

Jurisprudência Cível

• • •

RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 1.278.198 / SÃO PAULO

RELATOR: MIN. NUNES MARQUES

RECTE.(S): PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

PROC.(A/S)(ES): PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

RECDO.(A/S): PREFEITO DO MUNICÍPIO DE FRANCISCO MORATO

ADV.(A/S): THIAGO MARQUES GIZZI

RECDO.(A/S): PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE FRANCISCO MORATO

ADV.(A/S): CARLOS AUGUSTO DE CASTRO

DECISÃO

1. O Procurador-Geral de Justiça do Estado de São Paulo interpôs recurso extraordinário, com fundamento na alínea “a” do permissivo constitucional (eDoc 8), contra acórdão do Tribunal de Justiça daquela unidade da Federação assim ementado (eDoc 4):

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. Inciso IV do art. 29 da Lei nº 3.044/2019 do Município de Francisco Morato. Exigência de “curso superior” para elegibilidade como membro do Conselho Tutelar. Alegada invasão a competência da União para, concorrentemente com Estados e Distrito Federal, legislar sobre a proteção à infância e à juventude. Ação improcedente. Inocorrência. ECA que traça normas gerais. Necessidade de especificidade dado o interesse local. Municípios podem e devem legislar complementarmente a legislação federal com fundamento no art. 30, inciso I e II, da CF. Competência suplementar.

Ação improcedente.

Alegando violação aos arts. 24, XV, §§ 1º e 2º, e 30, I e II, da Constituição Federal, sustenta, em síntese, que:

Embora os Municípios sejam entes dotados de autonomia para a sua organização política, legislativa e administrativa, tal autonomia não é absoluta, uma vez que vem restringida pela exigência de respeito aos princípios constitucionais que regem a atividade da Administração Pública, inclusive a sua atividade legislativa.

Portanto, no exercício da atividade de produção de leis, deve o Município respeito aos princípios constitucionais, dentre os quais está o princípio da razoabilidade, assentado no art. 111 da Constituição do Estado, extensível aos Municípios por imposição do seu art. 144.

Na hipótese dos autos, apresenta-se manifesto o desrespeito ao princípio da razoabilidade, uma vez que a lei municipal criou uma exigência de excessivo rigor e sem fundamento legítimo para restringir o acesso ao posto de Conselheiro o Tutelar.

Segundo articula, “diante das funções e da razão de existência do órgão, impor a condição de conclusão de curso superior para acesso ao posto de Conselheiro Tutelar não se afigura razoável, ponderado e proporcional, visto que o universo de pessoas que poderão disputar as eleições é substancialmente reduzido e de forma injustificada”.

Tem a medida como “inadequada na perspectiva do interesse público, visto que afasta da composição de um órgão que deve representar a sociedade e com ela se relacionar uma parcela importante dos integrantes da comunidade que pode ter conhecimento valioso da realidade social, justamente das crianças e adolescentes que demandam o atendimento do Conselho Tutelar”.

Ressalta que “não se identifica, por exemplo, em que termos uma formação superior em engenharia ou biologia poderia melhor habilitar uma pessoa que lida com demandas predominantemente sociais a ser Conselheiro Tutelar”.

Recebidos os autos nesta Corte, determinei a abertura de vista ao Ministério Público Federal, que, em parecer da lavra do Subprocurador-Geral da República Dr. José Elaeres Marques Teixeira, opinou pelo provimento do recurso extremo, assentando a seguinte conclusão (eDoc 21):

RECURSO EXTRAORDINÁRIO CONTRA ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO, PROFERIDO EM AÇÃO DIREITA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI MUNICIPAL. EXIGÊNCIA DE CURSO SUPERIOR COMPLETO PARA A FUNÇÃO DE CONSELHEIRO TUTELAR. EXTRAPOLAÇÃO DA COMPETÊNCIA LEGISLATIVA SUPLEMENTAR DO MUNICÍPIO. AUSÊNCIA DE PECULIARIDADE LOCAL. USURPAÇÃO DA COMPETÊNCIA LEGISLATIVA DA UNIÃO. VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. PARECER PELO PROVIMENTO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO.

É o relatório.

2. Reputo relevantes as razões recursais.

O cerne da controvérsia reside em saber se é constitucional, ou não, que o Município institua a exigência de conclusão de curso superior como critério para a assunção do cargo de conselheiro tutelar.

No federalismo brasileiro, a distribuição de competências entre os entes baseia-se no critério da predominância do interesse.

Conforme previsão do art. 24, XV, da Constituição Federal, compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre proteção à infância e à juventude, limitando-se o ente nacional a estabelecer normas gerais.

A Lei federal n. 8.069/1990 – Estatuto da Criança e do Adolescente – estipula, no art. 133, os requisitos mínimos para a candidatura ao Conselho Tutelar. Eis o teor do dispositivo:

Art. 133. Para a candidatura a membro do Conselho Tutelar, serão exigidos os seguintes requisitos:

- I – reconhecida idoneidade moral;
- II – idade superior a vinte e um anos;
- III – residir no município.

Tratando-se de competência legislativa concorrente, os Municípios se atêm a dispor sobre assuntos de interesse local e a suplementar as legislações federal e estadual, nos termos do art. 30, I e II, da Carta da República:

Art. 30. Compete aos Municípios:

- I – legislar sobre assuntos de interesse local;
- II – suplementar a legislação federal e a estadual no que couber;

A Lei n. 3.044, de 25 de março de 2019, do Município de Francisco Morato/SP, versa, em seu art. 29:

Art. 29. São requisitos para candidatar-se e exercer as funções de membro do Conselho Tutelar:

- I – reconhecida idoneidade moral;
- II – idade superior a vinte e um anos;

III – ser residente há pelo menos três anos e ter domicílio eleitoral em Francisco Morato;

IV – *curso superior completo, comprovado por meio de diploma conferido por instituição de ensino cujo curso seja reconhecido pelo Ministério da Educação, ou órgão que venha substituí-lo.*

Por sua vez, o art. 131 do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) preceitua que o Conselho Tutelar é órgão permanente e autônomo, não jurisdicional, encarregado de zelar pelo cumprimento dos direitos da criança e do adolescente definidos naquele diploma legal.

Para dar concretude à previsão, haverá, em cada Município e em cada Região Administrativa do Distrito Federal, no mínimo, 1 (um) Conselho Tutelar, integrante da Administração Pública, composto de 5 (cinco) membros, escolhidos pela população local para mandato de 4 (quatro) anos, permitida a recondução após novos processos de escolha (ECA, art. 132).

Os modernos instrumentos de participação popular, a exemplo dos conselhos, das ouvidorias, do orçamento participativo e das comissões de legislação participativa, são apenas alguns dos mecanismos surgidos em função do sistema inaugurado pela Constituição de 1988, baseada em princípios que permitem a criação, a renovação e a reinvenção contínuas das formas de participação da sociedade nos atos do Estado.

Nesse contexto, a composição do Conselho Tutelar deve ser afinada com o escopo de franquear a maior participação popular possível – dentro dos limites constitucionais –, contribuindo, em última análise, com o aperfeiçoamento democrático. Nas palavras de Paulo Sérgio Novais de Macedo¹:

Aqui se deverá entender, como mecanismos e instrumentos da democracia participativa, toda e qualquer forma legal de controle, pela sociedade, dos atos da administração; todo e qualquer ato de atuação popular nas decisões políticas e na gestão da coisa pública; todas as formas que objetivem dar mais legitimidade às decisões e aos atos administrativos, por meio de qualquer instrumento legal que garanta mais participação popular.

De acordo com Alice Maria Gonzalez Borges (2006), o que a Constituição busca, com a permissão ou previsão da participação popular, é garantir que a sociedade civil organizada, no exercício da cidadania responsável, seja convocada a controlar e fiscalizar efetivamente o cumprimento dos programas anunciados pelos governantes e das ações dos administradores. De diversas maneiras,

¹ Democracia participativa na Constituição Brasileira. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/45/178/ril_v45_n178_p181.pdf. Acesso em: 7 mar. 2023.

quer formais, quer informais, quer judiciais ou não, a Constituição assegura ao cidadão, em cada um dos Poderes da República, formas de controle social e de participação da sociedade na gestão pública.

Da leitura do art. 227, § 7º, c/c o 204, II, da Constituição Federal nota-se que a instituição do Conselho Tutelar segue a tendência moderna de uma democracia participativa, na qual haja a colaboração direta da população em assuntos que lhe dizem respeito. Confira-se o teor dos mencionados dispositivos:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, 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.

[...]

§ 7º No atendimento dos direitos da criança e do adolescente levar-se-á em consideração o disposto no art. 204.

Art. 204. As ações governamentais na área da assistência social serão realizadas com recursos do orçamento da seguridade social, previstos no art. 195, além de outras fontes, e organizadas com base nas seguintes diretrizes:

[...]

II – participação da população, por meio de organizações representativas, na formulação das políticas e no controle das ações em todos os níveis.

Assim, o Conselho Tutelar, atuando de maneira independente, aproxima do poder público a voz da sociedade, fortalecendo práticas democráticas de participação, na medida em que funciona como instrumento de fiscalização e prevenção de situações de risco para crianças e adolescentes.

No caso em exame, a exigência de curso superior para se tornar elegível ao cargo de conselheiro tutelar exclui profissionais tais como professores, técnicos e auxiliares de enfermagem – além, por exemplo, de líderes comunitários –, os quais, a despeito de não necessariamente terem formação superior, são engajados na comunidade em que vivem e, por isso, podem revelar sólido conhecimento da realidade social da infância e da juventude do correspondente Município. Admitir tal restrição, que me parece não encontrar amparo no Texto Constitucional, impediria o acesso

de pessoas com plena habilidade para compreender as demandas relacionadas a crianças e adolescentes em situação de risco.

Segundo dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), em 2010, 6,87% dos brasileiros, ou 13.455.172 pessoas, tinham formação superior completa. Em 2019, o índice aumentou para 8,7%, correspondendo ao total de 18,3 milhões de brasileiros. A unidade federativa mais bem posicionada no rol é o Distrito Federal, onde 17,49% da população concluiu o nível superior, seguida por São Paulo (11,67%) e Rio de Janeiro (10,91%). Já as menores taxas, em dados de 2010, são encontradas no Maranhão (3,56%), no Pará (4,06%) e na Bahia (4,51%).

A par disso, não é demais observar que, em sua essência, um conselheiro tutelar exerce as mesmas funções em Francisco Morato/SP ou em qualquer outro Município do País, daí não havendo qualquer peculiaridade local a justificar norma que, apartada do princípio democrático, restrinja o universo de membros elegíveis à condição de membros do Conselho Tutelar.

Dessa forma, não me parece razoável, proporcional ou ponderado reduzir, de foram injustificada, o universo de pessoas aptas a disputar as eleições para o cargo de conselheiro tutelar.

Conforme bem pontuado na peça subscrita pela Procuradoria-Geral de Justiça do Estado de São Paulo, na petição inicial da ação direta de inconstitucionalidade da qual tirado o presente recurso:

De um lado, revela-se inadequada na perspectiva do interesse público, visto que afasta da composição de um órgão que deve representar a sociedade e com ela se relacionar uma parcela importante dos integrantes da comunidade que pode ter um conhecimento valioso da realidade social justamente das crianças e adolescentes que demandam o atendimento do Conselho Tutelar.

De outro lado, é desproporcional, porque coloca uma exigência de formação superior que não implica de forma necessária e proporcional uma melhor qualificação para o exercício da função. Aliás, a título de argumentação, não se identifica, por exemplo, em que termos uma formação superior em engenharia ou biologia poderia melhor habilitar uma pessoa que lida com demandas predominantemente sociais a ser Conselheiro Tutelar. Entretanto, a conclusão de cursos universitários nestas áreas se traduziria em atendimento da exigência legal. E, a mesma exigência excluiria uma pessoa com escolaridade média equivalente a auxiliar de enfermagem e com experiência no trato de crianças e adolescentes do mesmo processo eleitoral. É, assim, irrazoável o requisito ora debatido.

Ora, o Supremo Tribunal Federal tem prestigiado a razoabilidade como critério de aferição da constitucionalidade das leis e atos normativos. Nesse sentido:

TODOS OS ATOS EMANADOS DO PODER PÚBLICO ESTÃO NECESSARIAMENTE SUJEITOS, PARA EFEITO DE SUA VALIDADE MATERIAL, À INDECLINÁVEL OBSERVÂNCIA DE PADRÕES MÍNIMOS DE RAZOABILIDADE.

– As normas legais devem observar, no processo de sua formulação, critérios de razoabilidade que guardem estrita consonância com os padrões fundados no princípio da proporcionalidade, pois todos os atos emanados do Poder Público devem ajustar-se à cláusula que consagra, em sua dimensão material, o princípio do “*substantive due process of law*”. Lei Distrital que, no caso, não observa padrões mínimos de razoabilidade.

A EXIGÊNCIA DE RAZOABILIDADE QUALIFICA-SE COMO PARÂMETRO DE AFERIÇÃO DA CONSTITUCIONALIDADE MATERIAL DOS ATOS ESTATAIS.

– A exigência de razoabilidade – que visa a inibir e a neutralizar eventuais abusos do Poder Público, notadamente no desempenho de suas funções normativas – atua, enquanto categoria fundamental de limitação dos excessos emanados do Estado, como verdadeiro parâmetro de aferição da constitucionalidade material dos atos estatais.

(ADI 2.667 MC, Tribunal Pleno, Relator o ministro Celso de Mello)

No julgamento do ARE 1.289.610 AgR, da relatoria do ministro Marco Aurélio, em que o Tribunal concluiu pela inconstitucionalidade da Lei de Guararema/SP que exigia Carteira Nacional de Habilitação para concorrer ao cargo de Conselheiro Tutelar do Município, o ministro Dias Toffoli deixou consignado que:

[...] a jurisprudência da Corte firmou-se no sentido de que *a imposição de requisitos para ingresso em cargos públicos deve guardar relação com a natureza das atividades a serem desempenhadas, bem como atender a critérios de razoabilidade e proporcionalidade, o que não se verifica no caso dos autos, em que a lei municipal ora em debate exige carteira de habilitação para interessados em concorrer ao cargo de conselheiro tutelar.*

(Grifei)

Importante destacar, como o fez a Procuradoria-Geral da República no parecer juntado ao processo, que “o conselheiro tutelar é eleito pela população do município, e a Constituição Federal não estabeleceu requisito de escolaridade mínima sequer para a eleição dos chefes do Poder Executivo e dos integrantes do Poder Legislativo nos diversos entes da Federação, limitando-se a exigir que o candidato seja alfabetizado. Portanto, se sequer o ensino fundamental é exigido para aqueles que se candidatam para ocupar cargos de maior envergadura, dotados de amplas prerrogativas, não é razoável a exigência de curso superior para aqueles que pretendem ocupar a função de conselheiro tutelar”.

3. Do exposto, *dou provimento ao recurso extraordinário* para, reformando o acórdão recorrido, declarar a inconstitucionalidade do art. 29, IV, da Lei municipal n. 3.044/2019, de Francisco Morato/SP.

Quanto aos honorários recursais, previstos no § 11 do art. 85 do Código de Processo Civil, não têm eles autonomia nem existência independente da sucumbência fixada na origem e representam um acréscimo ao ônus estabelecido previamente, motivo por que, na hipótese de descabimento ou de ausência de fixação anterior – como na espécie –, a sua incidência é indevida.

4. Publique-se. Intime-se.

Brasília, 20 de março de 2023.

MINISTRO NUNES MARQUES

Relator