

MANDADO DE SEGURANÇA - 1ª Vara da Fazenda Pública Estadual

Impetrante: Julia Satiko Yamaguti Endo

Impetrado: Prefeitura Municipal de Presidente Prudente

Feito nº 482.01.2012.017549-0/000000-000 (1325/12)

MERITISSIMO JUIZ:

01.

Trata-se de mandado de segurança impetrado por Julia Satiko Yamaguti Endo em face de ato praticado pelo Prefeito Municipal de Álvares Machado.

Consta da inicial que a impetrante exerce o cargo de conselheira tutelar do município de Álvares Machado e que, por conta de ser candidata a vereadora, pleiteou o seu afastamento temporário no período de 07 de julho de 2012 a 08 de outubro de 2012, com pedido para continuidade da percepção de seus vencimentos no valor integral. Entretanto, teve seu pleito indeferido (no que se refere ao recebimento integral de seus vencimentos) sob o argumento de que conselheiro tutelar não se equipara a

Feito nº 482.01.2012.017549-0/000000-000

servidor público. Por tais motivos e, por entender que faz jus ao afastamento com recebimento de vencimentos impetra a presente ação.

Devidamente notificada, a autoridade coatora apresentou informações à fls. 76/81. Afirma que embora o Conselho Tutelar preste serviços de natureza pública, não se enquadra no conceito de agente público. Deste modo, seu cargo não se equipara a de servidor público municipal, não podendo assim, usufruir dos mesmos direitos destes. Deste modo, não havendo qualquer direito liquido e certo a ser amparado através da presente ação, requer a denegação do presente "writt".

Resumidamente, são estes os fatos.

02.

Preliminarmente, observo que este Juízo é incompetente para análise desta ação.

Com efeito, a matéria tratada nos autos envolve o Conselho Tutelar de Álvares Machado, cuja "*eleição, posse e mandato - é inteiramente tratado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente*". Ademais, "*os Conselheiros Tutelares integram a estrutura pública de proteção a infantes e jovens*".

Deste modo, diante do disposto no artigo 148, IV e 209 do ECA, a Justiça da Infância e da Juventude possui competência absoluta para análise da

questão, devendo este feito ser redistribuído para aquele Juízo.

03.

Caso assim não entenda Vossa Excelência, passo a analisar o mérito desta ação.

Constata-se nos autos que razão não assiste a impetrante.

Com efeito, o conselheiro tutelar não pode ser classificado como servidor público, tampouco deve ser equiparado a este. Exerce serviço público relevante, de forma transitória, sem qualquer vínculo empregatício ou estatutário.

Dessa maneira, dispõe o artigo 135 do Estatuto da Criança e Adolescente, com as introduções ocorridas pela promulgação da Lei nº 12.696/2012:

"Art. 135. O exercício efetivo da função de conselheiro constituirá serviço público relevante estabelecerá presunção de idoneidade moral".

Apesar de o serviço exercido pelos membros do Conselho Tutelar constituir múnus público, estes não se submetem a concurso público, e sim a eleições para mandatos certos de três anos (agora quatro anos), o que expressa a falta de estabilidade no exercício da profissão. Tanto é assim, que após a eleição, a impetrante assinou com a Prefeitura Municipal de Álvares Machado, um contrato de trabalho com prazo de validade de 11/11/2009 a 10/11/2012 (fls. 26/27)

Ademais, suas funções não estão configuradas no esquema fundamental do Poder Público.

O conselheiro tutelar é considerado agente público honorífico. Nesse sentido, destaca-se a doutrina de **Hely Lopes Meirelles**:

"Os agentes honoríficos não são funcionários públicos, mas momentaneamente exercem uma função pública e, enquanto a desempenham, sujeitam-se à hierarquia e disciplina do órgão a que estão servindo, podendo perceber um pro labore e contar o período de trabalho como de serviço público" (Direito administrativo brasileiro, 23 ed., São Paulo: Malheiros, 1998, p.79).

Assim, os conselheiros tutelares podem usufruir apenas dos direitos atribuídos de maneira específica por legislação pertinente, desde que compatíveis com a natureza da função exercida como membro do Conselho.

Não é outra, outrossim, a orientação jurisprudencial:

"MANDADO DE SEGURANÇA Conselheira tutelar - Pretensão à continuidade do recebimento de remuneração, paga pela Municipalidade, durante afastamento para concorrer a cargo eletivo - Inviabilidade, em face do ordenamento - Ausência de previsão do pagamento em lei municipal de regência - Princípio da moralidade administrativa - Segurança denegada - Recurso da impetrante não provido." (Ap. nº. 0002886- 52.2008.8.26.0596, rel. Des. De Paula Santos, 9ª Câmara de Direito Público, j. 15/09/2010).

Apelação - Mandado de Segurança - Conselheira Tutelar do Município de Santa Mercedes - Desincompatibilização para concorrer a pleito eleitoral (edilidade) - Afastamento remunerado - Impossibilidade - Para efeitos administrativos, o agente tutelar não é servidor municipal e a este não se equipara em termos de vínculo, obrigação e direitos - Segurança denegada - Sentença reformada - Recurso provido (Apelação 9180767-07.2005.8.26.0000 - Relator(a): Castilho Barbosa - Comarca: Panorama - Órgão julgador: 1ª Câmara de Direito Público - Data do julgamento: 26/04/2011 - Data de registro: 09/05/2011 - Outros números: 994050305749)

Apelação Conselheiro tutelar do Município de Fartura **Desincompatibilização para concorrer a cargo eletivo de vereador Afastamento remunerado Inviabilidade** O membro do Conselho Tutelar não se equipara ao servidor público O conselheiro tutelar que se candidata a cargo de vereador deve desincompatibilizar-se no prazo estabelecido pelo art. 1º, inciso II, alínea "I", c/c inciso IV, alínea "a", da Lei Complementar nº. 64/90 Todavia, sem previsão legal específica, não há pagamento das remunerações Recurso provido. O conselheiro tutelar não é caracterizado como servidor público, e embora se afaste de seu cargo, para concorrer à eleição para vereador, não tem direito à remuneração, no período de afastamento, sem previsão específica em lei municipal (Apelação 0232811-20.2009.8.26.0000 - Relator(a): Vicente de Abreu Amadei - Comarca: Fartura - Órgão julgador: 1ª Câmara de Direito Público - Data do julgamento: 29/11/2011 - Data de registro: 01/12/2011 - Outros números: 9937655600)

MANDADO DE SEGURANÇA CONSELHO TUTELAR - Candidata a Prefeita Municipal - **Desincompatibilização - Afastamento remunerado - Descabimento - O Conselheiro Tutelar eleito não é servidor público, não se submetendo ou aproveitando o regime estatutário - Inaplicabilidade do artigo 1º, inciso II, alínea "I", da Lei Complementar Federal nº 64/90 - Denegação da segurança que se impõe - Sentença mantida - Recurso desprovido**

*(Apelação com revisão 0371689- 22.2009.8.26.0000
Apelação Com Revisão / Atos Administrativos -
Relator(a): Wanderley José Federighi - Comarca:
Serrana - Órgão julgador: 12ª Câmara de Direito
Público - Data do julgamento: 21/10/2009 - Data
de registro: 11/11/2009 - Outros números:
9345515800, 994.09.371689-7).*

É certo que, ainda que não sejam servidores públicos, os conselheiros tutelares têm o mesmo prazo de desincompatibilização daqueles e devem se afastar do cargo que ocupam no período de três meses antes do pleito eleitoral, conforme decidiu o Egrégio Tribunal Superior Eleitoral:

*"O conselheiro tutelar do município que desejar candidatar-se ao cargo de vereador deve desincompatibilizar-se no prazo estabelecido no artigo 1º, inciso II, alínea "l", c/c inciso IV, alínea "a", da Lei Complementar Federal nº. 64/90" (REsp nº. 16.878- PR, rel. **Min. Nelson Jobim**, j. 27/9/2000).*

Inclusive, para esta eleição, o Tribunal Superior Eleitoral publicou uma tabela, onde consta que o prazo de desincompatibilização para que o conselheiro tutelar se afaste para concorrer ao cargo de vereador é de três meses, com fulcro no disposto na Lei Complementar 64/90 (art. 1º, II, l, c.c. IV a) em anexo.

No que diz respeito à remuneração, entretanto, os membros do Conselho Tutelar não têm o direito de recebê-la. O conselheiro tutelar é equiparado ao servidor público apenas no âmbito eleitoral; para o recebimento da remuneração no período de afastamento, pois, há necessidade de previsão legal específica, que, no caso, não há. Nesse sentido:

"Quanto ao afastamento do Conselho Tutelar, evidentemente, que este inibe o pagamento do soldo mensal, pois decorre do efetivo exercício da atividade representativa. Aliás, o conselheiro não tem suas funções suspensas, mas é afastado, para que outro representante exerça tal 'munus' público" (Apelação nº. 934.551-5/8-00, rel. **Des. Wanderley José Federighi**, j. em 21.10.2009).

Verifica-se, pois, que na lei municipal nº 1954/1994, de 14 de dezembro de 1994 (fls. 32/38), nada consta quanto a remuneração de conselheiro tutelar por conta de afastamento, para participar em eleições.

Muito pelo contrário, no artigo 15, apenas se estabelece que os *"membros do Conselho Tutelar serão remunerados com recurso da municipalidade oriundos de verba especial do orçamento municipal"*.

Face o exposto, preliminarmente, manifesto-me pela redistribuição deste feito à Vara da Infância e da Juventude que possui competência absoluta para conhecimento da matéria tratada nesta ação. Caso Vossa Excelência assim não entenda, manifesto-me pela denegação da presente ação.

Presidente Prudente, 27 de julho de 2012

DANIEL MAGALHAES ALBUQUERQUE SILVA

Promotor de Justiça Substituto - acumulando