



PARECER JURÍDICO

Consulente: FECAM - “Consulta Interna”.

Assunto: Regime jurídico de contratação dos Conselheiros Tutelares de acordo com a Lei 12.696/2012 e ônus do seu afastamento para tratamento de saúde.

Relatório da Consulta:

Trata-se de consulta interna da própria FECAM, onde questiona sobre a forma de contratação dos Conselheiros Tutelares, em razão da Lei 12.696/2012, bem como a modulação quando do afastamento médico e seus respectivos ônus decorrentes, como por exemplo nos afastamentos oriundos de problemas de saúde, a quem incumbe o pagamento dos 15 (quinze) primeiros dias? INSS ou ao Município empregador?

Diante do exposto, procede-se com a presente resposta de acordo com a interpretação do questionamento recebido.

É breve o relato.

1 - Da Vinculação Administrativa e da Autonomia dos Conselhos Tutelares:

Conforme o disposto no artigo 131, do Estatuto da Criança e do Adolescente – Lei nº 8.069/1990, o Conselho Tutelar é órgão permanente e autônomo, não jurisdicional, encarregado pela sociedade de zelar pelo cumprimento dos direitos da criança e do adolescente, definidos nesta Lei.

A autonomia é uma das características essenciais do órgão e isso significa que a vinculação do Conselho Tutelar à estrutura orgânica do Poder Executivo Municipal é meramente administrativa, não implicando subordinação.

Inclusive esse vínculo administrativo é uma exigência da Resolução nº 170/2014, oriunda do Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente (CONANDA), que em seu art. 3º e art. 4º, § 3º, orienta que a gestão



orçamentária e administrativa do Conselho Tutelar fique, preferencialmente, a cargo do Gabinete do Prefeito Municipal:

Art. 3º. Em cada município e no Distrito Federal haverá, no mínimo, um Conselho Tutelar como órgão integrante da administração pública local, em cumprimento ao disposto no art. 132 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Art.4º. **A Lei Orçamentária Municipal** ou do Distrito Federal deverá estabelecer, preferencialmente, dotação específica para implantação, manutenção, funcionamento dos Conselhos Tutelares, bem como para o processo de escolha dos conselheiros tutelares, **custeio com remuneração**, formação continuada e execução de suas atividades.

(...)

§3º A gestão orçamentária e administrativa do Conselho Tutelar ficará, preferencialmente, a cargo do Gabinete do Prefeito ou ao Governador, no caso do Distrito Federal.

Essa situação permite o dinamismo do trabalho a ser efetuado pelo Conselho Tutelar, simplificando as suas relações administrativas e burocráticas, garantindo orçamento e a estrutura necessária para o seu pleno funcionamento.

As decisões finalísticas do Conselho Tutelar, por outro lado, pertencem apenas ao seu colegiado, não podendo sofrer a interferência de outros órgãos, seja do Executivo, do Legislativo, do Ministério Público ou do Judiciário.

Inclusive essas decisões finais somente podem ser revistas judicialmente e a pedido de quem tenha legítimo interesse, na forma do art. 137 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

A autonomia funcional, por outro lado, não permite que o conselheiro tutelar deixe de pautar sua atuação na legislação vigente ou mesmo ignore as diretrizes da Política Municipal de Atendimento a Crianças e Adolescentes.



Conforme bem expõe Sousa¹, “ser autônomo e independente não significa ser solto no mundo, desgarrado de tudo e de todos”.

De acordo com o autor:

Autonomia não pode significar uma ação arrogante, sem bom senso e sem limites. Os conselheiros tutelares devem desenvolver habilidades de relacionamento com as pessoas, organizações e comunidades. Devem agir com rigor no cumprimento de suas atribuições, mas também com equilíbrio e capacidade de articular esforços e ações.

Desse modo, o Conselho Tutelar, como qualquer órgão público, também está sujeito ao controle externo em sua atividade-meio, no caso, exercido pelo Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente, pela Unidade de Controle Municipal (controladoria, corregedoria etc.), pela Justiça da Infância e da Juventude, pelo Ministério Público, pelas entidades civis que atuam na área e, principalmente, pelos cidadãos, que devem zelar pelo seu bom funcionamento e pela correta execução de suas atribuições legais.

O exercício da autonomia do Conselho Tutelar, conforme indica o art. 31 da Resolução nº 170/2014, “não isenta seu membro de responder pelas obrigações funcionais e administrativas junto ao órgão ao qual está vinculado, conforme previsão legal”.

Assim, a autonomia funcional do Conselho Tutelar é relativa às suas decisões e aos seus encaminhamentos e devem ser adotados na forma de colegiado. Por fim, salienta-se que a autonomia não exige que as decisões finalísticas, quando requeridas por quem seja o interessado, sejam submetidas a apreciação do Poder Judiciário.

2 - Da Natureza Jurídica Do Conselho Tutelar:

O Conselho Tutelar é um espaço, no âmbito municipal, que acolhe e protege os direitos das crianças e adolescentes, fiscalizando e tomando

¹ SOUSA, Everaldo Sebastião de. **Guia Prático do Conselheiro Tutelar**. 2. ed. Goiânia: Compilação, 2010. p. 18.

providências para impedir a ocorrência de situações de risco pessoal e social de crianças e adolescentes.

Trata-se de ente cujas atribuições estão submetidas a legislação municipal. É, um órgão público autônomo, entretanto desprovido de personalidade jurídica.

Os serviços prestados pelo conselheiro tutelar são de natureza pública, porque provém de órgão público de âmbito municipal. Nunca é demais asseverar que o serviço público se destina a servir o público, e não ao servidor. O Egrégio Tribunal de Justiça de Santa Catarina já se posicionou quanto a natureza jurídica do Conselheiro Tutelar:

O Conselheiro Tutelar é agente honorífico e não mantém vínculo empregatício ou estatutário com a Administração Pública. Não recebe, pois, o mesmo tratamento jurídico dispensado aos servidores públicos e é regido por lei específica, que inclusive fixa a sua remuneração, nos termos do que prescreve o art. 134 do ECA. (Apelação Cível n. 0001617-80.2011.8.24.0061 Rel. VILSON FONTANA, j. 21/01/2019). [grifo nosso]

E, também:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE COBRANÇA C/C INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. 1. **Os conselheiros tutelares não são servidores públicos em sentido estrito, mas, sim, particulares em colaboração com a Administração, não possuindo, via de consequência, qualquer vínculo empregatício "celetista ou estatutário" com a Administração Pública.** (...) APELAÇÃO CONHECIDA E DESPROVIDA. SENTENÇA MANTIDA. ” (TJGO, APELAÇÃO 0480462-98.2014.8.09.0085, Rel. JAIRO FERREIRA JÚNIOR, 6ª Câmara Cível, julgado em 18/06/2019, DJe de 18/06/2019). [grifo nosso]

No Agravo de Recurso Extraordinário – ARE nº 1194965/SP, o Superior Tribunal de Justiça (STJ), negou seguimento ao recurso da autora que pretendia “receber gratificação natalina correspondente ao ano de 2013, embasada na Lei Federal nº 12.696/2012, que deu nova redação ao artigo 134 do ECA. Narra que,

em mandado de segurança anteriormente impetrado, logrou êxito no reconhecimento do direito líquido e certo de perceber a gratificação natalina a partir do mês de dezembro de 2014, resguardado o direito de pleitear a do ano de 2013 em ação própria”.

No entanto, o Ministro Ricardo Lewandowski destacou no que, “segundo o art. 131 da Lei 8.069/90, que dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências, o Conselho *Tutelar* é órgão permanente e autônomo, não jurisdicional, encarregado pela sociedade de zelar pelo cumprimento dos direitos da criança e do adolescente, definidos nesta Lei. **A propósito, cita-se a lição de HELY LOPES MEIRELLES: [...] os agentes honoríficos não são servidores 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 [...] Tal serviço não gera vínculo empregatício, nem obrigações de natureza trabalhista, previdenciária ou afim entre prestador e tomador.** [grifo nosso]

Ou seja, o membro do Conselho Tutelar, detentor de mandato certo, não faz parte do quadro funcional do município, porque não é empregado da Prefeitura e não recebe ordens do prefeito, não possuindo regime funcional qualificado como estatutário ou de prestação de serviços de terceiros, porque é escolhido pela comunidade.

O Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região no Rio Grande do Sul no recurso ordinário RO nº 96.017459-1 entendeu que o Conselheiro Tutelar:

Não é servidor, no sentido estrito, eis que não advém de concurso público, nem passou por estágio probatório. Logo, não faz jus a qualquer benesse específica de servidor regular, pois não há vínculo estatutário ou celetista. Nesse pormenor, já houve manifestação do Judiciário.

O Conselho tutelar tem a característica de ser permanente porque desenvolve uma ação contínua e ininterrupta. A atuação dos conselheiros não deve sofrer solução de continuidade, sob qualquer pretexto. As ocorrências que

envolvem os direitos das crianças e dos adolescentes não têm dia certo para se manifestar, e as soluções devem ser imediatas.

Dessa forma, à vista de tal, entendemos que o (I) conselheiro tutelar é agente honorífico; (II) não usufruem dos direitos e vantagens próprios aos servidores públicos municipais (exemplo: diárias), só fazendo jus aos que lhes forem atribuídos pela legislação específica; (III) não podem acumular cargo/emprego/função pública, eis que a condição de conselheiro deve lhe ocupar toda sua carga horária.

3 - Do Afastamento Do Conselheiro Tutelar

A Lei nº 8.069/1990, traz em seu artigo 134 os direitos trabalhistas e previdenciários dos Conselheiros Tutelares, a saber, com redação dada pela lei 12.696/12, a depender de publicação de lei municipal ou distrital:

Art. 134. **Lei municipal ou distrital disporá sobre** o local, dia e horário de funcionamento do Conselho Tutelar, **inclusive quanto à remuneração dos respectivos membros**, aos quais **é assegurado o direito a** (grifo nosso):

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 – gratificação natalina.

Parágrafo único. Constará da lei orçamentária municipal e da do Distrito Federal previsão dos recursos necessários ao funcionamento do Conselho Tutelar e à remuneração e formação continuada dos conselheiros tutelares.

Ocorre que, para fins previdenciários, o conselheiro Tutelar é considerado como contribuinte individual, conforme consta no artigo 9º da IN RFB 971/09, a saber:



Art. 9º. Deve contribuir obrigatoriamente na qualidade de contribuinte individual:

[...]

XXXIII – o membro do conselho tutelar de que trata o art. 132 da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, quando remunerado.

Com o advento da Lei nº 12.596/2012, que passou a garantir aos membros do Conselho Tutelar o direito à remuneração e à cobertura previdenciária (art. 134, do ECA), o conselheiro tutelar, desde que não esteja vinculado a nenhum outro regime de previdência social, passa a ser qualificado apenas como contribuinte individual do INSS (segurado obrigatório), já que se tornou obrigatória a sua remuneração.

O fundamento para tanto está previsto no Decreto nº 3.048/99 (Regulamento do Regime Geral de Previdência Social), que em seu art. art. 9º, §15º, inciso XV prevê como segurados obrigatórios da previdência social, na qualidade de contribuinte individual, entre outros, o membro de Conselho Tutelar, quando remunerado.

Neste diapasão, alinhados ao art. 134 da Lei Federal 12.696/2012, alguns municípios legislaram sobre esta lacuna quanto a atribuição de pagamento dos primeiros 15 dias de afastamento do servidor por questões de saúde, sendo que, excedendo aos 15 (quinze) dias, deve ser encaminhado para análise de perícia junto ao INSS, transferindo este ônus para a União.

Exemplo disto é a o regramento apontado pela legislação do Município de São José/SC, por intermédio da Lei Ordinária nº 5.843/2019, que estabeleceu a estrutura organizacional e funcionamento do Conselho Tutelar daquela municipalidade, sabiamente prevendo em seu art. 42 e parágrafos, os direitos aqui tratados. Vejamos:

Art. 42. Fica assegurado aos membros do Conselho Tutelar, em exercício da função, os direitos:

I - à cobertura previdenciária pelo Regime Geral da Previdência Social (RGPS);

II - ao gozo de férias anuais remuneradas, acrescidas de 1/3 (um terço) do valor do subsídio mensal;

III - à gratificação natalina;

IV - à licença-paternidade nos moldes do art. 109 da Lei Municipal nº 2.248/1991;

V - à licença-maternidade ou adoção de acordo com os arts. 108, 110 e 111 da Lei Municipal nº 2.248/1991;

VI - à licença em virtude de casamento, nos moldes do art. 129, II, da Lei Municipal nº 2.248/1991;

VII - à licença em razão de luto, nos moldes do art. 129, III, da Lei Municipal nº 2.248/1991;

VIII - ao afastamento para tratamento de saúde próprio e seus descendentes.

§ 1º As licenças e afastamentos estabelecidos neste artigo serão submetidos à análise por médico indicado pelo órgão que o Conselho Tutelar estiver administrativamente vinculado quando o afastamento for justificado por atestado de saúde de até 15 (quinze) dias. Os casos em que o prazo exceder 15 (quinze) dias serão encaminhados à análise de perícia junto ao INSS. [grifo nosso]

Sobre o tema, a lição de Tarcísio José Martins Costa, em sua obra Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado (Editora Del Rey, 2004), esclarece:

O legislador ordinário deixou a critério da lei municipal dispor sobre os aspectos regulamentares relativos ao funcionamento do Conselho Tutelar, inclusive sobre a eventual remuneração de seus membros (...). Ao contrário dos membros dos conselhos de direitos, cuja função não é remunerada (art. 89), os conselheiros tutelares ficarão sujeitos ao que dispuser a legislação municipal.

Dessa forma, os conselheiros tutelares, são remunerados de forma obrigatória, estando assegurados pelo Regime Geral de Previdência Social - RGPS como contribuintes individuais, sendo obrigatório o recolhimento de sua contribuição para o INSS pelo município, desde que não esteja vinculado a nenhum outro regime de previdência social.



Quanto a eventual lacuna existente na legislação municipal, opinamos para que os municípios tornem previsível a condições dos afastamentos para tratamento de saúde, nos moldes da legislação de São José/SC, com garantia de remuneração a ser paga pela municipalidade para os primeiros 15 dias, sendo encaminhado para o perito do INSS após este lapso temporal.

Diante do exposto, salvo melhor juízo, considera-se dirimida a dúvida apresentada, devendo-se atentar a Consulente para a existência de legislação específica ao tema, incluindo a legislação municipal, a qual poderá dar interpretação diversa ao aqui traçado, bem como eventuais alterações legislativas.

Florianópolis, 28 de abril de 2021.

VINÍCIUS NERES

Advogado – OAB/SC 49.159
Consultor Jurídico da FECAM

SILAS PARISOTTO

Advogado – OAB/SC 35.869
Consultor Jurídico da FECAM