

Perspectiva da atuação do Ministério Público na área da infância e da juventude

HUGO NIGRO MAZZILLI

Promotor de Justiça

SUMÁRIO

1. A proteção à infância e à juventude e a destinação institucional do Ministério Público. 2. A defesa do interesse público relacionado com a proteção à infância e à juventude. 3. Interesses coletivos e difusos relacionados à infância e à juventude: a) a legitimação ordinária e a extraordinária; b) a norma de extensão; c) legitimidade concorrente; d) indisponibilidade da ação; e) legitimação e interesse para agir; f) desistência e transação; g) inquérito civil; h) fundo para reconstituir o bem lesado; i) custas e encargos da sucumbência. 4. Hipóteses de ações civis públicas. 5. O Ministério Público e a ação penal pública. 6. O Ministério Público e os gastos públicos. 7. Situações especiais: a) menor em situação irregular e menor infrator; b) guarda; c) o trabalho do menor; d) tutela; e) adoção. 8. O atendimento ao público pelo curador de menores. 9. Conclusão.

1. A proteção à infância e à juventude e a destinação institucional do Ministério Público

É estreita a ligação do Ministério Público com as normas de proteção à criança e ao adolescente.

Já ao definir-lhe seu campo de destinação, o art. 127 da Constituição da República assevera que "o Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da

(*) Palestra proferida em 22-8-89, no Salão Nobre da Procuradoria-Geral de Justiça de São Paulo, no Encontro Nacional de Promotores de Justiça Curadores de Menores.

ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”.

Atualmente destinado pela lei a funções tão elevadas, com maiores e necessárias garantias para defender os interesses sociais, o Ministério Público passa a ser um órgão de proteção das liberdades públicas constitucionais e da defesa de direitos indisponíveis, sejam do indivíduo, sejam da coletividade.

Analisando os principais direitos ligados à proteção da infância e da juventude, como foram elencados pelo art. 227, *caput*, da Constituição da República, vemos que a indisponibilidade é a nota predominante em todos eles. Com efeito, diz a Constituição ser “dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão”.

Dentre os principais instrumentos conferidos ao Ministério Público para desincumbir-se de sua destinação institucional, o art. 129 da Constituição vigente lhe comete a promoção da ação penal pública e da ação civil pública, bem como o zelo pelo respeito dos poderes públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados na própria Constituição.

Desta forma, com a disciplina ora advinda da Constituição democrática de 1988, a lei complementar e, com maior razão, a ordinária, não podem excluir a ação penal pública do Ministério Público ou negar-lhe a iniciativa ou intervenção em qualquer feito judicial em que se discutam interesses sociais ou individuais indisponíveis ligados à proteção da criança e do adolescente; o mesmo se diga da iniciativa ou da intervenção ministerial, quando se trate de interesses coletivos ou difusos ligados à proteção da infância e à juventude.

Ora, assim colocado na Constituição federal, com as garantias que conquistou para defender os interesses sociais, o Ministério Público vem a ser um órgão de proteção das liberdades públicas constitucionais e de garantia de direitos fundamentais; passa ele a assumir importante papel no zelo de interesses coletivos, campo no qual desponta, com grande importância, a atuação tuitiva da instituição no zelo de interesses individuais, coletivos e difusos ligados à proteção da criança e da juventude.

2. *A defesa do interesse público relacionado com a proteção à infância e à juventude*

Bem examinado o campo de atuação ministerial, vemos que todas suas formas de atuação se identificam, em última análise, com o zelo de um interesse público.

Valendo-nos da distinção de RENATO ALESSI entre interesse público *primário* e *secundário*, poderemos dizer que a tarefa do Ministério Público é a de zelar pela prevalência do interesse público primário (ou seja, o interesse do bem geral), em contraposição com o interesse público secundário (ou seja, o modo pelo qual os órgãos governamentais vêem o interesse público).

Pois é justamente nas questões que digam respeito a interesses sociais e individuais indisponíveis, a interesses difusos ou coletivos ligados à proteção da infância e da juventude, que o Ministério Público comparece, seja para possibilitar o acesso ao Judiciário, seja para operar como fator de equilíbrio entre as partes no processo.

Procurando sistematizar as causas interventivas da instituição ministerial, ANTÔNIO ARALDO FERRAZ DAL POZZO com bastante felicidade identificou quatro situações que exigem o comparecimento da instituição em juízo:

“1.^a) Quando a parte litigante se apresente de tal maneira inferiorizada que, sem a participação do Ministério Público, não estaria assegurada a igualdade das partes no processo;

2.^a) quando a condição pessoal da parte torna o seu direito indisponível ou disponível de forma limitada;

3.^a) quando está em jogo um bem da vida (independentemente da qualidade do seu titular), seja material, seja imaterial, que é fundamental para a sobrevivência da sociedade, o que, normalmente, se pode aferir pela nota de indisponibilidade absoluta ou relativa que o atinge;

4.^a) quando o bem da vida tem por titulares uma porção significativa dos membros da sociedade (como interesses difusos e os coletivos)” (1).

Ora, na área dos valores jurídicos ligados à proteção da infância e da juventude, não raro somam-se todas essas hipóteses, a matizar a causa interventiva do Ministério Público.

Verdade é que ainda hoje costuma causar polêmica a atuação ministerial quando intervém ele no zelo de um interesse público evidenciado pela qualidade de uma das partes (CPC, art. 82, I e III) (2).

(1) Prefácio ao nosso livro *Curadoria de ausentes e incapazes*, ed. APMP, 1988.

(2) Sobre o art. 82, III, do Código de Processo Civil, v. J. J. CALMON DE PASSOS, *Justitia*, 107:80; JOSÉ FERNANDO DA SILVA LOPES, *O Ministério Público e o Processo Civil*, ed. Saraiva, 1976, p. 52 e s.; ANTÔNIO E. CACCURI, *Justitia*, 86:135; RT, 480:17, 494:17; MILTON SANSEVERINO, RF, 254:197; JACY VILLAR DE OLIVEIRA, RF, 254:191; ARRUDA ALVIM e outros, RF, 3:136; JORGE LUIZ DE ALMEIDA, RT, 462:288.

Como diz VICENTE GRECO FILHO, "o Ministério Público intervém no processo civil em virtude e para a defesa de um interesse público determinado, ou intervém na defesa de um interesse público indeterminado" (*Direito Processual Civil Brasileiro*, Saraiva, 1981, v. 1, p. 124). Quando intervém no zelo de um interesse público que decorre objetivamente da natureza da lide, pode naturalmente opinar de forma imparcial. Pergunta-se: e quando intervém em razão de um interesse público configurado em vista de condições especiais de algum tipo de pessoa (como a criança, o adolescente, o deficiente físico etc.)? Estará vinculado à defesa de tais interesses, ou continua a ser um fiscal da lei, exatamente como no primeiro caso?

A segunda alternativa, se levada a extremo, permitiria não só opinar, como até recorrer para contrariar os interesses do hipossuficiente, que ao ver do órgão ministerial não tivesse razão. Entretanto, a nosso ver, trata-se de solução incorreta.

A maneira adequada de enfrentar o problema não dispensa um exame teleológico da causa interventiva, exame este ligado à própria questão da indisponibilidade de interesses.

Há interesses que, objetivamente falando, são indisponíveis, qualquer que seja seu titular, ou então sofrem disponibilidade restrita por normas de ordem pública: é o que ocorre com o direito à liberdade, por exemplo. Aqui a intervenção ministerial se dá para fiscalizar essa indisponibilidade, isto é, o interesse público, imparcialmente considerado, de atuar a norma de ordem pública que assegura a liberdade individual. Entretanto, em outros casos, a indisponibilidade ou o interesse público se ligam não à natureza da relação jurídica em si, mas sim a um dos titulares da dita relação jurídica, pessoalmente considerado: é o caso do interesse patrimonial do incapaz, por exemplo.

Ora, no campo dos interesses ligados à proteção da criança e do adolescente, o interesse público é duplamente qualificado, de forma que a razão de ser da intervenção do Ministério Público, nos feitos que digam respeito a normas de proteção à infância e à juventude, consiste no zelo de dita indisponibilidade, seja objetiva, seja subjetivamente considerada; daí por que se trata de atuação tipicamente protetiva, vinculada, pois.

Entretanto, a nosso ver, mesmo nos casos em que atue vinculadamente, não há obrigatoriedade de o órgão ministerial recorrer, quando seu defendido sucumbe. Nos casos em que atua com liberdade de opinião, nem sempre poderá ou deverá recorrer, isto porque não se confunde liberdade de opinião com interesse para recorrer.

Na verdade, desde que não seja *representante da parte* nem seu *substituto processual* (casos em que não conserva liberdade de opinar contra

seu representado ou substituído), a condição de intervir protetivamente a uma parte que ostente alguma deficiência na relação processual, posto o torne como que seu *assistente* e o vincule na destinação de sua iniciativa processual, nem por isso o obriga a não ver, ou a negar o que está nos autos ou a afirmar o que lá não esteja, para, sempre e sempre, procurar dar razão a quem não a tenha.

Contudo, se tem liberdade para opinar livremente nesses casos, porque para tanto basta a legitimidade que a lei lhe confere para intervir, já para *recorrer* é mister que tenha *interesse* na reforma do ato atacado (cf. *Justitia*, 130:187; JTACSP, Lex, 78:295). Assim, só pode recorrer em favor da defesa do interesse que legitima sua intervenção no feito (o interesse indisponível a zelar).

3. *Interesses coletivos e difusos relacionados à proteção, à infância e à juventude*

a) *A legitimação ordinária e a extraordinária*

É extremamente rico o campo que se descortina ao intérprete, na área dos interesses coletivos e difusos ligados à proteção à criança e ao adolescente. A título de mero exemplo, veja-se que o Ministério Público pode ser chamado a agir, inclusive para cobrar do Estado uma atuação mais eficiente no efetivo fornecimento de condições de educação, saúde, profissionalização e lazer às crianças e aos adolescentes.

Sabe-se que a maneira clássica de proteger interesses encontra canal no Poder Judiciário, pelo que se chama *legitimação ordinária*, ou seja, o lesado defende seu próprio interesse em juízo. Assim, se o interesse lesado é público, o Estado tem seus órgãos que acionam a jurisdição (p. ex., na matéria criminal, o Ministério Público promove a ação penal pública); se o interesse lesado é particular, o indivíduo não pode ter-lhe vedado o acesso ao Judiciário (CF, art. 5.º, XXXV). Fica em nosso sistema jurídico limitada a hipóteses excepcionais à chamada *legitimação extraordinária*, ou seja, a possibilidade de alguém, em nome próprio, defender interesses alheios (CPC, art. 6.º) — o que é verdadeira substituição processual (e não representação, pois nesta última alguém, em nome alheio, defende interesse alheio).

Com a Lei n.º 7.347, de 24 de julho de 1985, alargou-se a esfera de proteção de interesses coletivos e difusos. Por sua vez, a Constituição de 1988, ao legitimar associações, sindicatos, o Ministério Público e o próprio cidadão para a defesa de interesses metaindividuais, ampliou extraordinariamente a legitimação para agir em proveito da defesa de valores coletivos e difusos.

b) *A norma de extensão*

Animou-se, assim, o Constituinte de 1988 em conferir ao Ministério Público uma norma de extensão, que lhe permite a defesa de outros interesses coletivos e difusos, além daqueles taxativamente arrolados na Lei n.º 7.347/85. Assim, dispôs o art. 129, III, da Constituição Federal, que, dentre suas funções institucionais não privativas, cabe ao Ministério Público promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos.

É evidente que, sob a abrangência dessa norma de encerramento, também chamada de norma residual ou de extensão, eliminou-se o sistema de "numerus clausus" para a ação civil pública, de iniciativa do Ministério Público. Cabe agora a defesa, pelo Ministério Público, de importantes interesses ligados à proteção à infância e à juventude, como o acesso à educação, a condições de saúde, etc.

c) *Legitimidade concorrente*

Entretanto, é bom que seja realçado, a nova Constituição não conferiu exclusividade ao Ministério Público para a defesa de interesses difusos e coletivos (art. 129, III, da CR). Importante é anotar que nesse campo a Constituição corretamente negou a titularidade exclusiva da ação ministerial, pois que "a legitimação do Ministério Público para as ações civis previstas neste artigo não impede a de terceiros, nas mesmas hipóteses, segundo o disposto nesta Constituição e na lei" (§ 1.º do art. 129).

Bem fez a Lei Maior em ampliar a legitimação para agir nessas hipóteses, conferindo-a a diversos órgãos. Exemplificativamente, anote-se que, sem falar na legitimidade das próprias pessoas jurídicas de direito público interno, para a defesa em juízo de interesses sociais, a Constituição, além de manter a ação popular (art. 5.º, LXXIII), previu o mandado de segurança coletivo (art. 5.º, LXX), assegurou a legitimação para agir a sindicatos e associações de classe (art. 5.º, XXI; art. 8.º, III), erigiu a nível constitucional a ação penal privada subsidiária da pública (art. 5.º LIX), conferiu legitimação concorrente para a ação direta de inconstitucionalidade (arts. 103 e 125, § 2.º), e atribuiu legitimação para agir a comunidades e organizações indígenas (art. 232).

d) *Indisponibilidade da ação*

Por outro lado, partindo do Ministério Público a iniciativa da ação, não é correto falar-se em mero "direito de agir". Há mais um dever de agir que um direito; daí se afirmar a indisponibilidade da ação pelo Ministério Público.

Contudo, dita indisponibilidade da ação deve ser bem compreendida. O que não se admite é que o Ministério Público, *identificando* uma hipótese em que deva agir, se recuse a agir: nesse sentido, sua ação é um dever. Todavia, se não tem discricionariedade para agir ou deixar de agir quando *identifica* a hipótese de agir, ao contrário, tem liberdade para apreciar *se ocorre hipótese* em que sua ação se torna obrigatória.

Por isso que, na esfera civil, não verificando a presença de justa causa para propor a ação civil pública, o órgão ministerial promoverá o arquivamento das peças de informação (reunidas no "inquérito civil"), em ato que só é passível de revisão pelo Conselho Superior da instituição (art. 9.º da Lei da Ação Civil Pública).

e) *Legitimação e interesse para agir*

Quando a lei confere legitimidade de agir ao Ministério Público, presume-se o interesse, pois que está a instituição identificada por princípio como defensora dos interesses indisponíveis da sociedade (cf. F. Carnelutti, *Mettere il Pubblico Ministero al suo posto*, *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, 1953); quanto aos demais legitimados, porém, o interesse há de ser demonstrado concretamente.

Abstraída agora a legitimação para agir do Ministério Público, cabe lembrar que, na área dos interesses coletivos ou difusos ligados à proteção das crianças e dos adolescentes, além da legitimação ativa das pessoas jurídicas de direito público e de entidades autônomas das quais participe o Estado (legitimação que não dispensa a demonstração do interesse de agir), em matérias que digam respeito ao interesse de associações e sindicatos, podem estes propor ações coletivas (CF, arts. 5.º, XXI; 8.º, III).

Por sua vez, qualquer pessoa, física ou jurídica, pode ser parte passiva na ação civil pública. Não raro, as pessoas jurídicas de direito público interno o serão, pois que, quando não parta delas diretamente o ato lesivo, muitas vezes para ele concorrem, permitindo ou autorizando a atividade nociva ou deixando de coibi-la, quando obrigadas a tanto.

f) *Desistência e transação*

Agora que se perscruta o futuro, no campo da atuação ministerial na área de proteção da infância e da juventude, surge o delicado problema da desistência e da transação, nas ações civis públicas. Creio pertinente reportar-me a estudos anteriores, aplicáveis a essa matéria (v. nosso *A defesa dos interesses difusos em juízo*, ed. Revista dos Tribunais, 1988), valendo ora fazer algumas observações particulares.

Como se sabe, o legitimado de ofício não tem disponibilidade sobre o conteúdo material do litígio, que é o verdadeiro objeto de transação. Se tecnicamente não pode transigir nenhum dos legitimados ativos da ação civil

pública, não se duvida, entretanto, que a jurisprudência venha a aceitar algumas transações, nas quais se pode conseguir praticamente tudo o que é objeto do pedido. Caso se chegue a tanto, a concordância do órgão do Ministério Público, em nosso convencimento, deve ser analogicamente referendada pelo Conselho Superior, porque importa poder de disponibilidade infinitamente maior ao da mera não-propositura da ação.

g) *Inquérito civil*

A Constituição (art. 129, III) e a Lei n.º 7.347/85 (art. 8.º) conferem ao Ministério Público a presidência de um *inquérito civil*, destinado a colher os elementos de informação, necessários à propositura da ação civil pública.

Bem andou o legislador constitucional de 1988, ao prever a instauração de um inquérito civil mais amplo, que agora servirá à coleta de elementos para a propositura de qualquer ação civil da área de atuação ministerial. Com isto, possibilita-se o ajuizamento de ações mais bem aparelhadas e instruídas, sem falar que, no curso do inquérito, também se podem apurar, ao contrário, circunstâncias que demonstrem a desnecessidade da própria provocação jurisdicional, levando ao arquivamento do inquérito, o que em muito ajudará a desafogar os serviços judiciários, quando o acesso a eles não se faça imprescindível.

Desta forma, assim como as hipóteses de ação civil pública deixaram de ser "numerus clausus", igualmente por força da nova ordem constitucional o inquérito civil passou a caber como coleta de elementos preparatórios para a propositura de qualquer ação civil pública. Por analogia, portanto, cabe utilizar-se do procedimento a ele destinado tanto na Lei n.º 7.347/85, como das normas regulamentares contidas na Resolução n.º 7/85-PGJ, de 28-8-1985 (publicada na revista *Justitia*, 130:305 e na Resolução n.º 2/89-PGJ, de 17 jul. 1989 (publicada no *D. O. E.*, Seção I, de jul. 1989).

Vale anotar que, não se convencendo o órgão do Ministério Público da existência de fundamento para a propositura da ação, promoverá o arquivamento do inquérito, com revisão do Conselho Superior da instituição. Trata-se de órgão colegiado, que proporciona um sistema de revisão bem superior ao do atual art. 28 do Código de Processo Penal, que centraliza no Procurador-Geral de justiça a decisão sobre o arquivamento do inquérito policial.

À evidência, por tratar-se de legitimação concorrente, o arquivamento do inquérito civil e a não-propositura da ação civil pública pelo Ministério Público são atos que não impedem o ajuizamento da mesma ação por qualquer dos legitimados do art. 5.º da Lei n.º 7.347/85 (cf. CF, art. 129, III, e § 1.º), bem como pelo próprio cidadão, por associações ou sindicatos de classe, quando das hipóteses constitucionais já referidas (arts. 5.º, XXI e LXXIII, e 8.º, III).

h) *Fundo para reconstituir o bem lesado*

Assim como o art. 13 da Lei n.º 7.347/85 cuidou da criação de um fundo, que se destina à reconstituição dos bens lesados, igualmente se deve cogitar da criação de um fundo destinado a gerir os recursos provindos das condenações em ações civis públicas ligadas à defesa de interesses difusos da área da infância e da juventude.

O mérito de tais fundos, aos quais a doutrina tem chamado de *fluid recovery*, consiste em que podem ser eles usados com certa flexibilidade, para uma reconstituição que não precisa — e às vezes nem mesmo pode ser exatamente a do mesmo bem lesado.

Em matéria de danos a interesses coletivos ou difusos, em muitas hipóteses se torna irreparável o prejuízo. É pertinente aqui evocar o provérbio chinês que lembra poder uma criança matar um escaravelho, mas não podem todos os sábios do mundo recriá-lo... O dano é muitas vezes irreparável, principalmente se exemplificarmos com a não-prestação, ou sua prestação irregular, de serviços públicos relacionados com a educação e a saúde das pessoas em formação.

A criação de um *fundo fluido*, portanto, é uma tentativa razoável de enfrentar o difícil problema da reparação do dano causado a interesses cujos titulares estejam dispersos na coletividade.

Há precedente advindo da Lei n.º 7.347/85, mediante o qual o legislador brasileiro criou esse fundo para gerir alguns valores destinados a reparar danos ambientais, ao consumidor e ao patrimônio cultural, fundo esse gerido por um Conselho Federal e por Conselhos Estaduais (conforme seja a origem e a destinação dos bens lesados), de que participam, necessariamente, o Ministério Público e representantes da comunidade.

Na área de proteção a interesses difusos ligados à infância e à juventude, o ideal, a nosso ver, consiste na criação de um fundo federal, cumulativamente, não alternativamente⁽³⁾ à criação de um fundo local, para cada Estado da Federação. Cada qual dos fundos deve administrar os ingressos decorrentes de condenações em ações civis públicas relacionadas com a preservação desses interesses, conforme tenha sido a condenação imposta em feito da competência da justiça federal ou local.

i) *Custas e encargos da sucumbência*

Não há adiantamento de custas, emolumentos ou qualquer outra despesa nas ações civis públicas (art. 18 da Lei n.º 7.347/85).

(3) A crítica ao Decreto Federal nº 82.302, de 16-1-1986 já a fizemos em nosso *A defesa dos interesses difusos em juízo* (cit., pp. 95-99) a propósito, cf. ib. o Decreto Estadual nº 27.070, de 3-6-1987.

O dispositivo, muito teórico, não resolve importantes problemas práticos, como o dos custos das perícias, nas ações propostas pelo Ministério Público. Nesse caso, o Estado deve prever recursos orçamentários para as perícias necessárias ao Ministério Público, seja no curso dos inquéritos civis, seja no bojo das ações civis públicas.

Excetuada a hipótese da ação popular, em que em regra há total isenção de custas judiciais e de ônus da sucumbência (CF, art. 5.º, LXXIII), na ação civil pública da Lei n.º 7.347/85 e no sistema do Código de Processo Civil, o vencido pagará as custas do processo.

Como temos tido ocasião de sustentar (*A defesa dos interesses difusos em juízo*, cit., p. 106) “o vencido pagará as custas do processo. Sendo o Ministério Público que venha a obter a improcedência, por certo que, Instituição do próprio Estado, cujos órgãos são agentes políticos, *responsabilidade haverá para o próprio Estado*”. Nosso entendimento, portanto, é o de que o Ministério Público não sucumbe, não paga custas nem honorários. Na ação civil pública proposta pelo Ministério Público, em nosso entender, quem arca com tais despesas, no caso de improcedência do pedido, será o próprio Estado, nunca o Ministério Público.

4. Hipótese de ações civis públicas

Como se viu, a atuação do Ministério Público, na área da proteção da infância e da juventude, pode atualmente dar-se pela propositura de inúmeras ações civis públicas.

Inicialmente, não pode ser afastada a possibilidade de ajuizar ações diretas de inconstitucionalidade e as representações *interventivas*, quando interessem à área ora em exame (por exemplo, a inconstitucionalidade — até mesmo por omissão — de norma federal, estadual ou municipal ligada à proteção de interesses da infância e da juventude).

Lembre-se que ficou agora criada, na Constituição de 1988, a ação direta de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos *estaduais ou municipais* em face das *constituições estaduais*, vedada a instituição de *exclusividade* de um só legitimado para agir (§ 2.º do art. 125). Contudo, não se prevê a ação direta de inconstitucionalidade de *lei municipal* em face da *Constituição Federal*. Por outro lado, ficou mantida a *ação interventiva* da União e dos Estados (arts. 34-36), sendo que apenas algumas dessas hipóteses agora se prevê a representação do Procurador-Geral da República (art. 36, incs. III e IV).

Ademais, para tornar concreto o mandamento constitucional de que o Ministério Público está a serviço da defesa de interesses indisponíveis, mister é que tome ele, por exemplo, a iniciativa de propor mandado de injunção, quando a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos

direitos e liberdades constitucionais, como, por exemplo, os direitos da criança e do adolescente, discriminados no art. 227 da Constituição da República. Mister ainda é que proponha ações diretas de inconstitucionalidade por omissão de medidas para tornar efetiva norma constitucional (CF, art. 103, VI, e § 2.º). Imperioso também que intervenha na fiscalização dos gastos públicos com as campanhas governamentais, os subsídios e os investimentos estatais ligados a essa importante área de interesses sociais.

Outras ações desde já podem ser lembradas, em prol da segurança da pessoa do menor ou de seus haveres.

Segundo o Código de Menores em vigor, veja-se, por exemplo: a ação de alimentos (art. 89, IV, e 86); qualquer requerimento de medidas aplicáveis aos pais ou responsáveis (advertência, obrigação de submeter o menor a tratamento ou intervenção, perda ou suspensão do pátrio poder, destituição da tutela, perda da guarda), cf. arts. 42 e 86; o procedimento contraditório e o verificatório simples (arts. 96-7 e 86); o procedimento ordinário para perda do pátrio poder (arts. 104 e 86); as vistorias (Código de Menores, arts. 92 e 86; CPC, art. 846) (4); o procedimento para imposição de penalidades administrativas (arts. 111 e 86); quaisquer outras ações ou medidas aplicáveis a menor em situação irregular (como advertência, entrega sob responsabilidade, colocação em lar substituto, imposição de liberdade assistida, colocação em semiliberdade, internação, delegação do pátrio poder, guarda, tutela, adoção simples, adoção plena, suprimimento de capacidade ou de consentimento para casamento, emancipação, designação de curador especial, registro de nascimento etc.), cf. arts. 14, 17, 89 c/c art. 86.

Em vista da nova destinação constitucional do Ministério Público, espera-se que, em suma, possa e deva a instituição promover ou acompanhar qualquer processo ou procedimento destinado à proteção da pessoa ou dos bens de incapazes.

5. *O Ministério Público e a ação penal pública*

Sendo o titular da ação penal pública, desnecessário dizer que deverá o Ministério Público promover as medidas necessárias para responsabilizar, no campo criminal, as pessoas ou autoridades que violem normas penais ligadas à área da proteção da infância e da juventude (v.g., crimes de abandono material ou intelectual, crimes contra os costumes etc.).

6. *O Ministério Público e os gastos públicos*

A atual Constituição, além de conferir ao Ministério Público a promoção da ação civil pública na defesa do patrimônio público e social (art. 129,

(4) Embora possa pessoalmente fazer vistorias, independentemente de procedimento judicial, em casos especiais, por cautela ou *ad perpetuam rei memoriam*, podem ser requeridas vistorias judiciais pelo curador de menores, como procedimento cautelar, preparatório ou incidente.

III), ainda prevê a intervenção de órgãos do Ministério Público junto aos tribunais e conselhos de contas (arts. 73, § 2.º, I, e 130).

Nessa atuação, deverá o Ministério Público despender especial zelo no tocante às contas da administração pública direta, indireta ou fundacional, ligadas à área da proteção da infância e da juventude. Nessa função, outrossim, deverá o Ministério Público fiscalizar rigorosamente a correta aplicação do percentual legal de recursos públicos que devem ser destinados à saúde na assistência materno-infantil (art. 227, § 1.º, inc. I, da CR), bem como fiscalizar a aplicação dos gastos públicos (arts. 227, § 7.º, e 204, da CR) e dos incentivos fiscais e subsídios destinados à proteção especial à criança ou ao adolescente, de que cuida o inc. VI do § 3.º do art. 227 da CR.

7. Situações especiais

Por certo não é apenas o curador de menores ⁽⁵⁾ o único órgão do Ministério Público que zela pelos interesses ligados à proteção do menor. O promotor criminal, o curador de família, o curador de incapazes, o procurador de justiça — enfim, toda a instituição se destina à proteção dos interesses ligados ao menor.

Deve o curador de menores atentar para as recomendações constantes dos arts. 197 a 206 do Ato n.º 1/84-PGJ-CSMP-CGMP (publicado em *Justitia*, 128:168), em especial para o atendimento pessoal dos menores e para as visitas aos estabelecimentos onde eles se encontrem.

a) Menor em situação irregular e menor infrator

Atualmente o art. 2.º do Código de Menores usa a terminologia de “menores em situação irregular”, para identificar a situação em que se exige a atenção da Justiça de Menores ⁽⁶⁾.

Justamente quando o juizado de menores e o curador de menores são acionados, não raro a situação familiar está totalmente deteriorada, isto para não dizer que muitas vezes nem mesmo há falar propriamente em existência de uma verdadeira família. Assim, embora a solução dos problemas do menor deve ser buscada preferentemente no seio da própria família, isto nem sempre é possível; mas, quando o é, deve-se anotar que à orientação, a advertência e o esforço para resolver seus problemas mantendo-se o menor com a família geralmente costumam dar bons resultados.

(5) A Curadoria de Menores é cuidada no art. 47 da Lei Complementar Estadual n.º 304/82. Distingue-se da curadoria de incapazes (art. 41), pois naquela temos a função protetiva do menor perante o juízo de menores, para fins do Código de Menores; na curadoria de incapazes, temos a intervenção em razão da incapacidade da parte (ainda que maior), especialmente perante o juízo comum.

(6) Sobre o Ministério Público e a justiça de menores, v. MUNIR CURY e outros autores, em *Temas de direito do menor*, Revista dos Tribunais, 1987.

Em casos mais graves (7), o requerimento de sindicância e a utilização de medidas alternativas do Código de Menores podem justificar-se (arts. 13 e 14). Nesse passo, é indispensável que o curador de menores visite sempre as escolas locais e especialmente os internatos e as entidades sociais e filantrópicas de apoio a seu trabalho, dando, nos pedidos de colocação de menores, à falta do lar original, preferência a lares substitutos (parentes do menor, amigos da família ou até terceiras pessoas, dotadas de grande capacidade de dedicação a outrem).

Diz a Constituição que, observados os princípios da brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, o menor pode sofrer medida privativa da liberdade (art. 227, § 3.º, V); nesse caso, imprescindível é que o órgão do Ministério Público, com atribuições na área protetiva do menor, visite constantemente os estabelecimentos onde são ou estejam recolhidos menores infratores (CM, art. 48).

Observe-se que, na falta de estabelecimento adequado, a *internação* do menor poderá ser feita, excepcionalmente, em seção de estabelecimento destinado a maiores, desde que isolado destes e com instalações apropriadas, de modo a garantir absoluta incomunicabilidade (art. 41, § 2.º, do CM; art. 227, § 3.º, V, da CR); a *custódia* policial, até apresentação ao juiz dentro de, no máximo, vinte e quatro horas, poderá ocorrer em estabelecimento de assistência ou em repartição policial especializada; na falta desta, o menor aguardará a apresentação em dependência separada da destinada a maior de dezoito anos (art. 99 e §§ 2.º e 3.º do CM).

É importante anotar que, não apenas em face do art. 5.º, LIV e LV, da Constituição Federal, mas, especialmente, diante do art. 227, § 3.º, IV, da Lei Maior, assegura-se ao menor infrator garantia de pleno e formal conhecimento da atribuição de ato infracional, igualdade na relação processual e defesa técnica por profissional habilitado, segundo disponha a legislação tutelar específica.

Assim, nos processos infracionais, entendemos que doravante deve ser feito por ato formal a atribuição de ato infracional a menor de 18 anos. Se partir de órgão do Ministério Público a atribuição de ato infracional a menor, deverá ter ele defesa técnica por advogado ou defensor público. Se a imputação formal partir do órgão ministerial, não poderá o mesmo órgão, a um só tempo, desempenhar a defesa técnica do menor.

Outrossim, não se deve admitir, doravante, que o juiz aja de ofício, para atribuir a prática de ato infracional a menor. Sabe-se que, para assegurar o princípio da imparcialidade, a atividade jurisdicional deve ser provocada pelas partes. Como lembra LUIZ ANTÔNIO FLEURY FILHO, “a

(7) A propósito do menor infrator, v. artigos de JORGE AUGUSTO MORAIS DA SILVA, de Paulo Afonso Garrido de Paula e José Amado de Faria Souza, em *Temas de direito do menor*, Revista dos Tribunais, pp. 127, 134 e 211, 1987.

legitimidade política do Poder Judiciário, que desejamos livre, independente e autônomo, advém de sua imparcialidade. Esta, por sua vez, está ligada à circunstância de a atividade jurisdicional depender de provocação. Nas pendências em que estão em jogo valores fundamentais, cabe ao Ministério Público exercer tal provocação, de tal forma que os conflitos que envolvam os interesses mais relevantes não serão apreciados em Juízo, caso a Instituição não possua as garantias necessárias ao pleno exercício de suas funções" (*Justitia*, 127:60).

Deve-se insistir que tem fulcro legal o livre acesso do referido curador a todo local onde se encontre menor (art. 92 do CM), podendo mesmo inspecionar os estabelecimentos referidos nos arts. 48 a 58 do Código de Menores (não só locais onde estejam internados, como locais de espetáculos teatrais, cinematográficos, circenses, radiofônicos, de televisão, casas de jogos, bailes públicos, hotéis, outros locais de recreação).

b) A guarda

O art. 24 e parágrafo único do Código de Menores conferem papel de relevo à questão da guarda de menores, objetivando solução provisória para o problema do menor em situação irregular.

Com efeito, grande parte das pessoas que procuram o Ministério Público para tratar de um problema relacionado com a proteção de menores, na verdade, pelo menos no início, não quer uma adoção (que envolve uma solução definitiva), nem uma tutela (que na prática só é usada pelos seus reflexos patrimoniais), mas sim quer apenas regularizar a guarda do menor, para fins escolares ou trabalhistas e, sobretudo, previdenciários. Nessas condições, pode-se dizer que a guarda confere uma certa estabilidade (embora não definitividade) na manutenção do *status quo*, o que, nas circunstâncias, muitas vezes atende à conveniência do próprio menor e dos guardiães.

Nesse caso, sem prejuízo de orientar o curador aos interessados sobre as demais opções, como a adoção e a tutela, não se deve olvidar que a guarda do menor é solução muitas vezes adequada no caso concreto.

De forma nada burocratizante, é possível conceder-se *de plano*, qual verdadeira medida cautelar, a guarda do menor a terceiros (cf. art. 94, § 1.º, do CM). Para fins de concessão da *guarda do menor*, somente se instaurará procedimento verificatório simples se necessário, e assim mesmo somente *após* a tomar-se a medida cautelar adequada (art. 94, § 2.º, do CM); somente se instaurará o procedimento contraditório em hipóteses excepcionais (art. 95, do CM).

Em suma, quando o menor está de fato com avós, tios ou outros parentes, porque abandonado ou a eles entregues pelos pais, a guarda deve

ser concedida de imediato; maiores investigações, quando justificáveis, serão feitas a seguir.

Quando houver controvérsia sobre a guarda, deve o curador requerer sua concessão também de plano, segundo prudente arbítrio do juiz de menores, ficando a possibilidade de reverter a solução ou de tomar medida alternativa para depois de efetivadas investigações mais demoradas.

Importante é consignar que a guarda confere ao menor a condição de *dependente, inclusive para fins previdenciários*, conforme o parágrafo único do art. 24 do Código de Menores. É comum e útil transcrever-se o parágrafo único do art. 24 no termo de guarda, sob forma impressa ou datilografada, com finalidade didática, para maior divulgação e informação. Contudo, mesmo à falta dessa menção expressa no termo de guarda, é evidente que a condição de dependente já é assegurada por lei.

Embora confira a guarda a seu detentor o direito de opor-se aos próprios pais do menor, consiste em providência que não importa a destituição ou suspensão do pátrio poder⁽⁸⁾. É solução rápida e eficiente na grande parte dos casos, possibilitando desde logo ir contando tempo para adoção. A lei confere vários efeitos à guarda, para fins de adoção (arts. 28 e parágrafos, 30 e parágrafo, 31 e 108, do CM), mesmo que seja simples guarda de fato (art. 95, III, do CM)⁽⁹⁾.

c) O trabalho do menor

A Constituição proíbe trabalho noturno, perigoso ou insalubre aos menores de dezoito anos, bem como veda qualquer trabalho a menores de quatorze anos, exceto na condição de aprendiz (arts. 7.º, XXXIII; 227, § 3.º, I), bem como proíbe a diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de idade (art. 7.º, XXX).

Além das leis trabalhistas (CLT, arts. 402 e s., e legislação específica), vale especial atenção a fiscalização das hipóteses em que se veda o trabalho de menores. Lembro o art. 204 do Ato n.º 1/84-PGJ/CSMP/CGMP que "à Justiça de Menores cabe apreciar apenas os pedidos de trabalho em locais considerados atentatórios à sua moralidade, mesmo porque o trabalho perigoso ou insalubre jamais poderá ser autorizado" (cf. *Justitia*, 128:168).

Reitere-se ter o curador de menores livre acesso a locais onde trabalhem menores (CM, arts. 92 e 83).

(8) Sobre suspensão e destituição de pátrio poder, v. artigos de ADAUTO ALONSO S. SUANNES na Revista *Justitia*, 83:79 e 87:115, bem como de EVELISE PEDROSO TELXEIRA PRADO VIEIRA, em *Temas de direito do menor*, Revista dos Tribunais, p. 193, 1987.

(9) V., a propósito, nosso artigo *As várias formas de adoção*, RJTJSP, 95:21; v., ainda, ANTÔNIO LUIZ RIBEIRO MACHADO, *Código de Menores comentado*, Saraiva, 1986, p. 30.

d) Tutela (10)

Cabe colocar o menor sob tutela: *a)* sendo falecidos seus pais; *b)* tendo estes sido declarados ausentes; *c)* tendo eles sido destituídos do pátrio poder; *d)* estando os pais ou responsável manifestamente impossibilitados de prover as condições essenciais de subsistência, saúde e instrução obrigatória do menor, desde que declarem por escrito concordar com que seja ele colocado sob tutela (das três primeiras hipóteses cuida o art. 406 do CC; da última, o art. 94, I, do CM). Em todas elas, a tutela é solução destinada a menor que careça de representação permanente (CM, art. 26).

Em caso mais simples, em que não seja cabível ou necessária a tutela, a guarda ou a delegação do pátrio poder poderão ser suficientes (CM, arts. 21 e 25). Em outros casos, a adoção poderá ser recomendável.

Importante papel tem o Ministério Público na fiscalização do exercício da tutela, não só requerendo a prestação de contas dos tutores (CC, art. 394; CPC, art. 919; LC estadual n.º 304/82, art. 44, III), ou sua destituição (CM, arts. 86 e 89, VI; CPC, arts. 1.104 e 1.189; LC estadual n.º 304/82, arts. 43, XI, e 47, IV), como, ainda, zelando pela venda de bens de incapazes (CC, arts. 386 e 429).

e) Adoção

Como já salientamos anteriormente (v. nosso artigo "As várias formas de adoção", em RJTJSP-Lex, 85/19), a adoção, por qualquer de suas atuais formas, é ficção jurídica que estabelece entre adotante e adotado uma relação de paternidade e filiação.

Infelizmente a adoção não tem sido mais amplamente usada, porque, posto deva ser assistida pelo Poder Público, deveria ser possível obtê-la de modo mais simplificado.

Vale especial destaque a importante norma do art. 227, § 6.º, da Constituição Federal, que finalmente equiparou todos os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, conferindo-lhes todos os direitos e qualificações, bem como proibindo quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

Desse dispositivo deve-se concluir inelutavelmente que, qualquer que sejam as formas pelas quais se obtenha a adoção, doravante seus efeitos são sempre os mesmos.

(10) V. tese de ROBERTO JOAO ELIAS sobre a nomeação de tutor na tutela civil estatal, Anais do VI Congresso Nacional do Ministério Público, *Justitia*, 131:264.

Nesse campo, atentar ainda para as recomendações do Ato n.º 1/84-PGJ/CSMP/CGMP, no seu art. 170, quanto aos pedidos de tutela.

8. O atendimento ao público pelo curador de menores

Embora por si só o atendimento ao público por parte do promotor de justiça já seja importante função afeta à instituição, no tocante aos interesses ligados aos menores o atendimento ao público passa a ser função primordial, fonte inesgotável que é para colher o promotor de justiça elementos para as ações ou intervenções que lhe cabem por força de lei.

Apesar da importância da função, nem todos os promotores vêem com bons olhos tal atendimento: pequena parcela dos membros da instituição não se tem prestado a tal tarefa com o mesmo denodo com que se dedica às demais do seu mister. Talvez nem tanto porque o atendimento ao público em si não denote um maior refinamento jurídico ou porque alguns injustamente o acusem de ser função alheia ou pelo menos circunstancial do Ministério Público ⁽¹¹⁾, talvez nem tanto por isso, mas principalmente pela sobrecarga de serviços que têm sentido os membros do Ministério Público, num quadro desfalcado, com pesadas acumulações e sem a infraestrutura necessária, é que às vezes se vê um certo desestímulo no atendimento ao público. Em virtude disso, aquele entusiasmo inicial do promotor novo na carreira, quando ocorre, às vezes vai arrefecendo com o passar dos anos.

Somente com grande dose de boa vontade, além de infra-estrutura adequada, é que se poderão vencer posições como essas. Não há dúvida de que nas cidades do interior onde só haja um promotor, ou onde haja poucos deles, o atendimento, dependendo do demais volume de serviço, é um encargo bem pesado (ao mesmo tempo atendem-se populares, participa-se de audiências, responde-se pelo expediente forense, fala-se nos processos). Tal sobrecarga é mais ainda notada nas comarcas médias, que, embora sem a correspondente ampliação do quadro funcional de promotores, acabam tornando-se pólos regionais de desenvolvimento.

Não bastassem essas dificuldades, nas grandes cidades do interior e na Capital, especialmente, além da aludida sobrecarga, mais um problema tem surgido: quanto maior o número de promotores, sempre especializados, menos tem sabido o povo a quem procurar.

Na Capital, a exceção ao que se disse acima fica por conta das promotorias regionais, onde o atendimento ao público chega a ser feito mais intensamente, bem mais do que nas promotorias do foro central; não chega, porém, a rivalizar com o atendimento das promotorias do interior.

É indispensável repensar o sistema da distribuição de serviços do Ministério Público, principalmente nas grandes cidades, fundando-o não nos promotores, mas antes nas promotorias (unidades ou órgãos administrativos junto aos quais estejam lotados vários órgãos de execução da instituição, mas cada qual destes com atribuições próprias, definidas na lei). É imprescindível que o povo saiba qual o órgão que pode procurar, qual o

(11) V. Anais do I Congresso do Ministério Público Fluminense, *Revista do Ministério Público Fluminense*, 3(1):198 e s., 1972.

que tem de atender o seu caso, mormente agora que a própria Constituição Federal ampliou, e muito, o leque de atendimento do povo pelo Ministério Público, decorrência natural de ser esse um dos canais mais adequados para o zelo pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados na Constituição (CF, art. 129, II). Especial relevo têm suas funções de atender as questões de família ou de menores, de acidentados do trabalho, dos deficientes e dos necessitados em geral.

Ora, para o exercício das funções de que cuida o inc. II do art. 129, acredita-se que a legislação infraconstitucional, na área dos interesses relacionados com a proteção à infância e à juventude, deva atribuir-lhe uma atividade fiscalizatória geral, em relação a órgãos, pessoas ou autoridades da administração direta, indireta, autárquica ou fundacional, podendo o órgão do Ministério Público, entre outras idéias, e na respectiva área de atuação funcional: a) receber petições, reclamações ou representações de pessoas interessadas; b) instaurar, presidir ou determinar a abertura de sindicâncias para apurar denúncias que lhe cheguem; c) requerer a instauração de comissão parlamentar de inquérito, podendo acompanhar seus trabalhos; d) expedir notificações para comparecimento de pessoas e requisitar informações, documentos e explicações; e) realizar audiências públicas com entidades da sociedade civil.

O atendimento ao público, dentro das funções cometidas ao Ministério Público, só pode ser exercitado por órgão da instituição. Como vimos, não se poderia afirmar que, só para ouvir o povo, bastaria uma secretária, um estagiário ou um assistente social eventualmente lotados no gabinete da promotoria ou da procuradoria.

Sem dispensar-se, quando útil ou necessário, um contato do atendido com esses funcionários do Ministério Público, a idéia central do atendimento por esta instituição não se limita ao papel do promotor em ouvir e orientar o povo, mas sim, além de o fazer, a par disso tomar as providências que, como órgão do Ministério Público, a lei lhe confere, como, se for o caso, requisitar inquérito policial ou diligências investigatórias, promover a ação civil ou a ação penal pública etc.

9. Conclusão

Longe, pois, de se limitar o Ministério Público ao histórico papel a ele reservado na persecução criminal, e ao contrário de sustentar interesses privados ou dos governantes — a instituição está hoje consagrada, com liberdade, autonomia e independência funcional de seus órgãos, à defesa dos mais relevantes interesses da coletividade.

Tem o Ministério Público não só buscado, como efetivamente recebido um rol cada vez maior de incumbências, razão pela qual deve a instituição dedicar-se com toda a seriedade a esses encargos tão amplos e tão relevantes, como os interesses difusos e coletivos de que nos vimos até aqui ocupando, relacionados com a área de proteção da infância e da juventude.