

Conselheiro(a) Tutelar - Desincompatibilização de seu(s) membro(s) - necessidade - aplicação analógica do artigo 1º, inciso II, alínea 'L', da Lei Complementar nº 64/90.

Divino Marcos de Mello Amorim¹

SUMÁRIO:

- 1. Introdução:**
- 2. Inelegibilidade - Considerações Gerais:**
- 3. Conselho Tutelar - Membros - Definição Jurídica:**
- 4. Membro do Conselho Tutelar - Desincompatibilização - Necessidade - Aplicação da Lei Complementar nº 64/90:**
- 5. Conclusões:**
- 6. Bibliografia e Referências Legislativas:**

1 - Introdução:

O ano de 2000, no Brasil, traz a expectativa de novas eleições para os cargos majoritários (Prefeito e Vice-Prefeito), bem como para os proporcionais (Câmaras de Vereadores).

A novidade que a legislação pátria revela é exatamente a reutilização da Lei nº 9.504, de 30/09/97 (com as alterações da Lei nº 9.840/99) - a qual regeu as últimas eleições - para o pleito que se avizinha e que demonstra um avanço em sede eleitoral, pois - em outras épocas - cada nova eleição é regida por um diferente diploma legal promulgado às suas vésperas.

Diante de tal quadro e da relevância do pleito em comento, mister se faz que se analise a necessidade ou não do membro do Conselho Tutelar se desincompatibilizar de seu cargo quando queira concorrer ao pleito do corrente ano.

O presente trabalho - inobstante não ter pretensão de esgotar o tema - vem apresentar uma informação técnico-jurídica que diz respeito às áreas de atuação da infância e juventude e eleitoral para a análise dos membros do Ministério Público do Estado de Goiás e o aprimoramento de suas funções.

2 - Inelegibilidade - Considerações Gerais:

Desde o início da história brasileira, foram editadas legislações que impunham restrições diversas à população e que constituíam-se de entraves

¹ Ex-Coordenador do Centro de Apoio Operacional da Infância e Juventude do Estado de Goiás.

para o acesso à alistabilidade, sendo que - no decorrer dos anos - houve grande abrandamento de tais vedações.

A estrutura político-partidária brasileira se funda em partidos fracos que dão espaço às pessoas que os compõem e que ditam os rumos da política no Brasil.

A legislação pátria - tendo como base a Constituição Federal - enumera condições de elegibilidade, as quais são regulamentadas na legislação infraconstitucional.

Condições tais quais a nacionalidade brasileira, o exercício dos direitos políticos, o alistamento eleitoral, o domicílio eleitoral na circunscrição, a filiação partidária e a idade são requisitos exigidos constitucionalmente² e na legislação infraconstitucional.

Ocorre que, inobstante tais requisitos, existem causas de inelegibilidade ditadas na legislação pátria e que guardam - de alguns Doulos - críticas ao continuismo de algumas restrições ali impostas.

Entretanto, na moderna concepção de 'cidadão' entende-se que o mesmo possui - concomitantemente - o *status civitatis* e que guarda em si os direitos de votar (*jus suffragi*) e o de ser votado (*jus honorum*), exprimindo a plena capacidade política do cidadão.

Assim sendo, diante da legislação pátria, conclui-se que as qualidades ativas (voto) e passiva (ser votado) nem sempre guardam proporcionalidade, visto que existem condições que diminuem a quantidade daqueles que são elegíveis com relação àqueles somente habilitados ao voto³.

Os Doulos vêm entendendo que os critérios legislativos para as causas de não alistabilidade trariam, em sua essência, algumas situações discriminatórias, como seria a questão da discussão do que realmente se entende por 'analfabeto'. Questão interessante é a de que, às vezes, o simples fato de conseguir assinar o próprio nome, afastaria do cidadão a pecha de 'analfabeto'⁴, mas na verdade existem ainda muitas dúvidas em tal situação.

Existem, pois, condições de elegibilidade, as quais permitem o cidadão obter sua inscrição eleitoral, regularmente, podendo votar; sendo que alguns doulos⁵ afirmam que uma pessoa elegível sempre será eleitora, mas o contrário nem sempre é possível.

² Artigos 12, I e II; 14, I e II e outros da Constituição Federal.

³ "...há fatores que interferem e que sempre seja menor o contingente dos que dispõem de elegibilidade e dos apenas habilitados ao exercício do sufrágio..." Fávila Ribeiro, *in* Direito Eleitoral, 4ª ed., Forense, p. 243.

⁴ "...Descabe submetê-lo a qualquer outro tipo de verificação intelectual, porque nisso estaria a inocular-se uma condição discriminatória que conspira contra a isonomia jurídica no processo de alistamento..." Fávila Ribeiro, *in* ob. cit., p. 244.

⁵ "...Por isso, pode-se dizer que é impossível a um elegível não ser eleitor, mas o contrário é perfeitamente possível e até muito comum..." Joel José Cândido, *in* Direito Eleitoral Brasileiro, 6ª ed., Edipro, p. 109.

O culto Joel José Cândido, enfrentando a questão desta diferenciação (elegibilidade X inelegibilidade), afirmou, em seu Direito Eleitoral Brasileiro, p. 109, que existem "...condições para ser eleger, tão somente e, como se verá adiante, não são as únicas. Causas há que, mesmo presentes estas condições, impedem o exercício do direito de ser votado. As condições para se eleger não se confundem com as condições para votar ou para ser eleitor, simplesmente...".

Acerca da inelegibilidade tem-se que não adianta o cidadão possuir as condições de alistabilidade, mas também é necessário que o mesmo não incida em nenhuma causa de inelegibilidade, a qual seria uma 'barreira intransponível'⁶.

Desta feita, observa-se que a Constituição Federal de 1988 trouxe princípios básicos relativos à inelegibilidade, a qual recebeu sua regulamentação na Lei Complementar nº 64, de 18 de maio de 1990.

3 - Conselho Tutelar - Membros - Definição Jurídica:

A edição da Lei Federal nº 8.069, de 13 de julho de 1990 - Estatuto da Criança e do Adolescente - trouxe a regulamentação da Constituição Federal de 1988 no que se refere à adoção da Doutrina da Proteção Integral à criança e adolescente brasileiros.

Inovação infraconstitucional, os Conselhos Municipais de Direitos da Criança e do Adolescente, o Conselho Tutelar da Criança e do Adolescente e o Fundo Municipal da Infância e Juventude consubstanciam-se em verdadeiros instrumentos populares na defesa dos direitos e interesses infanto-juvenis.

O legislador constitucional - adotando moderna concepção de defesa da criança e do adolescente - trouxe como princípios básicos a participação popular (democracia participativa) e a municipalização do atendimento àqueles, o que foram efetivados na criação dos conselhos em comento - os quais têm participação popular e são instrumentos de atendimento municipalizado.

No que se refere ao Conselho Tutelar, este tem sua definição legal contida no artigo 131, do Estatuto da Criança e do Adolescente da seguinte maneira:

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

⁶ "...Se a elegibilidade é pressuposto do exercício regular do mandato político, a inelegibilidade é a barreira intransponível que desautoriza essa prática, com relação a um, alguns ou todos os cargos cujos preenchimentos dependam de eleição..." Pedro Henrique Távora Niess, in Direitos Políticos - Condições de Elegibilidade e Inelegibilidade, Saraiva, p. 05.

O termo 'autônomo' significa que tal órgão é independente em sua atuação funcional, não estando vinculado à hierarquia estatal respectiva.⁷

Inobstante o Conselho Tutelar não possuir função jurisdicional (artigo 131, Estatuto da Criança e do Adolescente), tal órgão exerce efetivamente uma parcela do denominado 'Poder Público', consoante preconiza a Constituição Federal de 1988⁸, sendo que a doutrina aponta que aquele tem poder de influência sobre outras esferas administrativas⁹.

Tem-se, pois, que o Conselho Tutelar - apesar de autônomo - é órgão que tem características de organismo público e no dizer da doutrina, o Estatuto o reconhece "*...como organismo público municipal colegiado, mas com funções providas por algum sistema de escolha, pela sociedade, na forma ditada pela realidade de cada Município...*"¹⁰.

Tem-se, pois, que o Conselho Tutelar recebe parcela do 'Poder Público Municipal' para cumprir uma de suas principais obrigações que é de executar uma política de atendimento dos direitos da criança e do adolescente, em ações articuladas, tendo como diretriz básica a municipalização deste atendimento¹¹.

A própria doutrina leciona que o Conselho Tutelar é considerado como "*...parte da estrutura administrativa do Poder Público Municipal, o Estatuto remete à lei municipal a competência para regular os Conselhos Tutelares...*"¹².

O Conselho Tutelar na acepção da palavra seria um verdadeiro órgão público, de conotação administrativa e que tem por fim executar a política pública elencada na legislação constitucional e infraconstitucional (federal, estadual e municipal) de tutela da criança e do adolescente.

Exercendo o Conselho Tutelar, parcela do Poder Público, o seu integrante - conselheiro tutelar - é muitas vezes e para fins específicos equiparado a servidor público.

A simples atribuição do Conselho Tutelar de promover a execução de suas decisões, podendo para tanto requisitar serviços públicos nas áreas da saúde, educação, serviço social etc.¹³ leva alguns Doutrinos a afirmar que exercendo "*...uma parcela do poder (não jurisdicional), o Conselho Tutelar tem autoridade para promover a execução de suas decisões, requisitando serviços*

⁷ "*...Ser autônomo significa ter liberdade e independência na atuação funcional, não podendo suas decisões ficar submetidas a escalas hierárquicas, no âmbito da Administração. A revisão judicial (prevista no art. 137) não fere essa autonomia, porque é de caráter jurisdicional, e não administrativo...*" Munir Cury e outros, *in* Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado, Malheiros, 405.

⁸ Artigo 1º... *Parágrafo único* - *Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.*

⁹ Munir Cury e outros, *in* ob. cit., p. 415.

¹⁰ Wanderlino Nogueira (Munir Cury e outros), *in* ob. cit., p. 425.

¹¹ Artigos 86 e 88, inciso I, ambos do Estatuto da Criança e do Adolescente.

¹² Munir Cury e outros, *in* ob. cit., p. 425.

¹³ Artigo 136, III, 'a', Estatuto da Criança e do Adolescente.

públicos...omissis...ou representando ao juiz em caso de injustificada DESOBEDIÊNCIA; para expedir notificações e para requisitar certidões de nascimento e de óbito de criança ou adolescente..." (grifo nosso)¹⁴.

A equiparação do Conselheiro Tutelar a agente (funcionário/servidor) público é utilizada para vários fins, tais como os seguintes:

- em caso de ser desacatado em razão de suas funções legais, o agressor pode incorrer no crime de desacato¹⁵;
- em caso de alguém desobedecer, sem justificativa, uma ordem legal de um conselheiro tutelar, aquele poderá incorrer no crime de desobediência¹⁶;
- caso o conselheiro tutelar aproprie-se de algum valor ou outro bem móvel do Conselho Tutelar pode ser processado pela prática do crime de peculato¹⁷

A questão de equiparação do Conselheiro Tutelar a servidor público ou a funcionário público se dá para fins de aplicação das demais legislações infraconstitucionais.

Cita-se, entre tantas outras, a definição contida na Lei Federal nº 8.429/92 (Lei de Improbidade Administrativa), a qual define agente (funcionário/servidor) público da seguinte maneira:

"Art. 1º. Os atos de improbidade praticados por qualquer agente público, servidor ou não, contra a administração direta, indireta ou fundacional de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios, de Território, de empresa incorporada ao patrimônio público ou de entidade para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, serão punidos na forma desta Lei.

Parágrafo único. Estão também sujeitos às penalidades desta Lei os atos de improbidade praticados contra o patrimônio de entidade que receba subvenção, benefício ou incentivo, fiscal ou creditício, de órgão público bem como daquelas para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com menos de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, limitando-se, nestes casos, a sanção patrimonial à repercussão do ilícito sobre a contribuição dos cofres públicos.

Art. 2º. Reputa-se agente público, para os efeitos desta Lei, todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nas entidades mencionadas no artigo anterior."

¹⁴ Judá Jessé de Bragança Soares (Munir Cury e outros), *in ob. cit .*, p. 415.

¹⁵ Art. 331 C.P. - *Desacatar funcionário público no exercício da função ou em razão dela.*

¹⁶ Art. 330 C.P. - *Desobedecer a ordem legal de funcionário público.*

¹⁷ Art. 312 C.P. - *Apropriar-se o funcionário público de dinheiro, valor ou qualquer outro bem móvel, público ou particular, de que tem a posse em razão do cargo, ou desviá-lo, em proveito próprio ou alheio.*

Com relação ao Código Penal, o legislador ditou que considera-se funcionário público, para os efeitos penais, quem, embora transitoriamente ou sem remuneração, exerce cargo, emprego ou função pública, *ex vi* do artigo 327, daquele diploma legal especial.

A doutrina pátria leciona que agentes públicos são "*...todas as pessoas físicas incumbidas, definitiva ou transitoriamente, do exercício de alguma função estatal...*" e que aqueles se dividiriam em agentes políticos, administrativos, honoríficos e delegados, pelo que a própria doutrina define que os servidores públicos "*...constituem subespécie dos agentes públicos administrativos...*"¹⁸.

Conclui-se, finalmente, que o membro do Conselho Tutelar exerce função pública, sendo aquele um órgão público executor da municipalização do atendimento à criança e ao adolescente, pelo que o conselheiro tutelar tem sua natureza jurídica - anômala diga-se de passagem - equiparada a servidor(funcionário) público para variados fins legais.

4 - Membro do Conselho Tutelar - Desincompatibilização - Necessidade - Aplicação da Lei Complementar nº 64/90:

Consoante dito - nas linhas anteriores - há requisitos de alistabilidade (elegibilidade) e causas de inelegibilidade ditadas na legislação brasileira.

A Lei Complementar nº 64/90 foi editada para regulamentar o artigo 14, §9º, da Constituição Federal¹⁹ sendo que elencou, à época, as causas de inelegibilidade que sejam atentatórias ao Estado Democrático de Direito via da influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta.

Desta feita, tem-se que tal diploma legal foi editado em 18 de maio de 1990, sendo que a edição do Estatuto da Criança e do Adolescente é de 13 de julho do mesmo ano, o que - inicialmente - demonstra que aquele primeiro texto legal não poderia nunca antever as novidades que este último (ECA) traria ao cenário jurídico brasileiro²⁰.

Isto indica - claramente - que não poderia haver previsão legal de nenhuma causa de inelegibilidade que dissesse respeito, por exemplo, a

¹⁸ Hely Lopes Meirelles, *in* Direito Administrativo Brasileiro, 22ª ed., Malheiros, p. 74 e 363.

¹⁹ Art. 14 - *A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante: ...omissis...* § 9º - *Lei complementar estabelecerá outros casos de inelegibilidade e os prazos de sua cessação, a fim de proteger a probidade administrativa, a moralidade para o exercício do mandato, considerada a vida pregressa do candidato, e a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta.*

²⁰ O que ocorreu com a criação de Conselhos Municipais de Direitos e Tutelares, bem como do Fundo Municipal da Infância e Juventude.

desincompatibilização de membro do Conselho Tutelar para disputa de outro cargo eletivo no mesmo município...

Entretanto, dentro das regras interpretativas de Direito, posiciona-se a analogia como sendo instrumento útil para sanar omissões legais e aplicação de casos concretos à luz da legislação vigente.

A Lei Complementar nº 64/90 não traz - expressamente - necessidade de desincompatibilização de membro do Conselho Tutelar para concorrer a outro cargo eletivo, mas aplicando-se a mesma - analogicamente - encontra-se a vedação em seu artigo 1º, inciso II, alínea 'I', aplicável por força do disposto no mesmo artigo, incisos IV, 'a' e VII, 'b'.

Reza a LC nº 64/90:

Art. 1º São inelegíveis:

II - para Presidente e Vice-Presidente da República:

I) os que, servidores públicos, estatutários ou não, dos órgãos ou entidades da administração direta ou indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e dos Territórios, inclusive das fundações mantidas pelo poder público, não se afastarem até 3 (três) meses anteriores ao pleito, garantido o direito à percepção dos seus vencimentos integrais;

IV - para Prefeito e Vice-Prefeito:

a) no que lhes for aplicável, por identidade de situações, os inelegíveis para os cargos de Presidente e Vice-Presidente da República, Governador e Vice-Governador de Estado e do Distrito Federal, observado o prazo de 4 (quatro) meses para a desincompatibilização;

VII - para a Câmara Municipal:

b) em cada Município, os inelegíveis para os cargos de Prefeito e Vice-prefeito, observado o prazo de 6 (seis) meses para desincompatibilização.

Entendendo que o membro do Conselho Tutelar exerce parcela do 'Poder Público Municipal', equiparado resta ao servidor público, sendo que não são estatutários e atuam em um órgão público que compõe - para fins de municipalização do atendimento à criança e ao adolescente - a administração indireta do Município, ressaltando-se que inexistente hierarquia do C.T. com o Município no que se refere à operacionalização de suas funções.

Conclui-se, *data maxima venia*, que o membro do Conselho Tutelar tem que desincompatibilizar-se, com seu afastamento, até três meses anteriores ao pleito para fins de concorrer ao cargo de Prefeito, Vice-Prefeito e Vereador.

O Tribunal Superior Eleitoral, por seus cultos membros, deliberou em 25 de maio de 1996, via da Resolução nº 6.945, (processo 1.835), o seguinte: *"Consulta formulada por Deputado Estadual - Desincompatibilização de ocupantes de cargos em conselhos tutelares da criança e do adolescente e do adolescente e assemelhados - Desnecessidade - falta de previsão legal..."*.

Inobstante a cultura dos membros daquela Corte Eleitoral, vislumbra-se que não há previsão legal justamente porque a LC nº 64/90 foi editada em maio de 1990 e o Estatuto da Criança e do Adolescente o foi em julho do mesmo ano.

Entretanto, o espírito da Lei Complementar nº 64/90 tem seu cerne na proteção da lisura e equidade do pleito eleitoral, principalmente no que se refere ao abuso do poder econômico ou abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta (artigo 14, §9º, C.F.), o que nos leva a entender, salvo melhor juízo, que é possível a aplicação do artigo 1º, II, 'I', LC nº 64/90 aos membros do Conselho Tutelar por analogia.

O próprio Tribunal Superior Eleitoral, no mesmo ano - 1996 - em que votou a deliberação 6945, acima transcrita, e que entendeu desnecessária a desincompatibilização do conselheiro tutelar por falta de previsão legal; em uma outra consulta, assim deliberou: *"Recurso - Impugnação a registro de candidatura - Presidente de Fundo Municipal de Assistência - Aplicação analógica do art. 1º, inciso II, alínea A, nº 9, da LC nº 64/90 - Ausência de desincompatibilização - Inelegibilidade - Desprovinimento"*.

O artigo 1º, inciso II, alínea 'a', nº '9', da LC nº 64/90 refere-se aos Presidentes, Diretores e Superintendentes de autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações públicas e as mantidas pelo Poder Público, sendo que apesar de tal texto legal não mencionar dirigente de FUNDO MUNICIPAL, o TSE entendeu que tal órgão (fundo) seria - talvez - assemelhado a fundação pública, pelo que lhe estendeu tal causa de inelegibilidade por analogia.

Não há - também neste caso - PREVISÃO LEGAL EXPRESSA, mas houve aplicação ANALÓGICA da legislação vigente para atender aos princípios da Constituição Federal e da LC nº 64/90 que coíbem o uso abusivo do cargo, emprego ou função públicas.

No caso do membro do Conselho Tutelar resta claro que - como se trata de um cargo público e de execução de política pública municipal na área da infância e juventude - com atendimento diário à população, pode haver seu uso indevido (com abuso) para fins pessoais de captação de popularidade e votos a seu favor em caso de não desincompatibilização daquele membro.

Por outro turno, ressalta-se que o membro do Conselho Tutelar é remunerado pelo Poder Executivo Municipal respectivo - apesar de inexistir vínculo empregatício - e tem sob sua tutela bens públicos pertencentes ao Conselho Tutelar, o que indica plenamente a necessidade de sua desincompatibilização para fins de concorrer a outro cargo eletivo.

Tendo em vista que outros diplomas legais conceituam agente público (servidor/funcionário) para fins de aplicação de suas cominações (Lei de Improbidade Administrativa e Código Penal), mais acentuada resta a conclusão deste trabalho se analisarmos como a legislação eleitoral (Lei nº 9.504/97), o conceitua:

"Art. 73 - São proibidas aos agentes públicos, servidores ou não, as seguintes condutas tendentes a afetar a igualdade de oportunidades entre candidatos nos pleitos eleitorais:

...omissis...

§ 1º - Reputa-se agente público, para os efeitos deste artigo, quem exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nos órgãos ou entidades da administração pública direta, indireta, ou fundacional."

5 - CONCLUSÕES:

Assim sendo, a conclusão deste trabalho, com a vênua dos que discordam, é de que o membro do Conselho Tutelar - caso queira concorrer ao cargo de Prefeito, Vice ou Vereador - deverá se desincompatibilizar até três meses antes do pleito, sob pena de inelegibilidade, pela aplicação analógica do artigo 1º, inciso II, alínea "I", da LC nº 64/90.

A existência de julgado de 1996, do Colendo Tribunal Superior Eleitoral, contrário a esta conclusão não impede sua discussão e, inclusive, futura revisão por aquela Egrégia Corte Eleitoral, visto que em sua jurisprudência digitalizada (*internet*) não foi encontrado nenhum outro julgado (consulta) a tal respeito.

Com relação à remuneração do membro do Conselho Tutelar, entende-se que a aplicação analógica do artigo 1º, inciso II, alínea "I", da LC nº 64/90 nos leva à conclusão de que como este prevê que o afastamento terá a garantia do direito à percepção dos vencimentos integrais, aplicar-se-ia tal regra em tese ao membro do Conselho Tutelar, visto que seu cargo apesar de ser eletivo e temporário, não é comissionado e demissível *ad nutum*.

6 - BIBLIOGRAFIA E REFERÊNCIAS LEGISLATIVAS:

- Hely Lopes Meirelles, in Direito Administrativo Brasileiro, 22ª ed., Malheiros Editores;
- Joel José Cândido, in Direito Eleitoral Brasileiro, 6ª ed., Edipro;
- Fávila Ribeiro, in Direito Eleitoral, 4ª ed., Forense;

- José Afonso da Silva, in Curso de Direito Constitucional Positivo, 14ª ed., Malheiros;
- Válder Kenji Ishida, in Estatuto da Criança e do Adolescente, 1998, Atlas;
- Munir Cury e outros, in Estatuto da Criança e do Adolescente, 2ª ed., Malheiros;
- Lei Complementar nº 64, de 18.05.90;
- Lei Federal nº 9.504, de 30.09.97;
- Lei Federal nº 8.069, de 13.07.90;
- Lei Federal nº 4.737, de 15.07.65;
- Constituição Federal.