

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2022.0000301175

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Direta de Inconstitucionalidade nº 2179016-79.2020.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor PROCURADOR GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, são réus PREFEITO DO MUNICÍPIO DE MOGI DAS CRUZES e PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE MOGI DAS CRUZES.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "POR MAIORIA DE VOTOS, JULGARAM A AÇÃO IMPROCEDENTE. ACÓRDÃO COM O EXMO. SR. DES. EVARISTO DOS SANTOS. VENCIDOS OS EXMOS. SRS. DES. JAMES SIANO (COM DECLARAÇÃO), GUILHERME STRENGER, DAMIÃO COGAN, CAMPOS MELLO, MATHEUS FONTES E COSTABILE E SOLIMENE.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores EVARISTO DOS SANTOS, vencedor, JAMES SIANO, vencido, RICARDO ANAFE (Presidente), COSTABILE E SOLIMENE, TORRES DE CARVALHO, LUCIANA BRESCIANI, ELCIO TRUJILLO, LUIS FERNANDO NISHI, DÉCIO NOTARANGELI, JARBAS GOMES, FIGUEIREDO GONÇALVES, GUILHERME G. STRENGER, FERNANDO TORRES GARCIA, XAVIER DE AQUINO, DAMIÃO COGAN, MOACIR PERES, FERREIRA RODRIGUES, FRANCISCO CASCONI, ADEMIR BENEDITO, CAMPOS MELLO, VIANNA COTRIM, MATHEUS FONTES, AROLDO VIOTTI, CRISTINA ZUCCHI E JACOB VALENTE.

São Paulo, 20 de abril de 2022.

Evaristo dos Santos
RELATOR DESIGNADO
Assinatura Eletrônica

PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

ADIn nº 2.179.016-79.2020.8.26.0000 – São Paulo

Voto nº **45.600**

Autor: PROCURADOR GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Réus: PREFEITO DO MUNICÍPIO DE MOGI DAS CRUZES E OUTRO

Rel. Des. **JAMES SIANO** - Voto nº **38.385**

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE

Município de Mogi das Cruzes. Art. 8º, inciso III, da Lei nº 7.054/15, estabelecendo como requisito indispensável para o exercício da função de Conselheiro Tutelar residir na municipalidade há, no mínimo, 04 (quatro) anos. Constitucionalidade.

Competência legislativa. O Município detém competência legislativa suplementar em matéria de proteção à infância e à juventude (art. 30, I e II da CF), podendo ampliar o alcance normativo da legislação federal e estabelecer requisitos adicionais para o exercício do cargo de Conselheiro Tutelar. Doutrina e jurisprudência nesse sentido.

Razoabilidade da norma. Legítima e razoável a opção do Município de exigir, para o exercício da função de Conselheiro Tutelar, a residência, na municipalidade, por, no mínimo, 04 (quatro) anos. Exigência voltada à compreensão aprofundada acerca das peculiaridades onde será prestada a atividade. Expediente adotado em diversas municipalidades.

Ação improcedente.

1. Relatório já nos autos.
2. **Julgo improcedente a ação.**

Trata-se de **ação direta de inconstitucionalidade** do Procurador Geral de Justiça do Estado de São Paulo tendo por objeto o **inciso III** do **art. 8º** da **Lei nº 7.054/15**, do Município de Mogi das Cruzes, estabelecendo como requisito indispensável para o exercício da função de Conselheiro Tutelar residir na municipalidade há, no mínimo, 04 (quatro) anos.

Sustentou, em síntese, que a exigência não se mostra razoável. Daí a declaração de inconstitucionalidade (art. 01/12).

PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

O I. Relator propôs o acolhimento da pretensão.

Peço vênua para **divergir**.

A pretensão é **improcedente**, na medida em que **(a)** o Município detém competência legislativa suplementar em matéria de infância e juventude, podendo ampliar o alcance normativo da legislação federal estabelecer requisitos adicionais para a candidatura ao cargo de Conselheiro Tutelar; e **(b)** o requisito criado pela lei municipal se mostra consentâneo com a natureza do cargo, atendendo, pois, ao princípio da razoabilidade.

a) Legitimidade do exercício da competência legislativa suplementar do Município.

A proteção à infância e à juventude é matéria de competência legislativa concorrente entre a União e os Estados.

Dispõe o **art. 24** da CF:

"Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:"

(...)

"XV - proteção à infância e à juventude;"

(...)

"§ 1º No âmbito da legislação concorrente, a competência da União limitar-se-á a estabelecer normas gerais."

"§ 2º A competência da União para legislar sobre normas gerais não exclui a competência suplementar dos Estados."

"§ 3º Inexistindo lei federal sobre normas gerais, os Estados exercerão a competência legislativa plena, para atender a suas peculiaridades."

"§ 4º A superveniência de lei federal sobre normas gerais suspende a eficácia da lei estadual, no que lhe for contrário."

De outra parte, no tocante à competência legislativa dos Municípios, estabelece o **art. 30**:

"Art. 30. Compete aos Municípios:"

"I - legislar sobre assuntos de interesse local;"

"II - suplementar a legislação federal e a estadual no que couber;"

PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Ora, como é cediço, o **art. 133 do Estatuto da Criança e do Adolescente** (Lei nº 8.069/90) estabelece **03 (três) requisitos** para a candidatura a membro do Conselho Tutelar:

"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." (grifei)

Ocorre que referido rol **não** é restritivo.

Por força do **art. 30** da CF, o Município **detém competência** para suplementar a norma federal, **ampliando o alcance normativo de tais requisitos**, máxime para atender a interesse local.

Esse é o ensinamento da doutrina mais autorizada sobre a matéria.

Leciona **PATRÍCIA SILVEIRA TAVARES**:

*"Importa sublinhar que a lei estatutária preocupou-se em **determinar o mínimo aceitável ao exercício das funções de conselheiro tutelar, sendo tarefa do legislador municipal, caso entenda necessário, fixar outros requisitos para o exercício da função.**"*

*"Não há falar, neste caso, em invasão da esfera de competência legislativa da União, pois **não estará o Município inviabilizando o cumprimento da lei federal, e, sim, complementando-a, de modo a permitir que o conselho tutelar tenha a configuração mais adequada às aspirações da comunidade local.**"*

"Nesse passo, é plenamente viável que conste da lei municipal, como requisitos ou pressupostos para o exercício da função de conselheiro tutelar, condições como a experiência mínima de trabalho com crianças ou adolescentes, grau mínimo de escolaridade, dedicação exclusiva ao cargo, entre outras." (destaquei e grifei – coord. KÁTIA REGINA MACIEL – "Curso de Direito da Criança e do Adolescente" – Ed. Saraiva – 10ª edição – 2017 – p. 575).

No mesmo sentido, **JUDÁ JESSÉ DE BRAGANÇA SOARES**:

"A lei federal contentou-se em estabelecer os requisitos mínimos. Nada impede que o Município os amplie, pois o art. 30, II da CF lhe dá competência

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

para 'suplementar a legislação federal e a estadual', no que couber." (coord. **MUNIR CURY** – "Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado" – Malheiros Editores – 8ª edição – 2006 – p. 450).

Confira-se, ainda, a posição de **CARLOS ALBERTO CARMELLO JÚNIOR**:

"O art. 133 da Lei n. 8.069/90 estabelece, como requisitos para a candidatura ao cargo de conselheiro tutelar, a reconhecida idoneidade moral, idade superior a vinte e um anos e a residência no Município."

"A Lei Municipal pode estabelecer outros requisitos, tais quais a escolaridade mínima, conhecimentos do Estatuto e da Constituição Federal, e prévia participação na efetivação de direitos infanto-juvenis."

"Neste aspecto, pensamos que a Lei deve exigir outros requisitos para a candidatura. É que cada Município possui a sua peculiaridade no atendimento aos direitos de crianças e adolescentes, de modo a exigir do conselheiro habilidades específicas." (grifei - "A Proteção Jurídica da Infância, da Adolescência e da Juventude" – Ed. Verbatim – 2013 – p. 146).

Conclusão encontra respaldo em precedentes do **C. Superior Tribunal de Justiça**:

"O Município, com fundamento no art. 30, II, da CF/88, pode estabelecer requisitos outros além dos estampados no art. 133, do ECA, para eleição de membro do conselho tutelar, porquanto o **referido dispositivo somente veiculou condições mínimas, que necessitam ser alongadas, a fim de sublevar a referida função.**" (destaquei e grifei – AgRg na MC nº 11.835/RS – v.u. j. de 13.03.07 – Rel. Min. **HUMBERTO MARTINS**)

"O art. 133 do ECA não é taxativo, vez que apenas estabeleceu requisitos mínimos para os candidatos a integrante do Conselho Tutelar, que é serviço público relevante, podendo, inclusive, ser remunerado." (REsp nº 402.155/RJ – v.u. d.j. 28.10.03 – Rel. Min. **FRANCISCO FALCÃO**).

Não discrepa este **Eg. Órgão Especial**, conforme recente julgado:

"**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 Conselheiro Tutelar. Alegada invasão a competência da União para, concorrentemente com Estados e Distrito**

PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

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." (destaquei e grifei – ADIn nº 2.216.612-34.2019.8.26.0000 - v.u. j. de 11.03.20 - Rel. Des. XAVIER DE AQUINO).

Em suma, **inequívoca** a competência do Município para suplementar a norma federal, estipulando requisitos adicionais e ampliações normativas para a candidatura a membros do Conselho Tutelar.

b) Legitimidade da regra instituída pelo Município.

Estabelecida a premissa, evidente que o requisito adicional instituído pela lei municipal deve ser compatível com a legislação federal e atender a interesse local.

Ora, o ECA, em seu **art. 133, inciso III**, estabeleceu o – **residir no município** – como requisito para a candidatura a membro do Conselho Tutelar. O dispositivo permite interpretação a justificar a exigência de certo prazo residindo no município, evitando turistas, moradores eventuais, dentre outros, assim como, para viabilizar, ao candidato, maior conhecimento de problemas e das condições locais, antes do interessado tratar de assunto tão delicado como o de – zelar pelo cumprimento dos direitos da criança e do adolescente – no município.

Dispõe a norma impugnada:

"Art. 8º São requisitos mínimos indispensáveis para o exercício das funções de Conselheiro Tutelar:"

(...)

"III - residir no Município de Mogi das Cruzes há no mínimo 4 (quatro) anos com a devida comprovação;" (grifei – fl. 20)

Legítima, em que pesem os entendimentos em contrário, a opção do Município ao estabelecer, para os que pretendem compor o Conselho Tutelar local, a necessidade de "... residir no Município de Mogi das Cruzes há no mínimo 4 (quatro) anos com a devida comprovação".

Inicialmente, convém destacar que os membros do Conselho Tutelar são

PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

agentes públicos. Seus atos devem ser considerados **atos administrativos** e estão inclusive sujeitos ao impedimento constitucional do acúmulo remunerado de funções públicas (art. 37, XVI e XVII, da CF).

Quanto ao ponto, recorre-se, novamente, à doutrina de **PATRÍCIA SILVEIRA TAVARES**:

"O conselho tutelar é órgão público, de natureza administrativa, pelo que todos os atos por ele praticados devem ser compreendidos como atos administrativos."

(...)

"É relevante frisar que os conselheiros tutelares exercem função pública, ainda que de forma transitória. Por este motivo, independentemente da forma de regulação de sua atividade na legislação municipal, são os conselheiros tutelares equiparados aos agentes públicos para diversos fins, notadamente, penal e administrativo."

(...)

"Cumpre, por fim, registrar que aos conselheiros tutelares aplica-se, ainda, o impedimento constitucional do acúmulo remunerado de funções públicas, constante do art. 37, XVI e XVII, da CF/88, ressalvadas as exceções constantes da própria normativa constitucional. Isso se dá em função da natureza e da relevância do cargo de conselheiro, o qual exige dedicação, com afinco, às respectivas atividades, posto que desenvolvidas no interesse de toda a sociedade. A não observância desse impedimento é causa suficiente para a destituição do membro do conselho tutelar, sem prejuízo da imposição de restituição ao erário dos valores recebidos indevidamente." (op. cit. – pp. 556/578).

Entendimento já endossado pela **C. Seção de Direito Público** deste **Eg. Tribunal**:

"RECURSO DE APELAÇÃO MANDADO DE SEGURANÇA - SERVIDOR PÚBLICO MUNICIPAL PRETENSÃO À ACUMULAÇÃO DE CARGO PÚBLICO COM FUNÇÃO DE CONSELHEIRO TUTELAR - IMPOSSIBILIDADE. 1. A função de Conselheiro Tutelar exige dedicação integral. 2. Irrelevância de possível compatibilidade de horário, circunstância, aliás, não comprovada, de acordo com os elementos de convicção produzidos nos autos. 3. Ausência de direito líquido e certo. 4. Ordem denegada, em mandado de segurança. 5. Sentença, mantida. 6. Recurso de apelação, desprovido. (destaquei e grifei – AC nº 3.001.201-69.2013.8.26.0438 – v.u. j. de 29.09.14 – Rel. Des. FRANCISCO BIANCO).

PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

*"MANDADO DE SEGURANÇA - SERVIDOR PÚBLICO MUNICIPAL - PRETENSÃO DE ACUMULAÇÃO DE CARGO PÚBLICO DE PROFESSOR COM FUNÇÃO DE CONSELHEIRO TUTELAR – IMPOSSIBILIDADE – **FUNÇÃO DE CONSELHEIRO TUTELAR QUE EXIGE DEDICAÇÃO INTEGRAL** – Hipótese que não se enquadra nas exceções constitucionais quanto à **inacumulatividade de cargos e funções públicas** - art. 37, XVI, da Constituição Federal - Ausência de direito líquido e certo - Ordem denegada." (destaquei e grifei – AC nº 0.006.739-79.2015.8.26.0481 – v.u. j. de 31.07.17 – Rel. Des. JOÃO NEGRINI FILHO).*

Ademais, desempenham atividade de enorme relevância a toda sociedade.

Por vezes, sua importância é, na prática, equivalente à de um magistrado, tamanha a magnitude de sua interferência na vida familiar e na proteção a crianças e adolescentes.

Esse o escólio de **GUILHERME DE SOUZA NUCCI**:

"Membro do Conselho Tutelar: não se trata de funcionário público, estritamente falando, mas de um agente público, como bem esclarece Celso Antônio Bandeira de Mello: 'os servidores públicos são uma espécie dentro do gênero 'agentes públicos' (...) Esta expressão – agentes públicos – é a mais ampla que se pode conceber para designar genérica e indistintamente os sujeitos que servem ao Poder Público como instrumentos expressivos de sua vontade ou ação, ainda quando o façam apenas ocasional ou episodicamente. Quem quer que desempenhe funções estatais, enquanto as exercita, é um agente público.'" (...) Os conselheiros tutelares ocupariam, especificamente, a aceção de agentes honoríficos, que não são servidores públicos, em sentido estrito, mas exercem por um tempo, uma função pública."

(...)

***"Embora o conselheiro não seja um magistrado, ele atua, muitas vezes, como se fosse, pois tem a atribuição de interferir na vida familiar, protegendo infantes e jovens, mesmo sendo preciso utilizar força para chegar ao seu objetivo."** (destaquei e grifei – "Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado" – Ed. Forense – 2017 – 3ª edição – pp. 533/536).*

Ora, à luz dessas considerações, mostra-se **legítima** e **razoável** a exigência impugnada.

PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

A questão, então, se desloca para a razoabilidade do prazo fixado, com esse respaldo.

Entendo, repito, que o tempo de residência qualifica, sim, o candidato ao exercício da função, na medida em que lhe outorga maior conhecimento acerca das particularidades locais, permitindo atuação especializada e direcionada aos eventuais beneficiários do serviço.

O requisito é, a meu ver, **harmônico** com a natureza do cargo.

Normas municipais, de outros locais, possuem previsões semelhantes. V.g.: **Lei nº 3.044/2019, do Município de Francisco Morato**, que traz como requisito "... *ser residente há pelo menos três anos e ter domicílio eleitoral em Francisco Morato*" (art. 29, III); **Lei nº 748/2015, do Município de Buri**, que traz como requisito "... *residência no município há mais de 03 (três) anos*" (art. 9º, III); **Lei nº 3.108/2015, do Município de Guararema**, que traz como requisito "... *residir no Município de Guararema há mais de 2 (dois) anos ininterruptos*" (art. 8º, III); **Lei nº 973/1995, do Município de Iracemápolis**, que traz como requisito "... *residir no Município de Iracemápolis há pelo menos 04 (quatro) anos*" (art. 29, III); dentre outras.

O expediente, como se vê, é comumente adotado pelos entes federativos municipais. Coaduna-se com o desígnio de aumentar o alcance normativo da regra disposta no **art. 133, III, do Estatuto da Criança e do Adolescente** (Lei nº 8.069/90).

A legislação em questão – é importante observar – não está a impor novo requisito de ingresso ao Conselheiro Tutelar. Apenas amplia efeitos normativos de condição pré-existente, tal, como se pressupõe, à luz da doutrina e da jurisprudência aqui referida, seja a intenção do legislador federal.

Daí, **inviável** ao Judiciário adentrar em aspectos de escolha administrativa, como o fator "tempo".

Não nos compete, ressalte-se, apontar eventual justiça ou injustiça do critério adotado. Isso cabe ao legislador municipal, que, para fixar o parâmetro adequado, detém a possibilidade de estudar e entender a realidade local.

Dito isso, o estabelecimento de período mínimo de residência mostra-se **razoável e harmônico** com a qualificação do(s) candidato(s) à função em questão.

Entendo que o Município exerceu **regularmente** sua competência

PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

legislativa suplementar – ao definir período mínimo de residência na localidade para a hipótese dos autos –, **não** havendo afronta a dispositivos constitucionais, ao contrário, *data maxima venia*, observaram-se os da razoabilidade, da proporcionalidade, e do interesse público, dentre outros. E, além disso, alinha-se a norma – sem descomedimento – ao objeto constitucionalmente perseguido, qual seja, a proteção de grupo sócio vulnerável (criança e adolescente).

Legítima e razoável a norma local.

Pelo meu voto, julgo **improcedente** a ação.

3. Julgo improcedente a ação.

EVARISTO DOS SANTOS
Relator Designado
(assinado eletronicamente)