

Centro de Apoio Operacional de Defesa da Infância e Juventude - CAODIJ Avenida Lindolfo Monteiro, 911 — Fátima,/telefone 32016-4550/ <u>caodij@mppi.mp.br</u>

NOTA TÉCNICA Nº 02, de 16 outubro de 2018.

Conselho Tutelar. Cumulação com outro cargo ou função pública ou atividade particular. Impossibilidade. Função Pública de tempo integral. Necessidade de valorização da função de conselheiro tutelar por meio de remuneração adequada.

O CENTRO DE APOIO OPERACIONAL DE DEFESA DA INFÂNCIA E JUVENTUDE, CAODIJ, no exercício de suas atribuições previstas no art. 55 da lei Complementar Estadual nº 12/93 c/c com o art. 2º do Ato PGJ nº 454/2013, expede a presente Nota Técnica, sem caráter vinculatório, aos órgãos de execução.

I. Introdução.

A presente nota técnica surgiu a partir de demanda recorrente acerca da possibilidade de o conselheiro tutelar poder acumular a sua atividade com outro cargo ou função pública ou ainda, realizar atividades na iniciativa privada, em horário em que não se encontre na atividade de conselheiro tutelar.

II. Conselheiro Tutelar: natureza e função.

O Conselho Tutelar constitui *órgão autônomo, permanente e não jurisdicional*, responsável por zelar pelo cumprimento dos direitos das crianças e dos adolescentes (ECA, art. 131).

10M_-

Sendo órgão municipal de natureza permanente, o Conselho Tutelar não pode ser extinto pelos gestores, sob pena de ofensa aos direitos de crianças e adolescentes. Nesse ponto, para Rossato¹, o Conselho Tutelar:

Tem natureza estável, duradoura, contínua, permanente. Não pode ser suprimido pela Administração Pública, pois suas funções lhe são próprias, sendo vedado que suas atribuições sejam avocadas ou delegadas a outros órgãos administrativos.

A permanência, no entanto, constitui característica do Conselho Tutelar, **não sendo extensível aos conselheiros**, haja vista que os seus membros são periodicamente escolhidos por meio do voto direto da população local (ECA, art. 132). Ainda com Rossato:

O cárater permanente é restrito ao órgão, não abragendo a figura dos conselheiros que o compõem, que necessariamente deixam suas funções ao término do mandato, ou em caso de serem cassados por decisão do Juiz da Vara da Infância e da Juventude, ou em razão da deliberação do Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente.²

O conselheiro tutelar é escolhido pela população para exercer uma *função pública*, entendida essa como o conjunto de atribuições conferidas ao agente público³. A maioria da doutrina enquadra os conselheiros tutelares como agentes honoríficos, classificação de agente público delineada por Hely Lopes Meireles⁴.

Embora sejam considerados agentes honoríficos, em razão da Lei Federal nº 12.696/12, que alterou o art. 132 do Estatuto da Criança e do Adolescente, foi assegurado aos conselheiros tutelares a remuneração pelo exercício da função pública, incindindo, nesse caso, a vedação de cumulação remunerada, conforme se defenderá mais adiante.

Em relação à natureza das atribuições de conselheiro tutelar, entende-se tratar de função pública e não cargo ou emprego público. Isso porque, salvo situações excepcionadas

¹ ROSSATO, Luciano Alves et al. Estatuto da Ciança e do Adolescente comentado. 2a. ed.rev.e.ampl. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2010, p. 179.

² ROSSATO, Luciano Alves et al. Estatuto da Ciança e do Adolescente comentado. 2a. ed.rev.e.ampl. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2010, p. 179.

^{3 .} FURTADO, Lucas Rocha. Curso de Direito Administrativo. 4ª ed.rev.e.atual. Belo Horizonte, 2013.

⁴ Hely Lopes Meireles, citado por Lucas Rocha Furtado. In. Lucas Rocha. Curso de Direito Administrativo. 4^a ed.rev.e.atual. Belo Horizonte, 2013

pela Constituição Federal, cargo ou emprego públicos somente são acessíveis por meio de concurso de provas ou de provas e títulos, nos termos do art. 37, II da Constituição Federal. O conselheiro tutelar, no entanto, é escolhido pela sociedade, por meio de um processo de votação, nos termos do art. 132 do ECA. De cargo público não se trata, portanto, mas de uma função pública, de caráter transitório.

Ainda mais, trata-se de uma função pública, temporária, *em que o processo de assunção se dá por meio de escolha popular*. Privilegia-se uma efetiva participação da população na defesa de crianças e adolescentes, conforme consubstanciado no art. 227 da Constituição Federal e no Estatuto da Criança e do Adolescente.

III. Da cumulação de cargos ou funções na Administração Pública.

A Constituição Federal, prescreve, como regra, a impossibilidade de cumulação remunerada de cargos e funções na administração pública. Tal proibição, no entanto, comporta as seguintes exceções:

Art. 37...

XVI - é *vedada a acumulação remunerada* de cargos públicos, exceto, quando <u>houver compatibilidade de horários</u>, observado em qualquer caso o disposto no inciso XI: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

- a) <u>a de dois cargos de professor; (Redação dada pela Emenda</u> Constitucional nº 19, de 1998)
- b) a de um cargo de professor com outro técnico ou científico; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)
- c) a de dois cargos ou empregos privativos de profissionais de saúde, com profissões regulamentadas; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 34, de 2001)

XVII - a proibição de acumular <u>estende-se a empregos e funções</u> e abrange autarquias, fundações, empresas públicas, sociedades de economia mista, suas subsidiárias, e sociedades controladas, direta ou indiretamente, pelo poder público; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

A possibilidade de acumulação se restringe a dois cargos de professor, dois cargos ou empregos de profissionais da saúde ou de um cargo de professor com outro cargo técnico ou científico.

Afirme-se, prelimarmente, que a proibição de acumular refere-se à proibição de

40M J

<u>recebimento de remuneração acumulada.</u> Não há nenhum impedimento à cumulação não remunerada, para os servidores de forma geral, desde que compatíveis o horário de trabalho.

A proibição de acumular aplica-se não somente *aos cargos públicos, mas também aos empregos públicos e às funções públicas* e abrange todos os órgãos da admnistração direta e indireta.

De modo particular nos interessa a *alínea b*, em que se possibilita a cumulação de cargo de professor com outro cargo de natureza técnica ou cientifica, em razão de ser nesse caso que se encontram os casos de acumulação envolvendo conselheiro tutelar.

De acordo com essa regra, é possível acumular um cargo de professor com outro cargo, emprego ou função, <u>desde que esse outro seja</u> <u>de natureza técnica ou cientifica</u>. Como ocorre, por exemplo, com médico de um hospital de base que cumula a função de professor, um técnico de enfermagem que acumula a função de professor, ou Juiz que acumula a função de professor.

Essa regra, no entanto, não permite a todo cargo ou função a sua acumulação com o cargo de professor. A Jurisprudência vem restringindo a <u>interpretação do que seja cargo</u> <u>de natureza técnica ou cientifica.</u>

Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça esboça o entendimento de que, para que o cargo seja de natureza técnica ou científica, é necessário <u>a exigência de conhecimento</u> <u>espefícico para o exercício da atividade,</u> conforme se verifica do julgado abaixo;

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO INTERNO NO RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA AGENTE BANCÁRIO. NATUREZA BUROCRÁTICA. ACUMULAÇÃO COM CARGO PÚBLICO. IMPOSSIBILIDADE.

- 1. É inviável a cumulação do cargo de professor com cargo que, apesar da nomenclatura de técnico, não exige nenhum conhecimento específico para o seu exercício. Nesse sentido: AgRg no RMS 28.147/MS, Rel. Ministro Rogério Schietti Cruz, Sexta Turma, DJe 30/3/2015; RMS 38.061/RO, Rel. Ministro Ari Pargendler, Primeira Turma, DJe 27/11/2012; RMS 32.031/AC, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, DJe 24/11/2011.
- 2. Agravo interno não provido.

(AgInt no AgInt no RMS 50.259/SE, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 17/04/2018, DJe 24/04/2018)

100 75

A função de conselheiro tutelar não exige conhecimento técnico especializado, não podendo ser considerado de natureza técnica ou científica, para fins de cumulação. De fato, o conselheiro tutelar é escolhido pela comunidade por meio do voto popular, devendo ser pessoa que vive e conhece a realidade de sua comunidade. Mesmo que a lei municipal preveja, como requisito, a exigência de curso superior, ainda assim não terá a natureza técnica ou científica.

São conhecidas decisões judiciais proferidas no sentido de se permitir o exercício da função pública de conselheiro tutelar com a função de professor, como se extrai dos julgados abaixo colacionados:

Apelação e remessa necessária. Mandado de segurança. Servidor Público Estadual eleito como membro do Conselho Tutelar do Município de Cabreúva. Demonstração da compatibilidade de horários entre o cargo desempenhado de Professor e de membro do Conselho. Possibilidade de cumulação, desde que atendido o art. 37, XVI, CF. Lei Municipal nº 1.725/05. Afastamento do cargo público e suspensão da remuneração como professor indevida. Sentença de procedência mantida. Remessa necessária e apelação desprovidas.

(TJ-SP 10084454920168260286 SP 1008445-49.2016.8.26.0286, Relator: Fernão Borba Franco, Data de Julgamento: 25/06/2018, 7ª Câmara de Direito Público, Data de Publicação: 26/06/2018)

REMESSA OFICIAL. MANDADO DE SEGURANÇA. CONSELHEIRO **PROVENTOS** ACUMULAÇÃO COM TUTELAR. APOSENTADORIA. AGENTE HONORÍFICO. INEXISTÊNCIA DE CARGO PÚBLICO. AUSÊNCIA DE ÓBICE QUANTO À CARGA HORÁRIA. VEDAÇÃO CONSTITUICIONAL NÃO EXISTENTE. DESPROVIMENTO DO RECURSO. "Não há empecilho no exercício concomitante de outro cargo com a função de conselheiro tutelar, uma vez comprovada, nos autos, a compatibilidade de horários para o exercício de ambas as funções, garantindo, desta feita, o atendimento permanente do Conselho Tutelar, da forma preconizada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente". (TJPB - ACÓRDÃO/DECISÃO do Processo 00010467520138150551, 3ª Câmara Especializada Cível, Relator DES. AURELIO DA CRUZ , j. em 09-12-2014) ACÓRDÃO/DECISÃO do Processo Nº 00010745020148150311, 4ª Câmara Especializada Cível, Relator DES JOAO ALVES DA SILVA, j. em 17-03-2016)

(TJ-PB - REEX: 00010745020148150311 0001074-50.2014.815.0311, Relator: DES JOAO ALVES DA SILVA, Data de Julgamento: 17/03/2016, 4A CIVEL)

Tais decisões, no entanto, encontram-se dialmetramente opostas ao entendimento do Superior Tribunal de Justiça, como anteriormente exposto.

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo vem trazendo argumento particularmente

lon In

inovador no sentido de que, p<u>or ser a atividade de conselheiro tutelar cargo ou função honorífica, não há impedimento para a acumulação.</u> Tal argumento encontra-se, equivocado, a nosso sentir, por dois aspectos: a) *como a atividade de conselheiro tutelar é função pública, a ele se aplica a vedação de acumulação prevista no art. 37, XVII da Constituição Federal e b) mesmo sendo função honorífica, se for remunerada, incinde a vedação constitucional de acumulação.*

Nesse último sendo, Lucas Rocha Furtado, Procurador do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas da União, corrobora o entendimento aqui exposto, no tocante aos agentes honoríficos:

"Não sendo remunerados, a eles não se aplica a regra que impede a acumulação de cargos, empregos ou funções, que nos expressos termos do art. 37, XVI e XVII, <u>somente é válida se houver remuneração</u>. Assim, servidor público pode ser designado para o Conselho da República (art. 89, VII), por exemplo, sem que isso importe em acumulação legal de cargos públicos"

Indubitavelmente, quandos os agentes públicos honoríficos recebem, regularmente, remuneração, incide sobre os mesmos a proibição de acumulação da função pública, pois o que pretende a Constituição, no art. 37, inciso XVI, é restringir a possibilidade de exercício concomitante, de forma remunerada, de cargos ou funções na Administração Pública.

O entendimento do Tribunal de São Paulo foi levado ao STF por meio do Recurso Extraordinário Com Agravo nº 988.399/SP, que, no entanto, não foi apreciado em seu mérito em razão da inadmissibilidade do recurso.

Decisão: Trata-se de agravo cujo objeto é a decisão que não admitiu recurso extraordinário interposto em face de acórdão da 8ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, assim ementado (eDOC 1, p. 143): APELAÇÃO CIVIL — Mandado de Segurança — Cumulação de cargos — Conselheiro tutelar e professor — Admissibilidade —Cargo honorífico que não se enquadra na vedação prevista no artigo 37, inciso XVI, da Constituição Federal — Precedentes — Recurso voluntário e reexame necessário desprovidos. No recurso extraordinário (eDOC 1, p. 153), com fundamento no art. 102, III, "a", da Constituição Federal, aponta-se ofensa ao art. 37, XVI e XVII, do Texto Constitucional. Nas razões recursais, sustenta-se o seguinte (eDOC 1, p. 159-160): "Para que a cumulação em questão seja



admitida, o cargo de conselheiro tutelar deve ter natureza técnica. Conforme simples leitura do artigo 6% da Lei 2.064 do Município de Pereira Barreto juntada nos autos, que rege a competência do Conselho Municipal dos direitos da criança e do adolescente, as atribuições do conselheiro municipal não têm natureza técnica Sua função é nitidamente política, no sentido de que implica a participação da população na tomada de decisões relativas à gestão dos interesses da criança e do adolescente . Nenhum conhecimento técnico lhe é exigido, porque implica na participação democrática do cidadão na gestão destes interesses públicos." A Vice-Presidência do TRF da 4ª Região inadmitiu o recurso extraordinário com base na ausência de violação constitucional direta e nas Súmulas 279 e 280 do STF (eDOC 1, p. 169). É o relatório. Decido. A irresignação não merece prosperar. Quando do julgamento do agravo retido e da apelação, o Tribunal de origem assentou que (eDOC 1, p. 145-146): "É certo que o cargo de Conselheiro Tutelar não possui natureza técnica ou científica; porém enquadra-se na categoria de cargos honoríficos, que não impedem a cumulação, em virtude de sua transitoriedade. (...) A corroborar tal entendimento, estabelece o artigo 135, do Estatuto da Criança e do Adolescente, que "o exercício efetivo da função de conselheiro constituirá serviço público relevante e estabelecerá presunção de idoneidade moral." E a compatibilidade de horário entre os cargos restou demonstrada através das declarações de fls. 41 e 42/43. Assim, nada há que se reparar na respeitável sentença de primeiro grau." Desta forma, constata-se que eventual divergência em relação ao entendimento adotado pelo juízo a quo acerca da possibilidade de acumulação de cargos demandaria o reexame de fatos e provas e o da legislação infraconstitucional aplicável à espécie, o que inviabiliza o processamento do apelo extremo, tendo em conta o enunciado da Súmula 279 do STF. Nesse sentido, confiram-se os seguintes precedentes: ARE 904.913AgR, Rel. Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, DJe 28.09.2015, ARE 884.126 AgR, Rel. Min. Cármen Lúcia, Segunda Turma, DJe 03.08.2015 e RE 621.705 AgR, Rel. Min. Roberto Barroso, Primeira Turma, DJe 06.03.2015. Ante o exposto, nego provimento ao agravo, nos termos do art. 21, § 1°, RISTF. Publique-se. Brasília, 22 de agosto de 2016. Ministro Edson Fachin Relator Documento assinado digitalmente

(ARE 988399, Relator(a): Min. EDSON FACHIN, julgado em 22/08/2016, publicado em PROCESSO ELETRÔNICO DJe-180 DIVULG 24/08/2016



IV. Da Resolução nº 179 do CONANDA e da impossibilidade de o Conselheiro Tutelar cumular atividade privada.

O Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente – CONANDA editou a Resolução nº 179, de 14 de dezembro de 2014, que prevê em seu artigo a obrigação de dedicação exclusiva dos conselheiros tutelares.

Art. 38. A função de membro do Conselho Tutelar exige dedicação exclusiva, vedado o exercício concomitante de qualquer outra atividade pública ou privada.

O artigo acima confunde o *instituto da <u>dedicação exclusiva</u>* com o <u>instituto da dedicação integral</u>. Na realidade, nomeia como dedicação exclusiva, mas fornece a definição de tempo integral. Para diferenciar dedicação exclusiva de tempo integral, socorremo- nos da *lição de Hely Lopes Meireles*, citado por Fernanda Passos⁵

A diferença entre o <u>regime de tempo integral</u> e o de dedicação plena está em que, naquele, o <u>servidor só pode trabalhar no cargo ou na função que exerce para a Administração, sendo-lhe vedado o desempenho de qualquer outra atividade profissional, púbica ou particular, ao passo que <u>neste</u> (regime de dedicação plena), o <u>servidor trabalhará na atividade profissional de seu cargo ou de sua função exclusivamente para a Administração, mas poderá desempenhar atividade diversa da de <u>seu cargo ou de sua função sem qualquer outro emprego particular ou público, desde que compatíveis com o da dedicação plena</u></u></u>

Dessa forma, na realidade, pelo acima exposto, o conselheiro tutelar exerce uma relação de trabalho na modalidade de *regime de tempo integral*, em que não pode exercer nenhuma outra atividade, dedicando-se, integralmente ao serviço da proteção de crianças e

⁵ http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/da-legalidade-de-acumula%C3%A7%C3%A3o-de-cargos-p %C3%BAblicos-de-professor-quando-um-possui-regime-de-dedi. Acesso em 05/07/2018.



adolescentes, por meio do Conselho Tutelar.

Em razão disso, o conselheiro tutelar não tem disponibilidade para exercer outra atividade, de natureza pública ou privada, não podendo acumular atividade, nem mesmo de forma não remunerada, pois isso impediria e prejudicaria o exercício de proteção aos direitos das crianças e adolescentes.

Tendo que se dedicar integralmente à função de conselheiro tutelar, verifica-se que os conselheiros exercem atividade exaustiva, enfrentado riscos, inclusive à sua integridade física, em defesa dos direitos de crianças e adolescente e não recebem, remuneração que adequedada em relaçãos às suas responsabilidades de atribuições. Faz-se premente a valorização da sua função pública de conselheiro tutelar, por meio de uma remuneração digna e condizente com a relevância e valor social de seu trabalho.

Nesse sentido, necessário que se faça, por meio dos Conselhos de Direitos, da Assistência Social, do Judiciário e do Ministério Público, sensibilização junto aos gestores municipais, para que valorizem, *por meio da remuneração adequada*, esses importantes agentes da administração pública municipal que atuam em defesa dos direitos de crianças e adolescentes.

V. Conclusão.

Diante do exposto, conclui-se que:

- 1. O exercício da atividade de conselheiro tutelar exige dedicação em tempo integral.
- 2. Não é possível a acumulação remunerada de cargo público de professor com conselheiro tutelar, em razão de que essse não constitui cargo de natureza técnico-científica, exigência do art. 37, inciso XVI da Constituição Federal, conforme entendimento exposado pelo Superior Tribunal de Justiça, devendo aquele se licenciar da função de professor.
- 3. Para o exercício da função de conselheiro tutelar, qualquer outro servidor público também deve se licenciar, em razão da falta de permissivo constitucional e legal, para a acumulação cumulada remunerada.
- 4. O conselheiro tutelar não pode exercer atividades na iniciativa privada ou de natureza particular, em decorrência da exigência de dedicação em tempo integral ao exercício da função.



5. Em razão da natureza singular da função de conselheiro tutelar, que exige dedicação intergral ao conselheiro tutelar, é imperiosa que a sua remuneração seja condizente com suas as funções, o que exige da comunidade, dos conselheiros de direito e demais membros da comunidade, sensibilização das gestões municipais, a fim de que remunerem, de forma adequada, os conselheiros tutelares.

Teresina, 16 de outubro de 2018.

LIA RAQUEL PRADO BURGOS RIBEIRO MARTINS

Promotora de Justiça Coordenadora do CAODIJ