

PROCEDIMENTOS ADMINISTRATIVOS E O MINISTÉRIO PÚBLICO NO ECA

KELLER DORNELLES CLÓS

Promotor de Justiça no Rio Grande do Sul

O Estatuto da Criança e do Adolescente é a consubstanciação do direito primário. Dizemos primário porque é aquele que cuida dos primeiros anos de vida do cidadão, ainda em projeto. Este compêndio de leis traz os direitos básicos e princípios que visam o direcionamento e endereçamento do menor a uma maioria não cronológica e sim cultural e social. Daí a importância de seus preceitos, donde todo o demais decorre.

Da boa aplicação da lei menorista depende o crescimento cultural de nossa sociedade, pois quando cuidamos das crianças temos em nossas mãos a matéria-prima e podemos moldá-la como o oleiro, em seu ofício, que faz do barro belas peças, as quais refletem arte e utilidade.

Assim devemos fazer, sintonizando a legislação ao fato social, evitando, através da correta aplicação da lei, que num futuro tenhamos a matéria-prima desperdiçada e sem aproveitamento e então teremos um adulto sem o acultramento¹ necessário e suficiente ao convívio social, implicando novos gastos às administrações, visando a ressocialização de homens que não tiveram a promoção social devida, onde a reeducação é um desiderato inatingível, restando apenas, ou quase tão-somente, o caráter aflitivo das penas impostas aos condenados por condutas deletérias à sociedade, erigidas a tipos penais.

A Lei 8.069/90, com o intuito de promover o menor e conduzi-lo a desejada formação social e cultural, substitui o Código de Menores e trouxe algumas inovações legislativas no trato da criança e do adolescente. Entre as várias novidades está a municipalização, através dos Conselhos Municipais dos Direitos da Criança e do Adolescente e os Conselhos Tutelares, para implementação da política social neste campo, e a criação de novos mecanismos de controle e fiscalização da aplicação das normas pertinentes a infância e juventude, sendo que estes instrumentos legais de controle dão-se em dois momentos, um administrativo (sem a intervenção do juízo) e outro judicial (com apreciação da autoridade judiciária). Não se questiona, aqui, a existência ou não de lide a configurar a jurisdição e sim no aspecto da atuação ou não do juízo.

1. Erich Fromm, *O Medo à Liberdade*, 10.^a ed., Zahar Editores, 1977, p. 19.

Neste rápido estudo, fixar-nos-emos apenas nos mecanismos administrativos de controle colocados à disposição do Ministério Público, afastando-nos de outros, como, p. ex., a fiscalização do juízo e dos Conselhos Tutelares sobre as entidades governamentais e não governamentais, art. 95 do ECA ou auto de infração lavrado por servidor efetivo ou voluntário credenciado, art. 194 da Lei 8.069/90.

O Código de Menores que teve vigência de pouco mais de 10 anos, no capítulo dedicado ao Ministério Público, destinava apenas três artigos (90-92) de redação telegráfica e não dotava o *Parquet* de ferramentas eficazes ao acompanhamento e implementação dos programas e medidas destinadas à infância e juventude.

A atual legislação, embora em cinco artigos, entretanto superabundantes em conteúdo e contexto, aparelha o Ministério Público de dispositivos que, bem acionados, poderão contribuir decisivamente para a implementação adequada e paulatina do direito primário.

Da apreciação do texto legal, depreende-se a existência de dois procedimentos específicos e um genérico para a tarefa do Órgão Ministerial. Visualizamos o procedimento administrativo, art. 201, VI, o inquérito civil e a sindicância, art. 201, V e VII todos do ECA, aquele o genérico, estes os específicos.

No dia-a-dia da Curadoria da Infância e Juventude o Promotor de Justiça depara-se com um sem-número de fatos sociais que merecem atenção do Ministério Público na vigilância e promoção do direito menorista e, então, a escolha do caminho a seguir, vale dizer do procedimento a instaurar, assume grande importância frente ao disposto no art. 201, VIII, c/c o § 5.º, "a", do mesmo artigo que fala em instauração do competente procedimento, e face a necessidade do controle interno do ato administrativo de instauração, nos termos dos arts. 223, §§ 3.º e 4.º e 224 da Lei 8.069/90.

No manuseio de diversas obras² que tratam da causa menorista, não encontramos um divisor de águas e um norte seguro para orientar o Curador da Infância e Juventude na escolha do procedimento adequado, então ousamos lançar algumas sementes para buscar o vicejamento das idéias neste terreno.

Cabe destacar que o ponto de partida de qualquer procedimento a ser adotado é o ato administrativo de instauração, o qual deve conter os requisitos indispensáveis a sua formação ou seja, competência, finalidade, forma, motivo e objeto. Uma vez instaurado o procedimento administrativo, sejam os específicos ou o genérico, estes estabelecidos no ECA, o Ministério Público estará apto a buscar e coligir as informações necessárias a elucidação dos fatos sociais que interessem ou possam interessar a aplicação dos preceitos do direito menorista.

Pelo estatuído na Lei 8.069/90 e na atuação em geral do Ministério Público, antes da instauração do procedimento pertinente, a requisição, a

2. Liborni Siqueira, *Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente*, 1.ª ed., Forense, 1991. Jason Albergaria, *Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente*, 2.ª ed., 1991. Wilson Donizeti Liberati, *O Estatuto da Criança e do Adolescente*, 1.ª ed., Coleção Estudos Jurídicos Sociais, IBPS, 1991. Paulo Lúcio Nogueira, *Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado*, Saraiva, 1991. Luís Edmundo Labanca, *Estatuto da Criança e do Adolescente, Anotado*, Forense, 1991.

diligência ou inspeção são ilegais, portanto devem ser anuladas ou adequadas à lei pelo próprio Órgão Ministerial, pois o descumprimento não acarretará ilícito e o prejudicado poderá recorrer ao Poder Judiciário para anular os atos ilegais. Diferentemente as requisições autorizadas pelo art. 47 do CPP, onde preexiste um processo penal, pois caso o inquérito policial não traga as peças necessárias à propositura da ação penal deve ser devolvido a autoridade policial, art. 16 do CPP, portanto neste caso do art. 47 do CPP a requisição prescinde de procedimento administrativo pelo Ministério Público.

Importante lembrarmos a distinção entre processo administrativo e procedimento administrativo, depois entraremos na análise dos procedimentos trazidos pelo ECA para viabilizar a atuação ministerial.

O processo administrativo, segundo Hely Lopes Meirelles³ “é o conjunto de atos coordenados para a obtenção de decisão sobre uma controvérsia no âmbito judicial ou administrativo”. Ainda, conforme o eminente mestre “procedimento é o modo de realização do processo, ou seja o rito processual”.

A nota distintiva entre o processo e o procedimento reside na existência ou não de controvérsia.

No processo administrativo, necessariamente, teremos uma decisão que refletirá a apreciação de controvérsia entre a administração e o administrado, este em sentido lato. Já o procedimento administrativo nem sempre encerrará litígio, pois é simplesmente o modo específico do ordenamento dos atos, é o conjunto de operações tendentes à realização de um ato administrativo.

Portanto, pode-se concluir que para cada processo administrativo teremos um procedimento, porém a recíproca não será verdadeira, pois poderemos ter procedimento administrativo que não decorra ou exija processos administrativos. Assim, notamos o preceito constitucional inscrito no art. 5.º, LV, da Carta Política de 1988, onde é concedido o contraditório, a ampla defesa e o recurso litigante em processo administrativo, em outras palavras, onde há controvérsia e será prestada jurisdição. Entretanto, no art. 129, VII, da CF, encontramos o termo procedimento administrativo, onde notadamente não se cogita de decidir-se alguma coisa e sim apenas de operações destinadas a busca de elementos necessários ao desempenho da função ministerial; não se presta jurisdição, pelo que prescindível as garantias do art. 5.º, LV, da Lei Maior.

O jurista José Cretella Júnior⁴ não adota a mesma distinção efetivada por Hely Lopes Meirelles, porém face a inserção dos termos procedimento e processo administrativo no texto constitucional, sem se discutir a natureza ontológica, preferimos o estudo deste também renomado jurista, pois mais didático e atende as necessidades de distinção trazidas pela nova Carta Magna, com a anuência de Cretella Júnior, uma vez que não são coli-

3. Hely Lopes Meirelles, *Direito Administrativo Brasileiro*, Ed. RT, 10.ª ed., 1984, pp. 581 e 593.

4. José Cretella Júnior, *Curso de Direito Administrativo, Forense*, 6.ª ed., 1981, pp. 638 e ss.

dentes os estudos, apenas utilizam terminologia e classificações diferenciadas.

Efetivada esta rápida elucidação, passamos a verificar a destinação dos procedimentos administrativos consagrados na Lei 8.069/90. Anteriormente, dizíamos que existem três procedimentos administrativos, sendo dois específicos e um genérico. O correto emprego do procedimento administrativo facilitará a consecução do fim colimado, desde a prática do ato administrativo tendente a instauração do procedimento de controle, pois neste já se definirá o motivo e o objeto e, a partir destes, num segundo momento, saberemos qual o processo ou procedimento, no âmbito judicial, implementará o direito primário.

O Estatuto da Criança e do Adolescente prescreve o inquérito civil, a sindicância e o procedimento administrativo. Ora, se os dois primeiros, são espécies do último por que distingui-los? *Verba cum effectu, sunt accipienda*: "Não se presumem, na lei, palavras inúteis". Literalmente: "Devem-se compreender as palavras como tendo alguma eficácia". "As expressões do Direito interpretam-se de modo que não resultem frases sem significação real, vocábulos supérfluos, ociosos, inúteis".⁵

Busquemos, pois, o alcance da lei. Começemos pelos procedimentos específicos, a sindicância e o inquérito civil, para depois abordarmos o genérico, o procedimento administrativo.

No dizer de Cretella Júnior,⁶ sindicância administrativa é o meio sumário de que se utiliza a administração do Brasil para sigilosa ou publicamente, com indiciados ou não, proceder à apuração de ocorrências anômalas ao serviço público, as quais confirmadas, fornecerão elementos concretos para a imediata abertura de processo administrativo contra o funcionário público responsável. Para Hely Lopes Meirelles⁷ sindicância administrativa é o meio sumário de elucidação de irregularidades no serviço para subsequente instauração de processo e punição do infrator. Pode ser iniciada com ou sem sindicato, bastando que haja indicação de falta a apurar.

Assim, podemos inferir que a sindicância, no âmbito do ECA, é uma operação preliminar e sumária que se destina a apuração de fatos que podem ou não caracterizar a necessidade de interposição de representação junto a autoridade judiciária para proteção da infância e juventude.

Observa-se, portanto que a destinação básica da sindicância é a apuração de dados que possibilitem o ajuizamento dos procedimentos instituídos pelos arts. 191 e 194, através de representação do Ministério Público que, para instruir esta, deve buscar provas iniciais ou indiciárias. Isso ocorre por força do disposto no art. 201, VII, da Lei 8.069/90 que no tocante a atribuição ministerial de instaurar sindicância, encontra ressonância nas normas de proteção à infância e juventude esculpidas nos arts. 191 e 194, 94 e 97, 245-258, todos do Diploma Menorista.

5. Carlos Maximiliano, *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, Forense, 9.ª ed., 1984, p. 250.

6. José Cretella Júnior, *Curso de Direito Administrativo*, Forense, 6.ª ed., 1981, pp. 638 e ss.

7. Hely Lopes Meirelles, *Direito Administrativo Brasileiro*, Ed. RT, 10.ª ed., 1984, pp. 581 e 593.

Destarte, temos que as normas de proteção a infância e juventude, as quais, uma vez violadas, requerem a instauração de sindicância e posterior representação são as protegidas pelos arts. 191 e 194 do ECA, o que não deve ser confundido com medidas de proteção, arts. 98-102 do mesmo estatuto, como faz Luís Edmundo Labanca,⁸ pois estes são instrumentos que o juiz possui para a implementação de soluções e encaminhamento destas, ao caso concreto de crianças previamente auscultadas no seu meio familiar e social, enquanto aquelas normas de proteção são de cunho geral a todos os infantes e jovens, sem qualquer especificação e procuram regular a atividade social, quando esta se relaciona com o menor.

Já o inquérito civil, art. 129, III, da CF e art. 201, V, do ECA, tem finalidade própria e destina-se a propositura da ação civil pública, o que vem a diferenciá-lo do procedimento administrativo e da sindicância. É voltado para a promoção de ação civil pública, segundo Hugo Nigro Mazzili,⁹ refere-se, o jurista, às hipóteses de ações do art. 208 do ECA, detendo-se no parágrafo único deste artigo diz que não encerra um *numerus clausus*. Nada há a reparar, porém entendemos que a lei empresta alcance maior, ou seja quando fala em inquérito civil vincula a propositura de ação civil pública, porém com duas peculiaridades a saber. Uma é que no caso de direito indisponível de criança ou adolescente a ação civil pública pode ser interposta para a proteção de direito individual e não somente na defesa de interesse transindividual, como requer a Lei 7.347/85. A outra nota distintiva é a propositura da ação ideológica estritamente com o pedido condenatório (ação de conhecimento), nos termos do art. 3.º, ou cautelar, art. 4.º ou, ainda, de execução, art. 11, todos da Lei 7.347/85.

Portanto, temos que quando se fala de inquérito civil no ECA, este deve ser instaurado para a futura proposição de ação desta natureza, a rigor da técnica, e não para embasar ações de natureza declaratória, constitutivas, mandamentais, representações contra entidades de atendimento, art. 191, ou representações contra estabelecimentos ou pessoas físicas, art. 194 do ECA, etc. . . as quais seriam fundadas em procedimento administrativo amplo ou sindicância.

A não propositura da ação civil pública requer o controle interno de verificação das provas coligadas no inquérito civil, impondo a remessa das peças arquivadas ao Conselho Superior do Ministério Público, nos termos do art. 223, §§ 1.º, 2.º, 3.º e 4.º, da Lei 8.069/90 e Lei estadual 8.155/86. Este controle também é aplicável nas hipóteses de inquérito civil na Lei 7.347/85. O Conselho Superior, então, homologará ou rejeitará o arquivamento efetuado.

O procedimento administrativo amplo, por sua vez, é residual, vale dizer, quando não é caso de ação civil pública ou sindicância ele entra em cena para o levantamento de dados para a propositura de qualquer espécie de ação pertinente a defesa dos direitos e interesses protegidos pelo ECA, consoante seu art. 212, *caput*. Inclusive, pode ser utilizado para

8. Luís Edmundo Labanca, *Estatuto da Criança e do Adolescente, Anotado*, Forense, 1991, p. 186.

9. Hugo Nigro Mazzili, edições da APMP.

colheita de dados para uma ação mandamental (art. 212, § 2.º, do ECA), como foi o caso da pioneira ação desta ordem ajuizada na comarca de Rio Grande-RS.

Vê-se, portanto que o procedimento administrativo pode servir para quaisquer outras eventualidades que não aquelas aventadas exclusivamente para fundar representações ou ações civis públicas. Podemos mencionar a apuração de prova de um ilícito civil, da órbita do direito privado que fira direito indisponível de criança ou adolescente.

Outro caso de procedimento administrativo é o próprio aprofundamento de investigações, após recebido o boletim de ocorrência circunstanciado, parágrafo único do art. 174 da Lei 8.069/90, pois, inobstante a prescindibilidade de prova-pré-constituída da autoria e materialidade, poderá haver necessidade de esclarecimentos antes da representação para apuração de ato infracional e aqui estará novamente à disposição do Curador da Infância e da Juventude a ferramenta adequada, em outras palavras o procedimento administrativo.

Útil, ainda, no acompanhamento anual das atividades educacional e sanitária para verificação da implementação dos preceitos constitucionais esculpidos nos arts. 210, § 1.º e 212, § 4.º, da Lei Maior.

Por fim, embora não sendo objeto do estudo proposto, cumpre destacar que para o ato infracional a lei estabeleceu o boletim de ocorrência circunstanciado ou relatório policial, arts. 173, parágrafo único e 179 do ECA e, ainda, o auto de prisão em flagrante, art. 173, I, da Lei Menorista.

Quanto ao ilícito penal praticado por imputável, incluindo os tipos penais criados pela Lei 8.069/90, a requisição do inquérito policial, art. 201, VII, do ECA, é o mecanismo adequado.

Finalmente, pode-se concluir que dentre os três procedimentos analisados, somente o inquérito civil, por força do disposto nos arts. 223 e 224 do ECA deve ser remetido ao Conselho Superior do Ministério Público para homologação ou rejeição do arquivamento. O procedimento administrativo e a sindicância poderão ser arquivados pelo próprio Órgão Ministerial que o instaurou, prescindível o envio de peças para reexame, ante a falta de determinação legal.