



UNIVERSIDADE ESTADUAL DO NORTE DO PARANÁ - UENP

PRÓ-REITORIA DE PESQUISA E POS-GRADUAÇÃO

ANA LUIZA GODOY PULCINELLI

**CONSELHOS DOS DIREITOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE E
A EFETIVAÇÃO DE SUAS DELIBERAÇÕES: Garantia de Direitos e
Construção da Participação Popular**

JACAREZINHO

2018



UNIVERSIDADE ESTADUAL DO NORTE DO PARANÁ - UENP

PRÓ-REITORIA DE PESQUISA E POS-GRADUAÇÃO

ANA LUIZA GODOY PULCINELLI

**CONSELHOS DOS DIREITOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE E
A EFETIVAÇÃO DE SUAS DELIBERAÇÕES: Garantia de Direitos e
Construção da Participação Popular**

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em Ciência Jurídica (Área de Concentração: Teorias da Justiça – Justiça e Exclusão; Linha de Pesquisa: Estado e Responsabilidade) do Centro de Ciências Sociais Aplicadas do Campus de Jacarezinho da Universidade Estadual do Norte do Paraná, como exigência parcial para a obtenção do título de Mestre em Ciência Jurídica.

Orientador: Professor Doutor Tiago Cappi Janini.

JACAREZINHO

2018



UNIVERSIDADE ESTADUAL DO NORTE DO PARANÁ - UENP

PRÓ-REITORIA DE PESQUISA E POS-GRADUAÇÃO

ANA LUIZA GODOY PULCINELLI

**CONSELHOS DOS DIREITOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE
E**

**A EFETIVAÇÃO DE SUAS DELIBERAÇÕES: Garantia de Direitos
e Construção da Participação Popular**

Dissertação apresentada ao
Programa de
Mestrado em Ciência
Jurídica (Área de
Concentração: Teorias da
Justiça – Justiça e Exclusão;
Linha de Pesquisa: Estado e
Responsabilidade) do Centro
de Ciências Sociais Aplicadas
do Campus de Jacarezinho
da Universidade Estadual do
Norte do Paraná, como
exigência parcial para a
obtenção do título de Mestre
em Ciência Jurídica, sendo
aprovada pela Banca formada
por:

Orientador Professor Doutor Tiago Cappi Janini
Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP)

2º Membro: Professor Doutor Renato Bernardi
Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP)

3º Membro: Professor Doutor Jairo Néia Lima
Membro externo

Coordenador do Curso: Professor Doutor Fernando de Brito Alves

Jacarezinho/PR,

de 2018.

Ficha catalográfica elaborada pelo autor, através do
Programa de Geração Automática do Sistema de Bibliotecas da UENP

Gc Godoy Pulcinelli, Ana Luiza
CONSELHOS DOS DIREITOS DA CRIANÇA E DO
ADOLESCENTE E A EFETIVAÇÃO DE SUAS DELIBERAÇÕES:
Garantia de Direitos e Construção da Participação
Popular / Ana Luiza Godoy Pulcinelli; orientador
Tiago Cappi Janini - Jacarezinho, 2018.
110 p.

Direito) - Universidade Estadual do Norte do
Paraná, Centro de Ciências Sociais Aplicadas,
Programa de Pós-Graduação em Direito, 2018.

1. Democracia. 2. Participação Pppular. 3.
Conselhos de Políticas Públicas. 4. Direitos da
Criança e Adolescente. I. Cappi Janini, Tiago,
orient. II. Título.

**Dedico este trabalho aos meus alunos,
razões da minha jornada acadêmica.**

AGRADECIMENTOS

Eu esperei até o último dia (literalmente) para redigir meus agradecimentos, mas agora quero que eles fiquem eternizados nesta versão final.

Por ordem de acontecimentos, gostaria de começar agradecendo a quem de fato possibilitou meu ingresso no mestrado, Amanda Cristhina Flach, a sexta colocada dentre os candidatos aprovados na primeira lista para a linha de pesquisa Estado e Responsabilidade. Ante a sua desistência, é que hoje entrego este trabalho à comunidade acadêmica.

Após o meu ingresso, duas pessoas foram essenciais para que eu chegasse até aqui: minha mãe e meu orientador. Os dois não guardam relação entre si, é claro, mas possuem um papel primordial em minha caminhada como mestranda.

Minha mãe não terminou seus estudos em nível superior, mas sempre foi a inspiração para que eu o fizesse e fosse mais longe. Mesmo nunca dizendo explicitamente o que ela queria para a minha vida como sua filha, ela sempre acompanhou meus passos e me forneceu apoio nas escolhas que eu fiz sozinha ao longo desses 29 anos. Mas no mestrado ela se superou! Ela entendeu a vida que eu havia escolhido (dois empregos e o mestrado) e, sem me questionar, cuidava de tudo para que eu pudesse chegar em casa e apenas dormir.

Já meu orientador, Prof. Dr. Tiago Cappi Janini é o responsável por este trabalho e por toda nossa produção acadêmica durante o mestrado. Sem ele simplesmente essas duas coisas não existiriam. Ele é meu exemplo como pesquisador e inspiração para seguir estudando. Penso que se um dia eu for um pequeno percentual do que ele foi para mim como orientador, estarei caminho certo.

Sigo agradecendo ao meu pai pelo seu exemplo como economista e servidor público. Agradeço ainda por ele resistir junto a mim em tempos obscuros como os que estamos vivendo agora. Ele, assim como eu, sabe que a Democracia é e sempre será o caminho. Pai, saiba que eu e meus irmãos no inspiramos em você.

E por falar em meus irmãos, gostaria de mencionar e agradecer a minha irmã, Natália. Quando erámos mais jovens, eu, na condição de irmã mais velha, entendi que precisa ser exemplo nos estudos para que pudéssemos ter uma vida melhor. Hoje ela é meu exemplo. E exemplos são mesmo como ela: não te impõe nada, simplesmente são. Eu presenciei a sua dedicação à Medicina por oito anos, entre o pré-vestibular e a graduação. Hoje sei que ela é uma excelente médica, não só pela sua dedicação aos estudos, mas por ser um ser humano excelente, muito melhor do que eu, por exemplo. Ela é capaz de enxergar cada paciente seu com um olhar cristão, tendo a bondade e a

humildade como características marcantes em sua conduta. Que eu seja um pouco dela a cada dia.

Ao lado da minha irmã hoje mora o meu noivo e futuro esposo. Dia desses li que nós jovens tínhamos que nos apaixonar por alguém afeito aos Direitos Humanos. Alguém com empatia suficiente para se pôr no lugar de negros, indígenas, LGBT's e mulheres sem mesmo pertencer a nenhum desses grupos. O Thiago é assim! Ele é a resposta de todas as minhas preces ao Universo.

Não poderia deixar de agradecer a equipe do gabinete do Juiz da 2ª Vara Cível de Cornélio Procópio: Fernanda, Maria Luísa, Priscila, Lara e ao meu chefe, Dr. Guilherme. Eu sei que nestes mais de dois anos eu não fui a melhor assistente que eu poderia ser, mas eu gostaria de agradecê-los pela compreensão durante esta jornada. Sem a ajuda de vocês, eu não teria cursado o mestrado. Obrigada, equipe!

A quem dediquei este trabalho, agora agradeço pela mudança proporcionada em minha vida. Foi por meus alunos que entendi a necessidade de ser uma pessoa melhor, uma vez que aquele ser humano não servia para formar outros seres humanos. Obrigada pela vida nova que vocês me deram.

Ao lado deles está a minha sobrinha, Laura. Por conta da notícia da sua chegada, eu mudei enquanto filha e irmã, para só assim me tornar tia. Em razão da Laura eu descobri um amor incondicional que habitava em mim, tornando-me melhor. Obrigada, Laura. Espero que você um dia você leia o que eu te escrevi.

Agradeço ainda os meus amigos da Turma XIII: Tiago Domingues Brito, Marco Antonio Turatti Junior, Leticia Gabriella Almeida, Lucas Octávio Noya dos Santos, Thiago Cesar Giazzi, Igor Henrique dos Santos Luz, Ricardo Utrabo Pereira, Brunna Rabelo Santiago, Alana Fagundes Valério, Henrique Hoffmann Monteiro de Castro, José Eduardo Ribeiro Balera, Gilmara Aparecida Rosas Takassi, Angelica Rodrigues Alves, Danieli Aparecida Cristina Leite Faquim, Ana Paula Meda, Marcos Vargas Fogaça, Diogo Mariano Carvalho de Oliveira, Emmanuella Magro Denora e por último, mas na verdade, primordial, cito o amigo/irmão Caio Vinicius Roldão Agarie como representante da amizade. Caio é uma pessoa maravilhosa e amigo de todos nós.

Dentre os professores, gostaria de agradecer àqueles que me deram senso de Democracia e são inspiração para seguir pesquisando nesse tema. Obrigada Professores Doutores Claudio Ladeira de Oliveira, Francisco Emílio Baleotti e Fernando de Brito Alves.

Por fim agradeço a Universidade Estadual do Norte do Paraná que me acolheu como professora do CCSA/CP e aluna de seu programa de pós-graduação *stricto sensu* em Ciência Jurídica (CCSA-CJ), possibilitando uma vida nova e repleta de ótimas oportunidades enquanto ser humano e profissional. Gostaria de estendê-lo aos

professores do programa, bem como aos meus colegas de trabalho no *campus* de Cornélio Procópio-PR.

***“Se existisse um povo de deuses,
governar-se-ia democraticamente. Um
governo tão perfeito não convém aos
homens.”***

Jean-Jaques Rousseau

PULCINELLI, Ana Luiza Godoy. **Conselhos dos Direitos da Criança e do Adolescente e a efetivação de suas deliberações: garantia de direitos e construção da participação popular**. 2018. Dissertação de Mestrado – Programa de Mestrado em Ciência Jurídica – Universidade Estadual do Norte do Paraná.

RESUMO

Esta dissertação tem por objetivo verificar o alcance da função deliberativa dos Conselhos dos Direitos da Criança e Adolescente (Conselhos de Políticas Públicas) na busca da efetivação do Estado Democrático de Direito. O texto traz algumas das principais teorias contemporâneas da democracia, com destaque para a teoria participativa da democracia e uma alternativa na teoria do agir comunicativo. Segue dando enfoque ao protagonismo da criança e adolescente no ordenamento jurídico, considerando questões como mínimo existencial e reserva do possível. Por fim, o texto encerra-se com o enfrentamento do controle judicial da administração pública quando o Poder Executivo ignora ou descumpre as deliberações emanadas dos Conselhos dos Direitos da Criança e Adolescentes, considerando questões atinentes ao princípio da separação dos poderes e da moralidade administrativa. Conclui-se pelo controle judicial no caso das políticas públicas deliberadas pelos Conselhos dos Direitos da criança e adolescente, uma vez que os atingidos são seres em fase peculiar do desenvolvimento humano. Para elaboração desta pesquisa, utilizou-se o método dedutivo, a partir da análise geral da democracia e suas teorias e técnicas de aplicabilidade, para o estudo específico da importância de um controle judicial da administração pública em favor dos conselhos de políticas públicas, em especial, os dos direitos da criança e do adolescente, enquanto instâncias consultivas e deliberativas dessas políticas.

PALAVRAS-CHAVE: Conselhos de Políticas Públicas; Função Deliberativa; Controle Judicial da Administração Pública; Participação Popular na Democracia.

PULCINELLI, Ana Luiza Godoy. **Councils on the Rights of Children and Adolescents and the effective implementation of their deliberations: guarantee rights and build popular participation.** 2018. Master's Dissertation - Master's Program in Legal Science - State University of Northern Paraná.

ABSTRACT

This dissertation aims to verify the scope of the deliberative role of the Councils of the Rights of the Child and Adolescent (Public Policy Councils) in the search for the effectiveness of the Democratic Rule of Law. The text brings some of the main contemporary theories of democracy, highlighting the participatory theory of democracy and an alternative in the theory of communicative action. It continues giving focus to the protagonism of the child and adolescent in the juridical order, considering questions as existential minimum and the “under reserve of the possibilities” clause. Finally, the text ends with confronting the judicial control of the public administration when the Executive Branch ignores or disregards the deliberations emanating from the Councils on the Rights of Children and Adolescents, considering issues pertaining to the principle of separation of powers and administrative morality. It is concluded by judicial control in the case of the public policies deliberated by the Councils of the Rights of the child and adolescent, since those affected are beings at a peculiar stage of human development. In order to elaborate this research, the deductive method was used, based on the general analysis of democracy and its theories and techniques of applicability, for the specific study of the importance of a judicial control of the public administration in favor of the public policy councils, especially , the rights of the child and adolescent, as advisory and deliberative instances of these policies.

KEYWORDS: Public Policy Councils; Deliberative Function; Judicial Control of Public Administration; Popular Participation in Democracy.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	13
1 CONSIDERAÇÕES ACERCA DA DEMOCRACIA.....	16
1.1 A DEMOCRACIA PARTICIPATIVA	22
1.2 O AGIR COMUNICATIVO COMO ALTERNATIVA À DEMOCRACIA BRASILEIRA	27
1.3 A ATUAÇÃO DOS CONSELHOS E SEUS REFLEXOS NA DEMOCRACIA.....	32
1.4 OS CONSELHOS DE POLÍTICAS PÚBLICAS COMO FORMA DE PARTICIPAÇÃO POPULAR NA DEMOCRACIA BRASILEIRA.....	35
1.5 COMPOSIÇÃO DOS CONSELHOS DE POLÍTICAS PÚBLICAS.....	39
2 A CRIANÇA E O ADOLESCENTE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	44
2.1 DOS CONCEITOS DE MÍNIMO EXISTENCIAL E RESERVA DO POSSÍVEL	51
2.1.1 Mínimo Existencial.....	51
2.1.2 Reserva do Possível.....	54
2.2 BREVES CONSIDERAÇÕES ACERCA DO MÍNIMO EXISTENCIAL E DA RESERVA DO POSSÍVEL PARA A CRIANÇA E O ADOLESCENTE.....	56
2.3 POLÍTICAS PÚBLICAS E ATUAÇÃO DOS CONSELHOS PARA CRIANÇA E ADOLESCENTE	58
2.4. OS CONSELHOS DOS DIREITOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE COMO FORMA DE EFETIVAÇÃO DE SEUS DIREITOS	63
3 OS CONSELHOS DOS DIREITOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE E O CUMPRIMENTO DE SUAS DELIBERAÇÕES PELO PODER EXECUTIVO: DESAFIOS E OBSTÁCULOS	66
3.1 A FUNÇÃO DELIBERATIVA DOS CONSELHOS	66
3.2 NATUREZA JURÍDICA DAS DELIBERAÇÕES DO CONSELHO	70

3.3 O CONTROLE JUDICIAL DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	74
3.4 OBSTÁCULOS JURÍDICOS AO CUMPRIMENTO DAS DELIBERAÇÕES DOS CONSELHOS DOS DIREITOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE	77
3.5 MECANISMOS/INSTRUMENTOS JURÍDICOS DE EFETIVAÇÃO DAS DELIBERAÇÕES DO CONSELHO.....	78
3.5.1 Análise Jurisprudencial – O REsp nº 493.811 – SP	86
CONCLUSÃO	89
REFERÊNCIAS	92
ANEXO	100

INTRODUÇÃO

Após o período ditatorial, o Brasil retomou os rumos de um regime de governo democrático, estruturando-se por meio da democracia representativa e direta (parágrafo único do art. 1º da CF).

Fruto de lutas dos movimentos sociais, os Conselhos de Políticas Públicas chegam à atual Constituição Federal enquanto forma de se partilhar o poder do Estado no tocante à formulação de Políticas Públicas e efetivação dos direitos sociais como saúde, educação, trabalho, moradia, previdência e outros.

Para tanto, os Conselhos possuem função dúplice: são órgãos consultivos e deliberativos e fazem parte da estrutura do poder executivo, sendo de suma importância para elaboração e execução das políticas públicas. Ocorre que, por vezes, as deliberações dos Conselhos não são postas em prática pelo Poder Executivo, gerando-se a necessidade de ajuizamento de ação judicial para o cumprimento da deliberação.

O presente trabalho examinará o controle judicial da administração pública no momento em que ela deixa de realizar as deliberações provenientes dos Conselhos dos Direitos da Criança e do Adolescente (Conselho de Políticas Públicas), verificando se o controle exercido não se trata, em verdade, do ferimento ao princípio constitucional da separação dos poderes.

A pesquisa se mostra relevante, pois é necessário verificar se o controle judicial da administração pública se constitui em um uso ilegítimo e arbitrário da jurisdição e também porque se busca uma teoria adequada para a democracia em países como o Brasil, ou seja, um país de democracia tardia, no qual a participação popular precisa ser implementada e incentivada por meio das instituições democráticas, destituindo a visão do homem comum de que a participação nos assuntos da polis é apenas para os políticos profissionais.

Assim, teria o Judiciário um papel importante neste processo, pois ao realizar o controle da Administração Pública, determinando o cumprimento da deliberação do conselho, encoraja a continuação dos trabalhos do Conselho, impedito a sua existência meramente formal, dada a obrigatoriedade legal de sua criação.

A hipótese da pesquisa consiste na legitimidade do controle judicial da

administração pública, quando se tratar de implementação de política pública que vise atender o mínimo existencial das crianças e adolescentes, dada a fase peculiar desenvolvimento humano em que elas se encontram, sendo medida que visa efetivar o princípio constitucional da proteção integral da criança e adolescente.

Para elaboração desta pesquisa, utilizar-se-á do método dedutivo, a partir da análise geral da democracia e suas teorias e técnicas de aplicabilidade, para o estudo específico da importância de um controle judicial da administração pública em favor dos conselhos de políticas públicas, em especial, os dos direitos da criança e do adolescente, enquanto instâncias consultivas e deliberativas dessas políticas.

Para tanto, percorrer-se-á o seguinte caminho: (i) Considerações acerca da Democracia; (ii) a criança e o adolescente no ordenamento jurídico brasileiro (iii) os conselhos dos direitos da criança e do adolescente e o cumprimento de suas deliberações pelo poder executivo: desafios e obstáculos.

O primeiro capítulo discorrerá brevemente acerca da Democracia desde o seu surgimento até os dias atuais, utilizando-se das teorias participativa e discursiva (Habermas) que dão azo à escolha do legislador constituinte originário pela democracia direta em coexistência com a Democracia Representativa. Tratará ainda de uma das técnicas de participação popular na democracia, sendo ela os Conselhos de Políticas Públicas.

O segundo capítulo tratará da criança e do adolescente no ordenamento jurídico brasileiro, abordando o histórico de sua marginalização até a sua ascensão a sujeito de direito. Para efetivação de seus direitos, o referido capítulo ainda lida com questões como o mínimo existencial e reserva do possível, aplicando-as ao caso estudado e se utilizando dos Conselhos dos Direitos da Criança e Adolescente como ferramenta democrática para efetivação de seus direitos, por meio da função deliberativa que os Conselhos possuem.

Por fim, o terceiro capítulo trata dos desafios e obstáculos para a efetivação das deliberações provenientes dos Conselhos dos Direitos da Criança e Adolescente, analisando a força que as deliberações possuem frente à Administração Pública e apontando instrumentos para o seu cumprimento, tais como o controle judicial da Administração Pública por meio do ativismo ministerial, da *lege ferenda* para inclusão dos Conselhos como legitimados à propositura de ações judiciais, da Ordem de Advogados do Brasil por meio de seus advogados dativos, dos Núcleos de Prática Jurídica das Faculdades de Direito ou das Defensorias

Públicas.

1 CONSIDERAÇÕES ACERCA DA DEMOCRACIA

Antes de iniciar, importa alertar que não se tem a pretensão de abordar todo o seu caminho histórico percorrido pela democracia, com suas evoluções e críticas, mas apenas apontar algumas diretrizes importantes que sempre acompanham as definições de “democracia” para, ao fim, determinar as principais características do atual regime democrático brasileiro conforme a Constituição Federal de 1988.

A palavra “democracia” não aceita uma definição comum entre os autores que dela trataram. As distintas formas de aplicação da democracia pelo mundo afora, com diversas posturas ideológicas, demonstram a falta de sua unicidade. Um dos raros pontos de convergência em torno da “democracia” consiste em atribuir seu nascimento à Grécia antiga¹. A partir do século V a.C. com Sólon, depois Clístenes e no século seguinte pela obra institucional de Péricles, especialmente a Cidade-Estado de Atenas foi inserida sob o signo da democracia (GOYARD-FABRE, 2003, p. 19).

Já em Roma, o governo popular era chamado de república, mas assim como em Atenas, “(...) o direito a participar restringia-se aos homens, o que também aconteceu em todas as democracias que apareceram depois, até o século XX” (DAHL, 2001, p. 23).

Ocorre que a república romana possuía um problema de logística: isso porque “(...) muitas vezes, conferia a valorizadíssima cidadania romana aos povos conquistados, que assim se tornavam cidadãos romanos no pleno gozo dos direitos e dos privilégios de um cidadão, e não simples súditos” (DAHL, 2001, p. 23).

Contudo, mesmo havendo a expansão do território romano, as decisões continuaram sendo tomadas diretamente em Roma, o que distanciava os novos cidadãos romanos da participação no Governo. Com isso, em que pese o

¹ Contudo, não foram os gregos os verdadeiros criadores da democracia. Pesquisas demonstram que a prática democrática já era realizada pelos fenícios séculos antes dos gregos. Na verdade, os gregos criaram o termo *demokratia*, que quer dizer predominância do *demos*, forjado, aliás, pelos inimigos da ordem democrática. (VERNANT, 1994). No mesmo sentido, Jack Goody (2008) descreve que “[...] os gregos, claro, inventaram a palavra ‘democracia’ e possivelmente foram os primeiros a dar ao termo uma forma escrita para outros lerem, mas não inventaram a prática democrática. Representação de um jeito ou de outro, é atributo da política e da luta de muitos povos (...). Em outras palavras, um tipo de democracia representativa foi por vezes praticada na Assembléia do Povo, não somente em Catargo, mas também na Ásia, na cidade mãe dos fenícios, Tiro.” (2008, p. 64 - 67).

significativo espaço de tempo de duração da república romana (cerca de 500 anos), por volta do ano 130 a.C, “(...) ela começou a enfraquecer pela inquietude civil, pela militarização, pela guerra, pela corrupção e por um decréscimo no espírito cívico que existira entre os cidadãos” (DAHL, 2001, p. 24). Daí seguiu-se a ditadura de Júlio Cesar até o seu assassinato no ano de 44 a. C, tornando Roma um Império e não mais uma República.

Isso fez com que o governo popular (democracia ou república) desaparecesse no sul da Europa e, com raras exceções de pequenas tribos esparsas, também desaparecesse por tudo o mundo (DAHL, 2001).

Cerca de mil anos depois (1.100 d. C), este sistema ressurgiu em muitas cidades no norte da Itália e, como dito anteriormente, ainda de uma forma excludente, uma vez que “(...) a participação nos corpos governantes das cidades-estado foi inicialmente restrita aos membros das famílias da classe superior: nobres, grandes proprietários e afins” (DAHL, 2001, p. 25).

Da inquietação humana e do conseqüente dinamismo social, as classes sociais inferiores passaram a exigir o direito de participação no Governo. Assim, em muitas cidades, essas pessoas chamadas de *popolo*, ganharam o direito de participar.

A formatação do governo em “cidades-estado” perdurou até a idade média, quando em meados do século XIV se tornou forte a ideia e a conseqüente implementação do estado nacional ou país (DAHL, 2001).

Após um período adormecida, ideia de Estado de Direito (re)nasce das lutas contra o absolutismo a partir do século XVIII, principalmente em decorrência das Revoluções Inglesa, Americana e Francesa, valorizando a liberdade e igualdade dos homens, além da supremacia da vontade popular.

Atualmente, poucos são os países que não reivindicam o regime democrático como regime de governo. Porém, desde o pensamento grego até a sua prática nos dias de hoje, inúmeras teorias surgiram com a preocupação de explicar o sentido a ser empregado para a palavra “democracia” (CRUZ, p. 43). É preciso alertar que o vocábulo “democracia” é “[...] o lugar semântico de perpétuas interrogações e o cadinho no qual se acumulam intermináveis glosas” (GOYARD-FABRE, 2003, p. 12). Essa multivocidade é comprovada pelos vários adjetivos que lhe são adicionados: “direta”, “representativa”, “participativa”, “governada”, “governante”, “liberal”, “socialista”, “plural”, “constitucional”, “parlamentar”. Ademais,

a definição do conceito de “democracia” envolve outras palavras que sofrem do mesmo problema de ambiguidade e vagueza: “povo”, “poder”, “soberania”, “política”, “cidadania”.

É bastante divulgado que, etimologicamente, “democracia” designa o poder do povo. Democracia é uma forma de governo em que os cidadãos têm ampla participação: governo do povo, pelo povo e para o povo. A ideia inicial proposta pelo povo grego era que todos os cidadãos participavam das decisões políticas, atuando diretamente em escolhas políticas e econômicas. É evidente que o significado de “cidadãos” em Atenas no século V a.C. sequer se aproxima do significado atual. Esse era um privilégio de uma pequena minoria social de homens livres, adultos, filhos de pai e mãe atenienses. Sobre este período, acentua Fábio Konder Comparato, que

Como membro nato da assembleia, cada cidadão ateniense gozava de uma liberdade individual inigualável no mundo do seu tempo, e até hoje inigualada nas democracias modernas. Ele tinha ampla liberdade de palavra, em absoluta igualdade de condições com qualquer outro cidadão, ilustre ou desconhecido, rico ou pobre. (2006, p. 641)

Após esse longo hiato, a democracia ressurgiu para combater os regimes autocráticos do Estado absolutista. Reconfigurada, a ideia de democracia vincula-se à possibilidade de o povo eleger seus representantes. Desse modo, a democracia antiga, pensada em Atenas, cuja principal característica era a participação direta de todos os cidadãos nas tomadas de decisão, dá lugar, no século XIX, à uma democracia de aspiração revolucionária, com grande manifestação no século XX.

Após ser o regime de governo escolhido pela maioria dos países, a proposta hegemônica ao final das duas guerras mundiais foi a democracia representativa, em que se elegem aqueles que irão governar em nome do povo, valendo-se de um procedimento eleitoral.

Para Joseph Schumpeter, o qual critica severamente as teorias clássicas da democracia², “categorias como bem comum, vontade popular/vontade da maioria, e outras tão caras a uma teoria substantiva da democracia, devem ser consideradas conceitos de baixa densidade semântica e deontológica”. (ALVES; LIMA, 2017, p. 8)

² Marcadas por pensadores como Rosseau, Fourier, Proudhon e Marx, elas pretendem aproximar a democracia do direito à igualdade por meio da participação dos cidadãos perante as escolhas públicas.

Dessa forma, a democracia para Schumpeter se resumia ao voto popular e a consequente escolha de representantes, uma vez que os cidadãos médios seriam incompetentes para os assuntos públicos, então reservados a uma elite política. Aqui a democracia é apenas um procedimento, numa perspectiva agregativa.

Interessante notar que mais de 20 séculos após a morte de Sócrates, um pensamento como o dele, ressalvado o recorte acerca do tema democracia e participação popular, veio a se repetir na contemporaneidade³.

Já no final do século XX, o modelo da democracia representativa passa a ser insuficiente principalmente pela distância crescente entre representantes e representados e por uma inclusão política abstrata resultando em uma exclusão social. Diante desse cenário, de baixa intensidade de representação e ampla desigualdade social, outros modelos assumem uma nova dinâmica, como acontece com a democracia participativa. Surgem grupos e comunidades que se empenham na redução de desigualdades e no fortalecimento da cidadania, intentando maior participação nas decisões políticas. A democracia não pode ser apenas um método de autorização de governos. Exige-se mais. Deve buscar formas de exercício coletivo do poder político, principalmente em países com ampla diversidade cultural, como o Brasil.

Nos últimos anos, portanto, vêm se discutindo uma democracia participativa, com o desenvolvimento de instrumentos eficazes que possibilitam uma maior participação popular nas decisões políticas a serem tomadas por seus representantes.

Em sentido mais moderno, visando emergir o aspecto substancial da democracia, incorpora-se na sua definição a afirmação dos direitos fundamentais do ser humano. “A democracia é, em certo sentido, o regime político natural dos direitos fundamentais, o único que proporciona as condições mínimas de realização da liberdade, da igualdade e da fraternidade” (MACHADO; VOLANTE; VIANA; 2016, p. 162).

Observa-se que a democracia não pode ser entendida em uma compreensão estática. Ela decorre de um processo dinâmico, ou, como prefere José Afonso da Silva (1998, p. 129), um conceito histórico, que envolve a sociedade,

³ Isso porque Sócrates acreditava que nem todo o cidadão tinha competência para manejar os assuntos da *Polis*. Ao contrário do que pensava Protágoras, para quem a política era uma virtude de todo cidadão.

evoluindo em suas garantias e direitos e assegurando uma maior participação popular

Nas escolhas do Estado, antes era satisfatório ver a democracia como a estrutura de participação popular na eleição de seus representantes, com eleições periódicas e pluralismo partidário. Atualmente, discute-se uma maior participação do povo nas decisões tomadas pelo Poder Público. No futuro, tampouco bastarão esses conceitos.

Desse modo, parece ser evidente a impossibilidade de apresentar uma definição unívoca para “democracia”. Como já dito, não é finalidade deste estudo descrever toda a história, teorias e críticas que envolvem a democracia, tampouco é resolver o problema da sua plurivocidade. Porém, é necessário identificar algumas de suas principais características, especialmente aquelas relacionadas com uma definição jurídica, muito embora a democracia tenha uma forte conotação política.

Um dos eixos institucionais do ideal democrático, ao lado da representação e da soberania do povo, é a arquitetura de uma Constituição, que, em um primeiro momento, tem por finalidade organizar os poderes do Estado e garantir o respeito da legalidade.

Desse modo, a Constituição é instrumento importante para se identificar alguns aspectos do regime democrático. Enfáticas as palavras de Paulo Bonavides (2015, p. 347-8): “Nas formas democráticas a Constituição é tudo: fundamento do direito, ergue-se perante a Sociedade e o Estado como o valor mais alto, porquanto de sua observância deriva o exercício permanente da autoridade legítima e consentida”. Por isso que o autor (BONAVIDES, 2015, p. 375 e seguinte) erige a democracia a um direito de quarta dimensão, deixando de ser tão-somente uma forma de governo para atingir o grau superlativo de princípio, de valor, de normatividade.

Assim, a democracia deve ser vista conforme a forma e a medida apontadas nos textos constitucionais. Nesse caso, com base nas lições de J. J. Gomes Canotilho (2014, p. 287 e seguintes), o princípio democrático é uma norma jurídica constitucional com dimensões materiais e procedimentais. Em termos substanciais, condiciona o domínio político à busca de determinados fins e à realização de certos valores e princípios. Sob o aspecto procedimental, a democracia vincula a legitimação do poder à observância de regras e processos.

Para se ter um Estado Democrático, não basta o texto constitucional trazer

as regras e procedimentos referentes à participação popular, seja para eleger seus representantes, seja para atuar de modo mais direto nas escolhas políticas. O conteúdo dos atos dos representantes também deve convergir com os desejos e necessidades do povo que o elegeu. Além de ser eleito segundo as regras constitucionalmente previstas, o representante tem de agir na persecução dos fins e valores exaltados no texto constitucional.

A partir da ruptura com a ditadura militar e o surgimento da Constituição de 1988, o conteúdo da “democracia” brasileira vai muito além de garantir a participação de todos no processo político. Inclui-se, no sistema democrático brasileiro, a promessa de inclusão social, visando a consolidar um Estado com claros objetivos de transformação social, com redução das desigualdades. A CF/88 acolheu o Estado Democrático de Direito como forma de constituição da República Federativa do Brasil (art. 1º), cujos objetivos fundamentais são construir uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (art. 3º). Essa dimensão moderna de Estado pressupõe um governo dos cidadãos (Estado Democrático) regido por uma constituição e pelo respeito às leis (Estado de Direito).

Nossa Constituição, portanto, concretizou o princípio democrático como uma norma jurídica constitucionalmente positivada. É possível apontar algumas características da dimensão material e procedimental da “democracia” brasileira a partir do texto constitucional de 1988. O poder político é limitado pelo direito que apresenta as regras procedimentais para as escolhas dos representantes do povo, estabelecendo a organização do governo, quem pode ser eleito, quem pode votar, os mandatos e competências dos eleitos. Também, o texto constitucional condiciona a legitimação do poder político à busca de determinados fins, valores e princípios.

Aliás, como indica Paulo Bonavides (2015, p. 374), a democracia participativa é a principal receita para a crise dos direitos sociais brasileira, uma vez que é a forma jurídica que mais se aproxima da democracia direta.

Nesse sentido, a Constituição de 1988 ampliou significativamente a influência de diversos atores sociais nas instituições políticas por meio de alguns arranjos participativos, como o art. 14 ao prever o plebiscito, o referendo e a iniciativa popular, o art. 58, §2º, inciso II, ao dispor sobre as Audiências Públicas. Na

sequência, os artigos 182 e 183, regulamentados pela Lei nº 10.257/2001 (Estatuto da Cidade) que disciplina o Orçamento Participativo, em seu art. 4º, inciso III, alínea 'f' e, por fim, os artigos 29, XII, 194, parágrafo único, inciso IV, art. 198, III, 204, II, 206, VI, 227, §1º, todos dispendo acerca dos Conselhos de Políticas Públicas em diversas áreas da sociedade. Todas as técnicas acima citadas são tidas como instrumentos de exercício da soberania popular, fortalecendo a democracia participativa

Dentre elas, o texto abordará os Conselhos de Políticas Públicas no âmbito de suas funções junto aos entes federados e as instituições democráticas e, em especial, os Conselhos dos Direitos da Criança e do Adolescente e os possíveis meios para a efetividade de suas deliberações junto ao poder executivo.

No contexto democrático brasileiro, vale destacar sua composição entre valores substantivos e procedimentos com o fito de efetivar a Democracia.

Assim, a Constituição Federal, assumiu o compromisso com pelo menos quatro valores substantivos democráticos: 1º) a participação popular em um contexto republicano; 2ª) a felicidade geral dos cidadãos, sob uma perspectiva utilitarista; 3ª) a existência de direitos mais importantes do que outros, denominados direitos fundamentais; 4º) o combate às desigualdades sociais.

Estes compromissos substantivos da democracia brasileira, podem ser efetivados por meio de procedimentos, sendo eles subdivididos em procedimento agregativos e deliberativos. Os procedimentos agregativos se resumem na técnica de eleitoral, a qual é a utilizada para converter vontades em mandatos. Já os procedimentos deliberativos se consubstanciam nas técnicas de participação popular direta na democracia, quais sejam, a iniciativa popular, o referendo, o plebiscito, Orçamento Participativo, Audiência Pública e os Conselhos de Políticas Públicas (ALVES, 2013), sendo este último procedimento o objeto de estudo deste trabalho, referindo-se mais especificamente aos Conselhos dos Direitos da Criança e Adolescente enquanto um procedimento deliberativo importante para concretizar o valor substantivo atinente a participação popular em um contextorepublicano.

1.1 A DEMOCRACIA PARTICIPATIVA

Não é de hoje que se pensa a democracia sob o prisma da Participação

Popular. Já no século XVI, Rousseau (2010) defendeu a importância da democracia participativa, inicialmente porque permite a participação do cidadão nas decisões de sua cidade e em um segundo momento, possibilita uma maior interação do indivíduo com os outros membros da sociedade e com as instituições de Estado, tendo como consequência a identificação psicológica do indivíduo para com a sociedade. Assim o cidadão sente-se legítimo a participar das discussões e tomadas de decisões.

No Brasil, a discussão acerca da implementação da democracia participativa é tida como “recente”, pois tem início da década de 1970 quando este país lutava por democracia em meio à ditadura militar.

Deve-se, entre outros organismos, aos movimentos sociais a luta pela redemocratização do país, com o abandono à exclusividade da Democracia representativa por meio do sufrágio.

Para legitimação destas lutas, buscou-se então incluir no texto constitucional a opção pela democracia direta, exercida por meio da participação popular, sendo certo que em um Estado Constitucional, dentre outras funções, uma Constituição tem por finalidade a organização deste Estado, definindo a sua forma, seu regime e sistema de governo dentro do território nacional. Foi este o pensamento expressado por Seabra Fagundes ao descrever que “A Constituição é, assim, a expressão primária e fundamental da vontade coletiva organizando-se juridicamente no Estado, que com ela principia a existir e segundo ela demanda seus fins” (1967, p.15).

Assim, por meio da atual Constituição, sabe-se que o Brasil está organizado na forma de Federação, tendo a democracia como regime de governo e a República como forma de governo, sendo ela liderada por seu chefe de Estado e Governo, o Presidente.

Dentre todas as características do Estado Brasileiro, a que interessa aqui é a democracia, não apenas como forma de governo, mas em termos materiais e formais, como tratados no primeiro capítulo.

No artigo intitulado “A Constituição Cidadã e a institucionalização dos espaços de participação social: avanços e desafios”, Enid Rocha (2008) realiza uma análise acerca da participação social ao longo da história política do Brasil, enfatizando que ela sempre existiu no Brasil, variando conforme os usos e costumes de cada época .

Sabe-se que nos primeiros anos após a Proclamação da República (15 de novembro de 1889), não houve muita interação entre o povo e o novo regime,

permanecendo como se ainda Império fosse, conforme relata José Murilo de Carvalho (1996).

Complementando tais observações, conclui-se que a não interação do povo também tem origem na manutenção do costume, pela Administração Pública, aos atos de Império (ALVES, 2013), impedindo assim a aproximação do povo como a nova forma e regime de governo.

A nova democracia brasileira é fruto de luta popular, distinguindo-se das modalidades existentes antes da Constituição de 1988⁴, pois passou a prever uma maior participação da sociedade na condução das políticas públicas. Fernando de Brito Alves (2013, p. 234), citando Elenaldo Celso Teixeira, concluiu que

Na assembleia Constituinte, acabou prevalecendo uma visão de Conselho de Política Pública como uma forma de participação popular que visava as “mudanças na gestão pública e na elaboração de políticas, tendo em vista sua democratização e transparência [...], como canal de relação entre Estado e sociedade, espeço de administração de conflitos”

Materializou-se, então, a opção do legislador constituinte originário pela coexistência entre a Democracia representativa e a direta por meio do parágrafo único do art. 1º da Constituição Federal⁵.

O texto constitucional segue prevendo os mecanismos de participação popular direta na democracia, conforme se vê pelo artigo 14, por exemplo, estabelece que “a soberania popular será exercida pelo sufrágio universal (...) e, nos termos da lei, mediante: I – plebiscito; II – referendo; III – iniciativa popular.

No capítulo sobre Seguridade Social, o artigo 194 estabelece: “Compete ao Poder Público, nos termos da lei, organizar a seguridade social, com base nos seguintes objetivos: caráter democrático e descentralizado da administração, mediante gestão quadripartite, com participação dos trabalhadores, dos empregadores, dos aposentados e do Governo nos órgãos colegiados” (inciso VII).

⁴ Insta mencionar que mesmo antes de 1988, já existiam mecanismos de participação popular não apenas pelo sufrágio, mas também no planejamento de políticas públicas, ainda que frágeis e incompletos. Faz-se menção à sanção da Lei nº 378/1937, pelo presidente Getúlio Vargas, dez meses antes de outorgar a Constituição de 1937, instituindo as Conferências Nacionais de Educação e de Saúde. Outrossim, a referida lei vigora até os dias atuais.

⁵ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...) Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

No artigo 198, inciso III: “as ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com a seguintes diretrizes: participação da comunidade.” Já na seção sobre Assistência Social, a qual tem como um de seus objetivos o amparo às crianças e adolescentes carentes (art. 203, II, da CF), encontra-se o artigo 204: “As ações governamentais na área de assistência social serão (...) organizadas com base nas seguintes diretrizes: participação da população, por meio de organizações representativas, na formulação de políticas e no controle das ações em todos os níveis” (inciso II).

Todo o texto constitucional está permeado pela participação popular, tendo a sociedade e o cidadão grande poder na gestão pública deliberando, inclusive, acerca da formulação e execução de políticas públicas.

Isso porque a hegemonia neoliberal das décadas de 80 e 90 do século passado, deterioraram as condições de trabalho, gerando ainda mais exclusão social daqueles que foram atingidos por este processo. Com isso, o Estado teve de intervir a fim de reparar as desigualdades geradas por este modelo econômico e seus consectários. Essa intervenção se deu por meio de políticas públicas ocorridas no final dos anos 1990, início dos anos 2000, baseando-se na prestação de assistência material e incentivo à participação popular por meio da elevação da autoestima, fomentando o sentimento de cidadania junto aos atingidos pelas políticas públicas de reequilíbrio social. Para Mercedes Oraison, pesquisadora da Universidad Nacional del Nordeste, na Argentina,

Se observa un pasaje de lo social a lo comunitario, los procesos de construcción de ciudadanía se vinculan, así, con la transferencia de herramientas propiciadoras de prácticas sociales, productivas y culturales que permitan el crecimiento y desarrollo de las organizaciones y los grupos, a fin de afianzar capacidades y competencias personales y socio-comunitarias, sin hacer referencia a las causas más estructurales que ocasionan la pobreza y la exclusión. (2015, p. 73)

O efeito da promoção de cidadania por meio de políticas públicas que garantam assistência material e ao mesmo tempo a criação de identificação entre o cidadão, sua comunidade e o Estado, é a retomada do poder pelo povo, utilizando-se de mecanismos de participação popular, fomentando assim a Democracia participativa, sendo ela, no entender de Paulo Bonavides

o único modelo capaz de pôr cobro ao ludíbrio do poder popular, sempre objeto das alienações e descumprimento de sua vontade que, ocupando e dominando as Casas representativas, posto que derivadas daquela, invariavelmente o tem negado, destroçado ou atraído. (2001, p. 25)

nesse contexto, os conselhos de políticas públicas, os quais terão um capítulo exclusivo neste trabalho, têm posição de destaque na implementação da participação popular na democracia, pois , como explica Mercedes Oraison

Este tipo de participación aparece claramente em el desarrollo de las políticas sociales caracterizadas por incorporar como parte de su ejecución metodologías con uno o más componentes participativos (talleres, foros, consejos, etc.). (...) La reproducción de estas condiciones materiales de vida se asegura mediante la participación de los sujetos en un sistema de intercambio, de cooperación, ayuda mutua y de redes clientelares. (2015, p. 73)

Contudo, para Bonavides, a democracia participativa encontra obstáculos para o seu desenvolvimento em virtude da atuação da mídia e da classe dominante, as quais impedem que o exercício do poder se dê pelo povo. Para ele:

Obviamente, não há democracia sem povo. Tampouco haverá povo enquanto perdurar o “facismo social” dos meios de comunicação, enquanto estiverem estes debaixo da tutela da elite governante, enquanto não se purificarem as águas do poder, enquanto os donatários das capitâneas da recolonização formarem, com força do seu patronato, a suposta opinião pública (2001, p. 48).

Partilha deste pensamento de Daniel Innerarity com especial preocupação quanto ao distanciamento da população em relação à Política, podendo ela se “converter em algo prescindível”

Diz ainda que “com essa ameaça (de que a política se torne algo imprescindível) estou me referindo a poderes bem concretos que tentam neutralizá-la, como a economia ou a midiática, que procuram colonizar o espaço público” (INNERARITY, 2017, p. 23).

As consequências da criação e manutenção de mecanismos, que mantêm o distanciamento da população em relação aos assuntos do governo, pode gerar o fim do Estado, como já alertou Rousseau no século XVIII:

Numa cidade bem dirigida todos frequentam as assembleias; com um mau governo, ninguém se interessa pelo que lá se delibere, pois todos estão convencidos que nunca a vontade geral prevalecerá e também porque as preocupações domésticas ocupam todo o tempo. As boas leis criam outras melhores; as más conduzem às piores. E logo que alguém diz: Que me importa?, ao referir-se às questões do Estado, o Estado está perdido (2010, p. 110).

Para evitar o fim do Estado, o fomento do interesse de todos os cidadãos pela política, seria então o resultado de um bom governo, onde “(...) libertando-se da opressão, se alcança um sistema democrático em que todos participam da tomada de decisões” (BUHLUNGU, 2003, p. 157)

Sabe-se ainda que com o surgimento e aumento das mídias sociais alternativas aos meios de comunicação tradicionais, o povo parece estar retomando as rédeas de sua função e poder perante a democracia brasileira.

Como exemplo disso, menciona-se a greve dos caminhoneiros ocorrida em diversos pontos do Brasil em meados do mês maio do presente ano, mobilizada, principalmente pelo aplicativo de mensagens instantâneas denominado *Whatsapp*, mudando a lógica da comunicação tradicional e fazendo com que o governo tivesse de ouvir as reivindicações dessa classe de trabalhadores.⁶

1.2 O AGIR COMUNICATIVO COMO ALTERNATIVA À DEMOCRACIA BRASILEIRA

No contexto do Estado de Direito brasileiro, existem direitos mais importantes que outros. São eles denominados de direitos fundamentais. Contudo, a Democracia enquanto vontade da maioria e os direitos fundamentais nem sempre foram conceitos que poderiam coexistir, pois a efetivação de um direito fundamental, seja ele de primeira, segunda ou terceira dimensão, por vezes é contrária à vontade da maioria. Acerca da aproximação entre democracia e direitos fundamentais, assim explica Fernando de Brito Alves

Embora alguns doutrinadores afirmem categoricamente que não exista divergência quanto à classificação da democracia como direito fundamental, entendemos que o processo de aproximação da democracia e dos direitos fundamentais se inicia na modernidade liberal, e ainda permanece inconcluso. Isso porque o discurso dos

⁶ Matéria disponível em <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-44325458>, acessado em 15/06/2018.

direitos fundamentais, historicamente, é invocado como justificativa político-jurídica de limitação do poder absoluto do Estado moderno, e, na política, tem como principal consequência a preferência recorrente do constitucionalismo clássico pelos regimes parlamentaristas, de índole oligárquica. (2013, p. 35-6)

O autor (ALVES, 2013, p. 107) retoma a explicação acerca do inicial distanciamento entre democracia e direitos fundamentais, afirmando que o parlamentarismo tem origem oligárquica, o qual associa o direito de participação às posses, distanciando assim o poder político e o povo, pois quem não tinha posses não poderia participar da democracia.

É certo que a pós-modernidade traz consigo problemas na concretização dos direitos outorgados pelos Estados Soberanos, refletindo em uma crise de legitimidade na produção normativa e na aplicação da justiça. Além disso, muitas das sociedades contemporâneas revelam profundas desigualdades sociais, demonstrando a inabilidade do Estado em por fim às mazelas sociais ou o seu desinteresse em que elas deixem de existir, permitindo que o capital passe a comandar e gerar ainda mais desigualdades. Sob uma perspectiva pessimista, estar-se-ia diante de um problema insuperável.

Contudo, pensando a democracia e as estruturas sociais na pós-modernidade, Habermas⁷ desenvolveu um projeto de construção de um espaço público, no qual está assegurada a democracia, por meio de uma participação imparcial, longe de coação, coerção e qualquer influência externa. A princípio, por meio da obra *Teoria da Ação Comunicativa* (1987), Habermas pensou o agir para o campo da ética, conforme exposto em seu livro *Consciência moral e agir comunicativo* (HABERMAS, 1989). Anos mais tarde, Habermas repensou tal teoria para o Direito, conforme se vê na obra *Direito e Democracia: entre facticidade e validade* (1997).

Seu modelo discursivo abarca tanto as concepções individuais, como os valores compartilhados por identidades coletivas. Assim, defende que a autonomia privada não pode se sobrepor à pública e vice-versa, eis que não são rivais, não havendo como optar por uma em detrimento da outra. Ou seja, para Habermas, elas devem coexistir.

⁷ O presente trabalho não tem como objetivo se aprofundar na teoria desenvolvida por Jürgen Habermas, mas entende ser importante a sua apresentação, ainda que breve, para demonstrar a necessidade da construção e manutenção de um espaço público para a discussão democrática.

Contudo, sabe-se que a realidade ainda não contempla tal coexistência harmônica, sendo para ele, um dos desafios da democracia contemporânea, solucionar a tensão entre a necessidade de igual tratamento para todos e a proteção das identidades culturais.

Portanto, a forma de resolução, para Habermas, seria submeter as questões relevantes a um dilatado debate público, por meio de regras procedimentais que permitem uma ampla argumentação, levando ao encontro de um consenso quanto à instituição de um direito legítimo.

A compreensão discursiva do sistema dos direitos conduz o olhar para dois lados: de um lado, a carga de legitimação dos cidadãos desloca-se para os procedimentos de formação discursiva da opinião e da vontade, institucionalizados juridicamente; de outro lado, a juridificação da liberdade comunicativa significa também que o direito é levado a explorar fontes de legitimação das quais ele não pode dispor (HABERMAS, 1997, v. I, p. 168).

Com sua teoria discursiva do direito, Habermas supera um dos grandes desafios da democracia contemporânea: a conjugação da autonomia privada com a pública, reconstruindo a relação do direito legítimo com o poder político, por meio de uma relação interna entre direitos fundamentais e democracia.

Nota-se a grande preocupação de Habermas com a manutenção e existência de um espaço público para debate e deliberação. Nesse sentido, Canotilho expressa que:

A existência de um espaço político público “desconfiado, móvel, vigilante e bem informado” que dinamize iniciativas populares, introduza alternativas nas escolhas políticas, domestique o poder dos media, imponha justificações rigorosas aos actos políticos, defenda o espaço dos cidadãos perante os privilégios neocorporativos, é hoje um controlo insubstituível nos estados constitucionais. (2003, p. 1.455)

Trata-se de requisito de legitimidade dos Estados Constitucionais modernos, nos quais as decisões políticas exigem a participação da sociedade.

Destacando-se, ainda, a importância da existência e manutenção do espaço público como forma de se evitar o retorno do totalitarismo, necessário colacionar o pensamento de Hannah Arendt acerca do tema na visão de Nerione Nunes Cardoso Júnior (2014, p. 49-50) na obra “*Hannah Arendt e o declínio da esfera pública*”, pelo

que:

A partir de sua reflexão sobre as cidades-estados da Antiguidade, mormente Atenas e Roma, Hannah Arendt construiu o seu conceito de esfera pública. A esfera pública arendtiana é o *locus* da política. O ambiente físico de reunião dos cidadãos é potencialmente um espaço público, mas só se transforma em esfera política na medida em que seja construído como um espaço definido e duradouro (transgeracional) para ação coletiva interativa organizada em torno dos negócios públicos. (...) a principal característica da esfera pública é a *aparência*, um palco dotado de audiência ampliada, onde os cidadãos podem agir (atores) e assistir (espectadores) em conjunto, ação caracterizada pela capacidade de se iniciar novas coisas (natalidade) e modificar o mundo (2014, p. 49-50)

Porém, há que se mencionar que o debate público está sendo enfraquecido em razão do desaparecimento dos espaços públicos para discussão democrática. Assim alerta Bauman (1999, p. 30-1):

Algumas coisas, porém, estão fadadas a sair vitoriosas, seja qual for a estratégia escolhida: a nova fragmentação do espaço da cidade, o encolhimento e desaparecimento do espaço público, a desintegração da comunidade urbana, a separação e a segregação — e, acima de tudo, a extraterritorialidade da nova elite e a territorialidade forçada do resto .

Já Norberto Bobbio conclui que os espaços para o exercício da democracia direta foram reduzidos. A democracia dos modernos é a representativa ou, em suas palavras (2000a, p. 374), “[...] a democracia de hoje é uma democracia representativa às vezes complementada por formas de participação popular direta.” Daí a corrente a associação entre democracia e eleição.

Em contraposição ao agir comunicativo, encontra-se o agir estratégico. Como visto acima, numa visão habermasiana, apenas haverá uma verdadeira democracia quando houver legitimidade do direito, que pressupõe garantia das liberdades subjetivas conjugada com a ativa participação dos cidadãos por meio do agir comunicativo.

Em outras palavras, numa sociedade verdadeiramente democrática deverá haver liberdade de discurso com garantia de direitos fundamentais. Contudo, para ingressar em um debate visando a deliberação acerca de valores que preponderarão em uma sociedade, falante e ouvinte devem manejar uma ação cooperativa, visando o consenso. Para Marcos César Botelho (2008, p. 106), citando Habermas:

Com a proposta de agir comunicativo, formulada mediante a sua pragmática formal, Habermas assevera a primazia do agir comunicativo sobre o agir estratégico, entendendo que o uso da linguagem voltada ao entendimento se constitui no modo originário de emprego da linguagem (2008, p. 106).

Assim, um debate por meio do agir estratégico em nada contribui para a melhora da deliberação na esfera pública, desestimulando o ingresso da população no debate e sua conseqüente contribuição para a Democracia.

[...] por que a teoria do agir comunicativo concede um valor posicional central à categoria do direito e por que ela mesma forma, por seu turno, um contexto apropriado para uma teoria do direito apoiada no princípio do discurso [...] Nesta medida, a linguagem do direito pode funcionar como um transformador na circulação da comunicação entre sistema e mundo da vida, o que não é o caso da comunicação moral, limitada à esfera do mundo da vida (HABERMAS, 1997, v. 1, p. 24 e 112).

Apresentados brevemente alguns pontos acerca da teoria habermasiana do discurso, entende-se que ela pode ser vista como uma alternativa à Democracia essencialmente representativa e também ao caso brasileiro, uma vez que busca o fortalecimento dos espaços públicos para deliberação consciente e a conseqüente chegada ao consenso democrático. Esse processo dá legitimidade aos Estados modernos e ao regime de governo democrático, uma vez que:

[...] o princípio do discurso, com a roupagem do Direito, tornar-se-á o princípio fundamental da própria democracia, na medida em que a legitimidade das normas legais somente pode ser alcançada através de processos de validação discursiva (MESQUITA, 2012, p. 42).

Portanto, a implementação desta teoria, respeitadas as diferenças entre o seu país de origem e o Brasil, poderia ser utilizada como alternativa à democracia brasileira, tendo por base ou local de aplicação as diversas técnicas de participação popular, constitucionalmente previstas. Defende-se aqui a sua aplicação em específico junto aos Conselhos de Políticas Públicas como espaço para de consulta e deliberação pela sociedade civil (parte da composição dos conselhos) acerca de políticas públicas.

1.3 A ATUAÇÃO DOS CONSELHOS E SEU REFLEXO NA DEMOCRACIA

A participação popular por meio dos conselhos de políticas públicas gerou o rompimento do dualismo entre os instrumentos de ação política participação/representação, permitindo um tipo de representação que se difere da representação eleitoral, havendo, por um lado, uma maior dificuldade na prestação de contas e na sanção dos representantes. É o que ressaltam Julian Borba e Ligia Helena Hahn Lüchmann (2012, p. 105-6) ao afirmarem que:

Assim, diferente do padrão de representação eleitoral, o modelo conselhistas não obedece aos pressupostos de uma contabilidade individual e universal, bem como do territorial (Avritzer, 2007), apresentando fragilidades quanto aos mecanismos de garantia das exigências democráticas mínimas de responsabilidade, prestação de contas e sanção (Lavalle; Houtzager; Castella, 2006a).

De outro lado, a participação junto aos Conselhos de Políticas Públicas gera um empoderamento dos indivíduos e conseqüentemente da sociedade que passa a ocupar os espaços públicos para discussão e deliberação acerca das políticas públicas. Ainda segundo Julian Borba e Ligia Helena Hahn Lüchmann:

Uma característica central dos conselhos é, portanto, a representação da sociedade civil, que passa a ocupar esses espaços em função de uma legitimidade construída, no caso brasileiro, durante os anos 1980 a 1990, quando o país testemunhou a emergência de movimentos sociais, ONGs e outras formas associativas pautadas na ênfase ao voluntariado, na solidariedade, na defesa dos excluídos e de causas públicas, desvinculadas da obtenção de lucros (“privadas, porém públicas”) (2012, p. 106).

Neste aspecto é importante mencionar que o número de Conselhos dos Direitos da Criança e Adolescente vem aumentando desde a sua implantação por meio do Estatuto da Criança e do Adolescente e da Lei nº 8.242/91, como se pode observar abaixo no quadro demonstrativo da rede de conselhos do Brasil:

Tabela 01 – Rede de Conselhos dos Direitos da Criança e do Adolescente pelo Brasil

UF	N° cidades	CMDCA	CT*	Sem CMDCA	% de cidades sem CMDCA	Sem CT ⁸	% de cidades sem CT
AC	22	16	15	6	27,3	7	31,8
AL	102	91	90	11	10,8	12	11,8
AM	62	33	30	29	46,8	32	51,6
AP	16	13	13	3	18,8	3	18,8
BA	417	214	49	203	48,7	368	88,2
CE	184	183	176	1	0,5	8	4,3
DF	1	0	10	-	-	-	-
ES	78	78	78	0	0,0	0	0,0
GO	246	197	175	49	19,9	71	28,9
MA	217	139	92	78	35,9	125	57,6
MG	853	529	443	324	38,0	410	48,1
MS	78	77	75	1	1,3	3	3,8
MT	139	125	123	14	10,1	16	11,5
PA	143	119	66	24	16,8	77	53,8
PB	223	83	65	140	62,8	158	70,9
PE	191	120	95	71	37,2	96	50,3
PI	222	126	108	96	43,2	114	51,4
PR	399	395	400	4	1,0	-	-
RJ	108	92	99	16	14,8	9	8,3
RN	167	117	70	50	29,9	97	58,1
RO	52	50	47	2	3,8	5	9,6
RR	15	15	6	0	0,0	9	60,0
RS	497	424	413	73	14,7	84	16,9
SC	293	293	288	0	0,0	5	1,7
SE	75	75	81	0	0,0	-	-
SP	645	643	563	2	0,3	82	12,7
TO	139	116	65	23	16,5	74	53,2
Total	5.584	4.363	3.735	1.220	21,8%	1.865	33,4%

Fonte: SIPIA Módulo IV.

Nota-se que todo estado da federação possui Conselhos dos Direitos da Criança e do Adolescente, com a exceção do Distrito Federal, havendo destaque

⁸ Os dados relativos aos Conselhos Tutelares refletem o número de Conselhos existentes e não o número de cidades que possuem conselhos, uma vez que alguns municípios possuem mais de um Conselho.

positivo para os Estado do Espírito Santo, Santa Catarina e Sergipe, onde todas as cidades possuem Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente e negativo para os estados da Paraíba, Ceará e Amazonas, os quais possuem um grande percentual de cidades onde ainda não foi implementado o Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente.

Contudo, o quadro acima não é capaz de demonstrar se houve ou não um aumento da participação popular. Ou seja, embora se tenha constatado um aumento no número destes conselhos de políticas públicas pelo Brasil, não foi possível realizar uma correlação com o aumento da participação popular pelos indivíduos daquelas localidades.⁹

Ainda assim é muito importante destacar que a participação dos indivíduos nos Conselhos gera impactos em distintas esferas da vida social, desde a individual até a macrossocial, como explicam Maria Elisabeth Kleba e Lenita Pereira Wendhausen (2012, p. 53):

No plano individual, estão presentes microfatores a exemplo da autoconfiança e da autoestima; na mesosfera social, são encontradas estruturas de mediação nas quais os membros de um coletivo compartilham conhecimentos e ampliam a sua consciência crítica; e, no nível macro, há estruturas sociais como o estado e a macroeconomia.

Diversas são as teorias acerca da democracia, contudo, como dito no segundo capítulo deste trabalho, é necessário encontrar uma teoria adequada a países de democracia tardia, como é o caso do Brasil¹⁰. A participação popular, por meio das técnicas elencadas neste capítulo, é uma forma de aumento da Soberania Popular e conseqüente fortalecimento da Democracia, como defende Paulo Bonavides (2000, p. 358):

⁹ Existem medições acerca da participação, mas de forma muito localizada impossibilitando assim uma projeção a nível de Brasil, a exemplo do trabalho organizado pelas professoras Âgueda Lenita Pereira Wendhausen e Maria Elisabeth Kleba no livro intitulado “Conselhos Gestores e Empoderamento: vivências e potências da participação social na gestão pública.” (2012).

¹⁰ “Por isso, uma teoria de democracia adequada à modernidade tardia seria uma espécie de pluralismo igualitarista (ao modo da “democracia radical” de Chantal Mouffe) reformulado, que (1) parte do igualitarismo liberal (igualdade de recursos); (2) considera que as escolhas (inclusive os valores de justiça) são feitas por indivíduos concretos, de acordo com a subjetividade histórica específica; (3) que não existe desigualdade justa, já que se a igualdade puder ser considerada um valor, o seu contrário é, na verdade, um desvalor (e por isso não pode ser justo); (4) não é, contudo, o igualitarismo socialista, tendo em vista que, por conta do contexto específico da periferia, o Estado não pode desocupar o papel de articulador dos contextos de democracia, ao lado dos movimentos sociais, entre outros.” (ALVES, , 2013. p. 126).

A medida que cresce a participação popular no exercício do poder, ou os fins da atividade estatal se dirigem de preferência para o atendimento dos clamores de melhoria e reforma social, erguidos pelas classes mais impacientes da sociedade, cresce concomitantemente o prestígio do partido, e se firma no consenso geral a convicção de que ele é imprescindível à democracia em seu estado atual, e com ela se identifica quanto a tarefas, fins e propósitos almejados.

A organização da sociedade e sua participação nos conselhos de políticas públicas são, sem dúvida, uma porta que se abre para a construção da democracia participativa e também do fortalecimento dos entes federados, em especial dos municípios, de sua estrutura social e da exigência da implantação/implementação de políticas sociais básicas, que não se constitua em esmola ou benesse política, mas em direito do cidadão.

1.4 OS CONSELHOS DE POLÍTICAS PÚBLICAS COMO FORMA DE PARTICIPAÇÃO POPULAR NA DEMOCRACIA BRASILEIRA

No Brasil, a Democracia é uma reconquista recente. Há pouco mais de trinta anos se iniciava o processo de redemocratização do país que, por meio de eleição indireta, elegeu seu primeiro presidente civil após a ditadura. Naquele instante, a democracia era limitada a poder eleger seus representantes pelo voto, distanciando o significado de democracia como “governo do povo” pelo que “o termo democracia começa a ser utilizado de forma adjetiva, como definidor do regime político, isto é, dos mecanismos de exercício do poder e não da forma de governo” (GONZÁLEZ, 2012, p. 19). Portanto, temos aqui a democracia como governo eleito pelo povo.

Contudo, democracia não se limita a um regime de governo que ocorre por meio de um procedimento legitimador da tomada de decisões administrativas e políticas, mas também deve ser tida como a dimensão na qual os direitos fundamentais podem existir, em virtude de que Fernando de Brito Alves (2013, p. 117) diz que ela “se constitui como próprio pressuposto de fundamentalidade (...) dos direitos fundamentais” .

Ademais, a Democracia é considerada um direito fundamental, consistindo no direito à participação, não apenas limitada ao voto, mas uma participação plena e efetiva nos assuntos de sua comunidade local e nacional por ocasião da previsão contida no parágrafo único do art. 1º da CF/88, a qual, em complementação ao *caput*

do referido artigo, dispõe que a democracia brasileira é exercida pelos representantes eleitos pelo povo e, ao mesmo tempo, diretamente,. Assim, logo nas primeiras linhas do texto constitucional, sabe-se que a democracia brasileira é um misto entre a representativa e a participativa o que proporciona "a ampliação do controle da sociedade sobre o Estado e a democratização das decisões levaria a uma maior responsabilidade dos organismos oficiais aos interesses sociais e uma diminuição do poder invisível na tomada de decisões" (BOBBIO, 1989, p. 9).

Contudo, por vezes é instigante pensar em como viabilizar o encontro e a coexistência de formas tão distintas de exercer a democracia. Neste ponto alerta Daniel Innerarity (2017, p. 213) que:

Da crise política que estamos atravessando não sei se com mais participação social cidadã nem com menos, e sim melhorando a interação entre ambos os níveis da construção democrática. Há muitos assuntos que têm de ser resolvidos pelo sistema político e para os quais este dispõe de uma confiança cidadã delegada. As funções que os representantes devem exercer não podem ser subcontratadas, nem mesmo no povo .

Por isso é tão necessário encontrar uma teoria adequada para a democracia em países como o Brasil, ou seja, de modernidade tardia, no qual a participação popular, enquanto forma direta de exercer a democracia, precisa ser implementada e incentivada por meio das instituições democráticas, destituindo a visão do homem comum de que a participação nos assuntos da *polis* é apenas para os políticos profissionais.

O intento de uma democracia deliberativa e participativa se contrapondo a de uma democracia formal é trazido pela Constituição Federal de 1988, que segundo Aline Amorim Melgaço Guimarães (2008, p. 55):

O texto da constituição de 1988 pode ser visto como propulsor de uma maior participação política da sociedade no processo de tomada de decisões, contribuindo assim para um primeiro passo em direção ao estabelecimento de uma democracia deliberativa e participativa no país.

Dentre as técnicas de participação popular existentes (Orçamento Participativo, Conselhos de Políticas Públicas, Audiências Públicas, Iniciativa Popular, Plebiscito e Referendo), em razão do assunto aqui tratado, delimita-se à

análise da participação popular por meio dos Conselhos de Políticas Públicas, sendo este espaço destinado à participação quanto a deliberação, controle e gestão das políticas públicas no Brasil.

Segundo Maria da Glória Gohn (2011, p. 7), os Conselhos de Políticas Públicas são “canais de participação que articulam representantes da população e membros do poder público estatal em práticas que dizem respeito à gestão de bens públicos” e têm função diferente dos conselhos comunitários populares e ainda dos novos fóruns civis não governamentais, uma vez que a composição dos conselhos (parte de representantes do poder público e parte de representantes da sociedade civil organizada) e “se efetivamente representativos, poderão imprimir um novo formato às políticas públicas sociais, pois se relacionam ao processo de formação das políticas e tomada de decisões” (GOHN, 2011, p. 89-92).

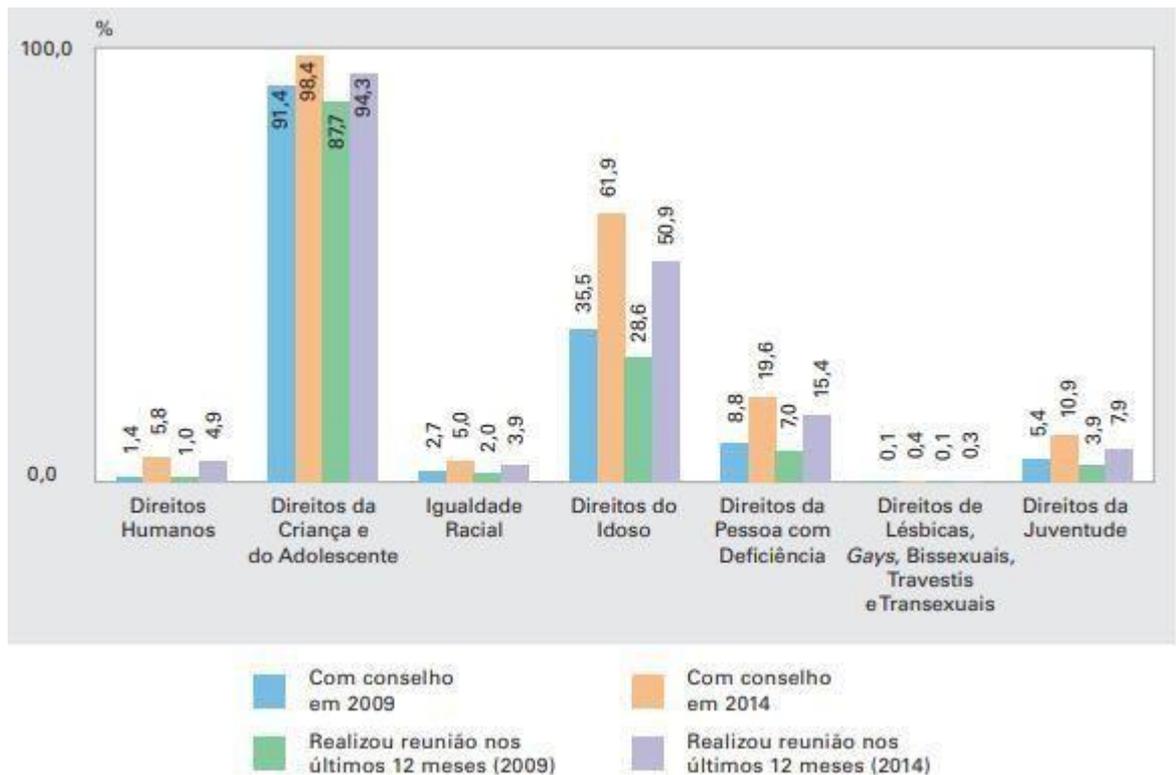
Isso porque, para realizar os direitos sociais, o Estado Social deve fazê-lo por meio de políticas públicas, assim conceituadas por Maria das Graças Rua (2014, p. 17): “(...) é possível sustentarmos que as políticas públicas (*policy*) são uma das resultantes da atividade política (*politics*): compreendem o conjunto das decisões e ações relativas à alocação imperativa de valores envolvendo bens públicos”. Complementando a citação, é possível afirmar que políticas públicas são formas de realização e efetivação de direitos sociais.

Assim, a participação nos conselhos de políticas públicas permite que o cidadão faça parte das etapas do ciclo das políticas públicas, quais sejam: (1) montagem da agenda; (2) formulação da política; (3) tomada de decisão; (4) implementação e (5) avaliação.

Com a redemocratização do Brasil, iniciou-se um momento favorável à participação popular, além dos instrumentos da democracia semidireta – plebiscitos, referendos e iniciativa popular – inscritos no art. 14 da Carta Magna de 1988, foram previstas no texto constitucional outras possibilidades de participação direta que indicaram que a gestão administrativa das políticas públicas deveria ter caráter democrático e descentralizado, o que aumentou a possibilidade de participação da sociedade civil na gestão pública.

A partir da normativa constitucional, foram criados e instalados conselhos relativos aos mais diversos tipos de políticas públicas, tendo eles função consultiva e deliberativa. A tabela abaixo tem por finalidade expor os dados relativos à existência dos diferentes conselhos nos 5.506 municípios brasileiros. Veja-se:

Tabela 02 – Proporção de municípios com conselhos municipais de Direitos Humanos, conselhos temáticos e que se reuniram nos últimos 12 meses - Brasil - 2009/2014



Fonte: IBGE. Diretoria de Pesquisas. Coordenação de População e Indicadores sociais, Pesquisa de Informações Básicas Municipais. 2009/2014.

O gráfico acima é proveniente de pesquisa anual realizada pelo IBGE, intitulada “Perfil dos Estados e dos Municípios Brasileiros 2014”, que no referido ano teve como um de seus focos os Conselhos de Políticas Públicas nos Estados e Municípios da Federação.

Acerca dos Conselhos dos Direitos da Criança e Adolescente, a Lei n. 8.069/90) os instituiu, assim como o fez com os Conselhos Tutelares, que embora tratem do mesmo sujeito (Crianças e Adolescentes), possuem atribuições diferentes: o Conselho Municipal de Direitos da Criança e do Adolescente é responsável pela elaboração e controle das políticas municipais de atenção à criança e ao adolescente, enquanto o Conselho Tutelar protege e defende o cumprimento desses direitos. Como visto na Tabela 02, a presença de Conselhos de Direitos da Criança e

do Adolescente nos municípios cresceu entre 2009 e 2014: de 91,4% para 98,4%.

Da mesma forma, poucos municípios não têm conselho tutelar. Eram 92 municípios, em 2009, passando a 25 municípios sem esse tipo de conselho em 2014. A maioria dos 25 municípios sem conselho tutelar tinha até 20 000 habitantes e se concentrava nos Estados do Maranhão e Minas Gerais. Considerando-se as Unidades da Federação, os conselhos estaduais mais recorrentes, em 2014, são os Conselhos de Direitos da Criança e do Adolescente, ausentes apenas no Estado do Amazonas; os Conselhos de Direitos do Idoso; e os Conselhos de Direitos da Pessoa com Deficiência, existentes na totalidade das Unidades da Federação. Outros conselhos são menos presentes, como o Conselho de Direitos de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais, existente em somente 12 Unidades da Federação. Esse tipo de conselho foi também o que teve menor proporção de reuniões nos 12 meses que antecederam a pesquisa, ocorridas apenas nos Estados de Roraima, Paraíba, Rio de Janeiro, São Paulo, Goiás, Mato Grosso do Sul e Rio Grande do Sul (IBGE, 2015).

Esses dados demonstram que, embora por vezes os Conselhos de Políticas Públicas sejam meramente simbólicos dentro da estrutura do Poder Executivo dos Estados e Municípios, eles são uma realidade que representa uma mudança na forma de se fazer política neste país. Isto porque, escolhendo prever os Conselhos de Políticas Públicas e outras técnicas de participação popular no texto constitucional, o legislador constituinte originário decidiu por dividir com a população as decisões públicas, deixando de lado o modelo antigo, onde a Administração Pública a comandar como se fazia na época do Império, simplesmente ordenando, sem antes ouvir a população.

Assim, o constituinte elegeu com toda a certeza a Democracia como caminho para se governar e efetivar direitos no Brasil, tratando de perpetrar em todo o texto constitucional comandos que refletissem essa escolha.

Como se sabe, o presente trabalho se utiliza dos Conselhos dos Direitos da Criança e do Adolescente para a investigação de sua pergunta de pesquisa, pelo que o próximo capítulo se dedicará aos Conselhos dos Direitos da Criança e Adolescente.

1.5 COMPOSIÇÃO DOS CONSELHOS DE POLÍTICAS PÚBLICAS

Os Conselhos de Políticas Públicas brasileiros possuem composição

híbrida, o que significa a paridade entre entes da Administração Pública e da Sociedade Civil Organizada, com a finalidade de se honrar o princípio da isonomia, bem como cumprir os preceitos da Democracia. Visando atender a essa finalidade, os membros governamentais são nomeados pelo Chefe do Executivo e os não governamentais são indicados por pessoas jurídicas ou por entidades representativas.

O quadro abaixo, elaborado por Célio Vanderlei Moraes (1999) em um importante trabalho sobre os Conselhos de Políticas Públicas publicado na Revista de Ciências Humanas da Universidade Federal de Santa Catarina, demonstra como cada conselho gestor é composto e a fundamentação infraconstitucional para sua criação e autorização de gestão.

Tabela 03 - Composição dos Conselhos de Gestão de Políticas Públicas

Conselho	Segmentos	Fundamentação
Saúde	Governo Prestadores de Serviços Profissionais de Saúde Usuários	Lei n. 8.142, de 28/12/90 art. 1, § 2º
Direitos da Criança e do Adolescente	Órgãos Governamentais (1/2) Organizações Não Governamentais (1/2)	Lei n. 8.069, de 13/7/90 art. 86 e 88, II.
Assistência Social	Órgãos Governamentais (1/2) Organizações Não Governamentais (1/2), sendo subdivididos em: Trabalhadores (1/6), Usuários (1/6) e Prestadores de Serviços (1/6)	Lei n. 8.742, de 7/12/93, art. 17, §2º
Trabalho e Emprego	Governo (1/3), Trabalhadores (1/3) e Empregadores (1/3)	Lei n. 7.998, de 11/1/98, art. 18 e

		Resolução CODEFAT 114, de 1/8/96
--	--	--

Fonte: MORAES (1999).

A uniformidade dos membros dos conselhos deve ocorrer não apenas na parte formal (quantidade numérica de representantes do Poder Executivo e da Sociedade Civil), mas também na parte substancial, pelo que seus membros devem possuir ciência do papel a ser desenvolvido junto ao respectivo conselho. Para o Conselho de Política Pública ser efetivo enquanto instância de poder pelos cidadãos, há que se conhecer sua estrutura e saber qual a sua função perante a democracia. Nesse sentido, afirma Maria da Glória Gohn (2011, p. 96):

Em relação à paridade, ela não é uma questão apenas numérica, mas de condições de uma certa igualdade no acesso à informação, disponibilidade de tempo, etc. A disparidade de condições para a participação em um conselho de membros advindos do governo daqueles advindos da sociedade civil é grande. Os primeiros trabalham em atividades dos conselhos durante seu período de expediente em trabalho normal remunerado, têm acesso aos dados e informações, têm infraestrutura de suporte administrativo, estão habituados com a linguagem tecnocrática, etc .

Ou seja, eles têm o que os representantes da sociedade civil não têm (pela lei, os conselheiros municipais não são remunerados nem contam com estrutura administrativa própria). Faltam cursos ou capacitação aos conselheiros de forma que a participação seja qualificada em termos, por exemplo, da elaboração e gestão das políticas públicas; não há parâmetros que fortaleçam a interlocução entre os representantes da sociedade civil com os representantes do governo.

É preciso entender o espaço da política para que se possa fiscalizar e também propor políticas; é preciso capacitação ampla que possibilite a todos os membros do conselho uma visão geral da política e da administração. Usualmente eles atuam em porções fragmentadas, que não se articulam (em suas estruturas) sequer com outras áreas ou conselhos da administração pública (2003, p. 96).

Acerca da composição dos conselhos, o gráfico abaixo demonstra de a qual segmento da sociedade eles predominantemente pertencem. Veja-se:

Tabela 04 – Como se tornou conselheiro? (por seguimento %)

	Segmento que representa				
	Governo	ONG	Prestador de Serviço	Profissional	Total
Indicado por membro da entidade que representa	31,3%	66,7%	48,0%	56,5%	48,9%
Eleito pelos membros da entidade que representa	2,1%	25,6%	32,0%	39,1	20,7%
Indicada pelo governo	64,6%	0,0%	0,0%	0,0%	23,0%
Outro	2,1%	7,7%	20,0%	4,3%	7,4%
Total	100,0%	100,0%	100,0%	100,0%	100%

Fonte: WENDHAUSEN, KLEBA, 2007

Percebe-se que a maioria dos conselheiros (48,9%) foi indicada pela entidade que representa, ou seja, há um número menor de conselheiros eleitos pela entidade que representa (20,7%) e pelo governo (23,0%). Outra constatação é que o Governo apenas indica membros do próprio governo (64,6%), deixando de indicar membros de outros segmentos, como ONG's, prestadores de serviço e profissionais.

Há graves consequências para a democracia quando a composição paritária de um conselho é desrespeitada. Isso porque, a distribuição dos conselheiros junto aos conselhos é medida que visa à inserção da comunidade no debate político, tendo como função a deliberação acerca de políticas públicas para determinado grupo social.

De outro lado, tem-se que apenas respeitar o aspecto formal das nomeações, mas não garantir a constante capacitação dos membros provenientes da Sociedade Civil, leva ao mesmo desrespeito ao modelo democrático proposto. Isso ocorre pois, caso os membros da Sociedade Civil que, na maioria das vezes não detém o conhecimento técnico sobre a área do conselho que compõe, não obtenham constante capacitação, passe-se ao risco da existência de um conselho meramente simbólico o que não alcançaria o modelo proposto pela Constituição.

Com isso, os debates deixariam de existir, dada a baixa capacitação e participação dos conselheiros e seus suplentes e, conseqüente, as deliberações não seriam realizadas, não sendo levadas propostas de implantação de políticas públicas ao Poder Executivo.

Outra observação importante sobre a composição dos conselhos é relativa aos visitantes que os Conselhos recebem. É importante para o conselho a visibilidade perante a sociedade, a fim de legitimar suas deliberações (CORMELATTO e COLLISELLI, 2012) e possibilitar a constante renovação dos conselhos, por meio da participação de novos membros. Esta situação leva a um desconhecimento da população sobre os objetivos, as funções e a atuação do conselho, representando como resultado final uma baixa adesão desta nos processos decisórios locais (LABRA, 2005), o que é prejudicial aos Conselhos de Políticas Públicas.

Como já ressaltado, a Constituição de 1988 mesclou a democracia representativa, garantindo aos cidadãos eleger seus representantes pelo voto, com a participação popular. No atual cenário, em que o Poder Público cada vez mais se demonstra incapaz em garantir os direitos essenciais para a sua população, a sociedade cada vez mais assume esse papel. A crescente do terceiro setor é um exemplo.

Os Conselhos de Políticas Públicas tornam-se um importante ator para assegurar uma efetiva atuação da população na tomada de decisões junto à Administração Pública. Todavia, não basta a previsão desses instrumentos jurídicos para a participação popular. É necessário que as decisões tomadas pelos Conselhos tenham efetividade, sejam capazes de alterar sua realidade social. Por isso, é sobretudo importante que o sistema jurídico aponte instrumentos efetivos para direcionar a conduta do Poder Público e conformidade com o exarado pelos Conselhos. Eis o que se pretende demonstrar nessa pesquisa.

2 A CRIANÇA E O ADOLESCENTE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Pensar a criança e o adolescente na sociedade brasileira, remonta a sua formação com a colonização portuguesa e a chegada de muitas crianças nas embarcações vindas de Portugal. Essas crianças eram, em sua maioria, órfãs vendidas por suas famílias para trabalhar em nas caravelas nas funções de pajens ou grumetes (SANTIAGO; SANTOS JÚNIOR, 2016).

Mas não eram só as crianças portuguesas que migravam para o Brasil que eram exploradas pelos colonizadores. Isso também ocorria com as crianças indígenas "como instrumento para concretização de uma imposição cultural" (SANTIAGO; SANTOS JÚNIOR, 2016, p. 72), inclusive religiosa/cristã.

Com o início da escravidão dos africanos, as suas crianças também passaram a integrar o contexto histórico da exclusão no Brasil, uma vez que nascer de uma escrava implicava estar destinado à escravidão.

Com o fim da escravidão e início da chegada de imigrantes europeus ao Brasil (fim do Império e Início da República – final do século XIX), há também a exploração das crianças, filhos destes imigrantes que trabalhavam nas lavouras cafeeiras, assim como aqueles que foram inseridos no meio industrial, expostos a toda sorte de agentes insalubres, sem a devida proteção, além do fato de não frequentarem a escola, permanecendo analfabetos (SANTIAGO; SANTOS JÚNIOR, 2016).

Assim, há todo um histórico que demonstra que eles eram tratados como seres humanos à margem da sociedade.

Nesse diapasão, as crianças e adolescentes que não tinham família ou estavam em situação de rua foram estigmatizados por meio de uma legislação que os tratava como "menores", sendo a eles dispensado um tratamento de pessoas em situação irregular e que por isso deviam ser encaminhados às instituições de reeducação, tudo para que houvesse um controle social em desfavor deste menor em situação irregular (VAN DER BROOKE; PAMPLONA, 2018). Ou seja, havia uma separação entre crianças, adolescentes e menores, sendo aos últimos dispensado um tratamento legislativo que promovia exclusão social¹¹.

¹¹ Buscando definir o que seria exclusão social, utiliza-se o conceito ministrado pelo economista Marcio Pochmann, pelo que "A exclusão social manifesta-se crescentemente como um fenômeno transdisciplinar que diz respeito tanto ao não acesso de bens e serviços básicos como à existência de

Foi assim desde o surgimento do primeiro Juízo de Menores no ano de 1923, seguido da criação do Código de Menores de 1927 com o Decreto nº 7.343/A que estabelecia o limite da menoridade penal em dezoito anos (SALIBA, 2006), fomentando a criação do Serviço de Assistência aos menores em 1941, e da Fundação Nacional do Bem-Estar do Menor, em 1964, ano da tomada do Poder pelos Militares, o que culminou na criação do Código de Menores do regime militar, em 1979.

O padrão seguido por estas legislações era o mesmo: “controle disciplinar, vigilância e repressão, em que o destinatário primordial era o “menor em situação irregular”” (VAN DER BROOKE; PAMPLONA, 2018, p. 15). Neste modelo a criança e o adolescente eram vistos como portadores de uma patologia (social) e precisavam ser isolados e tratados pelas medidas de assistência do Estado.

O menor passa a ser alvo de políticas públicas para sua “regeneração” a partir do Código de Menores de 1979, “que incorporou tanto a visão higienista de proteção do meio e do indivíduo como a visão jurídica repressiva a moralista” (PEREZ;PASSONE, 2010, p. 655).

Vê-se que a criança e o adolescente em “situação irregular”, o intitulado “menor”, eram considerados excluídos sociais, marginalizados e estigmatizados tanto pelo Estado quanto pela Sociedade, no que se legitimava a intervenção judicial¹², criminalizando a criança e o adolescente que se encontravam em tal situação, pelo que eles não eram considerados seres humanos, sujeitos de direitos e sim como uma “coisa”, um “objeto a que o Estado deveria dar uma destinação correicional adequada, afastando este perigo iminente à sociedade. Nesse sentido, descreve Maurício Gonçalves Saliba (2006, p. 24):

A divisão da categoria infância em criança-adolescente e menores, sendo os menores entendidos como os excluídos da escola, de saúde e da família; a criminalização da pobreza, tendo como consequência as internações, como privações de liberdade, pelo motivo de carência de recursos materiais e financeiros; não

segmentos sociais sobranes de estratégias restritas de desenvolvimento sócio-econômico, passando pela exclusão dos direitos humanos, da seguridade e segurança pública, da terra, do trabalho e da renda suficiente” (POCHMANN *et al*, 2004, p. 33).

¹² A intervenção judicial de que trata e defende a presente dissertação se difere da antigamente utilizada em desfavor dos “menores”, uma vez que é empregada na forma de controle da Administração Pública para fazer cumprir políticas públicas em favor de crianças e adolescentes. Já a intervenção judicial aqui relatada tinha cunho correicional e de repressão em desfavor da criança e adolescente em “situação irregular”, fazendo com que o Judiciário exercesse um papel meramente repressor em desfavor da criança e adolescente.

observância dos princípios básicos do direito e até mesmo constitucionais; tendência a patologizar as situações de natureza estrutural e econômicas; extrema centralização de poder na figura do 'juiz de menores', possibilitando um poder discricional; considerar a infância como objeto de proteção.

Gera-se mais uma categoria de seres humanos que ficava à margem da sociedade, sendo-lhe negada a condição mais básica de sua existência. O uso da expressão "de menor", tão difundida na sociedade brasileira, é fruto do tratamento empregado pelo Estado em suas instituições em face da criança e do adolescente.

A questão da "situação irregular" tratava o "menor" pela ótica do Direito Penal e isso ocorria apenas no Brasil, diferenciando-se das demais doutrinas existentes na experiência da Ibero Americana ¹³ da década de 1970, em que, além da "doutrina brasileira", transitava a Doutrina da Proteção Integral, embasada nas diretrizes da ONU, no sentido de proteção e satisfação das necessidades das pessoas de menor idade, nos seus aspectos gerais, incluindo-se os pertinentes à saúde, à educação, à recreação, à profissionalização etc.; e a Doutrina do Direito Penal do Menor, cujo objeto era somente o menor que praticasse ato de delinquência (CUSTÓDIO, 2008).

Após a ditadura militar, com o processo de redemocratização do país que culminou na promulgação de uma nova Constituição, em que o Brasil foi definido como Estado Democrático de Direito, com fundamentos na cidadania e na dignidade humana, adotou-se a ideia de que as crianças e os adolescentes são pessoas em formação e que, por isso, devem ter seus direitos assegurados com absoluta prioridade. Desde então a criança e o adolescente foram elevados à categoria de seres de direitos, merecedores de proteção integral¹⁴ e não de repressão pelo

¹³ Em 1979 foi realizado o 1º I Congresso Ibero-Americano de Juízes de Menores na Nicarágua, em que foram definidas três doutrinas acerca do tratamento da criança e do adolescente, como: 1ª – Doutrina da proteção integral – partindo dos direitos das crianças, reconhecidos pela ONU, a lei asseguraria a satisfação de todas as necessidades das pessoas de menor idade, nos seus aspectos gerais, incluindo-se os pertinentes à saúde, educação, recreação, profissionalização, etc. 2ª – Doutrina do Direito Penal do Menor – somente a partir do momento em que o menor pratique ato de delinquência interessa ao direito. 3ª Doutrina intermédia da situação irregular – os menores são sujeitos de direito quando se encontrarem em estado de patologia social, definida legalmente. É a doutrina brasileira. (BRASIL, 1982, p. 85).

¹⁴ "A mencionada Doutrina da Proteção Integral, por sua vez, representa uma quebra de paradigma às doutrinas do Direito Penal do Menor e da Situação Irregular e teve suas bases lançadas na Declaração Universal dos Direitos da Criança, aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas, em 20 de novembro de 1959, considerando que a criança, em decorrência de sua imaturidade física e mental, precisa de proteção e cuidados especiais, inclusive de proteção legal apropriada, antes e

Estado.

Partindo-se deste novo olhar político, que finalmente sintonizou-se à Declaração Universal dos Direitos da Criança, aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas, em 20 de novembro de 1959, a Constituição Federal de 1988, expressamente, em seu artigo 227, garantiu à criança e ao adolescente o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, direitos estes cuja obrigação de assegurar incumbe ao Estado, à sociedade e à família, que devem ainda proteger a criança e adolescente de todos os tipos de opressão, crueldade, violência, discriminação e negligência.

Além de assegurar, no *caput* de seu artigo 227, à criança e ao adolescente os direitos supracitados, a Constituição Federal de 1988 determinou também a forma como o Estado deve promover a assistência integral à saúde destes cidadãos¹⁵, estabeleceu os aspectos abrangidos pelo conceito de proteção especial¹⁶, previu, no § 4º do artigo 227, severa punição ao abuso sexual de crianças adolescentes,

depois do nascimento. Essa necessidade de proteção foi enunciada na Declaração dos Direitos da Criança em Genebra¹, de 1924, e reconhecida na Declaração Universal dos Direitos Humanos² e nos estatutos das agências especializadas e organizações internacionais interessadas no seu bem-estar. Além disso, a humanidade deve à criança o melhor de seus esforços” (BROOKE; PAMPLONA, 2018, p. 16).

¹⁵ Art. 227, § 1º, CF: “O Estado promoverá programas de assistência integral à saúde da criança, do adolescente e do jovem, admitida a participação de entidades não governamentais, mediante políticas específicas e obedecendo aos seguintes preceitos:

I - aplicação de percentual dos recursos públicos destinados à saúde na assistência materno-infantil;

II - criação de programas de prevenção e atendimento especializado para as pessoas portadoras de deficiência física, sensorial ou mental, bem como de integração social do adolescente e do jovem portador de deficiência, mediante o treinamento para o trabalho e a convivência, e a facilitação do acesso aos bens e serviços coletivos, com a eliminação de obstáculos arquitetônicos e de todas as formas de discriminação.

¹⁶ Art. 227 - § 3º O direito a proteção especial abrangerá os seguintes aspectos:

I - idade mínima de quatorze anos para admissão ao trabalho, observado o disposto no art. 7º, XXXIII;

II - garantia de direitos previdenciários e trabalhistas;

III - garantia de acesso do trabalhador adolescente e jovem à escola;

IV - garantia de pleno e formal conhecimento da atribuição de ato infracional, igualdade na relação processual e defesa técnica por profissional habilitado, segundo dispuser a legislação tutelar específica;

V - obediência aos princípios de brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, quando da aplicação de qualquer medida privativa da liberdade;

VI - estímulo do Poder Público, através de assistência jurídica, incentivos fiscais e subsídios, nos termos da lei, ao acolhimento, sob a forma de guarda, de criança ou adolescente órfão ou abandonado;

VII - programas de prevenção e atendimento especializado à criança, ao adolescente e ao jovem dependente de entorpecentes e drogas afins”.

estipulou a forma como será realizada a adoção¹⁷, aboliu discriminações relativas à filiação¹⁸, definiu a fonte dos recursos orçamentários despendidos com programas de assistência social no atendimento dos direitos das crianças e adolescentes¹⁹, prevendo ainda, em seu artigo 228, a inimputabilidade penal dos menores de dezoito anos, os quais estão sujeitos às normas de legislação especial.²⁰

Na sequência, o Estatuto da Criança e do Adolescente, publicado em 13 de julho de 1990 (Lei nº 8.069/90) representou um grande avanço no tocante ao reconhecimento e efetivação dos direitos da criança e do adolescente, visto que, além de apresentar um rol de direitos elementares destes cidadãos em desenvolvimento, o referido estatuto adotou a doutrina da proteção integral e criou um sistema de garantia destes direitos, regulamentando a formulação, o acompanhamento e o controle social das políticas de proteção à criança e ao adolescente.

Composto por dois livros: Parte Geral e Parte Especial, o Estatuto da Criança e do Adolescente trata, num primeiro momento, da proteção dos direitos fundamentais da criança e do adolescente, sendo que, posteriormente, aborda as formas de amparo destes direitos.

A Parte Geral do referido Estatuto versa sobre quem são as pessoas sujeitas a esta lei; o que compreende a garantia de prioridade; direitos fundamentais como a vida, a saúde, a liberdade, respeito, dignidade, o direito à convivência familiar e comunitária; as aceções acerca de família natural e substituta, guarda, tutela e adoção; o direito à educação, cultura, esporte e lazer; o direito à profissionalização e à proteção no trabalho; a prevenção de ameaça e violação destes cidadãos; os produtos e serviços proibidos à criança e ao adolescente; e a autorização para viajar.

A Parte Especial, por sua vez, trata das políticas de atendimento das

¹⁷ Art. 227, § 5º, CF: “A adoção será assistida pelo Poder Público, na forma da lei, que estabelecerá casos e condições de sua efetivação por parte de estrangeiros”.

¹⁸ Art. 227, §6º, CF: “Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação”.

¹⁹ Art. 227, § 7º, CF: “No atendimento dos direitos da criança e do adolescente levar-se-á em consideração o disposto no art. 204”.

²⁰ Eis, pois, um dos motivos pelos quais a capacidade jurídica tanto da criança, quanto do adolescente ser limitada constitucional e estatutariamente, como, 222 por exemplo, a não possibilidade de responsabilização penal (inimputabilidade penal), mas, sim, através de medidas legais diferenciadas, quais sejam protetivas específicas e socioeducativas (conforme será tratado no Capítulo IX, da Parte III, desta Tese) (RAMIDOFF, 2007, p. 222-223).

crianças e adolescentes; entidades de atendimento e sua fiscalização; medidas de proteção; atos infracionais; direitos individuais; garantias processuais; medidas socioeducativas; medidas pertinentes aos pais ou responsáveis; Conselho Tutelar e suas atribuições; e acesso à Justiça.

Impende ressaltar que, em 8 de março de 2016, o Estatuto da Criança e do Adolescente foi parcialmente alterado pela Lei nº 13.257, que abarca novas disposições acerca das políticas públicas para a primeira infância.

Complementando o Estatuto da Criança e do Adolescente, em 21 de novembro de 1990, foi promulgado o Decreto nº 99.710, que ratificou os termos da Convenção realizada pela ONU, em 20 de novembro de 1959, sobre os Direitos da Criança, a qual, partindo de pressupostos como a dignidade humana e a necessidade de preparo especial da criança para uma vida independente na sociedade, trata, em síntese, da proteção legal da criança, antes e após seu nascimento, visando à efetivação de seus direitos fundamentais, levando-se em conta suas necessidades específicas decorrentes de sua imaturidade física e mental.

Posteriormente, a proteção especial da criança e do adolescente foi considerada ainda na elaboração de diversas leis relativas, por exemplo à saúde, como é o caso da Lei nº 9.656/98, que dispõe sobre planos e seguros privados de assistência à saúde, priorizando o atendimento de crianças de até cinco anos²¹; à educação, como a Lei nº 9.394/96, que estabelece as diretrizes e bases da educação nacional, tendo disposições específicas acerca da educação de crianças e adolescentes; e à assistência social, como a Lei nº 8.742/1993, que regulamenta a organização da Assistência Social, estabelecendo formas de amparo à criança e adolescente carentes.

Merece ser mencionada também a Lei nº 12.594/12, que, visando à proteção social do adolescente e à garantia de seus direitos fundamentais, institui o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo e regulamenta a execução de medidas socioeducativas destinadas a adolescentes que incorrem em ato infracional.

Desta forma, após 1988, toda a legislação brasileira (constitucional e infraconstitucional) adequou-se aos dez princípios fundamentais pertinentes a todas

²¹ Art. 18, inciso II, Lei nº 9.656/98: "...a marcação de consultas, exames e quaisquer outros procedimentos deve ser feita de forma a atender às necessidades dos consumidores, privilegiando os casos de emergência ou urgência, assim como as pessoas com mais de sessenta e cinco anos de idade, as gestantes, lactantes, lactentes e crianças até cinco anos..."

as crianças, previsto na Declaração Universal dos Direitos da Criança, aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas, em 20 de novembro de 1959, quais sejam:

- a) o reconhecimento de direitos sem distinção ou discriminação;
- b) o direito à proteção especial e o interesse superior da criança;
- c) o direito à identidade e à nacionalidade;
- d) a proteção à saúde e à maternidade;
- e) o direito ao tratamento e a cuidados especiais para crianças incapacitadas física, mental ou socialmente;
- f) o direito ao desenvolvimento sadio e harmonioso, com amor e compreensão, no seu seio familiar ou sob a responsabilidade da sociedade e das autoridades públicas;
- g) a primazia de socorro e proteção;
- h) a proteção contra quaisquer formas de negligência, crueldade e exploração e;
- i) a proteção contra atos de discriminação racial, religiosa ou de qualquer outra natureza (ONU, 1959).

Para o atendimento dessas diretrizes no Brasil, encontram-se previstas competências repartidas entre os entes federados (União, Estados e Municípios), assim como, em observância aos princípios da descentralização político-administrativa e da participação popular, dá-se uma ênfase na municipalização do atendimento. Isso porque os Municípios têm melhores condições de identificar as necessidades locais e promover os atendimentos com maior eficácia. Importante ressaltar que isso não significa dizer que a responsabilidade é apenas dos Municípios, mas que eles são os entes federados com maior condição de identificação, formulação e execução da política pública em favor do menor (VAN DER BROOKE, PAMPLONA, 2018).

Por conta desta descentralização no atendimento é importante também pensar na efetivação do princípio da prioridade absoluta de modo transdisciplinar, envolvendo outras diretrizes que não só a jurídica.

Nesse sentido, Luiz Mario Ramidoff desenvolveu sua tese de doutoramento demonstrando a necessidade de uma proteção transdisciplinar para a criança e do adolescente. Justifica tal necessidade uma vez que

A criança e o adolescente estão identificados constitucional e estatutariamente como sujeitos de direito com destinação de tutela jurídico-legal protetivamente integral que deverá se realizar sempre

com prioridade absoluta, haja vista que existe legalmente determinada uma relação jurídica (relação social e de poder regulamentada) com aqueles titulares de direitos subjetivos diferenciados, por razões político-democráticas e de justiça social – segundo Alessandro Groppali –, que, devem ser preservados independentemente de que se individualize (personalize) ou não o seu titular, pois o que se defende é a dignidade da pessoa humana que se encontra na infância ou na juventude, as quais são peculiares fases da vida do ser humano (RAMIDOFF, 2007, p.221).

Verifica-se, pois, que o ordenamento jurídico internacional e brasileiro conferem proteção especial aos direitos da criança e do adolescente, tendo em conta que são pessoas que se encontram em peculiar fase de desenvolvimento da vida humana e que, em razão de sua imaturidade, necessitam de específico amparo do Estado.

Contudo, mesmo havendo previsão constitucional e infraconstitucional conferindo à criança e ao adolescente um especial tratamento em razão do estágio peculiar da vida humana em que se encontram, a afronta a seus direitos ainda se trata de importante questão a ser enfrentada pelos órgãos de Estado, tendo em vista que a previsão protetiva no ordenamento jurídico, desacompanhada da implementação de políticas públicas voltadas a esta categoria, constitui-se apenas em mera vontade do legislador mas com resultados sociais catastróficos.

Este trabalho busca verificar meios de efetivação dos direitos previstos para as crianças e adolescentes no ordenamento jurídico, sendo certa a necessidade de que as escolhas públicas (o que fazer, quem e como atender), necessariamente devam passar pelas instâncias deliberativas denominadas Conselhos de Políticas Públicas.

Dentre outras questões, a agir em conjunto (Estado e Conselhos de Políticas Públicas) legitima as escolhas públicas e efetiva a participação popular enquanto um direito previsto na Constituição Federal.

2.1 DOS CONCEITOS DE MÍNIMO EXISTENCIAL E RESERVA DO POSSÍVEL

Visando garantir às pessoas uma existência minimamente digna, desenvolveu-se a teoria do mínimo existencial, criando-se diretrizes para a efetivação de direitos fundamentais basilares. Entretanto, face à necessidade de

intervenção do Estado para realizar estes direitos, o que implica em gastos públicos, elaborou-se a teoria da reserva do possível, impondo limites à atuação do Estado no que tange à garantia dos direitos englobados pelo mínimo existencial.

No caso em estudo, é importante tratar, neste ponto, acerca do mínimo existencial e na sequência acerca da reserva do possível, possibilitando subsídio técnico para as análises que seguirão, mais especificamente à questão da criança e adolescente enquanto seres humanos e sujeitos de direito, contrapondo-se a finitude dos recursos estatais para a realização de seu mínimo existencial.

2.1.1 Mínimo Existencial

À preservação do bem da vida é imprescindível a adoção de um mínimo existencial que possa garantir ao indivíduo uma existência saudável e digna. A teoria do mínimo existencial trata, pois, das condições básicas que devem ser conferidas ao indivíduo para que este goze do mínimo de dignidade humana, tendo satisfeitas suas necessidades mais essenciais, tais como saúde, educação, higiene, moradia, dentre outras.

Em razão de seu caráter elementar, o mínimo existencial é englobado pela classe dos direitos fundamentais, conforme aponta Luís Roberto Barroso (2008, p. 325-6):

Os direitos fundamentais incluem: a) a liberdade, isto é, a autonomia da vontade, o direito de cada um eleger seus projetos existenciais; b) a igualdade, que é o direito de ser tratado com a mesma dignidade que todas as pessoas, sem discriminações arbitrárias e exclusões evitáveis; c) o mínimo existencial, que corresponde às condições elementares de educação, saúde e renda que permitam, em uma determinada sociedade, o acesso aos valores civilizatórios e a participação esclarecida no processo político e no debate público. Os três Poderes – Legislativo, Executivo e Judiciário – têm o dever de realizar os direitos fundamentais, na maior extensão possível, tendo como limite mínimo o núcleo essencial desses direitos.

A Constituição de 1988 adotou claramente o princípio do mínimo existencial, ao dispor, por exemplo, que a dignidade da pessoa humana é um dos fundamentos da República Federativa do Brasil (artigo 1º, inciso III); e ao instituir como um dos

objetivos da República a erradicação da pobreza e da marginalização, bem como a redução das desigualdades sociais e regionais (artigo 3º, inciso III).

Assim, tendo em vista os princípios adotados pela Constituição Federal, constitui dever do Estado garantir a seus cidadãos o mínimo existencial, garantia esta que, em regra, é efetivada por meio de implantação de políticas públicas, as quais se tratam de veículos para a realizações de serviços públicos, que, segundo Marçal Justen Filho consistem em:

[...] atividade pública administrativa de satisfação concreta de necessidades individuais ou transindividuais, materiais ou imateriais, vinculadas diretamente a um direito fundamental, insuscetíveis de satisfação adequada mediante os mecanismos da livre iniciativa privada, destinada a pessoas indeterminadas, qualificada legislativamente e executada sob regime de direito público (2016, p. 549).

Assim, sendo eleita a configuração de Estado Social pela Constituição Brasileira, havendo a previsão de direitos sociais, cabe ao Estado prestá-los. Quanto ao direito a prestações do Estado, leciona Robert Alexy:

Los derechos del ciudadano frente al Estado a acciones positivas del Estado pueden dividirse en dos grupos, el del aquellos cuyo objeto es una acción fáctica y el de aquellos cuyo objeto es una acción normativa. [...] Cuando se habla de “derechos a prestaciones” se hace referencia, por lo general, a acciones positivas fácticas. Este tipo de derechos que están referidos a aportes fácticos que, en principio, también podría proporcionar un sujeto particular, serán llamados “derechos a prestaciones em sentido estricto” (2002, p. 194).

O princípio do mínimo existencial confere, portanto, à Administração Pública o dever de garantir um mínimo de segurança social aos cidadãos. Não se trata, porém, do dever de prover todas as necessidades dos indivíduos, mas sim de conferir aos mais necessitados as condições mínimas de uma vida digna, por meio de um Estado Desenvolvedor, conforme bem salientou Amartya Sen (2000. p. 57):

A segurança protetora é necessária para propiciar uma rede de segurança social, impedindo que a população afetada seja reduzida à miséria abjeta e, em alguns casos, até mesmo a fome e a morte. A esfera da segurança protetora inclui disposições institucionais fixas, como benefícios aos desempregados e suplementos de renda regulamentares para os indigentes, bem como medidas ad hoc, como distribuição de alimentos em crises de fome coletiva ou empregos públicos de emergência para gerar renda para os

necessitados.

Assim, a teoria do mínimo existencial tem por objetivo orientar as prioridades no que tange à formulação e execução de políticas públicas, considerando as necessidades basilares das pessoas e visando garantir-lhes o mínimo de dignidade humana.

2.1.2 Reserva do Possível

A garantia do mínimo existencial pela Administração Pública depende da existência de recursos financeiros disponíveis pelo Estado, permitindo gastos neste sentido, ou seja, a efetividade dos direitos englobados pelo mínimo existencial é diretamente proporcional à disponibilidade orçamentária do ente encarregado pela implantação das políticas públicas que visam assegurar estes direitos. A respeito disto, ressalta Barros (2010):

Os direitos sociais prestacionais exigem a intervenção do Poder Público na ordem econômica, social e cultural, em determinados setores, em busca da real igualdade, bem enunciada por Ruy Barbosa, na *Oração aos moços*, discurso aos formandos da Faculdade de Direito de São Paulo, em 1923, já desiludido pela impossibilidade de vencer o coronelismo. Disse Ruy: “A regra da igualdade não consiste senão em quinhoeirar desigualmente aos desiguais, na medida em que se desigualem.” Aí “é que se acha a verdadeira lei da igualdade”. E arrematou: “tratar com desigualdade a iguais, ou a desiguais com igualdade, seria desigualdade flagrante, e não igualdade real” (cf. ORAÇÃO AOS MOÇOS. 18 ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 2001. p. 55). Mas essa intervenção do Estado para superar mediante direitos sociais as desigualdades reais tem um custo econômico-financeiro.

Trata-se de um país com imensa desigualdade social desde a sua formação. Assim, quando assumiu como um de seus objetivos fundamentais “erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;” (art. 3º, III, da CF/88), o Brasil se revestiu de Estado Social, devendo prestar direitos sociais com a finalidade de igualar os brasileiros, tal como desejou Ruy Barbosa na difundida “Oração aos Moços”. Mas a prestação de tais direitos depende de disponibilidade orçamentária. Para isso, continua Barros (2010):

Assim, a íntima relação existente entre as políticas públicas e os direitos sociais condiciona a atuação do Estado a prestações diretamente vinculadas à destinação dos bens públicos e à disponibilidade orçamentária. Dessa forma, as políticas públicas e, mais particularmente, os direitos sociais que elas informam têm uma dimensão – um peso – economicamente relevante para o Estado.

Contudo, os recursos são finitos, não havendo orçamento possível para a prestação de todos direitos sociais a todos os cidadãos, que sob uma ótica formal, são considerados iguais perante a lei.

Surgiu então na Alemanha, a teoria da Reserva do Possível a qual parte do pressuposto mencionado por Vidal de que as prestações estatais se sujeitam aos limites materiais decorrentes da escassez de recursos financeiros do ente estatal e, por isso, a ampliação destas prestações depende de disponibilidade orçamentária para tal finalidade (NUNES JÚNIOR, 2009).

A reserva do possível trata-se, assim, de um limite à efetivação dos direitos fundamentais, que pode ocorrer tanto no sentido de inexistência de recursos para investir em políticas públicas, quanto de ausência de autorização para despender de orçamento existente para tal destino. Conforme aponta Ingo Wolfgang Sarlet (2008, p 288):

A reserva do possível constitui, em verdade (considerada toda sua complexidade), espécie de limite jurídico e fático dos direitos fundamentais, mas também poderá por exemplo, na hipótese de conflitos de direitos, quando se cuidar da invocação – observados sempre os critérios da proporcionalidade e da garantia do mínimo existencial em relação a todos os direitos – da indisponibilidade de recursos com intuito de salvaguardar o núcleo essencial de outro direito fundamental.

Não há, porém, que se falar em caráter absoluto da reserva do possível, devendo a limitação orçamentária ter a sua aplicação ponderada, considerando-se os princípios da proporcionalidade da prestação e da razoabilidade de sua exigência, uma vez que esta teoria, inevitavelmente, acaba por dificultar a efetivação de direitos fundamentais.

Assim, o Estado não pode valer-se da cláusula da reserva do possível para se esquivar de sua obrigação de garantir o mínimo existencial sem que a aplicação desta cláusula seja claramente fundada. Como bem consignou o Ministro Celso de Mello em seu voto no processo de Arguição de Descumprimento de Preceito

Fundamental (ADPF) nº 45:

Cumpra advertir, desse modo, que a cláusula da “reserva do possível” - ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível – não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se, dolosamente do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade.

É imprescindível, portanto, que o Poder Público disponha sempre de uma reserva orçamentária para assegurar à população ao menos os direitos englobados pelo mínimo existencial, sob pena de responsabilização por violação dos direitos humanos, inclusive no âmbito internacional.

2.2 BREVES CONSIDERAÇÕES ACERCA DO MÍNIMO EXISTENCIAL E DA RESERVA DO POSSÍVEL PARA A CRIANÇA E O ADOLESCENTE

Com a consolidação do Estado Democrático de Direito, há a necessidade de se efetivarem os direitos fundamentais previstos no texto constitucional, pressupondo um Poder Público proativo, rompendo com o paradigma do Estado Liberal, em que apenas diante de atos lesivos praticados pelo soberano eram resguardados os direitos do cidadão.

A partir do século XX, as constituições incorporaram os direitos sociais, como fez a Constituição de 1988. Direitos sociais são, nos dizeres de José Afonso da Silva (1998, p. 289), uma dimensão dos direitos fundamentais, caracterizados como “[...] prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais”.

Por outro lado, o Estado tem limitações financeiras. Os recursos orçamentários são finitos, não havendo mais espaço para aumento da carga

tributária, sendo necessária uma reengenharia do Sistema Tributário Nacional²². O cidadão está sufocado. O custo dos direitos sociais seria o obstáculo maior para o Estado efetivá-los. Assim, o grande problema relacionado aos direitos fundamentais é assegurar a sua concretização.

Desse modo, sempre que se fala em garantir aos indivíduos direitos que lhe assegurem uma vida minimamente digna, há a contrapartida financeira para a efetivação desses direitos sociais. Surge o embate entre a teoria do mínimo existencial e a da reserva do possível. A teoria do mínimo existencial propõe diretrizes para a efetivação de direitos fundamentais basilares. Entretanto, face à necessidade de intervenção do Estado para concretizar esses direitos, o que implica em gastos públicos, elaborou-se a teoria da reserva do possível, impondo limites à atuação do Poder Público no que tange à garantia dos direitos englobados pelo mínimo existencial.

Assim, a teoria do mínimo existencial tem por objetivo orientar as prioridades no que tange à formulação e execução de políticas públicas, considerando as necessidades basilares das pessoas e visando garantir-lhes o mínimo de dignidade humana.

Todavia, há enormes dificuldades em se concretizar os direitos sociais, como já alertou Canotilho (2008, p. 130, destaque do original): “A consagração acoplada de direitos sociais e de políticas públicas sócias – como acontece na Constituição portuguesa e na Constituição brasileira – pode originar sérias dificuldades no plano normativo-concretizador”.

Observa-se, portanto, que a garantia do mínimo existencial pela Administração Pública depende da existência de recursos financeiros disponíveis pelo Estado, permitindo gastos nesse sentido, ou seja, a efetividade dos direitos englobados pelo mínimo existencial é diretamente proporcional à disponibilidade orçamentária do ente encarregado pela implantação das políticas públicas que visam assegurar estes direitos.

²² Atualmente está sendo apresentada perante o Congresso Nacional Proposta de Emenda Constitucional para Reforma do Sistema Tributário Nacional, tendo como relator o Deputado Federal Luiz Carlos Hauly (PSDB-PR). Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/ECONOMIA/541571-RELATOR-DA-REFORMA-TRIBUTARIA-APRESENTA-OS-PRINCIPAIS-PONTOS-DA-PROPOSTA.html>. Acesso em 10 de jun. de 2018.

A inexistência de suporte financeiro para custear todas as necessidades sociais pressupõe escolhas trágicas, verdadeiras opções políticas para a destinação orçamentária. Porém, a escolha do destino dos recursos deve levar “[...] em consideração fatores como o número de cidadãos atingidos pela política eleita, a efetividade e a eficácia do serviço a ser prestado, a maximização dos resultados etc.” (MENDES; BRANCO, 2014, p. 628).

Por isso as escolhas do gestor devem ser bem elaboradas, defendendo-se aqui a prioridade absoluta da criança e adolescente. A prova de que os gestores municipais vêm priorizando esta categoria de seres humanos está no relatório elaborado anualmente pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística intitulado “Perfil dos estados e dos municípios brasileiros”, tendo como foco aspectos relacionados a indicadores sociais de determinados grupos populacionais ou áreas geográficas, fornecendo um perfil da demanda potencial pelos serviços. Nele foi apontado que “os programas ou ações mais recorrentes nos municípios foram direcionados a crianças e adolescentes (37,6%), idosos (35,2%) e mulheres (31,8%).” (IBGE, 2015, p. 62).

Em consonância com estes programas ou ações, o referido relatório demonstra que também há uma maior presença de políticas para proteção de crianças e adolescentes em relação a outros grupos ou temáticas. Por isso, “(...) 419 municípios declararam ter legislações que criaram planos municipais de promoção do direito de crianças e adolescentes à convivência familiar e comunitária.” (IBGE, 2015, p.63).

Assim, o próximo capítulo desta dissertação tratará de políticas públicas específicas para crianças e adolescentes, bem como da atuação dos Conselhos de Políticas Públicas com relação a esta temática e o reflexo de sua existência e funções para a Democracia.

2.3 POLITICAS PÚBLICAS E ATUAÇÃO DOS CONSELHOS DOS DIREITOS DA CRIANÇA E ADOLESCENTE

Tendo em vista que os direitos relativos ao mínimo existencial se tratam de direitos fundamentais sociais, é imprescindível a atuação positiva do Estado a fim de

efetivar tais garantias previstas pelo ordenamento jurídico. Neste sentido, destacou Norberto Bobbio:

Enquanto os direitos de liberdade nascem contra o superpoder do Estado – e, portanto, com o objetivo de limitar o poder -, os direitos sociais exigem, para sua realização prática, ou seja, para a passagem da declaração puramente verbal à sua proteção efetiva, precisamente o contrário, isto é, a ampliação dos poderes do Estado (2004, p. 67).

Complementando este raciocínio, interessante se faz a colocação feita pelo pensador Konrad Hesse (2009, p. 42):

A busca pelo Estado da efetividade dos direitos fundamentais tornou-se precondição de que chegue a haver uma real liberdade. O Estado já não aparece só como o inimigo potencial da liberdade, mas tem de ser também seu defensor e protetor. (...) Em tal medida, as garantias constitucionais, que devem cumprir essas funções, aproximam-se dos direitos fundamentais da segunda geração. Junto à particularidade de que não só obrigam o Estado a uma abstenção, mas também a uma atuação positiva, levantam a questão de que se a obrigação jurídico-objetiva do Estado corresponde, e em que medida, a um direito subjetivo das pessoas e dos cidadãos para demandar do Estado tal atuação.

Para garantir os direitos em questão, o Estado atua por meio de políticas públicas que, de acordo com Celina Souza (2006), é um termo polissêmico pois foi definido de diversas formas por doutrinadores, os quais sugerem, conforme arrolado por Fernando de Brito Alves (2013, p. 232) que as políticas públicas sejam, por exemplo:

(1) um campo de estudo da política que analisa os governos sob a ótica das grandes questões públicas; (2) um conjunto de ações governamentais para produzir efeitos específicos; (3) a soma das atividades, diretas ou delegadas, dos governos que influenciaram a vida dos cidadãos; e, por fim, (4) as escolhas públicas.

De acordo com Rogério Gesta Leal (2009), as políticas públicas consistem em ações estratégicas planejadas por pessoas de direito público, caracterizadas por eminente racionalidade programática, com o objetivo de atingir finalidades previamente estabelecidas por princípios e objetivos de natureza pública.

Conforme bem salientou Valter Foletto Santin (2006), políticas públicas traduzem-se em veículos para a execução de serviços públicos, tendo a evidente

função de planejamento, sendo que os serviços públicos consistem justamente na execução material desta função.

Apontam ainda Ilton Garcia da Costa e Suelyn Tosawa a essencial atribuição das políticas públicas sociais:

[...] se embasa na justa distribuição da receita obtida pelo governo e empresas privadas, que contribuem com o intuito de combater as diferenças sociais. Analisa-se os setores mais carentes para a distribuição do montante, não havendo uma ajuda exclusiva a determinado setor (2014, p. 142).

A elaboração de políticas públicas tem como norte a própria Constituição Federal que, ao estabelecer seus princípios e objetivos, atua como um guia ao legislador infraconstitucional e ao agente público no planejamento de ações estratégicas que visam à garantia de direitos fundamentais.

No que tange à garantia do mínimo existencial da criança e do adolescente, o presente trabalho elaborou um rol exemplificativo com políticas públicas executadas em nível nacional, encontradas no *site* do Ministério da Saúde e constantes do “Perfil dos estados e dos municípios brasileiros: 2014” elaborado pelo IBGE.

a) Plano Nacional Pela Primeira Infância

Trata-se de um plano referendado pelo Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente, que propõe metas a serem executadas entre os anos de 2011 e 2022, visando garantir às crianças de zero a seis anos o atendimento relativo a setores como saúde, educação, assistência social e diversidade. Este programa consiste de uma política pública descentralizada que prevê a elaboração de planos correspondentes também nos âmbitos estadual, municipal e distrital. Suas estratégias são divididas basicamente em dois setores, quais sejam, ações finalísticas e ações de meio, sendo que estas últimas consistem em pesquisas sobre a primeira infância, formação de profissionais, orientação da atuação do Poder Legislativo e fomento na elaboração de planos estaduais e municipais; enquanto as ações finalísticas se tratam de trabalhos relacionados ao acesso da criança à saúde, educação infantil de qualidade, assistência social à criança e sua família, documento de cidadania, direito de brincar, além de atividades relativas à prevenção de

acidentes na primeira infância e de especial atenção à criança em situação de vulnerabilidade.

b) Sistema de gerenciamento de bancos de leite humano:

Desenvolvido pelo Ministério da Saúde, em parceria com o IFF/FIOCRUZ, este programa visa auxiliar na gestão das unidades que integram a Rede Nacional de Bancos de Leite Humano, buscando garantir a qualidade do leite humano coletado, que será oferecido a recém-nascidos que não podem ser amamentados por suas mães, agilizar a seleção e classificação do leite humano coletado, o cadastramento de doadoras e receptores de acordo com o Cartão Nacional de Saúde, bem como agilizar a emissão de relatórios que contêm dados essenciais à gestão das unidades de bancos de leite.

c) Bolsa escola/bolsa família:

Atualmente incorporado pelo Programa Bolsa Família, o programa tem por objetivo o acompanhamento de frequência das crianças na escola, a fim de identificar ainda eventuais necessidades de atendimento especial à criança, como reforço escolar, atendimento médico, psicológico etc. A participação neste programa depende de requisitos como: morar há mais de 5 anos no município da escola onde a criança pretende estudar; possuir uma renda mensal máxima de meio salário por pessoa adulta de cada família e que esteja apta para trabalhar; os filhos devem ter entre 7 e 14 anos de idade e estarem matriculados em uma escola; é necessário que o responsável se comprometa em manter as crianças frequentando a escola²³.

d) Política Nacional de Atenção Integral à Saúde da Criança (PNAISC):

Instituído pelo Ministério da Saúde, através da Portaria nº 1.130 de 5 de agosto de 2015, este programa objetiva proteger integralmente a saúde da criança desde a sua concepção até os nove anos de idade, por meio de sete eixos estratégicos, quais sejam, a atenção humanizada e qualificada à gestação, parto,

²³ Disponível em: <<http://www.programadogoverno.org/bolsa-escola-do-governo/>>. Acessado em 23 nov 2016.

nascimento e recém-nascido; aleitamento materno e alimentação complementar saudável; promoção e acompanhamento do crescimento e desenvolvimento integral; atenção a crianças com agravos prevalentes na infância e com doenças crônicas; atenção à criança em situação de violências, prevenção de acidentes e promoção da cultura de paz; atenção à saúde de crianças com deficiência ou em situações específicas e de vulnerabilidade; vigilância e prevenção do óbito infantil, fetal e materno²⁴.

e) Programa de Erradicação do Trabalho Infantil:

Considerando que o trabalho infantil priva a criança de direitos abrangidos pelo mínimo existencial, como por exemplo a educação, que acaba sendo deixada de lado em razão das horas de trabalho, e a saúde, que resta prejudicada em decorrência do esforço realizado pela criança; e tendo em vista ainda que a exploração infantil existe em virtude da exigência que impera sobre a criança de levar renda para sua casa, instituiu-se esta política pública a fim de substituir por uma bolsa fornecida pelo governo a renda auferida por crianças de sete a quinze anos em situação de exploração. Para o recebimento do benefício é necessário que a criança esteja devidamente matriculada na escola, apresentando frequência mínima nas aulas de 75%, que a criança seja mantida afastada do trabalho e que a família participe de ações socioeducativas e de ampliação de renda que lhe forem ofertadas.

Estes são alguns exemplos de políticas públicas desenvolvidas a nível nacional para as crianças e adolescentes, não deixando de mencionar, como dito no terceiro capítulo deste trabalho que a municipalização do atendimento gera a possibilidade de formulação de políticas públicas específicas para cada localidade, efetivando a atuação dos conselhos e o princípio da prioridade absoluta da criança e do adolescente.

f) Rede Cegonha:

Instituída no âmbito do SUS, consiste numa rede de cuidados que visa assegurar à mulher o direito ao planejamento reprodutivo e à atenção humanizada, à

²⁴ Disponível em: <http://portalsaude.saude.gov.br/index.php/cidadao/principal/agencia-saude/18951-ministerio-cria-politica-de-atencao-a-saude-da-crianca> Acessado em 06/12/2016.

gravidez, ao parto e ao puerpério, bem como à criança o direito ao nascimento seguro e ao crescimento e ao desenvolvimento saudáveis²⁵.

g) Caderneta de Saúde do Adolescente:

Reúne informações sobre como evitar doenças, sobre mudanças no corpo, sobre saúde sexual e reprodutiva, além de saúde bucal e alimentação²⁶.

h) Programa Nacional de Suplementação de Ferro

Consiste na suplementação medicamentosa de sulfato ferroso para todas as crianças de 6 a 18 meses de idade, gestantes a partir da 20ª semana e mulheres até o terceiro mês pós-parto²⁷.

2.4 OS CONSELHOS DOS DIREITOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE COMO FORMA DE EFETIVAÇÃO DE SEUS DIREITOS

A partir da análise da norma fundamental, sabe-se que a proteção à criança e ao adolescente deve ser feita também por entidades não governamentais (art. 227, §1º, da CF/88).

O mandamento constitucional pela participação destas entidades na promoção de programas de assistência integral à saúde da criança, do adolescente e do jovem, perpetrou a legislação infraconstitucional com determinações pela integração entre as instituições democráticas e os, a partir de então denominados, Conselhos de Direitos da Criança e do Adolescente, conforme se observa no art. 70-A, II, do ECA, pelo que:

Art. 70-A. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios deverão atuar de forma articulada na elaboração de políticas públicas e na execução de ações destinadas a coibir o uso de castigo físico ou de tratamento cruel ou degradante e difundir formas não violentas

²⁵ Ministério da Saúde. Portaria n. 1.459, de 24 de junho de 2011. Institui, no âmbito do Sistema Único de Saúde - SUS - a rede cegonha. Diário Oficial da União, Brasília, DF, ano 148, n. 121, 27 jun. 2011b. Seção 1, p. 109. Disponível em: . Acesso em: 26 de jan. 2018.

²⁶ CADERNETA de saúde do adolescente. 2.ed. 1. reimpr. Brasília, DF: Ministério da Saúde, 2012. 52 p. (Série F. Comunicação e educação em saúde). Disponível em: . Acesso em: 26 de jan. 2018.

²⁷ Ministério da Saúde. Secretaria de Atenção à Saúde. Programa nacional de suplementação de ferro: manual de condutas gerais. Brasília, DF, 2013c. 24 p. Disponível em: . Acesso em: 26 de jan. 2018.

de educação de crianças e de adolescentes, tendo como principais ações:

(...)

II - a integração com os órgãos do Poder Judiciário, do Ministério Público e da Defensoria Pública, com o Conselho Tutelar, com os Conselhos de Direitos da Criança e do Adolescente e com as entidades não governamentais que atuam na promoção, proteção e defesa dos direitos da criança e do adolescente;

Coube então à norma infraconstitucional nominar, implementar e estruturar os Conselhos dos Direitos da criança e do Adolescente. Para tanto, duas leis importantes neste contexto foram as de nº 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente) e, na sequência, a de nº 8.242/91 (Lei do Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente (CONANDA)).

Acerca do CONANDA, é importante mencionar que ele integra o conjunto de atribuições da Presidência da República (parágrafo primeiro do artigo primeiro da Lei nº 8.242/91, tendo como função primeira a elaboração das normas gerais da política nacional de atendimento dos direitos da criança e do adolescente, fiscalizando as ações de execução, observadas as linhas de ação e as diretrizes estabelecidas nos arts. 87 e 88 da Lei nº 8.069/90. Sendo elas a representação das prioridades no atendimento às crianças e adolescentes, cabendo aos conselhos viabilizar o atendimento por meio da elaboração de normais.

Dentre as funções dos conselhos dos direitos da criança e adolescentes, está a de “manutenção de fundos nacional, estaduais e municipais vinculados aos respectivos conselhos dos direitos da criança e do adolescente” (art. 88, IV, do ECA), cabendo aos Conselhos dos Direitos da Criança e Adolescente definir as áreas, modalidades de programas e os projetos que serão contemplados com os recursos respectivos, sempre dando preferência ao financiamento de projetos destinados ao que atenda as demandas que não estão atualmente atendidas satisfatoriamente.

Por meio desta função, consagra-se a característica deliberativa dos Conselhos, consistindo ela em “tomar decisões que vinculariam as autoridades públicas da sua área respectiva, sem a possibilidade de vetos ou imposições por parte destas.” (GONZÁLEZ, 2012, p. 29).

Importante ressaltar que esta característica foi inserida a partir da Constituição Federal de 1988, tornando-se um fator necessário para a demonstração da importância da ocupação dos Conselhos de Políticas Públicas (dos Direitos da

Criança e dos Adolescentes) no “controle integrado acerca da elaboração de políticas públicas e na execução de ações destinadas a coibir o uso de castigo físico ou de tratamento cruel ou degradante e difundir formas não violentas de educação de crianças e de adolescentes” (art. 70-A da Lei nº 8.069/90) sendo igualmente necessário à legitimação dos poderes constituídos, o exercício do poder de forma integrada à sociedade.

A questão a ser discutida no quarto e último capítulo deste trabalho é relativa a vinculação das deliberações realizadas perante os conselhos junto ao Poder Público. Essa questão é de extrema importância não apenas pela coerência do presente trabalho científico, mas também para firmar a participação junto aos conselhos como instrumento competente para concretização da democracia participativa, pois, caso seja verificado que as deliberações dos conselhos não tem força vinculativa alguma, os conselhos dos direitos da criança e adolescente tem função apenas figurativa no cenário político nacional, o que desestimula a participação popular, descreditando acima de tudo, a Constituição Federal.

3 OS CONSELHOS DOS DIREITOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE E O CUMPRIMENTO DE SUAS DELIBERAÇÕES PELO PODER EXECUTIVO: DESAFIOS E OBSTÁCULOS

Como dito anteriormente, este capítulo tem como escopo investigar o cumprimento das deliberações emanadas dos conselhos da criança e adolescente pelo poder público. Para demonstrar que o eventual descumprimento de tais deliberações pelo poder público é um obstáculo a real efetivação do direito à participação popular, neste capítulo serão utilizadas decisões judiciais e literatura acerca do tema.

Ainda serão apresentados mecanismos de efetivação das deliberações dos Conselhos dos Direitos da Criança e Adolescente, subdividindo-os entre judiciais e extrajudiciais.

3.1 A FUNÇÃO DELIBERATIVA DOS CONSELHOS DOS DIREITOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

Sabe-se que os conselhos da criança e adolescente são órgãos deliberativos e controladores das ações em todos os níveis (art. 88, II, do ECA)²⁸ da federação. Essa função é iniciada pelo Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente (Conanda), que por força da Lei nº 8.424/91, deve “I - elaborar as normas gerais da política nacional de atendimento dos direitos da criança e do adolescente, fiscalizando as ações de execução, observadas as linhas de ação e as diretrizes estabelecidas nos arts. 87 e 88 da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente)” – art. 2º, I, da Lei nº 8.424/91. Aos demais conselhos (estaduais e municipais), cabe a continuidade desta função, deliberando acerca das políticas públicas a serem implantadas para as crianças e adolescentes de cada estado e município, identificando a necessidade conforme o seu local. Assim, os Conselhos ganham destaque por serem instancia não apenas consultiva, mas também deliberativa. Neste sentido analisa Berclaz:

²⁸ Art. 88: São diretrizes da política de atendimento: (...) II - criação de conselhos municipais, estaduais e nacional dos direitos da criança e do adolescente, órgãos deliberativos e controladores das ações em todos os níveis, assegurada a participação popular paritária por meio de organizações representativas, segundo leis federal, estaduais e municipais;

Acredita-se que o fato de os conselhos sociais estarem revestidos de fundamentalidade material e formal compatível com o Pluralismo Jurídico – ao constituírem-se em sujeitos coletivos encarregados do debate e discussão das necessidades fundamentais da comunidade política a partir de premissas reorganizatórias do espaço público como democracia, descentralização e participação – combinado, agora, com a possibilidade de suas decisões limitarem o poder do governante ou, na pior das hipóteses, permitirem que sobre isso se estabeleça repercussão no plano do direito, evidencia mais um aspecto característico e significativo da dimensão jurídica que norteia a atuação dos conselhos sociais (2013, p. 304).

Assim o autor enfatiza a importância dos conselhos tanto pelo ponto de vista formal (previsão constitucional e infraconstitucional) e também do material enquanto forma de empoderar os sujeitos que participam, promover o debate político e limitar o poder do executivo quando elabora política pública para atender criança e adolescente. Berclaz continuar seu raciocínio:

[...] os conselhos sociais desempenham plural e complexo papel por meio de uma determinada taxonomia ou classificação de atos, dentre os quais destaca-se a possibilidade de deliberação, ou seja, o reconhecimento de que os conselhos sociais tomam decisões. Uma vez admitido este traço deliberativo como característica marcante dos conselhos, vale dizer, assimilado que a tomada de decisão, constitui a essência do conselho social no cumprimento de seu papel (e poder) de controle, ao qual também já se fez referência anteriormente, combinando tal fato com o reconhecimento de que os conselhos sociais constituem uma esfera pública institucionalizada da qual participa, em paridade de composição, representantes do governo, pode-se dizer que os conselhos sociais produzem deliberações que podem ser considerados atos administrativos de caráter especial (BERCLAZ, 2013, p. 304).

Desta forma, é importante que as deliberações dos Conselhos de Políticas Públicas sejam reconhecidas, a fim de que possam vincular e limitar a discricionariedade da Administração. Como dito no primeiro capítulo deste trabalho, os Conselhos possuem composição paritária, fazendo com que as suas deliberações se tornem atos administrativos de caráter especial, pois indiretamente, a Administração Pública “participou” da elaboração das deliberações por meio dos membros do governo que compõem os Conselhos. Novamente afirma Berclaz:

Assim, em sendo as deliberações espécies de atos administrativos por meio dos quais os conselhos sociais manifestam vontades para alcançar determinados objetivos compatíveis com suas funções, evidentemente que não só devem cumprir requisitos de forma,

objeto, motivo, finalidade e competência, como também precisam impactar a condução dos assuntos da política pública específica de parte da Administração, o que implica a discussão quanto à natureza vinculante ou discricionária propiciada pelos posicionamentos manifestados pelos conselhos sociais. Se o Estado participa de algum modo de uma escolha (sentido formal), se esta direção de interesse público (sentido material) acaba sendo tomada a partir de pressupostos válidos de igualdade, liberdade, fluxo adequado de informação e respeito aos limites impostos pela legislação infraconstitucional e, sobretudo, pelos fundamentos constitucionais, é evidente que as posições adotadas pelos conselhos sociais assumem roupagem de atos administrativo e, conseqüentemente, possuem traço de juridicidade a permitir algum tipo de exigibilidade e cobrança perante a sociedade política, do contrário não se pode(ria) falar em princípio que, como se sabe, assim como as regras são espécies de normas de democracia deliberativa (2013, p.309).

As decisões dos Conselhos de Políticas Públicas deveriam vincular a Administração Pública, pois são importante mecanismo de descentralização administrativa para assim obrigar o Poder Executivo a incluir na Lei Orçamentária anual, as verbas necessárias ao atendimento do programa proposto. Na recusa do cumprimento das suas deliberações, cabe ao Conselho de Políticas Públicas requerer o controle judicial das atividades administrativas ou ainda fazer uso de um instrumento previsto pelo próprio Estatuto da Criança e Adolescente no que toca as atribuições dos Conselhos Tutelares²⁹. Portanto, os Conselhos Tutelares são um importante mecanismo administrativo de exigibilidade dos direitos das crianças e adolescentes, pelo que eles devem cumprir com suas atribuições (previstas no artigo 136 do ECA), independente da burocracia do poder público. Nesse sentido, observa André Karts Kaminski:

A colocar, já neste instante, as atribuições do Conselho Tutelar encontram-se enumeradas no art. 136 do Estatuto da Criança e do Adolescente, sendo-lhes fundamental zelar pelo cumprimento dos direitos das crianças e adolescente e defende-los, pondo-os a salvo das situações de ameaça e violação, pela difusão do Novo Direito - ação preventiva - e pela aplicação das medidas de proteção que a lei lhe concede - ação curativa (2002, p. 35)

Destaque para o inciso III, alíneas a e b e incisos IV e IV³⁰, todos do art. 136

²⁹ Como já explicado no primeiro capítulo desta dissertação, os Conselhos dos Direitos da Criança e Adolescente e os Conselhos Tutelares tem atribuições distintas, mas ambos são instrumentos de efetivação de seus direitos.

³⁰ Art. 136. São atribuições do Conselho Tutelar:
(...)

do ECA, os quais dão aos Conselhos Tutelares poderes de requisição, sem a necessidade de representação por meio de outros órgãos ou entidades.

O Estatuto da Criança e Adolescente, ao delegar poderes aos Conselhos Tutelares, conferiu a este órgão, guardadas as devidas proporções, funções e poderes assemelhados àqueles estabelecidos ao juiz da infância e juventude. Dessa maneira, foi definida sua esfera de atuação, atribuindo a seus representantes a prerrogativa de requisitar medidas que, além de efetivar os direitos da criança e do adolescente, posiciona os Conselhos Tutelares como importantes instâncias de poder popular. Para Murilo José Digiácomo

Na verdade, o conselheiro tutelar, na condição de agente político investido de mandato popular, possui poderes e atribuições equiparados aos do Juiz da Infância e Juventude, cujas funções substitui (nesse sentido, vide art.262 da Lei nº 8.069/90), sendo que o próprio Estatuto da Criança e do Adolescente coloca ambas autoridades públicas em absoluta igualdade de condições no momento em que considera crime, previsto em seu art.236, impedir ou embargar tanto a ação do Juiz da Infância e Juventude quanto do membro do Conselho Tutelar, também cometendo a mesma infração administrativa de seu art.249 aquele que descumpre, dolosa ou culposamente tanto a determinação da autoridade judiciária quanto a emanada do Órgão Tutelar.

Por isto é importante se concretizar a hegemonia dos Conselhos, para que sejam Instâncias autônomas, desvinculadas do Poder Executivo (CAMBI, 2011, p. 193).

Embora as deliberações sejam consideradas atos administrativos³¹, este trabalho faz menção ao entendimento defendido por Marcio Berclaz, de que se trata de um ato administrativo diferenciado, como se verifica na seguinte passagem de seu texto:

Diferentemente do ato administrativo típico emanado da Administração Pública que está sujeito ao controle de legalidade jurisdicional e pode ser modificado, no tocante ao ato administrativo especial emanado

III - promover a execução de suas decisões, podendo para tanto:

a) requisitar serviços públicos nas áreas de saúde, educação, serviço social, previdência, trabalho e segurança;

b) representar junto à autoridade judiciária nos casos de descumprimento injustificado de suas deliberações.

IV - encaminhar ao Ministério Público notícia de fato que constitua infração administrativa ou penal contra os direitos da criança ou adolescente;

V - encaminhar à autoridade judiciária os casos de sua competência;

³¹ Vide capítulo 3, subseção 3.4.

pelas posições dos conselhos sociais a possibilidade de prestação jurisdicional serve muito mais para garantir a sua efetividade do que propriamente a sua alteração; o controle jurisdicional que aqui pode se estabelecer vai, no mínimo, no sentido de o Poder Executivo não poder, unilateralmente, invalidar e caminhar em sentido absolutamente contrário ao que foi decidido pelo Conselho Social, especialmente sem motivação ou fundamentos que justifiquem (BERCLAZ, 2013, p. 309).

O autor continua, afirmando que:

A previsão constitucional do princípio da democracia deliberativa, como já demonstrado, não pode ser comando retórico ou vazio de sentido. A própria ideia dos conselhos sociais como espaços onde é possível se obter um consenso crítico democrático impõe que o projeto político gerado seja levado à prática e institucionalmente efetivado. O que a Constituição promete há de ser cumprido, as regras do seu jogo não de ser seguidas, independente do gosto ou do interesse pessoal do governante (BERCLAZ, 2013, p. 310).

Ocorre que doutrinadores de Direito Administrativo não consideram o ato emanado pelos conselhos como um ato administrativo *sui generis* ou especial. Trata-se de um ato administrativo ordinário. Em verdade, o que este trabalho defende é que o controle judicial não se justifica em razão do tipo de ato administrativo emanado pelos conselhos e sim em razão do grupo a ser protegido em virtudes das políticas públicas deliberadas pelos Conselhos dos Direitos da Criança e Adolescente.

Assim, o controle jurisdicional poderá ser utilizado com a função de “obrigar” a Administração Pública a cumprir a deliberação do Conselho, não devendo, porém, o judiciário interferir no conteúdo da deliberação (conteúdo da política pública), uma vez que esta representa a vontade de um colegiado, legitimado pela Constituição Federal, no exercício da soberania garantida por seu texto.

3.2 NATUREZA JURÍDICA DAS DELIBERAÇÕES DO CONSELHO

Uma conceituação acerca do ato administrativo se mostra necessária neste ponto do trabalho, pois há que se investigar a existência de uma classificação especial ou não para a natureza jurídica das deliberações emanadas pelos conselhos e a conseqüente produção de seus efeitos. Contudo, sabe-se ser possível o exercício de controle pelo poder judiciário de qualquer ato administrativo em razão

de ilegalidade ou inconstitucionalidade.³²

Na doutrina brasileira, existem duas grandes correntes para conceituação do ato administrativo. A primeira, dita tradicional, tem como principais defensores Carvalho Filho, Di Pietro, Medauar. Tal corrente defende que o ato administrativo possui uma conceituação menos ampla, excluindo-se os atos normativos do Poder Executivo, pois eles possuem características próprias.

Representando esta corrente, Maria Silvyia Zanella Di Pietro conceitua o ato administrativo como “a declaração do Estado ou de quem o represente, que produz efeitos jurídicos imediatos, com observância da lei, sob regime jurídico de direito público e sujeita a controle pelo Poder Judiciário.” (2014, p. 205).

Uma segunda corrente doutrinária, mais ampla, é liderada por Celso Antônio Bandeira de Mello (2016). Ele acrescenta ao conceito acima transcrito mais duas características: concreção e unilateralidade. Por concreção entende-se a necessária produção de efeitos concretos, afastando-se os efeitos abstratos, dos atos normativos por exemplo. Por unilateralidade tem-se a ideia da hiperatividade, afastando a bilateralidade, característica dos contratos enquanto atos bilaterais.

Há quem diga que o ato administrativo é espécie do ato jurídico, conceituado anteriormente pelo artigo 81 do Código Civil de 1916, o qual definia o ato jurídico como sendo “todo ato lícito, que tenha por fim imediato adquirir, resguardar, transferir, modificar ou extinguir direitos”.

Para José Cretella Junior (1977), acrescenta-se a estes elementos que a titularidade do ato pelo Estado e seu conteúdo é de Direito Administrativo.

Segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2014), ato administrativo é a declaração do Estado ou de quem o represente, que produz efeitos jurídicos imediatos, com observância da lei, sob o regime jurídico de direito público e sujeita ao controle pelo Poder Público.

Sabe-se que os Conselhos de Políticas Públicas são órgãos pertencentes à Administração Pública³³ e, portanto, produzem atos administrativos por meio de suas

³² “Costuma-se apontar três características essenciais da função administrativa: é parcial, concreta e subordinada. É parcial no sentido de que o órgão que a exerce é parte nas relações jurídicas que decide, distinguindo-se, sob esse aspecto, da função jurisdicional; é concreta, porque aplica a lei aos casos concretos, faltando-lhe a característica de generalidade e abstração própria da lei; é subordinada, porque está sujeita a controle jurisdicional.” (DI PIETRO, 2014, p.202)

³³ “Os conselhos constituem-se normalmente em órgãos públicos de composição paritária entre a sociedade e o governo, criados por lei, regidos por regulamento aprovado por seu plenário, tendo caráter obrigatório uma vez que os repasses de recursos ficam condicionados à sua existência, e que assumem atribuições consultivas, deliberativas e/ou de controle.” (GOMES, 2003, p. 39).

deliberações. Relembre-se que os Conselhos não têm personalidade jurídica distinta de seu órgão de origem, o que reforça o caráter de ato administrativo das deliberações produzidas pelos conselhos. A presente dissertação investiga ainda se os atos administrativos produzidos pelos Conselhos dos direitos da criança e adolescente possuem prioridade frente aos demais atos da Administração, não se amoldando às classificações aqui já citadas sobre o ato administrativo.

Como visto no item 4.2 desta dissertação, Marcio Berclaz, defende que o ato administrativo produzido pelos Conselhos dos direitos da criança e adolescente possui caráter especial em razão do estágio da vida humana em que eles se encontram, pelo que as políticas públicas para esta categoria de seres humanos possuem uma conseqüente prioridade.

O efeito desta classificação é que as deliberações dos conselhos dos direitos da criança e adolescente teriam prioridade no cumprimento perante a Administração Pública e, de certa forma, não precisariam sofrer controle por parte do Poder Judiciário, pois não seriam descumpridos.

Ocorre que esta dissertação, ainda que considere o princípio da prioridade absoluta da criança e adolescentes, não adere à classificação defendida por Marcio Berclaz, uma vez que não encontra apoio na doutrina de Direito Administrativo Brasileiro e também por acreditar que classificar um ato administrativo como especial, gerando-lhe um *stantard* especial, não lhe garantirá o seu cumprimento por parte da Administração Pública, provocando assim necessidade do controle judicial.

Portanto, classificar como especial o ato administrativo produzido pelos Conselhos dos direitos da criança e adolescente, causa apenas mais simbolismo do que efeitos concretos, não diminuindo ou extinguindo a necessidade de controle pelo Poder Judiciário.

Ressalte-se ainda que o controle a ser eventualmente exercido pelo Poder Judiciário não diz respeito ao ato administrativo em si, já que como visto nesta parte do trabalho, pois o ato administrativo presume-se legítimo e verídico, pelo que o Poder Judiciário não fará o seu controle (controle da deliberação do Conselho) e sim o Controle da Administração Pública que deixou de cumprir a deliberação emanada pelo respectivo Conselho dos Direitos da Criança e Adolescente. Justifica-se o controle desta forma, pois:

As normas de direito administrativo que contêm conceito

indeterminados que contêm conceitos indeterminados apresentam alguma especificidade que as distinga das demais normas jurídicas de modo a resguardar-se uma área de insindicabilidade judicial? Afinal, a técnica legislativa dos conceitos indeterminado não é usada com exclusividade no domínio do Direito Administrativo, sendo comum a todos os campos de manifestação do Direito Público ou Privado, como por exemplo “periculosidade” (MORAES, 2004, p. 106).

A isso se chama “Possibilidade de Substituição dos Atos Administrativos não Vinculados³⁴” sendo certo que o Judiciário poderá, por meio da atividade jurisdicional de controle, substituir o ato administração pública quando ela deixa-lo de fazer ou ainda determinar que ela o faça, “pois continuará competindo a ela, após a remoção do ato impugnado judicialmente, reeditá-lo, ainda que sempre adstrita às limitações jurídicas contrastáveis jurisdicionalmente” (MORAES, 2004, p. 111).

A crítica de parte da doutrina³⁵, reside no fato de que o Poder Judiciário é ilegítimo para administrar e portanto invadiria a competência do Poder Executivo em sua atividade típica. Ademais, há um campo onde o Judiciário não poderia chegar, um limite mínimo denominado por Nuno Piçarra como “reserva da administração” local em que há um “âmbito de competência e responsabilidades exclusivas do poder executivo” (1990, p. 334).

Todavia, mesmo com esta “área de livre decisão” necessária para que a Administração Pública consiga cumprir seu mister, havendo lesão ou ameaça de lesão à direito, há de se observar o princípio da inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, XXXV, da CF), seja em razão do princípio da legalidade ou de qualquer outro princípio da Administração Pública com a finalidade de se invalidar o ato que lesou ou ameaçou de lesão o direito (MORAES, 2004, p.111).

Isso porque no Estado de Direito dos séculos XX e XXI não se discute mais a possibilidade da ausência de controle entre os poderes uma vez que

(...) não se concebe mais a noção do Direito fora do regime de legalidade e do regime de observância dos princípios constitucionais. Por fim, o exercício da Administração Pública na denominada área de livre decisão não significa arbítrio, pois pressupõe sempre uma lei a conferir essa margem de liberdade à Administração Pública

³⁴ Termo retirado do item 1.2 do Capítulo I, do Título III da Obra “O Controle Jurisdicional da Administração Pública”, escrito por Germana de Oliveira Moraes. Neste ponto do livro, a autora apresenta dois posicionamentos distintos acerca da possibilidade ou não de substituição judicial do ato administrativo.

³⁵ Autores como Luciano Parejo e Nuno Piçarra

(MORAES, 2004, p. 111).

Por isso, filia-se ao posicionamento de Germana de Oliveira Moraes, para quem “de toda sorte, reconhece não ser em todos os casos que se entende indevida a substituição do ato pelo juiz, a qual somente será cabível quando existir regra suficiente de Direito objetivo determinante da solução do caso” (2004, p. 163).

Desta forma também entende Edinilson Donisete Machado, ao dialogar com John Hart Ely e Oscar Vilhena Viera, concluindo que

propõe-se o modelo de democracia consensual, em que há possibilidade da revisão das opções realizadas por via das normas constitucionais. Ressalva-se que em hipótese alguma pode haver a substituição, nas escolhas políticas, pela função jurisdicional. (2012, p. 136)

Neste ponto as medidas que aqui serão propostas tem importante função na efetivação não só dos direitos das crianças e adolescentes atendidos por políticas públicas formuladas, mas também na função dos Conselhos de Políticas Públicas enquanto instâncias deliberativas e de efetiva participação popular.

3.3 O CONTROLE JUDICIAL DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Como dito no capítulo acima, há tempos a doutrina e a jurisprudência discutem a possibilidade do controle judicial do ato administrativo, isso porque, em tese, tal controle fere o princípio da separação dos poderes, hodiernamente previsto no art. 2º da CF/88.

É certo que tal princípio deve ser observado pelo Juiz, sob pena de se adentrar à esfera de poder discricionário do administrador, enquanto responsável pela escolha das prioridades a serem atendidas pelo Estado. Na lição de Hely Lopes Meirelles

[...] Essa liberdade funda-se na consideração de que só o administrador, em contato com a realidade, está em condições de bem apreciar os motivos ocorrentes de oportunidade e conveniência da prática de certos atos, que seria impossível ao legislador, dispondo na regra jurídica - lei - de maneira geral e abstrata, prover com justiça e acerto. Só os órgãos executivos é que estão, em muitos casos, em condições de sentir e decidir administrativamente o que convém e o que não convém ao interesse coletivo. Em tal

hipótese executa a lei vinculadamente, quanto aos elementos que ela discrimina, e discricionariamente, quanto aos aspectos em que ela admite opção. (...) Erro é considerar-se o ato discricionário imune à apreciação judicial, pois só a Justiça poderá dizer da legalidade da invocada discricionariedade e dos limites de opção do agente administrativo. O que o Judiciário não pode é, no ato discricionário, substituir o discricionarismo do administrador pelo do juiz. Não pode, assim, `invadir opções administrativas ou substituir critérios técnicos por outros que repute mais convenientes ou oportunos, pois essa valoração' é privativa da Administração. Mas pode sempre proclamar as nulidades e coibir os abusos da Administração (2007, p. 120/121).

Contudo, a divisão dos poderes não é absoluta, como não é princípio constitucional. Evidentemente, não se pode conceber uma democracia sem a separação de Poderes. Mas se tal separação fosse de forma absoluta, seria impossível o controle sobre eventuais abusos e irregularidades, pelo que se apresenta salutar e necessária a integração entre Poderes, seja sob a forma de fiscalização ou mesmo de participação. É o chamado sistema de freios e contrapesos, pelo qual um Poder tem a prerrogativa e o dever de coibir abusos por parte de outro. Para Gilmar Mendes e Paulo Branco, “a separação dos Poderes tem por objetivo político reparti-los entre pessoas distintas, para, por esse meio, impedir a concentração, adversária potencial da liberdade.” (2014, p.51).

Ademais, não pode o Estado deixar de atender a questões de sua alçada quando prioritárias por disposição do texto constitucional, sob a alegação de que, por força da separação de Poderes, compete ao Executivo definir o que seria e o que não seria prioritário.

Assim sendo, o poder discricionário da administração pública não pode se sobrepor aos princípios da dignidade humana, da integridade física da sociedade, porquanto garantido constitucionalmente. Seria distorção pensar que o princípio da separação dos poderes, originalmente concebido com o escopo de garantia dos direitos fundamentais, pudesse ser utilizado como óbice à realização dos direitos sociais, igualmente importantes.

A noção geral de constitucionalismo implica na limitação do poder estatal frente ao cidadão e à sociedade, sendo tal limitação imposta pela lei. Já o neoconstitucionalismo implica na ideia de que o Estado deve cumprir aquilo que descreve a Constituição, enquanto forma de legitimação de seu poder frente à sociedade:

A idéia de o Estado estar auto-obrigado ao cumprimento de seu próprio direito tem desempenhado papel fundamental na formação do constitucionalismo moderno. Isso porque essa questão não apenas contém a onipotência do Estado mediante a fixação de normas para a exteriorização de sua vontade, mas também consiste em limitar sua atividade principalmente em virtude do reconhecimento de direitos individuais a serem protegidos (ABBOUD, 2015, p.122)

Assim surge então um protagonismo do Poder Judiciário na implementação e concretização das políticas públicas, uma vez que já haveria um descrédito da população nos demais poderes e principalmente nos políticos, pois como bem lembra Cappelletti (1999, p.44), “Os valores e prioridades desses políticos são, por isso, muito amiúde valores e prioridades locais corporativos ou de um grupo”.

Ademais, tratando-se de direito essencial, incluso no conceito de mínimo existencial, não existe empecilho jurídico para que o Judiciário determine a inclusão de determinada política pública nos planos orçamentários do ente político, mormente quando não houver comprovação objetiva da incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal.

Mesmo não tendo relação com o assunto do trabalho, é importante citar que a jurisprudência pátria vem se posicionando de forma semelhante em outras temáticas, uma vez que segundo decidiu o STJ, que, constatando-se irregularidades em cadeia pública, tais como superlotação, celas sem condições mínimas de salubridade, desrespeito à integridade física e moral dos detentos, deve ser julgada procedente ação civil pública que objetive obrigar o Estado a adotar providências administrativas e respectiva previsão orçamentária para reformar a referida cadeia pública ou construir nova unidade, especialmente quando o réu não comprovar objetivamente a incapacidade econômico-financeira de fazer frente a essa despesa. (STJ. 2ª Turma. REsp 1.389.952-MT, Rel. Min. Herman Benjamin, julgado em 3/6/2014).

Ocorre que no caso da criança e do adolescente há uma especificidade proveniente da legislação internacional (Declaração dos Direitos da Criança), da Constituição Federal e conseqüentemente da legislação infraconstitucional, as quais, como visto no segundo capítulo deste trabalho, adotaram a teoria da proteção integral da criança e do adolescente, entendendo que elas possuem prioridade absoluta na efetivação dos direitos fundamentais, justamente pela fase da vida humana em eles se encontram.

Entende-se, desta forma, que o Poder Judiciário, por meio da jurisdição constitucional, possui grande importância para a solução do caso em estudo, vez que atua na guarda e cumprimento da Constituição Federal, equilibrando a atuação dos três poderes e concretizando os direitos fundamentais sociais por meio da determinação para cumprimento da política pública deliberada pelo conselho de política pública. Nesse sentido, defende Georges Abboud:

É, principalmente por meio da jurisdição constitucional, que o Poder Judicial insere-se, hoje, no equilíbrio de poderes. A tarefa da jurisdição constitucional é decidir com autoridade, os casos de violação ao texto constitucional. Essa atividade inclui tanto o controle dos poderes estatais como tarefa da concretização e evolução do direito constitucional. (2015, p. 104)

Entende-se assim que a intervenção não fere o princípio da separação dos poderes, atuando no cumprimento do texto constitucional, efetivando direitos e ratificando a existência dos conselhos como importante medida à democracia participativa no Brasil.

3.4 OBSTÁCULOS JURÍDICOS AO CUMPRIMENTO DAS DELIBERAÇÕES DOS CONSELHOS DOS DIREITOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

Em que pese a existência de comando normativo constitucional e infraconstitucional explicitando a importância dos conselhos dos direitos da criança e adolescente na gestão da política pública e que estes conselhos também são compostos por membros do poder público, a realidade demonstra que, por vezes, a administração pública não viabiliza a participação dos conselhos na formulação e execução de políticas públicas

Como exemplo, a mesma reportagem que mostra a disseminação dos “sovietes” coloca que “a maioria dos conselhos ainda não participa da administração pública”. Sua influência costuma depender da vontade política do executivo, uma vez que não há estruturas jurídicas que tornem as decisões do conselho imperativas ao executivo (GOMES, 2003, p. 41).

A citação acima, na qual o autor retrata essa dificuldade, dá conta de que não há lei que faça o poder executivo cumprir as deliberações tomadas pelos conselhos e, quando instado a fazê-lo por meio do controle judicial, alega a

inexistência de recursos financeiros, apoiando-se na reserva do possível, tema tratado no segundo capítulo deste trabalho.

A lei apenas prevê a sua criação e existência, dispondo acerca de suas funções e composição. Pode-se dizer que a lei traz os conselhos como elementos figurativos, já que não garante executoriedade de suas deliberações ou ainda, “Estes conselhos, com a sobrecarga e o acúmulo de tarefas, têm, em grande parte, uma existência meramente formal, sem condições de participação efetiva da sociedade civil na política adotada” (TEIXEIRA, 2000, p. 113-114).

Contudo, como bem disse Maria da Glória Gohn, “os conselhos gestores são importantes porque são fruto de lutas e demandas populares e de pressões da sociedade civil pela redemocratização do país.” (2011, p. 88).

Sendo assim, embora muitas vezes o poder público tente diminuir ou menosprezar a participação dos conselhos, a mobilização social acaba sendo o meio de se fazer valer os ditames constitucionais. Nesse sentido:

Finalmente, ao buscar a efetividade, a experiência tem mostrado que os conselhos precisam recorrer ao apoio e mobilização da sociedade civil para que, de fato, suas deliberações tenham mais força. Assim, é necessário enfatizar a publicização do conselho, a divulgação das suas ações e a discussão pública da sua pauta (GOMES, 2003, 43)

Assim é necessário fazer com que a população tenha conhecimento acerca deste canal de participação direta na democracia, criando ainda meios de se fomentar e incentivar o ingresso dos populares nestes locais. A consequência seria a ocupação dos espaços públicos pelo povo, os quais poderiam deliberar acerca das políticas públicas dirigidas às crianças e adolescentes e assim promover a governabilidade em conjunto com o Poder Executivo.

3.5 MECANISMOS/INTRUMENTOS JURÍDICOS DE EFETIVAÇÃO DAS DELIBERAÇÕES DO CONSELHO

No capítulo reservado às políticas públicas, foi demonstrada a sua importância dentro do ordenamento jurídico como ferramenta de efetivação de direitos sociais. Para Maria Sylvania Zanella Di Pietro, “Políticas públicas são metas e instrumentos de ação que o Poder Público define para a consecução de interesses públicos que lhe incumbe proteger.” (2014, p. 829) Por vezes a própria constituição

dispõe metas genéricas³⁶ ou até mesmo indica quais são os instrumentos hábeis para alcançar estas metas³⁷. Em outras situações, a Constituição traça um desenho institucional, definindo competências aos entes federados para execução destas políticas públicas³⁸. Contudo, não basta a constituição prever.

Direitos sociais são normas programáticas e, portanto, necessitam de leis e medidas administrativas para serem concretizadas. Diante de mandamentos genéricos ditados pela Constituição, coube ao poder legislativo instituir leis que viabilizassem a concretização dos direitos constitucionalmente previstos. Exemplos disso são o Plano Plurianual e da Lei de Diretrizes Orçamentárias, nas quais se definem quais são as prioridades da administração públicas, vez que os recursos financeiros são finitos.

De outro lado, tem-se outras leis que também possibilitam o implemento das políticas pelo Estado, sendo elas a Lei nº 10.257, de 10-7-01 (Estatuto da Cidade), que regulamenta os artigos 182 e 183 da Constituição Federal e estabelece diretrizes gerais da política urbana. É o que consta da Lei nº 6.983, de 31-8-8 1, que define a Política Nacional do Meio Ambiente, da Lei nº 9.433, de 8-1-97, que define a Política Nacional de Recursos Hídricos, da Lei nº 9.478, de 6-8-97, que dispõe sobre a Política Energética Nacional e as Atividades Relativas ao Monopólio do Petróleo. Por sua vez, na área da saúde, os princípios e diretrizes constam da Lei nº 8.080, de

³⁶ Art. 170, CF: “A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social...”.

Art. 194, CF: “A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social. Parágrafo único. Compete ao Poder Público, nos termos da lei, organizar a seguridade social...”.

Art. 196, CF: “A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”.

Art. 205, CF: “A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho”.

³⁷ Art. 182, §4º, CF: “É facultado ao Poder Público municipal, mediante lei específica para área incluída no plano diretor, exigir, nos termos da lei federal, do proprietário do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, que promova seu adequado aproveitamento...”.

Art. 184, CF: “Compete à União desapropriar por interesse social, para fins de reforma agrária, o imóvel rural que não esteja cumprindo sua função social, mediante prévia e justa indenização em títulos da dívida agrária, com cláusula de preservação do valor real, resgatáveis no prazo de até vinte anos, a partir do segundo ano de sua emissão, e cuja utilização será definida em lei”.

Art. 201, CF: “A previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial...”.

Art. 208 da CF: “O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de...”.

³⁸ Art. 21, CF: “Compete à União:...”.

Art. 23, CF: “É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:...”.

19-9-90.

Ocorre que muitas dessas leis atribuem ao Poder Executivo, por meio das Administrações Direita e Indireta e, principalmente, das Agências Reguladoras, a capacidade de complementar as políticas públicas e efetivá-las junto à população, excluindo o Poder Judiciário dessas atividades. Nesse sentido, afirma Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

Rigorosamente, diante da distribuição constitucional de competências entre os três Poderes do Estado, pode-se afirmar que as políticas públicas são definidas pelo legislador e executadas pelo Executivo. Nenhuma atribuição é outorgada ao Poder Judiciário para a definição ou implementação de políticas públicas, sendo o seu papel o de controlador da constitucionalidade das leis e legalidade dos atos administrativos pertinentes às políticas públicas, inclusive no que diz respeito às omissões antijurídicas. (2013, p. 832)

É certo que estas leis não poderiam realizar tal tarefa, uma vez que a definição e por certo os limites de cada Poder é atributo da Constituição Federal, sendo medida inconstitucional a ampliação dos poderes por ato legislativo infraconstitucional. Mas isso não impediu ou impede que o Poder Judiciário interfira nas políticas públicas.

Isso porque, em que pese a previsão de que as decisões proferidas pelos conselhos possuam caráter deliberativo, Maria da Glória Gohn afirma que isso "não garante sua implementação efetiva, pois não há estruturas jurídicas que deem amparo legal e obriguem o Executivo a acatar as decisões dos conselhos (mormente nos casos em que essas decisões venham a contrariar interesses dominantes)" (2011. p.96).

Ocorre que o descumprimento ou inércia no cumprimento da determinação estampada no diploma legal traz aos órgãos de representação a possibilidade do ajuizamento de ação a fim de que o executivo cumpra o mandamento legal, conforme defende Fernando de Brito Alves:

Toda vez que houver déficit de representatividade, não sendo possível a sua correção pelas vias administrativas ordinárias, sobretudo quando a natureza do conselho for deliberativa, deve-se recorrer ao judiciário, para que a correção seja distorcida já que na hipótese ocorreria violação indireta das normas que regem os diversos conselhos (2013, p. 239).

Dentre as estruturas jurídicas faltantes mencionadas por Maria da Glória Gohn, destaca-se a ausência de personalidade jurídica dos conselhos, o que impossibilita que eles próprios ajuízem ação judicial pleiteando o cumprimento de suas deliberações³⁹, uma vez que a personalidade jurídica dos conselhos é vinculada à personalidade jurídica da administração pública a qual ele pertence⁴⁰.

Assim, como os conselhos não podem propor ações judiciais por si próprios, há quem defenda um papel ativo do Ministério Público no tocante ao cumprimento deste mister. Marcio Soares Berclaz, defendeu em sua dissertação de mestrado intitulada: “Natureza Político-Jurídica Dos Conselhos Sociais No Brasil: uma leitura a partir da política da libertação e do pluralismo jurídico”, um ativismo ministerial no tocante ao ajuizamento de ações civis públicas perante o judiciário a fim de fazer valer as deliberações emanadas pelos conselhos. Para ele:

A aplicabilidade das decisões dos conselhos sociais, como se vê, atrela-se de forma decisiva ao papel a ser desenvolvido pelo Ministério Público como instituição que, ao exercer parcela da soberania estatal (representando o povo e a sociedade brasileira), precisa vocalizar e levar adiante, extrajudicial ou judicialmente, as decisões e posições tomadas pelos conselhos sociais no regular cumprimento das funções (2013, p. 320-321).

Contudo, a intervenção do judiciário no cumprimento das determinações dos conselhos, traz à tona a discussão acerca da afronta à separação dos poderes, princípio fundamental a fim de manter a harmonia e o equilíbrio entre os poderes Executivo, Legislativo e Judiciário. Isso porque, cabe ao poder executivo a montagem e estruturação das políticas públicas para atendimento da população, em especial as crianças e adolescentes, sendo, em uma análise puramente tecnicista, incabível a intervenção do judiciário nesse sentido.

Oscar Vilhena Viera (1999, p. 212) ao pensar Hart em “*Democracy and Distrust*” (1980, p.45), atribui como principal problema do controle jurisdicional da

³⁹ “Entendemos, por isso que, ainda sob o aspecto da efetividade, a atuação dos Conselhos é injustificadamente limitada, quando, por exemplo, não lhe é assegurada a legitimidade processual ativa para ingressar com Ação Civil Pública para reclamar ao poder judiciário a tutela objetiva e específica das políticas públicas por ele estabelecidas.” (ALVES, Fernando de Brito. **Constituição e Participação Popular**: A construção histórico-discursiva do conteúdo jurídico-político da democracia como direito fundamental. Curitiba: Juruá, 2013, p. 240).

⁴⁰ Neste ponto do trabalho, interessa citar a sugestão dada pelo Prof. Dr. Fernando de Brito Alves quanto a inclusão dos Conselhos de Políticas Públicas, de acordo com a respectiva pertinência temática, no rol de legitimados para propositura de ação civil pública, constante no art. 5º. da Lei 7347/1985.

administração pública o fato de que os membros do Poder Judiciário não foram eleitos de nenhuma forma, não tendo assim responsabilidade política. Todavia tem poder (dado pela Constituição) para determinar aos governantes eleitos o que fazer ou ainda dizer que não podem governar da forma como querem (MACHADO, 2012)

Contudo, isso não implica dizer que o Judiciário irá ocupar ou se usurpar da função dos políticos, pois como bem destaca Daniel Innerarity “Não se trata de estar sempre dizendo aos políticos, como se fossem meros ventríloquos da sociedade, aquilo que eles têm de fazer, do mesmo modo que também ele não tem o direito de determinar qual a opinião que temos deles”. (2017, p. 214)

O controle judicial da atividade administrativa é necessário para evitar o arbítrio apoiado na legalidade da discricionariedade⁴¹ que pode levar a ausência de cumprimento dos direitos fundamentais sociais e para isso, desde a antiguidade helênica, nas teorias criadas por Heródoto e Aristóteles pensa-se na tripartição dos poderes do Estado com a finalidade de se evitar, por meio do controle, o arbítrio daquele que exerce o poder.

Hodiernamente, a este fenômeno dá-se o nome de teoria dos freios e contrapesos (*checks and balances*) desenvolvida inicialmente por Thomas Jefferson, terceiro presidente dos Estados Unidos da América do Norte e um dos principais autores da declaração de independência daquele país. A questão do controle judicial da administração pública no Brasil sofreu alterações com relação ao pensamento inicialmente proposto por Jefferson.

Isso porque no contexto em que ela foi elaborada (Estados Unidos da América do final do século XVIII, onde predominava a economia agrária e o comércio existia apenas para servir à agricultura), Jefferson pensou a teoria como meio de equilibrar os três poderes com a participação do povo e por isso em sua proposta, o Poder Judiciário também deveria ser eleito pelo povo, respeitando acima de tudo, o princípio republicano.

Ainda para Jefferson, a necessidade de que o Poder Judiciário fosse eleito pelo povo, vinha do medo de que ele se sobressaísse com relação aos demais poderes.

⁴¹ Como salienta Seabra Fagundes, “Todas as atividades da Administração Pública são limitadas pela subordinação à ordem jurídica, ou seja, à legalidade. O procedimento administrativo não tem existência jurídica se lhe falta, como fonte primária, um texto de lei. Mas não basta que tenha sempre por fonte a lei. É preciso, ainda, que se exerça segundo a orientação dela e dentro dos limites nela traçados. Só assim o procedimento da Administração é legítimo.

No Brasil, em um contexto diferente do norte americano, a teoria dos freios e contrapesos, no que toca ao controle judicial, tem como finalidade o fiel cumprimento da Constituição, não se confundindo com supremacia do Poder Judiciário sobre o Poder Executivo, quando aquele Poder se tornaria o protagonista da política pública, passando a decidir onde, quando e como ela dever ser aplicada.

O controle da administração pública neste país se mostrou necessário, pois até o emblemático acórdão prolatado na Apelação Cível nº 1.422 do TJRN, tendo como relator o desembargador Seabra Fagundes, o Judiciário entendia que os atos administrativos discricionários possuíam um patamar de absoluto, não cabendo controle jurisdicional.

Liderados então por Seabra Fagundes, outros doutrinadores passaram a adotar um posicionamento semelhante. Cite-se aqui Vítor Nunes Leal (1948) e Caio Tácito (1975).

Encontrando um ponto comum na ideia central de cada um destes doutrinadores, entendia-se que o controle jurisdicional deveria ser realizado quando houvesse o desvio da finalidade pública por parte da administração.

Destes doutrinadores, Seabra Fagundes inspirado por Vítor Nunes Leal, defendia com vigor o controle jurisdicional do que ele entendeu como poder discricionário e não ato discricionário. Afirmou que

Vítor Nunes Leal, em comentário inserto na Revista de Direito Administrativo, a propósito de acórdão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte, opõe objeções à locução ato discricionário, que, embora como reconhece, de uso frequente, é “conceitualmente defeituosa”, pois não existe ato discricionário, “o que existe é poder discricionário”, por isto que os atos em virtude deste exercício ficam apenas parcialmente à discricção do administrador. (FAGUNDES, 1967, p. 83)

Já Caio Tácito (1975), que também defende a existência do controle, a faz com a ressalva de que a Administração deve possuir um campo livre de atuação.

Opondo-se a estes doutrinadores, cita-se Themístocles Cavalcanti, para quem a discricionariedade quando praticada com desvio de finalidade não poderia sofrer controle pelo Poder Judiciário, mas apenas da própria administração pública (1966). Discorda-se da posição do eminente ex ministro do Supremo Tribunal Federal, uma vez que as teorias de controle de poder foram idealizadas justamente ante as desastrosas experiências de concentração de poder.

Há ainda quem defenda a necessidade de intervenção e controle não apenas para evitar arbítrios por parte da Administração Pública, mas para que se efetivem as políticas públicas projetadas e conseqüentemente os direitos sociais constitucionalmente previstos.

Em importante texto publicado na Revista do Tribunal de Contas do Município do Rio de Janeiro⁴², a pesquisadora Patrícia Verônica Nunes Carvalho Sobral de Souza afirma que:

Relevante é a necessidade de efetivação dos direitos fundamentais e, para que tal ocorra, há que justificar a judicialização das políticas públicas, cujo fundamento se encontra na supremacia da Constituição. Isto quer dizer que o Judiciário, nesse particular, não invade o âmbito do Poder Executivo, mas diante de sua inércia, aplica os preceitos da Carta Maior (2013, p. 41);

Afirmar isso importa dizer que o Judiciário não pode adentrar no mérito da decisão⁴³ (o conteúdo da política pública) tendo competência apenas para determinar o cumprimento ou não daquilo que foi deliberado e assim efetivar a constituição em dois momentos: a) quando do controle dos atos da administração pública contrários à Constituição; b) efetivação dos direitos previstos na Constituição Federal.

Por isso o trabalho defende o cabimento de representação dos Conselhos perante o poder judiciário por diversas instituições, sendo elas o Ministério Público, a Ordem de Advogados do Brasil por meio de seus advogados dativos, dos Núcleos de Prática Jurídica das Faculdades de Direito ou das Defensorias Públicas⁴⁴. Todas

⁴² O controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário, n. 53 - Fevereiro 2013, p. 40-44.

⁴³ "A categoria do mérito do ato administrativo, embora se tenha estreitado, com a admissão do critério principiológico do controle jurisdicional da atividade administrativa, não resta abolida. Compreende-se o mérito como "núcleo da discricionariedade insuscetível de controle jurisdicional, quer à luz da legalidade, quer à luz dos princípios de Direito" (MORAES, 2004, p. 147). Desta forma os princípios se tornaram parâmetro de controle jurisdicional da administração pública, sendo necessária uma breve distinção entre regras e princípios na lição de Robert Alexy, explicada por Letícia Balsamão Amorim sendo que "Para Alexy, o ponto decisivo para a distinção entre regras e princípios é que princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes. Por isso, os princípios são mandados de otimização, que estão caracterizados pelo fato de que podem ser cumpridos em diferentes graus e que a medida devida de seu cumprimento não só depende das possibilidades reais como também das jurídicas. O âmbito do juridicamente possível é determinado pelos princípios e regras opostas". (2005, p. 126).

⁴⁴ A Lei Orgânica da Defensoria Pública (LC nº 80/94) passou a prever, a partir de 2009, por meio da LC nº 132, a possibilidade de atuação das Defensorias Públicas Federais, do Distrito Federal, dos Território e dos Estados na promoção da ação civil pública e todas as espécies de ações capazes de propiciar a adequada tutela dos direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos quando o resultado da demanda puder beneficiar grupo de pessoas hipossuficientes – Art. 4º, VII, da LC nº

estas medidas visam dar efetividade às deliberações enquanto atos administrativos descumpridos ou inobservados pela Administração Pública.

Cumpre ainda mencionar um importante instrumento de titularidade do Ministério Público na busca pela efetivação das deliberações dos Conselhos de Políticas Públicas. O termo de ajustamento de conduta (TAC), é um acordo que o Ministério Público pode celebrar com o violador de determinado direito coletivo. Este instrumento tem a finalidade de impedir a continuidade da situação de ilegalidade, reparar o dano ao direito coletivo e evitar a ação judicial, com previsão no § 6º do art. 5º da Lei 7347/85 e no art. 14 da Recomendação do CNMP nº 16/10.⁴⁵

Caso o compromisso seja desrespeitado, o Ministério Público pode ajuizar ações civis públicas para a efetivação das obrigações assumidas no acordo, isso porque o TAC tem natureza de título executivo extrajudicial.

Todas estas medidas podem ser propostas enquanto perdurar a ilegitimidade dos Conselhos para pleitear em juízo, cabendo mais uma vez ao Judiciário, a efetivação das decisões conselhistas e conseqüentemente das políticas públicas por eles elaboradas.

Mas aqui fica a ressalva: este trabalho persegue as deliberações emanadas pelos Conselhos de Direitos da Criança e do Adolescente. Defende-se que a este grupo específico caiba o ativismo de diversas instituições que promovem a representação perante o Judiciário, quando atua em favor e em substituição aos Conselhos perante o Poder Judiciário e o ativismo judicial quando interfere nas escolhas do Administrador e do Legislador para determinar que se cumpra a

80/94). Ainda sobre o tema, em 2015 o STF julgou improcedente Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 3.943) proposta pela Associação Nacional dos Membros do Ministério Público (Conamp) sob a alegação de que, tendo sido criada para atender, gratuitamente, cidadãos sem condições de se defender judicialmente, seria impossível para a Defensoria Pública atuar na defesa de interesses coletivos, por meio de ação civil pública. “Seguindo o voto da relatora, ministra Cármen Lúcia, os ministros entenderam que o aumento de atribuições da instituição amplia o acesso à Justiça e é perfeitamente compatível com a Lei Complementar 132/2009 e com as alterações à Constituição Federal promovidas pela Emenda Constitucional 80/2014, que estenderam as atribuições da Defensoria Pública e incluíram a de propor ação civil pública.” Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=291085> Acessado em: 10 de jun de 2018.

⁴⁵ § 6º Os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante cominações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial.

Art. 14. O Ministério Público poderá firmar compromisso de ajustamento de conduta, nos casos previstos em lei, com o responsável pela ameaça ou lesão aos interesses ou direitos mencionados no artigo 1º desta Resolução, visando à reparação do dano, à adequação da conduta às exigências legais ou normativas e, ainda, à compensação e/ou à indenização pelos danos que não possam ser recuperados.

deliberação emanada dos Conselhos de Políticas Públicas, tudo isso em razão da fase peculiar da vida humana em que se encontram a criança e o adolescente. Para outras situações, acompanha-se a posição dos doutrinadores acima citados, para os quais a interferência do Poder Judiciário nas políticas públicas é ilegítima e gera desequilíbrio no orçamento público.

3.5.1 Análise Jurisprudencial – O REsp nº 493.811 – SP

A fim de analisar a ocorrência prática do controle jurisdicional da administração pública, o presente trabalho fará a análise do REsp. 493.811 – SP⁴⁶, proveniente de uma ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público do Estado de São Paulo objetivando compelir a Prefeitura Municipal de Santos a implantar serviço oficial de auxílio, orientação e tratamento de crianças e adolescentes alcoólatras e toxicômanos.

No caso em análise, de relatoria da Ministra Eliana Calmon, o recurso especial foi provido para julgar procedente em parte a ação proposta pelo Ministério Público Estadual, a fim de fazer com que o Município de Santos implementasse o referido programa.

Da leitura do voto proferido pela e. Ministra do Superior Tribunal de Justiça, fala-se do moderno direito administrativo, o qual considera que os entes federados devem cumprir as determinações emanadas dos Conselhos de Políticas Públicas, uma vez que os conselhos são criados pelos próprios entes federados.

A Ministra ressalta ainda que o motivo da recusa, a ausência de verba, não é plausível “Se não havia verba, porque traçou ele um programa específico? Para efeitos eleitoreiros e populares ou pela necessidade da sociedade local?”

Contrapondo-se à decisão aqui analisada, Maria Sylvia Zanella Di Pietro afirma que “o STJ participou do processo legislativo, substituindo o Poder Executivo em sua competência constitucional para a iniciativa das leis de orçamento (art. 165 da Constituição).” (2013, p. 836) ao determinar a inclusão, no próximo orçamento, de verba necessária à implantação de serviço oficial de auxílio, orientação e tratamento de alcoólatras e toxicômanos às crianças e adolescentes.

⁴⁶ Anexo I desta dissertação, pag. 100.

É certo que o Judiciário não resolverá, por si só, a afronta aos direitos sociais e, por conseguinte, a dignidade da pessoa humana. Isso porque ele não substitui os demais poderes na questão do planejamento e identificação das necessidades do povo, dos valores disponíveis e das questões prioritárias. Reconhece-se neste trabalho a crítica realizada por Maria Sylvia Di Pietro (2014, p. 229-231) à judicialização das políticas públicas e aos ativismos judicial e ministerial.

Contudo, há que se reconhecer que este recurso é um importante marco jurisprudencial na questão do descumprimento das deliberações dos Conselhos de Políticas Públicas por parte do Poder Executivo, uma vez que torna efetivo os dizeres constitucionais acerca da existência e funções dos Conselhos de Políticas Públicas junto ao poder executivo, consolidando ainda a sua existência enquanto técnica de participação popular na democracia, pondo fim a uma existência meramente simbólica⁴⁷ dos Conselhos de Políticas Públicas.

Acerca do simbolismo no Direito, em específico quanto a Constituição, Marcelo Neves em sua obra intitulada “A Constituição Simbólica”, trabalha com o conceito de símbolo em diversos ramos da Filosofia, culminando na análise do constitucionalismo brasileiro, enquanto simbólico.

Para o autor “a falta de concretização normativo-jurídica do texto constitucional está associada a sua função simbólica.” (2016, p.186). A constituição enquanto norma capaz de legitimar a atuação do Estado frente à sociedade, atua apenas como um símbolo para ela, ou seja, não há necessidade de se efetivar aquilo que está escrito na Constituição, pois ela serve apenas como uma representação de que o Estado é legítimo, pois está pautado em um documento que lhe confere tal qualidade frente à sociedade (2016).

Ocorre que esse simbolismo, conforme tratado por Marcelo Neves é prejudicial à participação popular na democracia enquanto ideal que se busca alcançar. Isso porque os cidadãos que participam de conselhos de políticas públicas deliberando acerca das políticas que, eventualmente, não virão a ser implementadas pelo poder Executivo por diversas escusas, não encontrarão razões para continuar

⁴⁷ O conceito de Legislação Simbólica foi trabalhado pelo alemão Harald Kindermann o qual propôs que, para a existência de legislação simbólica, é imprescindível a verificação de três requisitos cumulativos, quais sejam: “a) confirmar valores sociais, b) demonstrar a capacidade de ação do Estado, e c) adiar a solução de conflitos sociais através de compromissos dilatatórios”. Antes dele, Eldeman e Burdeau abordaram o simbolismo das constituições normativas. No Brasil, a questão do simbolismo no Direito foi pesquisada pelo Prof. Marcelo Neves, por meio da obra “A constitucionalização simbólica”.

participando de tais conselhos. Afinal, qual é o sentido de se utilizar de uma técnica de participação popular junto à democracia que, na realidade, não produz efeito algum.

Mesmo assim, insiste Daniel Innerarity (2017, p. 213-214) “O controle cidadão não é fácil nas atuais condições de complexidade, entretanto deve ser facilitado expressamente para que não se torne um princípio vazio.”

Por isso a necessidade de efetivação das deliberações, a fim de que a técnica de participação popular Conselho de Políticas Públicas não deixe de existir, levando consigo a esperança no aperfeiçoamento da Democracia e da efetivação dos direitos fundamentais.

CONCLUSÃO

A participação popular na democracia brasileira encontra previsão no texto constitucional atualmente vigente, sendo conquista recente e fruto de luta de movimentos sociais para o fim do regime militar e redemocratização do país.

O exemplo brasileiro talvez seja a melhor forma de compreender que apenas a eleição de representantes não é suficiente para o exercício da democracia, aqui entendida como um direito fundamental.

Desta forma, são técnicas de participação direta na democracia: o Plebiscito, o Referendo e a Iniciativa Popular, as Audiências Públicas, o Orçamento Participativo e os Conselhos de Políticas Públicas, atuando este último, em diversas áreas da sociedade.

Com especial destaque aos Conselhos de Políticas Públicas, e mais precisamente o dos Direitos da Criança e do Adolescente, o texto buscou demonstrar que as funções consultiva e deliberativa destes organismos, dão dimensão de sua importância para a formulação e execução de políticas públicas, não se tratando de um mecanismo de participação apenas formal.

Assim, ao participar destes conselhos, verificam-se duas consequências: a) surge no cidadão um sentimento de empoderamento, em razão da participação real nas decisões políticas, o que mais se aproxima da democracia direta; b) há um aumento da soberania popular e um consequente aperfeiçoamento da democracia enquanto direito fundamental de participação.

O trabalho também analisou a efetividade das deliberações realizadas pelos Conselhos perante o Poder Executivo, o responsável pela execução da política pública, constatando que por vezes as deliberações não são implementadas pelo Poder Executivo, que apresenta em seu favor o argumento da discricionariedade. Constatou-se que isso enfraquece a participação por meio dos conselhos, vez que a comunidade não se interessaria em participar dada a ausência de efetividade de suas deliberações.

Constatou-se também que um dos motivos da baixa efetividade das deliberações dos conselhos é dada ao fato de que eles não possuem personalidade jurídica distinta da Administração Pública de origem, o que os impede de ingressar em juízo a fim de pleitear o cumprimento de suas deliberações perante o Poder

Executivo.

Por isso o trabalho apontou possíveis soluções para este problema, sendo elas: a) a propositura de ações judiciais por meio do Ministério Público; b) a modificação da Lei de Ação Civil Pública para inclusão dos conselhos de políticas públicas no rol dos legitimados a propor tal ação perante o Poder Judiciário; c) Ordem de Advogados do Brasil por meio de seus advogados dativos; d) dos Núcleos de Prática Jurídica das Faculdades de Direito e; e) das Defensorias Públicas.

Estas soluções fizeram com o que o trabalho também tratasse de uma possível desobediência ou inobservância ao princípio constitucional da separação dos poderes (art. 2º da CF/88) em razão do controle judicial da política pública, uma vez que por meio das duas possíveis soluções propostas, o Judiciário seria provocado a decidir e, em sendo o caso, impor ao executivo o cumprimento da deliberação advinda do respectivo Conselho.

Constatou-se que a medida não se trata de desrespeito ao princípio da separação dos poderes, uma vez que o controle jurisdicional da administração pública é medida que visa o equilíbrio dos poderes, num sistema de freios e contrapesos (*checks and balances*), impedindo que um poder se sobreponha ao outro, colaborando assim para a manutenção da harmonia entre eles.

Ademais, para o caso dos Conselhos dos Direitos da Criança e do Adolescente, o argumento para a intervenção do judiciário, tendente à execução de política pública voltada a este grupo, é o do princípio constitucional da prioridade absoluta da criança e do adolescente, em razão do estágio humano peculiar em que eles se encontram e de todo o histórico de exclusão e tratamento legislativo inadequado dado pelo Estado a estes seres humanos.

Assim, a efetivação de política pública para este grupo em específico é medida necessária que justifica a intervenção judicial para seu cumprimento.

À título de exemplificação, o trabalho analisou decisões judiciais que trataram de casos envolvendo a ausência de cumprimento das deliberações dos conselhos dos direitos da criança e do adolescente por parte do poder executivo.

Assim, este trabalho conclui que, caso haja necessidade, a intervenção judicial para o caso em específico é necessária, uma vez que se trata de um grupo de seres humanos diferenciado, não havendo como se deixar ao alvitre do Poder Executivo a efetivação de política pública voltada a este grupo.

Ademais, conclui-se que a participação popular direta na formulação de

políticas públicas que visam efetivar os direitos sociais, aumenta a soberania do povo e assim, fortalece a democracia, sendo essa uma medida necessária à democracia brasileira.

REFERENCIAS:

ABBOUD, Georges. **Discricionariedade administrativa e judicial: O ato administrativo e a decisão judicial.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales.** 3ª reimpresión. Centro de estudios políticos y constitucionales. Madrid. 2002.

ALVES, Fernando de Brito. **Constituição e Participação Popular: A construção histórico-discursiva do conteúdo jurídico-político da democracia como direito fundamental.** Curitiba: Juruá, 2013.

AMORIM, Leticia Balsamão. A distinção entre regras e princípios segundo Robert Alexy: Esboço e críticas. **Revista de informação legislativa**, v. 42, n. 165, p. 123-134, jan./mar. 2005

BARROS, Sérgio Resende. **O Poder Judiciário e as políticas públicas: alguns parâmetros de atuação.** Disponível em <http://www.srbarros.com.br/pt/o-poder-judiciario-e-as-politicas-publicas--alguns-parametros-de-atuacao.cont>. Acessado em 21 de nov. de 2017.

BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. **Revista de Direito da Procuradoria Geral**, Rio de Janeiro, v. 63, p. 320-344, 2008.

BAUMAN, Zigmunt. **Globalização as consequências humanas.** Rio de Janeiro: Zahar, 1999.

BERCLAZ, Márcio. **A Natureza Político-jurídica Dos Conselhos Sociais No Brasil: Uma Leitura A Partir Da Política Da Libertação E Do Pluralismo Jurídico.** 2013. 358 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - UFPR, Curitiba, 2013.

BOBBIO, Norberto. **Estado, Governo, Sociedade: para uma teoria geral da política.** Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 8.ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2000.

_____. **O Futuro da Democracia.** Uma defesa das regras do jogo. São

Paulo: Paz e terra, 1989, 4. ed. (Publicado originalmente, na Itália, em 1984.)

BONAVIDES, Paulo. **Teoria geral do Estado**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

_____. **Ciência Política**. 10. ed. 9. tir. São Paulo: Malheiros, 2000.

BOTELHO, Marcos César. **A Legitimidade Da Jurisdição Constitucional No Pensamento De Jürgen Habermas**. Dissertação de mestrado, Instituto Brasiliense de Direito Público - IDP, Brasília, DF, 2008.

BORBA, Julian; LÜCHMANN, Ligia Helena Hahn. Conselhos Gestores: Ampliando o debate sobre a participação e a representação. In: WENDHAUSEN, Àgueda Lenita Pereira; KLEBA, Maria Elisabeth. **Conselhos Gestores e Empoderamento: vivências e potencias da participação social na gestão pública**. Jundiaí: Paco Editorial, 2012.cap.V, p. 99-117.

BRASIL. IBGE. **Perfil dos estados e dos municípios brasileiros: 2014**. Coordenação de População e Indicadores Sociais. Rio de Janeiro: IBGE, 2015.

_____. Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas. **Código de Menores: Lei nº 6.697/79**, comparações, anotações, histórico, por Ana Valderéz A. N. de Alencar e Carlos Alberto de Souza Lopes. Brasília: Senado Federal, 1982.

BUHLUNGU, Sakhela. O reinventar da democracia participativa na África do Sul. In SANTOS, Boaventura Sousa (Org.) **Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira. 2002^a

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. 15. reimp. Coimbra: Edições Almedina, 2014 s/d.

_____. **Estudos sobre direitos fundamentais**. São Paulo: RT; Portugal: Coimbra Editora, 2008.

CAPPELLETTI, Mauro. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 3^a ed. Coimbra: Almedina, 1999.

CARDOSO JÚNIOR, Nerione Nunes. **Hannah Arendt e o declínio da esfera pública**. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2014.

CARVALHO, José Murilo de. **Os Bestializados: O Rio de Janeiro e a República que não foi**. - São Paulo: Companhia das Letras, 1996.

CAVALCANTI, Temístocles Brandão. **Do Contrôlo da Constitucionalidade**. Rio de Janeiro: Forense, 1966.

COMPARATO, Fábio Konder. **Ética: direito, moral e religião no mundo moderno**. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

CORMELATTO, Dunia e COLLISELLI, Liane. A dinâmica participativa nas reuniões em conselhos municipais: revelando processos e desafios. *In*: WENDHAUSEN, Agueda Lenita Pereira; KLEBA, Maria Elisabeth (orgs.). **Conselhos Gestores e Empoderamento: vivências e potenciais da participação social na gestão pública**. Jundiaí, Paco Editorial: 2012.

COSTA, Ilton Garcia da; TOSAWA, Suelyn. O papel das políticas públicas de inclusão do trabalhador no combate ao desemprego. KNOERR, Viviane Coêlho de Séllos e BERTONCINI, Mateus (Org). **Diálogos impertinentes - Administração Pública**. Curitiba, 2014, p. 127-148. Instituto Memória

CRETELLA, José. **Do ato administrativo**. São Paulo: Bushatsky, 1977.

CRUZ, Paulo Márcio. Democracia e cidadania. **Revista Argumenta**, Jacarezinho/PR, n. 4, p. 41-58, jan. 2004. Disponível em: <<http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/30/31>>. Acesso em: 16 abr. 2015.

CUSTÓDIO, André Viana. Teoria da Proteção Integral: pressuposto para compreensão do Direito da Criança e do Adolescente. **Revista do Direito**, Santa Cruz do Sul, n. 29, p. 22-43, jan./jun. 2008.

DAHL, Robert A. **Sobre a democracia**. Tradução de Beatriz Sidou. Brasília: Editora Universidade de Brasília. 2001.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 27. ed. - São Paulo:

Atlas, 2014.

DIGIÁCOMO, Murilo José. **O Conselho Tutelar**: poderes e deveres face a Lei nº 8.069/90. Disponível em <http://www.crianca.mppr.mp.br/pagina-1557.html>. Acessado em: 10 de jun. de 2018.

FAGUNDES, Miguel Seabra. **O Contrôlo dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário**. 4. ed. Rio de Janeiro. Forense. 1967.

GOMES, Eduardo Granha Magalhães. **Conselhos gestores de políticas públicas**: democracia, controle social e instituições. Dissertação de mestrado em Administração Pública e Governo na FGV/EAESP. São Paulo, 2003.

GOHN, Maria da Glória. **Conselhos Gestores e Participação Sociopolítica**. 4. ed. 5. reimp. Cortez. São Paulo, 2011.

GONZÁLEZ, Rodrigo Stumpf. Conselhos Gestores de Políticas Públicas e Democracia. *In*: WENDHAUSEN, Àgueda Lenita Pereira; KLEBA, Maria Elisabeth. **Conselhos Gestores e Empoderamento: vivências e potências da participação social na gestão pública**. Jundiaí: Paco Editorial, 2012. cap.I, p. 17-39.

GOODY, Jack. **O roubo da história**: como os europeus se apropriaram das idéias e invenções do Oriente. Tradução de Luiz Sérgio Duarte da Silva. São Paulo: Contexto, 2008.

GOYARD-FABRE, Simone. **O que é democracia?**: a genealogia filosófica de uma grande aventura humana. Tradução Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

GUIMARÃES, Aline Amorim Melgaço. **Democracia Possível**: espaços institucionais, participação social e cultura política. Campinas: Alínea, 2008.

HABERMAS, Jürgen. **Consciência moral e agir comunicativo**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989.

_____. **Direito e Democracia**: entre facticidade e validade. Rio de Janeiro, Tempo Brasileiro, 2v., 1997.

_____. **Comentários à ética do discurso**. Lisboa: Instituto Piaget, 1991.

_____. **Pensamento pós-metafísico**: estudos filosóficos. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2002.

HESSE, Konrad. **Temas fundamentais do Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009.

INNERARITY, Daniel. **A política em tempos de indignação**: a frustração popular e os riscos para a Democracia. Tradução de João Pedro Geoge. Rio de Janeiro: Leya, 2017.

LABRA, M. E. Capital social y consejos de salud en Brasil: um círculo virtuoso? **Cad. Saúde Pública**, Rio de Janeiro, n. 18, p. 47–55, 2002.

LEAL, Victor Nunes. Poder discricionário da administração - abuso desse poder - mandado de segurança - direito líquido e certo. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 14, p. 52-82, out. 1948. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/10789/9778>>. Acesso em: 04 Mai. 2018. doi:<http://dx.doi.org/10.12660/rda.v14.1948.10789>

KAMINSKI, André Karst. **O Conselho Tutelar, a Criança e o Ato Infracional**: Proteção ou Punição?. Canoas: Editora da ULBRA, 2002.

MACHADO, Edinilson Donisete. **Ativismo Judicial**: limites institucionais e constitucionais. 1 ed. São Paulo: Letras Jurídicas, 2011.

MACHADO, Antônio Cláudio da Costa; VOLANTE, Carlos Eduardo; VIANA, Waleska Cariola. Democracia como direito fundamental de terceira geração ou dimensão. **Revista ESMAT**, [S.l.], v. 8, n. 10, p. 149-172, nov. 2016. Disponível em: <http://esmat.tjto.jus.br/publicacoes/index.php/revista_esmat/article/view/115>. Acesso em: 04 jan. 2017.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**, São Paulo: Malheiros, 2007.

MELLO. Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 33 ed., São Paulo: Saraiva, 2016.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. rev. e atual. – São Paulo : Saraiva, 2014.

MESQUITA, Rogério Garcia. Habermas e a Teoria Discursiva do Direito. **PERSPECTIVA**, Erechim. v.36, n.134, p.41-52, junho/2012

MORAES, Célio Vanderlei. Conselhos de gestão de políticas públicas: instituições e/ou espaços políticos. **Revista de Ciências Humanas**, Florianópolis, Edição Especial Temática, p. 107-126, 1999.

MORAES, Germana de Oliveira. **Controle Jurisdicional da Administração Pública**. São Paulo: Dialética. 2004.

PEREZ, José Roberto Rus; PASSONE, Eric Ferdinando. Políticas sociais de atendimento às crianças e aos adolescentes no Brasil. **Cadernos de Pesquisa**, São Paulo, v. 40, n. 140, p. 649-673, maio/ago. 2010.

PIÇARRA, Nuno. A reserva da Administração. **O direito**, números 122- II abril-junho 1990 e III-IV, julho-dezembro, 1990.

POCHMANN, Marcio et al. **Atlas da exclusão social no Brasil**, volume 2: dinâmica e manifestação territorial. 2ª ed. São Paulo: Cortez, 2004.

RAMIDOFF, Mário Luiz. **Direito da Criança e do Adolescente**: por uma propedêutica jurídico-protetiva transdisciplinar. 2007. 432 f. Tese (Doutorado em Direito) - UFPR, Curitiba, 2007.

ROCHA, Enid. 2008. A Constituição Cidadã e a institucionalização dos espaços de participação social: avanços e desafios. In: F. VAZ (coord.), **20 anos da Constituição Cidadã: avaliação e desafios da Seguridade Social**, Brasília, Anfip, p. 131-148.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O Contrato Social**. Tradução de Mario Franco de Souza. Coleção Livros que mudaram o mundo. Oeiras: Presença, 2010.

RUA, Maria das Graças. Políticas Públicas. 3. ed. rev. e atual. Florianópolis, Brasília: UFSC – CAPES, UAB, 2014.

SALIBA, Maurício Gonçalves. **O olho do poder**: análise crítica da proposta educativa do Estatuto da Criança e do Adolescente. São Paulo: Editora UNESP, 2006.

SANTIAGO, Brunna Rabelo; SANTOS JÚNIOR, Robério Santiago dos. Filhos do mundo: quem são os adolescentes infratores de Aracaju? *In*: CARVALHO, Grasielle Borges Vieira de; BRUNO, Flávio Marcelo Rodrigues (orgs.). **Direitos Humanos e Políticas Públicas**: uma análise interdisciplinar. – Aracaju: Edise, 2016.

SANTIN, Valter Foletto. **Controle judicial da segurança pública**: eficiência do serviço na prevenção e pressão ao crime. Revista dos Tribunais. São Paulo. 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

SOUZA, Celina. **Políticas Públicas**: uma revisão da literatura. Sociologias, Porto Alegre, ano 8, nº 16, jul/dez 2006, p. 24.

TÁCITO, Caio. **Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 1975.

TEIXEIRA, Elenaldo Celso. Conselhos de Políticas Públicas: Efetivamente uma nova institucionalidade participativa? *In*: CARVALHO, Maria do Carmo A. A.; TEIXEIRA, Ana Cláudia C. (orgs.). **Conselhos Gestores de Políticas Públicas**. São Paulo, Pólis, 2000.

_____. Efetividade e eficácia dos Conselhos. *In*: CARVALHO, Maria do Carmo A. A.; TEIXEIRA, Ana Cláudia C. (orgs.). **Conselhos Gestores de Políticas Públicas**. São Paulo, Pólis, 2000.

VAN DER BROOKE, Bianca Scheneider; PAMPLONA, Danielle Anne. Os Conselhos de Direitos Municipais, as Políticas Públicas de Proteção à Criança e ao Adolescente e a Permanência das Velhas Estruturas de Poder: Um desafio à Consolidação da Democracia Participativa no Brasil. **Revista Opinião Jurídica**, Fortaleza, ano 16, n. 22, p. 13-37, 2018.

VERNANT, Jean Pierre. **O homem grego**. Tradução de Maria Jorge Vilar de Figueiredo. Lisboa: Presença, 1994.

WENDHAUSEN, A. L.; KLEBA, M. E. **Conselhos gestores e empoderamento**. Brasília: CNPq, 2007. Base de dados.

_____. Empoderamento e participação social na gestão pública. *In*: WENDHAUSEN, Àgueda Lenita Pereira; KLEBA, Maria Elisabeth. **Conselhos Gestores e Empoderamento: vivências e potencias da participação social na gestão pública**. Jundiaí: Paco Editorial, 2012.cap.II, p. 41-59.

ANEXO

RELATORA : **MINISTRA ELIANA CALMON**
RECORRENTE : **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO**
RECORRIDO : **MUNICÍPIO DE SANTOS**
PROCURADOR : **RENATA HELCIAS DE SOUZA ALEXANDRE FERNANDES E OUTROS**

EMENTA

ADMINISTRATIVO E PROCESSO CIVIL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – ATO ADMINISTRATIVO DISCRICIONÁRIO: NOVA VISÃO.

1. Na atualidade, o império da lei e o seu controle, a cargo do Judiciário, autoriza que se examinem, inclusive, as razões de conveniência e oportunidade do administrador.

2. Legitimidade do Ministério Público para exigir do Município a execução de política específica, a qual se tornou obrigatória por meio de resolução do Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente.

3. Tutela específica para que seja incluída verba no próximo orçamento, a fim de atender a propostas políticas certas e determinadas.

4. Recurso especial provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da SEGUNDA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, por maioria, vencido o Sr. Ministro Francisco Peçanha Martins, conhecer do recurso e lhe dar parcial provimento, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros João Otávio de Noronha e Castro Meira votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Franciulli Netto.

Brasília-DF, 11 de novembro de 2003(Data do Julgamento)

MINISTRA ELIANA CALMON
Relatora

RECORRENTE : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
RECORRIDO : MUNICÍPIO DE SANTOS
PROCURADOR : RENATA HELCIAS DE SOUZA ALEXANDRE FERNANDES E
OUTROS

RELATÓRIO

A EXMA. SRA. MINISTRA ELIANA CALMON: - O Ministério Público do Estado de São Paulo ajuizou ação civil pública objetivando compelir a Prefeitura Municipal de Santos a implantar serviço oficial de auxílio, orientação e tratamento de alcoólatras e toxicômanos.

A sentença julgou improcedente a ação e o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo decidiu em acórdão assim ementado:

APELAÇÃO CÍVEL - Ação civil pública - Obrigação de Fazer - Implantação de programa para atendimento de crianças e adolescentes viciados no uso de entorpecentes e inclusão de previsão orçamentária respectiva, com adoção de providências administrativas cabíveis - Sentença de improcedência, sob argumento de que o Município já vem oferecendo este programa - Inadmissibilidade - Necessidade de observância de resolução baixada pelo Conselho Municipal de Direitos da Criança e do Adolescente - Programa oferecido que, em última análise, não atende aos casos crônicos, por não prever tratamento mais acurado, com internação, se necessária - Dever do Poder Público em dar cumprimento às normas programáticas previstas na Constituição Federal - Vinculação e efetividade dessas normas - Implantação de programa e inclusão de previsão orçamentária determinada, assim como adoção de todas providências indispensáveis à sua efetivação - Desacolhimento da argumentação de que há intromissão indevida do Judiciário na esfera de atuação do Executivo - Necessidade, no entanto, de que seja fixado prazo para cumprimento de todos os pedidos - Recurso provido.

(fl. 857)

Interpostos embargos infringentes, foi revertido o julgamento, restando improcedente a demanda, *verbis*:

MENOR - Embargos infringentes interpostos contra acórdão proferido pela Câmara Especial, em recurso de apelação da Municipalidade de Santos. Ação civil pública, objetivando a criação de programa oficial de auxílio, orientação e tratamento de alcoólatras e toxicômanos. Conveniência e oportunidade do Poder Público. Ato discricionário da administração. Embargos infringentes acolhidos.

(fl. 919)

A Câmara Especial, julgando embargos de declaração, acolheu-os em parte para fins de prequestionamento.

Inconformado, interpôs o Ministério Público Estadual o presente recurso, com fulcro na alínea "a" do permissivo constitucional, alegando ofensa aos arts. 4º, parágrafo único, alíneas "c" e "d", 88, II, 101, VI, 208, VII e 213, todos do Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA.

Afirma, em síntese, que:

Superior Tribunal de Justiça

a) tais dispositivos encontram-se em perfeita sintonia com os arts. 227, *caput* e §§ 1º, 3º, VII, 7º, 204, *caput* e inciso I e 30, *caput* e inciso VII, todos da Constituição Federal;

b) o Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente do Município de Santos baixou a Resolução Normativa 04/97, deliberando sobre a necessidade de criação de programas governamentais de atendimento previstos no ECA, notadamente para atendimento a alcoólatras e toxicômanos;

c) após instauração de inquérito civil pela Promotoria de Justiça da Infância e da Juventude da Comarca de Santos, conclui-se que havia insuficiência grave no atendimento de crianças e adolescentes com problemas de drogadição e que a Municipalidade mostrava-se renitente em cumprir a deliberação do Conselho Municipal;

d) esgotadas todas as tentativas de resolução pela via extrajudicial, o Ministério Público houve por bem ingressar com a presente ação civil pública, cumprindo sua obrigação de zelar pelo efetivo respeito aos direitos e garantias legais assegurados às crianças e adolescentes, promovendo as medidas judiciais e extrajudiciais cabíveis (art. 201, VIII do ECA).

Aduz que a demanda visa unicamente o cumprimento de imperativo legal em consonância com deliberação normativa emanada do Conselho Municipal, cujas determinações vinculam a vontade do administrador público (art. 88, II do ECA) e que, por isso, não é o autor ou o Judiciário que pretendem determinar que o Prefeito, na elaboração das futuras leis orçamentárias, destine recursos suficientes para a execução de projeto destinado ao tratamento da drogadição de crianças, adolescentes e respectivos pais, mas sim a Constituição Federal, o ECA e o próprio Conselho Municipal.

Alega que, em se tratando de omissão administrativa e de lesão ou ameaça a direito perpetrada pelo próprio Estado, não está o Judiciário impedido de apreciá-la ou decidí-la em consonância com o bom direito, sendo perfeitamente cabível esta ação civil pública para o fim colimado, não se cogitando de ofensa ao poder discricionário da Administração, por se tratar de obrigação legalmente imposta à liberdade de atuação do administrador, cuja discricionariedade existe tão-somente quanto à forma de cumprimento do ditame legal, não cabendo a invocação para furtar-se a um dever legalmente imposto. Neste aspecto, lembra o recorrente que a sentença não determinou a realização de atos físicos de administração (obras e contratações) e nem estabeleceu os valores que deveriam ser

consignados no orçamento municipal, apenas determinou que fosse suprida a omissão

Superior Tribunal de Justiça

administrativa.

Após as contra-razões, subiram os autos, admitido em parte o especial na origem.

Ouvido, opinou o Ministério Público Federal pelo provimento do recurso.
Relatei.



RELATORA : **MINISTRA ELIANA CALMON**
RECORRENTE : **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO**
RECORRIDO : **MUNICÍPIO DE SANTOS**
PROCURADOR : **RENATA HELCIAS DE SOUZA ALEXANDRE FERNANDES E OUTROS**

VOTO

A EXMA. SRA. MINISTRA ELIANA CALMON (RELATORA): A

Constituição Federal de 1988 revolucionou o Direito Administrativo brasileiro, ao substituir o modelo de Estado liberal, traçado na Era Vargas, para o Estado social e democrático de direito.

No primeiro, o Estado distanciava-se da vida social, econômica e religiosa dos indivíduos, mantendo-os independentes em relação a ele, que estava presente para garantir-lhes essa independência, interferindo minimamente e deixando que a sociedade seguisse, como ordem espontânea dotada de racionalidade imanente.

Mas o novo modelo emancipou a sociedade em relação ao Estado, reaproximando-os. Daí o surgimento das políticas intervencionistas, como contraponto de uma sociedade que se politiza.

As transformações no modo de atuar do Estado, alteraram a estrutura da sociedade, acarretando a diluição dos limites entre o Estado e sociedade, vinculados por um número crescente de inter-relações. No dizer de Bobbio, "o Estado e a sociedade atuam como dois momentos necessários, separados, mas contíguos, distintos, mas interdependentes do sistema social em sua complexidade e articulação interna".

O novo modelo ensejou a multiplicação de modos de solução de problemas, mediante negociações, acordos, protocolos de intenções. Esse intrincamento de vínculos torna impossível a previsão, em normas legais, de todas as diretrizes de conduta a serem observadas e de soluções a serem adotadas.

Essa digressão sociológica é importante para direcionar o raciocínio de que não é mais possível dizer, como no passado foi dito, inclusive por mim mesma, que o Judiciário não pode imiscuir-se na conveniência e oportunidade do ato administrativo, adentrando-se na discricionariedade do administrador. E as atividades estatais, impostas por lei, passam a ser fiscalizadas pela sociedade, através do Ministério Público, que, no desempenho de suas atividades precípuas, a representa.

Dentre as numerosas funções, estão as constantes do Estatuto da Criança e do

Adolescente, Lei 8.069/90, especificamente, de interesse nestes autos a de zelar pelo efetivo respeito aos direitos e garantias legais assegurados às crianças e adolescentes. Daí a legitimidade do MINISTÉRIO PÚBLICO e a irrecusável competência do Poder Judiciário, porquanto estabelecida a responsabilidade estatal na Resolução Normativa 4/97, baixada pelo Conselho Municipal de Direitos da Criança e do Adolescente, seguimento social em destaque para agir em parceria com o Estado, nos termos do art. 88, II, do ECA.

Consequentemente, tenha se presente que o pleiteado pelo MINISTÉRIO PÚBLICO não foi fruto de sua ingerência. O pedido foi a implementação de um programa adrede estabelecido por um órgão do próprio município, o Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente, com função normativa fixada em conjugação com o Estado (Município) e a sociedade civil.

O descumprimento à Resolução 4/97 foi apurado pelo MINISTÉRIO PÚBLICO, via inquérito civil, no qual ficou concluída a insuficiência no atendimento às crianças e adolescentes com problemas de uso de drogas.

Diante da omissão governamental pleiteou:

- a) inserção em plano plurianual e na lei orçamentária anual, com destinação privilegiada de recursos públicos para o programa;
- b) observância da Resolução 4/97 e das Constituições, Federal e Estadual e da Lei Orgânica do Município; e
- c) inclusão no orçamento de previsão de recursos à implementação do programa de atendimento aos viciados, nos termos do projeto.

Consequentemente, até aqui, conclui-se que não se pode alegar ilegitimidade do MINISTÉRIO PÚBLICO, ou inserção do Judiciário na esfera administrativa, como tradicionalmente acontecia, consoante os arestos seguintes:

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. CONSTITUIÇÃO DIRIGENTE E PROGRAMÁTICA. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. AÇÃO CIVIL PÚBLICA PARA OBRIGAR O GOVERNO GOIANO A CONSTRUIR UM CENTRO DE RECUPERAÇÃO E TRIAGEM. IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA. RECURSO ESPECIAL NÃO CONHECIDO.

1. O Ministério Público do Estado de Goiás, com base nas Constituições Federal e Estadual e no art. 4. do Estatuto da Criança e do adolescente, ajuizou ação civil pública para compelir o governo estadual a construir um centro de recuperação e triagem, em face de prioridade genericamente estabelecida. O TJ/GO, em apelação, decretou a carência da ação por impossibilidade jurídica.

2. A Constituição Federal e em suas águas a Constituição do estado de Goiás são "dirigentes" e "programáticas". Têm, no particular, preceitos impositivos para o legislativo (elaborar leis infraconstitucionais de acordo com as "tarefas" e "programas" pré-estabelecidos) e para o judiciário ("atualização constitucional"). Mas, no caso dos autos as normas invocadas não estabelecem, de modo concreto, a obrigação do executivo de construir, no momento, o

Superior Tribunal de Justiça

centro. Assim, haveria uma intromissão indébita do poder judiciário no executivo, único em condições de escolher o momento oportuno e conveniente para a execução da obra reclamada.

3. Recurso especial não conhecido. Decisão recorrida mantida.

(REsp 63.128, Rel. Min. Adhemar Maciel, Sexta Turma, unânime, julgado 11/3/1996, DJ 20/5/1996)

ADMINISTRATIVO. PROCESSO CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA.

1. O Ministério Público está legitimado para propor ação civil pública para proteger interesses coletivos.

2. Impossibilidade do juiz substituir a Administração Pública determinando que obras de infra-estrutura sejam realizadas em conjunto habitacional. Do mesmo modo, que desfaça construções já realizadas para atender projetos de proteção ao parcelamento do solo urbano.

3. Ao Poder Executivo cabe a conveniência e a oportunidade de realizar atos físicos de administração (construção de conjuntos habitacionais, etc.). O Judiciário não pode, sob o argumento de que está protegendo direitos coletivos, ordenar que tais realizações sejam consumadas.

4. As obrigações de fazer permitidas pela ação civil pública não têm força de quebrar a harmonia e independência dos Poderes.

5. O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário está vinculado a perseguir a atuação do agente público em campo de obediência aos princípios da legalidade, da moralidade, da eficiência, da impessoalidade, da finalidade e, em algumas situações, o controle do mérito.

6. As atividades de realização dos fatos concretos pela administração depende de dotações orçamentárias prévias e do programa de prioridades estabelecidos pelo governante. Não cabe ao Poder Judiciário, portanto, determinar as obras que deve edificar, mesmo que seja para proteger o meio ambiente.

7. Recurso provido.

(REsp 169.876, Rel. Min. José Delgado, Primeira Turma, unânime, julgado 16/6/1998, DJ 21/9/1998)

CONSTITUCIONAL - ADMINISTRATIVO - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - PODER DISCRICIONÁRIO DA ADMINISTRAÇÃO - EXERCÍCIO PELO JUIZ - IMPOSSIBILIDADE - PRINCÍPIO DA HARMONIA ENTRE OS PODERES.

O juiz não pode substituir a Administração Pública no exercício do poder discricionário. Assim, fica a cargo do Executivo a verificação da conveniência e da oportunidade de serem realizados atos de administração, tais como, a compra de ambulâncias e de obras de reforma de hospital público.

O princípio da harmonia e independência entre os Poderes há de ser observado, ainda que, em tese, em ação civil pública, possa o Município ser condenado à obrigação de fazer.

Agravo a que se nega provimento.

(REsp 252.083, Rel. Min. Nancy Andrighi, Segunda Turma, unânime, julgado 31/5/2000, DJ 26/3/2001)

A alegação do Município de que enfrenta dificuldades financeiras, com falta de recursos necessários, segundo minha visão, é de absoluta impertinência, como também impertinente a visão do TJ/SP, ao proclamar em sede de embargos infringentes:

MENOR — Embargos infringentes interpostos contra acórdão proferido pela Câmara Especial, em recurso de apelação da Municipalidade de Santos. Ação civil pública, objetivando a criação de programa oficial de auxílio, orientação e tratamento de alcoólatras e toxicômanos. Conveniência e oportunidade do Poder Público. Ato discricionário da administração. Embargos infringentes acolhidos.

(fl. 919)

Superior Tribunal de Justiça

É interessante observar que o relator, ao proferir o seu voto-vencedor deixou registrado:

"Deve-se, ainda, relevar que a matéria envolve questões de orçamento e disponibilidade do erário público com dotação específica para implantação de meios para a efetivação das medidas pleiteadas. Tal ponto é de iniciativa do Executivo, sujeito a alterações pelo Legislativo, o que, como já dito, caso haja determinação do Poder Judiciário nesse sentido, haveria uma intromissão nos poderes administrativos do Executivo."

(fl. 921)

A posição do TJ/SP deixa a reboque do Executivo Municipal fazer ou não fazer o determinado pelos seus órgãos, pela Lei Orgânica e pela Constituição, bastando, para o *non facere*, escudar-se na falta de verba. Se não havia verba, porque traçou ele um programa específico? Para efeitos eleitoreiros e populares ou pela necessidade da sociedade local?

O moderno Direito Administrativo tem respaldo constitucional suficiente para assumir postura de parceria e, dessa forma, ser compelido, ou compelir os seus parceiros a cumprir os programas traçados conjuntamente.

Com essas considerações, dou provimento ao recurso especial para julgar procedente em parte a ação ministerial, determinando seja reativado em sessenta dias o programa constante da Resolução 4/97, devendo ser incluído no próximo orçamento Municipal verba própria e suficiente para atender ao programa.

É o voto.

Superior Tribunal de Justiça

RECURSO ESPECIAL Nº 493.811 - SP (2002/0169619-5)

VOTO-VENCIDO

EXMO. SR. MINISTRO FRANCISCO PEÇANHA MARTINS: Sr. Presidente, fico vencido, negando provimento ao recurso especial.



**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
SEGUNDA TURMA**

Número Registro: 2002/0169619-5

RESP 493811 / SP

Números Origem: 172297 577000

PAUTA: 06/11/2003

JULGADO: 11/11/2003

Relatora

Exma. Sra. Ministra **ELIANA CALMON**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **JOÃO OTÁVIO DE NORONHA**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **WALLACE DE OLIVEIRA BASTOS**

Secretária

Bela. **BÁRDIA TUPY VIEIRA FONSECA**

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

RECORRIDO : MUNICÍPIO DE SANTOS

PROCURADOR : RENATA HELCIAS DE SOUZA ALEXANDRE FERNANDES E OUTROS

ASSUNTO: Ação Civil Pública

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia SEGUNDA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Turma, por maioria, vencido o Sr. Ministro Francisco Peçanha Martins, conheceu do recurso e lhe deu parcial provimento, nos termos do voto da Sra. Ministra-Relatora."

Os Srs. Ministros João Otávio de Noronha e Castro Meira votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Franciulli Netto.

O referido é verdade. Dou fé.

Brasília, 11 de novembro de 2003

BÁRDIA TUPY VIEIRA FONSECA
Secretária