

VOTO EM SEPARADO

Da COMISSÃO DE CONSTITUIÇÃO, JUSTIÇA E CIDADANIA, acerca dos Projetos de Lei do Senado nº 119, de 2008, do Senador Arthur Virgílio, que altera a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, que dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente, e dá outras providências; e nº 278, de 2009, da Senadora Lúcia Vânia, que altera os arts. 132, 134 e 139 da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), relativos aos conselhos tutelares, em tramitação conjunta.

I – RELATÓRIO

Esta Comissão recebe em tramitação conjunta, para exame preliminar, o Projeto de Lei do Senado (PLS) nº 119, de 2008, e o PLS nº 278, de 2009, que buscam alterar o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), mais especificamente os artigos que disciplinam os Conselhos Tutelares.

O Projeto de 2008, de autoria do Senador Arthur Virgílio, estabelece a existência de dois Conselhos Tutelares em cada município, a serem criados e mantidos pelo Poder Público municipal. Dispõe, ainda, sobre a ampliação para cinco anos dos mandatos dos conselheiros – hoje fixados em três anos -, assegurando-lhes, ademais, a percepção de férias, décimo terceiro salário, licença à gestante, licença-paternidade e tratamento de saúde. Finalmente, equipara o conselheiro tutelar ao servidor público federal, determinando à União que pague seus vencimentos e lhe estenda o plano de saúde oferecido aos servidores públicos em geral.

Para o ilustre autor do PLS 119/2008, a alteração se justificaria

por ser o cargo de conselheiro um cargo de servidor público em sentido lato e argumenta que o ônus deveria ser da União, por ter sido a existência de tais órgãos estabelecida por norma oriunda do legislativo federal. Considerados servidores públicos, advoga por lhes estender os direitos sociais e trabalhistas.

Tal PLS (nº 119/2008) recebeu a Emenda nº 1, do Senador Sérgio Zambiasi, que estabelece mandato de quatro anos para os conselheiros e a adoção de voto facultativo e universal para sua escolha, a ser realizada em anos ímpares.

Já o PLS nº 278, de 2009, de autoria da Senadora Lúcia Vânia, por sua vez, aumenta o mandato dos conselheiros para quatro anos, determina que sua escolha se dê em 18 de novembro permitindo, além disso, a recondução ilimitada.

O Projeto ainda exclui do ECA a previsão de disciplina municipal sobre o dia e o horário de funcionamento dos conselhos e sobre a “eventual remuneração” dos conselheiros. Em lugar do estabelecimento da competência municipal, o Projeto inclui dispositivo que assegura aos conselheiros remuneração equivalente a 60% do valor percebido pelos vereadores do município e o direito a férias, décimo terceiro salário e plano de saúde.

Segundo a autora, a natureza da função exercida pelos conselheiros atrai a necessidade de tratamento nacional da matéria, reservando aos municípios, unicamente, a definição da localização do Conselho Tutelar.

Nesta Comissão, antes de ser a relatoria entregue ao Senador Gim Argello, os projetos foram alvo de relatório da Senadora Patrícia Saboya, que proferiu voto contrário ao PLS nº 119, de 2008, de autoria do Senador Arthur Virgílio, e favorável ao PLS nº 278, de 2009, de autoria da Senadora Lúcia Vânia, nos termos de emenda substitutiva que apresentava. Contudo, o voto não chegou a ser apreciado antes do fim da legislatura, mas passou a constituir a base sobre a qual se desenvolveu o relatório do Senador Gim Argello, que analisarei adiante.

Em 14 de dezembro do corrente, foi apresentada, pelo Senador Antônio Carlos Valadares, emenda no sentido de fixar no dia 15 de novembro a eleição dos conselheiros tutelares, acolhendo a extensão do mandato para quatro anos.

O Parecer elaborado pelo Senador Gim Argello conclui pela rejeição do Projeto de Lei do Senado nº 119, de 2008, por afronta ao “disposto nos arts. 37, 61 e 196 da Carta Magna quando equipara o conselheiro tutelar ao servidor público federal e determina que seus vencimentos sejam pagos pela União”.

Considera, ademais, que o Projeto se equivoca ao estabelecer “a duplicação” dos conselhos tutelares, por ser medida “desconectada da realidade: de um lado, ela onera desmotivadamente os municípios de pequeno porte” e, “de outro, desconsidera o fato de que vários municípios brasileiros permanecem desprovidos de Conselho Tutelar até hoje, apesar da obrigatoriedade vigente desde 1990”.

Com a rejeição do PLS nº 119, de 2008, fica prejudicada, nos termos do art. 301 do RISF, a apreciação da emenda a ele apresentada pelo Senador Sérgio Zambiasi.

Acerca do PLS nº 278, de 2009, o relatório do Senador Gim Argello conclui pela aprovação do Projeto, nos termos de duas emendas que apresenta e a rejeição da emenda apresentada, nesta Comissão, pelo Senador Antônio Carlos Valadares.

As emendas do Relator são no seguinte sentido:

1) fica mantido o texto atual do art. 132 do ECA quanto ao limite de uma recondução para as eleições dos conselheiros tutelares;

2) o mesmo *caput* do art. 132 é alterado para deixar expreso que o Conselho Tutelar é “órgão da administração local”;

3) acrescenta parágrafo único ao art. 132 prevendo a existência de um desses órgãos, no mínimo, em cada microrregião ou região administrativa do Distrito Federal e dos municípios;

4) suprime, no art. 134, a previsão, presente do PLS nº 278, do direito dos conselheiros a plano de saúde, mantendo a previsão de remuneração compulsória – ainda que se afaste da fixação do *quantum* dessa remuneração -, e dos direitos à cobertura previdenciária, férias, licença à gestante, licença-paternidade e gratificação natalina;

5) em consonância com a alteração do *caput* para prever a remuneração compulsória dos conselheiros, o parágrafo único do art. 134 foi aditado para estabelecer, expressamente, que na lei orçamentária municipal,

constará previsão de recursos suficientes “à remuneração” dos membros do conselho;

6) retira do âmbito municipal a competência para dispor sobre o “processo para a escolha do membros do conselho”, mas ao invés de remeter ao art. 131 do ECA como faz aquela proposição, fixa, em dois novos parágrafos, as datas de eleição e posse dos conselheiros, estabelecendo, ainda, que os mandatos em curso são irreduzíveis, e devem ser prolongados de molde a tornar possível eleição única, em todo território nacional, dos conselheiros tutelares.

Embora concorde, em grande medida, com o voto apresentado pelo relator, Senador Gim Argello, inclusive quanto à rejeição do PLS 119, de 2008, encontro óbices constitucionais que me levaram à elaboração do presente voto em separado, que conclui pela apresentação de substitutivo.

II – ANÁLISE

A esta Comissão compete, nos termos do art. 101, inciso I, do Regimento Interno, opinar sobre a constitucionalidade, a juridicidade e a regimentalidade de todas as matérias de competência da União, que lhe forem submetidas por despacho da Presidência.

Nesse sentido, ambos os projetos em análise encontram-se na órbita da competência concorrente da União para legislar, a teor do disposto no art. 24, inciso XV, da Constituição Federal, e, por conseguinte, na alçada da competência de disposição do Congresso Nacional, conforme estipula o *caput* do art. 48 do mesmo texto constitucional.

De igual modo, as matérias encontram fundamento no *caput* do art. 61 da Constituição Federal, no que concerne à iniciativa de sua apresentação, tendo em conta que foram apresentadas por membros desta Casa.

Em outras palavras, qualquer membro do Congresso Nacional tem competência para iniciar lei de altere o Estatuto da Criança e do Adolescente.

Por sua vez, no que tange à técnica legislativa, verifica-se que os projetos encontram-se em consonância com os ditames da Lei Complementar nº 95, de 1998, que “dispõe sobre a elaboração, a redação, a alteração e a

consolidação das leis, conforme determina o parágrafo único do art. 59 da Constituição Federal, e estabelece normas para a consolidação dos atos normativos que menciona”.

Quanto ao mérito, concordo com as seguintes alterações propostas para o art. 132:

- a) extensão dos mandatos de três para quatro anos;
- b) inclusão, no *caput* do art. 32, da expressão “como órgão da administração local”; e
- c) inclusão do parágrafo único dispondo sobre a obrigatoria existência de um Conselho Tutelar em cada microrregião ou região administrativa em que estejam divididos os Distrito Federal e os municípios.

Concordo, também quanto ao mérito, com a alteração do art. 135 do ECA, presente na emenda apresentada pelo Senador Gim Argello, no sentido de ser suprimida a expressão “e assegurará prisão especial, em caso de crime comum, até o julgamento definitivo”. De fato, tem razão o relator quando afirma que a regalia da prisão especial constitui “medida discriminatória e inconstitucional”.

Quanto às alterações dos arts. 134 e 139 do Estatuto da Criança e do Adolescente, contudo, julgo-as inconstitucionais.

Tenho como inconstitucionais, portanto, a supressão da competência legislativa municipal para dispor sobre o processo para a escolha dos membros do Conselho Tutelar e a fixação, seja da obrigatoriedade de o município remunerar os conselheiros tutelares, seja do valor da remuneração, seja dos direitos sociais e trabalhistas devidos aos conselheiros tutelares pelos municípios.

É bastante observar a redação atual dos arts. 134 e 139 do Estatuto da Criança e do Adolescente, para se observar que o legislador da década de 1990 legou, em consonância com a natureza concorrente da competência da União em matéria de proteção à infância e à juventude, aos municípios a suplementação da legislação que regularia a implementação e financiamento dos conselhos tutelares, nos termos do art. 30, inc. II, da Constituição Federal.

Estatuto da Criança e do Adolescente

Art. 134. Lei municipal disporá sobre local, dia e horário de funcionamento do Conselho Tutelar, inclusive quanto a eventual

remuneração de seus membros.

Art. 139. O processo para a escolha dos membros do Conselho Tutelar será estabelecido em lei municipal e realizado sob a responsabilidade do Conselho Municipal dos Direitos de Criança e do Adolescente, e a fiscalização do Ministério Público¹.

Ocorre que esse modo de agir não se consubstancia em uma opção do legislador federal, que pode, agora, ser revista, para se fixar, no bojo do ECA, disciplina específica a vincular forma de provimento e remuneração de cargos a serem criados no interior da **estrutura administrativa municipal**, como bem esclarece a emenda apresentada pelo Senador Gim Argello. O legislador federal legou ao municipal a forma de provimento dos cargos de conselheiro tutelar e a existência de sua remuneração por estar a isso constrangido por diversas normas constitucionais de competência.

Observem os Senhores Senadores que o inciso III do art. 30 da Constituição Federal dispõe que compete aos municípios “instituir e arrecadar tributos de sua competência, bem como aplicar suas rendas”. Parece óbvio que a fixação, por parte do Congresso Nacional, de remuneração e direitos sociais e trabalhistas a serem garantidos pelos municípios em favor dos conselheiros tutelares implica a vinculação de parte das rendas dos municípios, em ofensa direta ao disposto no referido inc. III do art. 30.

A garantia à autonomia das municipalidades, tal como instituída no art. 18 da Constituição Federal passa, necessariamente, pelo monopólio dos municípios sobre a disposição de sua receita, seja ela derivada da cobrança de impostos de sua competência ou de repasses constitucionais a cargo do Estado ou da União.

Daí advém a conclusão segundo a qual a fixação da obrigatoriedade ou valor da remuneração dos conselheiros tutelares municipais importaria interferência inconstitucional da União nos municípios. A alteração no art. 134 do ECA obrigaria as pessoas políticas municipais a despenderem, mesmo contra sua vontade, recursos a que fazem jus, por efeito de receita tributária ou transferência federativa. Não pode o legislativo federal impor o emprego, nem determinar a destinação de recursos municipais.

Registro que, em hipótese análoga, em que uma constituição estadual impôs aos municípios gasto vinculado de parcela de sua receita, o Supremo Tribunal Federal deixou assentada a “transgressão à cláusula

¹ Redação dada pela Lei nº 8.242, de 12.10.1991.

constitucional da não-afetação da receita oriunda de impostos (CF, art. 167, IV) e ao postulado da autonomia municipal (CF, art. 30, III)”. Lê-se no precedente: “Inviabilidade de o Estado-Membro impor, ao município, a destinação de recursos e rendas que a este pertencem por direito próprio” (ADI-MC 2.355, Rel. Min. Celso de Mello, DJ de 19-06-2002).

Não caberia, por outro ângulo, buscar o enquadramento das disposições presentes no PLS nº 278, de 2009, ou na versão apresentada pelo relator, como normas gerais. O estabelecimento de específicos direitos sociais e trabalhistas para os conselheiros tutelares, bem como a fixação de sua remuneração não podem, nem de longe, ser consideradas normas gerais.

Em obra doutrinária de autoria coletiva, o Ministro Gilmar Mendes assim define as normas gerais vinculadas ao art. 24 da Constituição: “A divisão de tarefas está contemplada nos parágrafos do art. 24, de onde se extrai que cabe à União editar normas gerais – i. é. normas não exaustivas, leis-quadro, princípios amplos, que traçam um plano, sem descer a pormenores” (*Curso de direito constitucional*, 6ª ed., p. 853).

No mesmo sentido, a definição elaborada pelo Supremo Tribunal Federal por ocasião do julgamento da ADI-MC 927, de relatoria do Min. Carlos Velloso. “As normas gerais – assentou o Tribunal – devem apresentar generalidade maior do que apresentam, de regra, as leis. Norma geral, tal como posta na Constituição, tem o sentido de diretriz, de princípio geral”.

Em síntese, no exercício da competência concorrente para legislar sobre “proteção à infância e à juventude”, estabelecida no inc. XV do art. 24 da Constituição, a União só pode editar normas gerais (§1º, art. 24, da Constituição Federal), categoria na qual não se enquadram as alterações apresentadas tanto pela Senadora Lúcia Vânia quanto pelo relator, Senador Gim Argello, a serem implementadas no texto do art. 134 do Estatuto da Criança e do adolescente.

Por tais razões, considero que o art. 134 do ECA deve ser mantido em sua redação atual, uma vez que considero inconstitucional, por ofensa aos arts. 18 e 30, inc. III da Constituição da República, a alteração legislativa pretendida pelo PLS em análise.

Considero, no mesmo sentido, que a alteração do art. 139 do ECA, tal como proposta no PLS, ofenderia a norma inscrita no art. 61, § 1º, II, alínea c, da Constituição Federal - imediatamente aplicável aos poderes

executivos municipais por força do princípio da simetria (expressamente reconhecido pelo STF na ADI 2.029) -, que dispõe ser de competência do Chefe do Executivo as leis que regulem o “provimento de cargos” no âmbito da administração pública.

As alterações no art. 139 do ECA, e em particular aquelas presentes na emenda oferecida pelo relator ao PLS nº 278, de 2009, visam: a) suprimir a previsão expressa do exercício de competência legislativa municipal na regulação do “processo para a escolha dos membros do Conselho Tutelar”; b) estabelecer data unificada em todo território nacional para escolha dos conselheiros tutelares; c) definir o dia 10 de janeiro como data para a posse dos conselheiros e d) prorrogar o mandato dos atuais conselheiros, de molde a viabilizar a referida unificação nacional da escolha, deixando assente, ademais, a irredutibilidade dos mandatos dos conselheiros.

A emenda apresentada pelo Senador Antônio Carlos Valadares busca alterar esse mesmo dispositivo, para fixar o dia 15 de novembro como a data para a escolha dos conselheiros tutelares.

Ocorre que é copiosa a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no sentido de ser de exclusiva iniciativa do chefe do Poder Executivo qualquer alteração ou proposta legislativa que discipline regime jurídico de servidores públicos, incluso seu provimento nos cargos.

Apenas para ilustrar, a alteração presente na emenda do Relator, no sentido de se fixar o dia 10 de janeiro para a posse dos conselheiros tutelares municipais esbarraria no entendimento firmado pela Suprema Corte na ADI 2.420, de relatoria da Ministra Ellen Gracie, em que ficou assentado o seguinte: “A posse, matéria de que tratou o Diploma impugnado, complementa e completa, juntamente com a entrada no exercício, o provimento de cargo público, iniciado com a nomeação do candidato aprovado em concurso. É, portanto, matéria claramente prevista no art. 61, § 1º, II, c, da Carta Magna”.

Com as vênias devidas, das alterações pretendidas parece surgir uma contradição insuperável. Fica definida, expressamente – no que acompanho o Relator -, no *caput* do art. 132, a natureza do conselho tutelar como “órgão da administração pública local”, ou seja, municipal, o que atrairia a competência exclusiva do Prefeito para dispor sobre o regime jurídico e provimento dos cargos de seus integrantes. Não obstante, no passo seguinte, se avança para, mediante alteração de Lei Nacional (no caso, o

ECA), definir pormenores exatamente relacionados com o regime jurídico desses servidores, tais como forma de sua escolha, data da posse, remuneração e direitos trabalhistas.

Com supedâneo em tais fundamentos, me posiciono contra as alterações do art. 139 do Estatuto da Criança e do Adolescente propostas no PLS nº 278, de 2009, no relatório o Senador Gim Argello e na Emenda apresentada pelo Senador Antônio Carlos Valadares.

Antes de concluir esse voto em separado Senhor Presidente, eu gostaria de convidar os Senhores Senadores a uma reflexão. São perfeitamente compreensíveis e louváveis as iniciativas parlamentares, partidas de ilustres senadores, no sentido de implementar, diante da espantosa morosidade dos municípios em fazê-lo, os Conselhos Tutelares, órgãos intrinsecamente envolvidos na proteção da criança e do adolescente. Ainda assim, um cuidado maior com o nosso frágil pacto federativo convida à defesa das competências afetas aos estados e municípios, e foi por essa senda que segui no presente voto.

Talvez devêssemos levar a cabo audiências públicas, chamar as municipalidades à mesa, mapear as dificuldades que cercam a implantação dos conselhos tutelares, pensar em alternativas de financiamento federal para sua manutenção.

De outra sorte, a inércia legislativa e administrativa dos municípios pode e deve ser atacada mediante outros meios em direito admitidos. O avanço sobre a competência municipal deve ser, porém, refreado.

III – VOTO

Ante o exposto, opino pela constitucionalidade, juridicidade, regimentalidade e, no mérito, pela **REJEIÇÃO** do Projeto de Lei do Senado nº 119, de 2008, com a conseqüente declaração de prejudicialidade da emenda que foi oferecida, bem como pela **APROVAÇÃO** do Projeto de Lei do Senado nº 278, de 2009, **nos termos do seguinte substitutivo** e pela **REJEIÇÃO** da emenda apresentada pelo Senador Antônio Carlos Valadares (PSB/SE):

EMENDA Nº – CCJ (SUBSTITUTIVO)
(ao PLS nº 278, de 2009)

Dê-se ao art. 1º do Projeto de Lei do Senado nº 278, de 2009, a seguinte redação:

“**Art. 1º** Os arts. 132 e 135 da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), passam a vigorar com a seguinte redação:

‘**Art. 132.** Em cada município haverá, no mínimo, um Conselho Tutelar como órgão da administração pública local, composto de cinco membros, escolhidos pela população local para mandato de quatro anos, permitida uma reeleição.

Parágrafo único. No Distrito Federal e nos municípios divididos em microrregiões ou regiões administrativas, haverá, no mínimo, um Conselho Tutelar em cada uma delas.

Art. 135. O exercício efetivo da função de conselheiro constituirá serviço público relevante e estabelecerá presunção de idoneidade moral. (NR)’

Sala da Comissão,

, Presidente

, Relator