



PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

**Registro: 2021.0000149471**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1000655-53.2020.8.26.0357, da Comarca de Mirante do Paranapanema, em que é apelante PREFEITURA MUNICIPAL DE MIRANTE DO PARANAPANEMA, é apelado RAFAEL OLIVEIRA BOTO.

**ACORDAM**, em sessão permanente e virtual da 2ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **Negaram provimento ao recurso. V. U.**, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores CLAUDIO AUGUSTO PEDRASSI (Presidente) E CARLOS VON ADAMEK.

São Paulo, 2 de março de 2021.

**LUCIANA BRESCIANI**

**Relator**

Assinatura Eletrônica



PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

2ª Câmara – Seção de Direito Público

**Apelação Cível nº 1000655-53.2020.8.26.0357**

Apelante: MUNICÍPIO DE MIRANTE DO PARANAPANEMA

Apelado: RAFAEL OLIVEIRA BOTO

Interessado: SECRETÁRIO MUNICIPAL DE ADMINISTRAÇÃO DO  
MUNICÍPIO DE MIRANTE DO PARANAPANEMA

Comarca/Vara: MIRANTE DE PARANAPANEMA/VARA ÚNICA

Juiz prolator: RODRIGO ANTONIO FRANZINI TANAMATI

**VOTO Nº 27.896**

*Apelação Cível – Mandado de Segurança – Conselheiro Tutelar que pretende concorrer às eleições municipais – Desincompatibilização - Sentença que reconheceu o direito ao afastamento, no entanto, sem remuneração – Insurgência da Municipalidade alegando que não há autorização legislativa para o afastamento pretendido, ainda que sem remuneração - A finalidade da desincompatibilização é estancar a desigualdade entre os candidatos nos pleitos eleitorais – Exigir a renúncia do cargo é conduta desproporcional e não razoável – Afastamento que não trará prejuízos financeiros ao apelante – Sentença mantida – Recurso desprovido.*

Trata-se de mandado de segurança impetrado por RAFAEL OLIVEIRA BOTO, contra ato do SECRETÁRIO MUNICIPAL DE ADMINISTRAÇÃO DE MIRANTE DO PARANAPANEMA, alegando que ocupa o cargo de Conselheiro Tutelar desde 18.12.2019 e que pretendia candidatar-se ao cargo de Vereador nas eleições municipais de 2020, razão pela qual requereu sua

desincompatibilização durante três meses antes do pleito, sem prejuízo de sua remuneração, nos termos da Lei Complementar nº 64/90. No entanto, a Municipalidade indeferiu o afastamento consignando que “o afastamento das funções para pretensões eleitorais somente se dará em forma de renúncia” (fls. 02).

O D. Juízo a quo deferiu parcialmente a liminar pleiteada “para o fim de autorizar a desincompatibilização do impetrante nos três meses anteriores às eleições municipais de 2020, ou seja, de 15/08/2020 a 15/11/2020, com prejuízo de sua remuneração” (fls. 85/87).

O impetrado apresentou informações às fls. 104/110.

A segurança foi concedida parcialmente (fls. 111/114), nos seguintes termos:

*Do exposto, CONCEDO EM PARTE a segurança, o que faço para autorizar a desincompatibilização do impetrante nos três meses anteriores às eleições municipais de 2020, ou seja, de 15/08/2020 a 15/11/2020, com prejuízo de sua remuneração, tornando definitivos os efeitos da liminar.*

A Municipalidade interpôs recurso de apelação (fls. 122/132), pretendendo a reforma da r. sentença, a fim de que a pretensão do impetrante seja julgada totalmente improcedente.

O recurso foi regularmente processado e contrariado (fls. 136/146).

Os autos deixaram de ser remetidos à D. Procuradoria Geral de Justiça por força de parecer ministerial em primeiro grau declinando de intervir no feito (fls. 82/83).

**É o relatório.**

O recurso não merece provimento.

O Estatuto da Criança e do Adolescente dispõe, em seu artigo 135, que “*O exercício efetivo da função de conselheiro constituirá serviço público relevante e estabelecerá presunção de idoneidade moral*”.

Cumprido destacar, no entanto, que apesar de a função de conselheiro ser considerada como serviço público relevante pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, tal função tem caráter transitório e não tem o condão de estabelecer vínculo estatutário ou celetista com o Município.

Nesse sentido, aqueles que ocupam o cargo de Conselheiro Tutelar são considerados agentes públicos honoríficos, assim conceituados por Hely Lopes Meirelles:

*“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 empregatício ou estatutário e, normalmente, sem remuneração. (...)*

*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.”*

Ocorre que, apesar de não serem equiparados a servidores públicos, os conselheiros tutelares submetem-se ao mesmo prazo de desincompatibilização daqueles, devendo afastar-se do cargo que ocupam no período de três meses antes das eleições, nos termos do decidido pelo E. 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 “I”, 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).*

No entanto, conforme bem constou na r. decisão recorrida, *“os conselheiros tutelares não são alcançados pelo disposto no inciso “L”, inciso II, do artigo 1º, da Lei Complementar n. 64/90, que prevê percepção de remuneração integral durante o período de desincompatibilização apenas aos servidores públicos (“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") (negritei)" (fls. 112).*

Portanto, o candidato ao cargo de vereador que exerça anteriormente a função de conselheiro tutelar somente poderá afastar-se sem prejuízo de sua remuneração quando houver previsão de tal direito na legislação municipal.

Na hipótese em tela, a Lei Municipal nº 2.162/2012, com a redação dada pela Lei Municipal nº 2.279/2015, repetindo o disposto no artigo 134 do Estatuto da Criança e do Adolescente, aduz:

*ARTIGO 16 – Fica Assegurado aos Conselheiros Tutelares:*

- I – Cobertura Previdenciária;*
- II – Gozo de férias anuais remuneradas, acrescidas de 1/3 (um terço) do valor da remuneração mensal;*
- III – Licença Maternidade*
- IV – Licença Paternidade*
- V – Licença para tratamento de saúde;*
- VI – 13º Salário.*

*Parágrafo Único: Constará da Lei Orçamentária Municipal previsão dos recursos necessários ao funcionamento do Conselheiro Tutela e a remuneração e formação continuada dos Conselheiros Tutelares.*

Verifica-se, portanto, que a legislação municipal é omissa quanto ao tema. Assim, não havendo previsão legal quanto à percepção de remuneração, tal direito não pode ser concedido ao impetrante.

Importa destacar, todavia, que o objeto do presente recurso não é a percepção de remuneração durante o período de afastamento. Apesar de constar como pedido na exordial, a r. sentença julgou-o improcedente e não houve interposição de recurso pelo impetrante.

Cuida-se, na realidade, de recurso questionando o próprio direito ao afastamento. A Municipalidade alega que, diante da omissão na legislação municipal, o impetrante não faz jus sequer ao afastamento não remunerado, sendo necessário renunciar seu cargo para candidatar-se a vereador.

No entanto, tal alegação não prospera.

Conforme constou do julgamento da Apelação Cível nº 0178619-74.2008.8.26.0000, pela C. Câmara Especial deste E. Tribunal de Justiça:

*“O escopo da desincompatibilização é estancar toda e qualquer espécie de desigualdade entre os candidatos nos pleitos eleitorais. Isto porque, conselheiros têm à disposição linhas telefônicas, materiais de expediente, veículos, dentre outros meios e recursos, que podem ser passíveis de desvio de finalidade durante a campanha.*

*Mas, frise-se, em respeito ao princípio da proporcionalidade, não é aceitável o conselheiro ter que renunciar ao cargo em razão de candidatura a vereador. Como dito, o objetivo da desincompatibilização (afastamento temporário de suas funções) é apenas impedir as desigualdades que possam ocorrer durante o período eleitoral.*

*Ademais, a nossa Carta Magna nada dispõe sobre renúncia ao cargo nessas hipóteses. Os julgados acima*

*mencionados e o artigo 1º, inciso II, alínea “l”, c/c inciso IV, alínea “a”, da Lei Complementar nº 64/90, destacam a palavra afastamento (desincompatibilização) e não renúncia”.*

Nesse sentido, ante a omissão legislativa municipal, exigir que o impetrante renuncie seu cargo de Conselheiro, a fim de possibilitar sua candidatura ao cargo de vereador, fere o princípio da proporcionalidade.

O sufrágio, que é o direito de votar e ser votado, é garantido constitucionalmente e possui ligação direta com o Estado Democrático de Direito. Dessa forma, ainda que se exija a observância das condições constitucionais e legais de elegibilidade e incompatibilidade, sem incidir em quaisquer causas de inelegibilidades, o direito de requerer o registro de sua candidatura ainda é a regra.

Nessa esteira, exigir que o impetrante tenha que optar pelo cargo de Conselheiro Tutelar ou por concorrer ao cargo de Vereador constitui óbice desproporcional e não razoável ao direito de ser votado, mormente considerando que a Municipalidade não sofrerá qualquer prejuízo financeiro, uma vez que o afastamento será sem qualquer remuneração.

Nesse ponto, portanto, a concessão da segurança era mesmo de rigor.

Por fim, cumpre destacar que os julgados colacionados nas razões de apelação tratam exclusivamente do





PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

afastamento sem prejuízo da remuneração, e não do direito ao afastamento em si, razão pela qual não se assimilam ao caso em tela.

Por estes fundamentos, pelo meu voto, nego provimento ao recurso.

Para fins de prequestionamento se tem por inexistente violação a qualquer dispositivo constitucional ou infraconstitucional invocado e pertinente à matéria em debate.

**LUCIANA ALMEIDA PRADO BRESCIANI**

Relatora