

Autonomia e independência do Conselho Tutelar: competência e atribuições legais.

Autonomy and independence of the Guardianship Council: competence and legal attributions

Ricardo Miguel Sobral¹

Karina Miguel Sobral²

Antonio Oliveira³

Elton Ramos⁴

RESUMO

O objeto do artigo consiste na análise da autonomia e atribuição, a partir das atribuições dos conselheiros tutelares, da reserva legal para a

1 Pós-doutorando em administração pela FEA-RP/USP (2021), doutor em Administração das Organizações da FEA-RP/USP-RP (2020), mestre em direito constitucional, na linha de pesquisa em direitos difusos e coletivos da Universidade de Ribeirão Preto (2012), advogado (2010), bacharel em Administração de Empresas pela Universidade de São Paulo pela FEA-RP/ USP (2008), Diretor Secretário Adjunto da 12ª Subseção da OAB/SP (2019-2021) e professor de pós-graduação no MBA Fundace-USP (2017-Atual). Coordenador da Escola Superior de Advocacia da Ordem dos Advogados do Brasil - Seção São Paulo, com sede na Subseção de Ribeirão Preto (2022-Atual). Sócio da Sobral & Stoco Sociedade de Advogados (2012-Atual). Contato sobral@sobralstoco.com.br.

2 Graduada em Direito pela Universidade de Ribeirão Preto (1995); Mestre em Direito pela Universidade de Ribeirão Preto (2002); Especialista em Processo Civil pela Universidade de Ribeirão Preto (1999); Especialista em Violência doméstica contra crianças e adolescentes pela Universidade de São Paulo-USP (2000); MBA em Direito da Economia e da Empresa pela Fundação Getúlio Vargas-FGV (2002-2003); Especialista em Direito Tributário pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, PUC/SP (2005-2006); Exerceu advocacia por mais de 13 anos; Juíza de Direito do Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia (2008 até o momento); Atualmente é Vice-diretora da Escola de Magistratura de Rondônia; Tem experiência na área de Direito público e privado. Contato karinasobral@tjro.jus.br

3 Doutorando em Direito pela Universidade de Brasília. Mestre em Direito pela Universidade de São Paulo (2019). Especialista em Direitos Humanos pela Universidade de São Paulo (2017). Bacharel em Direito pela Universidade Paulista (2012). Advogado e Consultor Jurídico.

4 Advogado, especializando em direito do trabalho pela FDRP-USP, Servidor da Fundação CASA (2005-2019). Coordenador da Comissão da Criança e Adolescente da 12ª Subseção da OAB/SP.

criação de nova atribuição, bem como da inter-relação entre os Conselhos Tutelares e os demais Poderes do sistema de justiça. Os objetivos são o de identificar as decisões judiciais sobre autonomia e independência do Conselho Tutelar, quais foram as espécies normativas levadas à apreciação do poder judiciário e a posição jurisdicional. O método adotado foi indutivo, a partir de um caso concreto de Ribeirão Preto/SP e da pesquisa descritiva da jurisprudência e doutrina sobre o tema. Os resultados encontrados foram os de que a competência está expressamente prevista no Estatuto da Criança e Adolescente (art. 136), mas é comum que os demais atores busquem fixar normas que reduzam a autonomia e independência dos Conselhos.

Palavras-chave: Conselho Tutelar; Autonomia e independência; Competência; Atribuição.

ABSTRACT

The object of the article consists of analyzing autonomy and attribution, based on the duties of guardianship councilors, the legal reserve for the creation of a new attribution, as well as the interrelationship between the Guardianship Councils and the other Powers of the justice system. The objectives are to identify the judicial decisions on the autonomy and independence of the Guardianship Council, which normative species were brought to the judiciary's assessment and the jurisdictional position. The method adopted was inductive, based on a specific case from Ribeirão Preto/SP and descriptive research into jurisprudence and doctrine on the topic. The results found were that the competence is expressly provided for in the Child and Adolescent Statute (art. 136), but it is common for other actors to seek to establish standards that reduce the autonomy and independence of the Councils.

Keywords: Guardianship Council; Autonomy and independence; Competence; Assignment

1. INTRODUÇÃO

O conceito de família e o direito das crianças e adolescentes no Brasil tiveram um avanço significativo nas últimas décadas, notadamente após o arcabouço jurídico próprio decorrente de artigos da Constituição da República em 1988 num primeiro momento e, logo após, do Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA, texto legal publicado em 1990.

Nesses diplomas, os direitos e obrigações familiares em relação às crianças e aos adolescentes, bem como a responsabilidade do Estado e da sociedade foram elevados ao grau máximo, cabendo-lhes o capítulo VII da Carta Maior, cujo título é: da Família, da Criança, do Adolescente e do Idoso⁵. O tópico é composto por cinco artigos que, dentre outros, fixou a obrigação de o Estado criar mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações (art. 226, § 8º), e a responsabilidade compartilhada entre a família, a sociedade e o Estado quanto à proteção da criança e do adolescente (art. 227).

Com o objetivo de dar efetividade à proteção constitucional, apenas dois anos depois da promulgação da Constituição da República, adveio o Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei 8.069, de 13 de julho de 1.990, composta de 267 artigos. Para efeito do recorte e do objeto do presente artigo, a pesquisa se debruça sobre o título exclusivo destinado ao Conselho Tutelar, que foi subdividido em 4 capítulos e 18 artigos (Art. 131/148).

Para se entender a natureza jurídica do órgão, parte-se da expressa previsão legal de que o Conselho Tutelar é órgão permanente e autônomo, não jurisdicional, encarregado pela sociedade de zelar pelo cumprimento dos direitos da criança e do adolescente⁶. Ademais, quanto às atribuições, há o Capítulo II, com apenas 2 artigos, sendo o mais importante deles o artigo 136, com 20 incisos e um parágrafo.

Pode-se observar, portanto, que, em respeito ao princípio da estrita legalidade, o Conselho Tutelar, enquanto órgão público, é limitado ao poder que a lei lhe atribuir. A fixação das atribuições dos conselheiros é matéria afeta à lei ordinária, não podendo ser alterada, majorada ou mitigada por espécie de norma inferior, sob pena de afronta ao princípio constitucional da hierarquia das normas, conforme a estruturação fixada no artigo 59 da CRFB. Quanto à análise e controle legislativo, o Brasil adota o controle de constitucionalidade jurisdicional misto, permitindo ao Poder Judiciário o exercício do controle repressivo para a análise de leis ou atos normativos já publicados (LENZA, 2009), que foi exatamente o que aconteceu no caso objeto deste artigo, por se tratar ato normativo em vigência.

Voltando à atribuição e definições do órgão, o que se observa é que compete ao Conselho Tutelar, como órgão de Estado cujos

5 O título foi alterado para acrescer o termo "do Jovem", conforme a Emenda Constitucional 65/2010.

6 Redação do artigo 131, do ECA.

conselheiros são eleitos pela sociedade, a função essencial de fiscalizar o cumprimento dos direitos da criança e do adolescente por todos os atores do sistema de proteção destes direitos, ou seja, do sistema coercitivo do Estado, que abarca outras instituições como o Poder Judiciário, Ministério Público, Polícias, Poder Executivo e Conselhos, notadamente o Conselho da Criança e do Adolescente⁷.

Nesse cenário de múltiplos atores, é frequente e representativo o debate sobre o alcance dos conceitos de autonomia e independência do Conselho Tutelar e a relação com as atribuições e competências dos demais entes, para que o verdadeiro objetivo de proteção integral à criança e ao adolescente se dê de forma eficiente.

O pressuposto do presente artigo é que a relação entre Conselho Tutelar e os demais órgãos e Poderes de Estado, notadamente com o Poder Judiciário, Ministério Público e Poder Executivo, ocorra de forma harmônica e independente, tal como ocorre, por exemplo, no sistema de freios e contrapesos. Com este, utilizado para equilibrar os deveres e obrigações mútuos dos poderes executivo, legislativo e judiciário que formam o Estado brasileiro, busca-se respeitar a independência, perenidade e não jurisdicionariedade do Conselho Tutelar, órgão responsável pela fiscalização e acompanhamento das instituições e das políticas públicas atinentes aos direitos das crianças e dos adolescentes.

A partir do pressuposto mencionado, dos riscos de afronta aos direitos e das atribuições existentes para o órgão e seus membros, o problema de pesquisa consiste em analisar se os demais poderes, especialmente o Poder Judiciário, seja por meio de atos normativos advindos de Juizado da Infância e da Juventude (em primeiro grau de jurisdição) ou de Corregedoria Geral dos Tribunais de Justiça, têm competência para atribuir atribuições, deveres e obrigações aos Conselhos e aos Conselheiros Tutelares.

O objetivo geral do presente trabalho é identificar e descrever as decisões judiciais sobre normas infralegais que mitiguem a autonomia e independência do Conselho Tutelar. Os objetivos específicos são o de identificar quais foram as espécies normativas levadas à apreciação do poder judiciário, qual a posição jurisdicional (STJ e TJSP) e

7 Os Conselhos de Proteção de Direitos de Criança e Adolescente atuam nos três níveis da federação, ou seja, o CONANDA, em nível federal, os Conselhos Estaduais e os Conselhos Municipais.

quais as consequências e imputações penais atribuídas aos Conselheiros Tutelares.

O método adotado foi indutivo, pois teve como ponto de partida um caso concreto do município de Ribeirão Preto, estado de São Paulo, que resultou em um mandado de segurança coletivo, uma habeas corpus para trancamento de termo circunstaciado e atuação em uma ação penal.

A partir dessa situação, foi feita uma pesquisa jurisprudencial nos sítios eletrônicos do Superior Tribunal de Justiça – STJ – e do Tribunal de Justiça do estado de São Paulo – TJSP. Os termos utilizados para a pesquisa foram: conselho tutelar; atribuição; 136; subordinação. A pesquisa resultou em uma decisão no STJ, 3 acórdãos do TJSP, sendo que um deles não tem aderência ao objeto do artigo por tratar de debate sobre mobiliário essencial ao funcionamento do órgão.

Os resultados obtidos evidenciam que há necessidade de aprofundamento da competência e das atribuições do conselho tutelar na rede de proteção das crianças e adolescentes e uma delimitação mais objetiva da matriz de responsabilidade de todos os órgãos e atores envolvidos no fundamental dever social de cuidado dos infantes e jovens.

2. PORTARIA Nº 01/2022, JUÍZO DA INFÂNCIA E DA JUVENTUDE E DO IDOSO DA COMARCA DE RIBEIRÃO PRETO, SÃO PAULO

A situação fática que originou o leading case utilizado neste artigo foi a edição da Portaria nº 01/2022, em 08 de fevereiro de 2022, pelo Juízo da Infância e da Juventude e do Idoso da Comarca de Ribeirão Preto, estado de São Paulo, que criou regras para o procedimento de busca e apreensão de menores.

O documento estabeleceu duas obrigações. A primeira, referente às buscas e apreensões em geral, que deveriam ser cumpridas por Oficial de Justiça, acompanhado por Conselheiro Tutelar; a segunda, regulamentou apenas os casos em que o menor se encontre em hospitais ou maternidades, prevendo que nessas hipóteses a responsabilidade fica a cargo de serviço de acolhimento existente na cidade.

A redação da norma assim determinou:

Os mandados de busca e apreensão de crianças e adolescentes serão cumpridos por Oficial de Jus-

tiça, acompanhado por Conselheiro Tutelar desta Comarca, nos termos do art. 136, inciso I c/c arts. 98 e 101, inciso VII, todos do Estatuto da Criança e do Adolescente, no âmbito de suas atribuições, conforme a região.

A leitura do texto acima mostra que, a partir da vigência da portaria, criou-se a obrigação ao Conselho Tutelar de Ribeirão Preto de realizar o cumprimento de mandado de busca em apreensão, com suposto fundamento legal em três artigos do ECA, e de acordo com a divisão geográfica de cada conselho, que no caso de Ribeirão Preto é de três regiões.

Assim, ante o princípio da presunção de legalidade das normas, a Portaria nº 01/2022 surtiu efeitos imediatos e consequências jurídicas relevantes no campo funcional do Conselho Tutelar, além de administrativo e penal a todos os Conselheiros, notadamente aqueles que consideraram a decisão ilegal e deixaram de cumprí-la, o que ensejou a impetração de um Mandado de Segurança Coletivo, de ação penal em face de seis Conselheiros e um habeas corpus para trancamento de termo circunstanciado por outro.

3. CONSELHO TUTELAR: ÓRGÃO PERMANENTE, INDEPENDENTE E NÃO JURISDICIONAL

A natureza jurídica do Conselho Tutelar é matéria afeta ao artigo 131 do ECA, que prevê que se trata de órgão permanente e autônomo, não jurisdicional, encarregado pela sociedade de zelar pelo cumprimento dos direitos da criança e do adolescente.

O artigo mencionado é fundamental e precisa ser minuciosamente analisado quanto à definição de seus termos. O primeiro deles é o termo permanente, que demonstra uma característica do órgão, vinculado à administração pública municipal e de natureza híbrida, com funções fiscalizatórias e administrativas, mas com natureza duradoura e contínua, pois, ao final do mandato, o Conselho persistirá, enquanto os mandatos dos conselheiros se limitam ao tempo previsto (Rossato; Lepore; Cunha, 2015). O Conselho Tutelar atualmente é uma ferramenta do sistema de garantias e não pode sofrer solução de continuidade em sua atuação, permitindo apenas a renovação periódica de seus membros⁸.

O segundo atributo, o mais importante para o objeto deste artigo, é que o Conselho Tutelar se trata de órgão autônomo, com

⁸ Conforme TJMG. 8ª C. Cív. A.I. nº 1.0133.05.027038-7/001. Rel. Teresa Cristina da Cunha Peixoto. J. em 28/09/2006, *apud* Digiácomo; Digiácomo, 2020.

total independência funcional, vinculado apenas às obrigações expressamente fixadas no ECA. Logo, é vedada a interferência dos demais poderes, notadamente do Poder Executivo local ou do Poder Judiciário (Rossato; Lepore; Cunha, 2015).

A independência funcional decorrente da autonomia é prerrogativa do órgão enquanto colegiado, e não do Conselheiro Tutelar de forma individualizada. A previsão de direitos e deveres inerentes ao conselho e aos conselheiros visa garantir que eles atuem de forma "harmônica, articulada e cordial, com respeito e cooperação mútuas"⁹, sem, entretanto, resultar em ausência de regras. Ademais, "a autonomia que detém o Conselho Tutelar para o exercício de suas atribuições não o torna imune à fiscalização de outros integrantes do Sistema de Garantias idealizado pela Lei nº 8.069/1990¹⁰". O Conselho não está submetido à escala hierárquica na Administração e tal independência não se confunde com revisão judicial prevista no artigo 137 do ECA, pois nessa última situação há o controle jurisdicional e não o administrativo (Cury et al, 2003).

O terceiro conceito relevante é o de ser não jurisdicional, ou seja, desvinculado do Poder Judiciário. Constata-se, portanto, que se trata de uma autoridade pública municipal, com competência para o exercício de decisões jurídico-administrativas advindas do colegiado e subordinada ao ECA (Sobral, 2002). De outro lado, não é atribuição do Conselho resolver o conflito de interesses e figurar com parte nos processos judiciais, tampouco impor sanções quanto ao descumprimento de suas ordens, pois, quando necessário, deverá representar ao Poder Judiciário (Cury et al, 2003; Del-campo; Oliveira, 2009).

O último ponto do artigo 131 que merece destaque não é uma prerrogativa, mas uma obrigação, haja vista que, como braço forte da sociedade, derivado da democracia participativa decorrente da eleição de seus membros a cada 4 anos e que necessita do envolvimento da população, lhe é conferida a responsabilidade de zelar pelo cumprimento dos direitos das crianças e dos adolescentes (Cury et al, 2003, Del-campo; Oliveira, 2009).

3.1 Atribuições legais do conselho tutelar e impossibilidade de criação por ato normativo judicial

O Conselho Tutelar não é órgão auxiliar do Judiciário, mas autônomo, que atua em colaboração com este Poder, nos termos em

9 TJPR. 12ª C. Cível. RA nº 1112497-7, da Região Metropolitana de Londrina - Foro Central de Londrina - Rel. Ivanise Maria Tratz Martins - Unânime - J. em 10/06/2015, *apud* Digiácomo; Digiácomo, 2020

10 Id, ibid.

que definido pelo ECA. Não é possível, por via interpretativa, criar atribuição adicional para o Conselho Tutelar por meio de atos infralegais, como são as portarias editadas por magistrados, pois elas não podem inovar no mundo jurídico, vez que são atos secundários. Defender a possibilidade dessa criação implica em admitir a violação do princípio da legalidade.

Além da autonomia, observa-se que há, no mínimo, outros cinco fundamentos jurídicos que impedem a criação da obrigação por ato infralegal, quais sejam: i) a competência do Conselho Tutelar é definida pelo ECA, lei em sentido estrito, emanada do Poder Legislativo; ii) a competência de um órgão não pode ser expandida pela vontade de outro, manifestada por portarias ou outros normativos internos; iii) O CONANDA regulamentou a matéria, esclarecendo que não é possível a ampliação da competência dos conselheiros (art. 25 da Resolução nº 170/2015, DOU 27/01/2015); iv) o poder normativo do Poder Judiciário circunscreve-se ao seu âmbito interno, não podendo atingir outros órgãos e particulares que não utilizam dos seus serviços; v) existem órgãos próprios para dar cumprimento às ordens judiciais (oficiais de justiça e equipe multiprofissional);

As primeiras quatro razões dizem respeito, especificamente, à questão do que é ou não de competência do Conselho Tutelar, de forma que serão abordadas em conjunto. A quinta razão se refere ao poder normativo do Judiciário, àquilo que está ou não na sua esfera de atribuição. A sexta e última razão concerne ao ferramental já posto à disposição do Judiciário para dar efetividade às suas ordens, o que envolve órgãos próprios, que não o Conselho Tutelar.

3.2 **Atribuições legais de órgão autônomo**

Segundo Meirelles (2000), "A competência resulta da lei e é por ela delimitada". "A competência administrativa, sendo um requisito de ordem pública, é intransferível e improrrogável pela vontade dos interessados". Frise-se: a competência resulta da lei e é por ela delimitada; não cabe a um interessado – no caso, os juízes das varas de infância e juventude – criar uma competência para um outro órgão.

As atribuições dos conselheiros tutelares vêm detalhadas no art. 136 do ECA, compreendendo doze incisos e um parágrafo único. Não se observa no corpo da norma, em nenhum momento, a obrigação de o Conselho Tutelar ter o dever de realizar busca e apreensão de crianças e adolescentes.

Sobre o tema, Rossato; Lepore; Cunha (2015):

O Conselho Tutelar poderá, de ofício, aplicar as medidas protetivas constantes do art. 101, I ao VI, do Estatuto, às crianças e aos adolescentes que estiverem em situação de risco. Também poderá fazê-lo quando houver a prática de ato infracional por criança (art. 105 do Estatuto). De qualquer forma, a decisão poderá ser revista pelo Juiz da Vara da Infância e da Juventude, atendendo a requerimento do interessado (art. 137 do Estatuto). Nas localidades em que este órgão não existir, a atribuição pela inserção em medidas protetivas será exclusiva do Juiz (art. 262 do Estatuto).

Registre-se que os Conselhos Tutelares não são competentes para a aplicação de todas as medidas protetivas. Exetuam-se as medidas de acolhimento institucional e familiar, além da medida de colocação em família substituta, cuja competência é exclusiva do Juiz da Vara da Infância e da Juventude. Sem prejuízo, em caso urgente e excepcional, poderá encaminhar a criança ou o adolescente à entidade de atendimento responsável pela execução de programa de acolhimento institucional, quando então o fato deverá ser comunicado ao Juiz no prazo máximo de 24 horas (art. 93 do Estatuto) (sem grifos no original).

Veja-se, portanto, que é justamente a parcela de competência que é exclusiva do âmbito judiciário, que a Portaria nº 01/2022 e os mandados com base nela editados, pretende transferir para os conselheiros.

Ora, isso é inviável juridicamente, até mesmo porque, não se pode esquecer, o Conselho Tutelar é órgão autônomo. Na lição clássica de HEYL LOPES, o órgão autônomo está localizado na cúpula da Administração e é dotado de “ampla autonomia administrativa, financeira e técnica”; ele executa “com autonomia as suas funções específicas, mas segundo diretrizes dos órgãos independentes, que expressam as opções políticas do Governo” (Meirelles, 2000).

Essa autonomia, note-se, pressupõe a especificidade de funções, que são fixadas na lei instituidora e regulamentadora do órgão, que é o ECA, e não a portaria da Vara da Infância.

Em âmbito doutrinário, Sobral (2000) leciona que o conselho é dotado de “total independência dos demais órgãos da administração pública”, que ele “pode agir livremente, sem qualquer interferência,

em atendimento aos seus objetivos" e "independe do Poder Judiciário"; as suas decisões "advém do colegiado, que somente está subordinado à lei (Estatuto) e a nada mais".

Ratificando os fundamentos já acima delineados, acerca da competência dos conselheiros tutelares, o CONANDA já deliberou pela impossibilidade de sua ampliação, em textual:

Art. 25. O Conselho Tutelar exercerá exclusivamente as atribuições previstas na Lei nº 8.069, de 1990, não podendo ser criadas novas atribuições por ato de quaisquer outras autoridades do Poder Judiciário, Ministério Público, do Poder Legislativo ou do Poder Executivo municipal, estadual ou do Distrito Federal.

Outro fator relevante é que ainda que se ignorasse a impossibilidade de aditamento das atribuições legais dos conselheiros, do ponto de vista operacional haveria entraves de difícil solução, ao se admitir que os conselheiros tutelares deveriam acompanhar oficiais de justiça, tais como: i) Como se daria a comunicação de que há uma diligência a ser cumprida?; ii) Em qual momento de seu expediente o conselheiro teria que acompanhar o oficial?; iii) O oficial de justiça escolheria o momento e, incontinenti, independentemente do trabalho que o conselheiro estivesse executando no momento, este deveria acompanhará-lo?; iv) E qual conselheiro deveria ser selecionado? Essa opção seria dos conselheiros ou do oficial de justiça? Ou o juiz deveria nomear previamente o conselheiro?; v) Deveria ser destacado um conselheiro específico que, a par de suas atribuições regulares, dedicar-se-ia também a esse tipo de diligência? Ou qualquer conselheiro que estivesse no conselho, naquele momento, escolhido pelo oficial de justiça ou pelo juiz, deveria simplesmente ignorar suas outras atribuições?¹¹

Como se percebe, todas essas questões, sumariamente ignoradas na Portaria nº 01/2022 deveriam ser respondidas de antemão, para que se pudesse operacionalizar a medida.

Quando há subordinação, é certo que o superior (juiz) manda e o subordinado (oficial de justiça) obedece, conforme a ordem que lhe for dirigida. Mas se aquele a quem a ordem se dirige tem auto-

¹¹ Apenas para que se tenha uma dimensão da precariedade com a qual a Portaria nº 01/2022 era operacionalizada, na prática, os conselheiros recebiam ligações telefônicas de oficiais de justiça que, naquele momento, informam que havia uma diligência a ser cumprida e que os conselheiros devem acompanhá-los. Sem maiores explicações ou detalhes.

nomia administrativa, já que integra órgão autônomo, alheio ao Judiciário, como isso seria feito?

O absoluto mínimo – caso se aditasse o art. 136, do ECA, para incluir uma atribuição aos conselheiros – seria a existência de um protocolo administrativo de cooperação ou um memorando de entendimentos, elaborado de comum acordo pelas instituições envolvidas, que detalhasse a sua atuação conjunta.

Não se mostra razoável cogitar acerca de uma ordem externa, com um destinatário indeterminado, exigível a qualquer momento, para que se executasse uma medida da gravidade de uma busca e apreensão de criança e adolescente. Por tudo isso, denota-se que a Portaria nº 01/2022 e dos atos com base nela editados afrontam o princípio da legalidade.

3.3 Dos limites do poder normativo do Judiciário

Não é função do Judiciário criar atribuição legal para um órgão autônomo, com fundamento no seu poder normativo-administrativo, pois este é interno aos seus serviços, não alcançando outros órgãos ou particulares que não se utilizam dos serviços judiciais.

É certo que a moderna compreensão acerca da divisão de poderes do Estado enfatiza que os Poderes não exercem com exclusividade as funções normativa, jurisdicional e administrativa; o que existe é uma preponderância de uma ou outra função. Não obstante, é mister analisar a amplitude e adequação de cada uma delas.

O poder normativo do Judiciário tem assento constitucional especialmente no art. 96, inc. I, a, da CRFB, no ponto em que se estabelece que os tribunais dispõem de competência privativa para dispor sobre “a competência e o funcionamento dos respectivos órgãos jurisdicionais e administrativos.”

Embora tratando do poder normativo sob a ótica do Executivo, é certo que os regulamentos administrativos ou de organização, que “contêm normas sobre a organização administrativa ou sobre as relações entre os particulares que estejam em situação de submissão especial ao Estado”, “têm alcance limitado ao âmbito de atuação do órgão expedidor” (Di Pietro, 2015).

De fato, uma palavra merece ênfase no art. 96, I, a, da CRFB: “respectivos”. O Judiciário só exerce poder normativo internamente,

quanto aos seus respectivos órgãos, não no tocante a órgãos diversos, integrantes dos poderes Executivo e Legislativo. Essa regra compõe o sistema de divisão de poderes estatuído pela Constituição vigente (art. 2º, CRFB); não é possível, portanto, que se extrapolem os estritos limites que a Constituição atribuiu ao Poder Judiciário.

Regra que versa sobre atribuição de conselheiro tutelar é matéria claramente alheia à organização dos órgãos judiciários, de forma que não se mostra legítimo que seja objeto de portaria editada unilateralmente por um magistrado. Inclusive, a questão relativa à busca e apreensão de crianças e adolescentes aparenta ser matéria atinente à legislação propriamente processual e não uma questão administrativa de organização judiciária.

De acordo com o STF, “são normas de direito processual as relativas às garantias do contraditório, do devido processo legal, dos poderes, direitos e ônus que constituem a relação processual, como também as normas que regulem os atos destinados a realizar a causa finalis da jurisdição¹²”.

Ora, o cumprimento de diligência judicial que determina a busca e apreensão é ato coercitivo, decorrente do ius imperii estatal, que realiza concretamente a vontade da lei (no caso, o ECA, no ponto em que admite, em caráter excepcional, a retirada de crianças e adolescentes do convívio familiar originário).

Não cabe ao juiz inovar na ordem processual dessa forma, para além da função normativa interna do Judiciário. Merece nota uma situação excepcional. O art. 149 do ECA, numa primeira leitura, parece sugerir um poder normativo mais alargado do magistrado da infância e juventude, entretanto, o ECA veda que o juízo crie normas referentes ao processo legislativo, devendo limitar-se às situações casuísticas (Rossato; Lepore; Cunha, 2015).

Dessa forma, ainda sob o pretexto do art. 149, jamais se poderia concluir pela existência de poder normativo judicial sobre outras instituições, como é o caso do Conselho Tutelar. Ademais, as matérias ali versadas dizem respeito à presença de crianças e adolescentes em locais e eventos, assunto que passa ao largo do que efetivamente tratou a Portaria nº 01/2022.

3.4 Dos instrumentos que o Judiciário pode utilizar

12 ADI 2.970, rel. min. Ellen Gracie, j. 20-4-2006, P, DJ de 12-5-2006.

O Código de Processo Civil é expresso ao atribuir o cumprimento de diligências ao oficial de justiça (art. 154, inc. I, do CPC). Essa regra não está à disposição do juiz para nela incluir outros sujeitos com a mesma atribuição, até mesmo porque se trata de função subordinada, consistente puramente no cumprimento de ordens judiciais¹³ e, consequentemente, incompatível com a noção de um órgão autônomo como o Conselho Tutelar.

Atento às peculiaridades da infância e juventude, o ECA prevê equipe interprofissional própria para o auxílio dos órgãos judiciários, cabendo ao Judiciário destacar na sua proposta orçamentária recursos para essa finalidade (arts. 150 e 151). Esse auxílio específico - de cumprimento das diligências - é de atribuição organizacional do próprio Judiciário, não sendo admissível a transferência desse encargo para os Conselhos Tutelares.

Por isso, reforça-se: não há possibilidade de criação de atribuição consistente na realização de diligência externa para conselheiros tutelares para além dos limites do ECA, não só em razão da limitação do poder normativo do Judiciário (arts. 2º e 96, inc. I, a, CRFB), mas também em razão da previsão de auxiliares próprios (art. 154, inc. I, CPC; arts. 150, 151, ECA), visando a execução das ordens judiciais.

O ECA é expresso ao estabelecer a subordinação dessa equipe diretamente ao juiz, como se observa do artigo 151, em textual:

Art. 151. Compete à equipe interprofissional dentre outras atribuições que lhe forem reservadas pela legislação local, fornecer subsídios por escrito, mediante laudos, ou verbalmente, na audiência, e bem assim desenvolver trabalhos de aconselhamento, orientação, encaminhamento, prevenção e outros, tudo sob a imediata subordinação à autoridade judiciária, assegurada a livre manifestação do ponto de vista técnico.

O dispositivo é claro ao estabelecer a quem o servidor está vinculado: "tudo sob a imediata subordinação à autoridade judiciária".

Também é inequívoco que se fala da equipe, não dos conselheiros tutelares. Ou seja, a competência é intransferível e imodificável sem lei, "não pode ser objeto de transferência" e "sua compostura é a que decorre de lei" (Mello, 2006)¹⁴.

13 Nesse sentido: HUMBERTO THEODORO JR. *Curso de direito processual civil*. 63. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022, p. 382.

14 *Curso de direito administrativo*. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 133.

Assim, não se sustenta o argumento de que, eventualmente, os conselheiros tutelares estariam deixando o Judiciário sem auxílio ao não acudirem os oficiais de justiça na execução de diligências externas, mormente porque o Judiciário tem à sua disposição, além desses profissionais qualificados que são os Oficiais, equipe interprofissional por ele custeada e a ele subordinada, que também possui a atribuição de subsidiar, apoiar e auxiliar no cumprimento das decisões judiciais, sempre em prol da tutela dos direitos das crianças e dos adolescentes (arts. 150 e 151 do ECA).

3.5 Dos precedentes institucionais favoráveis aos conselheiros

A matéria já foi objeto de outras análises por órgãos distintos, dentre eles o Ministério Público do estado de São Paulo, o Tribunal de Justiça de Santa Catarina, a Assembleia Legislativa do estado de São Paulo e a Comissão de Direitos Humanos da Ordem dos Advogados do Brasil, Subseção de Ribeirão Preto¹⁵.

A primeira delas decorre de uma representação apresentada à Promotoria da Justiça da Infância e Juventude da Capital do estado de São Paulo, que indeferiu o pedido de instauração de procedimento para apuração de suposta irregularidade no fato de conselheiros se negarem a auxiliar oficial de justiça em cumprimento de mandado de busca e apreensão.

A promotora responsável não vislumbrou nenhum ilícito, determinando o arquivamento do procedimento, sob o argumento de que “o Conselho Tutelar é órgão autônomo e as suas atribuições são aquelas previstas no art. 136 do ECA. Não está dentre elas a de acompanhar ou auxiliar oficial de justiça no cumprimento de suas atribuições. Ele não é órgão auxiliar de Justiça.¹⁶”. Na mesma decisão, foi acertadamente feita uma ressalva de que, em determinados casos concretos, poderia ser expedido ofício ao Conselho Tutelar para solicitar auxílio sem cogitar, assim, ofensa à autonomia do órgão.

É certo que o Conselho Tutelar não apenas pode, como deve agir na tutela dos interesses dos infantes e jovens e, por via de consequência, ele pode ser acionado até mesmo para acompanhar o cumprimento de um mandado, mas para tanto é preciso que haja uma decisão judicial, proferida num caso concreto, e devidamente fundamentada.

¹⁵ Todos os documentos foram juntados no Mandado de Segurança nº 2159539-02.2022.8.26.0000, disponível em <https://esaj.tjsp.jus.br/cposg/open.do>, acesso em 30/set/2023.

¹⁶ Processo 2159539-02.2022.8.26.0000, fl. 64.

Em segundo lugar, a Corregedoria Geral de Justiça do Tribunal de Justiça de Santa Catarina acolheu parecer de lavra do juiz auxiliar, no sentido de que os magistrados do tribunal deveriam se atentar para a circunstância de que as atribuições dos conselheiros são taxativas e que não lhes cabe, de forma forçada, executar o transporte de crianças e adolescentes por ordem judicial.

Houve menção expressa na decisão de que “todos os envolvidos na rede de proteção e atendimento da Infância e Juventude, tais como Oficiais da Infância e Juventude, Conselheiros Tutelares, entre outros, deverão atuar de forma harmônica e com um objetivo comum: a garantia dos direitos das crianças e adolescentes.¹⁷”

Em terceiro lugar, especificamente no que diz respeito à situação dos conselheiros tutelares de Ribeirão Preto, a Assembleia Legislativa do estado de São Paulo aprovou a Moção nº 186/2022¹⁸, na Sessão de 30/06/2022, em apoio aos conselheiros e para revogação da Portaria 001/2021, o objeto do Mandado de Segurança.

Em quarto lugar, a Comissão de Direitos Humanos da OAB, Subseção de Ribeirão Preto, em parecer de lavra de sua presidente e do seu vice-presidente, manifestou o entendimento de que a Portaria nº 01/2022 não pode ser legitimamente utilizada como fundamento para determinar, de forma coercitiva, a atuação dos conselheiros. Na conclusão do documento, foi registrado categoricamente que “o acompanhamento de mandados de busca e apreensão não pode ser imposto ao Conselho Tutelar, mas deve por ele ser autonomamente avaliado¹⁹. ”

Em conclusão, observa-se que existe suporte à tese defendida neste artigo, tanto no Ministério Público do Estado de São Paulo, quanto no Tribunal de Justiça de Santa Catarina, na Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo e na Ordem dos Advogados do Brasil.

Consequentemente, a recusa em atender atos fundados na Portaria nº 01/2022 não decorreu de capricho dos conselheiros, muito menos consistiu em negativa de seus deveres legais e funcionais. Tratou-se pura e simplesmente da adequada leitura da ordem jurídica protetiva dos direitos das crianças e adolescentes, com base na divisão de atribuições nela estabelecida.

17 Processo 2159539-02.2022.8.26.0000, fl. 68.

18 Processo 2159539-02.2022.8.26.0000, fl. 71.

19 Processo nº 2159539-02.2022.8.26.0000, fls. 79.

4. DECISÕES JUDICIAIS

A Portaria 01/2022 do juízo da Infância e Juventude de Ribeirão Preto resultou em três processos judiciais, sendo um mandado de segurança coletivo, uma ação penal em face de seis conselheiros e um habeas corpus para trancamento de termo circunstanciado impetrado por outro conselheiro.

4.1 Mandado de Segurança Coletivo

Como a Portaria gerava a obrigação aos Conselheiros e seu descumprimento ensejaria a imputação de crime a eles, bem como diante da possibilidade de sanções administrativas aplicáveis pelo CM-DCA e pelo próprio Juízo, buscou-se apoio junto à Associação Paulista de Conselheiros e Ex-Conselheiros Tutelares, para o ingresso de medida judicial.

O remédio utilizado foi um Mandado de Segurança coletivo²⁰, impetrado junto à Câmara Especial do Tribunal de Justiça do estado de São Paulo, órgão formado por dez desembargadores, sob a presidência do vice-presidente do Tribunal e com a presença do decano e dos presidentes das seções de direito público, privado e criminal.

O pedido liminar foi apreciado e deferido nos termos da inicial, para *“determinar, ao MM. Juízo de Direito da Vara da Infância e Juventude e do Idoso de Ribeirão Preto, que se abstenha de impor, aos conselheiros tutelares, o acompanhamento de oficiais de justiça no cumprimento de mandados de busca e apreensão de crianças e adolescentes, com fundamento na Portaria nº 01/2022 do mesmo juízo”*.

O relator ressaltou que a previsão para a realização de medida de busca a apreensão de forma genérica e não fundamentada “parece atentar contra a estrita legalidade”.

A decisão foi ratificada pelo colegiado, tendo o acórdão transitado em julgado, reconhecendo-se a ilegalidade da normativa, sob o fundamento de que “o item I, da Portaria nº 01/2022, do MM.

20 Processo nº 2159539-02.2022.8.26.0000, disponível para consulta em <https://esaj.tjsp.jus.br/cposg/search.do?conversationId=&paginaConsulta=0&cbPesquisa=NUMPROC&numeroDigitoAnoUnificado=2159539-02.2022&foroNumeroUnificado=0000&dePesquisaNúmeroUnificado=2159539-02.2022.8.26.0000&dePesquisaNuUnificado=UNIFICADO&dePesquisaSa=&tipoNuProcesso=UNIFICADO>, acesso em 26/ago/2023

Juízo de Direito da Vara da Infância e Juventude e do Idoso de Ribeirão Preto, extrapola da legalidade, não devendo, assim, prevalecer", pois da leitura do artigo 136 do ECA, bem como das medidas previstas nos artigo 98 e 101, inciso VII, do mesmo diploma, conclui-se que o cumprimento do mandado judicial cabe ao Oficial de Justiça, não podendo ser determinado ao Conselheiro Tutelar genericamente.

A necessidade de participação do Conselheiro Tutelar foi declarada como medida excepcional, que deve constar de decisão judicial individualizada, proferida em caso concreto e devidamente fundamentada. Não houve recurso e a decisão transitou em julgado.

4.2 Ação Penal por prevaricação e desobediência²¹

O descumprimento da ordem disposta na Portaria objeto de análise (para que os conselheiros tutelares acompanhassem o Oficial de Justiça no cumprimento de mandado de busca e apreensão), em seis situações concretas, resultou no oferecimento de denúncia pelo Ministério Público, imputando os crimes de prevaricação e desobediência aos conselheiros.

Inicialmente a demanda tramitou pelo Juizado Especial Criminal, mas, em razão da pena máxima dos supostos delitos, o juízo declinou a competência e remeteu os autos a uma das Varas Criminais.

A denúncia foi recebida pelo juízo criminal e os Conselheiros não aceitaram a proposta de transação ofertada pelo representante do Ministério Público, exercendo o direito de se defender e requerer a absolvição por atipicidade da conduta.

Como os processos transcorreram de forma autônoma, deve-se destacar que após a apresentação da defesa, houve o deferimento da liminar pleiteada no Mandado de Segurança, com a consequente suspensão da eficácia da Portaria. Na sequência, o juízo, para evitar decisões conflitantes e até mesmo por questão de segurança jurídica, determinou o sobrestamento do processo criminal até a decisão final do MS pelo Órgão Especial do TJSP.

Após o trânsito em julgado da decisão proferida no mandado de segurança, a defesa requereu a absolvição sumária de todos os envolvidos. O Ministério Público, entretanto, manteve o pedido apre-

21 Processo nº 1501334-63.2022.8.26.0506, disponível em <https://esaj.tjsp.jus.br/cpopg/show.do?processo.codigo=E2000MTRG0000&processo.foro=506&processo.numero=1501334-63.2022.8.26.0506>, acesso em 26/ago/2023.

sentado na denúncia, reiterando que ainda era o caso de condenação, mesmo com a declaração de ilegalidade da norma. A sentença penal absolveu sumariamente e reconheceu a atipicidade da conduta. O magistrado decidiu que “uma vez que a referida Portaria atentou contra a estrita legalidade, não subsiste o ato de ofício atribuído aos conselheiros tutelares, isto é, não há que se falar em não cumprimento do dever legal por parte de tais agentes”.

O juízo reconheceu que, em relação ao crime de prevaricação, previsto no artigo 319 do Código Penal, não houve ato de ofício descumprido, pois a busca e apreensão genérica não tem previsão no artigo 136 do ECA. No tocante ao crime de desobediência, previsto no art. 300 do Código Penal, afirmou que uma ordem judicial legal, no aspecto formal, não enseja a possibilidade de imputação do crime quando do seu conteúdo é ilegal.

Não houve recurso e a decisão transitou em julgado.

4.3 Habeas Corpus²² para trancamento de Termo Circunstanciado

Outra ação judicial necessária foi a impetração, por um Conselheiro, de habeas corpus para o trancamento de Termo Circunstanciado lavrado em decorrência da recusa de Conselheiro Tutelar em cumprir atribuição não prevista no artigo 136 do ECA para “acompanhamento” de menor apreendido em delegacia de polícia, até que familiares de outro município pudessem se deslocar ao local.

O processo tramitou no Juizado Especial Criminal de Ribeirão Preto, com a concessão da ordem para determinar o trancamento do Termo Circunstanciado, haja vista a atipicidade da conduta da agente em se negar a cumprir uma atribuição não prevista em lei.

Não houve recurso e a decisão transitou em julgado.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os conselheiros tutelares têm a honrosa função de atuar no sistema de garantia de direitos de crianças e adolescentes e suas atribuições são fixadas em lei, notadamente, no artigo 136 do Estatuto da Criança e do Adolescente que apresenta as atribuições taxativamente.

22 Processo nº 1036984-34.2022.8.26.0506, o processo tramitou em segredo de justiça.

Por compor o sistema de garantia de direitos, a inter-relação com outros atores é diária e necessária, notadamente com o Poder Judiciário, Ministério Público, serviços sociais municipais e Conselho de Direitos. Para se manter a harmonia e funcionalidade das políticas de atendimento, todos os envolvidos devem respeitar as atribuições e competências legais do outro órgão, em um verdadeiro regramento de freios e contrapesos, cuja finalidade é a efetividade na proteção dos direitos das crianças e dos adolescentes.

O que se observa é que no exercício das atividades diárias, em diversos momentos, os atores extrapolam suas competências, deixando de reconhecer que o Conselho Tutelar é órgão autônomo e independente, com relevante função social.

O Conselho Tutelar, em muitos casos, é o órgão de representação do Estado brasileiro mais próximo das crianças e adolescentes que se encontram em situação de vulnerabilidade, merecendo respeito e reconhecimento por toda a sociedade e demais poderes públicos.

O resultado da pesquisa denota que, apesar da divergência de entendimentos, o Poder Judiciário tem sinalizado pelo reconhecimento das atribuições fixadas no artigo 136 do ECA, rechaçando qualquer outra que não seja fixada em lei ou que tenha justa motivação em determinado caso concreto.

A relevância da adequada atuação do Conselho Tutelar é inquestionável. A necessidade do seu acionamento pelo Judiciário em determinados casos, também é. Não obstante, o que se mostra claro é a verificação da necessidade concreta da atuação, e não apenas em abstrato.

Vê-se, ainda, que a matéria necessita de maior estudo e até mesmo de normatização, como o ocorrido no estado de Santa Catarina, a fim de evitar novos casos como os estudados neste momento. Tais medidas permitirão que todos os envolvidos na aplicação das políticas públicas de proteção aos direitos das crianças e adolescentes tenham maior clareza quanto às competências e atribuições de cada ente, possibilitando ao Estado atuar com maior eficiência na proteção desse relevante grupo - as crianças e adolescentes em situação de abuso de direito - e de forma mais completa.

Portanto, prezar pela harmonia entre os órgãos do sistema de Justiça é essencial e, tratando-se de direito de infantes e jovens, é indispensável que se respeite a autonomia dos Conselhos Tutelares, tanto quanto sejam estes efetivamente estruturados para a sua adequada atuação, coibindo-se sempre as ingerências indevidas, a fim de que o bem maior, que é a proteção dos direitos das crianças e dos adolescentes, seja efetivamente alcançado.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2000.

BRASIL. Grupo de Trabalho do Centro de Apoio Operacional da Infância e da Juventude do Ministério Público de Santa Catarina (CIJ/MPSC), Coordenadoria Estadual da Infância e Juventude do Tribunal de Justiça de Santa Catarina (CEIJ/ TJSC), Federação Catarinense de Municípios (FE-CAM), Conselho Estadual dos Direitos da Criança e Adolescente (CED-CA) e Associação Catarinense dos Conselheiros Tutelares (ACCT). Orientações Conselho Tutelar. Florianópolis, fevereiro/2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Quinta Turma). Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 13.964 - SP (2003/0007357-6). Relator: Ministro Felix Fischer. Data do julgamento: 01 abr. 2004.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação nº: 0003286-36.2011.8.26.0572. Registro: 2013.0000429028. Acórdão. Voto nº: 3859

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação nº: 0004396-07.2010.8.26.0572. Registro: 2012.0000660492. Acórdão. Voto nº: 2.534.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Processo nº 1036984-34.2022.8.26.0506. Habeas Corpus Criminal. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cpopg/show.do?processo.codigo=E2000NWWM0000&processo.foro=506&processo.numero=1036984-34.2022.8.26.0506>> Acesso em: 26 ago. 2023.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Processo nº 1501334-63.2022.8.26.0506. Ação Penal. Procedimento Ordinário. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cpopg/show.do?processo.codigo=E2000MTRG0000&processo.foro=506&processo.numero=1501334-63.2022.8.26.0506>> Acesso em: 26 ago. 2023.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Processo nº 2159539-02.2022.8.26.0000. Mandado de Segurança. Infância e Juventude. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cposg/search.do?conversationId=&paginaConsulta=0&cbPesquisa=NUMPROC&numeroDigitoAnoUnificado=2159539=02-2022.&foroNumeroUnificado=0000&dePesquisaNuUnificado=2159539-02.2022.8.26.0000&dePesquisaNuUnificado=UNIFICADO&dePesquisa=&tipoNuProcesso=UNIFICADO>> Acesso em: 26 ago. 2023.

CURY, Munir et al. Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

DEL-CAMPO, Eduardo Roberto Alcântara; OLIVEIRA, Thales Cesar de. Estatuto da Criança e do Adolescente. São Paulo: Atlas, 2009.

DIGIÁCOMO, Murilo José; DIGIÁCOMO, Ildeara de Amorim. Estatuto da Criança e do Adolescente Anotado e Interpretado. Curitiba: Ministério Público do Estado do Paraná. Centro de Apoio Operacional das Promotorias da Criança e do Adolescente, 2020.

DI PIETRO, Maria Silvia Zanella. Direito administrativo. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

LENZA, Pedro. Direito Constitucional Esquematizado. São Paulo: Saraiva, 2009.

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo brasileiro. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de; Direito Administrativo brasileiro. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

_____. Curso de Direito Administrativo. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

RIEZO, Barbosa. Estatuto da Criança e do Adolescente Interpretado. São Paulo: LexbooK, 1999.

ROSSATO, Luciano Alves; CUNHA, Rogério Sanches; LÉPORE, Paulo Eduardo. Estatuto da criança e do adolescente. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

ROSSATO, Luciano Alves; CUNHA, Rogério Sanches; LÉPORE, Paulo Eduardo. Estatuto da criança e do adolescente. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

SOBRAL, Karina Miguel. Conselho tutelar: instrumento de proteção dos direitos fundamentais das crianças e dos adolescentes vitimizados pela

violência doméstica. 2002. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito "Laudo Camargo", Universidade de Ribeirão Preto, Ribeirão Preto/SP, 2002.

SOUZA, Everaldo Sebastião de et. al. Guia Prático do Conselheiro Tutelar. Goiânia: ESMP-GO, 2008.

THEODORO JR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil. 63. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

ZIPPELIUS, Reinhold. Teoria Geral do Estado. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.