

# ATIPICIDADE PENAL DAS PRÁTICAS ILÍCITAS EM PROCESSOS DE ESCOLHA PARA CONSELHEIROS TUTELARES: LACUNA LEGISLATIVA A SER VENCIDA

Thyerrí José Cruz Silva<sup>1</sup>

Direito



ISSN IMPRESSO 1980-1785  
ISSN ELETRÔNICO 2316-3143

## RESUMO

Este artigo objetiva analisar a ausência de penas para as condutas ilícitas cometidas durante o processo de escolha para conselheiros tutelares (art. 139, § 3º da Lei nº 8.069/1990). Nesse intento, observa-se, a partir de uma pesquisa bibliográfica e documental, que essa lacuna legislativa é incompatível com a relevância do processo de escolha para a composição dos Conselhos Tutelares e bens jurídicos envolvidos, como honestidade, ética, lisura e igualdade de condições entre os participantes. Dessa forma, surge como problema de pesquisa a natureza jurídica do dito dispositivo, por inexistir uma sanção penal – preceito secundário – para o imperativo negativo prescrito, não se tratando, portanto, de uma norma penal incriminadora. Assim, o estudo constata que essa atipicidade penal de práticas que configuram autênticos atos de corrupção no âmbito do processo seletivo para conselheiros tutelares dificulta a eficácia da norma, o que exige uma reforma legislativa que lhe institua uma sanção penal, em virtude de suas funções punitivas e preventivas e dos interesses e bens jurídicos relevantes envolvidos.

## PALAVRAS-CHAVE

Conselho Tutelar. Direito da Criança e do Adolescente. Processos de escolha.

## ABSTRACT

This article aims to analyze the absence of penalties for illicit conduct committed during the selection process for tutelary counselors (art. 139, § 3 of Brazilian Law n. 8.069/1990). In this attempt, it is observed, from a bibliographic and documentary research, that this legislative gap is incompatible with the relevance of the choice process for the composition of the Tutelary Councils and legal assets involved, such as honesty, ethics, fairness and equal conditions among the participants. Thus, the legal nature of the said device arises as a research problem, as there is no criminal sanction – secondary precept – for the prescribed negative imperative, therefore, it is not an incriminating criminal norm. Thus, the study finds that this penal atipicity of practices that constitute authentic acts of corruption in the scope of the selection process for tutelary counselors difficult the norm's efficacy, which requires a legislative reform that institutes a criminal sanction, due to its punitive and preventive functions and the relevant juridical goods involved.

## KEYWORDS

Children and Adolescents Rights. Process of Choosing. Tutelary Counselor.

## 1 INTRODUÇÃO

O Conselho Tutelar é um órgão administrativo e independente incumbido de zelar pelos direitos das crianças e adolescentes brasileiros. Presente em cada município do país, o referido órgão foi instituído de forma inédita, no direito brasileiro, pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/1990), figurando como um importante instrumento de coligação entre Estado, sociedade e família na prestação dos direitos dos menores, como preleciona o art. 227 da Constituição de 1988.

Por serem autônomos, e dada a obrigação de serem compostos por representantes da sociedade, os membros do Conselho Tutelar passam por processo de escolha realizado entre pessoas da comunidade local, despidas de vínculos e interesses político-partidários, que devem preencher uma série de requisitos de ordem objetiva e profissional para exercer esta função pública.

Todavia, não obstante o nobre intento do legislador em promover um processo de escolha por meio de sufrágio democrático, nos moldes da eleição tradicional, uma série de fraudes acontece no decorrer do referido processo, viciando o voto do eleitor e garantindo conquistas com base na prática de ilícitos. Por isso, com a Lei nº 12.696/2012, foi acrescido ao art. 139 do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) um § 3º, que trata das condutas vedadas para o candidato a conselheiro tutelar durante o processo de escolha, as quais se assemelham, em muito, com o disposto no art. 299 do Código Eleitoral, que trata da corrupção eleitoral.

Contudo, ao contrário desta, o art. 139, § 3º não dispôs sobre possíveis penas em caso de violação – mencionando, no art. 201, V, a possibilidade genérica e abstrata de se ajuizar Ação Civil Pública para proteger interesses das crianças e adolescentes –, trazendo, portanto, apenas o preceito primário, o que a torna uma norma proibitiva não incriminadora. Tal omissão legislativa quanto às penas para a prática de condutas ilícitas durante o processo de escolha prejudica a escolha para conselheiro tutelar e lesa as noções democráticas, igualitárias, honestas, probas e éticas que devem nortear o órgão e seu processo seletivo, pois, ao arrepio das leis, os ilícitos são cometidos, sabida a ausência de sanção penal.

Por essa razão, este artigo tem como objetivo geral analisar a ausência de penas para as condutas ilícitas contidas no art. 139, § 3º do ECA, haja vista os prejuízos decorrentes dessa omissão legislativa quanto à eficácia da norma, além de traduzir uma inobservância à técnica legislativa no que se refere à tutela dos bens jurídicos relacionados ao processo de escolha para membros do Conselho Tutelar, como a lisura, a moralidade e a igualdade entre os participantes.

Assim, por meio de uma pesquisa bibliográfica, empreendida a partir de livros e artigos que versam sobre os Conselhos Tutelares; e documental, com base nas leis brasileiras e resoluções do Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente (CONANDA), pretende-se contribuir à defesa do argumento de necessidade de sanção penal para os atos ilícitos praticados no decorrer do processo de escolha para a composição dos Conselhos Tutelares.

Com fins de favorecer uma melhor compreensão da proposta, o trabalho divide-se em três partes principais, de modo que a primeira discute sobre os Conselhos Tutelares, sua origem, conceito, natureza e funções, para melhor entender sua finalidade e relevância, segundo as disposições do ECA e as resoluções do CONANDA; a segunda trata do processo seletivo para a composição do referido órgão; e a terceira aborda a omissão legislativa referente à inexistência de punição para os candidatos a conselheiros tutelares que agem de forma fraudulenta durante o processo de escolha, não sendo a Ação Civil Pública a reprimenda adequada nesse sentido, o que exige, portanto, uma sanção penal, dada sua função pedagógica e preventiva e o seu reforço à eficácia da norma.

## **2 CONSELHO TUTELAR: ORIGEM, NATUREZA E FUNÇÕES**

Os Conselhos Tutelares são a concretização do objetivo constitucional de haver cooperação entre Estado, sociedade e família na proteção das crianças e dos adolescentes, visto que o referido órgão, apesar de ser autônomo, tem ligação com o Poder Público, na medida em que ajuda na formulação de políticas públicas, além da comunicação com o Ministério Público e Poder Judiciário para a resolução das questões de sua competência, sendo, ainda, composto pela sociedade, vez que os conselheiros tutelares são eleitos democraticamente para o exercício transitório dessa função pública, o que consubstancia o seu caráter participativo e comunitário.

Sua inserção no direito brasileiro representou uma evolução no tratamento jurídico conferido às crianças e adolescentes, visto que as normas anteriores – tanto os Códigos de Menores de 1927 e de 1979, quanto as Constituições que vigoraram nesses períodos – tinham uma maior preocupação com o controle e o assistencialismo com relação aos infante-juvenis, ao passo que a disciplina trazida pela Constituição de 1988 e pelo ECA (Lei nº 8.069/1990) trouxe a concepção de que as crianças e adolescentes são sujeitos de direitos, substituindo as noções depreciativas a seu respeito pelo princípio da proteção integral (ZAPATER, 2019).

Originalmente, a ideia de criar um órgão de proteção dos direitos das crianças e dos adolescentes partiu do Desembargador Amaral, do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, tendo sido pensado, inicialmente, como Conselho da Comunidade, onde o poder de decisão seria ainda maior e mais abrangente, uma espécie de democracia participativa em forma de conselhos (ISHIDA, 2016). Todavia, essa pretensão foi repensada, tendo em vista a impossibilidade de participação de todos os indivíduos, o que gerou órgãos como os Conselhos de Direitos e Conselhos Tutelares, cuja principal diferença reside no fato de os primeiros deliberarem sobre políticas públicas e os segundos serem encarregados de zelarem pelo cumprimento dos direitos dos infante-juvenis (ROSSATO; LÉPORE; CUNHA, 2019).

Assim, do ponto de vista conceitual, o Conselho Tutelar é um órgão “permanente e autônomo, não jurisdicional, encarregado pela sociedade de zelar pelo cumprimento dos direitos da criança e do adolescente, definidos nesta Lei”, de acordo com o art. 131 do Estatuto da Criança e do Adolescente (BRASIL, 1990). Para Amin e colaboradores (2019, p. 577), esse conceito deve ser adotado como referência, por refletir de forma clara e objetiva a missão institucional do Conselho Tutelar, que é “representar a sociedade na salvaguarda dos direitos das crianças e dos adolescentes, naquelas questões que demandem medidas de cunho não jurisdicional”.

Dessa forma, uma noção das características e da natureza dos Conselhos Tutelares no ordenamento jurídico brasileiro pode ser extraída a partir da seguinte análise resumida: sendo o Conselho Tutelar um órgão, não se trata de uma pessoa jurídica, logo, não possui personalidade jurídica própria, sendo, pois, inserto na estrutura da administração pública municipal. A permanência mencionada no art. 131 diz respeito ao órgão, que não pode ser extinto, e não aos integrantes – que passam por processos de escolha periódicos; e a autonomia reside no fato de serem independentes o órgão e os conselheiros tutelares no exercício de suas funções, fixadas na Lei nº 8.069/1990, não podendo, portanto, sofrerem interferência dos demais Poderes (ROSSATO; LÉPORE; CUNHA, 2019).

Todavia, a prerrogativa da autonomia, no que se refere aos conselheiros tutelares, não deve ser compreendida como uma “carta branca” para que atuem a seu bel-prazer, pois a dinâmica do Conselho Tutelar não permite que cada conselheiro atue de forma isolada ou individualizada, o que desfigura tanto a natureza colegiada do referido órgão, quanto seu caráter social e plural. Portanto, a autonomia do Conselho Tutelar e de seus membros deve ser pautada com responsabilidade, visando o regular funcionamento do órgão (AMIN *et al.*, 2018).

Nesse sentido, não obstante o art. 136 do ECA apresente um rol taxativo de atribuições do Conselho Tutelar (NUCCI, 2018), assenta a doutrina que a lei municipal pode estabelecer, com base no interesse local e no princípio da municipalização, outras formas de atuação do Conselho Tutelar, visto que a intenção do ECA ao atribuir ao município a responsabilidade de instituir o referido órgão teve como finalidade “mantê-lo próximo da realidade da comunidade que representa, sendo, deste modo, capaz de corresponder às suas necessidades, aos seus anseios e às suas aspirações” (AMIN *et al.*, 2018, p. 587).

Outrossim, pode o regimento interno dispor sobre o processo e a dinâmica de trabalho do órgão, estabelecendo normas quanto ao recebimento e registro de denúncias, critérios de distribuição dos casos entre os conselheiros, disposições sobre a periodicidade das reuniões, além da forma de discussão e deliberação de casos apresentados e recebidos, facilitando a formalização dos procedimentos e uma resolução mais adequada, célere e eficiente das demandas (AMIN *et al.*, 2018).

O que não pode acontecer, contudo, é a instituição de novas atribuições dos Conselhos Tutelares a partir de determinações do Regimento Interno ou de atos administrativos de quaisquer autoridades, conforme o art. 11 da Resolução nº 113/2006 do CONANDA, visto que, por ser taxativo o rol de atribuições, é inviável a ampliação da lista de tarefas dos Conselhos Tutelares, salvo acréscimos no ECA.

Quanto à qualificação exigida para o conselheiro tutelar, além das disposições do ECA, pode a lei municipal fixar outras condições de elegibilidade – e, mesmo assim, com cautela, para não romper com a ideia de ampliação da participação da comunidade nos assuntos concernentes à infância e adolescência (NUCCI, 2018) –, considerando-se a experiência na promoção de direitos dos infante-juvenis, além da comprovação do ensino médio, ou mesmo uma prova de conhecimento de caráter eliminatório, formulada e averiguada por uma comissão examinadora designada pelo Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente (CMDCA) (ROSSATO; LÉPORE; CUNHA, 2019).

Ainda quanto aos membros do Conselho Tutelar, cabe ressaltar que estes são considerados agentes públicos honoríficos, pois exercem uma função pública por um determinado tempo, não sendo, pois, servidores e nem funcionários públicos. Nesse diapasão é o art. 2º da Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/1992), que considera como agentes públicos honoríficos aqueles que exercem, “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” (BRASIL, 1992).

Nesse sentido, Meirelles (2016, p. 84) assenta que os agentes honoríficos são cidadãos “convocados, designados ou nomeados para prestar, transitoriamente, determinados serviços ao Estado, em razão de sua condição cívica, de sua honorabilidade ou de sua notória capacidade profissional”, mas sem qualquer vínculo de caráter empregatício ou estatutário.

Para o autor, os serviços públicos relevantes desempenhos pelos agentes honoríficos constituem o chamado “múnus público”, como as funções de jurado e me-

sário eleitoral, ou de “comissário de menores”, função extinta pela superveniência do conselheiro tutelar, que goza de prestígio na atualidade em virtude da cristalização da dita função no Estatuto da Criança e do Adolescente, bem como na questão da remuneração, visto que o subsídio dos Conselheiros Tutelares passou a ser previsto no art. 134 ECA após a Lei 12.696/2012, cuja competência para estabelecer o salário pertence ao município.

Outrossim, esse prestígio é vislumbrado desde o processo de escolha de membros para comporem os Conselhos Tutelares, tendo em vista a atual dimensão e relevância ostentadas, em razão do incremento na cidadania e na sensibilização que levou ao aumento de participação popular no processo seletivo mais recente, de 2019, bem como a necessidade de cumprimento, por parte dos postulantes a conselheiros tutelares, de certos requisitos, critérios, formalidades, bem como uma observância imprescindível a valores éticos, morais, de probidade e de respeito às instituições, ao cargo postulado e ao próprio processo seletivo, discussão aprofundada no tópico seguinte.

### **3 PROCESSO DE ESCOLHA PARA COMPOSIÇÃO DE CONSELHOS TUTELARES**

Por ser o Conselho Tutelar um órgão representativo dos direitos das crianças e dos adolescentes a ser composto por membros da sociedade, o processo seletivo nesse intento tem como candidatos e eleitores os membros comunidade local, o que vincula o processo de escolha à municipalidade, sem, é claro, olvidar as disposições gerais da Lei nº 8.069/1990.

Nesse sentido, o referido processo passou a ser unificado com o advento da Lei nº 12.696/2012, pois, anteriormente, as eleições eram reguladas integralmente pelas leis municipais, ocorrendo em qualquer época do ano. Essa alteração normativa trouxe benefícios como a vedação da eleição de conselheiros tutelares no mesmo ano de sufrágio para cargos políticos do Legislativo e Executivo, propiciando a necessária distância entre o Conselho Tutelar e interesses político-partidários; unicidade de uma campanha nacional, conduzida pelo CONANDA; além da possibilidade de o Ministério Público se organizar de forma integrada, nacionalmente, para acompanhar e fiscalizar os processos de escolha (NUCCI, 2018).

Outrossim, é o CMDCA de cada município que deve publicar o edital do processo de escolha, que, por sua vez, deve trazer o calendário com datas e prazos de registro de candidaturas, suas impugnações e consequentes recursos, além da documentação exigida para preencher os requisitos do Estatuto, e as condutas permitidas e vedadas aos candidatos, com as sanções previstas em lei municipal, segundo o art. 7º da Resolução nº 170/2014 do CONANDA (BRASIL, 2014).

Nesse ponto, quanto às condutas vedadas para candidatos a conselheiros tutelares, observa-se, no art. 8º da Resolução nº 170/2014 do CONANDA, que as condutas ilícitas e vedadas poderão ser acrescidas por lei local, com a aplicação de sanções “de modo a evitar o abuso do poder político, econômico, religioso, institucional e dos meios de comunicação, dentre outros” (BRASIL, 2014), de forma que seu art. 41 apresenta um rol exemplificativo de condutas proibidas durante o processo de escolha



dos conselheiros tutelares, sem prejuízo das ditas disposições locais, como: recebimento de vantagem pessoal; utilizar-se do Conselho Tutelar para exercer propaganda político-partidária; valer-se da função para lograr proveito pessoal ou de outrem; agir com desídia ou resistência injustificada; exercer atividades incompatíveis com o exercício da função e horário de trabalho; agir isoladamente, em desprestígio do Colegiado; dentre outras (BRASIL, 2014).

Contudo, ao arrepio dessas disposições, as condutas ilícitas continuam acontecendo durante os processos de escolha para conselheiros tutelares, o que gera críticas à opção legislativa de renovar os integrantes do Conselho Tutelar por meio de processo de escolha semelhante à uma eleição para cargo político, havendo, pois, quem defenda que essa escolha deveria ocorrer por meio de certame público, nos moldes dos tradicionais concursos.

A alternativa, em princípio tentadora, poderia, de fato, abreviar e facilitar o trabalho de capacitação dos conselheiros tutelares, além de propiciar uma melhor fiscalização por parte do Ministério Público. Todavia, esta não é a melhor alternativa para o problema do cometimento de ilícitos no processo de escolha, visto que essa forma estanque de escolha deixaria a sociedade preterida do exercício do seu dever constitucional de, ao lado da família e do Estado, defender os direitos das crianças e dos adolescentes, mesmo porquê “engajar a sociedade, de algum modo, num problema que é de todos, sempre foi e continuará sendo o mais adequado caminho para remover obstáculos e criar alternativas” (NUCCI, 2018, p. 560).

Assim, ao invés de privar a sociedade de participar por meio de sufrágio, é preferível orientar os candidatos a conselheiros tutelares e garanti-los uma constante qualificação, bem como reforçar a atuação fiscalizadora do Ministério Público durante o processo seletivo (AMIN *et al.*, 2018).

Todavia, os ilícitos existem e não podem ser ignorados, havendo a necessidade de serem punidos, muito embora o art. 139, § 3º do ECA não imponha sanção para tal. Nesse sentido, para Amin e colaboradores (2018, p. 590), “situações relacionadas à falta de decoro ou ilegalidades cometidas pelo conselheiro têm sua esfera própria de solução – a judicial, por meio de ação própria”, que é a Ação Civil Pública, de acordo com o art. 201, V do ECA.

De fato, há a possibilidade de instituição de Ação Civil Pública para impedir a candidatura de um postulante a conselheiro que proceda desta forma, ou para destituir um que já esteja no cargo e que tenha cometido tais ilícitos<sup>2</sup>. Todavia, em razão

---

2 Numerosos casos nesse sentido poderiam ser apresentados. Todavia, considerando o cerne temático do artigo, apresenta-se, por todos, a Ação Civil Pública nº 0280002-16.2020.8.06.0038, julgada procedente pela Vara Única da Comarca de Araripe-CE, tendo em vista o fato de a ré ter cometido irregularidades como boca de urna e transporte irregular de eleitores, em descompasso com o art. 139, § 3º do ECA, revés que a levou a interpor um Agravo de Instrumento, que fora e negado, sendo mantido, portanto, o seu impedimento de nomeação e diplomação, sob o argumento principal da idoneidade moral exigida para o cargo, nos termos dos arts. 133, I e 135 do ECA (TJCE. Agravo de Instrumento nº 0621637-18.2020.8.06.0000. Rel. Des. Antônio Abelardo Benevides Moraes. D.j. 31/08/2020. DJE 08/09/2020, Caderno 2, Judiciário, p. 118-119).

da dimensão que envolve a função do Conselheiro Tutelar, sanções de ordem administrativa e civil, apesar de sua importância, se mostram aquém da realidade, pois, já que o processo de escolha de conselheiros tutelares em muito se assemelha com uma eleição propriamente dita, nada mais coerente, harmônico e sistemático com o ordenamento jurídico que tipificar penalmente a prática de atos de corrupção relacionados ao processo de escolha para a composição dos conselhos tutelares.

Contudo, não havendo disposições no ECA nesse sentido, e sendo as resoluções do CONANDA, as leis municipais e os regimentos internos dos Conselhos Tutelares carentes de competência constitucional para legislar em matéria de direito penal (art. 22, I da CF/1988), apenas uma lei federal – de preferência o próprio ECA – poderia instituir como crime a prática de ilícitos durante o processo de escolha para conselheiro tutelar, para colmatar essa lacuna legal.

Por esses motivos, analisa-se, a seguir, a ausência de penas para atos de corrupção no âmbito dos processos de escolha para conselheiro tutelar, em busca de argumentos para a defesa da instituição de uma figura típica que os considere como infrações penais, com vistas de proteger o interesse público e garantir ao referido processo seletivo lisura, transparência, probidade e igualdade de condições.

#### **4 AUSÊNCIA DE PENAS PARA FRAUDES NO PROCESSO DE ESCOLHA DOS CONSELHEIROS TUTELARES: OMISSÃO LEGISLATIVA A SER VENCIDA**

Com o advento da Lei nº 12.696/2012, o art. 139, § 3º do ECA estabeleceu um conjunto de condutas reputadas ilícitas durante o período do processo de escolha para composição dos Conselhos Tutelares, como “doar, oferecer, prometer ou entregar ao eleitor bem ou vantagem pessoal de qualquer natureza, inclusive brindes de pequeno valor” (BRASIL, 1990). Todavia, em que pese a vedação – preceito primário –, não houve um preceito secundário, pois o legislador não trouxe, na norma, nenhuma sanção para tal conduta.

Nesse sentido, aduz Nucci (2018) que estas condutas em muito se assemelham com aquelas trazidas pelo art. 299 do Código Eleitoral aos candidatos a cargos políticos, como “dar, oferecer, prometer, solicitar ou receber, para si ou para outrem, dinheiro, dádiva, ou qualquer outra vantagem, para obter ou dar voto e para conseguir ou prometer abstenção [...]” (BRASIL, 1965), muito embora tais condutas, em âmbito eleitoral, tenham uma sanção – reclusão de até quatro anos e pagamento de cinco a quinze dias-multa –, o que se justifica pelo óbice imposto pela conduta à liberdade do eleitor, de escolher o destinatário do seu voto conforme sua consciência, critérios e interesses. Assim, a obrigação moral gerada no psicológico do eleitor pela vantagem oferecida ou recebida fundamenta a existência da sanção penal para tais condutas (GOMES, 2018).

Já a possível pena para os ilícitos cometidos no âmbito do processo de escolha do Conselho Tutelar é a Ação Civil Pública, que não é uma pena propriamente dita, e sim uma ação de cunho civil e administrativo voltada a proteger os direitos e interesses das crianças e adolescentes, nos termos do art. 201, V do ECA, faltan-



do ao art. 139, § 3º, portanto, uma sanção penal que justifique a proteção dos bens jurídicos envolvidos no processo seletivo de conselheiros tutelares – apesar da similaridade com o art. 299 do Código Eleitoral, quanto às condutas e relevância dos bens jurídicos com relação ao art. 299 do Código Eleitoral –, o que representa uma lacuna legislativa passível de reformulação.

A pretensa criminalização faz-se necessária também pelo fato de que, com a unificação a nível nacional do sufrágio para a escolha de conselheiros tutelares, observou-se, nos processos de escolha realizados no ano 2019, muitos atos de corrupção, denunciados aos Ministérios Públicos estaduais, os quais viciam o voto do eleitor, garantindo a conquista da função de conselheiro tutelar com base em ilícitos. Por essa razão, entende-se que se faz necessária a instituição de um tipo penal no sentido de coibir tais práticas, já que a pena tem uma função retributiva, mas também pedagógica e preventiva, o que pode ajudar a inculcar na sociedade a noção da gravidade desse engodo num processo de escolha tão significativo para a sociedade e para as crianças e adolescentes, fazendo com que as condutas ilícitas do art. 139, § 3º do ECA sejam punidas de forma proporcional à sua ofensividade.

Diz-se isso porque no plano do Direito Eleitoral, os crimes eleitorais visam resguardar valores e bens como a higidez do processo eleitoral, a liberdade do eleitor e do seu voto, a veracidade da votação e do resultado, a representatividade do eleito, a proteção dos direitos políticos, o aperfeiçoamento do sistema democrático, a paridade de condições no pleito; em suma, a lisura do processo como um todo (GOMES, 2018; PONTE, 2016).

E, apesar de o processo de escolha para conselheiros tutelares divergir do pleito eleitoral em alguns pontos – visto que, entre outras questões, no primeiro, não se pretende obter um cargo político, e sim uma função pública, além do fato de não se permitir coligações e preferências partidárias e político-ideológicas –, observa-se que a prática de ilícitos, antes restrita ao sufrágio eleitoral tradicional, agora passa a permear os processos de escolha para conselheiros tutelares, motivo que também enseja a proteção dos bens jurídicos por meio da criminalização das condutas ilícitas, por ser, também, um rompimento da credibilidade que o conselheiro tutelar deve possuir perante seus pares e também às crianças e adolescentes, que precisam de exemplos positivos na representação de seus interesses e direitos<sup>3</sup>.

Nesse sentido é que Ponte (2016, p. 103-104) afirma que “o efetivo combate à corrupção eleitoral não traduz apenas uma opção voluntária do legislador, mas uma autêntica necessidade decorrente de um mandato implícito de criminalização”, em virtude, dentre outras razões, da violação à igualdade de condições entre os postulantes ao pleito, mácula que ocorre igualmente no plano dos processos seletivos para composição dos conselhos tutelares.

---

3 Não é por outro motivo a ênfase conferida pelo ECA com relação à idoneidade moral que deve ser ostentada pelo postulante ou ocupante da função de Conselheiro Tutelar, no teor dos arts. 133, I e 135 da Lei nº 8.069/1990, tanto em virtude do múnus, quanto pela necessidade de os representantes dos direitos das crianças e dos adolescentes serem bons exemplos para os representandos.

Nesse ínterim, pode-se indagar se os candidatos a conselheiros tutelares que cometem tais práticas ilícitas poderiam ser punidos, na ausência de norma penal especial no ECA, com base no art. 299 do Código Eleitoral, que trata das mesmas condutas, embora restritas ao âmbito eleitoral. A resposta é negativa, justamente por esse motivo de aplicabilidade da norma somente nos casos de sufrágio eleitoral, que apresentam diferenças significativas quanto à dinâmica, natureza e objetivos do processo seletivo para conselheiro tutelar.

Noutro ponto, poderiam ser punidos os postulantes ao cargo de conselheiro tutelar que cometem os ilícitos com base na Lei de Improbidade Administrativa, já que eles exercem um múnus público que os torna agentes honoríficos? A resposta também é negativa, posto que o art. 139, § 3º do ECA menciona práticas ilícitas no decorrer do processo de escolha, ao passo que as penas da Lei de Improbidade Administrativa se aplicam a quem já é agente público honorífico, o que pressupõe vitória no processo seletivo, bem como a posse e exercício do referido múnus.

Assim, constata-se que a única forma de haver punibilidade para as condutas do art. 139, § 3º do ECA exige alteração dessa omissão normativa, por meio da criação de uma figura típica no objetivo de punir os candidatos a Conselheiro Tutelar que procedam de forma corrupta. Tratar-se-ia, na verdade, de um acréscimo do necessário, mas esquecido preceito secundário, visto que as condutas – preceito primário – já estão contidas na referida norma.

Por outro lado, pode-se indagar, ainda, se foi proposital ou acidental a opção do legislador em não prescrever o preceito secundário para o art. 139, § 3º do ECA. Nesse sentido, recorre-se à teoria da norma jurídica, formulada por Bobbio (2016), segundo a qual, via de regra, “toda norma jurídica é caracterizada pelo fato de que à sua transgressão segue uma consequência desagradável, que se denomina comumente sanção”, ação cumprida sobre a conduta ilícita para anulá-la ou reduzir suas consequências danosas (BOBBIO, 2016, p. 117), a exceção das normas que não recebem sanção por opção do legislador, o que pode ocorrer por dois motivos: (i) ou se trata de normas com eficácia espontânea e universal (ii) ou se tratam de normas superiores na hierarquia, que são as normas constitucionais (BOBBIO, 2016, p. 163), hipóteses que não se coadunam com o caso do art. 139, § 3º do ECA.

Ainda conforme Bobbio (2016, p. 164), a sanção “tem relação não com a validade, mas com a eficácia”, residindo esta no fato de uma norma ser ou não seguida pelos destinatários e, no caso de violação, ser imposta ao infrator uma sanção. Assim, normas “violadas sem que nem sequer seja aplicada a coação” são as mais ineficazes (BOBBIO, 2016, p. 47-48), como é o caso do art. 139, § 3º do ECA, que veda determinadas condutas sem cominar-lhes uma sanção penal adequada, que contemple a relevância dos bens jurídicos tutelados, como moralidade, lisura e igualdade de oportunidades no referido processo de escolha. Por isso, é possível afirmar que a atipicidade penal em comento não foi intencional.

Na perspectiva das normas penais, que ostentam peculiaridades e diferenças em relação às demais normas jurídicas – a exemplo da técnica legislativa empregada na sua redação, posto que o legislador moderno não mais expressa um imperativo ne-

gativo, optando por prescrever que a conduta perpetrada é punida com determinada sanção –, observa-se que aquelas dividem-se em incriminadoras e não incriminadoras, de modo que as primeiras têm a função de definir as infrações penais, compondo-se de dois preceitos: o primário, que descreve a conduta; e o secundário, que comina a respectiva sanção penal para a violação à norma, o que lhes garante uma maior eficácia por interiorizar nos membros da sociedade a consciência de que à prática ilícita corresponde a devida sanção penal, inexistente nos casos de normas penais não incriminadoras, ou mesmo nas normas proibitivas não incriminadoras (BITENCOURT, 2019).

Dessa forma, observa-se que, apesar de o art. 139, § 3º do ECA vedar, no âmbito dos processos de escolha para conselheiros tutelares, condutas que em muito se assemelham àquelas consideradas como corrupção eleitoral – nos termos do art. 299 do Código Eleitoral –, tal norma não ostenta um caráter penal incriminador, por faltar-lhe a sanção que sucede a violação, aproximando-se do conceito de norma proibitiva incriminadora, por trazer um imperativo negativo.

Assim, para que haja uma maior eficácia, o que exigirá da norma um caráter penal incriminador, faz-se necessária a atuação do legislador federal, com fins de transformar as condutas do art. 139, § 3º do ECA em fatos típicos, com uma sanção proporcional às ações – como fez o art. 299 do Código Eleitoral –, com vistas de proteger os bens jurídicos tutelados pela norma, como a moralidade, lisura e igualdade de oportunidades entre os participantes dentro do processo de escolha para membros do Conselho Tutelar, de modo que, não havendo uma sanção penal para tais condutas, a norma tende a ser ineficaz, por não dispor o Estado de meios coercitivos suficientes para inculcar na sociedade o dever de agir em conformidade com o que ela prescreve.

Com essa ação, espera-se que as funções pedagógico-preventivas próprias de uma norma penal incriminadora auxiliem a coibir tais práticas antijurídicas, nefastas à moralidade, à honestidade e à probidade exigidas para qualquer cargo ou função pública, especialmente quando se trata da defesa dos interesses coletivos das crianças e dos adolescentes, que ficam desamparados e mal representados a cada ato corrupto praticado por postulantes à função de conselheiros tutelares.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este artigo teve como objetivo geral analisar a ausência de penas para as condutas ilícitas contidas no art. 139, § 3º do ECA, em virtude dos bens jurídicos envolvidos nos processos de escolha para conselheiros tutelares, como moralidade, lisura e igualdade de oportunidades entre os concorrentes, cuja proteção exige uma sanção penal – ainda inexistente – decorrente da violação da norma.

Nesse sentido, observou-se que, por sua dimensão e relevância, os Conselhos Tutelares não podem ficar à margem de práticas ilícitas cometidas no âmbito de seus processos de escolha, que viciam o voto do eleitor e desfavorecem – além dos bens jurídicos pertinentes ao sufrágio e a ética exigida para o trato com a coisa pública – à própria sociedade, que é representante e representada nesta conjuntura de proteção aos infante-juvenis e composição dos referidos órgãos.

Assim, com relação ao dispositivo discutido, constatou-se que este não se caracteriza como uma norma penal incriminadora, por faltar a sanção penal ao preceito primário prescrito, o que exige uma reforma legislativa para colmatar a lacuna gerada pela omissão, transformando a dita norma em fato punível, dada a relevância conferida aos processos de escolha para conselheiros tutelares, a incidência de práticas corruptas no decorrer do processo seletivo, e visando uma proteção adequada aos bens jurídicos envolvidos.

Dessa forma, espera-se que uma eventual e necessária inserção do preceito secundário no art. 139, § 3º do ECA tenha o condão de coibir tais práticas, tendo em vista as funções retributivas, pedagógicas e preventivas da sanção penal, que reforçam a eficácia da norma que ostenta essa característica.

## REFERÊNCIAS

AMIN, Andréa Rodrigues *et al.* In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (coord.). **Curso de direito da criança e do adolescente**: aspectos teóricos e práticos. 11. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral v. 1. 25. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

BOBBIO, Norberto. **Teoria da norma jurídica**. Trad. Ariani Bueno Sudatti e Fernando Pavan Baptista. 6. ed. São Paulo: Edipro, 2016.

BRASIL. Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente. **Resolução nº 170**, de 10 de dezembro de 2014. Disponível em: <https://www.gov.br/mdh/pt-br/aceso-a-informacao/participacao-social/conselho-nacional-dos-direitos-da-crianca-e-do-adolescente-conanda/resolucoes/resolucao-n-o-170.pdf>. Acesso em: 29 jul. 2020.

BRASIL. **Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8429.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8429.htm). Acesso em: 29 jul. 2020.

BRASIL. **Lei nº 8.069**, de 13 de julho de 1990. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8069compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069compilado.htm). Acesso em: 29 jul. 2020.

BRASIL. **Lei nº 4.737**, de 15 de julho de 1965. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L4737compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L4737compilado.htm). Acesso em: 29 jul. 2020.

CEARÁ. Tribunal de Justiça do Estado do Ceará. **Agravo de Instrumento nº 0621637-18.2020.8.06.0000**. Rel. Des. Antônio Abelardo Benevides Moraes. 31/08/2020. DJE 08/09/2020, Caderno 2, Judiciário, p. 118-119. Disponível em:

