é do trabalho de grupo, da conjunção de ações, do interrelacionamento das habilidades e potencialidades dos membros, da construção conjunta. As atribuições previstas no ECA são do Conselho Tutelar e não do conselheiro tutelar, por isso é inadmissível que um Conselho Tutelar funcione com menos de cinco conselheiros (não estou falando de todos estarem o tempo todo juntos, nem de eventual atraso, falta, folga, licença, e dispensas legais).

Art. 133 – Para candidatura a membro do Conselho Tutelar, serão exigidos os seguintes requisitos:

I – reconhecida idoneidade moral;

II – idade superior a vinte e um anos;

III – residir no município.

Requisitos à candidatura. A primeira discussão que se trava é acerca da possibilidade ou não da ampliação de requisitos. Existe divergência na doutrina e na jurisprudência, mas a corrente amplamente majoritária prevê a possibilidade das leis municipais acrescentarem outros requisitos. Assim, os requisitos do ECA seriam apenas gerais, mínimos para todos os municípios brasileiros, independente de tamanho. Cabe a cada município, verificando sua particular necessidade, estabelecer através de lei, outros requisitos específicos. Dos que conhecemos com maior previsão, podemos citar a experiência no trato com crianças e adolescentes por período mínimo de 2 anos, o atestado de saúde física e mental, a indicação ou abono de entidades e órgãos públicos ligados à área infanto-juvenil, o grau de escolaridade, a prova de conhecimentos do ECA, e a entrevista com os candidatos.

Art. 134 – Lei Municipal disporá sobre local, dia e hora de funcionamento do Conselho Tutelar, inclusive quanto a eventual remuneração de seus membros.

Local, dia e horário de funcionamento. Cabe à lei municipal dispor sobre o local, dia e horário de funcionamento dos Conselhos Tutelares, respeitando a jornada máxima de 44h/semanais em relação aos conselheiros tutelares, como norma constitucional, ainda que atuem em regime de plantão.

Remuneração. É eventual a remuneração dos conselheiros, até porque se todos os direitos forem respeitados e garantidos, o Conselho Tutelar terá muito pouco a fazer. A remuneração ou não deve ser estabelecida em lei, podendo levar em consideração fatores como a complexidade das suas demandas, o alto índice de violações de direitos e a necessidade de dedicação à causa. Algo que não pode

ocorrer é apenas alguns conselheiros receberem remuneração, ou ainda, mesmo todos recebendo, alguns receberem-na diferenciada. Exceções que se admitiriam é o município remunerar somente o(s) conselheiro(s) que cumprir(em) o regime de plantão, ou ainda não remunerando ninguém, permitir que um conselheiro-servidor público, continue recebendo o salário que sempre recebeu.

Recursos para o funcionamento. O valor dos recursos destinados ao funcionamento dos Conselhos Tutelares, aí incluindo, local, estrutura de pessoal, aparelhamento logístico para o desenvolvimento das ações e a remuneração dos conselheiros, deve constar na lei orçamentária do município, não sendo possível a destinação de verba do Fundo Municipal para esse fim, pois que seu dinheiro arrecadado deve ser empregado para outras finalidades.

Art. 135 – O exercício efetivo da função de conselheiro constituirá serviço público relevante, estabelecerá presunção de idoneidade moral e assegurará prisão especial, em caso de crime comum, até o julgamento definitivo.

Serviço público relevante. O conselheiro quando investido em sua função assume o posto de autoridade pública municipal, sendo seu serviço considerado de alta relevância, concedendo as benesses da presunção de idoneidade moral e da prisão especial em caso de crime comum.

Art. 136 – São atribuições do Conselho Tutelar:

Inciso I – atender as crianças e adolescentes nas hipóteses previstas nos arts. 98 e 105, aplicando as medidas previstas no art. 101, I a VII;

Atender crianças e adolescentes. O Conselho Tutelar atende crianças (de zero a doze anos incompletos) e adolescentes (de doze a dezoito anos

incompletos). Acima dessa idade, não há exceções, como por exemplo a deficiência ou doença mental. É totalmente inaplicável ao Conselho Tutelar o parágrafo único do art. 2º do Estatuto.

Atender direitos. Existem muitas formas de se atender direitos, não apenas ficar sentado no Conselho atendendo os usuários. Nenhuma deve ser desconsiderada, desde que atendam ao papel do conselheiro tutelar, de defesa e proteção de direitos. Desta forma também pode-se dizer que se está atendendo direitos quando se está promovendo um seminário numa escola, participando de uma capacitação ou visitando a comunidade e verificando suas carências. O Conselho Tutelar é autônomo para definir suas ações no cumprimento de suas atribuições legais.

Hipóteses do art. 98. O projeto de lei do Estatuto previa situações concretas às quais considerava como de risco pessoal e/ou social. Entre elas estava a falta de habitação certa e de ensino fundamental, envolvimento com a prostituição, a inadaptação familiar e comunitária, o uso e a dependência de drogas, e a prática de ato infracional. Prevendo a inesgotabilidade das situações, o que daria ao artigo caráter meramente exemplificativo, a opção foi estabelecer situações abstratas de ameaça e violação (por ação ou omissão da sociedade e do Estado; por falta, omissão ou abuso dos pais ou responsável; em razão de sua conduta).

Criança autora de ato infracional. A pessoa até 12 anos incompletos – criança – que praticar ato infracional (qualquer ato tipificado como crime ou contravenção penal) será atendida pelo Conselho Tutelar, que aplicará as medidas

de proteção previstas no art. 101, I a VI do ECA. Ao contrário do que existe em relação ao adolescente infrator, cujo atendimento é judicial, a criança não possui previsões legais para a garantia de seus direitos diante da discricionariedade típica das ações da Administração Pública.

Medidas de proteção. Muitos conselheiros tutelares confundem-se na aplicação da medida do inciso II do art. 101 do ECA. A orientação, apoio e acompanhamento temporário não é o Conselho Tutelar que realiza, mas um programa com essas qualidades. O Conselho Tutelar aplica a medida que outro órgão irá executar. O abrigo em entidades é medida extremada, devendo figurar somente como medida provisória e excepcional, como forma de ingresso em família substituta. O que vemos diariamente é a criança e o adolescente sendo abrigados fora dessas hipóteses, muitas vezes por abuso dos conselheiros ou por morosidade do procedimento judicial de afastamento do agressor do lar. O dirigente do abrigo é o guardião (art. 92, parágrafo único, do ECA), decorrendo-lhe todos os deveres inerentes à guarda.

Inciso II – atender e aconselhar os pais ou responsável, aplicando as medidas previstas no art. 129, I a VII;

Atender e aconselhar os pais ou responsável. O Conselho Tutelar atende os pais ou responsável (não suas necessidades) e aconselha-os sobre a sua situação e os encaminhamentos que poderão tomar. Ao aplicar uma medida (art. 129, I a VII do ECA) o conselheiro responsabiliza os pais ou responsável, cobrando-lhes cumprimento da aplicação. O descumprimento de suas determinações é

infração administrativa que sujeita os pais ou responsável a multa de três a vinte salários de referência, aplicando-se o dobro em caso de reincidência.

Inciso III – promover a execução de suas decisões, podendo para tanto:

a) requisitar serviços públicos nas áreas de saúde, educação, serviço social, previdência, trabalho e segurança;

Executar suas decisões. O Conselho Tutelar aplica medidas e executa suas decisões através da requisição de serviços públicos nas áreas de saúde, educação, serviço social, previdência, trabalho e segurança. Requisitar é um verbo de ordem, imperativo, que imprime a obrigação do acatamento (não é nenhuma solicitação ou um pedido). As áreas de serviço enumeradas são exemplificativas, podendo serem requisitados serviços públicos em outras áreas.

b) representar junto à autoridade judiciária nos casos de descumprimento injustificado de suas deliberações;

Requisição e representação. Abre a faculdade do Conselho Tutelar entrar diretamente com um procedimento judicial (capacidade postulatória) – arts. 194 e ss. do ECA – figurando como autor (capacidade de ser parte em juízo) contra aquele que injustificadamente descumpriu uma de suas deliberações.

Inciso IV – encaminhar ao Ministério Público notícia de fato que constitua infração administrativa ou penal contra os direitos da criança ou adolescente;

Encaminhamento de notícia ao Ministério Público. Dar ciência de algum fato que constitua infração penal (arts. 228 a 244 do ECA, ou Código Penal e demais leis esparsas) ou administrativa (arts. 245 a 258 do ECA). Tendo conhecimento de

infração penal, o encaminhamento da notícia ao Ministério Público é obrigatório, sendo única autoridade competente para promover a denúncia ao juízo. O Conselho Tutelar poderá encaminhar a notícia ao Ministério Público solicitando providências, como a instauração de inquérito policial e o requerimento da designação de curador especial. Em relação à infração administrativa, esta poderá ser ajuizada pelo Conselho Tutelar diretamente à autoridade judiciária (arts. 194 e ss. do ECA), ou ainda encaminhada ao Ministério Público para que assim ele proceda.

Inciso V – encaminhar à autoridade judiciária os casos de sua competência;

Encaminhamento dos casos judiciais. Os casos de competência do Juiz da Infância e da Juventude são aqueles previstos nos arts. 148 e 149 do ECA. Assim, sempre que tratar-se de algum desses assuntos, o Conselho Tutelar encaminhará o caso à autoridade judiciária. Como visto no inciso III supra, ainda existem os requerimentos judiciais facultados pelo art. 194 e ss. do ECA, além daqueles provenientes da fiscalização de entidades (art. 191 e ss.).

Inciso VI – providenciar a medida estabelecida pela autoridade judiciária, dentre as previstas no art. 101, de I a VI, para o adolescente autor de ato infracional;

Providenciar a medida estabelecida pelo juiz ao adolescente infrator. A medida a ser providenciada pelo Conselho Tutelar já deve vir estabelecida pelo juiz, dentre as do art. 101, I a VI do ECA. Afora a medida estabelecida pelo juiz, poderá o Conselho Tutelar cumular qualquer outra medida, desde que não afronte a medida judicial. No atendimento realizado ao adolescente, o Conselho não deve focar o ato infracional praticado, deve verificar e analisar a situação de risco pessoal e social dele. Há controvérsia quanto a impossibilidade do juiz aplicar a medida de abrigo

(art. 101, VII, do ECA), sendo mais encorpada a que impede a aplicação. Aos que admitem, vigora o fundamento de que “quem pode mais – internar -, pode menos – abrigar -. Aos que não admitem, respondem pela letra da lei, além da natureza e do conteúdo da medida de proteção.

Inciso VII – expedir notificações;

Expedir notificações. Para alguns (maioria), notificar é determinar o comparecimento no Conselho Tutelar; para outros (minoridade), notificar é promover a ciência de algo, determinar uma situação, por ex. notificamos o estabelecimento comercial de que não é permitida a venda de bebida alcoólica a menores de 18 anos. Na prática conhecida dos Conselhos Tutelares, a notificação é uma simples convocação para comparecimento, não cumprindo ser uma atribuição em si, mas sim um mero meio de poder cumprir com outras atribuições (incisos I e II).

Inciso VIII – requisitar certidões de nascimento e de óbito de criança ou adolescente, quando necessário;

Requisitar certidões. Em primeiro lugar não se trata de solicitação, mas requisição (ordem), sob pena de crime de embaraço (art. 236 do ECA). Em segundo lugar não existem custas a pagar (art. 102 do ECA). Em terceiro lugar só é possível requisitar certidão de nascimento e óbito de crianças e adolescentes (até 18 anos completos) e quando necessário ao Conselho Tutelar, para fins de sua atuação. Aos reconhecidamente pobres e outros, independente de sua situação, é assegurada por lei federal a gratuidade para o registro e a obtenção de certidões, bastando a utilização da declaração de pobreza.

IX – assessorar o Poder Executivo local na elaboração da proposta orçamentária para planos e programas de atendimento dos direitos da criança e do adolescente;

Assessorar o Poder Executivo. O Conselho Tutelar é um serviço-de-ponta, é o local aonde chegam as demandas de ameaça e violação de direitos. A partir da análise do grau de incidência das categorias de violação de direitos, é possível o Conselho Tutelar avaliar as carências no sistema municipal de proteção e atendimento aos direitos, assessorando o poder executivo municipal na elaboração de proposta orçamentária para planos e programas de atendimento dos direitos da criança e do adolescente. Dessa atribuição decorre a íntima relação que deve existir entre o Conselho Tutelar e o Conselho de Direitos, que delibera a política municipal e destina recursos do fundo para programas que atendam as prioridades apontadas.

X – representar, em nome da pessoa e da família, contra violação dos direitos previstos no art. 220, parágrafo. 3º, inciso II, da Constituição Federal;

Representação. O art. 220, parágrafo 3º, II, do Carta Constitucional brasileira prevê o estabelecimento de meios legais que garantam à pessoa e à família a possibilidade de se defenderem de programas ou programações de rádio e televisão que contrariem, entre outros previstos no art. 221 da Constituição Federal, a preferência a finalidades educativas, artísticas, culturais e informativas, e o respeito aos valores éticos e sociais da pessoa e da família. O Conselho Tutelar e a sua representação são alguns dos meios legais criados.

Inciso XI – representar ao Ministério Público, para efeito das ações de perda ou suspensão do pátrio poder.

Representar ao Ministério Público para as ações de perda ou suspensão do pátrio poder. O ajuizamento dessas ações, notadamente da ação de perda do pátrio poder, deve ser verificado criteriosamente. Tratam-se de medidas extremadas, só propostas em decorrência de forte constatação da inviabilidade do estabelecimento ou manutenção de vínculo. Em geral significam o resultado de todo um processo de atendimento da família, com aplicação e descumprimento de medidas, num quadro regressivo e sem qualquer perspectiva de mudança da realidade. É preciso lembrar que para se representar é necessária a prova da paternidade dos pais (registro civil, certidão de nascimento que conste o nome deles), já que não há como se suspender ou haver perda do pátrio poder de quem nem pai ou mãe é.

Art. 137 – As decisões do Conselho Tutelar somente poderão ser revistas pela autoridade judiciária a pedido de quem tenha legítimo interesse.

Decisões do Conselho Tutelar. O Conselho Tutelar goza de um poder discricionário para agir e para decidir seus casos de atendimento. São suas mais destacadas expressões de autonomia. Não há obrigatoriedade do Conselho Tutelar proferir decisão escrita, nem de aprofundar-se em uma fundamentação. Como órgão de defesa da cidadania, cabe sempre ao Conselho Tutelar informar a possibilidade do recurso judicial de suas decisões.

Art. 138 – Aplica-se ao Conselho Tutelar a regra de competência constante do art. 147.

Competência. Estamos falando dos limites territoriais de exercício das atribuições, não do poder de agir. Na matéria, o art. 138 remete-nos ao art. 147 do

ECA, estabelecendo a competência do Juiz da Infância e da Juventude. Nos termos do inciso I do art. 147: “a competência será determinada pelo domicílio dos pais ou responsável”, mas à falta dos pais ou responsável, “a competência será determinada pelo lugar onde se encontre a criança ou adolescente” (inciso II). É preciso dizer que a falta dos pais, no inciso II, não é aquela momentânea, de ocasião, mas aquela consagrada como tal, a ausência. Afora a pacífica aplicação dos incisos I e II, existe divergência doutrinária a respeito da aplicação ou não dos parágrafos, notadamente do primeiro, que diz respeito à determinação da competência em razão do local da prática do ato infracional. Neste sentido, Luís Edmundo Labanca e Paulo Lúcio Nogueira, como também nós entendemos, posicionam-se pela aplicação única dos incisos. Seja em que hipótese for, será apresentado ao Conselho Tutelar com competência de ação na área do domicílio da família e da comunidade. A única hipótese de alteração de competência é no caso da falta dos pais, quando, por inexistência ou ausência deles, o Conselho Tutelar competente é o do local onde a criança ou adolescente se encontra.

Art. 139 – O processo para a escolha dos membros do Conselho Tutelar será estabelecido em Lei Municipal e realizado sob a responsabilidade do Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente e a fiscalização do Ministério Público.

Processo de escolha. O processo de escolha dos conselheiros tutelares pode se dar de diversas formas, como se tem conhecimento de vários municípios nacionais. Poderá existir uma indicação do executivo municipal ou de entidades, com aval deste; poderá haver eleições diretas dos munícipes; poderá haver eleições através de um Colégio de Representantes pré-escolhido para tal tarefa, etc. O

processo de escolha é de responsabilidade do Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente e a fiscalização do Ministério Público.

Art. 140 – São impedidos de servir no mesmo Conselho marido e mulher, ascendentes e descendentes, sogro e genro ou nora, irmãos, cunhados, durante o cunhadio, tio e sobrinho, padrasto ou madrasta e enteado.

Parágrafo único – Estende-se o impedimento do conselheiro, na forma deste artigo, em relação à autoridade judiciária e ao representante do Ministério Público com atuação na Justiça da Infância e da Juventude, em exercício na comarca, foro regional ou distrital.

Impedimentos. O artigo traz um rol de impedidos. As dúvidas giram em torno de ser ou não um rol exaustivo, e ocorrer o impedimento enquanto servindo no mesmo Conselho e ao mesmo tempo ou independente desse, bastando ser no mesmo Conselho. Sobre as extensões do parágrafo único, a dúvida que paira é, se ambos estiverem assumindo no mesmo dia e hora, quem não poderá assumir: o conselheiro tutelar escolhido por uma comunidade ou o bacharel que foi aprovado num concurso público? Em que pese a valiosa preocupação com a lisura das ações do Conselho Tutelar e dos demais agentes da justiça com ele envolvidos, as disposições ambíguas deixaram respostas abertas. Note-se, ainda que o impedimento refere-se não só a um município, mas a uma comarca, o que pode abranger vários municípios, onde apenas um juiz ou promotor impediria parentes de vários municípios de concorrerem à função de conselheiro tutelar.

BIBLIOGRAFIA:

BRASIL. Projeto de Lei nº 5.172, de 1990. Brasília: Senado Federal, 1990.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. Brasília: 1988.

- _____. Lei Federal nº 8.069 de 13 de julho de 1990. Estatuto da Criança e do Adolescente. Brasília: 1990.
- CAVALLIERI, Alyrio. Falhas do Estatuto da Criança e do Adolescente. Rio de Janeiro: Forense, 1997.
- CEDCA, Santa Catarina. Conselhos Tutelares: Perguntas e respostas. Florianópolis: 1997.
- CURY, Munir *et alii*. Estatuto da Criança e do Adolescente – Comentários Jurídicos e Sociais. São Paulo: Malheiros, 1997.
- KAMINSKI, André Karst. Interpretação do art. 2º do ECA. Porto Alegre: material impresso, 1997.
- LABANCA, Luís Edmundo. Estatuto da Criança e do Adolescente Anotado. Rio de Janeiro: Forense, 1991.
- LIBERATI, Wilson Donizeti. O Estatuto da Criança e do Adolescente – Comentários. Brasília: Marques Saraiva, 1991.
- NOGUEIRA, Paulo Lúcio. Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado. São Paulo: Saraiva, 1991.
- PAULA, Paulo Afonso Garrido de. Conselho Tutelar: Atribuições e subsídios para o seu funcionamento. São Paulo: CBIA, 1991.
- SÊDA, Edson. ABC do Estatuto da Criança e do Adolescente. Rio de Janeiro: material impresso, 1990.
- _____. ABC do Conselho Tutelar. Campinas: material mimeografado, julho de 1992.
- _____. A Proteção Integral: Um relato sobre o cumprimento do novo direito da criança e do adolescente na América Latina. Campinas: Adês, 1996.
- SILVA, José Luiz Mônico da. Estatuto da Criança e do Adolescente – Comentários. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.