

TEMA: APERFEIÇOAMENTO INSTITUCIONAL PARA A GARANTIA DOS
DIREITOS DAS CRIANÇAS E DOS ADOLESCENTES

“ A IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA E A RESPONSABILIZAÇÃO
POR OMISSÕES DOS CONSELHEIROS TUTELARES”

Por: Elaine Maria Barreira Garcia
Promotora de Justiça- Ministério Público do Estado de São Paulo
Especialista em Direitos Difusos e Coletivos pela ESMP

Resumo da Tese e Proposição:

O Estatuto da Criança e do Adolescente, ao explicitar os princípios da teoria da proteção integral, buscando a participação e mobilização da sociedade, criou o Conselho Tutelar, previsto no art. 131, como órgão permanente, autônomo, não jurisdicional, encarregado pela sociedade de zelar pelo cumprimento dos direitos da criança e do adolescente. Por exercer função pública e por disposição da Lei 8429/92, o Conselheiro Tutelar é considerado agente público para efeitos de improbidade administrativa. Devido a relevância de sua função dentro do sistema de garantias, o Conselheiro Tutelar não pode deixar de atender a finalidade contida na lei, porque não tem disponibilidade sobre os interesses públicos confiados à sua guarda., sob pena de, no mínimo, responsabilização nos termos do art. 11, inc. II da Lei 8429/92, com lesividade presumida.

“ A IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA E A RESPONSABILIZAÇÃO
POR OMISSÕES DOS CONSELHEIROS TUTELARES”

1. Direitos constitucionais da Infância e da Juventude, sistema de proteção integral e os Conselhos. 2. Natureza jurídica do vínculo entre Estado e o Conselheiro Tutelar 3. Aspectos Gerais da Lei 8429/92. 4. Proibidade Administrativa – Definição. 5. A função pública, os princípios e os desvios. 6. Omissões e Improbidade Administrativa. 7. A graduação dos vícios de legalidade: da mera irregularidade à Improbidade Administrativa. 8. A improbidade Administrativa por omissão na prática de ato administrativo vinculado. 9. A improbidade administrativa por omissão de ato administrativo discricionário. 10. Competência. 11 Casuística. 12. Conclusões.

1. Direitos constitucionais da Infância e da Juventude, sistema de proteção integral e os Conselhos

A Constituição de 1988 introduziu um sistema especial de proteção aos direitos fundamentais das crianças e adolescentes, que passaram a ser reconhecidos como seres humanos em fase de desenvolvimento, com personalidade jurídica e sujeito de direitos. Na esfera das políticas públicas para a Infância e Juventude, a participação popular veio expressamente destacada pela remissão do § 7º do art. 227 ao art. 204 da Constituição Federal que trata da descentralização político-administrativa dos programas e prevê a participação da comunidade na formulação e no controle da política de atendimento .

Concebido o sistema de proteção integral, crianças e adolescentes figuram como titulares de interesses subordinantes frente à família, a sociedade e o Estado. A proteção jurídica é apenas um dos aspectos da proteção integral, que é a atividade comunitária constituída por vários elementos tendentes à assegurar, através da formação, desenvolvimento espiritual e progresso na sua situação material. O ECA ainda inaugurou um sistema de atendimento e garantia de direitos à criança e ao adolescente instalando para tanto, uma nova forma de gestão do respectivo sistema através dos Conselhos e Fundos.

Dentro da linha da democracia participativa a municipalização das ações tomam relevo com destaque à adoção de políticas voltadas ao fortalecimento da comunidade, através da gestão direta pelo Conselho Municipal de Direitos da Infância e Juventude que administra o Fundo Municipal para Infância e Juventude e na mesma vertente, trabalha ainda no Município, o Conselho Tutelar. Os conselhos são entendidos como mecanismos democráticos de participação e de representação política. São na verdade, importantes instrumentos de mudança da sociedade e do Estado dentro da linha inspirada pela Constituição Federal.

No sistema de garantias de Direitos do Estatuto da Criança e do Adolescente, os Conselhos de Direitos funcionam como peça chave que articula as várias pontas do conjunto, responsáveis que são pela formulação, deliberação e controle da política destinada às crianças e adolescentes. Os Conselhos de Direitos não são apenas consultivos são deliberativos e controladores, direcionam as políticas elaborando resoluções, acompanhando a atuação dos diferentes órgãos governamentais ou não, na aplicação das políticas e participação da elaboração do orçamento de forma a garantir a destinação de recursos, além de gerir o Fundo da Infância.

Já os Conselhos Tutelares, quando de sua criação tinham por objetivo tirar das mãos do judiciário a aplicação de medidas de Justiça Social em casos não litigiosos, de crianças e adolescentes em situação de risco. Foi concebido para ser mais rápido e estar mais próximo dos cidadãos. Não lhe cabe decisões jurídicas mas a aplicação de medidas de caráter administrativo, além de intermediar os diferentes órgãos e as situações concretas que envolvem as crianças e os adolescentes, portanto, o Conselho Tutelar é órgão de atendimento individualizado.

Os conselheiros tutelares desempenham função pública privilegiada na assessoria dos poderes para elaboração de planos e programas de atendimento. Tem contato direto com a população que pode procurá-lo sempre que houver violação ou negação de direitos à criança ou adolescente. Atuam diretamente na garantia de direitos, podendo para tanto, requisitar serviços públicos, encaminhar ao MP notícia de

infração administrativa ou penal e levar ao Poder Judiciário fatos que coloquem em risco a criança ou adolescente. Nestas facetas de suas atribuições (art. 136, I, II, III, IV, V, VI, VII, X e XI, do ECA), ao Conselho Tutelar cabe o atendimento direto de cada criança ou adolescente, cujos direitos fundamentais estejam ameaçados ou violados; tanto quanto o atendimento direto de suas famílias.

O Conselho Tutelar deve também funcionar como verdadeiro termômetro das políticas públicas, traçando com a experiência do cotidiano, um diagnóstico adequado da realidade local para encaminhamento ao Conselho de Direitos com sugestões de aprimoramento de políticas públicas em prática e inauguração de novas políticas que se fizerem necessárias (art. 136, IX, do ECA). Ressalta-se entretanto, que o Conselho Tutelar não executa programas mas sim, representa a sociedade para que as políticas públicas sejam asseguradas.

2. Natureza jurídica do vínculo entre Estado e o Conselheiro Tutelar

A despeito da disposição textual da lei, consideradas as atribuições do Conselho Tutelar, inegável a essência pública da função exercida pelo conselheiro. No entanto, a natureza do vínculo jurídico entre o Estado e o conselheiro é mais uma inovação sem precedentes na doutrina clássica do direito administrativo, o que tem sido causa de profundas discussões.

Os conselheiros tutelares prestam serviços que constituem um múnus público, porém, não se enquadram no conceito de agente político, vez que, apesar de “eleitos” pela comunidade para mandato de três anos, suas funções não compõem o esquema fundamental do Poder Público. Também, não podem ser tidos como servidores públicos comuns, pois não se submetem a concurso público em senso estrito e portanto, não gozam de estabilidade. Sua relação com o Estado não é permanente e não há relação de dependência e profissionalidade.

Em resumo, a figura do conselheiro tutelar tem natureza atípica e híbrida dentro dos conceitos tradicionais de agentes administrativos, bem por isso, a análise de enquadramento jurídico para aplicação do direito com relação ao conselheiro tutelar, quando não houver disposição expressa na lei, deverá sem exceção, levar em conta a vontade do legislador e a faceta preponderante para o respectivo enquadramento.

No entanto, com relação à aplicação da Lei 8429/92 ou Lei de Improbidade, não há maiores dificuldades para o enquadramento do Conselheiro Tutelar como agente público para tais fins, tendo em vista que a abrangência buscada pelo respectivo texto legal é das maiores. Expressamente, é considerado agente público aqueles que exercem funções públicas, na administração direta indireta ou fundacional, de qualquer

dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e dos Territórios , ainda que transitoriamente ou sem remuneração, sob qualquer forma de investidura.

3. Aspectos Gerais da Lei 8429/92 – Improbidade Administrativa

A Lei 8429/92, também chamada de Lei de Improbidade Administrativa, veio alargar os horizontes de proteção ao patrimônio público, e em última análise à proteção da Administração Pública como um todo, já que a respectiva norma, numa visão mais moderna da matéria, coíbe não só o enriquecimento ilícito e danos patrimoniais ao erário, como também os danos morais, determinando o cumprimento dos princípios administrativos positivados pelo Constituinte de 1988, no art. 37 da Carta Magna. Seguindo a fórmula de alargamento da abrangência de proteção à Administração, a Lei 8429/92, prevê a caracterização da improbidade administrativa sempre que a conduta do respectivo agente não observar os princípios administrativos fixados no art. 37 da Constituição Federal e seus derivados.

De forma exemplificativa, a Lei de Improbidade , enumera casos de atos de improbidade lesivos ao erário (art.10) e atos de agente que importem em enriquecimento ilícito(art. 9º), além de outras hipóteses de caráter geral ofensivas aos princípios administrativos (art. 11), dividindo portanto, os atos de improbidade em três categorias.

Como dito anteriormente, visando a responsabilização civil do administrador ímprobo, foi utilizado conceito amplo de agente público que se aplica pacificamente, ao Conselheiro Tutelar.

4- Probidade Administrativa – Definição

Resposta aos reclamos da sociedade por uma legislação capaz de conter os contínuos desmandos dos administradores que com suas condutas, invariavelmente, feriam de morte os princípios da Administração Pública, a Lei 8429/92, apresenta-se como garantia permanente de prossecução e realização do bem estar social por seus agentes, vez que, desviados deste objetivo, serão pessoalmente responsáveis por seus atos de gestão dos negócios e interesses públicos, além do manejo dos recursos públicos.

O Estado, por seus agentes, tem o infungível dever de agir, sempre sob o influxo dos princípios constitucionais, sob pena de invalidade da vontade formalmente expressa no ato realizado e responsabilização pessoal do agente considerado ímprobo.

O Conselheiro Tutelar, no exercício de prerrogativas próprias do cargo que exerce, revela manifestações de vontade diretamente ligadas à realizações dirigidas à satisfação de interesses públicos concretos das crianças e dos adolescentes confiados a ele.

5. A Função Pública , os princípios administrativos e os desvios

Os princípios específicos da administração pública previstos no art. 37 da Constituição Federal, são complementos dos princípios fundamentais estabelecidos pelo artigo 1º da Lei Maior, inerentes ao Estado e seus agentes. Tais princípios determinam a diretriz a ser seguida pelos gestores da coisa pública, no atendimento do interesse público primário, referente ao bem-estar coletivo, da sociedade, e de seus cidadãos, com prioridade aqueles que se encontram em processo de desenvolvimento. Esse interesse público primário nem sempre coincide com o interesse público secundário, referente a órgãos estatais ou governantes do momento.

Nas palavras de José Augusto Delgado, “não satisfaz às aspirações da Nação a atuação do Estado de modo compatível só com a mera ordem legal. Exige-se muito mais. Necessário se torna que a administração da coisa pública obedeça a determinados princípios que conduzam à valorização da dignidade humana, ao respeito à cidadania e à construção de uma sociedade justa e solidária. Está, portanto, o administrador obrigado a se exercitar de forma que sejam atendidos os padrões normais de conduta que são considerados relevantes pela comunidade e que sustentam a própria existência social”.¹

Nesse contexto, a improbidade administrativa ocorre sempre que os agentes públicos, no exercício de seus cargos, não guardam a estrita observância aos princípios administrativos previstos na Constituição Federal (art. 4º da Lei 8429/92).

Segundo o princípio da legalidade, o administrador não pode agir, nem deixar de agir, senão de acordo com a lei, na forma determinada. A Administração Pública só pode atuar *secundum legem*, caracterizando-se, portanto, como atividade infra-legal. Ademais, deve servir a todos, sem preferências ou aversões pessoais ou partidárias”, princípio da impessoalidade. O Estado, por seus agentes, deve destinar sua atividade a todos os cidadãos, para o bem da comunidade, para o aperfeiçoamento da vida em comum, sem a determinação de pessoa ou discriminação de qualquer natureza.

Já o princípio da moralidade prega um comportamento do agente que demonstre haver assumido como móbil da sua ação a própria idéia do dever de exercer uma boa administração” (...) “o dever correspondente a um preceito de moralidade administrativa não pode deixar de ser cumprido. Não tem um caráter meramente meritório como na moral do cidadão. O não respeito ao seu conteúdo, invalida o ato administrativo e determina responsabilidades do agente público que o descumpriu”.²A partir deste conceito, é acertado afirmar que o exame da moralidade de um ato administrativo contém um importante componente ético.

¹ “O princípio da moralidade administrativa e a Constituição Federal de 1988”- RT 680/35

² “O princípio da moralidade administrativa e a Constituição Federal de 1988”- RT 680/35

Ainda, examinando os princípios administrativos que devem nortear a atuação de todo agente público e portanto, dos conselheiros tutelares e considerando que o único titular do poder é o povo, que o delega seus representantes, a atuação destes últimos somente pode se dar no interesse e benefício dos primeiros. Não basta que o conselheiro tutelar se atenha apenas e tão somente à letra da lei, deve buscar com seu ato, o bem-estar coletivo das crianças e adolescentes, daí porque não podem esses agentes públicos, deixarem de atender a finalidade contida na lei, porque não tem disponibilidade sobre os interesses públicos confiados à sua guarda.

Já no campo dos desvios, a doutrina tem reconhecido duas modalidades: *Desvio de Poder* em que o agente através de seu ato busca uma finalidade alheia a qualquer interesse público; *Desvio de Poder* em que o agente atua com vistas a uma finalidade legal, no entanto, utiliza-se de ato cuja destinação legal é diversa, é preordenada a satisfazer outro escopo.

A teoria do desvio do poder admite francamente, a hipótese de desvio do poder por omissão, possível nos casos em que o agente público “abstém-se de praticar um ato que deveria expedir para correto atendimento ao interesse público”. No caso, o Conselheiro Tutelar que deixa de exercer a competência que lhe cabia (art. 136 do ECA), recai em omissão passível de responsabilização.

6. Omissões e Improbidade Administrativa

Com a evolução da ciência jurídica, as omissões em todo o espectro do Estado, têm sido alvo de preocupação e mecanismos assecuratórios, a fim de determinar a ação estatal quando esta seja necessária, a saber, mandado de injunção, a ação de inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional a possibilidade de ajuizamento de mandado de segurança.

Com isso, verifica-se que até o advento da Constituição de 1988, as garantias voltavam-se essencialmente, contra ações ilegais ou abusivas do Estado, mas diante da nova postura adotada, instituiu-se mecanismos destinados a coibir as omissões, as quais, a espelho das ações, produzem lesões, que devem ser passíveis de controle jurisdicional.

Assim, a nova tendência de proteção contra as omissões do Poder Público, revela-se como forma de mudança da tradição das relações de direitos e deveres entre o Estado e cidadãos.

Com base nos princípios administrativos e considerando a função do agente público, da forma que anteriormente foi colocado, pode-se afirmar que ao ocorrer a circunstância fática, prevista na lei, esta condiciona a vontade do agente público à

prática do ato administrativo, objetivando a consecução da finalidade cuja implementação se faz necessária, sob pena de desvio de poder e contaminação do ato por ele emanado.

Em outras palavras, ocorrendo o fato, o conselheiro não somente pode, como deve utilizar-se de sua competência por lei outorgada, para a emanção de determinado ato em prol do interesse do cidadão em processo de desenvolvimento e garantia dos interesses da sociedade com um todo, sob pena de responsabilização.

Não poderia ser outro o rumo adotado em 1992, pela Lei 8429, que ao tutelar a probidade administrativa como previsto no § 4º, do art. 37 da Constituição Federal, invariavelmente, aponta que a improbidade dar-se-á por “ação ou omissão do agente público”, expressão usada repetidas vezes pelo legislador infra-constitucional no referido texto legal.

Conforme a chamada Lei de Improbidade, a omissão do agente administrativo em desacordo com a norma, “por dever inserto em sua esfera de atribuições, realiza a figura do respectivo art. 11, inciso II, desnecessária a intenção de obter vantagem pessoal ou proporcioná-la a outrem”.³ Grande interesse guarda o citado inciso II do art. 11 para o nosso estudo, considerando que o legislador infra-constitucional, além de todas as condutas negativas previstas na pré-falada lei, neste inciso, expressamente tutelou as omissões, de maneira abrangente, condicionando-as tão somente a ato de ofício do agente público.

A respeito, observa Ruy Alberto Gatto⁴: “Ainda que não demonstrados o enriquecimento ilícito ou a lesão ao erário, a simples violação dos deveres ínsitos a todo agente público acarreta a sua responsabilização” ... “a simples omissão já implica violação de um dever que lhe é imposto, estando implícitos a vantagem individual e o prejuízo ao patrimônio público”. Nesta hipótese, é admitida a presunção de lesividade ao patrimônio público e as sanções previstas pela respectiva Lei, independentemente da efetiva ocorrência de dano ao erário.

Ora, em ocorrendo omissão do agente que devendo atuar conforme a norma, em prol do interesse público, deixa de fazê-lo, este estará violando senão outros, os princípios administrativos da legalidade, da finalidade e definitivamente, o princípio da moralidade administrativa.

Toda vez que há dano à moralidade administrativa, há dano à coletividade em geral, pela situação de insegurança, de desordem administrativa, contaminação da essência do Estado, lesão aos seus valores fundamentais. É de interesse geral da coletividade que as funções do Estado funcionem de forma regular, por isso é válido dizer que sempre que o agente não se conduz a perseguir a solução contida na norma

³ Pazaglini Filho, Marino - Fazzio Jr., Waldo - Rosa, Marcio Elias - Improbidade Administrativa, p.114

⁴ A atuação do Ministério Público em face da Lei 8429/92 (Lei anti-corrupção) - Justitia - 161/57

como de interesse público, existe dano à moralidade administrativa, passível de responsabilização de quem lhe deu causa.

É importante anotar que não se fala aqui, de legalidade estrita e sim, como já anotado acima, de desvio de interesse público. O agente não é ímprobo somente porque não fez o que a lei lhe determinou, e sim, porque deixando de agir, adotou um comportamento contrário à vocação do cargo que ocupa, dirigida ao atendimento das necessidades públicas.

7. A graduação dos vícios de legalidade: da mera irregularidade à Improbidade Administrativa

No campo da improbidade administrativa é importante anotar que a má fé, provada ou presumível pelas circunstâncias do fato, invariavelmente implica em uma das modalidades previstas nas Lei 8429/92.

Como já visto, pode-se afirmar com propriedade, que no âmbito de direito administrativo, somente é permitido ao agente, agir de acordo com os mandamentos legais. Por essa limitação legal da competência do agente público é intolerável a eventual alegação de desconhecimento da lei ou erro pelo agente, desenhando-se a presunção que milita em seu desfavor: sempre que o agente descumprir a norma legal, agir em desacordo com aquilo que lhe é determinado legalmente, presumir-se-á a má fé.

Dessa forma, o agente omissor, aquele a quem incumbia o dever de agir e de modo inverso, abstém-se do dever legal, incorre em grave violação dos deveres legais, acarretando de imediato, o reconhecimento da improbidade administrativa.

No entanto, não parece certo que toda e qualquer omissão seja considerada improbidade administrativa.

O próprio significado do termo “improbidade” já indica o caminho a ser seguido: improbidade é a falta de honradez, de honestidade, de retidão de caráter. Há que se ponderar também, que a Lei 8429/92 originou-se de uma “visão voltada a uma conscientização dos operadores jurídicos e homens políticos para a necessidade de concretização da política com respeito aos ditames normativos do direito”.

Daí conclui-se que a omissão, para caracterizar-se como improbidade administrativa, deve conter requisitos adicionais à uma mera irregularidade ou ilegalidade, deve revestir-se de um caráter reprovável, gravoso e merecedor de sanções especiais. Como anota Fábio Medina Osório, “apenas os atos que, além de ilegais, se mostrarem fruto da desonestidade ou inequívoca e intolerável incompetência do agente público” reputar-se-ão como atos de improbidade 5.

Dentro de um juízo de reprovabilidade, é importante verificar se a situação fática chegou ao conhecimento do agente e se este voluntariamente ou por

⁵ Osório, Fábio Medina - Improbidade Administrativa - Observações sobre Lei 8429/92 - 2ª ed.

“intolerável incompetência administrativa” deixou de atuar dentro da vocação destinada a seu cargo , ferindo em consequência, os direitos dos administrados.

Em suma, para a caracterização da improbidade administrativa, a inércia do agente público dependerá de análise jurídica, voltada à pesquisa da repercussão da omissão em relação à finalidade legal.

8. A improbidade Administrativa por omissão na prática de ato administrativo vinculado

Para facilitar o estudo das omissões administrativas, se torna interessante a utilização da distinção dos atos administrativos quanto à sua vinculação, isto é, se os atos que deveriam ser praticados e foram omitidos pelos agentes, são vinculados ou discricionários.

A razão da distinção ganha corpo se verificarmos que a omissão quanto a um ato administrativo vinculado não causa maiores discussões, isso porque, a atuação vinculada “é aquela que a lei não permite qualquer margem de liberdade para o agente decidir e agir diante do caso concreto”.

Nestes casos, em não adotada a providência estabelecida com rigor na lei, o agente administrativo responsável, senão incurso dentre as hipóteses de enriquecimento ilícito (art. 9º , L. 8429/92) ou de prejuízo ao erário (art. 10, L. 8429/92) , necessariamente será considerado ímprobo por atentar contra os princípios da administração pública (art. 11), especificamente, por deixar de praticar ato de ofício.

9. A improbidade administrativa por omissão de ato administrativo discricionário.

Se os atos administrativos vinculados não deixam margem a qualquer discussão quanto a omissão do agente público que deveria praticá-lo e não o fez, o mesmo não ocorre com os atos administrativos discricionários, atos que recebem a interferência de um juízo subjetivo do agente competente. Por vezes, a lei regula determinadas situações em termos dos quais resulta discricionariedade ao agente público, isso ocorre porque, nessas situações, não é possível pré-determinar de forma rígida, a conduta ideal para atender ao interesse público.

De qualquer forma, a discricionariedade não se confunde com o arbítrio, dentro das opções relegadas ao agente por margem de discricionariedade, este somente poderá adotar o comportamento específico que melhor atenda o interesse público. É que a norma nestes casos, prevendo a possibilidade de mais de uma opção numa determinada situação, para não correr o risco de impor hipótese que não fosse a melhor “in concreto”, prefere impor “o dever jurídico de praticar, não qualquer ato dentre os comportados pela regra, mas, única e exclusivamente aquele que atenda com absoluta perfeição à finalidade da lei”.

Nesse passo, podemos dizer que todas as ocasiões em que se comprovar, por dados objetivos, que o agente não cumpriu com o seu dever de atuar, este terá por omissão, se inserido em ato de improbidade administrativa, independentemente do prejuízo ao erário ou enriquecimento ilícito.

O prejuízo, como já dissemos anteriormente, está implícito na própria conduta negativa, visto que se previsto o dever de atuar do agente público em lei, correlatamente, existe o direito do cidadão por esta atuação. Nesta situação, além do mais, dentre os princípios administrativos, o agente no mínimo, transgrediu o da legalidade e o da finalidade, visto que a lei não aceita outra conduta que não seja aquela capaz de satisfazer excelentemente a finalidade legal.

Assim, nos casos de atos discricionários, para a averiguação da conduta omitida, pelo conselheiro tutelar, cabe verificar a existência dos motivos que determinaram a necessidade de sua atuação de acordo com as hipóteses previstas na norma ou sua inadequada qualificação.

Somente a análise do caso concreto permite a exata dimensão do dever de atuar e se a eleição do não atuar atende ao interesse público perseguido pela norma. Conforme leciona Caio Mario da Silva Pereira⁶⁶, “a norma jurídica é votada com a finalidade social; logo sua interpretação deve ser dominada pela pesquisa daquele objetivo”. Caberá portanto, à luz da Lei 8429/92, a repressão dos atos de improbidade administrativa revelados pela omissão do agente, a pretexto de exercício de discricionariedade, sempre que for demonstrável objetivamente, que o ato omitido era providência desejada pela lei.

10. Competência da Vara da Infância e Juventude

No Poder Judiciário, é matéria controvertida a competência para apreciação da improbidade administrativa do Conselheiro Tutelar.

Há entendimentos que de maneira simplista resolvem a questão, afirmando que por tratar-se de matéria administrativa, ligada a desempenho de função e desligamento de agente público, compete à Vara da Fazenda Pública, conforme dispõe o Código Judiciário Estadual. Entretanto, segundo dispõe o artigo 148 da Lei Federal nº 8.069/90, denominada de Estatuto da Criança e do Adolescente, a Justiça da Infância e da Juventude é competente para, entre outras coisas, conhecer de ações civis públicas fundadas em interesses individuais, difusos ou coletivos, afetos à criança e ao adolescente, observado o disposto no artigo 209 (competência originária da Justiça Federal ou dos Tribunais Superiores). O citado dispositivo legal não faz qualquer ressalva quanto à qualidade do demandado, inviabilizando a utilização do artigo 35 do chamado Código

⁶⁶ Instituições de Direito Civil - Volume I - 8ª Edição - p. 143

Judiciário Estadual para o deslocamento da competência. Por ser específica, a regra estabelecida pelo Estatuto sobrepõe-se a qualquer regulamentação de caráter genérico.

A especialização da Justiça decorre da competência dos Estados para organizar seu sistema judiciário, porém, essa regra deve se harmonizar com a regra constitucional que prevê a competência exclusiva da União para legislar sobre direito processual. Se o ECA tem previsão expressa sobre competências próprias, isso afasta por completo a possibilidade de utilizar-se norma genérica estadual de especialização, sendo a competência para apreciação da matéria, absoluta.

É evidente que questões ligadas ao atendimento (ou falta de atendimento) à infância e juventude por Conselheiro Tutelar, podem ter efeito reflexo em todo o sistema de garantias, o que requer a necessidade de trato diferenciado a questões diferenciadas, que pelo princípio da especialidade impõe o julgamento pela Vara da Infância e Juventude.

11. Casuística

I) Cabe ao Conselheiro Tutelar evitar esforços para efetivação das medidas de proteção previstas no art. 101, I a VII do ECA aos casos que assim requerem e que chegam ao seu conhecimento. Não se trata apenas de aplicar uma medida, e sim, buscar a medida necessária e mais adequada para atendimento do interesse da criança ou adolescente. Em caso de inércia ou evidente inadequação da medida eleita entre as opções disponíveis ou que poderiam ser requisitadas, caracteriza-se evidente omissão passível de responsabilização.

II) Em trabalho intitulado “Apuração da responsabilidade do agente público em razão da violação, por ação ou omissão, dos direitos fundamentais assegurados a crianças e adolescentes – Providência indispensável quando do ajuizamento de ações civis com preceito cominatório” o Promotor de Justiça do Estado do Paraná, Dr. Murillo José Digiácomo, ao discorrer sobre a atribuição específica do Conselho Tutelar de “assessorar o Poder Executivo local na elaboração da proposta orçamentária para planos e programas de atendimento dos direitos da criança e do adolescente” (cf. art.136, inciso IX, da Lei nº 8.069/90), como prerrogativa (e o dever) de zelar pela estruturação do município onde atua, no que diz respeito a programas e serviços especificamente voltados à sua população infanto-juvenil, de modo a atender, local e diretamente, as mais diversas demandas existentes. Propõe que a Justiça da Infância e da Juventude intervenha no sentido de compelir o ente público ao cumprimento de suas obrigações para com as crianças e adolescentes, podendo para tanto o Ministério Público e os demais legitimados se valerem de “todas as espécies de ações pertinentes” (cf. art.112, da Lei nº 8.069/90). Dentro deste raciocínio, verificando o Ministério Público a omissão de um ou mais Conselheiros

Tutelares em realizar a finalidade buscada pela lei, uma vertente das vias judiciais seria a responsabilização por improbidade administrativa e conseqüente perda da função pública do Conselheiro inoperante, que obriga a intervenção judicial necessária para suprir a lacuna aberta pela sua conduta omissiva.

III) O Conselho Tutelar é a autoridade competente para aplicação de medidas de proteção previstas no art. 101, I a VII, pois tem como atribuição prevista no art. 136, I do ECA, atender às crianças e adolescentes para tais fins. No caso de aplicação de medida de abrigo, de caráter provisório e excepcional (art.101, §único do ECA) tem como obrigação a comunicação imediata à autoridade judiciária vez que tal medida presume o rompimento ou desestruturação familiar e somente é utilizável como forma de transição para colocação em família substituta, situações que estão na esfera de competência do Poder Judiciário. Ora, se a situação do abrigado somente pode ser resolvida na esfera do Poder Judiciário, a não comunicação do abrigo de criança ou adolescente pelo Conselho Tutelar além potencial dano ao abrigado, que pode ser condenado a um abrigo definitivo, implica na inoperância do Poder Judiciário, por desconhecimento, em prol dos direitos da criança ou do adolescente. Passível portanto, a responsabilização do Conselheiro Tutelar pela inércia que interfere com a qualidade de vida da criança ou adolescente abrigado o que lesa a sociedade em geral.

Em suma, em todos os casos de omissão, identificados os Conselheiros que deveriam atuar em nome do Estado, com base no Estatuto da Criança e do Adolescente e na própria vocação de seus cargos, caberá, no mínimo, responsabilização nos termos do art. 11, inc. II da Lei 8429/92, independentemente de comprovação de enriquecimento ilícito(art. 10) ou dano ao patrimônio público (art. 9º).

10. Conclusões

1- Com o advento da Lei 8429/92, ampliaram-se os objetivos das ações civis públicas, com a possibilidade de ser ressarcido o dano ao patrimônio público e concomitantemente, punido o agente por ação ou omissão.

2- Por exercer função pública (art. 135 do ECA) e por disposição da Lei 8429/92, art. 2º, o Conselheiro Tutelar é considerado agente público para efeitos de improbidade administrativa.

3- O Conselheiro Tutelar não pode deixar de atender a finalidade contida na lei, sob pena de improbidade por omissão, porque não tem disponibilidade sobre os interesses públicos confiados à sua guarda.

4- A improbidade administrativa ocorre sempre que os agentes públicos, no exercício de seus cargos, não guardam estrita observância dos princípios administrativos.

5- Ocorre desvio de poder por omissão quando o agente abstém-se de praticar um ato que deveria expedir para atendimento do interesse público e da finalidade legal.

6- Observa-se evolução da ciência jurídica com o advento de mecanismos assecuratórios a fim de determinar a ação estatal quando esta seja necessária e punir agentes públicos responsáveis pela omissão administrativa. Esta tendência revela a mudança da tradição das relações de direitos e deveres entre Estado e cidadão.

7- A omissão, para caracterizar a improbidade administrativa, deve conter requisitos além da mera irregularidade ou ilegalidade, deve revestir-se de reprovabilidade pelo desvio de finalidade.

8- Nos atos administrativos vinculados, a omissão sempre implicará em improbidade administrativa, isto porque a lei só vislumbra a hipótese de atuação do agente nela contida, para se atingir a finalidade objetivada na própria lei. Entretanto, nos atos administrativos discricionários, a omissão revelará improbidade administrativa, sempre que for demonstrável que determinado ato omitido era a providência desejada pela lei para atingir a sua finalidade.

BIBLIOGRAFIA

1 - da Silva, José Afonso - “Curso de Direito Constitucional Positivo”- Ed.Malheiros - 9ª ed.

2- Garrido de Paula, Paulo Afonso, “Direito da criança e do adolescente e tutela jurisdicional diferenciada” – RT- 1ª. Ed. – p. 23

3- Garrido de Paula, Paulo Afonso - “ Funções Institucionais do Ministério Público” – Ed.Saraiva

4-Machado, Martha de Toledo – A proteção constitucional de crianças e adolescentes e os Direitos Humanos – ed. Manole p. 142

5 - Pra, Rubens Simão – in “Conselhos dos Direitos da Criança e do Adolescente: uma experiência de descentralização do Estado e de democratização da sociedade”-

6 - Pereira Júnior, Antonio Jorge – Conselho Tutelar: Fundamentos jurídicos e políticos da interferência da sociedade e do Estado na gestão do poder familiar.

7- Caetano, Marcelo - Manual de Direito Administrativo - Ed. Forense- vol. I

- 8- Ferreira, Wolgran Junqueira -Enriquecimento Ilícito dos Servidores Públicos no Exercício da Função - Ed. Edipro- 1994
- 9- Valle Figueiredo, Lúcia -Ação Civil Pública - Ação Popular. A Defesa dos Interesses Difusos e Coletivos - Posição do Ministério Público, Boletim de Direito Administrativo, janeiro/97
- 10- Bandeira de Mello, Celso Antonio - Discricionariedade e Controle Jurisdicional, 2ª ed. -ed. Malheiros
- 11- Meirelles, Hely Lopes - Direito Administrativo Brasileiro - 19ª ed - Ed. Malheiros
- 12-Zanella de Pietro, Maria Sylvia - Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988, Ed. Atlas, 1.991
- 13- Pazzaglini Filho, Marino - Fazzio Jr. , Waldo - Rosa, Marcio Elias - Improbidade Administrativa - Aspectos Jurídicos da Defesa do Patrimônio Público - São Paulo- Atlas, 1996
- 14- Osório, Fábio Medina - Improbidade Administrativa - Observações sobre Lei 8429/92 - 2ª ed.- Ed. Síntese