

NOTA TÉCNICA CNPG/GNDH Nº 08, de 13 de maio de 2019.

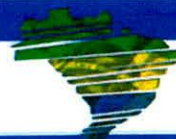
Aplicabilidade da Lei Federal nº 13.824/2019, que trata da recondução ilimitada dos membros do Conselho Tutelar, ao processo de escolha em curso.

O CONSELHO NACIONAL DOS PROCURADORES-GERAIS DO MINISTÉRIO PÚBLICO DOS ESTADOS E DA UNIÃO (CNPG), pelo seu Grupo Nacional de Direitos Humanos (GNDH), vem apresentar NOTA TÉCNICA a respeito da aplicabilidade da Lei Federal nº 13.824, sancionada em 9 de maio de 2019, ao processo de escolha dos membros do Conselho Tutelar em curso.

Referida Lei Federal alterou a redação do art. 132 da Lei nº 8.069/1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente) para permitir a recondução ilimitada dos conselheiros tutelares ao cargo, mediante novo processo de escolha.

Entretanto, considerando que a imensa maioria dos municípios já publicou seus editais, documento que dá início ao processo de escolha em 2019, surge pulsante questionamento em torno da aplicação imediata da nova Lei a este processo e a consequente possibilidade dos conselheiros tutelares que estão no exercício do segundo mandato concorrerem ao pleito de 2019.

A questão não é simples, notadamente diante da robustez da tese que defende que o edital de convocação é um ato jurídico perfeito, tendo em vista que foi publicado sob a égide da Lei nº 8.069/90, que à época permitia apenas uma recondução ao cargo de conselheiro tutelar, mediante novo processo de escolha e que, portanto, não poderia ser modificado diante da alteração



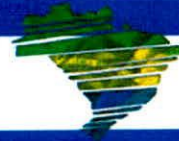
do Estatuto da Criança e do Adolescente, com fundamento no art. 5º, inciso XXXVI, da CF e no art. 6º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.

Ocorre que a aplicação dessa tese em relação ao edital, que na verdade é apenas um dos diversos atos que compõem o processo de escolha dos conselheiros tutelares, parece comportar flexibilização, especialmente diante do advento de nova lei federal – com vigência a partir da data da sua publicação – que modifica a função/carreira e os requisitos de acesso ao cargo de membro do Conselho Tutelar, como parece ser o caso.

É que o se infere dos reiterados julgados do Supremo Tribunal Federal quando este apreciou demandas que tratavam de modificação de edital no decorrer de concursos públicos. Confiram-se as ementas de alguns julgados:

DIREITO ADMINISTRATIVO. AGRAVO INTERNO EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONCURSO PÚBLICO. LIMITE DE IDADE PARA INGRESSO NA POLÍCIA MILITAR. ALTERAÇÃO NA LEI DURANTE A REALIZAÇÃO DO CONCURSO PÚBLICO. PRECEDENTES. 1. O Supremo Tribunal Federal assentou que é possível a imposição de limite de idade para inscrição em concurso público, desde que haja anterior previsão legal e que a exigência seja razoável diante das atribuições do cargo público (RE 678.112-RG, Rel. Min. Luiz Fux). 2. Prevalece nesta Corte a orientação no sentido de que o limite de idade, quando regularmente fixado em lei e no edital de determinado concurso público, há de ser comprovado no momento da inscrição do certame, tendo em conta a impossibilidade de se antever a data em que será realizada a fase fixada como parâmetro para aferição do requisito da idade (ARE 721.339-AgR, Rel. Min. Gilmar Mendes). 3. **A jurisprudência desta Corte é pacífica no sentido de que é possível a adequação do edital do concurso público, antes de sua conclusão e homologação, quando houver necessidade de adaptação do certame à nova legislação aplicável à carreira. Precedentes.** 4. **Inaplicável o art. 85, § 11, do CPC/2015, uma vez que não é cabível condenação em honorários advocatícios.** 5. **Agravo interno a que se nega provimento.** (STF, RE 1025819 AgR-MS, 1ª Turma, Luís Roberto Barroso, Publicação no DJE de 01/09/2017. Grifos acrescentados.

Agravo regimental no agravo de instrumento. Administrativo. **Concurso público. Alteração legal dos requisitos para provimento no cargo. Certame em andamento. Adequação do edital à norma.** Possibilidade. Nomeação posterior por força de lei. Indenização pelo período não trabalhado. Impossibilidade. 1. **Firmou-se, no Supremo Tribunal Federal o entendimento de que é possível a alteração de edital de concurso público, desde que esse não esteja concluído e homologado, quando houver necessidade de adaptação do certame a nova legislação aplicável ao caso.** 2. A jurisprudência da Corte é de que o



pagamento de remuneração a servidor público, assim como o reconhecimento dos correspondentes efeitos funcionais, pressupõem o efetivo exercício do cargo, sob pena de enriquecimento sem causa. 3. Agravo regimental não provido. (STF, AI 814164 AgR / MG, 1ª Turma, Mil. Relator Dias Toffoli, Publicação no DJE de 04/02/2014). Grifos acrescidos.

AGRAVO INTERNO. EDITAL. CONCURSO PÚBLICO. MAGISTRATURA FEDERAL. ALTERAÇÃO DE CLÁUSULA EDITALÍCIA NO DECORRER DO CERTAME. OBEDIÊNCIA A DELIBERAÇÃO FORMALIZADA EM MOMENTO ANTERIOR À PUBLICAÇÃO DO EDITAL. LEGITIMIDADE. RECURSO QUE NÃO IMPUGNA A OCORRÊNCIA E A PUBLICIDADE DA MENCIONADA DELIBERAÇÃO. INADMISSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE ELEMENTOS CONCRETOS QUE DEMONSTREM A LEGÍTIMA EXPECTATIVA DOS CANDIDATOS. APLICAÇÃO DOS ENUNCIADOS 279 E 283, COM AS DEVIDAS ADAPTAÇÕES. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmou-se no sentido de que os editais de concursos públicos são inalteráveis no decorrer dos certames, salvo quando alguma alteração se fizer necessária por imposição de lei ou para sanar erro material contido no texto. Permite-se ainda a correção de ambiguidade textual, nos termos da jurisprudência firmada acerca dos erros meramente materiais, desde que o sentido adotado tenha por base deliberação tomada prévia e publicamente pela comissão organizadora, em momento anterior ao início do próprio certame. À falta de elementos probatórios favoráveis à alegada boa-fé dos agravantes e de questionamento específico do ponto referido, considero aplicáveis, *mutatis mutandi*, os enunciados 279 e 283 da Súmula/STF. Ante o exposto, nego provimento ao agravo regimental” (AI nº 332.312/DF-AgR, Segunda Turma, Relator o Ministro Joaquim Barbosa, DJe de 6/4/11). Grifos acrescidos.

A possibilidade de se modificar e adequar o edital de concurso público durante o trâmite do certame, diante de alteração legislativa aplicada à carreira, também encontra guarida na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e de Tribunais Estaduais, conforme se infere das ementas de julgamento adiante transcritas:

ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. INGRESSO NO PADRÃO INICIAL DA CARREIRA COM ALTERAÇÃO DE LEI POSTERIOR AO CERTAME. LEGALIDADE. PREVALÊNCIA DO EDITAL. IMPOSSIBILIDADE. 1. A jurisprudência consolidada no Superior Tribunal de Justiça é no sentido de aplicar a lei vigente na data da nomeação do servidor em cargo público, ainda que o edital do certame contivesse previsão de ingresso em outro padrão de carreira e de vencimento. 2. Agravo Regimental não provido. (STJ, AgRg no Ag:



1367797-MG, 2ª Turma, Relator Ministro Herman Benjamin, Publicação no DJe de 01/04/2011). Grifos acrescidos.

APELAÇÃO CÍVEL E APELAÇÃO ADESIVA- CONCURSO PÚBLICO- DIREITO ADMINISTRATIVO- PRESCRIÇÃO- PREJUDICIAL DE MÉRITO REJEITADA- ALTERAÇÃO DE EDITAL EM VIRTUDE DE LEI POSTERIOR- REQUISITOS PARA A INVESTIDURA EM CARGO PÚBLICO- OBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE PELA ADMINISTRAÇÃO- INGRESSO INICIAL NA CARREIRA EM PERÍODO ANTERIOR- IMPOSSIBILIDADE- RECURSOS NÃO PROVIDOS. 1. A perda do direito ao reconhecimento de determinada relação jurídica em função do transcurso de prazo, decorre do instituto da decadência, não da prescrição. 2. O vínculo entre a Administração Pública e seus servidores é de direito público, definido em lei. Assim, **a superveniência de lei que altera os requisitos para a investidura em cargo público permite a alteração de edital de concurso público em andamento.** 3. Não há que se falar em pagamento de vencimentos, ou, ainda, em contagem de tempo para fins de adicionais, promoção e aposentadoria, sob pena de enriquecimento ilícito da parte, quando a determinação de impedimento de participação em certame público anterior decorreu de ato lícito e legal da Administração Pública. 4. Recurso não provido. (TJMG, AC nº 10105072213983004, 5ª Câmara Cível, Relator Desembargador Luiz Carlos Gambogi, Publicação: 12/062013).

Sabe-se que o processo de escolha do membro do Conselho Tutelar não possui natureza de concurso público, assemelhando-se, muito mais, ao processo eleitoral comum, tendo em vista que este é um pleito decorrente do **princípio da democracia participativa** encartado na Constituição Federal, no qual a sociedade escolhe seus representantes para exercer a nobre missão de zelar pelo cumprimento dos direitos da criança e do adolescente (art. 131 do Estatuto da Criança e do Adolescente).

Por outro lado, não se pode deixar de considerar que o pleito unificado, a exemplo do concurso público, é constituído por um complexo de atos, nos quais se inserem, entre outros, a Resolução que deflagra o processo e escolhe a comissão especial eleitoral; a apresentação da inscrição de candidatura dos interessados; a realização de prova de conhecimentos específicos (quando previsto em Lei Municipal); a eleição, e a homologação e publicação do resultado por parte do Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente, razão pela qual se pode até suscitar uma natureza híbrida.

Nesta perspectiva, acredita-se que a Lei nº 13.824/2019, que alterou a redação do art. 132 do ECA, pode ser aplicada ao atual processo de escolha dos conselheiros tutelares, possibilitando, desta feita, que os membros do Conselho Tutelar que estão exercendo o segundo



mandato possam também se candidatar no processo em curso, uma vez que o novel ato normativo modificou a própria estrutura do Conselho Tutelar, já que trata, em certa medida, da forma de acesso ao cargo, quando permite a recondução ilimitada daqueles que já estão exercendo a função de conselheiros.

Pondere-se, ainda, também se ancorando nos precedentes do Supremo Tribunal Federal, que os candidatos já inscritos possuem mera expectativa de direito ao cargo, se eleitos e homologado o resultado final do certame; logo, não possuem direito público subjetivo à preterição de qualquer candidato.

Trata-se da **aplicação da lógica do razoável**, dando ao povo – de onde emana todo o poder (CF, artigo 1º, parágrafo único) – a oportunidade de escolher entre aqueles que concorrem ao mandato pela primeira vez ou à primeira recondução e aqueles que já exercem o segundo mandato, de modo que a interpretação das normas que restrinjam o acesso dos cidadãos ao cargo de membro do Conselho Tutelar deva ser também restritiva.

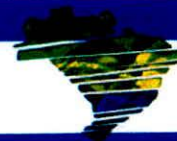
Diante da aparente colisão entre os princípios da democracia plena e do ato jurídico perfeito, a ponderação dos princípios constitucionais envolvidos pode harmonizar os antagonismos presentes nas normas.

Sobre do método da ponderação, o Ministro Luís Roberto Barroso¹ explica que:

De fato, nessas hipóteses, mais de uma norma postula aplicação sobre os mesmos fatos. Vale dizer: há várias premissas maiores e apenas uma premissa menor. Como intuitivo, a subsunção, na sua lógica unidirecional (premissa maior = premissa menor = conclusão), somente poderia trabalhar com uma das normas, o que importaria na eleição de uma única premissa maior, descartando-se as demais. Tal fórmula, todavia, não seria constitucionalmente adequada, em razão do princípio da unidade da Constituição, que nega a existência de hierarquia jurídica entre normas constitucionais.

Como consequência, a interpretação constitucional viu-se na contingência de desenvolver técnicas capazes de produzir uma solução dotada de racionalidade e de controlabilidade diante de normas que entrem em rota de colisão. O raciocínio a ser desenvolvido nessas situações haverá de ter uma estrutura diversa, que seja capaz de operar multidirecionalmente, em busca de regra concreta que vai reger a espécie. Os múltiplos elementos em jogo serão considerados na medida de sua importância e pertinência para o caso concreto. A subsunção é um quadro geométrico, com três cores distintas e nítidas. A ponderação é uma pintura moderna, com inúmeras cores sobrepostas, algumas se destacando mais do que outras, mas formando uma unanimidade estética. Ah, sim: a ponderação malfeita pode

¹ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.



ser tão ruim quanto algumas peças de arte moderna. O relato acima expressa, de maneira figurativa, o que se convencionou denominar ponderação. Em suma, consiste ela em uma técnica de decisão jurídica, aplicável a casos difíceis, em relação aos quais a subsunção se mostrou insuficiente. A insuficiência se deve ao fato de existirem normas de mesma hierarquia indicando soluções diferenciadas.

[...]

A ponderação, como estabelecido acima, socorre-se do princípio da razoabilidade-proporcionalidade para promover a máxima concordância prática entre os direitos em conflitos. Idealmente, o intérprete deverá fazer concessões recíprocas entre valores e interesses em disputa, preservando o máximo possível de cada um deles. Situações haverá, no entanto, em que será impossível a compatibilização. Nesses casos, o intérprete precisará fazer escolhas, determinado, *in concreto*, o princípio ou direito que irá prevalecer.

Assim, a ponderação dos princípios, à luz da razoabilidade, é o caminho preferencial para que a colisão de normas constitucionais incidentes numa determinada situação concreta seja equacionada, como tem decidido a própria Corte Constitucional.

Nessa linha, a possibilidade de alteração do edital do processo de escolha unificado também se extrai do teor do art. 13, § 1º, da Resolução nº 170/2014 do Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente (CONANDA), que preconiza que o processo de escolha deve contar com número mínimo de 10 (dez) pretendentes habilitados, caso contrário, o Conselho Municipal ou Distrital dos Direitos da Criança e do Adolescente, por sua comissão especial eleitoral, poderá reabrir novo prazo para inscrição de novas candidaturas. Ora, a reabertura de novo prazo de inscrição se traduz em clara modificação do prazo antes consignado no instrumento editalício.

O dispositivo supracitado se lastreia, ao que parece, no princípio constitucional da razoabilidade, uma vez que são necessários pretendentes para ocupar as cinco vagas de titulares e ao menos cinco vagas de suplentes.

Além disso, não se pode deixar de lembrar que, em todo o país, o processo de escolha está apenas iniciando e, em muitos municípios, nem sequer se encerrou o prazo de registro de candidatura, mostrando-se razoável a retificação do edital para adaptá-lo ao novo regramento jurídico.

Por fim, é válido anotar, como já apontado pela Comissão Permanente da Infância e da Juventude (COPEIJ) em outras ocasiões, que a aprovação da lei nesse momento, sem embargo da discussão de seu mérito, vem em momento deveras inoportuno, pois causa – como se



percebe só pela necessidade de elaboração desta nota – evidentes transtornos e insegurança jurídica a um processo tão importante e sensível como o de escolha dos membros do Conselho Tutelar, com votação direta pela população, ainda em sua segunda edição. De qualquer forma, sendo esta a decisão do Congresso Nacional, chancelada pela Presidência da República, cabe ao Ministério Público, enquanto guardião do regime democrático e da ordem jurídica (CF, art. 127), zelar pela aplicação da lei² que entrou em vigor na data de sua publicação (art. 3º da Lei nº 13.824/2019), em respeito à decisão dos Poderes constituídos.

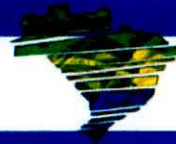
Sem prejuízo dessa questão, reitera-se a importância de se retomar com o Parlamento e com os demais atores do Sistema de Garantia de Direitos (SGD) - em especial com o Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente – CONANDA e com a Secretaria Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente (SNDCA) - um debate muito mais amplo e profundo a respeito da regulamentação da atuação deste relevante órgão protetivo no país, por meio da discussão de uma Lei Orgânica Nacional do Conselho Tutelar.

Em face do exposto, e também a fim de evitar a judicialização excessiva do processo, entende-se possível a aplicação imediata da Lei nº 13.824/2019 ao processo de escolha dos membros do Conselho Tutelar já em trâmite, independentemente de alteração na legislação municipal, sugerindo-se, desde logo, a tomada das seguintes providências:

a) na hipótese de o prazo previsto pelo edital para inscrição de candidatos a conselheiros tutelares não estar encerrado, o CMDCA deverá publicar retificação do edital com alteração apenas do item que trata da possibilidade de recondução dos atuais membros do Conselho Tutelar; por conseguinte, a Comissão Especial Eleitoral poderá deferir, caso atendidos os demais requisitos previstos em Lei, as inscrições de candidatos que anteriormente estavam impedidos de se reconduzir, em razão da alteração do artigo 132 do ECA e vigência imediata da Lei Federal nº 13.824/19.

b) na hipótese de o prazo previsto pelo edital para inscrição de candidatos a conselheiros tutelares estar encerrado, além da retificação pontual do edital, o CMDCA deverá

² Há, como bem lembra Lenio Streck, casos em que o ator jurídico poderá deixar de aplicar uma lei aprovada pelo Parlamento, desde que o faça de forma fundamentada e coerente, nas seguintes (seis) hipóteses: a) quando a lei for inconstitucional (em controle difuso ou concentrado de constitucionalidade); b) quando for o caso de aplicação dos critérios de resolução de antinomias; c) quando aplicar a interpretação conforme a Constituição; d) quando aplicar a nulidade parcial sem redução de texto; e) quando for o caso de declaração de inconstitucionalidade com redução do texto; e f) quando for o caso de deixar de aplicar uma regra em face de um princípio, “entendidos estes não como standards retóricos ou enunciados performativos”. (STRECK, Lenio. Aplicar a “letra da lei” é uma atitude positivista? *Novos Estudos Jurídicos*, [S. l.], v. 15, n. 1, p. 158-173, jul. 2010. Disponível em: <<http://www6.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/2308> >. Acesso em: 9 mai. 2019). Nenhuma delas, todavia, se verifica no caso ora analisado.



reabrir o prazo de inscrição, que se recomenda não superior a 5 (cinco) dias, apenas para a inscrição de candidatos que passaram a ter direito à recondução, em razão da alteração do artigo 132 do ECA e vigência imediata da Lei Federal nº 13.824/19, cumpridos os demais requisitos legais para o acesso ao cargo.

Brasília, 13 de maio de 2019.



Paulo Cezar dos Passos
Procurador-Geral de Justiça do MPMS

Presidente do CNPG



Ediene Santos Lousado

Procuradora-Geral de Justiça do MPBA

Presidente do GNDH