

## **Desincompatibilização de Conselheiro Tutelar - Eleições Municipais**

Perguntado por uma Conselheira Tutelar de Pelotas acerca da necessidade ou não de desincompatibilização ou afastamento do cargo, para concorrer ao cargo de vereador nas Eleições de 2012, fui buscar a informação, achando que seria fácil encontrar a resposta. Pois não é que não foi fácil.

Pois bem, se não havia resposta pronta no âmbito municipal, tratei de pesquisar. E desta pesquisa resultou o parecer que segue:

Primeiramente, acerca da natureza do vínculo do Conselheiro Tutelar, o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90) criou o Conselho Tutelar - órgão permanente e autônomo, não jurisdicional, encarregado pela sociedade de zelar pelo cumprimento dos direitos da criança e do adolescente (art. 131).

Incumbidos da execução de uma política de atendimento voltada à criança e ao adolescente, o Conselheiro Tutelar exerce, sem dúvida, uma parcela do Poder Público. É, em muitas vezes, e para fins específicos, face à natureza de sua função, equiparado a servidor público, embora não vinculado ao regime estatutário ou celetista. É considerado trabalhador público e percebe os direitos sociais correspondentes, tais como férias, 13º salário, licenças maternidade e paternidade, gala, nojo, entre outros direitos assegurados na Constituição Federal.

Tem-se, pois, que a natureza do seu cargo/função, embora ainda não pacificada, mas, de forma majoritariamente aceita pela doutrina e jurisprudência, enquadra-se na categoria de servidor público, em sentido amplo, agente administrativo, em sentido estrito, remunerado ou não, atendidas as especificidades da lei municipal, por integrar órgão da Administração Pública Municipal.

Embora não possua vínculo de dependência, o Conselheiro Tutelar exerce serviço público relevante, de forma temporária, mas não eventual. Em contrapartida aos serviços prestados, recebe remuneração paga pelos cofres da Administração Pública Municipal. Destarte, é lícito afirmar que se trata de servidor público em sentido amplo.

Com efeito, ele exerce função pública, e em Pelotas, remunerada pelo Poder Público Municipal, podendo ser considerado servidor público, em sentido amplo. Isso impõe as mesmas restrições aos direitos políticos aplicadas aos servidores públicos.

Veja-se: Agentes Públicos, segundo o disposto no parágrafo 1º do artigo 73 do Código Eleitoral, são 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 nos órgãos ou entidades da administração pública direta, indireta, ou fundacional*".

Desta maneira, percorrendo-se o dispositivo supra, percebe-se que as proibições disciplinadas no "*caput*" do artigo 73 do mesmo diploma legal, tendem a estancar toda e qualquer espécie de desigualdade entre os candidatos nos pleitos eleitorais.

É de se levar em conta que o intuito do legislador ao ordenar o afastamento de agentes administrativos, seja eles funcionários, ou empregados públicos, diz respeito

às condições e recursos materiais exigidos e postos à disposição de tais agentes para o desempenho das funções.

Nesse contexto encontram-se inseridos o Conselho Tutelar e seus membros uma vez que o conselheiro tem à disposição linhas telefônicas, materiais de expediente, veículos, dentre outros meios e recursos, que podem ser passíveis de desvio de finalidade durante a campanha e, pois, postos a serviço do candidato-conselheiro.

Outra questão a ser abordada é a necessidade de lei municipal reguladora do Conselho Municipal. A própria doutrina leciona que o Conselho Tutelar é considerado como "...*parte da estrutura administrativa do Poder Público Municipal, o Estatuto remete à lei municipal a competência para regular os Conselhos Tutelares...*" (Munir Cury e outros, *in* Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado, Malheiros, 405)

Em Pelotas, a lei que trata da criação e funcionamento do Conselho Tutelar é a Lei 5.775, de 31 de dezembro de 2010.

Porém, a lei em comento não trata da questão de desincompatibilização do conselheiro no caso de candidatura. Mas traz dois dados importantes em seus artigos:

**Art. 2º** *Os conselheiros tutelares eleitos serão empossados por ato do Prefeito Municipal.*

**Art. 3º** *Os mandatos de conselheiro tutelar serão obrigatoriamente exercidos com dedicação exclusiva recebendo vencimento mensal de R\$ 1.800,00 (um mil e oitocentos reais), equivalente a atividade do código CTM - Conselheiro Tutelar Municipal.*

Primeiro, os conselheiros são empossados pelo Prefeito Municipal, ou seja, inegável o vínculo com a administração pública. Segundo, o mandato do conselheiro será exercido, obrigatoriamente, com dedicação exclusiva.

Exercendo, assim, uma parcela do Poder Público, tais membros mantêm vínculo jurídico com órgão que integra a administração pública, de forma temporária, mas não eventual, percebendo, inclusive, remuneração pelos cofres públicos do Município.

Tem-se, pois, por plenamente atraído aos conselheiros tutelares a disposição legal vigente no que respeita às condições de elegibilidade, disciplinadas na Lei Complementar nº 64/90, em especial o previsto no art. 1º, inciso II, alínea I, que prevê a necessidade do afastamento das funções no período compreendido nos três meses que antecederem o pleito. Importa referir que tal afastamento não implica perda ou suspensão da remuneração, sendo garantido o direito à percepção dos vencimentos integrais, na forma do art. 1º, inc. II, alínea "I" da LC 64/90.

Justifica-se em decorrência do caráter permanente de sua função e exigência de dedicação exclusiva, observado o que assevera o artigo 37, incisos XVI e XVII, da Constituição Federal e Resolução nº 75 do CONANDA - Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente. Considerada a extensão do trabalho e o caráter permanente do Conselho Tutelar, a função de conselheiro, quando subsidiada, exige dedicação exclusiva. Sendo regime de dedicação exclusiva, não se pode esperar que, para exercer o direito de ser votado, o conselheiro tenha outros meios de se sustentar, se expressamente vedado por lei outra atividade laboral que não a de conselheiro tutelar.

Nota-se existir respeitável entendimento em sentido contrário a manutenção da remuneração dos conselheiros quando afastados para concorrerem, quer à recondução, quer a outro cargo eletivo, presente em arestos do E. Tribunal de Justiça do RS, como o Acórdão nº 70001975879, que negou o pedido de licença remunerada a conselheiro que almejava concorrer ao cargo de Vereador, no Município de Pelotas, sob o fundamento de que inexistente norma legal expressa que possibilite seu afastamento sem prejuízo da remuneração, independentemente do caráter exclusivo e permanente de suas atribuições, aplicando, "*in casu*", o princípio constitucional da legalidade no meio administrativo, previsto no artigo 37, "*caput*", da CF/88.

Com o devido respeito, tal posicionamento não se configura na melhor e justa solução ao tema.

Com efeito, a candidatura, seja a cargos políticos, seja à recondução ao Conselho Tutelar configura-se em direito subjetivo atinente ao exercício da cidadania, da capacidade eleitoral passiva.

Ainda, a Lei Complementar nº 64/90 foi editada para regulamentar o artigo 14, §9º, da Constituição Federal, sendo que elencou, à época, as causas de inelegibilidade que sejam atentatórias ao Estado Democrático de Direito, via da influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta.

Desta feita, tem-se que tal diploma legal foi editado em 18 de maio de 1990, sendo que a edição do Estatuto da Criança e do Adolescente é de 13 de julho do mesmo ano, o que - inicialmente - demonstra que aquele primeiro texto legal não poderia nunca antever as novidades que este último (ECA) traria ao cenário jurídico brasileiro.

Isto indica - claramente - que não poderia haver previsão legal de nenhuma causa de inelegibilidade que dissesse respeito, por exemplo, a desincompatibilização de membro do Conselho Tutelar para disputa de outro cargo eletivo no mesmo município. Entretanto, dentro das regras interpretativas de Direito, posiciona-se a analogia como sendo instrumento útil para sanar omissões legais e aplicação de casos concretos à luz da legislação vigente.

A Lei Complementar nº 64/90 não traz - expressamente - necessidade de desincompatibilização de membro do Conselho Tutelar para concorrer a outro cargo eletivo, mas aplicando-se a mesma - analogicamente - encontra-se a vedação em seu artigo 1º, inciso II, alínea 'I', aplicável por força do disposto no mesmo artigo, incisos IV, 'a' e VII, 'b'.

*Reza a LC nº 64/90:*

*Art. 1º São inelegíveis:*

*II - para Presidente e Vice-Presidente da República:*

*l) os que, servidores públicos, estatutários ou não, dos órgãos ou entidades da administração direta ou indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e dos Territórios, inclusive das fundações mantidas pelo poder público, não*

*se afastarem até 3 (três) meses anteriores ao pleito, garantido o direito à percepção dos seus vencimentos integrais;*

*IV - para Prefeito e Vice-Prefeito:*

*a) no que lhes for aplicável, por identidade de situações, os inelegíveis para os cargos de Presidente e Vice-Presidente da República, Governador e Vice-Governador de Estado e do Distrito Federal, observado o prazo de 4 (quatro) meses para a desincompatibilização;*

*VII - para a Câmara Municipal:*

*b) em cada Município, os inelegíveis para os cargos de Prefeito e Vice-prefeito, observado o prazo de 6 (seis) meses para desincompatibilização.*

A lei prevê o prazo de seis meses para afastamento, mas a jurisprudência tem considerado que seria desarrazoado exigir-se afastamento maior do que três meses. O afastamento do servidor público antes mesmo de ser escolhido em convenção partidária, e, portanto, poder iniciar a campanha, significaria, na verdade, três meses de férias ao ano, o que violaria o princípio da moralidade. Por isso, a jurisprudência caminhou nesse sentido: o de exigir o afastamento de seis meses apenas em casos específicos.

Conclui-se, s.m.j., que o membro do Conselho Tutelar tem que desincompatibilizar-se, com seu afastamento, até três meses anteriores ao pleito para fins de concorrer ao cargo de Prefeito, Vice-Prefeito e Vereador.

Assim também entende a jurisprudência eleitoral, que segue:

Ac. TRE-CE nº 13524, de 11.8.08:

*"Equipara-se a servidor público integrante do Conselho Tutelar Municipal, razão pela qual o prazo para se desincompatibilizar é de três meses antes do pleito, fato comprovado nos autos"*

Ac. TRE-GO nº 4172, de 20.8.08:

*"O membro de Conselho Tutelar sujeita-se ao prazo de desincompatibilização de três meses previsto no art. 1º, inciso II, alínea "I", da Lei Complementar nº 64, de 18.5.1990."*

Ac. TRE-MG nº 1691, de 23.8.04:

*"Recurso. Registro de candidatura. Eleições 2004. Impugnação. Deferimento. Desincompatibilização. Servidor Público. Conselho Tutelar. Afastamento. Observância do prazo legal de três meses. Recurso provido."*

Ac. TSE nº 16878, de 27.9.00:

*"O conselheiro tutelar do município que desejar candidatar-se ao cargo de vereador, deve desincompatibilizar-se no prazo estabelecido no art. 1, II, "I" c/c IV, "a" da LC nº 64/90" Obs. Prazo de 3 (três meses).*

Ainda acerca da remuneração, no caso de afastamento do conselheiro, entende-se que a aplicação analógica do artigo 1º, inciso II, alínea 'I', da LC nº 64/90 nos leva à conclusão de que como este prevê que o afastamento terá a garantia do direito à percepção dos vencimentos integrais, aplicar-se-ia tal regra em tese ao membro do Conselho Tutelar, visto que seu cargo apesar de ser eletivo e temporário, não é comissionado e demissível a qualquer tempo (vide nota do CAOPCA).

Embora nos raros casos apreciados pelo TJRS, este tenha, de forma isolada, decidido pela não remuneração do conselheiro em caso de afastamento, causando, inclusive, severos prejuízos ao próprio exercício da cidadania do conselheiro tutelar candidato à vereança, a esmagadora maioria da jurisprudência pátria tem defendido o afastamento sem prejuízo da remuneração.

Nesse caso, entende-se por absoluta pertinência e cabimento que haja na lei municipal que cria o Conselho Tutelar ou modifica ou aprimora suas atividades e forma de eleição, previsão expressa no sentido da obrigatoriedade do afastamento do conselheiro candidato, sem prejuízo da remuneração, ensejando, com tal previsão expressa, o esclarecimento da situação, alcançando-se aquele que é um dos principais objetivos do trato jurídico de todo e qualquer fato, a segurança jurídica, para que, no momento da primeira candidatura a conselheiro tutelar, o cidadão disponha de segurança e de certeza quanto à eventual candidatura à recondução ou a outro cargo eletivo, afastando-se a insegurança de depender quando da inauguração do futuro processo de escolha ao Conselho ou a outro cargo eletivo de decisão a respeito da necessidade de afastamento e, em tal caso, se com ou sem prejuízo à remuneração.

Pela manutenção da remuneração tem entendido o TJSP:

TJSP - Apelação Cível nº 827.955-5 - Acórdão

*DIREITO ADMINISTRATIVO - MANDADO DE SEGURANÇA – CONSELHEIRO TUTELAR - DISPUTA À ELEIÇÃO DE VEREADOR - DESINCOMPATIBILIZAÇÃO - AFASTAMENTO POR TRÊS MESES SEM PREJUÍZO DOS VENCIMENTOS - DIREITO - EXISTÊNCIA - O afastamento, por três meses, para concorrer as eleições, sem prejuízo dos vencimentos, de servidor público, estatutário ou não, é garantido pela Lei Complementar 64/1990, em seu art. 1º, II, "I" - Nega-se provimento ao recurso voluntário e ao reexame necessário.*

Também o MP-RS, por meio do Centro de Apoio Operacional da Infância e da Juventude do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul, em doutrinas assinadas por José Luís Pires Tedesco, Newton de Lavra Pinto Moraes e Divino Marcos de Mello Amorim.

Ainda, o MP-GO, por meio do Centro de Apoio Operacional da Infância, Juventude e Educação, em parecer do Promotor Coordenador Everaldo Sebastião de SOUSA, também segue a mesma linha.

Por fim, decisões espalhadas em outros tribunais reforçam a tese.

#### CONCLUSÃO

Após análise da legislação, bem como da doutrina e jurisprudência, conclui-se que, em virtude da importância do Conselho Tutelar, em face dos temas e funções que lhe são designados, a natureza jurídica dos Conselheiros Tutelares é de servidores públicos, em sentido amplo, agentes administrativos, em sentido estrito, de caráter honorífico, remunerado ou não, atendidas as especificidades da lei municipal, por integrar órgão da Administração Pública, porque mantém vínculo jurídico com órgão que integra a administração pública municipal, não empregado, pois, o que impõe a incidência das mesmas restrições aos direitos políticos aplicadas aos servidores públicos.

No que tange à desincompatibilização à concorrência de cargos eletivos, é medida que se impõem, independentemente do aspecto jurídico do tipo de vínculo que o Conselheiro tem com o município, pois, exerce, sem dúvida, uma função pública.

Em relação a remuneração em virtude do afastamento, esta tem que se manter intacta, ou seja, o afastamento do conselheiro, para concorrer a cargo eletivo municipal, deve ser no período anterior a três meses do pleito, sem prejuízo de sua remuneração.

**Tiago Bündchen**

**Nota do CAOPCA:** Em que pese o respeitável posicionamento do autor, o CAOPCA entende que, diante do caráter *sui generis* da função de Conselheiro Tutelar, na qual seus integrantes são investidos pelo sufrágio popular, e somente têm direito às vantagens expressamente previstas na legislação municipal específica relativa ao Conselho Tutelar (sendo a própria remuneração, a teor do disposto no art. 134, *caput*, da Lei Federal nº 8.069/90, "facultativa"), não há como sustentar o pretense direito de os Conselheiros Tutelares afastados de suas atividades continuarem a receber seus subsídios. A rigor, a própria possibilidade de afastamento e posterior retorno do Conselheiro candidato deve ser prevista em Lei Municipal, pois do contrário, a única forma de desincompatibilização se dará por meio de renúncia<sup>1</sup>. Assim sendo, somente se houver expressa previsão, na Lei Municipal específica relativa ao Conselho Tutelar, da possibilidade de licença remunerada aos Conselheiros Tutelares, é que haverá direito à percepção de subsídios no período de afastamento. Do contrário, o pagamento de subsídios somente será devido aos Conselheiros Tutelares em efetivo exercício da função, o que também se aplica aos Conselheiros suplentes, que deverão ser convocados para suprir as vagas deixadas por aqueles que se desincompatibilizarem. Vale lembrar, a final, que a desincompatibilização, em tais casos, é condição (pessoal) de elegibilidade, e não "prerrogativa" da função de Conselheiro Tutelar, devendo os candidatos arcar com o ônus de seu afastamento.

---

<sup>1</sup> Ressalvada a possibilidade de, em caráter excepcional, ser reconhecido pelo CMDCA local a possibilidade de concessão de licença ao Conselheiro Tutelar candidato e assegurado seu retorno ao término do pleito.