

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO

PUC - SP

Carlos Alberto Carmello Junior

**A DEMOCRACIA PARTICIPATIVA E A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS DE
CRIANÇAS E ADOLESCENTES**

MESTRADO EM DIREITO

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de MESTRE em Direito das Relações Sociais, sob a orientação do Professor Doutor Sérgio Seiji Shimura.

SÃO PAULO

2009

Banca Examinadora

“Aos meus pais Carlos Alberto Carmello e Marilena Fregnani Carmello, e irmãos Paulo Gustavo Fregnani Carmello e Marcos Vinicius Fregnani Carmello, por tudo e mais um pouco”.

“A Juliana Felicidade Armede, pelo amor, carinho e estímulo”.

RESUMO

Carlos Alberto Carmello Junior - A Democracia Participativa e a Efetivação dos Direitos de Crianças e Adolescentes

O objetivo do presente trabalho é estabelecer a relação existente entre a democracia participativa e a proteção legal de crianças e adolescentes. Para atingir este objetivo, foi necessário verificar como a participação popular e as políticas públicas se inserem no ordenamento jurídico brasileiro. Como a participação popular na formulação de políticas públicas só pode se efetivar nos quadros do Estado de Direito, foi primeiramente estudado a sua evolução e historicidade, ao agregar características liberais e sociais. Foi também estudado como o ideal democrático se agrega ao traço liberal e social na Constituição Federal de 1988. A Constituição de 1988 trouxe alguns meios de o povo diretamente participar de decisões políticas fundamentais. Ainda, a Carta Política trouxe um novo paradigma legal no que diz respeito aos direitos de crianças e de adolescentes. Para compreender este paradigma – o paradigma da proteção integral – foram analisados os mais importantes documentos legais internacionais relacionados à proteção de crianças e adolescentes e como os postulados fundamentais desses documentos foram acolhidos pela atual Constituição e pela Lei nº 8.069/90. A partir desta análise, foi possível chegar à conclusão de que o sistema legal de proteção de crianças e adolescentes é aberto à participação civil na efetivação de direitos de crianças e adolescentes. Foram oferecidos exemplos de participação civil na efetivação de direitos diversos, dentre os quais saúde e educação. Ainda, a Constituição Federal de 1988 estabeleceu, como imposição, que políticas públicas voltadas para crianças e adolescentes sejam deliberadas em conjunto pelo poder público e pela sociedade civil. A Lei nº 8.069/90, ao regulamentar o mandamento constitucional, dispôs que a participação da sociedade pode se efetivar por meio do conselho tutelar e conselho dos direitos de crianças e adolescentes, cujas características principais foram abordadas.

Palavras-Chave: Democracia – Participação – Crianças – Adolescentes - Conselhos

ABSTRACT

Carlos Alberto Carmello Junior - Participative Democracy and childhood legal protection

The purpose of this study is establish the relationship between participative democracy and childhood legal protection in Brazil. To achieve this goal it was needed to overlook how civil participation and public policies are brought into brazilian legal system. Once civil participation on building public policies can only be developed in the rule of the State of Law, it was firstly studied the State of Law as an historical phenomenon that combines liberal and social political approaches. Also, it was studied how the democratic ideal joins the liberal and the social views in Brazilian 1.988 Constitution. This legal document – the most important one in Brazil – brings some ways in which civil participation can be made directly by the people, as far as political decisions are concerned. Brazilian 1.988 Constitution also brings a new approach on childhood legal protection. In order to understand this new approach, known as “integral protection doctrine”, it was analyzed the most important international legal documents concerning childhood legal protection and how the main ideas of these documents were accepted by 1.988 Constitution and brazilian federal law nº 8.069/90. That allowed the conclusion that brazilian legal system is opened to civil participation on granting childhood rights. Some examples of civil participation on granting child health, education and others were given. As far as childhood legal protection is concerned, Brazilian 1.988 Constitution also imposes that public policies should be built by society and government. Since brazilian federal 8.069/90 law should be understood as a specification of rights brought in 1.988 Brazilian Constitution, it was reached the conclusion that civil participation on granting childhood rights can be accomplished by joining the “tutelar counsel” and the “rights counsels”. Finally, it was analyzed the most important issues related to these counsels.

Keywords: participative democracy - childhood legal protection - childhood councils of rights

SUMÁRIO

Introdução	12
1. Participação e Estado de Direito	14
1.1 Considerações gerais	14
1.2 Estado de Direito	16
1.3 Estado Social	18
1.4 Estado Democrático	22
1.5 A insuficiência da democracia representativa e a emergência da democracia participativa	24
2. A Participação Popular enquanto Direito Fundamental da Pessoa Humana	29
2.1 Direitos Humanos e Direitos Fundamentais	29
2.2 Participação e Dignidade da Pessoa Humana	30
2.3 A Participação Popular nos Instrumentos Internacionais de Direitos Humanos.....	34
2.4 Do Direito Humano e Fundamental à Participação Popular	38
3. Do Princípio Participativo na Constituição Federal de 1988.....	42
3.1 Considerações Gerais	42
3.2 Participação Popular e Controle Social	44
3.3 Instrumentos de Participação Popular na Constituição de 1988	46
3.4 Outras formas de participação.....	49
3.5 O Município e a participação popular	50
3.6 Terceiro setor e participação	53
3.7 Os perigos da democracia participativa	60
4. A Criança e o Adolescente como Sujeitos de Direitos	64

4.1 A expansão dos direitos humanos	64
4.2 A emergência da doutrina da proteção integral.....	68
4.2.1 A Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948	70
4.2.2 A Declaração Dos Direitos da Criança	72
4.2.3 O Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos.....	73
4.2.4 O Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais	76
4.2.5 A Convenção Americana de Direitos Humanos	78
4.2.6 Regras Mínimas das Nações Unidas para administração da Justiça Juvenil ..	82
4.2.7 Diretrizes das Nações Unidas para a prevenção da delinquência juvenil (Diretrizes de Riad).....	84
4.2.8 A Convenção Internacional dos Direitos da Criança.....	88
4.3 A criança e o adolescente no plano do direito constitucional e infraconstitucional brasileiro	91
4.3.1 Proteção integral: uma aproximação conceitual	91
4.3.2 Os sujeitos envolvidos na proteção integral de crianças e adolescentes.....	96
4.3.3 Os Princípios do Direito da Infância e Juventude.....	103
4.3.3.1 O princípio do melhor interesse da criança	106
4.3.3.2 O princípio da condição peculiar de pessoa em desenvolvimento ...	108
4.3.3.3 O princípio da prioridade absoluta.....	109
4.3.3.4 Municipalização.....	115
4.4 A norma constitucional do art. 227 da Constituição Federal e os efeitos que produz	117
4.4.1 A eficácia das normas constitucionais	117
4.4.2 O art. 227 da Constituição Federal de 1988. Direitos sociais e civis. Obrigações positivas e negativas. Aplicabilidade imediata, contida e	

limitada da norma constitucional	120
5. Infância e Juventude e Participação	128
5.1 Considerações Gerais	128
5.2 Participação na efetivação de direitos de crianças e adolescentes e os atores do sistema de justiça	130
5.3 Participação popular no direito da infância e juventude	133
5.3.1 O art. 227, “caput”, da Constituição Federal	133
5.3.2 O parágrafo 7º do art. 227 da Constituição Federal.....	135
5.3.2.1 Políticas Públicas	138
5.3.2.2 Políticas Públicas e Discricionariedade administrativa	143
5.3.2.3 Políticas Públicas para efetivação de direitos de crianças e adolescentes: a necessária participação da sociedade civil.....	146
6. A Lei 8.069/90 e a participação	148
6.1 Considerações gerais	148
6.2 A Lei nº 8.069/90 e a participação popular	149
6.2.1 Saúde.....	150
6.2.2 Direito à gestão democrática do ensino público	153
6.3 Medidas de proteção e medidas sócioeducativas	156
6.3.1 Medidas de proteção	156
6.3.2 Medidas sócioeducativas	164
6.4 Justiça Restaurativa e tutela socioeducativa adequada	171
6.5 Famílias acolhedoras e direito à convivência familiar.....	183
7. Democracia Participativa e a Lei 8.069/90: Conselho Tutelar e Conselhos de Direitos de Crianças e Adolescentes.....	196
7.1 Considerações iniciais.....	196

7.2 Conselho Tutelar	199
7.2.1 Definição e Missão.....	199
7.2.2 Natureza Jurídica.....	203
7.2.3 Criação do Conselho Tutelar.....	214
7.2.4 Funcionamento do órgão.....	217
7.2.5 Remuneração e manutenção.....	219
7.2.6 Do processo de escolha dos conselheiros tutelares	221
7.2.7 Requisitos para a candidatura	224
7.2.8 Destituição do cargo de conselheiro tutelar	225
7.2.9 Impedimento dos candidatos.....	227
7.2.10 Atribuições	227
7.3 Os Conselhos de Direitos da Criança e do Adolescente	241
7.3.1 Considerações Gerais.....	241
7.3.2 Características e Natureza Jurídica dos Conselhos de Direitos	246
7.3.3 As políticas públicas e os Conselhos de Direitos.....	248
7.3.4 A natureza da deliberação dos Conselhos de Direitos	254
7.3.5 O controle das ações voltadas para o público infanto-juvenil	260
7.3.6 Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente: o registro e a inscrição dos programas das entidades de atendimento	267
7.3.7 A gestão dos Fundos dos Direitos da Criança e do Adolescente	270
7.4 O Conselho Tutelar e Conselhos de Direitos de Crianças e Adolescentes: submissão ao regime jurídico de direito público	286
7.4.1 A responsabilização penal de conselheiros tutelares e conselheiros de direitos	291
7.4.2 A responsabilidade administrativa dos conselheiros tutelares e dos	

conselheiros de direitos.....	293
7.4.3 A responsabilidade dos conselheiros tutelares e conselheiros de direitos por atos de improbidade administrativa	295
7.4.4 A responsabilidade civil dos conselheiros tutelares e dos conselheiros de direitos	300
7.5 Conselho Tutelar e Conselho de Direitos: desafios e possibilidades da democracia participativa	302
Conclusões	305
Bibliografia	325
Anexos	335

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 representou a cristalização do movimento de abertura política experimentada pelo país na década de oitenta. Produto dos anseios de uma sociedade que conviveu, por longos anos, com o regime autoritário, a Carta Constitucional de 1988 fez com que o Estado Brasileiro tivesse, uma vez mais, o princípio democrático como um de seus alicerces fundamentais.

Ao lado da exaustiva enumeração de direitos e garantias individuais, a Constituição Federal de 1988 contemplou possibilidades do cidadão conformar diretamente a vontade do Estado, a partir da adoção de mecanismos de democracia participativa.

Além disso, a Carta de 1988 houve por bem tratar de forma específica de direitos e garantias de determinadas populações, tradicionalmente relegadas a um segundo plano no que diz respeito à efetivação de seus direitos. É dentro deste contexto que devem ser compreendidos os dispositivos constitucionais que versam sobre os direitos dos índios, das pessoas portadoras de necessidades especiais, dos idosos e de crianças e adolescentes.

Ao tratar dos direitos de crianças e adolescentes, é forçoso reconhecer que a Constituição de 1988 representou verdadeira revolução,

especificamente por consagrar, no plano do ordenamento jurídico interno, os princípios de uma doutrina que vislumbra na criança e no adolescente um cidadão sujeito de direitos específicos: a doutrina da proteção integral.

Este trabalho pretende demonstrar que a doutrina da proteção integral inaugurada pela Constituição de 1988 é pródiga ao estabelecer possibilidades para o cidadão compor a vontade do Estado, contribuindo, de forma direta ou indireta, para a efetivação de direitos de crianças e adolescentes.

Para tanto, será analisado, em primeiro lugar, em que medida o direito à participação se insere no contexto dos direitos fundamentais no ordenamento jurídico brasileiro.

As características principais da doutrina da proteção integral, bem como os mecanismos existentes na legislação que viabilizam a participação na efetivação dos direitos de crianças e adolescentes serão, também, objeto de análise.

O trabalho contemplará, por fim, uma investigação a respeito dos Conselhos Municipais de Direitos de Crianças e Adolescentes e dos Conselhos Tutelares, aos quais a Lei nº 8.069/90 confere atribuições extremamente relevantes no que diz respeito à efetivação de direitos de crianças e adolescentes e elaboração de políticas públicas para esta parcela da população.

A abordagem terá como objetivo conhecer a disciplina jurídica de cada Conselho e as dificuldades inerentes ao funcionamento de cada órgão, sobre os quais repousam delicadas questões jurídicas.

Não se esconde que é objetivo deste trabalho promover a sensibilização de todos a respeito da importância da participação para a efetivação de direitos de crianças e adolescentes.

1. PARTICIPAÇÃO E ESTADO DE DIREITO

1.1. Considerações gerais

A idéia de participação popular na gestão da coisa pública é fenômeno que está intimamente ligado ao nascimento e ao desenvolvimento do Estado Democrático de Direito.

Em muito transcenderíamos os objetivos deste trabalho se nos propuséssemos a analisar detidamente o processo de formação do Estado contemporâneo. Necessário que se efetue um corte metodológico, para que se tome como ponto de partida uma noção construída do fenômeno que se conhece como Estado para, em seguida, proceder a uma análise mais acurada a respeito dos valores que podem caracterizá-lo.

Assim, pelo fenômeno conhecido como Estado entendemos a “*ordem jurídica soberana que tem por fim o bem comum de um povo situado em determinado território*”¹, disso decorrendo em que a sociedade política que não apresente os elementos soberania, território, povo e a finalidade de obtenção do bem comum não pode ser juridicamente qualificada como Estado. A noção de Estado que se apresenta se aproxima do que se convencionou denominar Estado Moderno, que teve seus contornos definidos

¹ Dalmo de Abreu Dallari, *Elementos de Teoria Geral do Estado*, p. 100.

a partir da assinatura dos tratados de Westfália, em 1648, e que fixaram limites territoriais resultantes das guerras religiosas².

As noções de Estado de Direito, de Estado Democrático de Direito e Estado Democrático e Social de Direito consubstanciam a evolução que o Estado Moderno experimentou durante quase três séculos. A inserção das qualificações “de Direito”, “democrático” e “social” dentro do arquétipo fundamental “Estado” assume enorme relevância sociológica, histórica e jurídica.

Assim, é dado sociológico da maior magnitude a circunstância de, em determinada etapa da evolução do Estado, haver se construído uma doutrina de separação de poderes, assim como é fato de significação histórica inigualável o advento das Revoluções Americana e Francesa no que diz respeito à consagração dos direitos do homem.

No campo jurídico, a evolução do conceito de Estado assume, também, especial relevância porque está intimamente imbricada com a importante questão da justiciabilidade de direitos. Na medida em que se incorporam qualificações ao Estado, passa o cidadão a contar com o poder judiciário para reconhecer, garantir e efetivar direitos de diferentes matizes, os quais foram “aparecendo” paralelamente às mudanças apresentadas pelo Estado.

Não se pode perder de vista a circunstância de serem os direitos do

² Dalmo de Abreu Dallari, p. 45.

homem históricos, ou seja:

*“nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas”.*³

Assim, as idéias de participação e de controle social foram paulatinamente se afirmando paralelamente às modificações experimentadas pelo Estado de Direito.

Daí a importância, para os fins deste trabalho, de se esboçar a linha evolutiva pela qual transcorre o Estado de Direito⁴ contemporâneo, identificando, deste modo, como poderia o cidadão, de alguma forma, participar da administração pública.

1.2. Estado de Direito

A idéia de Estado de Direito surgiu em contraposição ao Estado Absoluto, no qual, embora presente a idéia de obediência à lei, esta era a expressão da vontade do soberano, a quem se devia obediência incondicional.

³ Norberto Bobbio, *A era dos direitos*, p. 5.

⁴ Detalhado histórico desta linha evolutiva pode ser encontrada na obra *Curso de Direito Constitucional*, de Luis Roberto Barroso, p. 3/41.

Michel Temer assinala que:

*“(...) Antes do chamado Estado de Direito, que o mundo conheceu após os movimentos de prestígio do indivíduo, corporificados nas Revoluções Inglesa, Americana e Francesa, não se põe em dúvida a existência de um Estado: aquele chamado Absoluto. (...) fundava-se numa constituição que se assentava, muitas vezes, em norma única: sempre aquela indicadora do titular do poder. Seu enunciado: ‘todo poder emana do Soberano’ ou ‘emana da divindade de que o Soberano é representante’”.*⁵

Com efeito, se no Estado Absoluto a lei era fruto da vontade e arbítrio do soberano, no Estado de Direito a lei deve ser a expressão da vontade geral, respeitada a separação das funções legislativa, executiva e judiciária e os direitos fundamentais. O Estado de Direito surgiu, assim:

*“imediatamente após as duas grandes revoluções da segunda metade do século XVIII: a Revolução da Independência Americana e a Revolução Francesa e visava ‘prevenir a concentração de poderes num só ramo da autoridade pública’”.*⁶

Ressalta José Afonso da Silva que as linhas mestras desta, que se convencionou denominar Estado de Direito, podem ser resumidas na submissão ao império da lei, na divisão de poderes e no enunciado e garantia dos direitos fundamentais. Assevera que a lei deveria emanar formalmente do Poder Legislativo; a separação de poderes se caracterizaria como uma técnica que assegure a produção das leis pelo Legislativo; ainda, que deva haver

⁵ *Elementos de Direito Constitucional*, p. 23.

⁶ Paulo Bonavides, *Teoria do Estado*, p. 29.

independência e a imparcialidade do Judiciário em face dos demais Poderes e “e das pressões dos poderosos particulares”.⁷

Para romper com o absolutismo era necessário concretizar a liberdade, controlar juridicamente o poder dos governantes e consagrar direitos fundamentais a todos. Estes postulados foram alcançados com as grandes revoluções (americana, inglesa e francesa), bem assim com as cartas de Direitos que lhes seguiram, especialmente a Declaração de Direitos do povo da Virgínia, de 1776, e a Declaração Francesa (conhecida como Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão), de 1789.

Nos quadros do Estado de Direito de feição estritamente Liberal, a participação popular na administração pública pode ser visualizada por meio de concessões de serviços públicos, contratação de serviços ou de obras públicas, do serviço militar, dentre outros.⁸

1.3. Estado Social

Se por um lado tal concepção de Estado (Liberal) tinha o aspecto de garantia pela não intervenção do Estado, em nome de valores como igualdade e liberdade, por outro, deixava caminho aberto para que, materialmente, enormes desigualdades surgissem.

⁷ *Curso de Direito Constitucional Positivo*, p.117.

⁸ Maria Silvia Zanella di Pietro, *Revista de Direito Administrativo*, p. 27/29.

Ora, foi a partir dos postulados do Estado de Direito Liberal que a burguesia arquitetou e concretizou a revolução industrial – verdadeira transformação de todo o corpo social por conta da introdução de novos métodos de trabalho nas fábricas. Com efeito, a sociedade se modificou por conta do aparecimento da figura do proletário, detentor exclusivamente de sua força de trabalho.

O Estado de Direito de concepção Liberal tinha como alicerces o individualismo, idéia frontalmente contraposta à de solidariedade, e a abstenção do Estado em todos os campos, como forma de assegurar a liberdade e a igualdade dos indivíduos por meio de um *non facere*. Este “não fazer”, contudo, rendeu ensejo a uma massa de trabalhadores que, nada obstante, “iguais perante a lei” em relação aos seus patrões, eram submetidos a jornadas intermináveis de trabalho, tinham seus filhos, desde tenra idade, submetidos à dinâmica da sociedade que se fazia industrial, enfim, “morriam de fome”, sob a bandeira da igualdade e da liberdade.

A este respeito, Dalmo de Abreu Dallari deixou assentado que:

“O Estado Liberal, com um mínimo de interferência na vida social, trouxe de início, alguns inegáveis benefícios: houve um progresso econômico acentuado, criando-se as condições para a revolução industrial; o indivíduo foi valorizado, despertando-se a consciência para a importância da liberdade humana; desenvolveram-se as técnicas de poder, surgindo e impondo-se a idéia do poder legal em lugar do poder pessoal. Mas, em sentido contrário, o Estado liberal criou as condições para sua própria

superação. Em primeiro lugar, a valorização do indivíduo chegou ao ultra-individualismo, que ignorou a natureza associativa do homem e deu margem a um comportamento egoísta, altamente vantajoso para os mais hábeis, mais audaciosos ou menos escrupulosos. Ao lado disso, a concepção individualista da liberdade, impedindo o Estado de proteger os menos afortunados, foi a causa de uma crescente injustiça social, pois, concedendo-se a todos o direito de ser livre, não se assegurava a ninguém o poder de ser livre⁹”.

Com efeito, tanto a liberdade, como a igualdade assegurada pelo Estado de Direito Liberal eram meramente formais, sendo que pouco ou nada contribuía para que as crescentes desigualdades que brotavam da sociedade industrial fossem minimamente reduzidas.

Era necessário, então, redefinir a relação entre o Estado e o cidadão, a fim de que os direitos proclamados nas declarações incorporassem, ao lado de uma delimitação negativa, também um aspecto de promover a redução de desigualdades.

É neste cenário que floresceu o Estado Social de Direito, cujos contornos não se mostram contraditórios com os alicerces do Estado de Direito. Assim, aos dogmas da separação de poderes, da legalidade e respeito aos direitos fundamentais somam-se as preocupações em incidir sobre as precárias condições em que se encontrava o proletariado¹⁰.

⁹ *Elementos de Teoria Geral do Estado*, p. 235.

¹⁰ Paulo Bonavides assevera que as bases ideológicas do Estado Social de Direito podem ser retiradas das obras de Marx e de Rosseau. Do *Contrato Social*, se extrai que a democracia, fundada na teoria da vontade geral, há de ser o caminho indispensável para a consecução dos fins sociais. Do *Manifesto Comunista*, por outro lado, extrai-se a condenação implacável dos vícios do capitalismo. Do *Estado Liberal ao Estado Social*, p. 195/196.

Os marcos históricos invariavelmente lembrados para evidenciar o aparecimento desta concepção de Estado são a Constituição Mexicana de 1917 e a de Weimar (da República Alemã), de 1919.

O escopo último, no Estado Social de Direito, é a busca de uma igualdade material, compreendida como igualdade de oportunidades entre todos os cidadãos, para o quê o Estado deverá atuar positivamente.

Assim, com o advento do Estado Social de Direito, ao lado dos direitos trazidos pelas Declarações de Direitos do século XVIII, dos quais sobressai a liberdade, contemplam-se direitos tendentes a reduzir as desigualdades materiais entre os cidadãos.

Esta nova gama de atribuições que o Estado tomou para si, na busca de uma igualdade material, demandou a adoção de novas posturas para que fosse atendido o interesse público, dentre as quais se destacou atividade de fomento¹¹. O fomento se traduz na ação estatal de incentivar a iniciativa privada em determinadas atividades para a consecução do interesse público, tais como auxílios e subvenções, isenções fiscais e desapropriações por interesse social.

1.4. Estado Democrático

É certo que nem o Estado de Direito, em sua clássica e liberal acepção, nem o Estado Social de Direito, asseguram o exercício da soberania popular.

¹¹ Maria Silvia Zanella di Pietro, p. 31.

Não se olvide que a submissão ao império da lei, fenômeno entendido como simples produto da atividade do legislativo, pouco importando o seu conteúdo, viabilizou ferramental jurídico que serve muito bem a regimes autoritários; insuficiente, pois, o modelo clássico de Estado de Direito para que haja democracia.

Por outro lado, o modelo “Estado Social de Direito”, a mercê da imprecisão do termo social, foi e é capaz de albergar diferentes ideologias; sob a sua roupagem eclodiu, dentre outros, o Estado Nazista¹².

A essência de um Estado Democrático é a possibilidade de ingerência do povo nas decisões fundamentais do Estado e é bem resumida nas famosas palavras de Lincoln, “governo do povo, pelo povo e para o povo”.

Na síntese de José Afonso da Silva, democracia é o “*processo de convivência social em que o poder emana do povo, há de ser exercido pelo povo, direta ou indiretamente, pelo povo e em proveito do povo*”¹³.

A incorporação do princípio democrático dentro da fórmula do Estado de Direito fez com que a participação do particular na administração pública não se traduzisse apenas nas hipóteses em de delegação do poder público (Estado Liberal) ou em decorrência da atividade estatal de fomento (Estado Social). É característica básica do Estado Democrático de Direito que o particular possa atuar no controle e na gestão da coisa pública. No entender de Maria Silvia Zanella di Pietro, consubstanciam-se em projeções do princípio

¹² José Afonso da Silva, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, p. 120.

¹³ *Curso de Direito Constitucional Positivo*, p. 130.

democrático o direito de petição, o contraditório, as audiências públicas e a participação popular em órgãos de consulta e decisão¹⁴.

É certo que os ideais democráticos, conhecidos desde a Antiguidade, encontravam-se presentes nas revoluções liberais do século XVIII¹⁵. Do desenvolvimento das idéias democráticas, nasceram dilemas em torno de como pode o povo efetivamente exercer o poder, resultando do enfrentamento da questão a existência de três modelos conhecidos como democráticos: a democracia direta, a democracia indireta ou representativa e a democracia participativa.

Na democracia direta, há coincidência entre o titular do poder e quem o exerce. Tal foi o modelo implantado na Grécia antiga, mas com o advento do Estado Moderno tornou-se impraticável.

Ocorre a democracia representativa quando o exercício do poder é confiado a pessoas investidas na qualidade de representantes do povo, mediante eleições. Pressupõe:

“um conjunto de instituições que disciplinam a participação popular no processo político, que vem a formar os direitos políticos que qualificam a cidadania, tais como as eleições, o sistema eleitoral, os partidos políticos, etc...”¹⁶”

¹⁴ *Revista de Direito Administrativo* 191, Participação Popular na Administração Pública, p. 33/35.

¹⁵ Por meio do art. 20 da Declaração dos Direitos e Deveres do Homem e do Cidadão de 1795, o povo francês assegurou o direito do cidadão poder concorrer, em condições de igualdade, imediata ou imediatamente, na formação da lei, nomeação dos representantes do povo e dos funcionários públicos. Pouco antes, em 1776, as treze colônias americanas solenizaram uma Declaração de Independência, que se destacou por ser o primeiro documento a afirmar princípios democráticos, na era Moderna.

¹⁶ José Afonso da Silva, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, p. 141.

Conhecida, também, como democracia semidireta, a democracia participativa contempla mecanismos de participação direta do povo na gestão da coisa pública, sem abandono do modelo representativo.

A democracia representativa é o modelo que se coaduna com o atual modelo de Estado, no qual se sobressaem a grande densidade populacional e complexidade das relações sociais.

1.5. A insuficiência da democracia representativa e a emergência da democracia participativa

O modelo representativo, contudo, não é suficiente para a concretização do Estado de Direito contemporâneo.

Assenta-se o modelo representativo na ficção de que o representante agirá nos termos em que seus eleitores agiriam. Ocorre que o representante goza de liberdade, não se encontra juridicamente vinculado a ninguém e não está obrigado a prestar contas. Além disso, o representante atua não apenas em nome de seus eleitores, mas em nome de todas as pessoas do Estado.

Diante deste quadro, fácil é perceber que o povo, titular do poder, em quase nada o exerce. Na democracia representativa concebida pelo Estado de

Direito pouco há de representação, as eleições nada mais significariam do que “simples técnica de formação dos órgãos governamentais¹⁷”.

Além disso, sistemas políticos marcados pela existência de inúmeros partidos políticos, sem programas e bases ideológicas definidas, são exemplos vivos da insuficiência da democracia representativa.

A emergência da democracia participativa no Estado de Direito contemporâneo prende-se, pois, à necessidade de reconduzir, tanto quanto possível, o exercício do poder soberano à sua matriz popular. Em linhas gerais, pode-se dizer que a democracia participativa “baseia-se na abertura do Estado a uma participação popular maior do que admitida no sistema da democracia puramente representativa¹⁸”.

Emblemáticas são as palavras de Diogo de Figueredo Moreira Neto:

“na democracia clássica, a participação popular está voltada à ‘escolha dos governantes’, na democracia emergente no século XX, volta-se à escolha de ‘como se quer ser governado’, através da participação política¹⁹”.

Se é verdade que diante do agigantamento do Estado e da complexidade das relações sociais não há como se abandonar a democracia representativa, não é menos verdade que existe a constante necessidade de aperfeiçoamento dos institutos que a compõem, mesclando-os com outros que

¹⁷ José Afonso da Silva, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, p. 143.

¹⁸ Marcos Augusto Perez, *A Administração Pública Democrática*, p. 32.

¹⁹ *Mutações no Direito Administrativo*, p. 41.

tenham como característica a possibilidade de os cidadãos comporem diretamente a vontade do Estado.

Acentua Diogo de Figueiredo Moreira Neto que:

“a intensificação da participação e a multiplicação das figuras consensuais de administração devem ser consideradas como um reflexo da crescente imbricação entre interesses de todo o gênero nas sociedades contemporâneas, o que cria espaços comuns entre o público e o privado, e se inserem interesses individuais, individuais homogêneos, coletivos e difusos, o que de forma alguma minimiza ou estreita o espaço do público senão que o valoriza, por ampliar-lhe a prossecução, fomento e a defesa, pela mobilização não apenas na vontade e dos meios do Estado mas os de toda a sociedade convergente²⁰”.

Além disso, no Estado Social de Direito, ao Poder Público incumbe diversos “fazeres” para a obtenção de uma igualdade material. É o caso de serviços de saúde, educação, assistência social, etc. Dada à abrangência social que tais encargos assumem, o ferramental utilizado para concretização destes serviços são as políticas públicas – entendidas por Maria Garcia como diretrizes, princípios, metas coletivas conscientes que direcionam a atividade do Estado, objetivando o interesse público,²¹ para as quais deve haver planejamento e fiscalização.

Se a efetivação de direitos sociais tem o louvável escopo de reduzir desigualdades materiais, por outro lado faz com que o cidadão acabe se tornando “cliente” do Estado, “objeto de uma ação paternalística por parte de

²⁰ Revista de Direito Administrativo 231, p. 142/143.

²¹ Políticas Públicas e atividade administrativa do Estado, p. 64/67.

uma burocracia a quem delega a promoção da igualdade de fato entre os cidadãos. Nesse sentido, substitui-se a participação do cidadão na vida pública pela decisão técnica da burocracia estatal, sendo que o controle político da burocracia fica delegado aos partidos políticos e o único momento de intervenção do cidadão é o voto; o cidadão consente em que o Estado invada os domínios que antes eram considerados inexpugnáveis, os domínios da autonomia privada, em nome de uma maior igualdade material a ser alcançada²².

Nesta ordem de idéias, a participação popular no planejamento, elaboração e fiscalização como instrumento assume capital importância, na medida em que, traduzindo-se em recurso pedagógico de cidadania, confere legitimidade, derivada do consenso, aos programas de ação governamental, redundando em melhores possibilidades de serem alcançados os objetivos estipulados.

Em suma, pode-se afirmar, com Pablo Lucas Verdú, que cada uma das espécies de Estado de Direito:

“foi estabelecida ou foi objeto de tentativas de estabelecimento por meio da luta contra estruturas de poder contrárias: o Estado Liberal de Direito em relação ao antigo regime; o Estado Social de Direito contra o individualismo e absenteísmo do Estado Liberal; o Estado Democrático de Direito, que forceja contra as estruturas

²² Marcos Nobre e Vera Schattan Coelho, *Participação e Deliberação. Teoria Democrática e Experiências Institucionais no Brasil Contemporâneo*, p. 27.

sociopolíticas do modelo anterior: resquícios individualistas, neocapitalismo opressor, sistema estabelecido privilegiado²³”.

Viabilizar a participação popular na formação da vontade estatal representa, pois, mais um capítulo da evolução do Estado de Direito. Aos postulados fundamentais trazidos pelos modelos Liberal, Social e Democrático, devem ser agregados instrumentos de democracia direta, aperfeiçoando a democracia representativa, de forma que a formação da vontade estatal espelhe com maior fidelidade possível os anseios do povo.

²³ *A Luta pelo Estado de Direito*, p. 137.

2. A PARTICIPAÇÃO POPULAR ENQUANTO DIREITO FUNDAMENTAL DA PESSOA HUMANA

2.1. Direitos Humanos e Direitos Fundamentais

Identificado o princípio democrático dentro da concepção contemporânea de Estado de Direito, é de suma importância verificar se a participação popular adquiriu ou não status de direito fundamental da pessoa humana.

A doutrina consagrou a expressão “direitos humanos” para designar o conjunto de direitos do homem previstos nos tratados de direito internacional, empregando, em contrapartida, a expressão “direitos fundamentais” para designar o conjunto de direitos do homem consagrados no plano do Direito interno de cada Estado²⁴.

É conhecida também a classificação dos direitos fundamentais em gerações ou dimensões. Esta classificação reproduz a própria evolução do conceito de Estado de Direito. Assim, os denominados direitos fundamentais de primeira geração correspondem aos direitos de liberdade, caracterizando-se por delimitar a ação do Estado, resguardando o cidadão. Os direitos fundamentais de segunda geração, por outro lado, correspondem aos direitos

²⁴ Ingo Wolfgang Sarlet, *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, p. 42.

sociais e os direitos de terceira geração são aqueles relacionados à solidariedade e desenvolvimento.

A participação popular, enquanto instrumento da democracia participativa, coloca-se indiscutivelmente no rol dos direitos fundamentais da pessoa humana. Nesta ordem de idéias, mostra-se pertinente investigar em que medida e em qual dimensão a comunidade jurídica internacional a reconhece como direito, bem assim como estabelecer as conseqüências, no plano do ordenamento jurídico brasileiro, da sua consagração nos documentos internacionais de proteção aos direitos humanos.

2.2. Participação e Dignidade da Pessoa Humana

Como se sabe, o processo de reconhecimento dos direitos humanos ganhou notável impulso após a segunda guerra mundial. Com efeito, o flagelo do nazismo abriu os olhos do mundo para a necessidade de se proteger o ser humano contra toda sorte de arbitrariedades, especialmente aquelas praticadas pelo Estado e sob o manto do direito vigente.

Para tanto, foi necessário estruturar o pensamento jurídico em torno do homem, reconhecendo-o fundamentalmente, como um ser portador de dignidade.

Em obra específica a respeito da dignidade da pessoa humana, Ingo Wolfgang Sarlet deixou registrado que:

“...Kant sinala que a autonomia da vontade, entendida como a faculdade de determinar a si mesmo e agir em conformidade com a representação de certas leis, é um atributo apenas encontrado nos seres racionais, constituindo-se no fundamento da dignidade da natureza humana²⁵”.

O pensamento do filósofo alemão parte, pois, de uma concepção de que o homem é o único ser racional e existe como um fim em si mesmo, não podendo ser comparado com coisa alguma, por ter dignidade inerente à condição de pessoa.

É fácil verificar que a idéia de dignidade da pessoa humana está intimamente ligada ao reconhecimento e efetivação dos direitos humanos, tanto aqueles ligados ao Estado de Direito em sua acepção clássica, como aqueles relacionados à vertente social e democrática. Tanto mais direitos são sendo reconhecidos como direitos humanos, tanto mais se enriquece o conceito de dignidade humana. Sob este prisma de progressividade, aliás, é que se pode falar em gerações de direitos humanos.

Se a gênese da dignidade da pessoa humana repousa no pensamento Kantiano em torno da autonomia da vontade, não há como deixar de reconhecer que a efetivação do direito à liberdade, em suas múltiplas

²⁵ Ainda, do mesmo autor: “...é justamente no pensamento de Kant que a doutrina jurídica mais expressiva, nacional ou alienígena - ainda hoje parece estar identificando as bases de uma fundamentação e, de certa forma, de uma conceituação da dignidade da pessoa humana.” *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*, p. 34/34.

acepções, faz parte da dimensão material da dignidade. A liberdade aqui cumpre o papel de instrumento para a democracia e, em última análise, da participação popular.

O mesmo há de ser dito em relação às prestações positivas que o Estado deve adimplir com o objetivo de propiciar uma igualdade material entre os seres humanos²⁶.

A participação política associa-se a este conjunto de direitos que compõem a dignidade humana²⁷, traduzindo-se, pois, na quarta geração de direitos fundamentais²⁸. Acentua, neste particular, Maria Goretti Dal Bosco que:

“no Estado democrático de direito, portanto, o direito à democracia deve oferecer ao cidadão, não somente de modo formal, as condições para que este efetivamente participe das decisões, mas também, de modo real, as estruturas necessárias a que possa exercer, na sua amplitude, o direito de participar. Assim, é fundamental desenvolver mecanismos que facilitem o acesso dos cidadãos a todas as decisões, não unicamente ao voto para representação no Parlamento, na democracia representativa, ou semidireta, mas aos instrumentos de democracia direta, como os conselhos deliberativos, as audiências públicas, as comissões especiais de avaliação de políticas públicas, sem esquecer dos

²⁶ Celso Antonio Pacheco Fiorillo, *Princípios do Processo Ambiental*, p. 14: “uma vida com dignidade reclama desde logo a satisfação dos valores mínimos fundamentais descritos no âmbito de nossa Carta Magna no art. 6º (direito à educação, à saúde, ao trabalho, à moradia, ao lazer, à segurança, à previdência social, à proteção, à maternidade, à proteção à infância, assim como a assistência aos desamparados), verdadeiro piso vital mínimo a ser assegurado pelo Estado Democrático de Direito”.

²⁷ José Carlos Viera Andrade, *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, p. 102: “o princípio da dignidade da pessoa humana está na base de todos os direitos constitucionalmente consagrados, quer dos direitos e liberdades tradicionais, quer dos direitos de participação política, quer dos direitos dos trabalhadores e direitos a prestações sociais”.

²⁸ Paulo Bonavides, *Curso de Direito Constitucional*, p. 571.

procedimentos consolidados constitucionalmente, como a iniciativa popular das leis, o plebiscito e o referendo²⁹”.

Com efeito, por meio da participação política é que o cidadão pode evitar que o Estado se desvie de suas finalidades fundamentais, dentre as quais se destaca a efetivação dos direitos humanos. Sob este prisma, é inegável que a participação política acabe funcionando como importantíssimo mecanismo de controle.

É inegável, por outro lado, que tanto mais estará o cidadão propenso a aceitar os desígnios do Estado quanto mais estiver em condições de influenciar na construção da vontade política³⁰. Além disso, a determinação concreta dos direitos fundamentais é uma construção social; a universalização é característica de seu aspecto normativo formal³¹. A participação política cumpre aqui o papel de delinear como os direitos abstratamente previstos serão materializados nos Estados.

Concebeu-se, assim, um princípio supremo³², o da dignidade da pessoa humana, em torno do qual direitos humanos foram solenemente declarados pela comunidade jurídica internacional. Este processo de internacionalização

²⁹ *Discricionariedade em Políticas Públicas: um olhar garantista da aplicação da lei de improbidade administrativa*, p. 83.

³⁰ Salieta Diogo de Figueiredo Moreira Neto que “a participação e a consensualidade tornaram-se decisivas para as democracias contemporâneas, pois contribuem para aprimorar a governabilidade (eficiência); propiciam mais freios contra o abuso (legalidade); garantem a atenção de todos os interesses (justiça), proporcionam decisão mais sábia e prudente (legitimidade); desenvolvem a responsabilidade das pessoas (civismo), e tornam os comandos estatais mais aceitáveis e facilmente obedecidos (ordem)”. *Mutações no Direito Administrativo*, p. 41.

³¹ Cristiane Derani, *Arquivos de Direitos Humanos*, In: Ricardo Lobo Torres e Celso D. Albuquerque Mello, *Direitos Fundamentais e Democracia*, p. 59.

³² A expressão é de Paulo Bonavides, *Teoria Constitucional da democracia participativa*, p. 233.

dos direitos humanos teve início com a criação da Organização das Nações Unidas, em 1945, à qual sobreveio a Declaração Universal dos Direitos Humanos, em 1948.

2.3. A Participação Popular nos Instrumentos Internacionais de Direitos Humanos

A consagração de direitos humanos nos instrumentos internacionais obedece à premissa de que os direitos do homem são universais e indivisíveis.

Pela nota da universalidade, os direitos humanos são aplicáveis a todas as pessoas, raças, religiões e sexos. Por outro lado, a indivisibilidade traduz a idéia de interdependência – tantos os direitos de liberdade como os direitos de cunho social são direitos humanos e, via de consequência, merecem proteção.

Nesta ordem de idéias, a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 combina o discurso liberal com o social, ao contemplar direitos civis e políticos (art. 3º a 21) ao lado de direitos econômicos e sociais (art. 22 a 28).

A participação popular na formação da vontade estatal está expressamente contemplada na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948. Com efeito, o artigo XX da Declaração dispõe que: *“Todo homem tem o direito de tomar parte no governo de seu país, diretamente ou por intermédio de representantes livremente escolhidos”*.

Noticia Flávia Piovesan a existência de entendimento doutrinário no sentido de que a Declaração Universal dos Direitos Humanos teria força jurídica vinculante, especificamente por integrar o direito costumeiro internacional ou os princípios gerais de direito³³. Nada obstante, sob um enfoque estritamente legalista, há aqueles que propugnam que o documento não possui força vinculante, porque não se equipara aos tratados, constituindo-se em mera exortação aos Estados no sentido de promoverem os direitos da pessoa humana.

Não há como se olvidar que a Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948 tem servido de inspiração para a elaboração de normas de direitos humanos no plano interno dos ordenamentos jurídicos Estatais. Ainda, que o texto da Declaração tem servido de referência para a consecução de tratados entre os Estados e decisões das Cortes internacionais. Nesta ordem de idéias, ainda que não assuma a roupagem de um tratado, a Declaração parece haurir força vinculante do fato de se caracterizar como norma de costume.

Assim, para efeito deste trabalho, a obrigação dos Estados em implementarem mecanismos de participação direta na formação da vontade estatal emerge, de forma vinculativa, da própria Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948.

³³ *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*, p. 138.

De qualquer forma, visando conferir força vinculante aos postulados da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948³⁴, foram aprovados, pela Assembléia Geral das Nações Unidas, o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos Sociais e Culturais.

O Pacto, no Direito Internacional Público, é um acordo revestido de formalidade que, consubstancia um compromisso futuro, assumido pelos Estados, uma *“espécie de promessa que os Estados fazem entre si e tomando um ao outro como testemunha, de maneira a existir um processo eficaz de fiscalização e acompanhamento dos progressos e retrocessos”*³⁵.

Acentua Flávia Piovesan que:

*“ao transformar os dispositivos da Declaração em previsões juridicamente vinculantes e obrigatórias, os dois pactos internacionais constituem referência necessária para o exame normativo de proteção internacional aos direitos humanos”*³⁶.

A participação popular está expressamente contemplada no Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos. Estabelece o art. 25, “a”, que o cidadão tem o direito de participar da condução dos assuntos públicos, diretamente ou por meio de representantes livremente escolhidos.

Expressivas as palavras de Fábio Konder Comparato acerca da importância deste dispositivo do Pacto, quando aduz que:

³⁴ Fábio Konder Comparato, *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*, p. 226.

³⁵ Bruno Yepes Pereira, *Curso de Direito Internacional Público*, p. 53.

³⁶ *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*, p. 152.

“as Constituições Nacionais que não reconhecem, hoje, as instituições da democracia direta (plebiscito, referendo, iniciativa popular legislativa, orçamento participativo) são não apenas ilegítimas, como na verdade contrárias à ordem internacional dos direitos humanos³⁷”.

Por fim, no âmbito regional, a Convenção Americana de Direitos Humanos, conhecida como Pacto de San José da Costa Rica, contempla em seu art. 23, no inciso 1, “a” , o direito do cidadão participar dos assuntos públicos, diretamente ou por meio de representantes livremente eleitos.

Mais do que simplesmente declarar a existência de direitos universais, os instrumentos internacionais dos direitos humanos vêm paulatinamente ganhando instrumentos que tendem a incidir nos países que assinaram e ratificaram os documentos, não se podendo, atualmente, considerá-los como meras “cartas de intenções” ou documentos sem nenhum valor jurídico. Nas palavras de Flávia Piovesan:

“o processo de universalização dos direitos humanos traz em si a necessidade de implementação desses direitos, mediante a criação de uma sistemática internacional de monitoramento e controle – a chamada international accountability³⁸” .

Diversos são os mecanismos de monitoramento e controle, dentre os quais se destacam os relatórios, comunicações interestatais, direito de petição aos organismos internacionais. Ainda, por força da Convenção Americana de Direitos Humanos - Pacto de San Jose da Costa Rica, o monitoramento e o

³⁷ *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*, p. 322.

³⁸ *Idem*, p. 151.

controle da efetivação dos direitos consagrados na Convenção implementam-se por um mecanismo ainda mais sofisticado, na medida em que se assegura a possibilidade de o Estado ser julgado na Corte Interamericana, em decisão juridicamente obrigatória para os Estados. Verifica-se, pois, uma tendência no sentido de fortalecer, os mecanismos por meios dos quais um organismo internacional pode exigir de um Estado a efetivação de direitos consagrados em tratados de direitos humanos.

Com base nos dispositivos acima mencionados, que contemplam a possibilidade de o cidadão participar diretamente na formação da vontade política estatal, bem assim da existência de instrumentos de monitoramento e controle da efetivação dos direitos consagrados, não há como se deixar de reconhecer que existe, no plano do direito internacional público, um direito subjetivo público à participação popular na formação da vontade do Estado.

2.4. Do Direito Humano e Fundamental à Participação Popular

Estabelecidos os contornos do direito à participação nos instrumentos internacionais de direitos humanos, mostra-se pertinente observar como os direitos assegurados nestes documentos convertem-se em direitos positivados, ou seja, direitos internamente reconhecidos pelo Estado. Em outras palavras, cuida-se de analisar o “diálogo” que há de se estabelecer entre as normas de

direitos humanos contempladas em instrumentos internacionais e a Constituição Federal de 1988.

Não se objete que a investigação proposta seja despida de relevância, na medida em que o direito humano ora considerado – a participação popular na construção da vontade Estatal – é também exhaustivamente contemplado no texto constitucional brasileiro, não havendo sentido ou razão prática para estabelecer o liame entre o direito internacional e o direito interno, na medida em que tudo o que consta no direito internacional a respeito de participação popular está igualmente contemplado no plano do ordenamento jurídico interno.

Como já foi mencionado no corpo deste trabalho, a adesão do Estado brasileiro aos tratados internacionais de direitos humanos o põe em observação no que diz respeito à efetivação dos direitos, colocando-o ainda na contingência de prestar contas aos organismos internacionais.

Além disso, a incorporação dos direitos humanos consagrados no plano do direito internacional no ordenamento jurídico brasileiro obedece um regime diferenciado, circunstância que abre as portas para que um direito reconhecido no plano internacional passe a contar com mecanismos de coerção do direito interno.

Com efeito, estabelece o parágrafo 2º do art. 5º da Constituição Federal que os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados

internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. O parágrafo 3º do art. 5º da Constituição Federal, por sua vez, estabelece que os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

Tal não ocorre com os demais tratados internacionais em que o Brasil tomou parte, cuja natureza infraconstitucional se extrai da alínea “b” do inciso III do art. 102 da Constituição Federal, que atribui competência ao Supremo Tribunal Federal julgar recursos extraordinários as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal.

Se assim é, não se pode deixar de reconhecer que os direitos humanos contemplados nos tratados, por força dos referidos parágrafos 2º e 3º do art. 5º, consubstanciam matéria constitucional. Aliás, se assim não fosse, ficaria sem sentido este comando (par. 2º do art. 5º) da Constituição Federal³⁹.

Não se olvide o posicionamento diverso do que aqui é sustentado pelo Supremo Tribunal Federal, que a princípio fixou o entendimento no sentido de que os tratados internacionais sobre direitos humanos são recepcionados pelo ordenamento jurídico brasileiro na condição de leis ordinárias⁴⁰. Em recente julgamento, contudo, o Supremo Tribunal Federal sufragou a tese de

³⁹ Flávia Piovesan, *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*, p. 54.

⁴⁰ HC 72.131-RJ, RE 206-482-SP

que os tratados de direitos humanos ratificados pelo Estado Brasileiro tem caráter supralegal, situando-se em patamar abaixo das normas constitucionais, mas acima da legislação ordinária⁴¹.

De qualquer forma, não se deve colocar em dúvida que, uma vez submetidos ao procedimento previsto no parágrafo 3º do art. 5º da Constituição Federal (aprovação em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros), os tratados e convenções de direitos humanos terão status constitucional.

Disso resulta que na eventualidade de algum tratado internacional contemplar um mecanismo, diferente daqueles já previstos na Lei Magna, de participação popular na formação da vontade estatal, a adesão, a ratificação e a submissão ao procedimento previsto no parágrafo 3º do art. 5º da Constituição Federal do referido tratado pelo Estado brasileiro, erige este novo mecanismo em norma constitucional, modificando o exercício do poder político.

⁴¹ RE 466.343-SP, HC 90172-SP

3. DO PRINCÍPIO PARTICIPATIVO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

3.1. Considerações Gerais

A Constituição Federal de 1988 é resultado da abertura política experimentada pelo país em meados da década de oitenta.

Transcorridos longos anos do período militar, Tancredo Neves assumiria, em 1985, a Presidência da República, eleito pela via indireta. O Vice-Presidente da República, José Sarney, que assumiu o cargo em decorrência da morte de Tancredo Neves, provinha recentemente do partido que dava sustentação ao governo militar. Mal se iniciava o governo civil e já pairava no ar grave crise de legitimidade.

Foi neste contexto que se desenvolveram os trabalhos da Assembléia Nacional Constituinte. Havia a preocupação em se restaurar as liberdades democráticas e de se evitar que os militares retomassem o poder, o que justificou a elaboração de um texto extenso e detalhista. Houve a constitucionalização de muitos temas apenas para que houvesse dificuldade em se alterá-los em momento posterior.

Extensa, detalhista e repetitiva, a Constituição Federal de 1988 é o mais importante instrumento da redemocratização do país, pois resgatou o Estado Democrático de Direito.

Não por outra razão, a Constituição Federal de 1988 foi pródiga ao explicitar sua opção pelo regime democrático, a começar pelo art. 1º que estatui que a República Federativa do Brasil constitui-se em Estado Democrático de Direito.

É importante destacar que da consagração do princípio democrático, emerge não apenas a necessidade de se realizarem eleições, da livre criação e funcionamento de partidos políticos, mas também “*a estruturação de processos que ofereçam aos cidadãos efectivas possibilidades de aprender a democracia, participar dos processos de decisão...*”⁴². Consagrar o regime democrático significa, portanto, aceitar que em determinadas hipóteses possa o cidadão participar diretamente da formação da vontade do Estado.

Mas é no parágrafo único do sobredito art. 1º em que está expressamente consagrada a adoção da democracia participativa: “*todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou **diretamente**, nos termos desta Constituição*”. (grifo nosso)

⁴² J. J. Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 415/416.

É possível, pois, extrair do texto constitucional um princípio participativo, que se caracteriza essencialmente pela possibilidade de o cidadão diretamente influir na formação da vontade do Estado⁴³.

3.2. Participação Popular e Controle Social

No art. 1º da Constituição Federal conjugam-se dois princípios capitais: o princípio republicano e o princípio democrático. Estes são os alicerces do princípio participativo.

Da adoção da República, enquanto forma de governo, é possível extrair a noção de que a coisa pública deve ser fiscalizada. Com efeito, além de compor, em casos especiais, a vontade do Estado, assiste ao povo a possibilidade de exercer controles em relação ao agir do Estado.

O controle social é *“fiscalização que nasce de fora para dentro do Estado e exercida por particulares ou por instituições da sociedade civil⁴⁴”*. Diferencia-se do controle exercido pelo próprio poder público.

Salienta Vanderlei Siraque que no:

“controle social o cidadão não possui nenhuma obrigação legal de fiscalizar e controlar, mas tem a faculdade garantida pela Constituição de adentrar na intimidade da Administração Pública

⁴³ Nesse sentido, José Afonso da Silva, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, p. 145.

⁴⁴ Carlos Ayres Britto, *Distinção entre “controle social do poder e participação popular”*, p. 115.

para fiscalizá-la, com animus sindicandi, e submetê-la à soberania popular.”⁴⁵

Consubstancia-se em direito público subjetivo do cidadão de contrastar as atividades do Estado com parâmetros previamente estipulados e com os ditames legais.

Este direito pode ser realizado por:

“um particular, por pessoa estranha ao Estado, individualmente, em grupo ou por meio de entidades juridicamente constituídas, sendo que, nesse caso, não há necessidade de serem estranhas ao Estado, mas que pelo menos de uma parte de seus membros ser eleita pela sociedade”⁴⁶.

São diversas as formas em que se pode exercer o controle social. A obtenção de certidões em repartições públicas, para defesa de direitos e esclarecimento de situação de interesse pessoal (alínea b do inciso XXXIV do art. 5º), a proposição da ação popular para anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente, etc., a representação que se dirige ao Ministério Público informando ilegalidades de toda sorte derivadas da ação estatal são alguns exemplos de manifestação do controle social realizadas pelo particular. Em contrapartida, a atuação dos Conselhos de Saúde e de Educação consubstanciam controle social realizado por colegiados.

Participação popular, em contrapartida, é partilha de poder político. É:

⁴⁵ *Controle Social da Função Administrativa do Estado. Possibilidades e limites na Constituição de 1.988*, p. 104.

⁴⁶ Vanderlei Siraque, *ob. cit.*, p. 99.

“a pessoa privada (individual ou associadamente) exercendo o poder de criar a norma jurídica estatal, que é norma imputável à autoria e ao dever de acatamento de toda a coletividade. É igual dizer: com a pessoa privada influenciando constitutivamente na formação da vontade normativa do Estado, que é assim é que se desempenha o poder político⁴⁷”.

Para o presente estudo, tanto o controle social como a participação popular, representam projeções de um mesmo princípio, qual seja, o princípio participativo, cujos alicerces residem nos princípios democrático e republicano. Não há como se conceber, aliás, a possibilidade de uma efetiva participação popular sem que se tenha ao mesmo tempo um efetivo controle social. Para ilustrar a afirmação, basta que se lembre que alguns Conselhos de Direitos possuem atribuição de deliberar políticas públicas e que, para tanto, devem avaliar as atuações anteriores do Poder Público ou da sociedade na matéria em foco. Ora esta avaliação nada mais significa que um controle social, no caso indispensável para a posterior participação popular.

3.3. Instrumentos de Participação Popular na Constituição de 1988

A Constituição Federal de 1988 também foi pródiga ao estabelecer mecanismos de participação popular na formação da vontade do Estado. A

⁴⁷ Carlos Ayres Britto, *Distinção entre “controle social do poder e participação popular”*, p. 119.

título exemplificativo, podem ser citados:

a) o art. 10 da Constituição, que assegura a participação dos trabalhadores e empregadores nos colegiados dos órgãos públicos em que seus interesses profissionais ou previdenciários sejam objeto de discussão ou deliberação.

b) o art. 14 da Constituição estabelece que a soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos e, nos termos da lei, mediante plebiscito, referendo e iniciativa popular.

O plebiscito e o referendo foram regulamentados pela Lei nº 9.709/98.

No plebiscito, o povo é consultado sobre algo de importância para os negócios do Estado. Tal consulta se realiza antes da elaboração de ato administrativo ou legislativo a respeito da matéria. No referendo, por outro lado, o povo é consultado em momento posterior à elaboração do ato administrativo ou legislativo. No plebiscito, a idéia central é o povo autorizar a realização de um ato do Estado; no referendo, concordar ou não com um ato já praticado.

c) Os incisos XII e XIII do art. 29 da Constituição Federal contemplam possibilidade de cooperação das associações representativas no planejamento municipal e a iniciativa popular em projetos de lei de interesses específico do Município, da cidade ou de bairros, através da manifestação de, pelo menos, cinco por cento do eleitorado.

d) A iniciativa popular para a produção legislativa encontra-se disciplinada no par. 2º do art. 61, pressupondo apresentação do projeto à Câmara dos Deputados subscrito por, no mínimo, um por cento do eleitorado nacional, distribuído pelo menos por cinco Estados, com não menos de três décimos por cento de eleitores de cada um deles.

e) O inciso III do art. 198 da Constituição Federal pressupõe que a organização das políticas, ações e serviços de saúde contem com a participação da comunidade.

f) Preceitua o inciso II do art. 204 da Constituição que os serviços públicos de assistência social devem ser organizados e executados mediante participação da população, por meio de organizações representativas, na formulação das políticas e controle das ações em todos os níveis.

g) Nos termos, do parágrafo 1º do art. 216 da Constituição, a promoção e a proteção do patrimônio cultural brasileiro devem ser organizadas mediante a colaboração do poder público com a comunidade.

h) O parágrafo 7º do art. 227 da Constituição Federal, ao referir que no atendimento aos direitos das crianças e adolescentes levar-se-á em consideração o disposto no art. 204, contempla a participação da população, por meio de organizações representativas, na formulação das políticas e no controle das ações em todos os níveis.

i) Os arts. 103-B e 130-A prevêm, nos incisos XIII e V, que dois cidadãos de notável saber jurídico e reputação ilibada, indicados pelo Senado

Federal e pela Câmara dos Deputados, tomem assento, respectivamente, no Conselho Nacional de Justiça e no Conselho Nacional do Ministério Público.

3.4. Outras formas de participação

Como consequência da consagração do princípio participativo, não está o legislador ordinário inibido de criar outros institutos⁴⁸, além daqueles previstos no texto constitucional, para que o cidadão possa imiscuir-se na formação da vontade do Estado.

Sustenta, neste particular, Marcos Augusto Peres que a conjugação do princípio democrático com a fórmula “Estado de Direito” impõe uma forma de organização do Estado que necessariamente implique em democracia participativa, que deveria ser implementada mesmo que a Constituição Federal deixasse de fazer referência expressa a institutos de democracia participativa⁴⁹.

Novas modalidades de participação popular podem, pois, ser criadas, sem que tal implique em ofensa à Constituição Federal de 1988. Aliás, os avanços tecnológicos na área de informática tendem a facilitar as maneiras pelas quais pode o cidadão ser ouvido, a exemplo das audiências públicas, no

⁴⁸ No mesmo sentido, Maria Goretti Dal Bosco, *Discricionariedade em Políticas Públicas: um olhar garantista da lei de improbidade administrativa*, p. 83.

⁴⁹ Marcos Augusto Peres, *A Administração Pública Democrática*, p. 74.

que restará substancialmente melhorado o processo de construção de decisões coletivas.

3.5. O Município e a participação popular

O Município é o ente federativo mais adequado para a aplicação de institutos de participação popular. É indiscutível que o cidadão tem relação muito mais próxima com o Município do que com o Estado ou com União. Com efeito, *“é no Município que todos vivemos, e é da satisfação das suas necessidades básicas que deflui, em grande parte, o nosso bem-estar individual⁵⁰”*.

Muito embora tenha sido alçado formalmente à condição de ente federativo na Constituição de 1988, o Município sempre ostentou uma posição de destaque no Estado Brasileiro, circunstância que conferia à federação brasileira uma feição própria, caracterizada pela coexistência de ordens jurídicas distintas: a federal, a estadual e a municipal, cada qual com abrangência territorial específica.

O que revelava esta posição de destaque é a característica da autonomia municipal. Traduz-se a autonomia municipal na capacidade de auto-organização, o que implica na elaboração de lei orgânica, na capacidade de

⁵⁰ Celso Bastos, *O Município: sua evolução histórica e suas atuais competências*, p. 55.

autogoverno, havendo eleição para o cargo de Prefeito e Vereadores, na capacidade de autolegislação, mediante a qual se possibilita a criação de leis municipais nas matérias que lhe são afetas ou aquelas em que tem a prerrogativa de suplementar a legislação estadual e federal, e na capacidade de autoadministração, para manter e prestar serviços de interesse local⁵¹.

Assim, no âmbito legislativo, sobressai a competência para tratar de assuntos de interesse local. Assuntos de interesse local não são aqueles que interessam exclusivamente ao Município, mas sim aqueles que predominantemente lhe dizem respeito⁵².

Ainda, nas matérias enumeradas no art. 24 da Constituição Federal de 1988 em que a União, Estados e Distrito Federal possuem competências legislativas concorrentes, cabe ao Município suplementar a legislação Federal e Estadual, no que couber, isto é, desde que a matéria tenha alguma pertinência com o Município. Destaque-se, a título de exemplo, a possibilidade de suplementar a legislação federal e estadual no que diz respeito à proteção à infância e juventude. É o Município que deve, por exemplo, particularizar ações tendentes a concretizar objetivos previstos em normas gerais provenientes do Estado ou da União.

Por outro lado, os serviços públicos que tocam mais diretamente ao cidadão, como o transporte público e a coleta de lixo, devem ser prestados pelo Município, nos termos do inciso V do art. 30 da Constituição Federal.

⁵¹ José Afonso da Silva, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, p. 622.

⁵² Celso Bastos, *O Município: sua evolução histórica e suas atuais competências*, p. 60.

Há, assim, no âmbito municipal uma proximidade entre o cidadão e o poder público. Esta proximidade entre o cidadão e os interesses que lhe afetam mais intensamente impõe muitas vezes a adoção de soluções particularizadas mesmo dentro de um mesmo município - pense-se, por exemplo, no número de linhas de ônibus que devam atender a diferentes bairros - tudo a recomendar que o processo de formação da vontade do Poder Público não dispense a participação popular, como fator de legitimidade e também de eficácia.

Não se olvide que o próprio texto constitucional alberga um dispositivo que “*direciona genericamente a adoção de institutos de participação popular pela Administração Pública dos Municípios*”⁵³. Trata-se do inc. XII do art. 29 da Constituição Federal, que determina a cooperação das associações representativas no planejamento municipal. Como se não bastasse, há ainda a possibilidade de iniciativa popular legislativa para projetos de lei de interesse específico do Município, da cidade ou de bairros, através de manifestação de, pelo menos, cinco por cento do eleitorado.

Nesta ordem de idéias, é evidente a vontade do legislador constitucional de viabilizar no Estado Brasileiro, tanto quanto possível, a democracia participativa. Por tal razão, a criação de institutos de participação popular, especialmente os de âmbito municipal, deve ser fomentada, de maneira a concretizar o princípio democrático idealizado pela Constituição.

⁵³ Marcos Augusto Peres, *A Administração Pública Democrática*, p. 75.

Exemplo vivo de democracia participativa na formação da vontade do Poder Público municipal, não contemplado expressamente pela Constituição de 1988, é o instituto do orçamento participativo, por meio do qual os residentes de cada município participam diretamente de assembleias públicas, realizadas em regiões diversas do município, com o objetivo de debater o projeto de lei do orçamento e definir investimentos para exercício orçamentário subsequente.

3.6. Terceiro setor e participação

A associação para fins lícitos é garantia constitucional, sendo vedada a interferência estatal para seu funcionamento (incisos XVII e XVIII do art. 5º da Constituição Federal).

Dentro do espectro das possibilidades de participação dentro dos quadros do Estado Democrático de Direito, não podem ser esquecidas algumas entidades, conhecidas como organizações não governamentais, que consubstanciam o denominado terceiro setor.

A terminologia terceiro setor advém da existência de instituições civis que não podem ser compreendidas como públicas e nem como privadas. O nascedouro destas instituições, ao menos na América Latina, teve como pano de fundo a luta contra o regime militar e a defesa dos direitos humanos, para

depois, assumirem também objetivos diversos, dentre os quais a defesa de direitos de parcelas da população, meio ambiente, combate à corrupção etc.

Acentua Luis Eduardo Patrone Regules que existem certas dificuldades para a definição jurídica de terceiro setor, cujas instituições podem ser genericamente agrupadas no rótulo de organizações não governamentais (ONGS), tendo regramento jurídico parecido com o de entidades paraestatais⁵⁴.

Salienta o mesmo autor que as:

“organizações integrantes do terceiro setor destacam-se do Estado, pois a sua criação e funcionamento decorrem do princípio da autonomia da vontade, próprio das iniciativas privadas. Por outro lado, não se confundem com o mercado na medida em que este busca fundamentalmente o lucro, enquanto aquelas visam satisfazer às necessidades de grupos sociais ou da coletividade, desprovidas, frise-se, de espírito lucrativo⁵⁵”.

Não se desqualifique a importância das ONGS no que diz respeito à

⁵⁴ O autor reproduz definição de Celso Antônio Bandeira de Mello em relação a entidades paraestatais: pessoas privadas que colaboram com o Estado desempenhando atividade não lucrativa e às quais o Poder Público dispensa especial proteção, colocando a serviço delas manifestações de império, como o tributário (SENAI, SESI, SESC). O terceiro setor se diferencia das entidades paraestatais especificamente por não possuir atributos de império. *Terceiro Setor: regime jurídico das Oscips*, p. 48.

⁵⁵ *Ob. cit.*, p. 46.

participação. Nas palavras de Vanderlei Siraque:

“a importância política dessas entidades, criadas pelos movimentos sociais, é a participação de seus membros no cotidiano do Poder Público. Servem como mecanismo de pressão e articulação das reivindicações populares junto aos órgãos públicos; colaboram na formação dos conselhos de políticas públicas instituídos pelo Estado e fazem parte de suas composições como representantes da sociedade; promovem a participação popular, o controle social e a democratização da gestão das políticas públicas e dos serviços públicos e de outras atividades do Estado, como o planejamento urbano e o orçamento público”⁵⁶.

Pessoas jurídicas de direito privado, que desempenham atividades de interesse público e não lucrativas, as entidades do terceiro setor apresentam regramento jurídico diferenciado, guardando características de direito privado, especificamente no que diz respeito à criação e funcionamento, que convivem com peculiaridades inerentes ao direito público, tais quais as possibilidades de subvenções, isenções, convênios, bem assim ao controle administrativo que o poder público as submete⁵⁷.

O desenvolvimento destas organizações se insere dentro de uma visão que preconiza que o Estado tenha atuação subsidiária, ficando a ele reservada funções que lhe seriam próprias e indelegáveis (segurança, defesa, justiça, etc.). Por outro lado, atividades ligadas à área social (saúde, educação,

⁵⁶ *Controle Social da Função Administrativa do Estado*, p. 130.

⁵⁷ O art. 11 da Lei nº 9.790/99 preceitua que as Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público terá sua ação acompanhada e fiscalizada por Conselhos de Políticas Públicas, constituído por representantes do governo e de entidades civis.

assistência social, etc.) seriam objeto de atividade de fomento ou supletiva do Estado (ou seja, quando a iniciativa particular se mostrar insuficiente)⁵⁸.

Destacam-se, no universo das organizações não governamentais as denominadas organizações sociais (OSs) e as organizações da sociedade civil de interesse público (OSCIPs)⁵⁹.

Dispõe o art. 1º da Lei nº 9.637/98 que o Poder Executivo poderá qualificar como organizações sociais pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, cujas atividades sejam dirigidas ao ensino, à pesquisa científica, ao desenvolvimento tecnológico, à proteção e preservação do meio ambiente, à cultura e à saúde.

Nos termos do art. 2º da referida Lei, a qualificação “organização social” resulta de ato discricionário do Ministro ou titular de órgão superior ou regulador da área da atividade correspondente ao seu objeto social e do Ministro de Estado da Administração Federal e reforma do Estado⁶⁰.

As organizações sociais podem celebrar contrato de gestão com o Poder Público, estabelecendo parceria para fomento e execução das atividades do contrato (art. 5º da Lei nº 9.637/98), não havendo necessidade de licitação⁶¹. Ainda, são declaradas de utilidade pública e de interesse social, podendo

⁵⁸ Maria Sílvia Zanella di Pietro, *Parcerias na Administração Pública*, p. 31.

⁵⁹ Tais institutos deitam suas raízes, em última análise, na Reforma do Estado levada a efeito pela Emenda Constitucional 19/98 que, ao alterar o art. 241 da Constituição Federal, instituiu o contrato de gestão no direito administrativo brasileiro.

⁶⁰ Notícia Alexandre Mazza que a melhor doutrina entende inconstitucional, por infringência ao princípio da isonomia, o poder discricionário da autoridade em conceder ou não a titulação de organização social às entidades. *Agências Reguladoras*, p. 49

⁶¹ Neste sentido, decidiu o Supremo Tribunal Federal na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1923, ao julgar o pedido liminar, que o Poder Público está dispensado de realizar licitação para a celebração de contratos com organizações sociais.

receber recursos orçamentários e bens públicos necessários ao cumprimento do contrato de gestão, bem assim a cessão especial de servidor público (arts. 11,12 e 13 da Lei nº 9.637/98).

Aspecto interessante diz respeito à gestão da organização social. É que o inciso I do art. 3º da Lei 9.637/98 impõe que o Poder Público participe de sua administração, por meio de seus representantes no Conselho de Administração.

Pela singela circunstância de o Poder Público necessariamente participar da gestão, há quem desqualifique as organizações sociais enquanto autêntico exemplo de participação popular.

Esclarece, neste particular, Marcos Augusto Perez que ao *“intentar incentivar a criação destas organizações sociais, o governo federal teve como objetivo a institucionalização de uma nova forma de participação popular na administração pública⁶²”*. Refere, contudo, que *“a compulsória participação da Administração Pública na gestão da entidade, nos moldes preconizados pela Lei nº 9.637/98 põe por terra a possibilidade de configurar as organizações sociais como institutos de participação popular vinculantes e autônomos⁶³”*.

As Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIPs), por outro lado, obedecem aos ditames da Lei nº 9.790/99.

⁶² *A Administração Pública Democrática*, p. 193.

⁶³ *Idem*, p. 195.

Tratam-se de pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, que, nos termos do art. 3º da Lei, atuem nas áreas de assistência social, promoção da cultura, defesa e conservação do patrimônio histórico e artístico, promoção gratuita da educação e da saúde, promoção da segurança alimentar e nutricional, defesa, conservação do meio ambiente e promoção do desenvolvimento sustentável, promoção do voluntariado, do desenvolvimento econômico e social e combate à pobreza, experimentação, não-lucrativa, de novos modelos sócio-produtivos e de sistemas alternativos de produção, comércio, emprego e de crédito, promoção de direitos estabelecidos, construção de novos direitos e assessoria gratuita de interesse suplementar, promoção da ética, da paz, da cidadania, dos direitos humanos, da democracia e de outros valores universais, estudos e pesquisas, desenvolvimento de tecnologias alternativas, produção e divulgação de informações e conhecimentos técnicos e científicos relacionados às atividades acima descritas.

Atuando a organização dentro do amplo rol de atividades contempladas no art. 3º da Lei, preenchidos os requisitos estatutários do art. 4º, deverá pleitear o título de OSCIP ao Ministério da Justiça que, ao contrário do que sucede com as organizações sociais, tem atuação vinculada quanto à atribuição da qualificação.

Nos termos do art. 9º da Lei 9.790/99, firma-se termo de parceria entre o Poder Público e a Organização da Sociedade Civil de Interesse Público,

formando vínculo de colaboração para fomento e execução de alguma das atividades previstas no art. 3º da Lei.

Por fim, registre-se que a fiscalização do objeto do termo de parceria será feito pelo Poder Público, pelos Conselhos de Políticas Públicas em cada nível de governo e pela própria entidade (art. 11).

Destaque-se, por fim que, no que diz respeito à efetivação do direito à saúde de crianças e adolescentes, a participação de entidades não governamentais tem matriz constitucional; expresso, neste particular, o parágrafo primeiro do art. 227 da Constituição Federal.

É fora de dúvida que as entidades do terceiro setor podem servir de importante instrumento de participação e de efetivação de direitos, notadamente sociais. Mas não se pode esquecer que por trás de entidades sérias, existem tantas outras que mal conseguem disfarçar o propósito exclusivo de arrecadarem fundos para o bem-estar de seus membros, seja captando recursos da sociedade, seja estabelecendo parcerias com o poder público. Multiplicam-se as organizações que se apresentam mediante “folders” bem elaborados e sites da internet a partir dos quais se imagina que a entidade é um autêntico presente celestial. A verdade é que muitas destas entidades não prestam contas do que fazem (quando fazem), funcionam como cabide de empregos para atender interesses diversos. São verdadeiras “ONGS de papel”, que sobrevivem tão-somente porque permanentemente conseguem

iludir a sociedade do “bom-mocismo” de suas propostas e porque contam com a excessiva tolerância (diga-se o menos) do Poder Público.

Saliente-se, ainda, que o controle social de muitas destas entidades que acabam por executar serviços na área de assistência social, saúde, dentre outros, está muito aquém do desejável, havendo dificuldades no que diz respeito à avaliação da eficiência da atividade pelas entidades executadas.

De qualquer forma, não se pode olvidar a importância que tais organizações assumem, notadamente para a efetivação de direitos sociais. O desenvolvimento e aperfeiçoamento das relações entre particulares e poder público no que diz respeito à execução de serviços que outrora eram de incumbência quase que exclusiva do Estado constitui terreno fértil para que novas formas de participação sejam engendradas, na busca de agilidade e eficiência, valores também prestigiados pelo ordenamento constitucional (art. 37, “caput”, da Constituição Federal).

3.7. Os perigos da democracia participativa

Se, por um lado, a adoção de processos de deliberação política diferenciados representa a busca pelo aperfeiçoamento do regime democrático, não se pode olvidar, por outro lado, que podem também gerar

distorções tendentes a afastar, ainda mais, o processo de decisões de sua matriz popular⁶⁴.

As janelas existentes no ordenamento jurídico que viabilizam que particulares adotem decisões ou que desempenhem funções que, na configuração clássica do direito administrativo, eram de incumbência exclusiva do Estado, podem, em primeiro lugar, ser objeto de cooptação pelo Poder Público ou mesmo por segmentos da sociedade civil.

A cooptação pelo Poder Público pode se dar de maneira bem sutil. Basta pensar na possibilidade de determinado Conselho de Direitos, de obrigatória composição paritária entre membros da sociedade civil e membros da administração pública, desenvolver suas reuniões ou assembléias em horário vespertino de um dia de semana, dificultando sobremaneira que os conselheiros da sociedade civil freqüentemente, impossibilitando, destarte, que os membros da sociedade civil tenham voz no processo de deliberação. Outro exemplo, bastante significativo, é aquele em que conselheiros não tem acesso, por razões políticas, à informações relevantes para a deliberação de determinada política. Ora, é inegável que nestes casos o que existe não é um conselho, órgão colegiado vocacionado para que o a sociedade civil participe de decisões políticas, mas sim mera estrutura formal, cujos trabalhos invariavelmente atenderão aos interesses do chefe do Poder Executivo.

⁶⁴ No mesmo sentido, Marco Antonio Perez, *A participação da sociedade na formulação, decisão e execução de políticas públicas*, In: *Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*, Maria Paula Dallari Bucci (org.), p. 172/176.

A democracia participativa pode também ser frustrada quando entidades da sociedade civil se apoderam dos espaços de participação, não deixando margem de que estes sejam exercidos por outras entidades. Não é difícil perceber, por exemplo, “a troca de favores” entre entidades na dinâmica dos trabalhos dos Conselhos Municipais dos Direitos de Crianças e Adolescentes. A partir do momento em que as mesmas entidades recebem sistematicamente, verbas do fundo municipal para a consecução de seus projetos ou quando existe um rodízio de poucas entidades em postos de destaque do órgão (análise de projetos ou de legislação, por exemplo), é provável que a democracia participativa venha sendo frustrada.

Outro aspecto que importa, em alguma medida, em risco na democracia participativa, diz respeito à deficiência de análise. Nas palavras de Marco Antonio Perez:

“aqui o risco é o de que a aproximação entre a sociedade e a Administração na formulação, decisão e execução das políticas públicas politize-se de modo tão extremado que retire dessas atividades todo o conteúdo técnico ou planejamento necessário a sua concretização⁶⁵”.

O resultado da deficiência de análise se traduz em políticas públicas impossíveis de serem implementadas. A impossibilidade deriva, muitas vezes, da incompatibilidade da política engendrada com a legislação de regência, da falta de recursos ou do estabelecimento de um cronograma razoável para sua

⁶⁵ Idem, p. 174/175.

consecução. São políticas desprovidas de operacionalidade, que tendem a assumir a característica de “cartas de intenções”.

Forçoso reconhecer, destarte, que a adoção de institutos tendentes a aproximar à sociedade civil do processo de deliberação de decisões políticas pode desaguar na completa frustração do objetivo de aproximar o cidadão e as entidades da sociedade civil do exercício do poder político, aqui compreendido como a possibilidade de tomar parte na elaboração de políticas públicas ou de outras decisões políticas significativas.

Avulta, em conseqüência, a necessidade de transparência e publicidade de todos os atos e procedimentos que envolvam a adoção de institutos ou órgãos da democracia participativa.

Uma vez identificado o princípio participativo dentro do Estado de Direito, cumpre analisar em que medida tal princípio se relaciona com o direito da criança e do adolescente inaugurado pela Constituição Federal de 1988.

4. A CRIANÇA E O ADOLESCENTE COMO SUJEITOS DE DIREITOS

4.1. A expansão dos direitos humanos

Já foi mencionado no corpo deste trabalho que o desenvolvimento dos direitos do homem ganhou notável impulso após a segunda grande guerra mundial, notadamente com a criação das Organizações das Nações Unidas, em 1945, e com a Declaração Universal dos Direitos do Homem, em 1948.

A Declaração Universal dos Direitos do Homem consagra todos os membros da família humana têm dignidade; todo homem tem direitos, independentemente de raça, nacionalidade, religião, gênero.

Os Pactos dos Direitos Civis e Políticos e Econômicos, Sociais e Culturais, por outro lado, tiveram como escopo “*jurisdicizar a Declaração Universal dos Direitos do Homem*”⁶⁶, transformando os dispositivos que constavam na Declaração em previsões vinculantes para os Estados.

A Declaração Universal dos Direitos do Homem, juntamente com o Pacto dos Direitos Civis e Políticos e o Pacto dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais consubstanciam verdadeira “Carta Universal dos Direitos

⁶⁶ Flávia Piovesan, *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*, p. 152.

do Homem”, entendida como requisitos minimamente necessários para uma vida com dignidade.

Não se questione a importância que tais documentos assumem para a proteção dos direitos do homem. Se, por um lado, obrigam aos Estados que ratificaram os documentos à fiscalização internacional quanto à implementação dos direitos, por outro, representaram a fonte de que serviram os Estados para forjarem, no âmbito interno, toda uma legislação voltada para a proteção dos direitos do homem. Cumpre aqui ressaltar, neste particular, a importância que o fenômeno da positivação assume para a efetivação dos direitos, na medida em que, colocando em foco a relação do cidadão com o Estado, deixa *“claro quais os deveres e direitos de cada um dos pólos da relação, limitando-se o arbítrio do Estado e ampliando-se as liberdades dos súditos ao mesmo tempo em que se ampliam os deveres do Estado em benefício de outros direitos dos súditos, estes últimos, direitos econômicos e sociais”*⁶⁷.

Consigne-se, por outro lado, que não é, e nem pode ser objetivo das Declarações, Pactos e Tratados de Direitos Humanos substituir os ordenamentos jurídicos internos de cada Estado, no trato dos direitos dos homens. A idéia é que a normativa internacional estabeleça um piso mínimo para o cidadão – daí a prevalência da norma mais favorável em caso de conflito entre os ordenamentos interno e internacional, incumbindo aos

⁶⁷ Gustavo Ferraz de Campos Mônico, *A Proteção da Criança no Cenário Internacional*, p. 89.

Estados a responsabilidade primária para a proteção dos direitos, tendo a comunidade internacional responsabilidade subsidiária⁶⁸”.

Aspecto que também não pode ser olvidado diz respeito à historicidade dos direitos do homem. Ao contrário do que pensaram os primeiros jusnaturalistas, não se tratam de direitos imutáveis, inscritos desde sempre na natureza do homem. A consagração de determinada situação como direito diz com a própria evolução da sociedade, concorrendo, para tanto fatores diversos. Tome-se como exemplo o direito autoral, cuja existência só faz sentido na medida em que se possibilita, de alguma forma, a reprodução da obra criada. A partir do momento em que isto se torna viável é que se começa a perceber que algo deve ser oferecido ao autor pela execução ou reprodução do que foi criado pelo seu intelecto.

Assim, é preciso reconhecer que direitos aparecem e que se modificam. Ninguém há de refutar a assertiva de que hoje a idéia de isonomia difere substancialmente daquela isonomia pensada pelos revolucionários franceses. A busca de uma igualdade material consubstancia perfeito exemplo de desenvolvimento do direito à isonomia.

Razão assiste, pois, a Gustavo Ferraz de Campos Mônaco quando assevera que:

“direitos humanos surgem, assim, de uma cristalização de vários fatores que são, basicamente, devidos a pluralidade de modos de

⁶⁸ Flávia Piovesan, *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*, p. 153.

se pensar a vida em sociedade e de se regulamentar as relações surgidas e desenvolvidas em seu seio⁶⁹”.

Existe, portanto, um movimento contínuo no sentido de se aperfeiçoar o sistema jurídico, de modo a harmonizá-lo com o desenvolvimento da sociedade.

É dentro deste contexto que se deve entender o fenômeno entendido por Bobbio como especificação do sujeito de direitos⁷⁰. É preciso aqui reconhecer que tanto a Declaração Universal dos Direitos do Homem, como o Pacto dos Direitos Cíveis e Políticos e mesmo o Pacto dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais concebiam um homem genérico, desconsiderando questões de gênero, fases da vida e estado normal e estados excepcionais do ser humano.

Daí porque:

“com relação ao sujeito ‘homem’, que já encontrara uma primeira especificação no ‘cidadão’ (no sentido de que podiam ser atribuídos ao cidadão novos direitos com relação ao homem em geral), fez-se valer a exigência de responder com nova especificação à seguinte questão: que homem, que cidadão?.”⁷¹”

Com o propósito de encontrar o homem em sua especificidade, diversos instrumentos foram celebrados na ordem internacional, valendo destacar a Declaração de Direitos da Criança, de 1959, a Declaração sobre a Eliminação da Discriminação da Mulher, de 1967 e a Declaração dos Direitos do

⁶⁹ *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*, p. 90.

⁷⁰ *A era dos direitos*, p. 78.

⁷¹ *Idem.*, p. 79.

Deficiente Mental, de 1971⁷². Ainda, já no âmbito das Organizações das Nações Unidas, podem ser mencionadas a Convenção Internacional sobre eliminação de todas as formas de Discriminação Racial, de 1965, a Convenção Internacional sobre Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher, de 1979, a Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança, de 1989, dentre outros.

4.2. A emergência da doutrina da proteção integral

Não parece ser conveniente, para a finalidade do presente estudo, discorrer sobre todos os documentos que de alguma maneira contribuíram para a existência do Direito da Criança. Com efeito, tal investigação, embora de inegável importância, em muito transcenderia o objeto da investigação – a participação popular no direito da infância e juventude no direito brasileiro – de forma que nos parece muito mais produtivo descobrir quais os marcos legais, no plano do direito internacional, que redundaram na formação do direito da infância e juventude no Brasil tal como ele hoje se apresenta.

Em outras palavras, impende considerar em que circunstâncias se forjou um direito da criança e do adolescente que considera estes personagens

⁷² Norberto Bobbio, *ob. cit.*, p.79.

como sujeitos de direitos, sob a bandeira de uma doutrina que se convencionou denominar “proteção integral”.

É preciso deixar assentado, em primeiro lugar, que a proteção à infância e juventude integra o “mínimo” indispensável para estruturar um Estado que tem como fundamento a dignidade da pessoa humana.

É que crianças e adolescentes são seres em formação. Não possuem personalidade formada, disso resultando claro que a regular fruição de todos os direitos depende de um sadio desenvolvimento, para o qual devem estar presentes condições suficientes, muitas delas a cargo do Estado.

Daí porque assegurar os direitos de crianças e adolescentes significa verdadeiramente investimento. Trata-se de plantar para depois colher. A tarefa é de monumental relevância para um Estado que tem como objetivo erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais.

Em suma, pode-se concluir que o Estado Democrático de Direito que tem como fundamento a dignidade da pessoa humana e como objetivo erradicar a pobreza e a marginalização não poderia, mesmo, escolher outro caminho, para se estabelecer como Estado e para perseguir concretamente seus objetivos, senão o de privilegiar a efetivação de direitos de crianças e adolescentes.

Sob outro ângulo, não se pode deixar de lado a perspectiva de que a Lei nº 8.069/90, conhecida como o Estatuto da Criança e do Adolescente,

representa a cristalização no plano do ordenamento jurídico interno de princípios e normas internacionais que, ainda que de forma indireta, poderiam ser aplicadas a crianças e adolescentes. Conhecer estes documentos e relacioná-los com a Lei nº 8.069/90 representa, em última análise, desvendar a doutrina da proteção integral.

4.2.1. A Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948

A Declaração Universal dos Direitos Humanos foi aprovada pela Resolução nº 217 A (III) da Assembléia Geral da Organização das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948. O Estado brasileiro a ratificou na mesma data.

A marca característica da Declaração dos Direitos Humanos de 1948 é a de estabelecer um conjunto de direitos indispensáveis para o homem desenvolver sua personalidade em termos físicos, psíquicos e morais. Um conjunto de direitos indispensáveis para uma vida com dignidade, considerada como fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo.

Além disso, a Declaração traz a nota da universalidade; aplica-se a todas as pessoas, independentemente da raça, sexo, religião ou Estado de origem da pessoa.

No texto da declaração, conjugam-se direitos característicos do Estado Liberal (civis e políticos), previstos nos arts. 3º a 21, com direitos característicos do Estado Social, previstos nos arts. 22 a 28.

Além disso, preocupou-se a Declaração em proteger a família ao estabelecer que:

“toda pessoa tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, o direito à segurança, em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora do seu controle (artigo XXV, 1)”.

Além disso, tratou especificamente da infância ao estabelecer que:

“a maternidade e a infância têm direito a cuidados e assistência especiais. Todas as crianças, nascidas dentro ou fora do matrimônio, gozarão da mesma proteção social (art.XXV,2)”.

Importantes conseqüências brotam destas disposições.

É fácil intuir, em primeiro lugar, que ao proteger a família, conferindo-lhe bem-estar e saúde, restam assentadas as bases para especificação de um direito conexo e logicamente dependente, qual seja, o direito à convivência familiar.

Por outro lado, é expresso o art. XXV, 2 ao estabelecer direitos especiais às crianças, o que implica na necessidade de uma mudança de mentalidade no que atine à consagração e efetivação de tais direitos. O

dispositivo abre as portas para a germinação de um conjunto de normas jurídicas específicas para crianças, viabilizando, por tal razão, a criação de um ramo do direito dedicado exclusivo para crianças.

Ainda, ao proibir a discriminação entre filhos havidos ou não do matrimônio, a Declaração acena pela possibilidade de existência de outras formas de família, não apenas aquela decorrente da existência de casamento.

4.2.2. A Declaração dos Direitos da Criança

Registre-se, preliminarmente, que a Declaração dos Direitos da Criança foi elaborada em 26 de setembro de 1924, em data anterior, portanto, ao nascimento da Organização das Nações Unidas. Produto do trabalho desenvolvido pela extinta Liga das Nações, a Declaração veio a ser acolhida no seio da Organização das Nações Unidas em 20 de novembro de 1959, por meio da Resolução nº 1.386 (XIV), tendo o Estado brasileiro a assinado.

Acentua Gustavo Ferraz de Campos Mônaco que ao acolher, em 1959, a Declaração dos Direitos da Criança, produzida pela Liga das Nações em 1924, a Organização das Nações Unidas não se furtou em revisá-la, para torná-la harmônica com Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948. Salienta que tal como concebida em 1924, a criança era contemplada de uma forma passiva, em que ela seria mero objeto de proteção ou alguém que

seria agraciada com alguma benesse. Assim, em 1959 condensou-se a Declaração em dez princípios, redigidos de tal forma que a criança passa a ser vislumbrada como sujeito de direitos⁷³.

A Declaração contempla o direito a um nome e a uma nacionalidade (princípio 3º), previdência social, alimentação, recreação, e assistência médica adequada (princípio 4º). Consta do texto a primazia da criança receber socorro em caso de necessidade (princípio 8º) e a proteção contra todas as formas de negligência, crueldade e exploração (princípio 9º).

Ao dispor que a criança, em função de sua imaturidade física e mental, precisa de proteção e cuidados especiais, inclusive proteção legal apropriada, antes e depois do nascimento, explicitou a condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, sobre a qual se erigiria, posteriormente, a doutrina da proteção integral.

4.2.3. O Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos

O Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos foi adotado em 1966 pela Assembléia Geral das Nações Unidas e foi ratificado pelo Brasil em 24 de janeiro de 1992. Sua gênese está ligada ao fato de a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 não obrigar os Estados a efetivarem

⁷³A *Proteção da Criança no Cenário Internacional*, p. 127/128.

os direitos nela previstos, razão pela qual a Organização das Nações Unidas houve por bem elaborar um instrumento que vinculassem os Estados.

Estabelece uma vasta gama de direitos civis e políticos, destacando-se o direito à vida, o direito de não ser torturado ou ser submetido a tratamentos desumanos ou degradantes, o direito de não ser escravizado, o direito de não ser submetido a prisão ou detenção arbitrárias, o direito a um julgamento justo, direito a nacionalidade, direito à liberdade de pensamento, de consciência e religião, o direito de reunião para fins pacíficos e , como visto, o direito à participação.

Aspecto importante relacionado ao Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos diz respeito à sua auto-aplicabilidade. Com efeito, os Estados assumem a obrigação imediata de respeitar e assegurar os direitos nele previstos.

Dignas de realce são as disposições constantes nos arts. 23 e 24 do Pacto. Com efeito, no art. 23 consagra-se a família como o núcleo natural e fundamental da sociedade, devendo, por tal razão ser objeto de proteção. Ainda, consagra-se o direito à livre celebração do casamento e formação da família, à igualdade dos direitos e responsabilidades dos cônjuges durante o casamento e após sua dissolução.

Reconhecendo que os filhos merecem proteção no caso de dissolução da sociedade matrimonial, estabelece o Pacto a necessidade de serem adotadas disposições tendentes a protegê-los.

O art. 24 do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos estabelece, por sua vez, que toda criança terá direito, sem discriminação alguma por motivo de cor, sexo, língua, religião, origem nacional ou social, situação econômica ou nascimento, às medidas de proteção que a sua condição de menor requer por parte da sua família, da sociedade e do Estado. Ainda, estabelece que toda criança deve ser registrada imediatamente após o seu nascimento, que deverá receber um nome e uma nacionalidade.

É relevante destacar que ao ratificar o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, assumem os Estados a obrigação de encaminhar relatórios ao Secretário Geral das Nações Unidas, informando todas as medidas adotadas para concretizar os direitos consagrados no diploma (art. 40).

A importância do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos para a consagração dos direitos das crianças é inegável. Frise-se, em primeiro lugar, a necessidade de os direitos constantes no Pacto terem que ser imediatamente e integralmente efetivados. Não se tratam, pois, as suas disposições, de meras exortações aos Estados; ao reverso, passam os Estados a ter a obrigação de efetivar os direitos nele previstos, do que é correlato o dever de prestar contas das medidas adotadas perante a comunidade internacional.

4.2.4. O Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais

Adotado pela Assembléia das Nações Unidas na mesma data que o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, também com o escopo de conferir força vinculante às disposições constantes na Declaração Universal dos Direitos Humanos, este Pacto contempla direitos relacionados às condições sociais, culturais e econômicas para uma vida digna.

Assim, por meio do Pacto, assegura-se direito à livre escolha do trabalho, ao estabelecimento de condições justas de trabalho (remuneração, segurança do trabalho, acesso a promoções, descanso), liberdade sindical, previdência social, nível de vida adequado (alimentação, vestimenta e moradia), saúde, educação e cultura.

No que diz respeito especificamente à proteção à infância, sobressaem as disposições relacionadas à proteção da família, entendida também como célula fundamental da sociedade. Ainda, há disposição específica em relação à maternidade, assegurando-se licença remunerada ou licença acompanhada de benefícios previdenciários adequados. Por fim, contempla o Pacto a necessidade de adoção de medidas especiais de proteção e assistência em prol de todas as crianças e adolescentes, sem distinção alguma por motivo de filiação ou qualquer outra condição. Dispõe-se que crianças e adolescentes devem ser protegidos contra exploração econômica e social, punindo-se sua

utilização como força de trabalho em trabalhos imorais ou perigosos, devendo os Estados estabelecerem idade mínima para o trabalho.

Diferentemente do que ocorre com o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais não é auto-aplicável. Com efeito, consta no art. 2º do Pacto que os Estados se comprometem a adotar medidas até o máximo dos recursos disponíveis de forma a, progressivamente, assegurar os direitos elencados no instrumento.

Se, por um lado, esta idéia de progressividade é inerente às diferenciações sociais e econômicas dos próprios Estados, não se podendo, por razões lógicas, esperar que todos os direitos previstos no Pacto sejam concomitantemente efetivados, por outro, acaba funcionando como impeditivo para os Estados retrocederem em relação a direitos já efetivados.

Assim, ao lado do princípio da progressividade – que acaba conferindo às normas estipuladoras de direitos sociais o caráter de programaticidade – está presente a idéia de que direitos sociais efetivados não podem ser retirados ou diminuídos pelos Estados⁷⁴.

⁷⁴ Flávia Piovesan, *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*, p. 172.

4.2.5. A Convenção Americana de Direitos Humanos

Conhecida como Pacto de San Jose da Costa Rica, a Convenção Americana de Direitos Humanos foi firmada, no âmbito da Organização dos Estados Americanos, em 22 de novembro de 1969, tendo sido ratificada pelo Brasil em 06 de novembro de 1992.

A Convenção Americana de Direitos Humanos consubstancia-se num instrumento de proteção aos direitos do homem de âmbito regional e se encontra em perfeita harmonia com os Pactos celebrados pelas Nações Unidas. Não há sobreposição entre os Tratados celebrados no âmbito global e os instrumentos celebrados no âmbito regional, na medida em que estes devem cumprir a função de pormenorizar como os direitos constantes nos documentos de âmbito global devam ser efetivados, levando-se em consideração peculiaridades regionais⁷⁵.

O Pacto de San Jose da Costa Rica condensa a vontade dos Estados de consolidar no continente americano, dentro do quadro de instituições democráticas, um regime de liberdade pessoal e de justiça social, fundado no respeito dos direitos humanos essenciais.

Assim, destaca-se a proteção à vida (correlata a proibição da pena de morte), ao direito de não ser torturado, de não ser submetido à escravidão, o direito à liberdade, o direito a um julgamento justo, liberdade de consciência e

⁷⁵ Flávia Piovesan, *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*, p.225.

religião, o direito de reunião para fins pacíficos, o direito de associação, dentre outros.

No que toca especificamente aos direitos de crianças, contempla a Convenção que “*os menores, quando puderem ser processados, devem ser separados dos adultos e conduzidos a um tribunal especializado, com maior rapidez possível, para seu tratamento*”. (item 5, do art. 5º)

Desta disposição brota a necessidade de serem criados órgãos jurisdicionais diferenciados para a tutela do jovem infrator. Ainda, emerge do texto a diferenciação que há de existir entre pena e medida imposta ao jovem infrator por força de prática de ato considerado como crime. Com efeito, quando a Convenção tratou das garantias e direitos do maior a quem se atribui prática de crime, utilizou-se do conceito de pena, ao passo que quando abordou a situação do jovem infrator, optou por utilizar conceito diverso, qual seja, o de tratamento, a pressupor que a medida aplicada tem muito mais fundo ressocializatório do que punitivo.

Em disposição idêntica àquela constante no Pacto dos Direitos Civis e Políticos, a família é protegida como núcleo natural e fundamental da sociedade.

De igual forma, estipulou-se que “*toda criança terá direito à medidas de proteção que a sua condição de menor requer, por parte da sua família, da sociedade e do Estado*”. (art. 19)

Destaque especial há que ser conferido ao sistema de monitoramento previsto pela Convenção Americana de Direitos Humanos. Contempla-se a existência de uma Comissão, cujas atribuições podem ser resumidas em conciliação (entre o Estado e grupos que tenham seus direitos violados), assessoria aos Estados (sugestões para implementação de medidas adequadas em prol dos direitos humanos), informativa (relatórios a respeito da situação dos Direitos Humanos em determinado Estado) e protetiva (pedido dirigido aos Estados membros, em casos de urgência, no sentido de suspender ações violadoras de direitos humanos), sem prejuízo de medidas tendentes a legitimar condutas dos Estados tendentes a reparar falhas em seus mecanismos internos de proteção. Ainda, é função da Comissão a análise de petições encaminhadas por grupos, por Estados e pelo indivíduo, que contenham denúncia de violação aos direitos humanos ⁷⁶.

Além disso, é prevista a existência de uma Corte Interamericana de Direitos Humanos, órgão jurisdicional do sistema regional de proteção, à qual se atribui competência consultiva e contenciosa.

Como já mencionado, a Corte Interamericana profere decisões como força vinculante para os Estados que a reconhecem. Importa salientar que a Corte pode condenar o Estado a indenizar a vítima da violação dos direitos humanos e esta condenação vale como título executivo no ordenamento jurídico interno dos Estados (art. 63.1).

⁷⁶ Flávia Piovesan, *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*, p. 232.

Ora, é inegável que a partir do momento em que o indivíduo passa a contar com uma Corte Internacional, com competência para condenar os Estados por conta de violações, fixando, inclusive justa indenização ao ofendido, muito maiores são as chances de o Estado adimplir suas obrigações relacionadas à efetivação dos direitos. Estado algum quer se submeter ao embaraço de ver suas ações condenadas no plano internacional.

A República Federativa do Brasil reconheceu a Corte Interamericana de Direitos Humanos como órgão jurisdicional por meio do Decreto Legislativo 89, de 03 de dezembro de 1998.

Não se pode, então, olvidar que, dentro do mosaico de normas existentes no plano do direito internacional que se encontram à disposição de crianças e adolescentes, encontra-se a possibilidade de a criança ou o adolescente ter os seus direitos vindicados perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos, cuja competência, vale frisar, alcança a possibilidade de o indivíduo se valer da decisão ao ser contemplado por uma indenização. Por estas razões, não há como se olvidar que a competência da Corte Interamericana conforma a doutrina da proteção integral de crianças e adolescentes no Brasil.

4.2.6. Regras Mínimas das Nações Unidas para a administração da Justiça Juvenil

Adotada pela Organização das Nações Unidas em 29 de novembro de 1985, por meio da resolução nº 40/33 e conhecida como “Regras Mínimas de Beijing”, estas regras contemplam garantias extremamente importantes ao jovem a quem se atribua a prática de ato criminoso, na medida em que é objeto central de suas disposições a proteção dos seus direitos fundamentais.

Como acentua Wilson Donizete Liberati:

“as regras podem ser divididas em duas grandes partes, com o mesmo objetivo: a proteção aos direitos fundamentais do jovem infrator. Na primeira, estão as recomendações dirigidas aos Estados-Membros, com o fim de criar novos meios necessários para uma proteção e reinserção social eficazes dos jovens infratores; na segunda, anuncia regras de proteção do jovem diante das instâncias de julgamento, relacionando os princípios gerais que devem ser seguidos pela justiça e as garantias que devem ser asseguradas aos jovens infratores⁷⁷.”

Sobressaem do texto deste importante documento internacional a necessidade de especialização da Justiça infanto-juvenil (item 1.4), que deve estar em constante aperfeiçoamento (item 1.6), a existência de polícia especializada (item 12), a necessidade de legislação específica para jovens infratores (item 2.3), garantias processuais básicas, dentre as quais a presença dos pais ou tutores no julgamento (item 7.1), possibilidade de remissão dos

⁷⁷ *Adolescente e ato infracional. Medida sócio-educativa é pena?*, p. 12.

casos (item 11), a excepcionalidade da prisão preventiva (item 13) e da aplicação de medida restritiva de liberdade que, uma vez aplicada, deve se pautar pela brevidade (item 19.1).

De imensa importância são as disposições constantes nos itens 1.3 e 25 das Regras de Beijing⁷⁸. Com efeito, a partir destas disposições é lícito concluir que no trato do jovem que se encontra em situação de haver infringido a lei, antes de serem adotadas medidas legais, devem ser aplicados todos os recursos disponíveis, para os quais podem concorrer a família, voluntários, e toda a comunidade. Ora, estas disposições não indicam outra coisa senão que o trato do jovem infrator não se constitui apenas em problema do Estado, mas sim de toda a sociedade, cuja atuação deve preponderar sobre a ação da justiça. Não se concebe como um documento internacional poderia realçar mais a importância da participação popular no trato de questões que antes eram afetas exclusivamente aos Estados.

Por fim, consigne-se que a tábua de direitos consagrados nas Regras de Beijing serviu como parâmetro para a elaboração da parte relacionada ao adolescente infrator no Estatuto da Criança e do Adolescente⁷⁹, no que restou estabelecido um sistema de responsabilização do jovem infrator centrado na

⁷⁸ **Item 1.3.** Conceder-se-á a devida atenção à adoção de medidas concretas que permitam a mobilização de todos os recursos disponíveis, com a inclusão da família, de voluntários e outros grupos da comunidade, bem como escola e de demais instituições comunitárias, com o fim de promover o bem-estar da criança e do adolescente, reduzir a necessidade da intervenção legal e tratar de modo efetivo, equitativo e humano a situação de conflito com a lei. **Item 25.** Os voluntários, as organizações voluntárias, as instituições locais e outros recursos da comunidade serão chamados a contribuir eficazmente para a reabilitação do jovem num ambiente comunitário e, tanto quanto possível, na unidade familiar.

⁷⁹ Wilson Donizete Liberati, *Adolescente e ato infracional. Medida sócio-educativa é pena?* p. 14.

sua condição de pessoa em desenvolvimento, necessariamente diferenciado do sistema de responsabilização da população adulta.

4.2.7. Diretrizes das Nações Unidas para a prevenção da delinqüência juvenil (Diretrizes de Riad)

O oitavo congresso das Nações Unidas aprovou, por meio da Resolução 45/112 de 15 de dezembro de 1990, diretrizes para a prevenção da delinqüência juvenil.

Interessante notar que este documento leva em consideração o jovem que se encontra abandonado, sem atenção, maltratado, exposto ao uso indevido de drogas, marginalizado ou de qualquer forma exposto ao risco social. Estas condições são tidas como propulsoras do incremento da criminalidade juvenil e que, em linhas gerais, caracterizam o que a Lei nº 8.069/90 – Estatuto da Criança e do Adolescente – denomina situação de risco.

O documento é estruturado em sete eixos.

No primeiro, são estabelecidos princípios fundamentais para a prevenção da delinqüência juvenil. Assim é que para que se tenha uma política efetiva de prevenção da delinqüência, necessário se faz que esforços seja concentrados desde a primeira infância. Estabelece-se, também, que

condutas que não causem grande prejuízo ao jovem e à sociedade não devem repercutir na esfera criminal; tais condutas devem ser entendidas como parte do processo de amadurecimento do jovem. Ainda, consagra-se uma vez mais a idéia de que as instâncias formais de controle social só devem ser acionadas em último caso.

Importantes conseqüências advém destas disposições. Sobressai, em primeiro lugar, que a política pública para controle da delinqüência juvenil começa na primeira infância, o que implica em reconhecer como fundamentais para a prevenção da delinqüência juvenil a efetivação de direitos sociais diversos, específicos para crianças da primeira infância (exame do pezinho, aleitamento materno, creche, dentre outros).

Por outro lado, consagra-se o princípio da insignificância, para excluir a criminalização de condutas leves e que se inserem no processo de crescimento e amadurecimento do jovem.

Por fim, as instâncias formais de controle social, especialmente a autoridade policial, o Ministério Público e o Poder Judiciário, devem ser acionadas tão somente se o controle social efetuado pela comunidade não se mostrar suficiente, tornando mais explícita a importância da participação popular no trato com o jovem infrator.

O segundo eixo das Diretrizes de Riad procura contextualizá-la com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, com o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, com o Pacto Internacional dos

Direitos Civis e Políticos, com a Declaração dos Direitos da Criança, com a Convenção dos Direitos da Criança e com as Regras Mínimas das Nações Unidas para a administração da justiça de jovens, sem prejuízo de outros instrumentos e normas relativos aos direitos, interesses e bem-estar de todas as crianças e adolescentes. Em outras palavras, as disposições das Diretrizes devem ser interpretadas dentro do mesmo contexto semântico que as demais normas de direito internacional que dispõem sobre crianças e adolescentes.

O terceiro eixo contempla o que deve conter os planos gerais de prevenção à delinquência juvenil, destacando-se a necessidade de participação da comunidade em programas, a participação interdisciplinária dos governos nacionais, estaduais, municipais e locais, com a participação do setor privado, de cidadãos representativos, de organizações trabalhistas, de cuidado à criança, na aplicação de medidas coordenadas para prevenir a delinquência juvenil. Contempla ainda a participação do jovem nas políticas e processos de prevenção da delinquência juvenil, principalmente nos programas de serviços comunitários, de auto-ajuda juvenil e de indenização e assistência às vítimas.

O quarto eixo das Diretrizes centra-se em pormenorizar em que medida a família, a educação, a comunidade e os meios de comunicação são tidos como fundamentais na estruturação de políticas públicas que favoreçam a socialização e a integração de crianças.

Assim, a família deve ser protegida, prevendo o texto das Diretrizes de Riad, expressamente, o direito a creche, bem assim o conceito de família

substituta, quando a família natural não conseguir cumprir a função protetora da criança. A educação pressupõe favorecimento ao ensino público gratuito, a participação dos pais e dos jovens do processo educacional, prevenção em relação ao uso de drogas e álcool, dentre outros. A comunidade deve se organizar de forma a propiciar ao jovem recreação, centros de desenvolvimento, alojamento adequado aos jovens que não puderam morar em seus lares. Deve preocupar a sociedade, ainda, a criação ou o fomento a organizações juvenis que participem plenamente da gestão dos assuntos comunitários. Os meios de comunicação, por sua vez, devem ser incentivados a divulgarem informações a respeito das contribuições positivas dos jovens à sociedade, bem assim informações relativas à existência de serviços, instalações e oportunidades destinadas aos jovens dentro da sociedade.

No quinto e no sexto eixo, há a preocupação de que as políticas e planos contem com recursos específicos, bem assim com a elaboração de legislação especial para proteger os direitos e o bem-estar de todos os jovens. Por fim, no sétimo e último eixo, sobressai a preocupação com pesquisas, informações, cooperação regional e internacional, para a formulação de políticas públicas para prevenir a delinqüência juvenil.

4.2.8. A Convenção Internacional dos Direitos da Criança

A Convenção Internacional dos Direitos da Criança foi adotada pela Organização das Nações Unidas em 1989 e encontra-se em vigência desde 1990. A República Federativa do Brasil ratificou o texto por meio do Decreto Legislativo nº 28 de 14 de setembro de 1990.

Representa este documento a condensação de todos os postulados da doutrina da proteção integral, que tem na criança e no adolescente sujeitos de direitos. Não por outra razão, a Convenção faz expressa menção, no seu preâmbulo, a diversos outros documentos internacionais que tratam de crianças (Declaração dos Direitos da Criança, Regras Mínimas para Administração da Justiça aos Jovens, etc.), que consubstanciam as referências conceituais que o texto da Convenção visa pormenorizar.

Por outro lado, é inovador o texto da Convenção: ao entender a criança e o adolescente como sujeitos de direito, enquanto pessoas em desenvolvimento, a Convenção rompe com as discussões doutrinárias em torno das gerações de direitos humanos. O desenvolvimento integral da criança e do adolescente pressupõe a concomitante efetivação de direitos de diferentes matizes⁸⁰.

Trata-se do tratado internacional que conta com maior número de ratificações pelos Estados.

Importante realçar que a Convenção Internacional dos Direitos da Criança não se presta a reafirmar o catálogo de direitos existente nos demais

⁸⁰ Nesse sentido, José Augusto Lindgren Alves, *A Arquitetura Internacional dos Direitos Humanos*, p. 164/165.

tratados de direitos humanos em relação às crianças; seu ineditismo se revela não somente em relação a direitos não afirmados em outros tratados, mas também por instituir um mecanismo de supervisão de sua implementação⁸¹.

Preceitua o art. 1º do texto da Convenção que por criança se compreende o ser humano menor de dezoito anos de idade, salvo se a maioridade for alcançada antes pela legislação do Estado. Ao estabelecer implicitamente que o Estado pode estabelecer limite etário inferior para que se atinja a maioridade, não está a Convenção imune a críticas. Com efeito, se determinado Estado fixar que o ser humano alcançará a maioridade aos quinze anos, não há como se pretender aplicar, ante a expressa dicção do art. 1º, as disposições da Convenção em relação a quem já alcançou a maioridade, ainda que não conte com dezoito anos.

A Convenção está estruturada em três partes. A primeira parte compreende os direitos substanciais das crianças, valendo destacar a vida, o nome, a nacionalidade, princípio do superior interesse da criança, não discriminação, não separação dos pais, reunião familiar, responsabilidade primordial dos pais em relação aos filhos, proteção contra agressão física, negligência, abandono, exploração e abuso sexual, proteção a crianças sem família (compreendida aqui a adoção), proteção a crianças portadoras de deficiências, educação, saúde, descanso, lazer, cultura, proteção contra exploração econômica, proteção contra o uso de drogas, proteção contra

⁸¹ Idem, p. 167.

seqüestro e tráfico de crianças, proibição da pena de morte, de prisão perpétua, proibição de menores de quinze anos de participar de ações militares, separação de detentos adultos de crianças, adequado tratamento a crianças envolvidas em delitos, etc.

Como se pode perceber, o catálogo de direitos abrangidos pelo texto da Convenção, especificamente nos arts. 1º a 41, é amplo, contemplando direitos econômicos, sociais e direitos específicos de pessoas em desenvolvimento.

A segunda parte do texto da Convenção prevê os órgãos e a forma de monitoramento da implementação dos direitos pelos Estados signatários. Com efeito, prevê-se nos arts. 42 a 45 do texto a instituição de um comitê, cuja tarefa é monitorar a implementação da Convenção, por meio do exame de relatórios periódicos encaminhados pelos Estados signatários. Não existe a possibilidade, contudo, de encaminhamento de petições individuais ao comitê, o que motiva Flávia Piovesan a entender que o sistema internacional de direitos humanos, também no que se refere aos direitos da criança, resente-se da ausência de mecanismos que democratizem os instrumentos de proteção⁸².

Por fim, a terceira parte da Convenção trata de disposições regulamentares do próprio documento (arts. 46 a 54).

⁸² *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*, p. 203.

4.3. A criança e o adolescente no plano do direito constitucional e infraconstitucional brasileiro

4.3.1. Proteção integral: uma aproximação conceitual

Estabelece o art. 227 da Constituição da República Federativa do Brasil que é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e a convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Sob o prisma jurídico, o advento da Constituição Federal de 1988 representou uma mudança de paradigma no que diz respeito à criança e ao adolescente no direito brasileiro.

Um paradigma social é:

“uma constelação de concepções, de valores, de percepções e de práticas compartilhadas por uma comunidade, que dá forma a uma visão particular da realidade, a qual constitui a base da maneira como a comunidade se organiza⁸³”

⁸³ Fritjof Capra, *A teia da Vida*, apud: Leonardo Narciso Brancher, *Organização e Gestão do Sistema de Garantia de Direitos da Infância e Juventude*, p.128.

Rompeu-se com uma concepção em torno de crianças e adolescentes que não os tinham como sujeitos de direitos, senão com meros objetos de intervenção. Em uma linha, pode-se dizer que a mudança provocada pela Constituição cingiu-se ao abandono da doutrina da situação e sua substituição pela doutrina da proteção integral.

Crianças e adolescentes, com advento da Constituição Federal de 1988, passam a ser titulares de interesses subordinantes em face família, da sociedade e do Estado. Revela-se importante consignar que dizer que alguém é titular de direito é dizer que tal direito pode ser vindicado junto ao poder judiciário.

Não era, definitivamente, o que ocorria sob a égide da doutrina da situação irregular. Esta doutrina valia-se da confusão conceitual entre criança carente e criança delinqüente, que recebiam o mesmo tratamento: a institucionalização. O objetivo de fundo era combater a criminalidade juvenil. A medida de institucionalização era aplicada em caráter preventivo - não se mostrava necessária a prática de fato definido como crime. Não eram minimamente observadas as garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa, já que o juiz de menores, agindo com os poderes do um “bom pai de família”, deveria ter discricionariedade para decidir. Paulo Afonso Garrido de Paula ao discorrer sobre as características da teoria da situação irregular deixou assentado que:

*“... sua incidência limitada às situações de patologia social, ausência de rigor procedimental, com desprezo das garantias relacionadas ao contraditório e elevado grau de discricionariedade da autoridade judiciária”.*⁸⁴

A criança e o adolescente eram meros objetos de intervenção do mundo adulto. Com efeito, antes da Constituição de 1988, a criança era “protegida” por meio da tutela dos interesses do mundo adulto. Conferir-se personalidade jurídica à criança não se mostrava suficiente para resguardar os seus direitos. Uma vez mais, Paulo Afonso Garrido de Paula:

*“...ainda que detentores de personalidade jurídica a falta de capacidade de fato ou de exercício importava não conferir direitos à criança e adolescente, porquanto materialmente impedidos de exercitá-los, de modo que os direitos personalíssimos - aqueles que somente podem ser exercidos pelo seu titular - ordinariamente escapavam da lógica da construção”.*⁸⁵

Daí porque, nas expressivas palavras de José Afonso da Silva, o art.

⁸⁴ *Direito da Criança e do Adolescente e Tutela Jurisdicional Diferenciada*, p. 28/29.

⁸⁵ *Ob. cit.*, p. 30.

227 da Constituição é:

“por si só, uma carta de direitos fundamentais da criança e do adolescente correspondentes aos previstos naquela Convenção (Internacional dos Direitos da Criança). O caput do artigo contém a declaração dos direitos, enquanto seus parágrafos indicam as providências visando conferir eficácia aos direitos ali prometidos (...)”⁸⁶.

Com efeito, muito embora tenha a Constituição Federal da República Federativa do Brasil sido promulgada em 1988, um ano antes, portanto, da Convenção Internacional dos Direitos da Criança, o texto do art. 227 reproduz, em linhas gerais, o que consta no documento internacional.

Se o caput do art. 227 da Constituição consubstancia uma declaração de direitos, os sete parágrafos que o seguem procuram detalhar como se dará a proteção à saúde da criança e do adolescente, bem assim à criança e adolescente portador de deficiência, ao trabalhador adolescente, à proteção ao jovem infrator, à criança e adolescente abandonado ou dependente de entorpecentes, dentre outros.

Bem de ver que o art. 227 da Constituição Federal alberga direitos civis e sociais, preconizando, ainda, a necessidade de que sejam concomitantemente assegurados a crianças e adolescentes, no que restou reproduzida a noção de indivisibilidade dos direitos humanos.

Em conjunto com os documentos internacionais acima mencionados e com a Lei nº 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente), o art. 227 da

⁸⁶ *Comentário Contextual à Constituição*, p. 854.

Constituição Federal de 1988 consubstancia a doutrina da proteção integral à criança e ao adolescente. A expressão proteção integral pode ser entendida como “*designativa de um sistema onde crianças e adolescentes figuram como titulares de interesses subordinantes frente à família, sociedade e ao Estado*⁸⁷”.

Sujeitos de direitos, titulares, portanto de posições subjetivas de vantagem que podem ser invocadas perante o Poder Judiciário, às crianças e adolescentes são atribuídos todos os direitos atribuídos ao cidadão adulto e ainda a vasta gama de direitos que lhe são específicos. Com efeito, a proteção integral se dá por esta amálgama entre os direitos atribuídos a todos os seres humanos e direitos de titularidade exclusiva de crianças e adolescentes.

Invocar a doutrina da proteção integral implica, pois, na condensação de todos os postulados advindos a partir de 1988, que ganharam delineamento com o Estatuto da Criança e do Adolescente, que se contrapõem à doutrina da situação irregular ou a qualquer outra maneira de pensar⁸⁸ a condição da criança e do adolescente que dificulte o reconhecimento e a efetivação de seus direitos.

⁸⁷ Paulo Afonso Garrido de Paula, *Direito da Criança e do Adolescente e Tutela Jurisdicional Diferenciada*, p. 23.

⁸⁸ A doutrina já delineou os contornos de uma outra forma de conceber o direito da criança e do adolescente após a Constituição de 1988. Trata-se do *paradigma da ambigüidade* – reconhece-se que a criança e o adolescente possuem direitos (rompendo-se, destarte, com a doutrina da situação irregular), mas o aspecto da efetivação destes direitos, em caráter de prioridade absoluta, é deixado em segundo plano (no que não está concorde com a doutrina da proteção integral). Bem evidenciam o paradigma da ambigüidade frases do tipo “melhor a criança trabalhar do que estar nas ruas”, “o ECA só protege o infrator...”, etc.

4.3.2. Os sujeitos envolvidos na proteção integral de crianças e adolescentes

Logo de início, é possível visualizar que o legislador constitucional, no art. 227 da Carta Política, foi mais ousado do que a própria Convenção Internacional dos Direitos da Criança. Com efeito, não se tem a diferenciação entre crianças e adolescentes no texto da Convenção, que entende tão-somente como crianças as pessoas menores de dezoito anos de idade.

Não há dúvidas que, para garantir e efetivar direitos, a diferenciação entre crianças e adolescentes é pertinente e representa um avanço da legislação brasileira⁸⁹. Afinal de contas, a realidade da criança difere substancialmente da realidade do adolescente, havendo, portanto, justificativa para a especificação do sujeito adolescente dentro do universo genérico criança. Esta especificação se completa com a Lei nº 8.069/90 que conceitua criança como a pessoa com até doze anos incompletos e como adolescente a pessoa entre doze e dezoito anos incompletos.

Estabelece o art. 227 da Constituição Federal de 1988 que a família, a sociedade e o Estado tem o dever de assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação de tais direitos em prol de crianças e adolescentes. Não cabe aqui estabelecer que um ou outro legitimado goza de preferência para a efetivação

⁸⁹ Tânia da Silva Pereira, *Direito da Criança e do Adolescente: uma proposta interdisciplinar*, p. 135.

dos direitos da criança, todos são igualmente responsáveis, “*não cabendo a qualquer dessas entidades assumir com exclusividade as tarefas, nem ficando alguma delas isenta de responsabilidade*”⁹⁰”.

Por outro lado, em seu art. 226, estabelece parâmetros para o que se deve entender por família, caracterizando-a como produto do matrimônio, da união estável e da comunidade formada por qualquer dos pais e seus filhos.

Não se mostra adequado, para a finalidade do presente trabalho, investigar as razões pelas quais o delineamento da família, na Constituição Federal, vem sendo objeto de sérios questionamentos, todos centrados no valor que a afetividade possui nas relações humanas. Basta que se atente para o fato de que atualmente se forja toda uma doutrina, alicerce de muitas decisões judiciais, no sentido de hoje se pensar a família muito mais em razão dos vínculos entre determinadas pessoas e não em razão dos laços sanguíneos que entre elas pode existir⁹¹. A partir de um delineamento da entidade familiar sob o enfoque do valor afetividade, está aberta a porta para se sejam reconhecidos como família outras situações em que as pessoas se vinculam, ainda que tais conformações não se amoldem às disposições do art. 226 da Constituição Federal que, por tal razão, devem ser entendidas como meramente exemplificativas.

⁹⁰ Dalmo de Abreu Dallari, *Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado*, Munir Cury (coord.), p. 37.

⁹¹ Maria Berenice Dias, *Manual dos Direitos das Famílias*, p. 41.

No que diz respeito ao direito da infância e juventude, tudo parece conspirar, efetivamente, para que o conceito de família não se circunscreva à intelecção literal do que está expresso no art. 226 da Constituição Federal. O cotidiano das varas da infância e juventude é pródigo a demonstrar a insuficiência das disposições existentes no texto constitucional para albergar todas as situações que devem ser qualificadas como entidade familiar. É a criança sob a guarda de fato do padrasto a quem chama de pai, é o grupo de irmãos que convive sem os pais, exercendo os mais velhos as funções paternas e maternas, enfim, diversas são as situações em que está presente o cuidado, a afetividade, devendo, pois, ser reconhecido o vínculo estabelecido com a criança, caracterizando tais conformações também como entidades familiares.

É sob este prisma, o da afetividade, é que não deve haver dúvidas em se reconhecer também como entidades familiares a união de pessoas do mesmo sexo. Nas emblemáticas palavras de Maria Berenice Dias:

“por absoluto preconceito, a Constituição Federal emprestou de modo expresso a juridicidade somente às uniões estáveis entre um homem e uma mulher, ainda que nada diferencie a convivência homossexual da união estável. A nenhuma espécie de vínculo que tenha por base o afeto se pode deixar de conferir status de família, merecedora da proteção do Estado, pois a Constituição Federal (1º III) consagra, em norma pétrea, o respeito à dignidade da pessoa humana⁹²”.

⁹² Maria Berenice Dias, *Manual dos Direitos das Famílias*, p. 45.

No que atine à relação entre a homoafetividade e o direito da infância e juventude, urge que a doutrina e os Tribunais adotem um discurso sincero em torno do reconhecimento das uniões afetivas como entidades familiares. É preciso parar com a mentira de se deferir a adoção de uma criança a apenas um dos parceiros homossexuais, fazendo vistas grossas à existência de uma outra pessoa, que com ela convive e que também vai receber a criança adotada sob o mesmo teto. Se é direito dos parceiros terem o seu relacionamento entendido como entidade familiar, também é direito da criança que vai ser adotada que haja transparência em todo processo que envolva colocação em família substituta ou efetivação do direito à convivência familiar. Aqui, o reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar resulta de exigência que brota do direito à dignidade, respeito e convivência familiar de crianças e adolescentes, constantes no art. 227 da Constituição Federal de 1988.

Por outro lado, também à sociedade incumbe o dever de efetivar os direitos da infância e da juventude. *“A sociedade pode ser considerada como todos nós, como a somatória das pessoas físicas e jurídicas existentes neste nosso mundo de relação”⁹³*.

Com o nítido propósito de explicitar e, porque não dizer, enfatizar a co-responsabilidade entre família, sociedade e Estado no que atine à efetivação dos direitos de crianças e adolescentes, a Lei nº 8.069/90, em seu art. 4º,

⁹³ Paulo Afonso Garrido de Paula, *Direito da Criança e do Adolescente e Tutela Jurisdicional Diferenciada*, p. 35.

acrescenta a comunidade também como responsável por tal encargo. Não há como se afastar da idéia de que a referência à comunidade não significa outra coisa senão uma conclamação a todos, sem exceção, para atuarem no sentido de atenderem às demandas de crianças e adolescentes.

Com efeito, ao se falar em sociedade, nos termos da definição acima explicitada, há uma certa imprecisão; quando todos são responsáveis, vale o ditado popular, ninguém acaba sendo. Ora, ao se estipular que a comunidade é responsável pela efetivação dos direitos de crianças e adolescentes, a imagem que se deve ter é o conjunto de pessoas e instituições que circundam a criança e que com ela convivem. São os vizinhos, a escola, a creche, a babá, a igreja, enfim, todas as pessoas e instituições que, partilhando o mesmo território em que vive a criança, são suas referências de vida.

Assim, o art. 227 da Constituição Federal do Brasil e o art. 4º da Lei nº 8.069/90, em conjunto com a normativa internacional já mencionado no corpo deste texto, consubstanciam os fundamentos da participação popular no direito da criança e do adolescente no Brasil.

Por fim, o Estado é co-responsável pela efetivação dos direitos infanto-juvenis. Quando se está aqui a referir ao Estado, quer-se significar todas as esferas de poder público, compreendendo o Poder Executivo, o Legislativo e o Judiciário.

É verdade que o encargo maior recai sobre o Poder Executivo, a quem compete intervir em situações em que os demais responsáveis não atuaram a

contento, a exemplo de construir um abrigo na impossibilidade de a criança estar com sua família, e em casos em que lhe compete desde logo atuar, como ocorre em casos de aplicação de medida sócio-educativa de internação, a ser cumprida em estabelecimento adequado.

Sob outro ângulo, ao Legislativo incumbe, no exercício de sua atividade primordial, a edição de leis que contemplem a situação de crianças e adolescentes. Por outro lado, é de suma importância para a efetivação dos direitos infanto-juvenis que os representantes do Poder Legislativo analisem se as Leis Orçamentárias – Plano Plurianual, Leis de Diretrizes Orçamentárias e Leis Orçamentárias Anuais, todas de iniciativa do Poder Executivo (art. 165 da Constituição Federal) - trazem recursos suficientes para a efetivação de direitos de crianças e adolescentes e se o princípio da prioridade absoluta pode de fato ser extraído das Leis Orçamentárias propostas.

Ao Poder Judiciário compete a estruturação de seus órgãos de modo que haja especialização de seus serviços em prol de crianças e adolescentes e que as ações envolvendo crianças e adolescentes tenham prioridade de julgamento.

Há um longo percurso a ser trilhado para que o Poder Público, em todas as suas esferas, atenda satisfatoriamente aos direitos de crianças e adolescentes. O que ainda se observa, infelizmente, é uma profunda timidez no que atine a necessária priorização da infância e juventude.

É o Poder Executivo que não executa políticas públicas específicas à infância e juventude, é o Poder Judiciário que, na esmagadora maioria de comarcas do país, não instala varas judiciais especializadas para crianças e adolescentes; são muitos os casos em que a Vara da Infância e Juventude, então especializada, deixou de sê-lo para que também o Juiz pudesse conhecer de ações relacionadas à pessoas idosas, no que resta desatendido, no nosso sentir, o item 3 do art. 40 da Convenção Internacional dos Direitos da Criança, que preconiza a necessidade de adoção de leis, procedimentos, autoridades e instituições específicas para as crianças a quem se atribui a prática de infrações tidas como crimes.

Família, sociedade, comunidade e poder público partilham, desta forma, a responsabilidade para se garantir a crianças e adolescentes condições para um desenvolvimento sadio.

É evidente que a efetivação de alguns direitos incumbem preponderantemente a uma entidade; assim, o direito fundamental à alimentação e a convivência familiar, por exemplo, devem ser efetivados pela família, natural ou substituta, como corolário da obrigação constitucional dos pais de assistir, criar e educar os filhos menores (art. 229 da CF). Por outro lado, se a família, de algum modo não se desincumbir satisfatoriamente dos seus encargos, deve a sociedade e o Estado atuarem de modo a efetivar os direitos violados.

4.3.3. Os Princípios do Direito da Infância e Juventude

É conhecido o fascínio que o estudo dos princípios exerce sobre os estudiosos dos mais variados segmentos do conhecimento jurídico. Mandados de otimização, vetores interpretativos, normas com alta carga axiológica e pouca densidade normativa, todas estas expressões são, de alguma forma, úteis para que se delineie a função que os princípios exercem no direito contemporâneo.

Realce-se que a dogmática jurídica contemporânea orienta-se, cada vez mais, ao estudo dos princípios, que ora são compreendidos sob o prisma da decidibilidade de conflitos⁹⁴. Cumprem, portanto, uma função instrumental, bem explicitada na clássica definição de Celso Antonio Bandeira de Mello quando afirma que o princípio é:

“um mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá um sentido harmônico⁹⁵”.

⁹⁴ Tércio Sampaio Ferraz Jr., *A Ciência do Direito*, p. 87.

⁹⁵ *Curso de Direito Administrativo*, p. 817/818.

Assim, à luz da moderna doutrina, não se pode entender que princípios não são normas jurídicas. Adverte, neste particular, Luís Roberto Barroso que:

*“a novidade das últimas décadas não está propriamente na existência de princípios e no seu eventual reconhecimento pela ordem jurídica. Os princípios, vindo dos textos religiosos, filosóficos ou jusnaturalistas, de longa data permeiam a realidade e o imaginário do direito, de forma direta ou indireta... O que há de singular na dogmática jurídica da quadra histórica é o reconhecimento de sua **normatividade**⁹⁶”.*

Neste esquadrinhar da doutrina da proteção integral, cujos alicerces, enfatize-se, deitam raízes na normativa internacional e no ordenamento jurídico interno, notadamente a Constituição Federal de 1988 e o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90), é possível identificar, efetivamente, postulados estruturantes de todo o edifício normativo protetivo da infância e juventude no Brasil.

Pondere-se, contudo, que a matéria – identificação dos princípios do direito da infância e juventude – longe está de ser objeto de unanimidade na doutrina nacional.

Assim, Paulo Afonso Garrido de Paula entende que os princípios fundamentais do direito da infância e juventude circunscrevem-se à prioridade absoluta e ao respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento⁹⁷.

⁹⁶ *Fundamentos Teóricos e Filosóficos do novo direito constitucional brasileiro*, p. 42, grifo do autor.

⁹⁷ *Direito da Criança e do Adolescente e Tutela Jurisdicional Diferenciada*, p. 37.

Para Martha Toledo Machado⁹⁸ e Tânia da Silva Pereira⁹⁹, o princípio basilar do direito da infância e juventude, do qual decorreriam todos os outros, seria o princípio do melhor interesse da criança.

Sem querer colocar um ponto final na discussão, para a qual existem vozes infinitamente mais qualificadas, entendemos como princípios do direito da infância e juventude e verdadeiros alicerces da doutrina da proteção integral, o melhor interesse da criança, a peculiar condição de pessoa em desenvolvimento, a prioridade absoluta, a municipalização e a participação popular, que será objeto de análise específica no transcorrer destas linhas.

⁹⁸ *A Proteção Constitucional de Crianças e Adolescentes e os Direitos Humanos*, p. 105.

⁹⁹ *Direito da Criança e do Adolescente: uma proposta interdisciplinar*, p. 39.

4.3.3.1. O Princípio do Melhor Interesse da Criança

O art. 3.1 da Convenção Internacional dos Direitos da Criança estipula que:

“todas as ações relativas às crianças, levadas a efeito por instituições públicas ou privadas de bem-estar social, tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, devem considerar, primordialmente, o interesse maior da criança”.

Trata-se de dispositivo que tem por objetivo fornecer um parâmetro quando o interesse da criança estiver em conflito com direitos de outrem ou ainda em situações em que pode haver lesão aos seus direitos. Assim, em todas as esferas possíveis, sejam elas familiares, comunitárias, judiciais e administrativas, há de se considerar primordialmente o interesse da criança, de forma que as decisões a serem tomadas espelhem a preocupação em salvaguardar os seus interesses.

Se a consagração do princípio do melhor interesse da criança representa uma garantia à população infanto-juvenil, não se pode olvidar, por outro lado, que, se for analisado de forma isolada, isto é, descontextualizando-o das demais normas relacionadas à infância e juventude, a sua aplicação pode implicar em retrocesso e em ilegalidades no que diz respeito aos direitos infanto-juvenis. Partilha-se, pois, da justa preocupação de João Batista Costa

Saraiva¹⁰⁰, que emblematicamente denominou tal princípio como o *Cavalo de Tróia* do direito infanto-juvenil.

Com efeito, em nome do princípio do melhor interesse da criança, corre-se o risco de conferir poder discricionário e ilimitado à autoridade judicial, especificamente para adotar as medidas que bem entender como protetivas aos interesses de crianças e adolescentes.

Pense-se, por exemplo, na aplicação de medida sócio-educativa de internação quando o que o jovem infrator necessita, de fato, é uma medida de proteção. É o caso do jovem, sem nenhum antecedente, com problemas mentais que tem contra si instaurado processo sócio-educativo por ato infracional praticado sem violência ou grave ameaça à pessoa, restando caracterizado que possui sérios problemas mentais, demandando tratamento especializado, inexistente na comarca ou no Estado. Não são raros os casos em que se aplica a medida sócio-educativa internação ao adolescente – *em nome de seu melhor interesse* – quando, na verdade, o que tinha que ser aplicada era medida protetiva de tratamento psiquiátrico. Ora, a par de se fazer tábula rasa da própria Constituição Federal (a aplicação de medida de internação é excepcional, nos termos do inciso V, do par. 3º, do art. 227 da CF), utilizou-se de uma garantia a ele instituída para sonegar-lhe direitos. “Prende-se para proteger”, na síntese de João Batista Costa Saraiva¹⁰¹.

¹⁰⁰ *Compêndio de Direito Penal Juvenil: adolescente e ato infracional*, p. 41/43.

¹⁰¹ *Ob. cit.*, p. 44.

Enfatize-se então que a correta intelecção do princípio do melhor interesse da criança impescinde de se considerá-lo em conjunto com as demais normas protetivas; o princípio não autoriza, de modo algum, que sejam esquecidas garantias materiais e processuais de crianças e adolescentes. Assim compreendido, o princípio pode efetivamente servir de norte no que atine à efetivação de direitos infanto-juvenis.

4.3.3.2. O princípio da condição peculiar de pessoa em desenvolvimento

Nas palavras de Paulo Afonso Garrido de Paula, o respeito à condição peculiar de pessoa em processo de desenvolvimento encerra obviedade manifesta, pois é:

“evidente a especialidade da criança ou do adolescente, impondo consideração permanente de seus atributos individualizados, em constante transformação e em seus múltiplos aspectos: físico, mental, moral, espiritual e social¹⁰²”.

Para Martha de Toledo Machado, é a condição peculiar de pessoa em desenvolvimento que conforma a existência de um sistema especial para crianças e adolescentes¹⁰³. É esta condição que confere à população infanto-

¹⁰² *Direito da Infância e Juventude e Tutela Jurisdicional Diferenciada*, p. 37/38.

¹⁰³ *A Proteção Constitucional de Crianças e Adolescentes e os Direitos Humanos*, p.111.

juvenil o exclusivo e efêmero direito fundamental de formar a personalidade adulta. Na linha de raciocínio desenvolvido pela autora, existe uma diferenciação entre os atributos da personalidade adulta e os atributos da personalidade infanto-juvenil e é a partir desta distinção que se pode compreender as diferenciações entre a doutrina da proteção integral e a doutrina da situação irregular no trato de crianças e adolescentes.

4.3.3.3. O Princípio da Prioridade Absoluta

A expressão prioridade absoluta encerra redundância. O termo prioridade não comporta adjetivação, na medida em que se admitirmos que existe uma prioridade que não seja absoluta, não se poderá entender que se trata de algo de fato prioritário...

De todo perdoável, contudo, a redundância, trazida na Constituição Federal de 1988 e repetida na Lei nº 8.06/90, que não deve servir para outra coisa senão funcionar como ênfase ao postulado de priorização dos direitos de crianças e adolescentes.

O fundamento do princípio da prioridade absoluta reside indiscutivelmente na circunstância de serem os direitos da criança e do

adolescente efêmeros¹⁰⁴; o decurso do tempo se encarrega de fazer com que direitos não fruídos no momento oportuno percam sua razão de ser.

Logo de início, deve ser afastado o raciocínio no sentido de que existiria quebra do princípio da igualdade ao se estipular esta preferência para crianças e adolescentes. Com efeito, a consagração de tal princípio não representa quebra ao princípio da isonomia. Registre-se que crianças e adolescentes são seres em processo de desenvolvimento, aos quais se atribui, com exclusividade, o direito fundamental de formar personalidade adulta¹⁰⁵, o que implica na efetivação em caráter de urgência de uma série de direitos imprescindíveis para o sadio desenvolvimento físico e psíquico. Sob este prisma, não estão em situação igual à da população adulta, o que justifica que haja um tratamento diferenciado.

Esta prioridade conferida à efetivação de direitos de crianças e adolescentes não cede em face de outras prioridades estabelecidas em outros diplomas legais. Com efeito, o art. 3º da Lei nº 10.741/03 (Estatuto do Idoso) contempla, também, a necessidade de ações e políticas, em regime de prioridade, em prol das pessoas idosas. Ocorre que a primazia que se confere à criança e ao adolescente é de índole constitucional, prevalecendo, por óbvio, em face de disposições infraconstitucionais, ainda que estas consubstanciem justos reclamos de parcela da população vítima de toda a sorte de omissões.

¹⁰⁴ Paulo Afonso Garrido de Paula, *Direito da Criança e do Adolescente e Tutela Jurisdicional Diferenciada*, p. 39.

¹⁰⁵ Martha de Toledo Machado, *A Proteção Constitucional de Crianças e Adolescentes e os Direitos Humanos*, p. 110.

O art. 4º da Lei nº 8.069/90 enumera algumas situações em que deve se efetivar a prioridade absoluta. Estabelece-se, em favor de crianças e adolescentes, a primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias, a precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública, a preferência na formulação de políticas sociais públicas e a destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e juventude.

A primazia de receber auxílio e socorro em quaisquer circunstâncias pressupõe que crianças e adolescentes não sejam de alguma forma preteridos por adultos. Em casos de calamidade, de escassez de recursos, enfim em todas as situações em que se faça necessário o auxílio, este deve ser efetuado em primeiro lugar a crianças e adolescentes. Trata-se de norma que consagra a solidariedade em favor de quem não plena condição de, por si só, defender-se e é o que ocorre, invariavelmente, em situações de acidentes, catástrofes e desastres naturais – o que se verifica, felizmente, na sociedade brasileira, é um verdadeiro consenso no sentido de que à crianças e adolescentes deve ser conferida atenção prioritária.

A precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública é medida que indiscutivelmente procura evitar que crianças e adolescentes permaneçam, por exemplo, em filas de postos de saúde ou hospitais. Não apenas em estabelecimentos de saúde, mas em todo serviço público; não se concebe, por exemplo, que o adolescente que se dirija à

Secretaria de Segurança Pública para expedição da carteira de identidade tenha que se submeter ao trâmite normal existente. No entanto, imperioso se entender e aplicar esta disposição com razoabilidade; ninguém há de querer fazer valer esta garantia no caso de criança em hospital ou estabelecimento de saúde que necessite de um mero curativo se, ao mesmo tempo, deve ser atendido, pelo único médico existente, um adulto em estado grave¹⁰⁶.

A preferência na formulação de políticas sociais e públicas implica na necessidade de todos os poderes constituídos, no âmbito de suas respectivas atribuições, concretizarem, em primeiro lugar, políticas públicas – programas consistentes de ação governamental – em prol de crianças e adolescentes.

Além disso, mesmo em relação a políticas públicas não específicas ao público infanto-juvenil, mas que atinjam indiretamente esta parcela da população, deve haver consideração especial à situação de crianças e adolescentes. Exemplifique-se com a hipótese de política pública tendente a efetivar o direito de moradia, em que o poder público se veja na contingência de estabelecer critérios para ocupação de imóveis populares. Dúvidas não devem existir em se conferir prioridade às famílias que contam com crianças e adolescentes.

Por fim, dispõe o parágrafo único do art. 4º da Lei nº 8.069/90 que deve ser assegurada destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e juventude. Trata-se de garantia de

¹⁰⁶ O exemplo é de Dalmo de Abreu Dallari, *Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado-Comentários Jurídicos e Sociais*, Munir Cury (coord.), p. 42.

extrema importância, por meio do qual se pode visualizar se há efetivamente prioridade absoluta em favor de crianças e adolescentes.

É na elaboração do Plano Plurianual, da Lei de Diretrizes Orçamentárias e da Lei Orçamentária Anual que deve o Poder Público comprovar o atendimento prioritário à crianças e adolescentes. Com efeito, de nada adianta se consagrarem direitos e garantias se não existirem recursos suficientes para sua implementação.

A atenta observação da sociedade no que diz respeito à elaboração e fiscalização do cumprimento das Leis Orçamentárias se constitui, pensamos, na pedra fundamental para o que os direitos consagrados na normativa internacional e nacional envolvendo crianças e adolescentes não se transformem em meros instrumentos de retórica. Com efeito, de que adianta solenemente se proclamar que a criança e o adolescente gozam de prioridade absoluta se, em contrapartida, não se destinam recursos suficientes para a efetivação de seus direitos básicos?

É premissa deste trabalho que incumbe à sociedade a primordial responsabilidade para que haja destinação privilegiada de recursos para a infância e juventude. Devem ser fomentadas todas as práticas em que o cidadão possa conhecer o orçamento e participar de sua elaboração.

Além disso, a sociedade deve verdadeiramente se apropriar dos canais de participação que lhe são conferidos para que haja, de fato, um controle social do orçamento. Sustenta-se nestas linhas que o direito da infância e

juventude é pródigo ao estabelecer oportunidades para o cidadão participar, de forma isolada ou coletiva, das ações envolvendo crianças e adolescentes.

A compreensão do que significam os Conselhos de Direitos, no âmbito do direito infanto-juvenil, é de grande valia para demonstrar como a destinação privilegiada de recursos públicos pode ser fiscalizada e exigida pela sociedade, assunto que merecerá atenção pormenorizada no desenvolvimento do presente estudo.

Não se conclua, porém, que as disposições consagradas no parágrafo único do art. 4º da Lei nº8.069/90 esgotam o que se deve entender pelo princípio da prioridade absoluta. Ensina Dalmo de Abreu Dallari que a:

“enumeração não é exaustiva, não estando ali especificadas todas as situações em que deverá ser especificada a preferência à infância e juventude, nem todas as formas de assegurá-la¹⁰⁷”.

A aplicação deste princípio se dará nas mais diversas situações, funcionando o art. 4º da Lei nº 8.069/90 como piso mínimo em prol de crianças e adolescentes. Importa notar que será muitas vezes o caso concreto que ditará as circunstâncias da sua aplicação, competindo a todos, Família, Sociedade e Estado, a análise das condições em que pode ser efetivado.

4.3.3.4. Municipalização

¹⁰⁷ Ob. cit., p. 42.

Como ente federativo que se encontra mais próximo do cidadão, ao Município foi reservada, pelo Legislador Constituinte, a missão de executar programas assistenciais, dividindo tal encargo com o Estado e com entidades beneficentes e de assistência social. É o que se extrai do inciso I do art. 204 da Constituição Federal de 1988, que consagra a descentralização político-administrativa.

Não se olvide que o dispositivo se aplica às políticas direcionadas a crianças e adolescentes, por força do parágrafo 7º do art. 227 da Constituição de 1988, que remete ao sobredito art. 204 do texto.

Não por outra razão, a Lei n 8.069/90 indica, no inciso I do art. 88, como diretriz de atendimento, a municipalização.

Deve ser tida por inconstitucional, pois, toda ação da União que, independentemente do Município, vise o atendimento direto da população infanto-juvenil, justamente por não se coadunar com os princípios da descentralização-administrativa (inciso I, do art. 204, da Constituição Federal de 1988) e da municipalização (inciso I do art. 88 da Lei nº 8.069/90)¹⁰⁸.

O cotidiano das varas da infância e juventude demonstra que há um longo caminho a ser perseguido para que se ponha em prática a diretriz da municipalização. Inúmeras são as comarcas que não contam, por exemplo, com um abrigo para crianças e adolescentes, o que faz com que se tenha que

¹⁰⁸ No mesmo sentido, Felício Pontes Junior, *Conselho de Direitos de Crianças e Adolescentes*, p. 14.

recorrer ao abrigo em outra comarca, disso resultando enormes dificuldades para visitação da família, biológica, acompanhamento judicial do caso, dificuldade na implementa o de medidas protetivas, etc.

Parece que o princípio da municipaliza o impõe severas responsabilidades ao Município, que por tal razão se vê compelido   obriga es positivas, que podem e devem ser reclamadas judicialmente caso não implementadas. Tendo em conta a diretriz da municipaliza o, não   razoável, por exemplo, que a criança de um município venha a ser abrigada em outro.

  concorrente a competência da União, Estados e Distrito Federal para legislar sobre a prote o   infância e juventude, nos termos do inciso XV do art. 24 da Constitui o Federal de 1988. Por outro lado, ao Município compete suplementar a legisla o federal, no que couber (inciso II do art. 30 da Constitui o Federal).

Assim, nas palavras de  dson Seda:

“a política social deve ser formulada através da descentraliza o político-administrativa, ficando a coordena o de normas gerais para a União. A execu o de programas bem como sua coordena o ficam para os Estados e os Municípios (no caso da criança e do adolescente, em face deste art. 88 do Estatuto, o Município tem o poder de escolher a forma que melhor convém para essa execu o). A formula o de políticas nessa área bem como controle das a es delas decorrente, em todos os níveis,

devem ter a constitucionalmente obrigatória participação da população, através das entidades representativas¹⁰⁹”.

4.4. A Norma Constitucional do art. 227 da Constituição Federal e os efeitos que produz

4.4.1. A Eficácia das Normas Constitucionais

A classificação das normas constitucionais em relação aos efeitos que produzem é objeto de intenso labor doutrinário.

Nas palavras de Regina Maria Macedo Nery Ferrari, a vinculatividade das normas constitucionais *“pode processar-se de forma e em níveis diferenciados, o que de modo algum, invalida a sua suprema imperatividade ou força coativa¹¹⁰”*.

José Afonso da Silva, autor de obra de referência sobre a matéria, classifica as normas constitucionais em normas constitucionais de eficácia plena, normas constitucionais de eficácia contida e normas constitucionais de eficácia limitada ou reduzida¹¹¹.

¹⁰⁹ *Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado - comentários jurídicos e sociais*, Munir Cury (coord.), p. 286.

¹¹⁰ *Normas Constitucionais Programáticas - normatividade, operatividade e efetividade*, p. 80.

¹¹¹ *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*, p. 81. Escreveram também sobre o assunto Maria Helena Diniz (*Norma Constitucional e seus Efeitos*) e Luis Roberto Barroso (*O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas*).

As normas constitucionais de eficácia plena são aquelas que desde logo produzem todos os seus efeitos, independentemente, para tanto, de intermediação legislativa de qualquer sorte. Nas palavras de Maria Helena Diniz, tais normas *“consistem nos preceitos que contenham proibições, confirmam isenções, prerrogativas e que não indiquem órgãos especiais para sua execução¹¹²”*. Assim, a norma constitucional que conforma a República Federativa do Brasil (art. 1º, CF), bem assim algumas disposições atinentes aos direitos e garantias individuais (como as dos incisos I, II, III, do art. 5º, CF) devem ser compreendidas como normas constitucionais de eficácia plena.

As normas constitucionais de eficácia contida também *“incidem diretamente e produzem todos os efeitos queridos, mas prevêm meios ou conceitos que permitem manter sua eficácia contida em certos limites, dadas certas circunstâncias¹¹³”*. São normas desta natureza aquelas constantes nos incisos, VIII, XI e XII do art. 5º da Constituição Federal.

As normas constitucionais de eficácia limitada ou reduzida, por sua vez, são aquelas que não produzem desde logo os seus efeitos essenciais, justamente por não possuírem normatividade suficiente, competindo esta complementação ao legislador ordinário. Este grupo de normas pode ser subdividido em normas constitucionais de princípio institutivo e normas constitucionais programáticas.

¹¹² Norma Constitucional e seus Efeitos, p. 115.

¹¹³ José Afonso da Silva, p. 81.

Esclarece Maria Helena Diniz que as normas de princípio institutivo são aquelas dependentes de lei para dar corpo a instituições, pessoas e órgãos nela previstos. As normas constitucionais programáticas, por outro lado, são aquelas que estabelecem programas constitucionais a serem desenvolvidos mediante legislação integrativa da vontade do constituinte¹¹⁴. Em relação a estas normas, cingiu-se o legislador a estabelecer princípios a serem observados pelas instâncias legislativas, executivas e jurisdicionais.

Por fim, vale frisar que, em respeito às normas constitucionais programáticas, José Afonso da Silva observa que elas apresentam imediata eficácia jurídica ao estabelecerem um dever para o legislador ordinário (dever de legislar), ao condicionarem a futura legislação (conformidade da legislação), ao informarem a concepção do Estado e da Sociedade e inspirarem sua ordenação jurídica, ao constituírem sentido teleológico para a interpretação, integração e aplicação das normas jurídicas, ao condicionarem a atividade discricionária da Administração e do Judiciário e ao criarem situações jurídicas subjetivas de vantagem ou desvantagem¹¹⁵.

4.4.2. O art. 227 da Constituição Federal de 1988. Direitos Sociais e Civis. Obrigações Positivas e Negativas. Aplicabilidade Imediata, contida e limitada da Norma Constitucional

¹¹⁴ *Norma Constitucional e seus Efeitos*, p. 118.

¹¹⁵ *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*, p. 163/164.

Feitas estas considerações a respeito da eficácia das normas constitucionais, cumpre analisar, ainda que de forma sucinta, de que maneira tais postulados se relacionam com o art. 227 da Constituição Federal de 1988.

Saliente-se, em primeiro lugar, que a norma do art. 227 da Constituição Federal encerra direitos característicos da feição liberal do Estado de Direito, ao lado de outros característicos do Estado Social.

Cumpre observar que, sob um prisma estrutural, uma vez positivados na Constituição Federal, não há razão para se diferenciar os direitos civis e políticos dos direitos econômicos, sociais e culturais, no que diz respeito à eficácia das normas constitucionais¹¹⁶.

Ainda, Antonio Enrique Pérez Luño refuta a tese segundo a qual os direitos sociais, contemplados em normas programáticas, não poderiam ser compreendidos como jurídicos (sob o prisma da exigibilidade) enquanto não sobreviesse norma infraconstitucional que os regulamentasse. São palavras do autor:

“El derecho constitucional comparado ofrece numerosas muestras de derechos sociales cuya actuación no exige la integración legislativa. Así, por ejemplo, se há puesto de relieve que em la Itália el derecho a um salario equitativo há sido generalmente considerado por la jurisprudencia como fundado de forma inmediata en el artículo 36 de la Constitución¹¹⁷”.

¹¹⁶ José Afonso da Silva, *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*, p.140, Martha de Toledo Machado, *A Proteção Constitucional de Crianças e Adolescentes e os Direitos Humanos*, p. 367 e 372.

¹¹⁷ *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, p. 93.

As palavras do autor espanhol nos parecem importantes para afastar algumas posições doutrinárias em torno do art. 227 da Constituição Federal, tendentes a despi-lo de qualquer eficácia. Há que vislumbre no art. 227 da Constituição Federal um artigo que, uma vez *“aplicado, tornaria o País uma pátria de homens santos e generosos, superior à ilha da Utopia, idealizada por Thomas More, no relato de Rafael¹¹⁸”*.

Ora, é preciso reconhecer que a norma constitucional que veicule direitos sociais, ainda que vazada em termos programáticos, há de ter eficácia, pena de se restringir tais disposições a meras exortações de boa vontade.

Parte-se, pois, do pressuposto que os direitos civis e sociais contemplados no art. 227 da Constituição Federal de 1988 não podem ser compreendidos como dois “blocos independentes”, conferindo-se juridicidade aos direitos civis e negando-a aos direitos sociais.

Ao reverso, a idéia que deve nortear o intérprete é a de complementariedade. Uma vez mais, traz-se à colação as palavras de Antonio Enrique Pérez Luño:

“és innegable que entre los derechos tradicionales de libertad y la nueva categoria de os derechos sociales se dan importantes diferencias, lo mismo respecto a su significación que em lo que se refiere a los médios jurídicos a emplear para su tutela. Ahora bien, esto no debe conducir a um desconocimento de la profunda

¹¹⁸ Ives Gandra da Silva Martins, *Da Família, da Criança, do Adolescente e do Idoso*, p. 772.

complementariedad que existe entre ambas as categorias ni a la negación de la positividad de los derechos sociales¹¹⁹”.

A questão da eficácia da norma constitucional diz com o grau de tutela concreta¹²⁰ que cada direito social recebeu do ordenamento jurídico.

José Afonso da Silva refere, ao tratar da tutela de situações subjetivas em face de normas programáticas, que determinada categoria de normas deste jaez , “*tutelam mais intensamente os interesses*” de que tratam, conferindo ao cidadão legítimo interesse “*que fundamenta sua invocação para embasar solução de dissídios em favor dos beneficiários*” Assim, o princípio da função social da propriedade pode ser invocado contra o abuso deste direito, por outro lado, se a educação é direito de todos, tal norma constitucional pode servir de alicerce de algumas situações subjetivas¹²¹.

É neste “tutelar mais intensamente”, pensamos, que se revela o fenômeno da positivação. Não é, portanto, a natureza “social” do direito contemplado na Constituição que determinará se terá ou não eficácia imediata, mas sim a intensidade da positivação que recebeu no ordenamento¹²².

¹¹⁹ *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, p. 87.

¹²⁰ A expressão é de Martha de Toledo Machado, p. 374.

¹²¹ *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*, p. 177.

¹²² Martha de Toledo Machado demonstra, com precisão, que os direitos civis não estão associados apenas a comportamentos omissivos do Estado, assim como os direitos sociais não se prendem apenas a prestações positivas, não havendo “dicotomia estrutural” entre os direitos civis e os direitos sociais. De acordo com o pensamento da autora, a prestação ou a omissão também dependerá da “conformação concreta, da estrutura positivada concreta que determinado ordenamento jurídico dê a cada direitos fundamental”. *A Proteção Constitucional de Crianças e Adolescentes e os Direitos Humanos*, p. 378.

Entendemos, com Luis Roberto Barroso¹²³, que é possível que um mesmo preceito constitucional albergue disposições de eficácia imediata, contida e programática. É o que ocorre, pensamos, com o art. 227 da Constituição Federal de 1988, em cujos contornos é possível identificar inclusive direitos públicos subjetivos de crianças e adolescentes.

Com efeito, é importante deixar assentado que o art. 227 e seus parágrafos encerram algumas disposições que, em razão da positividade que receberam no texto constitucional, investem desde logo crianças e adolescentes na condição de titulares de direitos públicos subjetivos. Assim, ao prescrever o par. 1º do art. 208 que o acesso ao ensino obrigatório gratuito é direito público subjetivo, não se pode ter dúvida que tal disposição confere ao cidadão a possibilidade de exigir a prestação correspondente do Estado, independentemente de legislação posterior.

Martha de Toledo Machado oferece como exemplos de direitos de eficácia plena o direito à inimizabilidade penal e o direito ao não trabalho. Discordamos em parte da ilustrada autora quando aduz que o direito à convivência familiar é norma de eficácia plena. Na nossa ótica, o inciso VI do par. 3º do art. 227 da Constituição Federal também trata do direito à convivência familiar, quando dispõe que deve haver 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

¹²³ *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas*, p. 95.

adolescente órfão ou abandonado. Se assim é, o direito à convivência familiar, em relação ao Poder Público, tem eficácia limitada.

Já como normas de eficácia contida, podem ser citadas a excepcionalidade e brevidade na privação de liberdade¹²⁴.

Tais normas convivem com outras disposições de caráter eminentemente programático, a exemplo do que ocorre com o direito a profissionalização do adolescente ou a disciplina do atendimento à criança ou adolescente portador de necessidades especiais.

Neste arenoso terreno que é o estudo das normas constitucionais em relação aos efeitos que produzem, deve operar, pensamos, o princípio da prioridade absoluta em favor de crianças e adolescentes. Com efeito, o art. 227 da Constituição, ao tratar dos direitos da criança e do adolescente, vale-se do verbo assegurar, que não tem outro sentido senão o de disponibilizar, e de imediato. Ora, ao se conjugar a efetivação dos direitos com a expressão prioridade absoluta, tem-se que é vontade da Constituição que mesmo aquelas normas de natureza programática sejam imediatamente cumpridas, trazendo a idéia de que família, sociedade e Estado sempre estarão em mora caso os direitos fundamentais de crianças e adolescentes não sejam disponibilizados.

No que diz respeito à normas programáticas relacionadas a crianças e adolescentes, não bastará ao Poder Público que não atue em contrário às suas disposições, ou que as tome como meros parâmetros de atuação e

¹²⁴ Martha de Toledo Machado, *A Proteção Constitucional de Crianças e Adolescentes e os Direitos Humanos*, p. 393/394.

interpretação das Leis – efeitos preponderantes de normas programáticas – havendo necessidade de um “fazer imediato”, mercê da incidência do princípio da prioridade absoluta trazido no art. 227 da Constituição Federal de 1988.

É certo que não há discricionariedade administrativa em relação a implementar ou não implementar políticas públicas derivadas de normas constitucionais programáticas, ainda que não disponham a respeito efetivação de direitos de crianças e adolescentes. Ocorre que, por força do princípio da prioridade absoluta, se o Estado deve implementar todas as políticas públicas a que está obrigado pela Constituição Federal, as políticas públicas relacionadas à infância devem ser implementadas em primeiro lugar.

Como qualificar este verdadeiro mandamento dirigido à família, sociedade e Estado, no sentido de se conferir prioridade aos direitos da infância e juventude?

No que diz respeito ao agir estatal, parece que tal disposição condiciona, de certa forma, o próprio exercício do poder político, inserindo-se, destarte, no rol de normas constitucionais que estruturam ou conformam o Estado Brasileiro.

Com efeito, o ordenamento jurídico há de cumprir também uma função transformadora da sociedade, especificamente no que diz respeito a construção de uma sociedade livre justa e solidária e à erradicação da pobreza, da marginalização e redução das desigualdades sociais e regionais.

Estes os objetivos que, por imposição constitucional (art. 3º, I e III, da CF) devem ser perseguidos pela República Federativa do Brasil.

É evidente que tais objetivos não são alcançados num “passe de mágica”. É a partir do estabelecimento de prioridades que se vai alcançá-los e, neste particular, o texto constitucional não deixa dúvidas em privilegiar a efetivação dos direitos da infância e juventude. Na síntese de Martha de Toledo Machado:

“(...) se pelo consenso político-social plasmado na Constituição de 1988, a nação não reconhece força em si mesma para reduzir de chofre as desigualdades sociais ao patamar mínimo delineado no texto constitucional, opta por priorizar a efetivação dos direitos da infância, na perspectiva de que, temporal e gradualmente, vai-se assegurando patamares de maior igualdade (...)”¹²⁵.

Desvendar como se confere aplicabilidade ao art. 227 da Constituição Federal é tarefa de toda a sociedade, que deve ter facilitada a obtenção de informações a respeito das ações desempenhadas pelo Poder Público em prol de crianças e adolescentes. Entendemos que é função dos Conselhos Municipais das Crianças e Adolescentes a disseminação de dados relacionados às políticas públicas voltadas à infância e juventude do Município, especificamente no que diz respeito a dados estatísticos e orçamentários. Sem informações precisas, não se pode verdadeiramente compreender se determinado Município atende de forma satisfatória a norma

¹²⁵ A *Proteção Constitucional de Crianças e Adolescentes e os Direitos Humanos*, p. 133.

constitucional que confere prioridade absoluta à efetivação de direitos de crianças e adolescentes.

5. INFÂNCIA E JUVENTUDE E PARTICIPAÇÃO

5.1. Considerações Gerais

Procurou-se demonstrar que a adoção dos postulados trazidos na normativa internacional relacionada à infância e juventude no plano do ordenamento jurídico interno se cristalizou no art. 227 da Constituição da República Federativa do Brasil – verdadeira minideclaração de direitos de crianças e adolescentes - ao qual se seguiu a edição da Lei nº 8.069/90, conhecida como Estatuto da Criança e do Adolescente.

Não há como se deixar de reconhecer que não haveria momento melhor para se discutir os direitos infanto-juvenis do que o final da década de 80. Afinal de contas, experimentava o país a reabertura política, que se concretizou com o advento da Carta Constitucional de 1988.

Por outro lado, o texto constitucional de 1988 contempla disposições que pretendem atingir indistintamente a todos, ao lado de outros dispositivos que querem tratar de pessoas específicas. Com efeito, ao contemplar direitos de crianças, de adolescentes, dos índios e de outros, o que se pretendeu realizar foi uma abordagem que contemplasse o ser humano em sua especificidade, estabelecendo-se direitos diferenciados a determinadas pessoas, tratando-os de forma diferente, na busca de uma igualdade material.

Parece importante deixar assentado, uma vez mais e sempre, que diferenciações podem e devem ser estabelecidas sempre quando existir uma *descripen* que justifique o tratamento desigual. E que o estabelecimento de direitos especiais para determinada parcela da população em momento algum deve significar redução ao catálogo de direitos existentes para quem não se encontra na situação legitimadora do tratamento desigual. Repise-se, portanto, que especificação de direitos serve ao propósito maior de busca à igualdade.

Importante notar que a especificação de direitos de crianças e adolescentes, no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro, representou a convergência de movimentos populares¹²⁶ que lidavam com a população infanto-juvenil. Representam, pois, as disposições constitucionais relacionadas à crianças e adolescentes, bem assim a Lei nº 8.069/90, o produto dos justos anseios da sociedade para se consagrar uma nova maneira de se lidar com a população infanto-juvenil.

Um direito que se construiu da mobilização popular não poderia deixar de contemplar uma série de possibilidades de participação na implementação dos direitos infanto-juvenis. É premissa do presente trabalho que tanto a Constituição Federal de 1988 quanto a Lei nº 8.069/90 abrem amplas possibilidades para que o trato dos direitos de crianças e adolescentes não se circunscreva à órbita do Poder Executivo, do Legislativo e do Judiciário.

¹²⁶ Notícia Paulo Afonso Garrido de Paula a importância dos Fóruns dos Direitos da Criança e do Adolescente (Fórum DCA), da Confederação Nacional dos Bispos do Brasil (CNBB Pastoral do Menor), do Ministério Público do Estado de São Paulo, da Associação Brasileira de Pediatria, da Frente pelos Direitos das Crianças, dentre outros, no processo de elaboração da Lei nº 8.069/90. *Direito da Criança e do Adolescente e Tutela Jurisdicional Diferenciada*, p. 46.

Não se trata, pensamos, de um direito acabado; muito ao contrário, trata-se de um direito em construção, produto da interação que há de existir entre o poder público e a sociedade. Com isto se quer dizer que não se encontram exaustivamente contempladas na legislação todas as possibilidades que pode o cidadão ou a sociedade de alguma forma contribuir para a implementação dos direitos de crianças e adolescentes.

O que parece relevante enfatizar é que a legislação infanto-juvenil, especialmente a Lei nº 8.069/90, é extremamente aberta à participação popular. A descoberta dos espaços de participação e sua implementação é desafio de toda a sociedade.

5.2. Participação na efetivação de direitos de crianças e adolescentes e os atores do sistema de justiça

Sob outro ângulo, é de capital importância, pensamos, que todos os integrantes da rede de proteção à criança e do adolescente e, especialmente, o sistema de justiça, se apropriem da riqueza conceitual trazida pela mudança de paradigma que representou a adoção, em 1988, da doutrina da proteção integral, cujos alicerces repousam, dentre outros, na democracia participativa.

Aqui existe a necessidade de reconhecer que é preciso que o Poder Judiciário e o Ministério Público tenham enraizado o princípio democrático,

de tal forma que, no exercício de suas atribuições, não tendam a se relacionar com os demais atores da rede de proteção como se eles fossem seus subordinados.

A questão foi bem abordada por Eduardo Appio, quando deixou assentado que a:

“principal função do Poder Judiciário brasileiro no contexto político do século XXI será a de permitir a efetiva participação de grupos e segmentos da sociedade que não tem acesso aos canais de comunicação com o poder político. Neste sentido, não cabe ao Poder Judiciário se utilizar de uma discricionariedade política quando do exame das omissões do Estado, mas sim, possibilitar que o jogo político se desenvolva a partir de regras eqüitativas que considerem com igual respeito todos os cidadãos¹²⁷”.

Assim, o Juiz que se vê diante de uma ação civil pública cujo pedido é a implementação de determinada política pública não pode estar imune ao fato de que o pedido foi objeto de prévia deliberação do Conselho Municipal dos Direitos da Criança. O Ministério Público, por outro lado, deve velar para que os canais de participação da sociedade, dentre os quais os Conselhos Tutelares, não representem meras estruturas formais, desprovidas de estrutura e capacitação adequada ao desempenho de suas relevantes missões.

Além disso, é importante que o sistema de justiça se vislumbre como mais um partícipe da rede de proteção que há de existir no trato dos direitos de crianças e adolescentes. A exata compreensão do papel de cada partícipe

¹²⁷ *Discricionariedade política do Poder Judiciário*, apud Maria Paula Dallari Bucci, *O conceito de políticas públicas em direito*, p. 33.

tende a evitar que um exerça funções de outro, trazendo conseqüências danosas para todo o sistema de proteção. Sempre que houver usurpação de atribuições, deve o sistema de justiça ser acionado, pois tal prática representa, em última análise, lesão a interesses metaindividual, que pode ser conhecido pelo Poder Judiciário (art. 5º, XXXV, da Constituição Federal de 1988).

A título de exemplo, pode-se dizer que subverte o sistema de proteção o Promotor de Justiça que pretende ver concretizada no município política pública engendrada por ele, que não foi previamente discutida na sociedade. O Juiz de Direito, por sua vez, que em determinado caso decide de forma não motivada e contrária a pareceres de psicólogos e assistentes sociais, em nada difere da figura do Juiz de Menores.

Da mesma forma, subverte o sistema de proteção o conselheiro tutelar que faz inserção de crianças em famílias substitutas. Subverte também o sistema de proteção o voluntário que a este título interage com crianças abrigadas, quando seu real desejo é de adotar uma delas.

Da mesma forma, o empresário que condiciona sua doação ao fundo municipal dos direitos da criança à alocação dos recursos em projeto específico.

Em maior ou menor grau, em todas as práticas acima mencionadas, as quais podem ser levadas a efeito com os melhores propósitos, está presente o princípio participativo. São situações que de tanto se repetirem acabam

ganhando foros de legitimidade. É preciso anotar, contudo, que estas condutas não se afinam com a doutrina da proteção integral.

Tornar a participação harmônica com o sistema de proteção é um desafio contínuo, a exigir constantes reflexões, em nada contribuindo para a construção de um sistema de garantias que se “fechem os olhos” para condutas que rompem com microssistema de defesa de direitos de crianças e adolescentes.

5.3. Participação popular no direito da infância e juventude

5.3.1. O art. 227, “caput”, da Constituição Federal

Bastaria verdadeiramente a norma do art. 227 da Constituição Federal de 1988 ao estabelecer que é dever da família, da sociedade, e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, os seus direitos fundamentais enumerados para que se possa entender que a participação popular, na implementação dos direitos, deve se concretizar. Ora, se o texto constitucional estabelece um dever coletivo, parece evidente que toda e qualquer ação do indivíduo em prol da efetivação dos direitos é jurídica.

Mais.

Ao estabelecer este “dever coletivo” impõe-se o Estado Brasileiro, a obrigação de viabilizar a participação popular. A lógica é simples: se resta estabelecido um dever, há que se contemplar canais a partir dos quais os “co-obrigados” possam se desincumbir do “dever”.

Não se objete que o vocábulo “dever” consagrado no art. 227 da Constituição Federal não é capaz de gerar conseqüências jurídicas. Se é verdadeiro que não se estabelece conseqüências para o descumprimento do “dever”, por exemplo, pela sociedade, também é verdade que no texto da lei não existem palavras ou idéias inúteis, no que resta a necessidade de se conferir algum sentido ao dever coletivo ali consagrado.

Valendo-se uma vez mais da hermenêutica constitucional contemporânea em torno da eficácia das normas constitucionais, pode-se, com tranqüilidade, chegar à conclusão de que o “dever coletivo” consagrado no art. 227 da Constituição gera conseqüência jurídica de relevância ímpar: o dever do Estado de fomentar a participação.

Não há como negar que a norma constitucional, neste particular, assume nítida feição programática, circunstância que, vale repisar, em momento algum isenta o Poder Público de cumprir sua determinação, notadamente, no que diz com a efetivação de direitos de crianças e adolescentes, em função do princípio da prioridade absoluta.

5.3.2. O parágrafo 7º do art. 227 da Constituição Federal

O legislador constitucional brasileiro foi expresso ao consagrar o princípio participativo no direito da infância e juventude, especificamente no que diz respeito à formulação e controle de políticas públicas. É que o parágrafo 7º do art. 227 da Constituição Federal, ao remeter ao art. 204 do texto, estipula a necessária participação da população popular, por meio de organizações representativas, na formulação de políticas e no controle de ações em todos os níveis.

Não se consegue discordar mais de Uadi Lamêgos Bulos quando deixou assentado que o dispositivo em comento (art. 227, par. 7º, da CF) representa é despido de qualquer utilidade¹²⁸.

Trata-se do postulado que, em primeiro lugar, representa vivo exemplo de que o legislador constituinte quis conferir significativa parcela de poder político à sociedade, caracterizando-se, destarte, em exemplo de participação civil na formação da vontade política.

Por outro lado, o dispositivo em comento representa, quiçá, a positivação dos anseios de todos aqueles que propugnaram pela adoção dos postulados da doutrina da proteção integral, notadamente para que as ações a

¹²⁸ *Constituição Federal Anotada*, p. 1426.

serem implementadas em prol de crianças e adolescentes não sejam reféns da vontade dos mandatários políticos¹²⁹.

O parágrafo 7º do art. 227 da Constituição Federal estabelece que no atendimento dos direitos da criança e do adolescente levar-se-á em consideração o disposto no art. 204. Este, por sua vez, determina que as ações governamentais na área de assistência social serão realizadas com recursos do orçamento da seguridade social, previstos do art. 195, além de outras fontes, e organizadas com base nas seguintes diretrizes: a) descentralização político-administrativa, cabendo à coordenação e as normas gerais à esfera federal e a coordenação e a execução dos respectivos programas às esferas estadual e municipal, bem como entidades beneficentes e de assistência social; b) participação da população, por meio de organizações representativas, na formulação das políticas e no controle das ações em todos os níveis.

Assim, emerge do texto constitucional, em primeiro lugar, que à União é responsável pela elaboração de normas gerais, ao passo que os Estados e Municípios se incumbem pela coordenação e execução dos respectivos serviços. Além disso, é importante sublinhar que a possibilidade de entidades do terceiro setor executarem ações de assistência social, dentre as quais as voltadas para o público infante-juvenil, brota também do inciso I do art. 204 da Constituição Federal.

¹²⁹ A singela possibilidade de o Brasil servir de sede a uma Copa do Mundo ou uma Olimpíada é pretexto para mudanças significativas no que diz respeito à consecução de políticas públicas. Recursos que deveriam ser empregados em determinado setor são alocados em outras áreas, esquecem-se planos elaborados, políticas iniciadas e mesmo obras em andamento para que sejam cumpridas metas dos Comitês Organizadores.

Realce-se que a idéia de descentralização administrativa está em plena sintonia com a municipalização, aqui entendida como um dos princípios do direito da criança e do adolescente. Não se poderia esperar que a União descesse à minúcia de tratar de interesses de crianças, que podem variar de município para município.

É o inciso II do art. 204 da Constituição Federal, contudo, que verdadeiramente representa o alicerce da participação civil em ações em prol de crianças e adolescentes.

Além de executarem as ações de assistência social, dentre as quais as voltadas para o público infanto-juvenil, as organizações não-governamentais adquirem o direito de participarem da formulação de políticas públicas e controlar as ações em todos os níveis.

Ora, aqui se tem verdadeira revolução, na medida em que o Poder Executivo deixa de ter a primazia de engendrar as ações voltadas para crianças e adolescentes. Trata-se de norma que verdadeiramente reconfigura o exercício do poder político.

Para que se tenha dimensão da relevância do inciso II do art. 204 da Constituição Federal no que atine à participação civil na efetivação de direitos de crianças e adolescentes, é necessário discorrer, ainda que de forma breve, sobre o que se deve entender por políticas públicas, bem assim em que medida a aludida participação da sociedade civil modifica o exercício do poder político.

5.3.2.1. Políticas Públicas

O estudo das políticas públicas envolve abordagens na área das ciências sociais, da administração pública, da economia e ainda do direito. Por tal razão, é compreensível que haja dificuldades em relação à elaboração de um conceito válido para todas as áreas do conhecimento.

Uma aproximação a um conceito pode ser extraído da lição de Maria Paula Dallari Bucci, para quem:

“uma política é pública quando contempla interesses públicos, isto é, da coletividade – não como fórmula justificadora do cuidado diferenciado com interesses particulares ou do descuido indiferenciado de interesses que merecem proteção – mas como realização desejada pela sociedade. Mas uma política pública também deve ser expressão de um processo público, no sentido de abertura à participação de todos os interessados, diretos e indiretos, para a posição clara e transparente das posições em jogo¹³⁰”.

É importante registrar que a partir do momento em que o Estado assume como tarefa atingir objetivos mínimos no campo social e econômico, passa a ter enorme relevância a função de planejamento. A função de planejar implica necessariamente antever um resultado, o que justifica a necessidade de se estabelecer o “caminho a ser percorrido” para atingir o objetivo.

¹³⁰ *Direito Administrativo e Políticas Públicas*, p. 269.

Nesta ordem de idéias, as políticas públicas, enquanto programas racionais de comportamento governamental tendentes a incidir sobre determinadas realidades, explicitam este “caminho a ser percorrido”, na busca do interesse público, notadamente a efetivação de direitos fundamentais sociais.

Assim, políticas públicas podem ser conceituadas como:

“propostas do Estado formuladas com o objetivo do cumprimento de seu papel institucional e indelegável de atuar na promoção do bem-estar de todos, especialmente pelo asseguramento e universalização dos direitos elementares à cidadania, tais como educação, saúde, educação, saneamento, urbanização, esporte, cultura, lazer, profissionalização e em caráter supletivo, assistência social¹³¹”.

Existe divergência doutrinária quanto à natureza jurídica das políticas públicas. Para Fábio Konder Comparato, sobressai, da essência das políticas públicas, que elas se materializam como uma atividade, que engloba:

“um conjunto organizado de normas e atos tendentes à realização de uma atividade (...). Uma lei, editada no quadro de uma política pública, por exemplo, pode ser inconstitucional, sem que esta última o seja. Inversamente, determinada política governamental, em razão de sua finalidade, pode ser julgada incompatível com os objetivos constitucionais que vinculam a ação do Estado, sem que nenhum dos atos administrativos praticados, ou nenhuma das normas que a regem, sejam, em si mesmas, inconstitucionais¹³²”.

¹³¹ Olympio de Sá Sotto Maior Neto, *Políticas Públicas e Protagonismo Juvenil*.

¹³² *Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas*, p. 35.

Não é deste pensar Maria Paula Dallari Bucci que, antes de atividade, as tem como:

“programa de ação governamental que resulta de um processo ou conjunto de processos juridicamente regulados – processo eleitoral, processo de planejamento, processo de governo, processo orçamentário, processo legislativo, processo administrativo, processo judicial – visando coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados¹³³”.

Desta definição, sobressaem os elementos programa, processo e ação-coordenação. O programa corresponde ao delineamento geral da política pública, devendo compreender:

“os objetivos concretos da política, nas suas camadas internas, os elementos operacionais (instrumentos) e os elementos de avaliação e, finalmente, nas camadas externas, os elementos instrumentais e procedimentais, bem como os arranjos políticos administrativos, os meios financeiros e outros recursos¹³⁴”.

Por outro lado, ao se visualizar as políticas públicas sob o prisma da ação, o que se deve ter em mente é a idéia da efetividade. A política pública, enquanto programa de ação, deve alcançar os resultados a que se propôs. Por derradeiro, ínsita ao elemento processo constante da definição das políticas públicas está a idéia de contraditório que, no entender da citada Maria Paula Dallari Bucci, remete necessariamente à democracia participativa: “a

¹³³ O conceito de políticas públicas em direito, p. 39.

¹³⁴ Idem, p. 41.

elaboração e execução da política pública deve brotar do diálogo de interesses plurais¹³⁵”.

Cumpra ressaltar que normas constitucionais que definem políticas públicas são normas políticas, porque disciplinam:

“fins a serem obtidos, parâmetros de ações, instrumentos e caminhos para a realização de ações (...) políticas públicas são concretizações específicas de normas políticas, focadas em determinados objetivos concretos¹³⁶”.

A dimensão política de políticas públicas decorre também da circunstância de que sua efetivação pode exigir a conjugação da atuação política dos três entes federativos para a sua consecução. Pense-se, por exemplo, em política pública nacional tendente a qualificar profissionalmente o adolescente; referido programa de ação poderá se materializar num conjunto de atos e normas da União, dos Estados e dos Municípios.

Daí porque Maria Paula Dallari Bucci entende que:

“adotar a concepção das políticas públicas em direito consiste em aceitar um grau maior de interpenetração entre as esferas jurídica e política ou, em outras palavras, assumir a comunicação que há entre os dois subsistemas, reconhecendo e tornando públicos os processos dessa comunicação na estrutura burocrática do poder, Estado e Administração Pública. E isso ocorre seja atribuindo-se ao direito critérios de qualificação jurídica das decisões políticas,

¹³⁵ O conceito de políticas públicas em direito, p. 45.

¹³⁶ Cristiane Derani, Política Pública e Norma Política, In: *Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*, Maria Paula Dallari Bucci (org.), p. 136.

seja adotando-se no direito uma postura crescentemente substantiva e, portanto, informada por elementos da política¹³⁷”.

É a partir, então, da norma política que contempla a necessidade de serem efetivadas políticas públicas que é elaborado o plexo normativo que lhe põe em prática. São estas normas que, no entendimento de Cristiane Derani, sujeitam-se ao controle jurisdicional. Para a referida autora:

“uma norma política – que dispõe sobre objetivos, finalidades, instrumentos e valores – não há como se questionada materialmente, por causa de sua generalidade e abstração. Porém, a partir desta lei-quadro decorrem ações positivas práticas e normativas prescritivas de condutas (imposições, permissões, proibições, autorizações) (...) Juízo de legalidade ou constitucionalidade da política não recai sobre ela como um todo, mas sobre os textos normativos que dela emanam ou sobre as ações que ela inspira¹³⁸”.

De qualquer forma, dúvida alguma deve existir em relação à necessidade de serem implementadas as políticas públicas. Repise-se que a necessidade de realização de políticas públicas decorre da própria

¹³⁷ *Direito Administrativo e políticas públicas*, p. 241/242.

¹³⁸ *Política Pública e Norma Política, Políticas Pública: reflexões sobre o conceito jurídico*, Maria Paula Dallari Bucci (org.), p. 137.

Constituição Federal¹³⁹, razão pela qual a omissão na elaboração e consecução das ações relacionadas às políticas públicas constitui-se em fato juridicamente relevante, passível de ser levado à apreciação do poder judiciário.

Por fim, é necessário deixar assentado que os destinatários das normas constitucionais que versem sobre políticas públicas são “*indistintamente o Estado e as pessoas de direito privado, físicas e jurídicas, que porventura se encontrem concretamente no campo de ação tratado pelo ‘dever ser’ constitucional*”¹⁴⁰. Assim, também as entidades do terceiro setor que se dediquem à persecução de direitos sociais estão jungidas aos programas de ação estabelecidos.

5.3.2.2. Políticas públicas e discricionariedade administrativa

Dentre as várias definições de discricionariedade administrativa consagradas na doutrina, destaca-se, no nosso sentir, a de Celso Antonio

¹³⁹ Rodolfo de Camargo Mancuso apresenta, exemplificativamente, rol contemplando nada menos do que vinte e quatro temas relacionados a políticas públicas que derivam da Constituição Federal (meio ambiente, segurança pública, propriedade fundiária e reforma agrária, fomento ao desporto, pleno emprego, política fiscal, eliminação das desigualdades regionais, patrimônio cultural, política urbana municipal, assistência social, proteção ao deficiente físico, seguridade social, previdência social, saúde pública, educação pública, família, criança e adolescente e idoso, proibidade e eficiência na administração pública, ordem econômica, relações de consumo, patrimônio genético, minorias étnicas, política indígena, habitação, recursos hídricos). A ação civil pública como instrumento judicial das chamadas políticas públicas. Edis Milaré (coord.), *A ação civil pública – Lei 7.347/85 – 15 anos*, p.797/798.

¹⁴⁰ Cristiane Derani, *ob. cit.*, p. 140.

Bandeira de Mello, para quem a discricionariedade administrativa é a:

“margem de liberdade que remanesça ao administrador para eleger, segundo critérios consistentes de razoabilidade, um, dentre pelo menos dois comportamentos cabíveis, perante cada caso concreto, a fim de cumprir o dever de adotar a solução mais adequada à satisfação da finalidade legal, quando, por força da fluidez das expressões da lei ou da liberdade conferida no mandamento, dela não se possa extrair objetivamente, uma solução unívoca para a situação vertente¹⁴¹”.

A idéia central que permeia o instituto da discricionariedade administrativa é a possibilidade de escolha do administrador dentre ao menos duas possibilidades que possam atender ao interesse público. Impossível regular de forma expressa todos os elementos da atuação da administração pública, razão pela qual alguma liberdade há que se conferir ao administrador para atuar na busca do interesse público.

Mas esta margem de liberdade deve se concretizar nos termos e nos exatos limites do ordenamento jurídico. Para Celso Antonio Bandeira de Mello, a *“discricionariedade é liberdade dentro da lei e nos limites da norma legal¹⁴²”*. Nas hipóteses em que o legislador disciplinar de forma absoluta o agir administrativo, não restará liberdade alguma para o administrador valorar ou agir.

Este trabalho parte do princípio de que as políticas públicas contempladas no texto constitucional vinculam o administrador. É dizer: não

¹⁴¹ *Discricionariedade e controle jurisdicional*, p. 48.

¹⁴² *Curso de Direito Administrativo*, p. 395.

há margem de liberdade alguma entre implementar ou não as políticas públicas que são determinadas pela Constituição Federal. Para Cristiane Derani:

“a norma constitucional que indica uma política estatal traz invariavelmente princípios que se desdobram em finalidades, diretrizes (caminhos), valores propriamente ditos. Esta norma tem aplicação imediata e se destina ao Estado assim como aos sujeitos que praticam os atos relacionados com a política que indica.”¹⁴³

Não cabe ao Poder Público, por exemplo, invocar o seu poder discricionário para, diante da norma constitucional do art. 217 da Carta Política, eximir-se do dever de fomentar o desporto, por meio de políticas públicas específicas.

Não é de outro pensar Luiza Cristina Fonseca Frischeisein, para quem:

“(...) o administrador não tem discricionariedade para deliberar sobre a oportunidade e conveniência de implementação de políticas públicas discriminadas na ordem social constitucional, pois tal restou deliberado pelo Constituinte e pelo legislador que elaborou as normas de integração”¹⁴⁴.

¹⁴³ *Ob. cit.*, p. 138.

¹⁴⁴ *Políticas Públicas: a responsabilidade do administrador e o Ministério Público*, p. 95.

5.3.2.3. Políticas Públicas para efetivação de direitos de crianças e adolescentes: a necessária participação da sociedade civil

Como já restou assentado no transcorrer destas linhas, a própria noção de política pública envolve participação. Mais efetiva e suscetível de alcançar os resultados objetivados será a política pública que brotar do consenso plasmado por diferentes grupos de interesses.

Esta a idéia subjacente ao parágrafo 7º do art. 227 e ao inciso II do art. 204 da Constituição Federal, dos quais resulta a necessidade de participação da população, por meio de organizações representativas, na formulação de políticas e controle das ações em todos os níveis relacionadas à área da infância e juventude.

As palavras utilizadas pelo legislador constituinte não deixam dúvidas de que a participação da sociedade civil não é uma mera possibilidade. Ao reverso, trata-se de verdadeira condição de validade da política pública, podendo ser inquinadas de inconstitucionalidade as políticas que não contaram, em sua formulação, com a participação da sociedade civil.

A Lei nº 8.069/90, ao tratar das diretrizes da política de atendimento à população infanto-juvenil, especifica, no inciso II do art. 88, o “locus” de participação da população na formulação de políticas e controle das ações relacionadas à crianças e adolescentes. Tratam-se dos Conselhos de Direitos

de Crianças e Adolescentes, que serão objeto de tópicos específicos no desenvolvimento deste trabalho.

6. A LEI 8.069/90 E A PARTICIPAÇÃO

6.1. Considerações gerais

É preciso detalhar como se vislumbra, no presente trabalho, a participação popular na implementação de direitos de crianças e adolescentes.

Por força do art. 227, “caput”, da Constituição Federal de 1988 está contemplado o direito de participar na implementação de direitos de crianças e adolescentes. Esta participação pode se dar de duas maneiras. Uma delas adstringe-se à formulação e controle social de políticas públicas. A outra é aquela que permite ao cidadão diretamente envolver-se com a efetivação de direitos de crianças e adolescentes, como se passa a demonstrar.

É bem verdade que esta segunda possibilidade de participação – o cidadão envolvendo-se diretamente com a efetivação de direitos de crianças e adolescentes – não chega, na maioria das vezes, a se qualificar como um direito do cidadão, ante a inexistência de norma positivada. Pense-se, por exemplo, no caso de pessoas que desenvolvem trabalhos voluntários em abrigos. É fora de dúvidas que estão participando na efetivação do direito de crianças e adolescentes à convivência comunitária, mas ao cidadão

voluntário¹⁴⁵ não assiste o direito de, *a priori*, ser voluntário em abrigos, sendo perfeitamente lícito e mesmo desejável que as entidades recusem a admissão de determinadas pessoas como voluntárias.

No tópico seguinte, serão abordadas algumas possibilidades de o cidadão diretamente se envolver com a implementação de direitos de crianças e adolescentes.

A participação popular na formulação de políticas públicas, gestão e controle social das ações serão abordadas em capítulos específicos.

6.2. A Lei nº 8.069/90 e a participação popular

Visualiza-se a aplicação do princípio participativo na efetivação dos mais diferentes direitos de crianças e adolescentes. Sem a preocupação de esgotar as múltiplas possibilidades em que o cidadão pode diretamente se envolver na efetivação de direitos infanto-juvenis, este trabalho abordará a participação popular na efetivação dos seguintes direitos de crianças e adolescentes: aleitamento, gestão democrática no ensino público, convivência familiar e comunitária, medidas de proteção e medidas sócio-educativas,

¹⁴⁵ A prestação de serviços voluntários é objeto da Lei nº 9.608/98, que define a atividade não remunerada prestada por pessoa física a entidade pública de qualquer natureza ou instituição privada sem fins lucrativos, que tenha por objetivos cívicos, culturais, educacionais, científicos, recreativos ou de assistência social, inclusive mutualidade. A prestação de serviços voluntários não gera vínculo empregatício, nem vínculo de natureza previdenciária ou afim. O serviço voluntário será celebrado mediante termo de adesão entre a entidade e o prestador de serviço voluntário, devendo constar o objeto e as condições de seu exercício.

lazer. Será ainda abordado o conceito de justiça restaurativa, como forma de não jurisdicionalização de atos infracionais envolvendo crianças e adolescentes.

6.2.1. Saúde

O direito ao aleitamento materno está consagrado no inciso L, do art. 5º da Constituição Federal de 1988, quando se determina que às presidiárias serão asseguradas condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação. A Lei nº 8.069/90, por sua vez, estabelece em seu art. 9º que o poder público, as instituições e os empregadores propiciarão condições adequadas ao aleitamento materno, inclusive aos filhos de mães submetidas a medida protetiva de liberdade.

Nas palavras de Tânia da Silva Pereira:

“a cada dia torna-se mais evidente a importância do aleitamento materno não só como fonte principal de alimentação nos primeiros seis meses de vida do bebê, mas acima de tudo pela ligação emocional que o mesmo representa, influenciando, inclusive na vida futura¹⁴⁶”.

Por circunstâncias que não cabem aqui esmiuçar, algumas crianças ficam privadas de serem amamentadas por suas genitoras. É evidente que

¹⁴⁶ *Direito da criança e do adolescente: uma proposta interdisciplinar*, p. 694.

ninguém pode fazer às vezes da genitora, no que diz respeito ao aleitamento materno. Sucede que, uma vez impossibilitada a criança de receber o leite de sua mãe, surge a oportunidade para se ministrar ao recém-nascido leite humano, fornecido por outra gestante.

A prática acarreta inegáveis benefícios, já que o leite humano ostenta propriedades imunológicas e vantagens nutricionais e é especialmente indicado para recém-nascido de baixo peso ou prematuro que não suga, recém-nascido infectado, recém-nascido com nutrição trófica, com imunodeficiência, portador de alergias e demais casos, a critério médico¹⁴⁷. A indicação deve necessariamente provir de médico ou nutricionista.

O fornecimento de leite humano ao recém-nascido, que no passado consagrou a figura das “amas-de-leite”, hoje pode ser visualizada pelos Bancos de Leite Humano.

Os Bancos de Leite Humano caracterizam-se por ser um serviço especializado, que tem a como responsabilidade fomentar o aleitamento materno, bem assim coletar e processar o leite humano para futura distribuição. Nos Bancos de Leite, as gestantes são incentivadas a doarem seu leite, não havendo contraprestação pecuniária.

A Resolução número 171 da Diretoria Colegiada da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA) disciplina o funcionamento dos Bancos de

¹⁴⁷ Item 6.11.1, “b”, da Resolução 171 da Diretoria Colegiada da ANVISA.

Leite Humano, que deve necessariamente ter vínculo com hospital com assistência materna ou infantil (item 5.1.2).

Sobressai da legislação a impossibilidade de ser comercializado o leite coletado (art. 5º), norma que se encontra em perfeita harmonia com o parágrafo 4º do art. 199 da Constituição Federal de 1988, que proíbe a comercialização de órgãos, tecidos, sangue e substâncias humanas, para fins de tratamento, pesquisa e transplante.

Quem pode fornecer o leite para o banco é a nutriz, que é a mulher com produção láctea (item 4.27), desde que preenchidos os seguintes requisitos: estar amamentando ou ordenhando leite humano para o seu filho, ser saudável, não fumar mais que dez cigarros por dia, apresentar exames pré ou pós-natal compatíveis com a doação de leite humano, não usar medicamentos incompatíveis com a amamentação, não usar álcool ou drogas ilícitas, realizar exames diversos quando não disponível o pré-natal e realizar outros exames conforme perfil epidemiológico local ou perfil da doadora(item 6.2.2).

O leite será colhido no posto de coleta, unidade fixa ou móvel, intra ou extra-hospitalar, vinculada tecnicamente a um Banco de Leite Humano e administrativamente a um serviço de saúde ou ao próprio Banco de Leite Humano, responsável por ações de promoção, proteção e apoio ao aleitamento materno e execução de atividades de coleta da produção láctea da nutriz e sua estocagem (item 4.3.4).

6.2.2. Direito à gestão democrática do ensino público

A gestão democrática da escola é princípio informativo da educação. Assim porque a Constituição Federal de 1988, no inciso VI de seu art. 206, assim o estabelece.

Por outro lado, a Lei 9.394/96, conhecida como Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, repete, no inciso VIII de seu art. 3º, a norma constitucional que erige a gestão democrática do ensino como princípio educacional e estabelece, em seu art. 14, que os sistemas de ensino definirão as normas da gestão democrática do ensino público na educação básica, de acordo com suas peculiaridades e em atenção aos princípios da participação de profissionais da educação na elaboração do projeto pedagógico da escola e participação da comunidade escolar ou local em conselhos escolares ou equivalentes.

A Lei nº 8.069/90, por sua vez, assegura à crianças e adolescentes o direito de contestar critérios avaliativos e aos pais ou responsáveis o direito de ter ciência do processo pedagógico, bem como participar da definição das propostas educacionais.

Verifica-se, pois, que o plexo normativo constitucional e infraconstitucional a respeito da participação dos pais na efetivação do direito à educação erige esta modalidade de participação em verdadeiro direito subjetivo do cidadão de participar do processo educacional de seus filhos.

Nas palavras de Wilson Donizete Liberati, deve-se entender por gestão democrática a:

“autonomia da escola, a participação de todos os segmentos envolvidos com a escola, o respeito à diversidade de opiniões e procedimentos, além de considerar o trabalho coletivo. Isso permitirá que se instale um ambiente de trabalho favorável ao crescimento, reduzirá as formas de imposição e manipulação do poder, além de permitir uma melhor integração do trabalho de todos e melhor aproveitamento do aluno.”¹⁴⁸

É vontade do legislador constitucional, pois, que escola, família e comunidade interajam no processo educacional. Almeja-se, em primeiro lugar, que a família e a comunidade se façam representar de forma efetiva nos conselhos escolares e nos Conselhos Municipais, Estaduais e Nacional de Educação e de Direitos de Crianças e Adolescentes.

Além disso, é imprescindível que cada escola, em seu regimento interno, contemple mecanismos de que podem se valer os pais ou responsáveis para participarem da construção do plano pedagógico.

Importante notar que para que os pais ou responsáveis exerçam o direito de participar da construção do plano pedagógico devem eles ser previamente informados de quando ocorrerão as reuniões pedagógicas, devendo a eles ser viabilizadas informações adequadas e de fácil compreensão a respeito das propostas a serem apresentadas. De nada adianta viabilizar a participação sem que se contemple a possibilidade de os pais ou

¹⁴⁸ *Direito à Educação: uma questão de justiça*, In: Wilson Donizeti Liberati (org.), *Conteúdo Material do Direito à educação escolar*, p. 258/259.

responsáveis entenderem o que se estará discutindo e terem condições de opinar.

Aspecto relevante no que diz respeito à gestão democrática do ensino público diz respeito ao controle social que há de se efetivar em relação ao Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica (FUNDEB).

Instituído pela Emenda Constitucional 53, de 19 de dezembro de 2006, e regulamentado pela Lei nº 11.494/07, o Fundo tem natureza contábil, e substituiu o Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental e do Magistério (FUNDEF). Disciplina o FUNDEB as transferências de recursos para custeio da educação básica, o ensino fundamental e médio para todos os alunos da rede pública. Assim, parte da receita advinda de impostos estaduais e municipais é direcionada a um fundo estadual que, por sua vez, efetua os repasses de acordo com o número de matrículas efetuadas.

A distribuição, transferência e aplicação do FUNDEB estão sujeitas à fiscalização de um Conselho Nacional, um Conselho Estadual e um Conselho Municipal, nos quais é assegurada a participação de representantes dos pais e estudantes. Além disso, integrará o Conselho Municipal necessariamente um Conselheiro Tutelar (art. 24 da Lei nº 11.494/07).

6.3. Medidas de proteção e medidas sócioeducativas

6.3.1. Medidas de proteção

Dispõe o art. 98 da Lei nº 8.069/90 que, nas hipóteses em que houver ameaça ou lesão a direitos de crianças e adolescentes, seja por ação ou omissão da sociedade ou do Estado, por falta, abuso ou omissão dos pais ou responsável ou, finalmente, em decorrência de sua própria conduta, haverá oportunidade para a aplicação de medidas protetivas.

As medidas de proteção não possuem natureza punitiva; ao reverso, o próprio nome já o diz, a finalidade é proteger crianças e adolescentes que se encontram com direitos violados ou ameaçados, com a finalidade de fazer cessar a ameaça ou violação.

A Lei nº 8.069/90 enumera em seus artigos 101 e 129 medidas que podem ser aplicadas à criança e adolescente em situação de risco, e aos pais ou responsáveis que, por alguma razão, devem receber o acompanhamento protetivo.

As medidas protetivas aplicáveis às crianças e adolescentes estão previstas no art. 101 da Lei nº 8.069/90. São elas: o encaminhamento aos pais ou responsáveis, orientação, apoio e acompanhamento temporário, matrícula e frequência obrigatória em estabelecimento de ensino fundamental, inclusão em programa comunitário de auxílio à família, à criança e ao adolescente,

requisição de tratamento médico, psicológico ou psiquiátrico, em regime hospitalar ou ambulatorial, inclusão em programa oficial comunitário de auxílio, orientação e tratamento a alcoólatras e toxicômanos, abrigo em entidade e colocação em família substituta. Exceção feita à colocação em família substituta, todas as medidas são de atribuição do Conselho Tutelar, claro nisto o inciso I do art. 136 da Lei nº 8.069/90.

Aos pais ou responsáveis, por outro lado, podem ser aplicadas as medidas protetivas especificadas no art. 129 da Lei nº 8.069/90: encaminhamento a programa comunitário de auxílio à família, inclusão em programa comunitário de auxílio, orientação e tratamento de alcoólatras e toxicômanos, encaminhamento a cursos ou programas de atendimento psicológico ou psiquiátrico, encaminhamento a cursos ou programas de orientação, obrigação de matricular o filho ou pupilo e acompanhar sua frequência e aproveitamento escolar, obrigação de encaminhar a criança ou adolescente a tratamento especializado, advertência, perda da guarda, destituição tutela, suspensão e destituição do poder familiar. Exceção feita às medidas de perda da guarda, destituição da tutela, suspensão e destituição do poder familiar, todas as medidas podem ser aplicadas pelo Conselho Tutelar, nos termos do inciso II do art. 136 da Lei nº 8069/90.

É fácil perceber que às crianças e adolescentes e aos pais e responsáveis podem ser aplicadas medidas de natureza diversa, que ora pressupõem a intervenção da área da saúde, ora a da área da assistência social, havendo

ainda oportunidade de ser acionado o sistema de justiça, nos casos específicos de colocação em família substituta ou recalcitrância no cumprimento das medidas impostas. Há medidas que podem ser aplicadas pelo Conselho Tutelar sem que haja a necessidade de se recorrer a nenhuma outra instância, como é a medida de encaminhamento aos pais ou responsáveis.

É inegável que uma medida protetiva aplicada a uma criança, adolescente, pais ou responsável só se mostrará frutífera se contar com a adesão do usuário. E é evidente que só haverá adesão à medida protetiva se esta resultar de um processo no qual o usuário tenha sido ouvido; ele tem o direito de participar do processo de discussão em torno da melhor maneira de se efetivar a medida de proteção.

No que diz respeito à adesão, é imprescindível que os programas de auxílio e tratamentos psicológicos e psiquiátricos propostos, tenham a aceitação da criança, adolescente e sua família (pais ou responsáveis) para surtirem o efeito desejado. Com efeito, é inconcebível, por exemplo, a aplicação da medida protetiva de encaminhamento psicológico ao adolescente ou a seu responsável se estes se recusam terminantemente a frequentar o serviço oferecido, em nada ajudando, neste particular, que o jovem ou seu responsável sejam judicialmente instados a aderir à medida, cujo sucesso depende, vale repisar, na voluntariedade.

Assim, adesão da criança, do adolescente e da família ao serviço oferecido deve ser trabalhada na rede de atendimento. Nesta ordem de idéias,

é fundamental que os serviços públicos envolvidos na aplicação de medidas protetivas ofereçam um atendimento diferenciado ao jovem e sua família, o que implica em individualizar, tanto quanto possível, a forma de se acolher a criança, o adolescente ou sua família.

Exemplifique-se com a aplicação de medida protetiva de tratamento psicológico ao adolescente que se encontra na condição de aprendiz em determinada empresa. Não deve haver dúvida de que o atendimento deve ser oferecido em horário compatível com a frequência ao trabalho e que a proposta de acompanhamento psicológico fomente o propósito de o jovem se qualificar profissionalmente.

Além de apresentarem esta característica de adequação, devem os serviços envolvidos na aplicação de medidas protetivas fomentarem o protagonismo infanto-juvenil e familiar, razão pela qual não se pode estruturá-los como meras propostas assistencialistas, impostas à criança, adolescente, pais ou responsáveis de “cima para baixo”.

Se a participação do cidadão/usuário é um dos eixos estruturantes do Sistema Único de Assistência Social¹⁴⁹, é certo que o usuário do serviço de assistência social tem o direito de ser ouvido pelo profissional, ao ser elaborado plano de atendimento relacionado à medida protetiva. Afinal de contas, o usuário do serviço público em questão, seja ele a criança, o adolescente ou seus pais ou responsáveis, são os sujeitos do direito, o que

¹⁴⁹ *Política Nacional de Assistência Social - PNAS/2004 - Norma Operacional Básica - NOB/SUAS*, p. 87.

implica em reconhecer que devem receber os serviços adequados para que se faça cessar a situação de risco.

Ora, esta necessidade de serem oferecidas medidas protetivas individualizadas que, tanto quanto possível abordem a singularidade familiar, coloca a própria construção de medidas protetivas, notadamente aquelas relacionadas à acompanhamentos assistenciais, dentro de uma outra perspectiva, necessariamente democrática e participativa por excelência.

É que a assistência social, tal como concebida na Constituição Federal de 1988, há de apresentar um conteúdo emancipatório. Nas palavras de Carlos Simões:

“a assistência social, pela primeira vez em sua história, foi erigida como uma das três instituições políticas fundamentais da seguridade social, ao lado da saúde e da previdência social. Esse fato expressa a superação do conceito de assistencialismo, da filantropia e da benemerência social, para a profissionalização da atividade pública e não somente no atendimento às necessidades básicas da população pobre e carente, como, sobretudo junto à população em situação de risco e vulnerabilidade social, pela reconstituição das relações familiares, habilitação e reabilitação profissional e por programas e projetos de enfrentamento à pobreza¹⁵⁰”.

Não se olvide que a assistência social apresenta, como diretriz, a centralidade da família para concepção e implementação de benefícios, serviços, programas e projetos. É a partir das potencialidades da criança, do

¹⁵⁰ Curso de Direito do Serviço Social, p. 186.

adolescente e da família que se deve desenvolver as ações de assistência social:

“qualquer forma de atenção e, ou intervenção no grupo familiar precisa levar em conta a sua singularidade, sua vulnerabilidade no contexto social, além de seus recursos simbólicos e afetivos, bem como sua disponibilidade para se transformar e dar conta de suas atribuições¹⁵¹”.

É dentro deste contexto que o Código de Ética do Assistente Social¹⁵² estipula como dever do assistente social, em relação ao usuário do serviço, a garantia plena da informação e discussão sobre as possibilidades e conseqüências das situações apresentadas, respeitando democraticamente as decisões dos usuários, mesmo que sejam contrárias aos valores em crenças individuais dos profissionais¹⁵³.

Bom exemplo de participação do usuário dos serviços de assistência social é o que ocorre no programa “Bolsa Família”, instituído pela Lei nº 10.836/04. Todos os benefícios contemplados na Lei envolvem transferência de renda a famílias em situação de pobreza, ou extrema pobreza, que são identificadas por meio de um cadastro único de assistência social (art. 17 da Lei nº 10.836/04).

Tais benefícios podem ser entendidos, nos termos do art. 22 da Lei Orgânica de Assistência Social, como benefício eventual, na medida em que

¹⁵¹ Política Nacional de Assistência Social - PNAS/2004 - Norma Operacional Básica - NOB/SUAS, p. 35.

¹⁵² Resolução do Conselho Federal de Serviço Social (CFESS) nº 273 de 13 de março de 1993.

¹⁵³ Art. 5º, b, da Resolução do Conselho Federal do Serviço Social (CFESS) nº 273 de 13 de março de 1993.

são implementados para atender necessidades advindas de situações de vulnerabilidade temporária de famílias de baixa renda¹⁵⁴. Em última análise, o programa “Bolsa Família” se insere dentro do que no contexto dos programas oficiais de auxílio à família, nos termos do inciso IV do art. 101 e inciso I do art. 129 da Lei nº 8.069/90.

Ora, o programa “Bolsa Família” apresenta condicionalidades para o usuário, de modo que se estas restarem descumpridas, pode o benefício ser suspenso, o que deve deflagrar, no âmbito municipal, ações tendentes a verificar as causas do descumprimento.

As condicionalidades do Programa “Bolsa Família” referem-se à participação efetiva das famílias dos usuários no processo educacional e nos programas de saúde que promovam a melhoria das condições de vida sob a perspectiva da inclusão social¹⁵⁵.

No que diz respeito à educação, as famílias devem comprovar frequência escolar de 85% dos filhos de seis a quinze anos e de 75% dos adolescentes de dezesseis e dezessete anos. Quanto à saúde, as famílias devem comprovar acompanhamento do calendário vacinal e do desenvolvimento do crescimento para crianças de até sete anos, pré-natal das gestantes e acompanhamento das nutrizes. Por fim, quanto à assistência

¹⁵⁴ É expresso o art. 17 do Decreto nº 5209/04 ao se referir à transitoriedade do benefício.

¹⁵⁵ Art. 27 do Decreto nº 5.209/04.

social, deve haver acompanhamento de ações socioeducativas para crianças em situação de trabalho infantil¹⁵⁶.

Uma vez descumpridas as condicionalidades, estarão as famílias beneficiadas sujeitas à advertência, no caso de primeiro descumprimento, ao bloqueio do benefício por um mês, no segundo descumprimento, à suspensão do benefício por dois meses, caso haja registro de terceiro ou quarto descumprimento e, finalmente, no quinto registro, haverá o cancelamento do benefício. À família beneficiada assiste o direito de recorrer ao gestor municipal caso entenda que a informações de descumprimento das condicionalidades não é verdadeira¹⁵⁷.

Interessante notar que existe uma gradação entre as sanções, cujo escopo é o de *“permitir que as famílias que não cumprem as condicionalidades sejam identificadas, acompanhadas e que os problemas que geraram o descumprimento sejam resolvidos”*¹⁵⁸.

Não há dúvidas que, tal como estruturado o programa “Bolsa Família”, há ampla possibilidade de participação da família no período de recebimento do benefício. Cumprindo as condicionalidades que são impostas pelo programa, as famílias obrigam que crianças e adolescentes permaneçam na escola e que tenham adequado acompanhamento dos serviços de saúde.

¹⁵⁶ Art. 3º da Lei nº 10.836/04.

¹⁵⁷ Portaria GM/MDS nº 321 de 29 de setembro de 2008.

¹⁵⁸ www.mds.gov.br/bolsafamilia/condicionalidades/advertencias-e-sancoes, acesso em 20 de outubro de 2008.

6.3.2. Medidas sócio-educativas

No ano de 2006 foi editado pela Secretaria Especial de Direitos Humanos e pelo Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente um importantíssimo documento relacionado à efetivação de medidas socioeducativas para adolescentes em conflito com a Lei. Trata-se do “Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo” (SINASE).

O SINASE é o conjunto ordenado de princípios, regras e critérios, de caráter jurídico, político, pedagógico, financeiro e administrativo, que envolve desde o processo de apuração de ato infracional até a execução da medida socioeducativa¹⁵⁹.

O documento se estrutura em torno dos dados a respeito do adolescente infrator no país, a partir dos quais é lícito concluir que desigualdade na distribuição de renda acaba por se evidenciar também no sistema de justiça do adolescente em conflito com a lei.

Além disso, identificou-se *“uma tradição assistencial-repressiva no âmbito do atendimento à criança e ao adolescente, principalmente para aqueles em conflito com a Lei¹⁶⁰”*, marcada pela precedência da aplicação de medidas socioeducativas restritivas de liberdade.

¹⁵⁹ Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo, p.22.

¹⁶⁰ Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo, p. 19.

Bom exemplo desta tradição assistencial-repressiva é a postura largamente adotada pelas Varas da Infância e Juventude de todo o país no sentido de aplicar medida restritiva de liberdade de internação ao adolescente que, sem prévios antecedentes, praticou ato infracional equivalente ao tráfico de entorpecentes.

A par de se desconsiderar a literalidade das hipóteses do art. 122 da Lei nº 8.069/90, que condiciona a aplicação da medida de internação à ocorrência de ato infracional em que haja violência ou grave ameaça à pessoa, à reiteração na prática de outras infrações graves, ou ao descumprimento injustificado de prévias medidas impostas, a aplicação da medida de internação, no caso, é inconstitucional, na medida em que o inciso V do parágrafo 3º do art. 227 da Constituição Federal de 1988 determina a obediência aos princípios da brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento quando da aplicação de qualquer medida privativa de liberdade¹⁶¹.

Nesse contexto, o SINASE pretende oferecer subsídios para reordenamento institucional das entidades de internação, ampliação e municipalização do sistema em meio aberto, pleno funcionamento do sistema de defesa do adolescente em conflito com a lei, dentre outros¹⁶².

¹⁶¹ Realce-se que o Superior Tribunal de Justiça tem entendimento pacificado no sentido de que a medida de internação não pode ser aplicada ao ato infracional equivalente ao tráfico de entorpecentes quando o jovem não ostenta antecedentes. Nesse sentido, HC 104020/SP, Rel. Felix Fisher, julgado em 05/08/2008, DJE 20/10/08.

¹⁶² *Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo*, p. 21.

O SINASE, enquanto subsistema específico do Sistema de Garantias de Direitos de Crianças e Adolescentes destinado a tratar da situação do adolescente em conflito com a lei, deve estar articulado com os demais subsistemas componentes do Sistema de Garantias de Direitos de Crianças e Adolescentes, notadamente o Sistema Educacional, o Sistema Único de Saúde, o Sistema de Justiça e Segurança Pública e o Sistema Único da Assistência Social. Pressupõe que haja articulação entre as pastas das diversas áreas (educação, saúde, etc.) e sociedade civil, o que deve ser objeto da atuação dos Conselhos de Direitos respectivos.

E nem poderia ser diferente. Como se pode pretender ressocializar um adolescente que está fora da escola sem que lhe seja oferecida, imediatamente, a vaga em estabelecimento educacional ou o tratamento de saúde que necessita?

Consta do próprio texto do documento que o SINASE se orienta pela Constituição Federal de 1988, pela Lei nº 8.069/90, pela Convenção Internacional dos Direitos da Criança, pelo Sistema Global e Interamericano de Direitos Humanos: Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça Juvenil – Regras de Beijing – e Regras Mínimas das Nações Unidas para a proteção dos Jovens Privados de Liberdade.

Não por outra razão, o atendimento sócio-educativo se estrutura em torno dos princípios do respeito aos direitos humanos, da responsabilidade solidária da família, sociedade e Estado pela promoção e defesa dos direitos

de crianças e adolescentes, pela peculiar de pessoa em desenvolvimento do adolescente, que é sujeito de direitos, pela prioridade absoluta, legalidade, devido processo legal, excepcionalidade e brevidade da privação de liberdade, incolumidade física e segurança do adolescente, respeito à capacidade do jovem cumprir a medida, que deve ser escolhida a partir das necessidades pedagógicas, garantia de atendimento especializado para o adolescente com deficiência, municipalização do atendimento, descentralização político administrativa mediante a criação e a manutenção de programas específicos, gestão democrática e participativa na formulação das políticas e no controle das ações em todos os níveis e mobilização da opinião pública no sentido da indispensável participação dos diversos segmentos da sociedade¹⁶³.

Ora, como já restou assentado no corpo deste trabalho, a normativa internacional envolvendo a efetivação de direitos de crianças e adolescentes é pródiga ao viabilizar a participação. Tome-se como exemplo o item 25.1 das Regras de Beijing, que contempla a mobilização de voluntários, organizações voluntárias, instituições locais e outros recursos da comunidade para contribuir para a reabilitação do jovem num ambiente comunitário e preferencialmente, familiar.

Não foi outro o caminho escolhido pelo SINASE para a gestão dos programas socioeducativos senão o da gestão participativa.

¹⁶³ *Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo*, p. 25/31.

E é a partir deste postulado, o da gestão participativa, que se pode concluir que ao jovem que recebe uma medida socioeducativa assiste o direito construir, ao lado do orientador, o projeto individualizado de atendimento. Com efeito, ao dispor sobre a participação do adolescente na construção, no monitoramento e na avaliação das ações socioeducativas, salienta-se no documento que:

“as ações socioeducativas devem propiciar concretamente a participação crítica dos adolescentes na elaboração, monitoramento e avaliação das práticas sociais desenvolvidas, possibilitando, assim, o exercício - enquanto sujeitos sociais - da responsabilidade, da liderança e da autoconfiança¹⁶⁴”.

Ainda, é expresso o SINASE em relação à possibilidade de haver participação familiar e comunitária na experiência socioeducativa:

“as práticas sociais devem oferecer condições reais, por meio de ações e atividades programáticas à participação ativa e qualitativa da família no processo socioeducativo, possibilitando o fortalecimento dos vínculos e a inclusão de crianças e adolescentes no ambiente familiar e comunitário¹⁶⁵”.

É neste contexto que há amplo espaço para a construção, no município, de programas de medidas socioeducativas que contemplem a participação das famílias, da comunidade, da universidade, de organizações não governamentais.

¹⁶⁴ Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo, p. 47.

¹⁶⁵ Idem, p. 49.

Exemplo de medida socioeducativa que viabiliza a participação popular é a liberdade assistida comunitária. Trata-se de *“uma modalidade de atendimento que consiste em apoiar o adolescente em conflito com a lei, por meio de um processo educativo comunitário, criando condições favoráveis para que ele possa assumir sua liberdade¹⁶⁶”*.

O trabalho de acompanhamento do adolescente infrator, a liberdade assistida comunitária, deve ser desempenhado por um orientador social e por educadores sociais.

Os educadores sociais devem ser voluntários recrutados na comunidade, sendo de todo recomendável que se trate de cidadão idôneo e integrado na comunidade.

Pensamos que razão assiste àqueles que preconizam a necessidade de o educador social ser selecionado, capacitado e, no desempenho de suas funções, por um orientador social, que necessariamente deve possuir qualificação para o desempenho da função, até porque vai funcionar como “retaguarda” dos educadores sociais, bem assim servir de elo entre o jovem,

¹⁶⁶ Maria Aparecida Pereira Martins, *Medida Sócio-Educativa de Liberdade Assistida*, p. 9.

sua família e o sistema de justiça¹⁶⁷.

Aliás, no que diz respeito à participação de voluntários na execução da medida socioeducativa de liberdade assistida, Eduardo Dias de Souza Ferreira deixou assentado que:

“para as medidas que implicam na atenção direta e contato com o adolescente, característica da relação e do vínculo que se estabelece entre o orientador e o adolescente que cumpre medida de liberdade assistida, a participação de voluntários das entidades, nas equipes dos programas de liberdade assistida, não deveria ocorrer na função de orientador, o que não impede que esses voluntários exerçam atividades de educadores, instrutores nas áreas de saúde, recreação, cursos profissionalizantes, atividades artísticas e culturais, além de inúmeros outros trabalhos na atividade-meio do projeto. No Estatuto da Criança e do Adolescente existe disposição expressa sobre essa participação direta, no acompanhamento da medida de liberdade assistida, pois o magistrado, ao aplicar a medida, designará pessoa capacitada para acompanhar o caso, a qual poderá ser recomendada por entidade ou programa de atendimento¹⁶⁸”.

Não parece haver dúvidas de que é absolutamente indispensável que haja efetiva capacitação dos voluntários que se predisponham a exercer as funções de educadores sociais. Da aprovação do projeto de liberdade assistida comunitária, que deve detalhar de forma pormenorizada as atribuições de

¹⁶⁷ É a partir desta premissa que se construiu a medida de liberdade assistida comunitária em Goiânia. Por outro lado, o programa de liberdade assistida comunitária do Estado de Santa Catarina estipula simplesmente que o adolescente infrator será acompanhado, na liberdade assistida comunitária, por pessoa capacitada, designada pelo Juiz da Infância e Juventude, podendo ser recomendada por entidade ou programa de atendimento. O programa de liberdade assistida do Estado de Santa Catarina está disponível em www.abmp.org.br/textos/1215.htm.

¹⁶⁸ *Liberdade Assistida no Estatuto da Criança e do Adolescente: aspectos da luta pela implementação de direitos fundamentais*, p. 96/97.

orientador, educador e a prestação de informações ao sistema de justiça, bem assim os requisitos para o desempenho do papel de educador social e o processo de capacitação e acompanhamento dos trabalhos deve se ocupar o Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente.

6.4. Justiça Restaurativa e tutela socioeducativa adequada

É fora de dúvida que o sistema de responsabilização do adolescente que praticou um ato infracional, esboçado na Constituição Federal de 1988 nos incisos IV e V do parágrafo 3º do art. 227 e no art. 228, e especificado na Lei nº 9.069/90, deve se diferenciar da lógica da imposição de pena ao adulto que cometeu um crime.

A Lei 8.069/90 procurou explicitar esta imprescindível diferenciação, ao estipular a necessidade de o juiz considerar, para aplicação da medida, a condição do adolescente em cumprir a medida eleita, a gravidade da infração e as circunstâncias do caso (art. 112 da Lei nº 8.069/90). Por outro lado, o art. 113 da Lei 8.069/90, ao fazer remissão ao art. 100, estabelece, também como critério para aplicação de medida socioeducativa, a necessidade de serem levadas em consideração as necessidades pedagógicas do jovem, devendo a escolha da medida recair sobre aquelas que fortaleçam os vínculos familiares e comunitários.

Registre-se que o sistema de responsabilização do adolescente infrator há necessariamente de ser diferenciado também em função do item 3 do art. 40 da Convenção Internacional dos Direitos da Criança, que expressamente preconiza a adoção de leis, procedimentos, autoridades e instituições específicas para as crianças envolvidas com atos contrários às leis penais. E tal se dá porque a “*personalidade infanto-juvenil tem peculiaridades fáticas diversas da personalidade adulta*”¹⁶⁹.

Nada obstante os dispositivos constitucionais e estatutários acima alinhavados, é possível identificar, na forma pela qual o Estado Brasileiro lida com adolescentes que infringiram a lei penal, traços bastante assemelhados, senão idênticos, à maneira de responsabilização da população adulta. As discussões envolvendo a natureza das medidas socioeducativas evidenciam que o assunto envolvendo adolescentes em conflito com a lei longe está de ser objeto de unanimidade na doutrina.

Paradigmática, neste particular, as discussões que se travam a respeito da natureza das medidas socioeducativas.

Informa Sérgio Salomão Sheicara que a “*perspectiva inicial, quando do surgimento do Estatuto, era de se negar o caráter sancionatório das medidas sócio-educativas*”, trazendo como exemplo desta corrente a voz autorizada de Paulo Afonso Garrido de Paula¹⁷⁰.

¹⁶⁹ Martha de Toledo Machado, *A Proteção Constitucional de Crianças e Adolescentes e os Direitos Humanos*, p. 290.

¹⁷⁰ *Sistema de Garantias e o Direito Penal Juvenil*, p. 184.

Tal entendimento, contudo, restou isolado, havendo atualmente intenso labor doutrinário apregoando que a medida socioeducativa possui a mesma natureza punitiva da pena criminal. Emblemática, neste particular, a definição de medida socioeducativa apresentada por Wilson Donizeti Liberati, que as tem como:

“(...) a manifestação do Estado, em resposta ao ato infracional, praticado por menores de dezoito anos, de natureza jurídica, sancionatória e retributiva, cuja aplicação objetiva inibir a reincidência, desenvolvidas com finalidade pedagógico-retributiva¹⁷¹”.

Do mesmo pensar é João Batista da Costa Saraiva, para quem:

“não há como negar a natureza retributiva da medida socioeducativa, na medida em que somente pode ser imposta ao autor de ato infracional, ainda que sua finalidade seja pedagógica¹⁷²”.

O caráter sancionador e retributivo das medidas socioeducativas não pode ser ignorado. Não há como negar que representam uma resposta ao jovem que praticou um ato contrário às leis penais, bem assim que a medida pode representar privação de sua liberdade, ainda que motivada por razões pedagógicas.

É neste contexto que emergem as discussões em torno da aplicação da justiça restaurativa em casos de adolescentes em conflito com a lei penal.

¹⁷¹ *Adolescente e Ato infracional: medida sócio-educativa é pena?*, p. 128.

¹⁷² *Compêndio de Direito Penal Juvenil*, p. 65.

Afonso Armando Konzen registra sua perplexidade em relação à forma, essencialmente retributiva, pela qual o Estado brasileiro lida com os atos infracionais praticados por adolescentes. Preconiza a necessidade de a responsabilização do jovem se dar não apenas pela lógica retributiva das leis penais, lógica esta que se encontra reproduzida na Lei nº 8.069/90. Deixou ele assentado que:

“seja a medida pena ou sanção, seja social, educativa ou retributiva, tenha o adjetivo ou a explicação que tiver, seja ela modalidade de responsabilização ou punição, ou até mesmo, na insistência saudosista do pensar do passado, seja ela de proteção, a terminologia pouco importa, o que importa é que ela (a medida socioeducativa) gera para o adolescente, de fato, a perda ou a restrição da liberdade¹⁷³”.

Refutando a potencialidade transformadora desta maneira de responder ao ato infracional, ofereceu a interessante reflexão:

“no lugar de pensar alternativas à medida (socioeducativa), não seria o caso de se começar a pensar em alternativas ao modo como o Estado, papel que se reforçou pela tradição garantista, apropriou-se do poder de dizer a solução do conflito, sem a obrigação de considerar, fundamentalmente, os interesses e as necessidades dos diretamente envolvidos? Não se poderia pensar em procederes de outras dimensões?¹⁷⁴”.

¹⁷³ *Justiça Restaurativa e Ato Infracional: desvelando sentidos no itinerário da alteridade*, p. 68

¹⁷⁴ *Ibidem*.

Emerge, pois, a justiça restaurativa como “*um outro modo de proceder, um outro modo de resolver o conflito que não seja necessariamente através do proceder oferecido pelo sistema acusatório da tradição retributiva*¹⁷⁵”.

Na síntese de Renato Campos Pinto de Vitto:

*“faz-se necessária a desconstrução da noção tão arraigada de que o fazer justiça resume-se a aplicar penas e castigos severos, desconsiderando-se a necessidade de se lançar para a pessoa da vítima, para a pessoa do ofensor e para as conseqüências do crime para aquela determinada comunidade*¹⁷⁶”.

Importa salientar que a adoção de novos enfoques para lidar com o adolescente em conflito com a lei não é apenas permitido como também desejado pelo ordenamento jurídico. Com efeito, a alínea *b* do item 3 do art. 40 da Convenção Internacional dos Direitos da Criança, estipula a pertinência de serem adotadas medidas para tratar de jovens em conflito com a lei sem recorrer a procedimentos judiciais, contanto que sejam respeitados os direitos humanos e as garantias legais.

É salutar o propósito de desjudicializar algumas categorias de infrações penais praticadas por adolescentes. A judicialização, aqui compreendida não apenas com a instauração do processo socioeducativo, mas também a fase pré-processual, que se materializa no contato com os demais personagens do sistema de justiça (policiais, delegados e promotores de justiça), é

¹⁷⁵ *Justiça Restaurativa e Ato Infracional: desvelando sentidos no itinerário da alteridade*, p. 68.

¹⁷⁶ *Reflexões sobre a compatibilidade do modelo restaurativo com o sistema de justiça brasileiro*, p. 201.

estigmatizante para quem está em processo de formação da personalidade adulta.

Quais são, em linhas gerais, as bases conceituais da justiça restaurativa?

A justiça restaurativa pode ser compreendida como um:

“processo por meio do qual todas as partes com interesses em uma particular situação problemática encontram-se para resolver coletivamente como lidar com as conseqüências do fato (crime, ofensa, conflito) e suas implicações futuras¹⁷⁷”.

Refere Leonardo Sica que na justiça restaurativa:

“encorajam-se a vítima e o ofensor a assumir papéis ativos em resolver o conflito através da discussão e da negociação, reservando para os agentes públicos o papel de facilitadores, dotados de um só instrumento de intervenção: a linguagem, o que os coloca no mesmo nível de poder das partes (uma vez que, aqui, o poder limita-se à comunicação)¹⁷⁸”.

Esta forma de proceder não tem como objetivo punir o autor do ato criminoso. O que se pretende, com as práticas restaurativas, é a recuperação do diálogo entre os envolvidos a fim de que eles e a comunidade decidam como se darão as relações no futuro. O sistema de justiça retributiva tende a analisar o fato criminoso enquanto algo que ocorreu no passado, com a finalidade de punir o seu autor; as abordagens restaurativas centram-se nas conseqüências do ato praticado para o futuro, por meio da recuperação do

¹⁷⁷ Heather Strang, *Restorative Justice Programs in Austrália*, apud Leonardo Sica, *Justiça Restaurativa e Mediação Penal: o novo modelo de justiça criminal e de gestão do crime*, p. 12.

¹⁷⁸ *Justiça Restaurativa e Mediação Penal: o novo modelo de justiça criminal e de gestão do crime*, p. 12.

diálogo entre as partes a fim de que elas assumam suas responsabilidades para a convivência futura.

A mediação é processo de que se vale a justiça restaurativa para restabelecer o diálogo entre a vítima e o seu ofensor. Trata-se de um *“processo de resolução dos conflitos no qual é deixado às partes, por inteiro, o poder e conseqüentemente a responsabilidade, de decidir se e como encontrar uma solução no conflito, na presença de um ou mais mediadores, cuja tarefa exclusiva é facilitar a comunicação¹⁷⁹”*.

Em que medida a justiça restaurativa se relaciona com participação da sociedade civil?

Ora, *“a justiça restaurativa tende a intensificar a participação da comunidade, a qual passa a assumir um duplo papel: em primeiro lugar, pode ser destinatária das políticas de reparação e de reforço do sentimento de segurança coletivo e, em segundo nível, a comunidade pode ser ator social de um percurso de paz, que se funda sobre ações reparadoras concretas das conseqüências do crime¹⁸⁰”*.

Dentre os fatores determinantes para o nascimento e desenvolvimento da justiça restaurativa, destaca Afonso Armando Konzen *“o aparecimento de uma sociedade civil como forma de oposição ao poder estatal centralizado, com fragmentação dos centros de decisões que remodelaram profundamente*

¹⁷⁹ Leonardo Sica, *Justiça Restaurativa e Mediação Penal: o novo modelo de justiça criminal e de gestão do crime*, p. 50.

¹⁸⁰ Adolfo Ceretti e Grazia Mannozi, *Più riparazione meno pena*, apud Leonardo Sica, *Justiça Restaurativa e Mediação Penal: o novo modelo de justiça criminal e de gestão do crime*, p. 13.

as relações entre o Estado e o cidadão e renovaram o conceito de democracia, gradativamente estruturado em princípios de participação, de co-administração em muitos setores da atividade social e de deliberação sob outras formas de expressão¹⁸¹”.

Além de envolver a comunidade de entorno da vítima e autor da infração, a justiça restaurativa se vale da mediação, que deve ser necessariamente conduzido por pessoas capacitadas para a atividade.

Outro aspecto que evidencia a correlação entre a justiça restaurativa e a participação circunscreve-se ao fato de que a pessoa do mediador ou facilitador deve recair preferencialmente sobre membros da comunidade com característica de liderança, no que resta também explicitada a correlação entre participação e esta forma de abordagem do fato criminoso.

É importante enfatizar que a justiça restaurativa não pode e nem deve ter a pretensão de substituir o sistema de justiça tradicional, devendo com ele coexistir, pois o Estado não pode se desvencilhar do sistema repressivo para lidar com situações mais graves¹⁸², havendo espaço e conveniência para práticas restaurativas para infrações mais leves.

É também importante registrar que as práticas restaurativas não podem ser concretizadas fechando-se os olhos para o sistema oficial de distribuição de justiça. Concorde-se, pois, integralmente com a análise de Renato Campos

¹⁸¹ *Justiça Restaurativa e Ato Infracional: desvelando sentidos no itinerário da alteridade*, p.77.

¹⁸² Leonardo Sica, *Ob. cit.*, p. 80.

Pinto de Vittio, para quem se reclama uma análise da “avaliação do modelo dentro do sistema oficial de distribuição de justiça”¹⁸³

O ordenamento jurídico brasileiro contempla diversos institutos que se coadunam com os preceitos da justiça restaurativa. Assim, podem ser mencionados os arts. 74, 76 e 89 da Lei nº 9.099/95, que instituiu os juizados especiais criminais e de alguma forma flexibilizou o princípio da obrigatoriedade da ação penal. Ainda, a Lei nº 11.340/06, conhecida como “Lei Maria da Penha”, parece contemplar oportunidades para que se efetive a mediação¹⁸⁴.

No âmbito do sistema de justiça da infância e juventude, a possibilidade de aplicação da justiça restaurativa parece ter grande relação com o instituto da remissão.

Com efeito, dispõe o art. 126 da Lei nº 8.069/90 que antes de iniciado o procedimento judicial para apuração de ato infracional, o representante do Ministério Público poderá conceder a remissão como forma de exclusão do processo, atendendo às circunstâncias e conseqüências do fato, ao contexto social, bem como à personalidade do adolescente e sua maior ou menor participação no ato infracional. Ainda, dispõe o parágrafo único que uma vez iniciado o procedimento judicial, pode o juiz conceder a medida como forma de suspensão ou exclusão do processo.

¹⁸³ *Reflexões sobre a compatibilidade do modelo restaurativo com o sistema de justiça brasileiro*, p. 200.

¹⁸⁴ Neste sentido, Renato Campos Pinto de Vitto, *Reflexões sobre a compatibilidade do modelo restaurativo com o sistema de justiça brasileiro*, p. 205.

A compensação da vítima pelo ato infracional com efeitos patrimoniais é objeto de expressa disposição na Lei nº 8.069/90 quando estipula, em seu art. 116, que a autoridade poderá determinar, se for o caso, que o adolescente restitua a coisa, promova o ressarcimento do dano, ou, por outra forma, compense o prejuízo da vítima.

Se o Magistrado é obrigado a levar em consideração os interesses da vítima em casos de atos infracionais com repercussão patrimonial, deve o sistema conceber uma forma ou procedimento a partir do qual a vítima expressamente declare em que medida se sentirá compensada, havendo, portanto, amplo espaço para que se desenvolva a mediação.

O único reparo que pode ser feito ao dispositivo relaciona-se ao fato de que ele se refere exclusivamente ao ato infracional com repercussão patrimonial. Ora, em atos que não tenham efeitos patrimoniais, mas que contem igualmente com vítimas, devem os interesses destas serem também considerados.

Exemplifique-se com a situação de adolescente vítima de *bullying* na escola, que todos os dias é chamada por dois ou três colegas, de nomes pejorativos. É inegável que o ato infracional praticado, embora de pouca gravidade, traz-lhe sofrimento considerável, mas não se exprime em termos patrimoniais. É evidente que a justiça restaurativa, aqui, funcionaria como uma forma de a vítima e os seus colegas restabelecerem o diálogo, minorando

as conseqüências do ato praticado, ampliando-se as possibilidades de ser oferecida a remissão.

Como se vislumbra a aplicação da justiça restaurativa no sistema de justiça da infância e juventude?

É necessário frisar, uma vez mais, que a aplicação da justiça restaurativa deve se desenvolver em harmonia com o sistema de justiça. Assim, devem ser afastadas do plano as possibilidade de práticas restaurativas se desenvolverem à margem do sistema concebido pela Lei nº 8.069/90.

Importa aqui reconhecer que a garantia constitucional segundo a qual nenhuma lesão ou ameaça a direito pode ser subtraída da apreciação do poder judiciário (inc. XXXV do art. 5º da Constituição Federal) impõe que o sistema de justiça sempre tome conhecimento da prática de um ato infracional, do que decorre a necessidade de que as soluções consensuais tenham aplicação por meio dos canais legalmente instituídos no ordenamento jurídico.

Pensamos que o Delegado de Polícia, o Promotor de Justiça e o Juiz de Direito podem desde logo deflagrarem a instauração de um procedimento restaurativo ao tomarem conhecimento de um ato infracional em que é possível identificar uma vítima e que esta se beneficiaria com a mediação. Isto se daria sem prejuízo de se informar a Justiça da Infância e Juventude do ato praticado. É evidente que a identificação da infração propícia para aplicação de práticas restaurativas deve ser objeto de juízo de razoabilidade,

devendo ser descartada a possibilidade quando extremamente graves as conseqüências do ato infracional para a vítima.

O resultado do procedimento restaurativo deve ser documentado e encaminhado ao Juízo da Infância e Juventude, devendo instruir o procedimento existente a respeito do caso. Abre-se então a oportunidade de o Ministério Público, independentemente de oitiva informal do adolescente infrator, oferecer, se entender suficiente, a remissão ao jovem.

A oitiva informal do adolescente, vítimas e testemunhas, prevista no art. 179 do ECA , no nosso sentir, pode ser descartada, na medida em que a mediação realizada cumpriu o objetivo de atender aos interesses de todos, e também porque a finalidade de se aplicar a justiça restaurativa está ligada à idéia de evitar que adolescentes tenham que comparecer aos corredores, nunca acolhedores, dos fóruns onde estão localizadas as promotorias.

É possível também que se aplique a mediação mesmo depois de iniciado o procedimento socioeducativo. Pense-se, por exemplo, na possibilidade de se descobrir a existência da oportunidade de se instaurar o procedimento restaurativo na audiência de apresentação ou mesmo na audiência de instrução. Nada impede, no nosso sentir, que o Juiz encaminhe vítima e jovem infrator para se submeterem ao procedimento restaurativo, devendo o processo aguardar seu desfecho. Nenhuma medida socioeducativa aplicada de forma impositiva pelo Juiz terá a aptidão de pacificar o conflito de

interesses como a solução acordada pelos próprios personagens do evento conflitivo.

Não se negue que a convivência harmônica entre a justiça restaurativa e o sistema de justiça pressupõe uma mudança de mentalidade de todos aqueles que lidam com a judicialização de conflitos de interesses. É preciso ter em mente que também a forma de distribuir justiça pode (e deve) ser democratizada. A resposta do ordenamento jurídico a um ato tido como criminoso pode advir não apenas de uma sentença que impõe uma pena, mas também de soluções consensuais que resultam do diálogo dos personagens envolvidos que, com o auxílio da comunidade, chegam à autocomposição.

6.5. Famílias acolhedoras e direito à convivência familiar

É direito fundamental de crianças e adolescentes o de ser criado no seio de sua família natural e excepcionalmente em família substituta. No que diz respeito à colocação em famílias substitutas, deve o Juiz levar em consideração o grau de parentesco e a relação de afinidade ou de afetividade da criança com a família substituta, nos termos do parágrafo 2º do art. 28 da Lei nº 8.069/90. Ainda, estabelece o art. 32 da Lei nº 8.069/90 que a colocação em família substituta estrangeira é excepcional.

É desta forma que resta efetivado o direito à convivência familiar, assumindo, neste particular, o direito fundamental consagrado no art. 227 da Constituição Federal, eficácia imediata. Parte-se do pressuposto que, no seio da família, a criança ou o adolescente receberão a atenção e cuidados necessários para um desenvolvimento sadio.

A Constituição Federal de 1988 e a Lei nº 8.069/90, ao se referirem ao direito à convivência familiar, outra coisa não querem significar senão a idéia de afastar completamente a noção de que a institucionalização de crianças pobres é medida mais benéfica do que deixá-las aos cuidados de seus genitores.

A condição socioeconômica desfavorável não é motivo para a destituição do poder familiar e também não deve servir de causa para o acolhimento de crianças e adolescentes em abrigos. Não se quer aqui negar que em muitíssimos casos a miséria vem acompanhada de falta de cuidados mínimos, não restando outra alternativa senão a de abrigar a criança e o adolescente. O que se pretende significar é que a condição econômica não pode servir de razão exclusiva para a institucionalização. Aliás, o parágrafo único do art. 23 da Lei nº 8.069/90 é expresso ao determinar que a família que exclusivamente por carência financeira não esteja oferecendo à criança ou adolescente os cuidados indispensáveis deverá ser incluída em programas oficiais de auxílio.

O acolhimento é excepcional e só deve ser implementado quando todas as outras possibilidades de se atender à família estiverem descartadas. Em outras palavras, só se poderia efetivamente pensar em restrição ao direito constitucional de convivência familiar depois de terem sido aplicadas medidas protetivas em prol de crianças e adolescentes e seus familiares.

Além disso, não pode ser implementado o abrigamento, pena de infringência ao direito constitucional de convivência familiar, sem que se tenha previamente um preciso diagnóstico, firmado por técnicos especializados, justificando a pertinência da medida excepcional.

Abrigamentos desacompanhados de informações precisas a respeito da família, dos esforços que foram realizados para se evitar a drástica medida devem ser rechaçados pelo sistema de justiça, pois não se pode condescender com o tolhimento imotivado de direito fundamental de crianças e adolescentes que é tão importante para a formação da personalidade adulta. Não por outra razão, a Lei nº 8.069/90, em seu art. 93, refere a necessidade das entidades que desenvolvem programas de abrigo, que abrigarem crianças ou adolescentes, em situação de urgência, informarem a autoridade competente que não determinou previamente a medida.

Enfatize-se que a decisão relacionada ao abrigamento de uma criança é extremamente drástica, havendo, pois, necessidade de ser fundamentada pela autoridade, juiz ou conselheiro tutelar, que a determinou. A fundamentação,

obviamente, deve vir acompanhada de provas consistentes, que indiquem a pertinência da medida.

Nada obstante, revela-se importante consignar que, no sistema concebido pela Constituição Federal de 1988 e pela Lei nº 8.069/90, a tormentosa questão relacionada ao abrigamento de crianças e adolescentes é ainda merecedora de reflexão mais aprofundada.

Pese a maioria do Estatuto da Criança e do Adolescente, que procurou detalhar os contornos da doutrina da proteção integral, as medidas de abrigamento levadas a efeito nas mais diversas comarcas do país ainda obedecem uma lógica assistencialista: abriga-se por falta de condições econômicas, abriga-se por inexistirem serviços públicos eficientes para atendimento à família, abriga-se porque a institucionalização ainda aparece, na reflexão de tantos operadores sociais, conselheiros tutelares, promotores de justiça e juízes, como a única solução possível para atender às necessidades das crianças e adolescentes em situação de risco.

Recentes levantamentos a respeito da população infanto-juvenil dos abrigos informam que cerca de 87% das crianças e adolescentes que vivem nos abrigos não são órfãos e que 58,2% são visitados por seus familiares. Por outro lado, 22,7% dos abrigados não mantêm vínculo constante com seus familiares que, nada obstante, são conhecidos. Por fim, 5,8% não mantêm

vínculos com seus familiares por conta de decisão judicial, ao passo que 11,3% tem pais ou familiares desconhecidos¹⁸⁵.

A partir dos dados acima informados, é provável que muitas medidas de abrigamento realizadas nunca deveriam tê-lo sido. Ainda, que é possível esboçar a conclusão no sentido de que as políticas públicas de assistência social voltadas à população carente longe estão de atingirem patamares minimamente satisfatórios no que diz respeito à emancipação social dos menos favorecidos.

O quadro sugere, desta forma, a urgente adoção de medidas tendentes a reforçar a rede de atendimento à criança e ao adolescente, de modo que a medida de abrigo seja menos aplicada no país. Por outro lado, quando tiver que ser aplicado o abrigamento, que venha acompanhado desde logo de plano individualizado de atendimento à família, a fim de que a institucionalização seja o mais breve possível¹⁸⁶.

Por outro lado, se tantas crianças e adolescentes que tem familiares conhecidos ainda se encontram nos abrigos, é possível também lançar a conjectura de que estas instituições não estão se desincumbindo a contento das suas obrigações, ditadas nos arts. 92 e 94 da Lei nº 8.069/90, dentre as

¹⁸⁵ Enid Rocha Almeida da Silva, *O perfil da criança e do adolescente nos abrigos pesquisados*, p. 59.

¹⁸⁶ Não resisto de registrar a seguinte reflexão, ponderando-se, por óbvio, as peculiaridades da medida protetiva de abrigamento e da medida socioeducativa de internação. Ei-la: um adolescente que praticou um ato infracional de gravidade extrema permanecerá institucionalizado por, no máximo, três anos. Uma criança que vem a ser vítima de um abrigamento equivocado pode permanecer institucionalizada até os dezoito anos e sem direito a contraditório e ampla defesa, pois a medida é protetiva (?!). Curial, no nosso sentir, que a toda criança ou adolescente abrigada seja nomeado defensor, que não poderia concordar com a medida. Aliás, a Defensoria Pública poderia assumir esta relevante missão.

quais a preparação gradativa para o desabrigo e o atendimento em pequenos grupos. As práticas assistencialistas ainda norteiam, infelizmente, um grande número de instituições que acolhem crianças e adolescentes em regime de abrigo.

Assim, mais do que repensar a lógica que envolve a colocação de uma criança ou adolescente num abrigo e o oferecimento de políticas públicas consistentes também aos seus familiares, de forma a tornar a institucionalização o mais breve possível, é necessário que o sistema de proteção contemple outras formas de acolhimento de crianças e adolescentes que momentaneamente não podem ficar sob os cuidados de seus genitores.

Aliás, integra o sistema de proteção especial a necessidade de o Poder Público estimular, através de assistência jurídica, incentivos fiscais e subsídios, nos termos de lei, o acolhimento, sob a forma de guarda, de criança e adolescente órfão ou abandonado, nos termos do inciso VI do parágrafo 3º do art. 227 da Constituição Federal, norma constitucional de eficácia contida. Ainda, os Conselhos Municipais, Estaduais e Nacionais dos Direitos das Crianças e Adolescentes deverão fixar critérios de utilização, através de planos de aplicação das doações subsidiadas e demais receitas, aplicando necessariamente percentual para incentivo ao acolhimento, sob a forma de guarda, de criança ou adolescente, órfão ou abandonado, nos termos do parágrafo 2º do art. 260 da Lei 8.069/90.

Estes, em última análise, os marcos legais que exigem que o acolhimento da criança ou adolescente órfão ou abandonado não ocorra tão somente por meio da institucionalização.

E é a partir destas disposições que se pode falar nos programas de “famílias acolhedoras”.

Por meio dos programas de famílias acolhedoras, uma criança ou um adolescente cuja família natural não se encontra em condições de com ele permanecer, por motivos de maus-tratos, abandono, ou qualquer outra razão que tenderia a legitimar a inserção da criança ou adolescente num abrigo, passa a conviver com famílias previamente selecionadas e capacitadas.

A idéia central é a de que a criança e o adolescente recebam os cuidados de uma família no período de tempo que é necessário para sua família natural reunir condições de novamente acolhê-los.

É bem verdade que o inciso VI do parágrafo 3º do art. 227 da Constituição Federal, bem assim o parágrafo 2º do art. 260 da Lei nº 8.069/90 referem a necessidade de se estabelecerem incentivos diversos para famílias que acolherem crianças e adolescentes órfãos ou abandonados, silenciando quanto à possibilidade de guarda em casos de crianças e adolescente submetidos, por exemplo, a maus-tratos ou qualquer outra situação em que a família natural não pode momentaneamente com eles permanecer.

Desta forma, a interpretação literal dos dispositivos acima mencionados não se coadunaria com o programa famílias acolhedoras. Isto porque a criança

ou o adolescente, inseridos em famílias acolhedoras, não podem ser entendidos como órfãos ou abandonados. Ao reverso, pressupõe-se que a família natural participe do processo cujo objetivo é que a criança ou o adolescente retorne ao seu convívio. Em resumo, se não se trata de criança o adolescente órfão ou abandonado, não haveria espaço para a assistência jurídica, incentivos fiscais e subsídios referidos pelo inciso IV do parágrafo 3º do art. 227 da Constituição Federal e pelo parágrafo 2º do art. 260 da Lei 8.069/90.

Não nos parece a melhor interpretação. Dúvida alguma deve existir de que a medida de abrigo resulta em sacrifício ao direito fundamental de crianças e adolescentes à convivência familiar tanto em casos de orfandade ou abandono como em casos de maus-tratos ou circunstâncias outras que exigiriam a institucionalização. A criança e o adolescente abandonado, órfão ou submetido a maus-tratos estão sendo privadas, da mesma maneira, de atenção e cuidados individualizados, que só se realizam na dinâmica familiar. Se assim é, parece que o termo abandono, utilizado no texto constitucional e repetido na Lei nº 8.069/90, pode ser objeto de interpretação extensiva, para abranger também os casos em que não há estritamente o abandono ou orfandade, como, por exemplo, os maus-tratos.

Parte-se, pois, do pressuposto que a Constituição Federal e a Lei nº 8.069/90 autorizam a construção de alternativas ao abrigo tanto em

casos de orfandade e abandono como outras situações que poderiam ensejar a medida de institucionalização.

Tal modalidade de acolhimento foi expressamente consagrada no Plano Nacional de Promoção, Proteção e Defesa de Crianças e Adolescentes à Convivência Familiar e Comunitária, produto de trabalhos de comissão instituída pelo Decreto Presidencial de 19 de outubro de 2004 e que foi apresentado ao Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente e ao Conselho Nacional de Assistência Social. O objetivo da comissão era o de *“elaborar o plano nacional e as diretrizes da política de promoção, defesa e garantias do direito de crianças e adolescentes à convivência familiar e comunitária”*.

Com efeito, estabelece o Plano Nacional de Promoção, Proteção e Defesa de Crianças e Adolescentes à Convivência Familiar e Comunitária, como diretrizes, dentre outras, a garantia dos princípios da excepcionalidade e provisoriedade dos programas de famílias acolhedoras e acolhimento institucional de crianças e adolescentes e reordenamento dos programas de acolhimento institucional¹⁸⁷.

O Plano ainda traz a metodologia do programa famílias acolhedoras, que deve contemplar: I – a mobilização, cadastramento, seleção, capacitação, acompanhamento e supervisão das famílias acolhedoras por equipe multiprofissional; II – acompanhamento psicossocial das famílias de origem,

¹⁸⁷ Plano Nacional de Promoção, Proteção e Defesa do Direito de Crianças e Adolescentes à Convivência Familiar e Comunitária, p. 64/69.

com vistas à reintegração familiar; III – articulação com a rede de serviços, com a Justiça da Infância e da Juventude e com os demais atores dos Sistemas de Garantias de Direitos¹⁸⁸.

É objetivo expresso do plano o de fomentar a implementação do programa de famílias acolhedoras, como alternativa de acolhimento a crianças e adolescentes que necessitam ser temporariamente afastados da família de origem, atendendo aos princípios da excepcionalidade e de provisoriedade, estabelecidos pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, bem como assegurar parâmetros técnicos de qualidade no atendimento e acompanhamento às famílias acolhedoras, às famílias de origem, às crianças e aos adolescentes¹⁸⁹.

Por outro lado, são objetivos do programa de famílias acolhedoras: I – o cuidado individualizado da criança e do adolescente, proporcionado pelo atendimento em ambiente familiar; II – preservação do vínculo e do contato da criança e do adolescente com a sua família de origem, salvo determinação judicial em contrário; III – fortalecimento dos vínculos comunitários da criança e do adolescente, favorecendo o contato com a comunidade e a utilização da rede de serviços disponíveis; IV- preservação da história da criança e do adolescente, contando com registros e fotografias organizados, inclusive, pela família acolhedora; V- preparação da criança e do adolescente para o desligamento e retorno à família de origem, bem como desta última

¹⁸⁸ *Plano Nacional de Promoção, Proteção e Defesa do Direito de Crianças e Adolescentes à Convivência Familiar e Comunitária*, p. 42.

¹⁸⁹ *Idem*, p.70.

para o mesmo; VI- permanente comunicação com a Justiça da Infância e Juventude, informando à autoridade judiciária sobre a situação das crianças e adolescentes atendidos e de suas famílias¹⁹⁰.

Aspecto que não pode ser desconsiderado é o cuidado que necessariamente deve ocorrer no processo de seleção de famílias para o programa. Ao relatar a experiência do projeto de famílias acolhedoras em Diadema, a pesquisadora Marina França esclareceu, em linhas gerais, as cautelas a serem adotadas no processo:

“após participarem dos cursos para a comunidade, as famílias eram cadastradas na própria entidade, onde o histórico e a convivência familiar, assim como a análise dos motivos que as levaram decidir pelo acolhimento, constituíam os pontos principais que levariam os profissionais das áreas sociais a decidir pela sua inclusão no programa¹⁹¹”.

Reconheça-se que a inclusão no cadastro do programa de famílias inabilitadas para cumprirem os objetivos estipulados pode frustrar, por completo, a finalidade de se evitar o abrigo e de se investir na família de origem, podendo trazer conseqüências trágicas para todos os envolvidos.

Basta pensar na possibilidade de determinada família ser inserida no cadastro de famílias acolhedoras deixando de revelar que, na verdade, estava interessada na adoção de uma criança. Ora, é inegável que a família que tenha esta não revelada pretensão, ao obter judicialmente a guarda de uma criança,

¹⁹⁰ *Ob. cit.*, p. 42.

¹⁹¹ *Famílias Acolhedoras: preservando a convivência familiar e comunitária*, p. 54.

por meio do programa, poderá posteriormente ingressar com o pedido de adoção, com base nos vínculos estabelecidos. Por outro lado, a família de origem pode ter reunido condições para ter novamente a criança consigo.

É evidente que, no caso, deve a família natural preferir a família substituta, o que não afasta, de modo algum, por outro lado, o sofrimento de todos os envolvidos, especialmente a criança.

É por esta razão que a interação da criança e do adolescente com a família acolhedora, bem assim a relação desta com a família de origem, deve ser objeto de acompanhamentos sistemáticos por parte da coordenação do programa, a quem compete o papel de esclarecer a finalidade da inserção da criança na família acolhedora, bem assim o fato de se tratar de medida essencialmente transitória, na medida em que em momento algum se abandonou o propósito de reunir novamente a criança ou o adolescente com a sua família natural.

A implementação do programa de famílias acolhedoras pressupõe um corpo técnico altamente qualificado, que seja capaz de reconhecer famílias que efetivamente podem ser inseridas no cadastro do programa, bem assim situações familiares, envolvendo crianças e adolescentes e seus genitores, que podem ser trabalhadas pelo programa.

Além disso, deve haver contínua interação com o sistema de justiça, especialmente para a agilização do procedimento relacionado à inserção da criança na família substituta. Não existe, por exemplo, a necessidade de

investigação psicossocial da família acolhedora, na medida em que esta investigação ocorreu quando do ingresso da família no programa, devendo ser expedido, desde logo, termo de guarda para a família acolhedora. A interação com o sistema de justiça cumpre, destarte, papel fundamental para que se evite a medida de abrigo.

O programa famílias acolhedoras pressupõe uma nova modalidade de atendimento à criança e ao adolescente que não pode momentaneamente privar da companhia de sua família natural. Não está tratada de forma explícita na Lei nº 8.069/90, que no parágrafo 2º do art. 260, apenas determina aos Conselhos de Direitos a fixação de critérios de utilização de verbas a serem fixadas sob percentual determinado, ao acolhimento de crianças e adolescentes órfãos ou abandonados. Por esta razão, existe a necessidade de lei municipal para detalhar quais as famílias podem ser inseridas no programa, a contraprestação financeira, a coordenação geral do programa, a equipe técnica e os procedimentos indispensáveis para o funcionamento do programa.

Por fim, o programa deve ser inscrito no Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente, nos termos do parágrafo único do art. 90 da Lei nº 8.069/90¹⁹².

¹⁹² Tânia da Silva Pereira, *Direito da Criança e do Adolescente: uma proposta interdisciplinar*, p. 474.

7. DEMOCRACIA PARTICIPATIVA E A LEI 8.069/90: CONSELHO TUTELAR E CONSELHOS DE DIREITOS DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES

7.1 Considerações iniciais

Em linhas anteriores foram analisadas algumas formas de o cidadão envolver-se diretamente com a efetivação de direitos de crianças e adolescentes. Importante enfatizar que, em sua maioria, tais possibilidades não se traduzem em direitos do cidadão participar, assumindo muito mais a característica de trabalho voluntário. Assim, pese a inegável importância que algumas condutas dos cidadãos assumem em proveito de crianças e adolescentes – pense-se, por exemplo, no programas de famílias acolhedoras, o fato é que nenhuma família pode vindicar judicialmente sua admissão no programa.

Procurou-se demonstrar, ainda, em capítulos precedentes que a Constituição Federal de 1988, os tratados internacionais ratificados pelo Estado brasileiro e a Lei nº 8.069/90, ao acolherem a doutrina da proteção integral, deixam abertas as portas para que novas formas de participação do cidadão na efetivação de direitos de crianças e adolescentes sejam implementadas, o que pode implicar, inclusive, na positivação de algumas

possibilidades de envolvimento da sociedade, que hoje assumem a característica de trabalho voluntário.

Na síntese de Tânia da Silva Pereira:

“a participação do indivíduo na política opera-se de duas formas: por ato de vontade, originário de condições pessoais e históricas; e no exercício dos direitos reconhecidos pela ordem jurídica¹⁹³”.

É necessário registrar que a Lei nº 8.069/90, ao regulamentar o caput e o parágrafo 7º da Constituição Federal de 1988, procurou explicitar como se deve entender o envolvimento da comunidade na efetivação dos direitos de crianças e adolescentes. Procurou-se, de alguma forma, dar uma roupagem jurídica à idéia consagrada nos textos legais no sentido de que todos devem se envolver com as ações, políticas voltadas para crianças e adolescentes.

E o caminho escolhido pelo legislador foi a existência dos conselhos tutelares, conselhos de direitos de crianças e adolescentes. A chave para a compreensão dos papéis de cada qual no sistema de garantias de direitos de crianças e adolescentes está em associar tais órgãos à idéia, muitas vezes difusa, de comunidade.

Na concepção de Arno Vogel:

“a comunidade é um palco onde todos são, ao mesmo tempo, atores e espectadores, desempenham papéis e assistem às representações dos múltiplos dramas que marcam a vida do povoado, da vila, da cidade o do bairro. Quando dizemos comunidade, estamos nos referindo, pois, à vida social no que ela

¹⁹³ *Direito da criança e do adolescente: uma proposta interdisciplinar*, p. 1011.

tem de mais palpável e imediato – a um conjunto de relações mais diretas, totais e significativas, em oposição às relações mais formais, abstratas e instrumentais, que caracterizam a sociedade mais ampla, em particular o Estado¹⁹⁴”.

Assim, numa primeira abordagem, são estas pessoas que mais diretamente estão em contato com crianças, adolescentes e seus familiares que devem exercer os cargos de conselhos tutelares. Da mesma forma, devem ter voz nos conselhos de direitos, entidades significativas na vida de crianças e adolescentes.

Como se pode dar a participação da comunidade nos conselhos de direitos nos conselhos tutelares?

Nas palavras de Wilson Donizeti Liberati e Públio Caio Bessa Cyrino:

“a análise, discussão e deliberação na formulação das políticas e programas sociais na área infanto-juvenil serão realizadas pelos Conselhos dos Direitos da Criança e do Adolescente, em três níveis - o nacional, o estadual e o municipal - assegurando participação popular paritária por meio de organizações representativas”.

Já “a execução e o controle das ações deliberadas pelo Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente serão concretizados e perseguidos no município pelo Conselho Tutelar, que é um instrumento nas mãos dos cidadãos na tarefa de promover e zelar, fiscalizar, orientar, encaminhar e tomar providências no sentido de impedir que crianças e

¹⁹⁴ Conselho Tutelar: a comunidade resolvendo os problemas da comunidade, p. 8.

adolescentes sejam abandonados, privados do convívio social, explorados, negligenciados, discriminados, vítimas de violência etc.^{195,}

7.2 Conselho Tutelar

7.2.1 Definição e Missão

A Lei nº 8.069/90, em seu art. 131, conceitua o conselho tutelar como órgão permanente e autônomo, encarregado pela sociedade de zelar pelo cumprimento dos direitos da criança e do adolescente¹⁹⁶.

Édson Seda, por sua vez, o define como uma:

“equipe ou comissão instituída pelo Município para zelar, caso a caso, pela garantia dos direitos individuais de crianças e adolescentes e a cobrança eficaz dos deveres correspondentes¹⁹⁷”.

A concepção do Conselho Tutelar pelo legislador infraconstitucional obedeceu, no entendimento de José Eduardo de Andrade, à convergência de interesses de grupos políticos com tendências “de esquerda”, que valorizavam

¹⁹⁵ *Conselhos e Fundos no Estatuto da Criança e do Adolescente*, p. 136.

¹⁹⁶ A Resolução Normativa 113 de 19 de abril de 2006 do CONANDA define, em seu art. 10º, o Conselho Tutelar como órgãos contenciosos não-jurisdicionais, encarregados de “zelar pelo cumprimento dos direitos da criança e do adolescente”, particularmente através da aplicação de medidas especiais de proteção a crianças e adolescentes com direitos ameaçados e violados e através de aplicação de medidas especiais a pais ou responsáveis (art. 136, I e II, da Lei nº 8.069/90).

¹⁹⁷ *O Estatuto da Criança e do Adolescente e a participação da sociedade*, p. 13.

a participação social como forma de reduzir as desigualdades, com grupos políticos “de direita”, que enxergavam na sua atuação um mecanismo de regulação e controle de condutas sociais. Na reflexão do autor, o antagonismo entre as duas vertentes produziu um órgão ambíguo; pode ser definido pela vertente de esquerda, mas suas atribuições obedecem as idéias do grupo de direita¹⁹⁸.

De qualquer forma, é importante notar que o legislador infraconstitucional estabeleceu os contornos genéricos do órgão que, se foi ou não produto do antagonismo de diferentes ideologias, é um dos caminhos eleitos pelo legislador para a concretização da democracia participativa na efetivação de direitos de crianças e adolescentes. Trata-se, pois, de órgão colegiado, permanente, não jurisdicional e autônomo.

Impende registrar, de início, que se trata de órgão colegiado, na medida em que se determina, no art. 132 da Lei nº 8.069/90, que cada órgão tenha cinco membros. E, por ser um órgão colegiado, suas deliberações devem ser tomadas por maioria, o que não impede, obviamente, que os atendimentos sejam realizados de forma individual¹⁹⁹.

Além disso, o Conselho Tutelar é órgão permanente, ou seja, a ação de conselheiros tutelares não pode sofrer interrupção. O órgão não pode ser extinto. O funcionamento deve ser contínuo, disso resultando que funcione

¹⁹⁸ *Conselhos Tutelares: sem caminhos ou cem caminhos?*, p. 27 e 30.

¹⁹⁹ Tânia da Silva Pereira, *Direito da Criança e do Adolescente: uma proposta interdisciplinar*, p. 1048.

em fins-de-semana e feriados. Ainda, para aqueles municípios que, acertadamente, contemplam em suas leis o direito de férias do conselheiro, deve também ser estipulado regime que assegure a continuidade dos trabalhos do conselho.

A autonomia do conselho tutelar está relacionada à independência que o órgão tem no exercício de suas funções. As deliberações do órgão não estão sujeitas a hierarquia de qualquer sorte. No cumprimento de sua missão institucional, não está o Conselho Tutelar adstrito a determinações dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, do Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente e do órgão do Ministério Público.

Aliás, como órgão deflagrador de importantes medidas que serão aplicadas à criança, adolescente ou à família, muitas delas a serem implementadas pelo poder público, é extremamente relevante que o conselheiro disponha da mais ampla autonomia, não se sujeitando a nenhum controle funcional. Mesmo a possibilidade de revisão de suas decisões pela autoridade judiciária, art. 5º, inciso XXXV da Constituição Federal e art. 137 da Lei nº 8069/90, não coloca o conselheiro em regime de hierarquia com o Magistrado na medida em que, vale enfatizar, no momento em que se toma a decisão não está o Conselho atrelado à concordância de ninguém.

Por outro lado, a autonomia funcional do conselho tutelar não impede que o órgão seja administrativamente vinculado à administração pública. Com

efeito, o conselho tutelar atrela-se, especialmente em questões orçamentárias, ao Poder Executivo, responsável por sua criação e manutenção²⁰⁰.

Ao se estabelecer que o conselho não tem natureza jurisdicional, pretende-se significar que o órgão não tem como missão a composição de litígios, não podendo impor sanções, nem tampouco fazer cumprir suas determinações legais.

No abalizado e correto entendimento de Murillo José Digiácomo, o Conselho Tutelar não tem personalidade jurídica, mas tem personalidade judiciária para a defesa de seus interesses em juízo, devendo, para tanto constituir advogado.²⁰¹

A finalidade do órgão é zelar pelo cumprimento dos direitos de crianças e adolescentes e assessorar o Poder Executivo na elaboração da proposta orçamentária. Por zelar pelo cumprimento dos direitos de crianças e adolescentes devem ser entendidas não apenas as funções determinadas no art. 136 da Lei nº 8.069/9, mas também fiscalizar a consistência das políticas públicas voltadas ao público-infante juvenil. Com efeito, sentido algum faria a determinação no sentido de o conselho tutelar assessorar o Poder Executivo quando da elaboração do orçamento se o órgão não tivesse previamente exercido o controle social sobre a política de atendimento a este segmento da população.

²⁰⁰ Neste sentido, Patrícia Silveira Tavares, *O Conselho Tutelar, Curso de Direito da Criança e do Adolescente: aspectos teóricos e práticos*, In: Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade Maciel (coord.), p. 338.

²⁰¹ *O conselho tutelar: poderes e deveres face à Lei nº 8.069/90.*

Ainda, da definição de conselho tutelar trazida no art. 131 da Lei nº 8.069/90 extrai-se que o órgão é encarregado pela sociedade para zelar pelo cumprimento dos direitos de crianças e adolescentes. Ao se estipular que o órgão é encarregado pela sociedade, está o legislador ordinário conferindo efetividade ao parágrafo 7º do art. 227 da Constituição Federal, disso decorrendo que a investidura ao cargo de conselheiro tutelar por forma diversa daquelas consagradas pelo regime democrático é manifestamente ilegal.

7.2.2 Natureza Jurídica

Não é tarefa simples identificar a natureza jurídica do conselho tutelar.

Wilson Donizeti Liberati e Públio Caio Bessa Cyrino entendem que o Conselho Tutelar é uma:

“instituição de direito público, de âmbito municipal, com características de estabilidade e independência funcional, desprovido de personalidade jurídica, que participa do conjunto das instituições brasileiras, estando, portanto, subordinado às leis vigentes no país²⁰²”.

Walter Ceneviva, por sua vez, após considerar que a natureza jurídica do Conselho Tutelar não foi, ainda, objeto de análise suficiente da doutrina,

²⁰² *Conselhos e Fundos no Estatuto da Criança e do Adolescente*, p. 130.

deixou assentado que o órgão “*tem a condição de órgão público, submetido às normas gerais da Constituição Federal, no art. 37. (...)*”²⁰³”.

Parece não haver dúvidas no sentido de que se trata, em primeiro lugar, de um órgão público, “*uma unidade que congrega atribuições exercidas pelos agentes públicos, que o integram com o objetivo de expressar a vontade do Estado*”²⁰⁴”, porque criado por lei municipal para a finalidade pública por excelência, que é a de cumprir, ao lado de outras instituições públicas ou privadas, a política de atendimento aos direitos de crianças e adolescentes. Aliás, é expressa a Lei nº8.069/90, em seu art. 135, no sentido de que a atividade do conselheiro tutelar se constitui em serviço público relevante.

Para Tânia da Silva Pereira, o conselho tutelar observa o regime jurídico estabelecido pelo art. 172 do Decreto-lei nº 200/67, alterado pelo Decreto-lei nº 900/69, e pelo Decreto nº 86.212/81²⁰⁵.

Dispõe o art. 172 do Decreto-lei nº 200/67, que trata sobre a organização da administração federal e estabelece diretrizes para a reforma administrativa:

“Art. 172. O Poder Executivo assegurará autonomia administrativa e financeira, no grau conveniente, aos serviços e estabelecimentos incumbidos da execução de atividades de pesquisa ou de ensino de caráter industrial, comercial ou agrícola, que, por suas peculiaridades de organização e funcionamento,

²⁰³ Folha de São Paulo, seção letras jurídicas, 17 de maio de 2006.

²⁰⁴ Maria Sylvia Zanella di Pietro, *Curso de Direito Administrativo*, p. 494.

²⁰⁵ Tânia da Silva Pereira, *Direito da Criança e do Adolescente: uma proposta interdisciplinar*, p. 1048.

exijam tratamento diverso do aplicável aos demais órgãos da administração direta.

Par. 1º. Os órgãos a que se refere este artigo terão a denominação genérica de Órgãos Autônomos.

Par. 2º. (...)

É evidente que o conselho tutelar não pode ser compreendido como 'serviços ou estabelecimentos incumbidos da execução de atividades de pesquisa ou de ensino de caráter industrial, comercial ou agrícola'. O que há de relevante no dispositivo é que o ordenamento jurídico brasileiro reconhece a existência de órgãos diferenciados, que devem obedecer, por tal razão, regramento jurídico específico²⁰⁶.

Daí a vinculação, que ora se faz, do Decreto-lei 200/67 ao conselho tutelar, no sentido de concebê-lo como órgão público, especial e autônomo.

Não se negue, porém, que a falta de delimitação legal específica a respeito da natureza jurídica do conselho tutelar é fonte de insegurança jurídica, que se explicita na diversidade de tratamento que recebem os conselhos tutelares nos municípios brasileiros.

A questão longe está de ser meramente acadêmica, porque suscita, por exemplo, dúvidas sobre o relacionamento da administração pública com o cidadão que exerce a função de conselheiro tutelar.

Na linha de pensamento desenvolvida por Walter Ceneviva:

²⁰⁶ No mesmo sentido, ao tratarem da natureza jurídica do Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente, Wilson Donizeti Liberati e Públio Caio Bessa Cyrino, *Conselhos e Fundos no Estatuto da Criança e do Adolescente*, p. 93.

“os conselheiros não são servidores públicos, em sentido constitucional estrito, mas agentes públicos, ainda que recebam honorários mensais ou jetons por participação²⁰⁷”.

Parece não haver dúvidas, efetivamente, de que o conselheiro tutelar deve ser compreendido como um agente público, conceituados por Maria Silvia Zanella di Pietro como *“toda pessoa física que presta serviços ao Estado e às pessoas da administração indireta²⁰⁸”*.

Refere, ainda, Maria Silvia Zanella di Pietro que os agentes públicos subdividem-se em quatro categorias: os agentes políticos, servidores públicos, militares e particulares em colaboração com o Poder Público²⁰⁹.

Não se pode entender que os conselheiros tutelares possuem vínculo empregatício com o poder público, dada à transitoriedade com que exercem a função, não se podendo entendê-los, portanto, como servidores públicos. Aspecto a ser considerado, também, é que a noção de servidor público envolve necessariamente remuneração paga pelos cofres públicos, mercê do vínculo empregatício. Ora, o art. 134 da Lei nº 8.069/90 refere que a remuneração do conselheiro não é obrigatória, não se podendo, também por este aspecto, caracterizar o conselheiro tutelar como um servidor municipal.

Pensamos que a função de conselheiro tutelar agrega aspectos do regime dos agentes políticos e aspectos relacionados ao regime dos particulares em colaboração com o poder público.

²⁰⁷ Folha de São Paulo, seção letras jurídicas, 17 de maio de 2006.

²⁰⁸ *Curso de Direito Administrativo*, p. 499.

²⁰⁹ *Ibidem*.

No que diz respeito aos agentes políticos, é importante registrar o dissenso existente na doutrina quanto à abrangência do termo, que se pode observar das definições oferecidas por Hely Lopes Meirelles e por Celso Antonio Bandeira de Mello.

Para Hely Lopes Meirelles, agentes políticos:

“são os componentes do governo em seus primeiros escalões, investidos em cargos, funções, mandatos ou comissões, por nomeação, eleição, designação ou delegação para o exercício de atribuições constitucionais”.

O referido autor inclui, na categoria de agentes políticos:

“as demais autoridades que atuem com independência funcional no desempenho de suas atribuições governamentais, judiciais ou quase judiciais, estranhas ao quadro do funcionalismo estatutário²¹⁰”.

Dentro desta concepção, devem ser considerados agentes políticos os magistrados, os membros do Ministério Público, do Tribunal de Contas e também os conselheiros tutelares.

Celso Antonio Bandeira de Mello, por sua vez, entende que são agentes políticos “titulares de cargos estruturais à organização política do país, isto é, são os ocupantes dos cargos que compõem o arcabouço constitucional do Estado e, portanto, o esquema fundamental do poder”. Para o citado autor, devem ser considerados agentes políticos apenas o Presidente da República, os Governadores, os Prefeitos, os Ministros de Estado, Secretários Estaduais e

²¹⁰ *Direito Administrativo Brasileiro*, p. 72/74.

Municipais, Senadores, Deputados e Vereadores²¹¹. Esta é a orientação que prevalece na doutrina²¹².

Nesta ordem de idéias, os conselhos tutelares, uma vez adotada a orientação prevalecente, não podem ser entendidos como agentes políticos. Nada obstante, é inegável que a função de conselheiro tutelar em muito se identifica com a dos agentes políticos.

Ao justificar sua preferência pela orientação doutrinária capitaneada por Celso Antonio Bandeira de Mello, Maria Silvia Zanella di Pietro justifica que os membros do Ministério Público, do Poder Judiciário, do Tribunal de Contas *“não participam, direta ou indiretamente, das decisões governamentais”*²¹³.

Em linhas gerais, o mesmo pode ser dito em relação aos Conselheiros Tutelares, embora a prerrogativa de assessorar o Poder Executivo na elaboração da proposta orçamentária para planos e programas de atendimento dos direitos de crianças e adolescentes, inciso IX do art. 136 da Lei nº 8.069/90, coloque o conselheiro tutelar em posição de destaque quanto à decisão política fundamental de elaboração da peça orçamentária.

Ainda, é circunstância que aproxima sobremaneira o conselheiro tutelar do agente político a forma de investidura no cargo. São “escolhidos pela sociedade”, em pleito que pode envolver toda a sociedade ou parcela que lhe

²¹¹ *Curso de Direito Administrativo*.

²¹² Por todos, Maria Silvia Zanella di Pietro, *Direito Administrativo*, p. 500, Marçal Justen Filho, *Curso de Direito Administrativo*, p. 683.

²¹³ *Direito Administrativo*, p. 501.

seja significativa. Em regra, os agentes políticos investidos por meio de sufrágio universal ou por decisão discricionária do chefe do Executivo²¹⁴.

Por outro lado, não se pode desconsiderar o fato de que atuação do conselheiro tutelar é transitória e que a remuneração pela atividade pode ou não ser fixada. Ora, estas circunstâncias também aproximam o conselheiro tutelar com a categoria dos particulares em colaboração com o poder público, *“pessoas físicas que prestam serviços ao Estado, sem vínculo empregatício, com ou sem remuneração”*²¹⁵.

De qualquer forma, a inexistência de vínculo empregatício ou funcional do conselheiro tutelar com a administração pública é reconhecida pelo Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente. Com efeito, na resolução 75 de 22 de outubro de 2001, o CONANDA fixou parâmetros para a criação e funcionamento de Conselhos Tutelares. O texto da resolução veio acompanhado de uma série de recomendações *“para elaboração das leis municipais de criação dos conselhos tutelares”*. Dispondo especificamente sobre os direitos sociais do conselho tutelar, o CONANDA deixou registrado que:

“Embora não exista relação de emprego entre o Conselho Tutelar e a municipalidade que gere vínculo, a ele devem ser garantidos em lei os mesmos direitos conferidos pela legislação municipal aos servidores públicos que exercem cargos em comissão, para cargos

²¹⁴ Marçal Justen Filho, *Curso de Direito Administrativo*, p. 685/686.

²¹⁵ Maria Sylvania Zanella di Pietro, *Direito Administrativo*, p. 505.

de confiança, neste caso vinculado ao Regime Geral da Previdência Social²¹⁶”.

Se a recomendação do CONANDA tem o acerto de reconhecer que a atuação como conselho tutelar não estabelece vínculo empregatício com a administração pública, peca, por outro lado, pela tentativa de equiparação, no que atine aos direitos sociais, dos conselheiros tutelares aos agentes públicos que exercem cargos em comissão ou de confiança.

Com efeito, ensina Marçal Justen Filho que os cargos em comissão são aqueles destinados “*apenas às atribuições de direção, chefia e assessoramento*”. A função de confiança, por outro lado, pressupõe a “*assunção de atribuições diferenciadas e de maior responsabilidade por parte do ocupante de um cargo de provimento efetivo, ao que corresponde o pagamento de uma remuneração adicional²¹⁷”.*

Ora, parece evidente que a atuação como conselheiro tutelar difere substancialmente da atuação em cargo e comissão ou do exercício de função de confiança, não se podendo, por tal razão, aplicar aos conselheiros tutelares o mesmo regime, no que atine aos direitos sociais, estabelecido pelas categorias acima referidas. Não se olvide que os cargos em comissão ou de confiança são de livre nomeação e exoneração, o que definitivamente não pode ocorrer com o conselheiro tutelar, que é eleito para um mandato.

²¹⁶ *Parâmetros para funcionamento dos Conselhos Tutelares.*

²¹⁷ Marçal Justen Filho, *Curso de Direito Administrativo*, p. 716.

Para Édson Seda, os conselheiros devem ser nomeados pelo Prefeito para um cargo em comissão. Ao argumento no sentido de que os conselheiros tutelares não exercem cargos de chefia ou assessoramento, podendo ser compreendidos como cargos em comissão, deve ser contraposta a idéia de que os conselheiros chefiam o sistema de controle contra as ameaças e violações de direitos individuais de crianças e adolescentes, bem assim a circunstância de que um dos encargos do conselheiro tutelar se circunscreve justamente em assessorar o Poder Executivo na elaboração da proposta orçamentária (inciso IX do art. 136 da Lei nº 8.069/90). Por outro lado, é certo que o chefe do Executivo pode nomear e destituir livremente seus subordinados em cargos de comissão, não sendo este o caso dos Conselheiros Tutelares, que são nomeados para mandato fixo de três anos²¹⁸.

A discussão envolvendo a roupagem jurídica que a função de conselheiro tutelar assume no ordenamento jurídico tem ensejado a adoção de soluções diversas pelos Municípios, das quais resultam situações extremamente desvantajosas para os conselheiros, como a não estipulação de direitos sociais.

Digna de realce é a engenhosa construção jurídica realizada pelo município de Porto Alegre que, mediante alteração da legislação municipal, houve por bem estabelecer que o conselheiro tutelar exerce “*um cargo de confiança popular provido mediante cargo em comissão*”, disso decorrendo a

²¹⁸ *A criança e os princípios gerais: a concepção de cidadania segundo o Estatuto da Criança e do Adolescente*, p. 154-156.

possibilidade de os agentes fruírem direitos sociais. Nos termos da Lei nº 7.207/93, o conselheiro tutelar é nomeado para cargo em comissão pelo Poder Executivo e exonerados ao final do mandato.

Informa Vanêscia Buzelato Prestes que se procurou compatibilizar a função de conselheiro tutelar com o inciso II do art. 37 da Constituição Federal de 1988, segundo o qual a investidura no serviço público deve se dar por concurso público ou cargos em comissão. A eleição do conselheiro tutelar é situação diferente de concurso (o conselheiro tutelar não pode ser considerável estável após determinado tempo de exercício da função), não restando outra forma senão a de regulamentar o vínculo a partir de considerar a investidura na modalidade de cargo em comissão. A autora reconhece que opção adotada não é imune de críticas, na medida em que a doutrina tradicional não admite a existência de cargos comissionados que não possam ser de livre nomeação e exoneração pelo chefe do respectivo poder, justamente porque são de direção ou assessoramento do agente público que os nomeou. Salienta, contudo, que não havia outra forma de se reconhecer aos conselheiros os direitos sociais. Se a antiga classificação (agente honorífico) viabilizava que se entendesse o conselheiro tutelar como um agente honorífico, a nova solução viabiliza que receba “os mínimos constitucionais²¹⁹”.

²¹⁹ *Natureza Jurídica da função conselheiro tutelar: legislação de Porto Alegre.*

Como se pode perceber, a questão há muito está a demandar modificação legislativa. Se “(...) *a extrema relevância das atribuições do conselho tutelar, somada à dificuldade encontrada no desempenho da função, bem como a indispensável dedicação exclusiva, em tempo integral, com atuação de forma itinerante e preventiva (...), exigem que a função seja subsidiada e em patamar razoável*²²⁰”, o mesmo deve ser dito em relação a estipulação de direitos sociais aos conselheiros tutelares.

É verdade que se encontra em discussão, no CONANDA, minuta de nova resolução normativa destinada a fixar novos parâmetros para a criação e funcionamento dos conselhos tutelares no Brasil. Tal documento é expresso no sentido de que devem os conselheiros tutelares ter direito aos direitos sociais cabíveis aos demais servidores municipais, aplicando-se subsidiariamente a Lei Municipal, inclusive aos descontos para fins previdenciários²²¹.

A minuta de resolução não estabelece, e nem poderia, como o conselheiro tutelar deve ser compreendido dentro da estrutura da administração pública, deixando margens às mesmas dúvidas hoje existentes a respeito da natureza jurídica do órgão, bem assim as vantagens que devem os conselheiros perceber.

Nos dezoito anos completos da Lei nº 8.069/90, o desenho jurídico dos conselhos tutelares ainda é um esboço à espera de importantes retoques.

²²⁰ *Parâmetros para funcionamento dos Conselhos Tutelares.*

²²¹ Disponível no site presidencia.gov.br/estrutura_presidencia/sedh/conselho/conanda

7.2.3 Criação do Conselho Tutelar

Não existe discricionariedade entre se criar ou não criar, no âmbito municipal, o Conselho Tutelar. A Lei nº 8.069/90, em seu art. 132, estipula que em cada Município *haverá*, ao menos, um Conselho Tutelar, composto por cinco membros, escolhidos pela comunidade local para mandato de três anos, permitida uma recondução.

Ainda que o dispositivo em comento não se utilizasse do imperativo “*haverá*”, a obrigatoriedade da existência do Conselho Tutelar adviria do simples fato de que sua existência, ao lado dos Conselhos de Direitos, foi a forma escolhida pelo legislador infraconstitucional para concretizar o que está disposto no inciso II do art. 204, ao qual remete o parágrafo 7º, todos da Constituição Federal de 1988.

A sua existência está atrelada às diretrizes da descentralização administrativa e da municipalização do atendimento, devendo necessariamente ser instituído por lei municipal, na medida em que estará o Município complementando a legislação federal e estadual relacionada à política de atendimento ao segmento populacional infanto-juvenil.

Trata-se, em última análise, da competência municipal de organizar serviços públicos de interesse local, reservada iniciativa da Lei Municipal ao

Poder Executivo, tendo em vista a repercussão orçamentária que advirá de sua criação²²².

Ainda:

“a determinação da forma pela qual o Conselho Tutelar irá se vincular à Administração Pública do Município, inclusive, para fins orçamentários, é também matéria que ficará ao alvitre da legislação local; poderá o Conselho Tutelar vincular-se à determinada Secretaria de Governo ou até mesmo ao Gabinete do Prefeito, fato que, como já visto, não enseja qualquer interferência em sua autonomia²²³”.

Para a definição do número de Conselhos Tutelares a serem criados, a Resolução Normativa 75 do CONANDA recomenda que seja criado um Conselho Tutelar para cada duzentos mil habitantes, ou em densidade populacional menor quando o município for organizado por regiões administrativas, ou tenha extensão territorial que justifique a criação de mais de um Conselho Tutelar por região, devendo prevalecer sempre o critério da menor proporcionalidade²²⁴.

A inexistência de Conselho Tutelar no Município caracteriza lesão a interesse difuso, havendo possibilidade de ser ajuizada ação civil pública que veicule pedido para sua criação.

²²² Nesse sentido, Wilson Donizeti Liberati e Públio Caio Bessa Cyrino, *Conselhos e Fundos no Estatuto da Criança e do Adolescente*, p. 143.

²²³ Patrícia Silveira Tavares, *O Conselho Tutelar*, In: Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade Maciel (coord.), *Curso de Direito da Criança e do Adolescente: aspectos teóricos e práticos*, p. 338.

²²⁴ A minuta de resolução para a fixação de novos parâmetros para criação e funcionamento dos Conselhos Tutelares, que se encontra em discussão no CONANDA, estabelece tão-somente que a criação do Conselho Tutelar deve levar em consideração o número populacional, a incidência e prevalência de violações de direitos e a extensão territorial.

O art. 261 da Lei nº 8.069/90 condiciona o repasse de recursos aos Estados e Municípios à existência dos Conselhos de Direitos de crianças e adolescentes, dentre os quais se deve compreender também o Conselho Tutelar.

Ainda, a omissão injustificada do chefe do Executivo de encaminhar a proposta de Lei, para criação do Conselho Tutelar, à Câmara Municipal nos parece, à luz das normas constitucionais e infraconstitucionais que determinam a participação da população na política de atendimento à crianças e adolescentes, flagrantemente ilegal, sujeitando o prefeito a responder por improbidade administrativa por infringência ao princípio da legalidade, nos termos do art. 11, “caput”, da Lei nº 8.429/92.

7.2.4. Funcionamento do órgão

Deve também ser objeto da lei municipal a estipulação de local e demais condições de funcionamento do órgão, inclusive eventual remuneração dos Conselheiros, nos termos do art. 134 da Lei nº 8.069/90 e do art. 3º da Resolução Normativa 75 do CONANDA.

Não se pode ter dúvida que a instalação do órgão deve se dar em local de fácil acesso à população, que seja bem servido pelo serviço público de transportes e que o prédio deve ser adequado, ou seja, propicie que os munícipes recebam um atendimento digno.

Aliás, se o segmento populacional infanto-juvenil deve contar com destinação privilegiada na destinação de recursos, é indesculpável que o conselho tutelar funcione em prédios pequenos, sem ventilação adequada, em locais inseguros ou insalubres.

É indiscutível que tais situações representam, a não poder mais, deficiência do atendimento, podendo sujeitar o Município a figurar como réu em ações civis públicas para reparar a lesão ao direito metaindividual violado. Não se olvide que os órgãos públicos por si ou por suas empresas, concessionárias, permissionárias ou sob qualquer outra forma de empreendimento, são obrigados a fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos, nos termos do art. 22 da Lei nº 8.078/90.

É fácil intuir que os trabalhos do conselho tutelar não devam sofrer interrupções. As lesões a direitos de crianças e adolescentes não ocorrem somente em dias de semana e no horário comercial. Disso decorre a necessidade de, no mínimo, ser estabelecido um regime de plantão de conselheiros no período noturno, em fins-de-semana e feriados.

A Resolução Normativa 75 do CONANDA, que estabeleceu parâmetros de funcionamento dos Conselhos Tutelares fixou o entendimento que:

“o horário de funcionamento do Conselho Tutelar dever ser entendido como aquele em que o órgão ficara aberto à população, tal qual uma repartição pública. Isso não significa que todos os Conselheiros Tutelares obrigatoriamente deverão estar presentes na sede do Conselho Tutelar simultaneamente, porquanto são inúmeras as atividades que exigem contato direto com a população²²⁵”.

Por outro lado, o órgão deve contar com infra-estrutura adequada, o que compreende computador, fax, telefone, transporte e pessoal administrativo. A Resolução Normativa 75 do CONANDA ainda contempla a possibilidade de o Conselho Tutelar ser dotado de pessoal para assessoramento técnico ao exercício da função²²⁶.

²²⁵ *Parâmetros de Funcionamento de Conselhos Tutelares*, p. 20.

²²⁶ A minuta de resolução para a fixação de novos parâmetros para criação e funcionamento dos Conselhos Tutelares, que se encontra em discussão no CONANDA, estabelece, no parágrafo segundo do art. 3º, que os Conselhos Tutelares serão dotados de equipe administrativa consultiva composta por servidores efetivos do quadro funcional.

Conquanto seja realmente salutar a preocupação de conferir subsídios técnicos para o bom exercício da função de conselheiro tutelar, pensamos que não existe a necessidade de que, por exemplo, sejam lotados no órgão assistentes sociais e psicólogos. Ora, o Conselho Tutelar deve estar em sintonia com os órgãos de assistência social do município, dentre os quais os Centro de Referência de Assistência Social (CRAS) e Centro de Referência Especializado de Assistência Social (CREAS).

Realce-se que os CRAS, na condição de órgãos que devem assegurar a proteção básica das famílias, podem muito bem, no cotidiano de suas atribuições, municiar o Conselho Tutelar do conhecimento técnico para a aplicação das medidas. Além disso, é importante deixar assentado que a inserção de corpo técnico dentro do Conselho Tutelar, notadamente psicólogos e assistentes sociais, pode ensejar a ocorrência de sobreposição de atendimentos, conflitos entre os profissionais, com evidente prejuízo à criança, adolescente ou família que são atendidos.

7.2.5. Remuneração e Manutenção

Claro é o art. 134 da Lei nº8.069/90 no sentido de que não é obrigatória a remuneração do Conselheiro Tutelar.

Não foi feliz o legislador ao não fixar remuneração obrigatória ao Conselheiro Tutelar. De que importa estabelecer que o exercício efetivo da função de conselheiro tutelar se constitui em serviço público relevante (art. 135 da Lei nº 8.069/90) se, em contrapartida, não se remunera o exercício da função?

Um passar de olhos pelas atribuições do Conselho Tutelar importa em reconhecer que as atribuições inerentes ao cargo podem se mostrar complexas, exigindo conhecimento da estrutura administrativa do município, razão pela qual se preconiza a necessidade de dedicação exclusiva a cargo²²⁷.

Nesta ordem de idéias, a remuneração do conselheiro, recomendada pela Resolução Normativa 75 do CONANDA, traduz-se no reconhecimento da relevância da função, tendo a experiência demonstrado que nos municípios em que não há remuneração o atendimento à população é deficiente.

De qualquer forma, a fixação de remuneração deve ser objeto de lei municipal.

As dúvidas existentes em torno da natureza jurídica da função de conselheiro tutelar não podem servir de óbice para que o município efetue a remuneração prevista na lei municipal.

Para Edsón Seda:

“o Conselho Tutelar deve receber da administração pública municipal tratamento similar dispensado por esta aos demais

²²⁷ Resolução Normativa 75 do CONAMA, *Parâmetros de funcionamento de conselheiros tutelares*, p. 13.

órgãos do Município, com dotação de recursos necessários ao seu funcionamento e devidamente consignada no orçamento público municipal, sem a quebra de sua autonomia em face do Poder Executivo²²⁸”.

7.2.6. Do processo de escolha dos conselheiros tutelares

Prevalece na doutrina a orientação no sentido de que lei municipal pode restringir o colégio eleitoral para a escolha do conselheiro tutelar.

Registre-se, neste particular, o pensamento de Wilson Donizeti Liberati e Públio Caio Bessa Cyrino, para quem:

“o Estatuto não identificou a forma e os tipos de votação para a escolha dos membros do conselho tutelar, consignando, tão-somente, que ela será feita pela comunidade, a lei municipal deverá utilizar-se de suas prerrogativas constitucionais (CF, art. 24, XV, c/c o art. 30 I e II) e estabelecer o ‘modus operandi’ da votação²²⁹”.

De acordo com o entendimento prevalecente, portanto, surge a possibilidade de a lei municipal contemplar uma forma indireta ou restrita de violação, de forma a restringir o colégio eleitoral a determinado grupo de pessoas ou entidades.

²²⁸ Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente e Conselho Tutelar: orientações para criação e funcionamento, p. 92.

²²⁹ Conselhos e Fundos no Estatuto da Criança e do Adolescente, p. 159. No mesmo sentido, Judá Jessé de Almeida Soares, Estatuto da Criança e do Adolescente comentado: comentários jurídicos e sociais, Munir Cury (coord.), p. 463 e ainda Conselho Tutelar: guia para a ação passo a passo, Programa Prefeito Amigo da Criança, p. 13.

Não nos parece a melhor orientação.

Os conselheiros tutelares são eleitos pela comunidade, claro nisto o art. 132 da Lei nº 8.069/90. Ocorre que, por força do art. 227 da Constituição Federal de 1988 não se pode emprestar ao termo comunidade alcance menor do que concebê-la como o conjunto de cidadãos maiores de dezesseis anos residentes no município.

Retomando idéias já desenvolvidas neste trabalho, deve ser reconhecido que o art. 227 da Constituição, ao estabelecer que é dever da família, da sociedade e do Estado, assegurar, com absoluta prioridade, os direitos de crianças e adolescentes, impõe o dever de fomentar a participação de todos, o que implica na adoção de fórmulas e procedimentos viabilizem a participação de todo cidadão interessado em escolher, no caso, o conselheiro tutelar, ou seja, quem vai chefiar o sistema de controle contra as ameaças e violações de direitos individuais de crianças e adolescentes.

Se é possível extrair do texto constitucional um princípio participativo e se, particularmente no que diz respeito aos direitos de crianças e adolescentes, foi o legislador constitucional enfático no sentido de atribuir a diversos entes (família, sociedade, Estado) a responsabilização pela efetivação de direitos fundamentais de crianças e adolescentes, parece que a interpretação do termo “comunidade” do art. 132 da Lei 8.069/90 não deve ser outra senão a de compreendê-la como o conjunto de cidadãos eleitores do município. Em suma: o tratamento constitucional conferido à participação da sociedade civil

na efetivação de direitos de crianças e adolescentes condiciona a interpretação a ser dada ao termo comunidade, de modo que não se possa restringir o conceito a algumas pessoas ou algumas entidades.

Por estas razões, é inconcebível que determinado cidadão queira tomar parte do processo de escolha do conselheiro tutelar e se veja impedido por não fazer parte do colégio eleitoral respectivo.

A resolução 75 do CONANDA é expressa no sentido de viabilizar a todo cidadão maior de dezesseis anos a possibilidade de eleger o conselheiro tutelar²³⁰.

É importante destacar que a lei municipal pode contemplar fases do processo de escolha. Submeter os candidatos à realização de prova objetiva sobre legislação infanto-juvenil e língua portuguesa, por exemplo, é medida que previne o município de que pessoas sem um mínimo preparo assumam o cargo. Nada impede que tais fases antecedam a eleição pela comunidade e que se possa impedir que determinado candidato que não atingiu o patamar mínimo definido em lei seja excluído do processo eleitoral.

²³⁰ Art. 9º. Os conselheiros tutelares devem ser escolhidos mediante voto secreto e facultativo de todos os cidadãos maiores de dezesseis anos do município, em processo regulamentado e conduzido pelo Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente, que ficará encarregado de dar-lhe a mais ampla publicidade, sendo fiscalizado, desde sua deflagração, pelo Ministério Público. A minuta de resolução do CONANDA que estabelece novos parâmetros para a criação e funcionamento dos Conselhos Tutelares, repete, neste particular, o que consta na resolução 75 do órgão. Este também é o posicionamento de Denis Pestana, *Manual do Conselho Tutelar: da teoria à prática*, p. 55.

Por fim, não pode ser esquecido que o processo de escolha do conselheiro tutelar deve ser regulamentado e deflagrado pelo Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente.

7.2.7. Requisitos para a candidatura

O art. 133 da Lei nº 8.069/90 estabelece, como requisitos para a candidatura ao cargo de conselheiro tutelar, a reconhecida idoneidade moral, idade superior a vinte e um anos e a residência no Município.

A Lei Municipal pode estabelecer outros requisitos, tais quais a escolaridade mínima, conhecimentos do Estatuto e da Constituição Federal, e prévio engajamento em ações públicas ou privadas voltadas para a efetivação de direitos infanto-juvenis²³¹.

Neste aspecto, pensamos que a Lei deve exigir outros requisitos para a candidatura. É que cada Município possui a sua peculiaridade no atendimento aos direitos de crianças e adolescentes, de modo a exigir do conselheiro habilidades específicas. Justifica-se, por exemplo, que o Conselho Tutelar

²³¹ Wilson Donizeti Liberati e Públio Caio Bessa Cyrino, *Conselhos e Fundos no Estatuto da Criança e do Adolescente*, p. 152.

tenha mínima escolaridade em Municípios populosos, nos quais os serviços públicos na área de saúde e assistência social são complexos²³².

Importante é a observação de Denis Pestana, no sentido de que a redução da maioria civil para dezoito anos com o advento do Código Civil de 2002 em nada interfere com a idade estipulada como requisito à candidatura²³³. É que a Lei nº 8.069/90 é especial em relação ao Código Civil, podendo exigir que a pessoa que venha exercer a relevante missão de conselheiro tutelar tenha maturidade suficiente.

Ainda, deste mesmo autor se colhem exemplos de requisitos outros que podem ser exigidos na lei municipal: tempo mínimo de residência no município, laudo psicológico, conhecimentos de informática, reconhecida experiência no trato com crianças e adolescentes²³⁴.

7.2.8. Destituição do cargo de conselheiro tutelar

A Lei nº 8.069/90 é omissa em relação às hipóteses que autorizam a destituição do conselheiro tutelar do cargo. A matéria deve, portanto, ser também objeto da lei municipal do conselho tutelar.

²³² No mesmo sentido se posiciona Jason Albergaria, *Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente*, p. 141.

²³³ *Manual do Conselheiro Tutelar*, 2008, p. 48.

²³⁴ *Idem*, p. 49.

É importante, neste particular, que a lei disponha a respeito de infrações administrativas que podem ser praticadas pelo conselheiro e as sanções que poderiam ser aplicadas, reservando-se a hipótese de perda do mandato para os casos de reincidência ou de prática de infrações graves.

Na resolução 75 de 22 de outubro de 2001, o CONANDA considera como faltas funcionais graves o uso da função em benefício próprio, romper sigilo dos casos, manter conduta incompatível com o cargo ou exceder-se no exercício da função, abusando de sua autoridade, recusar-se a prestar atendimento, aplicar medida de proteção contrariando decisão colegiada do conselho, exercer outra atividade incompatível com o cargo, dentre outras.

O estabelecimento de infrações administrativas e as penalidades (por exemplo: advertência, multa, suspensão não remunerada e finalmente perda do cargo), apresenta a vantagem de estabelecer uma gradação entre as condutas e as penalidades. Explica-se: não parece razoável estabelecer que o conselheiro perderá o mandato caso descumpra injustificadamente alguma das atribuições do art. 136 da Lei 8.069/90. Pense-se, por exemplo, na hipótese de o conselheiro não ter requisitado a certidão de nascimento de uma criança, inciso VIII do art. 136, não tendo o fato se revestido de maior gravidade; inegável que sancionar a referida omissão com a perda do cargo atenta contra o princípio da razoabilidade.

7.2.9. Impedimento dos candidatos

O art. 140 da Lei nº 8.069/90 dispõe que são impedidos de servir no mesmo conselho marido e mulher, ascendentes e descendentes, sogro e genro ou nora, irmãos, cunhados, durante o cunhado, tio e sobrinho, padrasto ou madrasta e enteado. O parágrafo único estende o impedimento em relação ao Juiz da infância e juventude ao órgão do Ministério Público com a respectiva atribuição.

Concorda-se em parte com Wilson Donizeti Liberati e Públio Caio Cyrino quando entendem que os impedimentos relacionados no dispositivo são taxativos, não contemplando ampliação pela lei municipal²³⁵. A ressalva que se faz é em relação ao exemplo oferecido: no nosso pensar, a companheira deve se equiparar à esposa, não podendo os companheiros funcionar no mesmo conselho. Trata-se de aplicar o conhecido brocardo *ubi eadem est ratio, ibi eadem jus*.

7.2.10. Atribuições

As atribuições do Conselho Tutelar estão previstas no art. 136 do Estatuto. São elas: atender crianças e adolescentes, seus pais ou responsáveis,

²³⁵ *Conselhos e Fundos no Estatuto da Criança e do Adolescente*, p. 158

aplicando medidas protetivas diversas, a requisição de serviços públicos nas áreas de saúde, educação, serviço social, previdência, trabalho e segurança, a faculdade de assessorar o poder executivo na elaboração de propostas orçamentárias para planos e programas de atendimento dos direitos da criança e do adolescente, requisitar certidões diversas, representar, em nome da família e da pessoa, contra a veiculação de programas inadequados e representar ao Ministério Público casos em que possa haver perda ou suspensão do poder familiar.

O rol ainda contempla a possibilidade de representar à autoridade judiciária em caso de descumprimento de suas deliberações, encaminhar ao Ministério Público notícia de fato que constitua infração administrativa ou penal contra os direitos da criança ou do adolescente, providenciar medidas protetivas determinadas pelo Juiz para o jovem autor de ato infracional e expedir notificações.

Importante salientar que os conselheiros atuam ao lado do Ministério Público e da autoridade Judiciária na fiscalização das entidades de atendimento, nos termos do art. 95 da Lei nº 8.069/90.

Fácil perceber que ao conselheiro tutelar são acometidos encargos extremamente delicados, que exigem conhecimento da estrutura administrativa, noções de psicologia, assistência social e sólido conhecimento das normas de proteção à criança e ao adolescente.

Parece importante destacar que o Conselho Tutelar funciona como a “porta da frente”. É no órgão que a criança e o adolescente, seus familiares ou conhecidos vão relatar situação de lesão ou ameaça de lesão a direito. São os conselheiros tutelares que vão de pronto agir, utilizando-se dos poderes do art. 136 do Estatuto, para resolver o problema informado.

Aliás, se tudo correr bem, ou seja, se os encaminhamentos se mostrarem corretos e se as políticas públicas efetivamente existirem e tiverem qualidade, a situação de risco sequer chegará ao conhecimento do poder judiciário.

O inciso I do art. 136 da Lei nº 8.069/90 atribui ao conselho tutelar o atendimento de crianças e adolescentes nas hipóteses dos arts. 98 e 105, aplicando as medidas protetivas nos incisos I a VII do art. 101 do Estatuto.

O art. 98 da Lei nº 8.069/90 relaciona as hipóteses em que se pode considerar a criança e o adolescente em situação de risco. Estabelece-se, pois, que as medidas de proteção devem ser a eles aplicadas quando houver violação ou ameaça a direitos de crianças e adolescentes por ação ou omissão da sociedade ou do Estado, por falta, omissão ou abuso dos pais ou responsável ou ainda em razão de sua própria conduta. Já o art. 105 da Lei nº 8.069/90 refere que à criança que pratica ato infracional devem ser aplicadas as medidas protetivas do art. 101 do Estatuto.

As medidas protetivas previstas no art. 101 da Lei nº 8.069/90 são o encaminhamento aos pais ou responsáveis, orientação, apoio e

acompanhamento temporário, matrícula e frequência obrigatória em estabelecimento de ensino fundamental, inclusão em programa comunitário de auxílio à família, à criança e ao adolescente, requisição de tratamento médico, psicológico ou psiquiátrico, em regime hospitalar ou ambulatorial, inclusão em programa oficial comunitário de auxílio, orientação e tratamento a alcoólatras e toxicômanos, abrigo em entidade e colocação em família substituta. Exceção feita à colocação em família substituta, todas as medidas são de atribuição do Conselho Tutelar, claro nisto o inciso I do art. 136 da Lei nº 8.069/90.

Dentre estas importantes medidas, deve ser destacada a possibilidade de o conselheiro tutelar efetuar o abrigamento de crianças e adolescentes.

Como destacado em linhas anteriores, especificamente quando se discorreu sobre as famílias acolhedoras, o abrigamento de crianças e adolescentes é medida extremamente delicada, pois importa em restrição ao direito constitucional de convivência familiar e ingerência ao poder familiar dos genitores. Se assim é, a medida, por lei excepcional e provisória, deve ser suficientemente fundamentada, devendo estar perfeitamente caracterizada a impossibilidade de se aplicarem medidas outras para o caso.

Disso, uma primeira conclusão: a medida de abrigamento efetuada pelo conselho tutelar deve ensejar a elaboração de um documento no qual o colegiado do conselho tutelar informe exatamente as razões pelas quais está

aplicando a drástica medida, bem assim a insuficiência de todas as outras medidas para lidar com a situação de risco detectada.

Não estará justificada a medida se o conselho tutelar não expor, por exemplo, a existência ou inexistência de família extensiva para acolher a criança, os antecedentes da criança e do adolescente junto aos órgãos assistenciais do município, o recebimento ou não, pela família, de benefícios diversos, os encaminhamentos anteriormente efetuados à família, bem assim a aderência apresentada aos serviços públicos (de saúde, de qualificação profissional, de educação, etc.), frequência à escola e outros dados relevantes que indiquem um prévio acompanhamento do caso pelo Conselho e pelos órgãos sociais do Município.

O que se deve a todo custo evitar é que as medidas de abrigamento sejam determinadas tão-somente a partir de uma visita que o conselheiro faz à família e de informações que toma dos vizinhos.

Medida excepcional e drástica que é, o abrigamento deve provir de prévia investigação a respeito da família. Imprescindível, nesta ordem de idéias, que o conselho tutelar mantenha intenso contato com os órgãos de assistência social do município, notadamente os Centro de Referência de Assistência Social (CRAS), que pode, deve, realizar o trabalho de identificação e acompanhamento de famílias em situação de risco social.

Casos há, é verdade, que o Conselho Tutelar se vê diante de uma situação de urgência, em que outra solução não se apresenta senão a de

determinar o abrigamento de crianças e adolescentes, sem que se tenha previamente um diagnóstico preciso da situação familiar. É evidente que, em casos como este, deve a medida ser implementada. O que se deve evitar é que não se faça desta situação excepcional a regra para todos os abrigamentos. Além disso, os abrigamentos efetuados sem prévio acompanhamento devem ensejar imediata investigação a respeito da necessidade da medida, de modo que, se não se justificava no caso concreto, possa a medida ser revisto em curto espaço de tempo.

O inciso II do art. 136 contempla o atendimento e aconselhamento dos pais ou responsáveis pelo Conselho Tutelar, que poderá a eles aplicar as medidas de encaminhamento a programa oficial o comunitário de proteção à família, a inclusão em programa oficial ou comunitário de auxílio, orientação e tratamento a alcoólatras e toxicômanos, encaminhamento a tratamento psicológico ou psiquiátrico, encaminhamento a cursos ou programas de orientação, obrigação de matricular o filho ou pupilo e acompanhar sua frequência e aproveitamento escolar, obrigação de encaminhar a criança e o adolescente a tratamento especializado e advertência (art. 129 da Lei nº 8.069/90).

Na correta interpretação de Patrícia Silveira Tavares:

“as medidas pertinentes aos pais ou responsável, indicadas no art. 129 da lei, têm como escopo principal funcionar como estrutura de retaguarda para as medidas de proteção indicadas no art. 101 do ECA, uma vez que a criança e o adolescente não podem ser vistos

*isoladamente, e, sim, como integrantes do contexto sóciofamiliar que, certamente, exerce grande influência em sua vida*²³⁶”.

É importante notar que o pai ou responsável renitente em cumprir as medidas aplicadas pelo conselho tutelar ou do Juiz estará sujeito ao cometimento de infração administrativa, nos termos do art. 249 da Lei 8.069/90²³⁷. Caso o pai ou responsável não concorde com a medida aplicada pelo Conselho Tutelar, deverá representar ao Juiz, pois somente a autoridade judiciária pode rever as medidas adotadas pelo órgão, nos termos do art. 137 da Lei.

O inciso III do art. 136 que o conselho tutelar pode promover a execução de suas decisões, por meio de requisição de serviços públicos nas áreas de saúde, educação, serviço social, previdência, trabalho e segurança. Ainda, em casos de descumprimento injustificado de suas deliberações, poderá o Conselho Tutelar representar à autoridade judiciária.

O Conselho Tutelar não deve ser compreendido como órgão de execução, devendo se valer da rede de atendimento para que suas decisões sejam cumpridas.

Assim, ainda que tenha o conselheiro tutelar formação em psicologia, por exemplo, deve se abster de realizar o atendimento à criança e adolescente.

²³⁶ Patrícia Silveira Tavares, *O Conselho Tutelar*, In: Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade Maciel (coord.), *Curso de Direito da Criança e do Adolescente: aspectos teóricos e práticos*, p. 356-357.

²³⁷ “Descumprir, dolosa ou culposamente, os deveres inerentes ao pátrio poder ou decorrentes de tutela ou guarda, bem assim determinação da autoridade judiciária ou Conselho Tutelar. Pena: multa, de três a vinte salários de referência, aplicando-se o dobro em caso de reincidência”.

Não é incomum que, em muitos municípios do país, os conselheiros tutelares acabem desempenhando funções que deveriam ser realizadas por outros equipamentos sociais. Não pode, e nem deve, por exemplo, o conselheiro tutelar, assumir a função de “equipe de rua” em caso de denúncia de crianças ou adolescentes vivendo em praças ou outros locais públicos. Como se sabe, a realização da abordagem de crianças e adolescentes em tais situações pressupõe experiência e aptidão, devendo o encargo recair sobre pessoas previamente capacitadas para a tarefa, cujo sucesso deriva fundamentalmente da vinculação que deve se estabelecer entre o técnico e a criança ou adolescente.

Wilson Donizeti Liberati e Públio Caio Bessa Cyrino lembram que o conselho tutelar pode requisitar serviços nas áreas de saúde, educação, serviço social, previdência, trabalho e segurança, sendo-lhe vedado requisitar serviços outros, como aqueles relacionados às áreas de lazer, esporte e cultura. Ainda, que o conselho tutelar poderá representar ao Ministério Público eventual não oferecimento de serviços em outras áreas, na medida em que o art. 220 da Lei nº 8.069/90 faculta a qualquer pessoa e obriga o servidor público informar sobre fatos que podem ser objeto de ação civil pública²³⁸.

Os casos de descumprimento injustificado das decisões do conselho tutelar devem ser informados à autoridade judiciária, a quem cabe, “no

²³⁸ *Conselhos e Fundos no Estatuto da Criança e do Adolescente*, p. 188.

próprio procedimento, a adoção das providências necessárias a fazer valer a decisão do órgão²³⁹.”

Não se olvide que o descumprimento injustificado das deliberações do Conselho Tutelar sujeita o infrator à prática do crime previsto no art. 236 da Lei nº 8.069/90²⁴⁰.

Compete ainda ao Conselho Tutelar encaminhar ao Ministério Público notícia de fato que constitua infração administrativa ou penal contra direitos de crianças e adolescentes e encaminhar à autoridade judiciária os casos de sua competência, nos termos do incisos IV e V do art. 136 da Lei nº 8.069/90. Os dispositivos têm por objetivo que o conselheiro tutelar não usurpe a atribuição do órgão do Ministério Público e do Juiz da infância e juventude.

Por outro lado, estabelece o inciso VI do art. 136 que o Conselho Tutelar deve providenciar medidas protetivas previstas nos incisos I a VI do art. 101 ao adolescente que praticou ato infracional. Refere Patrícia Silveira Tavares que:

“a hipótese é distinta da que se refere à prática de ato infracional por criança, pois, neste caso, irá o Conselho Tutelar funcionar como ‘longa manus’ da autoridade judiciária, providenciando a medida por esta estabelecida e controlando a sua execução pelos órgãos ou instituições competentes; em outras palavras, não exerce o Conselho Tutelar, em princípio, juízo de valor quanto à conveniência e oportunidade da medida aplicada pelo juiz, salvo se

²³⁹ Patrícia Silveira Tavares, *Ob. cit.*, p. 358.

²⁴⁰ “Impedir ou embaraçar a ação da autoridade judiciária, membro do Conselho Tutelar ou do representante do Ministério Público no exercício de função prevista nesta Lei. Pena: detenção de seis meses a dois anos.”

expressamente autorizado a fazê-lo na decisão que indicar a necessidade de sua intervenção²⁴¹”.

Ao Conselho Tutelar foi conferida a prerrogativa de expedir notificações. De acordo com o art. 867 do Código de Processo Civil, a notificação significa manifestar por escrito, a quem de direito, qualquer intenção.

Édson Sêda entende que a notificação pode ser expedida em relação a fatos passados ou futuros que envolvam repercussão jurídica decorrentes do Estatuto da Criança e do Adolescente²⁴². Pode o Conselho, por exemplo, notificar o Ministério Público da aplicação de determinada medida protetiva em relação a um adolescente que responde por ato infracional, bem como notificar o genitor a levar seu filho ao acompanhamento psicoterápico anteriormente determinado.

O inciso VII do art. 136 dispõe que compete ao Conselho Tutelar requisitar certidões de nascimento ou de óbito, da criança ou do adolescente, quando necessário. O registro civil é um direito da personalidade, sem o qual crianças e adolescentes ficam impedidos de irem à escola, receberem atendimento médico, dentre outros. Por tal razão, deve o Conselho Tutelar agir sempre que se deparar com a situação de crianças e adolescentes que não trazem seus documentos, requisitando-os dos serviços notariais competentes. No caso de inexistência de registro de nascimento, a competência para sua

²⁴¹ Patrícia Silveira Tavares, *Ob. cit.*, p. 359.

²⁴² *ABC do Conselho Tutelar – Providências para mudanças de usos, hábitos, costumes da família, sociedade e Estado, quanto a crianças e adolescentes no Brasil*, p. 22.

lavatura é do Juiz, nos termos do parágrafo primeiro do art. 102 da Lei nº 8.069/90.

Pode ainda o Conselho Tutelar representar, em nome da pessoa ou da família, contra violação dos direitos previstos no art. 220, parágrafo 3º, III, da Constituição Federal. O dispositivo constitucional se refere a programas de rádio e televisão que contrariem finalidades educativas, culturais, artísticas ou que desrespeitem valores éticos e sociais da pessoa ou da família. Deve o Conselho Tutelar oferecer a representação ao órgão do Ministério Público para que se investigue a ocorrência de ofensa ao direito metaindividual em análise.

Ainda, é atribuição do Conselho Tutelar representar ao Ministério Público para efeito de ações de perda ou destituições do poder familiar, nos termos do inciso XI do art. 136 da Lei nº 8.069/90. É evidente que a representação do órgão ao Ministério Público não tem caráter vinculativo, devendo o Promotor de Justiça avaliar o caso, colhendo outras informações, se necessário.

Não menos importante é atribuição do Conselho Tutelar de fiscalizar, ao lado do Ministério Público e do Juiz, as entidades de atendimento, nos termos do art. 95 da Lei nº 8.069/90. Como se sabe, as entidades de atendimento devem obedecer aos princípios elencados nos arts. 92 e 94 da Lei nº 8.069/90. Importa frisar que existem irregularidades que só podem ser detectadas por pessoas que acompanhem sistematicamente os trabalhos da

entidade, como o conselheiro tutelar. Assim, verificando, por exemplo, que determinada entidade de abrigo não permite que os genitores e familiares visitem seus filhos no abrigo, comprometendo, destarte, os vínculos familiares, deve o Conselho Tutelar representar diretamente ao Poder Judiciário para a instauração de procedimento relacionado à irregularidades em entidade de atendimento, que poderá ensejar a aplicação das medidas previstas nos art. 97, observado o procedimento dos artigos 191 a 193, todos da Lei nº 8.069/90.

Por fim, não pode ser olvidado que o Conselho Tutelar pode iniciar procedimento para a apuração de infração administrativa às normas de proteção a crianças e adolescentes, art. 194 da Lei 8.069/90.

No desempenho destas múltiplas tarefas é que pode também o conselheiro tutelar avaliar a consistência das políticas públicas existentes para crianças e adolescentes no município.

Com efeito, a identificação de medidas protetivas a serem aplicadas possibilita ao Conselheiro identificar quais os serviços públicos que não estão funcionando a contento e quais aqueles que devem ser criados.

Exemplifica-se.

O conselheiro tutelar requisita um serviço de saúde para atender um jovem com problema de toxicodependência. Sobrevém um laudo médico que recomenda psicoterapia. Se este serviço público não existir no Município ou se for insuficiente, pode o Conselheiro levar o caso ao conhecimento do

Conselho Municipal de Direitos, sem prejuízo do assunto constar de sugestão ao Executivo de política pública a ser desenvolvida e de imediato encaminhamento ao Ministério Público para que seja assegurado imediatamente o direito do adolescente.

Não por outra razão, pode o conselheiro tutelar assessorar o Poder Executivo na elaboração da proposta orçamentária para planos e programas de atendimento dos direitos de crianças e adolescentes (art. 136, IX, da Lei nº 8.069/90).

Para que consiga desempenhar a contento a tarefa de assessorar o Poder Executivo na elaboração da proposta orçamentária para planos e programas de atendimento, é de fundamental importância que o conselheiro tutelar, no desempenho de suas atribuições, obedeça a um sistema para arquivo e consolidação dos dados referentes à atuação do órgão.

Visando estabelecer uma padronização na consolidação de dados relacionados ao atendimento ao público infanto-juvenil, o CONANDA, por meio da resolução 50 de 28 de novembro de 1996, recomendou às instâncias do governo federal e conselhos estaduais e municipais de direitos de crianças e adolescentes apoio a emenda que visava assegurar recursos para implantação de um Sistema de Informação para a infância e adolescência (SIPIA).

O SIPIA:

“é um sistema nacional de registro e tratamento da informação sobre a promoção e defesa dos direitos fundamentais preconizados pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº8.069/90). Trata-se de mecanismo criado em 1997, dentro do Plano Nacional da Política de Direitos Humanos, e visa gerar informações com a finalidade de subsidiar a adoção de decisões governamentais sobre políticas para crianças e adolescentes. O sistema permite a produção de conhecimentos específicos, e situações concretas de violação de direitos de crianças e adolescentes, identifica medidas de proteção e sócio-educativas necessárias, através de relatórios de situação. Possibilita, ainda, conhecer e apoiar o funcionamento dos Conselhos de Direitos, Tutelares e Fundos para Infância e adolescente²⁴³”.

Nada obstante concebido já há algum tempo, a realidade é que poucos são os Conselhos Tutelares do país que trabalham de acordo com o SIPIA, o que indiscutivelmente representa um obstáculo considerável em relação à necessidade de consolidação de dados para o bom desempenho da atribuição prevista no inciso IX do art. 136 da Lei nº 8.069/90.

A implementação de um sistema de informações e de consolidação de dados representa, pois, condição *sine qua non* para que o órgão consiga influir na construção da peça orçamentária, bem assim desempenhar a função de controle de políticas já implementadas, restando, prejudicada, neste particular, o intercâmbio de informações que deve existir entre o Conselho Tutelar e o Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente.

²⁴³ www.presidencia.gov.br/estrutura-presidencia-/sedh/spdca/sipia/, acesso em 28 de janeiro de 2009.

7.3 Os Conselhos de Direitos da Criança e do Adolescente

7.3.1 Considerações Gerais

Os Conselhos de Direitos de Crianças e Adolescentes traduzem a forma pela qual o legislador infraconstitucional se desincumbiu do encargo, contemplado no parágrafo 7º do art. 227 e inciso II do art. 204 da Constituição Federal, de especificar como a sociedade civil, por meio de entidades representativas, pode participar do processo de implementação de políticas públicas para o público infanto-juvenil.

Importa reconhecer, pois, que a criação de tais Conselhos, enquanto órgãos deliberativos de políticas públicas, representou significativa mudança em relação ao exercício do poder político, antes centralizado no Poder Executivo. Com efeito, nas palavras de Wilson Donizeti Liberati e Públio Caio Bessa Cyrino, os conselhos se constituem num novo *locus* de discricionariedade, na medida em que as escolhas políticas públicas para crianças e adolescentes agora são realizadas dentro de um colegiado que necessariamente deve contar com a participação da sociedade civil²⁴⁴.

²⁴⁴ *Conselhos e Fundos no Estatuto da Criança e do Adolescente*, p. 86.

A Lei nº 8.069/90, no inciso II do art. 88, consagrou, como diretriz da política de atendimento *“a 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 federais, estaduais e municipais”*.

A existência de um conselho nacional, estaduais e municipais, sem que haja hierarquia entre os órgãos, está associada ao fato de que a política de atendimento de crianças e adolescentes (leis, políticas, instituições, programas) deve ser implementada por meio de um conjunto articulado de ações governamentais e não governamentais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, nos termos do art. 86 da Lei nº 8.069/90.

Além de concretizar o princípio participativo no que diz respeito à formulação de políticas para o público infanto-juvenil, a Lei nº 8069/90, ao instituir os Conselhos de Direitos, no inciso II de seu art. 88, também efetivam a diretriz da descentralização administrativa, consagrada no inciso I do art. 204 da Constituição Federal. Com efeito, o exercício do poder político que se caracteriza nas atividades de formulação, decisão e controle não mais se concentra dentro do círculo do Poder Executivo, passando o colegiado a exercer esta missão.

Como se pode perceber, a descentralização político-administrativa se define, em termos políticos, pela municipalização e, em termos

administrativos, pela transferência do *locus* do exercício do poder político para os Conselhos, assegurada a participação da sociedade civil. Em linhas gerais, este é o posicionamento de Édson Sêda, para quem:

“a política social deve ser formulada através da descentralização político-administrativa, ficando a coordenação e normas gerais para a União. A execução dos programas bem como sua coordenação ficam para os Estados e Municípios (no caso da criança e do adolescente, em face deste art. 88 do Estatuto, o Município tem o poder de escolher a forma que melhor lhe convém para essa execução)”²⁴⁵.

Não se olvide que a municipalização traduz a idéia de que *“a União e o Estado abrem mão de parcela de poder pertinentes à realidade local, permitindo ao município viver o exercício de direitos e deveres públicos para com crianças e adolescentes”²⁴⁶.*

A criação e funcionamento do Conselho Nacional, Estadual e Municipal devem reproduzir a idéia de que à União cabe, no que diz respeito à crianças e adolescentes, a elaboração de normas gerais, ao passo que ao Estados e principalmente os Municípios, a elaboração de normas específicas da política de atendimento.

Denise Auad oferece um exemplo de como os Conselhos de Direitos de Crianças e Adolescentes Nacional, Estaduais e Municipais devem se articular:

²⁴⁵ *Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado: comentários jurídicos e sociais*, Munir Cury (coord.), p. 286.

²⁴⁶ Tânia da Silva Pereira, *Direito da Criança e do Adolescente: uma proposta interdisciplinar*, p. 1.024.

“Para exemplificar a interligação dos Conselhos nos três níveis da Federação, tomemos como referência uma política pública para combater a violência doméstica sofrida por crianças e adolescentes. Neste caso, o CONANDA seria responsável, por exemplo, por mapear a realidade da violência doméstica no país e estabelecer quais regiões necessitam de um atendimento mais emergencial. A partir disso, estabeleceria metas a serem gradualmente alcançadas por meio de programas de atendimento e índices para a avaliação dos resultados das medidas implementadas. Além disso, deve traçar determinações para o atendimento de famílias em risco, bem como a articulação dos programas de combate à violência doméstica com outras políticas intersetoriais, como as políticas de distribuição de renda e redução de índices de desemprego. Diante destas diretrizes do CONANDA, caberia aos Conselhos Estaduais adaptá-las ao seu contexto regional. Para isso, precisam articular parâmetros para a criação de programas específicos relacionados às suas regiões metropolitanas e às suas áreas rurais, assim como estabelecer regras para a efetivação de convênios com entidades da sociedade civil, além de promover campanhas de conscientização da população. Aos Conselhos Municipais, caberia coordenar diretrizes mais específicas de combate à violência doméstica, ao estabelecer estratégias para a criação e a avaliação dos resultados da rede de atendimento municipal, a qual deve levar em consideração os costumes e os valores das comunidades locais. Ressalte-se que, de acordo com o art. 90, parágrafo único, e art. 91 do ECA, os Conselhos Municipais são os órgãos responsáveis pelo registro das entidades não-governamentais e pela inscrição dos programas de atendimento destas e das entidades governamentais, o que já atua como um filtro contra entidades e programas que não sejam compatíveis com as diretrizes emanadas pelos Conselhos²⁴⁷”.

²⁴⁷ Conselhos de Direitos e Fundos da Criança e do Adolescente: uma opção pela democracia

Os Conselhos de Direitos de crianças e adolescentes devem ser criados por lei do respectivo ente federativo, de iniciativa do Poder Executivo e discutida e votada no Legislativo, devendo ser fixada a sua posição na estrutura administrativa, estabelecer suas atribuições e especificar quem os compõem.

Assim, o Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente (CONANDA) foi criado pela Lei nº 8.242/91. Integra o conjunto de atribuições da Presidência da República e tem como missão, nos termos da lei referida, elaborar normas gerais da política nacional de atendimento de crianças e adolescentes, fiscalizando as ações de execução, zelar pela aplicação da política nacional de atendimento de crianças e adolescentes, dar apoio aos conselhos estaduais e municipais da criança e do adolescente, acompanhar o reordenamento institucional, propondo modificações nas estruturas públicas, apoiar a promoção de campanhas educativas, acompanhar a aprovação da proposta orçamentária e gerir o fundo nacional dos direitos de crianças e adolescentes.

O CONANDA é integrado por representantes do setor público nas áreas de ação social, justiça, educação, saúde, economia, trabalho e previdência social e de representantes de entidades não governamentais de âmbito nacional.

7.3.2. Características e Natureza Jurídica dos Conselhos de Direitos

Uma das características dos Conselhos de Direitos é a autonomia. Terão os Conselhos total liberdade para tomar suas decisões, não se subordinando a nenhum outro órgão. É verdade que se vinculam administrativamente ao Poder Executivo, de quem recebem dotação orçamentária. Não se admite ingerência política no órgão.

“Inadmissível que as normas regulamentadoras de tais instâncias (as leis federal, estaduais e municipais) acabem traduzindo situação de atrelamento das entidades não-governamentais ao Poder Executivo, o que indisputavelmente ocorre quando submetidas à escolha e à nomeação fulcradas em puro arbítrio do Prefeito Municipal, Governador do Estado ou Presidente da República²⁴⁸”.

Compor-se-ão os Conselhos de Direitos de representantes do poder público e da sociedade civil, em igualdade numérica. Não contassem os Conselhos com a paridade entre representantes de entidades da sociedade civil e membros do poder público, havendo preponderância destes últimos, restaria, por certo, frustrada a possibilidade de haver efetiva participação civil na formulação e controle das ações voltadas à criança e ao adolescente.

²⁴⁸ Olympio de Sá Sotto Maior Netto, *Os Conselhos de Direitos da Criança e do Adolescente, espaços de democracia participativa*.

Ainda, os Conselhos de Direitos da Criança e do Adolescente são deliberativos, disso se diferenciando de outros conselhos existentes, que são meramente consultivos.

“Ser deliberativo reflete a competência de tomar decisões, o que envolve muito mais do que opinar, sugerir ou orientar tecnicamente, como acontece em outros órgãos. Envolve também a prerrogativa de formulação ou de aprovação dos projetos oriundos de fontes diversas e que assegurem os direitos da infanto-adolescência²⁴⁹”.

As deliberações tomadas nos trabalhos dos Conselhos Nacional, Estaduais e Municipais representam a própria vontade da pessoa política. Assim, a deliberação do Conselho Municipal se traduz juridicamente como a vontade política do município.

Wilson Donizeti Liberati e Públio Caio Bessa Cyrino se utilizam do Decreto 200/67, já mencionado no corpo deste trabalho, para entenderem que também os Conselhos de Direitos da Criança e Adolescente são órgãos públicos, autônomos e especiais. Tratam-se de órgãos especiais, mercê da estrutura e funcionamento específicos, autônomos e independentes, por não estarem subordinados hierarquicamente ao governo e, por fim, representam uma forma descentralizada de administração, na medida em que suas deliberações se tornam vontade estatal²⁵⁰”.

²⁴⁹ Tânia da Silva Pereira, *Direito da Criança e do Adolescente: uma proposta interdisciplinar*, p. 1026.

²⁵⁰ *Conselhos e Fundos no Estatuto da Criança e do Adolescente*, p. 96/97.

Importante destacar que, nos termos do art. 89 da Lei nº 8.069/90, a função de conselheiro de direitos é de interesse público relevante e que não será remunerada. A não remuneração do conselheiro de direitos representante da sociedade é alvo de crítica de Denise Auad, para quem tal situação representa um descompasso com os conselheiros representantes do setor público, podendo ensejar prejuízo nos trabalhos desenvolvidos²⁵¹.

7.3.3. As políticas públicas e os Conselhos de Direitos

Nos termos do art. 88, II, do Estatuto da Criança e do Adolescente, os Conselhos de Direitos tem a função de deliberar sobre as políticas públicas afetas a área da infância e juventude.

Como já exposto no transcorrer destas linhas, políticas públicas:

“são programas de ação governamental visando a coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados. Políticas públicas “são metas coletivas conscientes” e, como tais, um problema de direito público em sentido lato²⁵²”.

É importante estabelecer que a função de deliberar a respeito de políticas públicas afetas à população infanto-juvenil em momento algum

²⁵¹ *Conselhos de Direitos e Fundos da Criança e do Adolescente: uma opção pela democracia participativa*, p. 70.

²⁵² Maria Paula Dallari Bucci, *Direito Administrativo e Políticas Públicas*, p. 241.

autoriza a conclusão de que os Conselhos desempenham atividade meramente consultiva do Poder Executivo.

É neste exato particular que o Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente difere de outros Conselhos constituídos, que são órgãos meramente consultivos. Com efeito, o Conselho Municipal de Direitos tem a função de deliberar. Deliberar significa decidir.

Quais as políticas públicas voltadas à criança e ao adolescente que devem ser deliberadas pelos Conselhos de Direitos?

A Resolução nº 116 do CONANDA refere, em seu art. 1º, que aos Conselhos de Direitos compete a deliberação e controle da política de atendimento integral aos direitos da criança e do adolescentes, compreendendo, destarte, as políticas sociais básicas e demais políticas necessárias à execução de medidas protetivas e socioeducativas dispostas nos arts. 87, 101 e 112 da Lei nº 8.069/90.

A política de atendimento voltada à crianças e adolescentes está discriminada no art. 87 da Lei nº 8.069/90. Contemplam-se, pois, as políticas sociais básicas, destinadas a toda a população infanto-juvenil (educação, saúde, esporte, cultura, lazer, etc.), as políticas de assistência social, voltadas à crianças e adolescentes em condições socioeconômicas desfavoráveis (alimentação complementar, creches comunitárias, passes escolares, etc.), as políticas de proteção, aplicáveis a crianças e adolescentes em situação de risco pessoal e social (casa de passagem, abrigos, medidas socioeducativas, etc.) e,

por fim, políticas de garantias, destinadas a crianças e adolescentes em conflito de natureza jurídica (assistência judiciária, plantões de defesa de direitos, etc.)²⁵³.

Assim, todas as políticas, programas e ações referentes à crianças e adolescentes, seja de iniciativa própria, do Poder Executivo ou de organizações não governamentais deverão ser decididas, após prévia discussão, pelo Conselho de Direitos de Crianças e Adolescentes. Para Felício Pontes Junior:

“na prática, para se inferir se inexistente a necessidade de certo projeto, que será executado com recursos públicos, ser ou não submetido ao Conselho de Direitos, basta que se indague sobre os seus destinatários. Quer dizer, se o projeto atinge crianças e/ou jovens – mesmo que não exclusivamente – há a necessidade de deliberação pelo Conselho antes de sua execução, sob pena de ser declarado formalmente inconstitucional²⁵⁴”.

É importante deixar assentado que o poder de deliberar a política pública não pode ser compreendido simplesmente como o poder de formulá-la. Com efeito, não deve o Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente construir, por exemplo, as linhas de atendimento à saúde mental de crianças e adolescentes, o mesmo se podendo dizer acerca da política educacional ou qualquer outra que envolva conhecimentos específicos.

Ressalta Felício Pontes Junior que:

²⁵³ *Conselhos e Fundos Municipais dos Direitos da Criança e do Adolescente: guia para ação passo a passo*, p. 16.

²⁵⁴ *Conselho de Direitos da Criança e do Adolescente*, p. 21.

“a finalidade de elaboração de políticas não quer dizer que todas elas tenham que ser elaboradas exclusivamente no Conselho de Direitos. Os projetos podem surgir de várias frentes, governamentais ou não. Entretanto, se tiver que ser executado com recursos públicos é imprescindível que, antes, seja discutido e aprovado pelo Conselho – daí o caráter deliberativo²⁵⁵”.

Ora, diante das especificidades das diversas áreas que compõem o mosaico de políticas voltadas à crianças e adolescentes, deve o Conselho preferencialmente valer-se da articulação com os segmentos públicos envolvidos, no sentido de comprometê-los em relação ao que se espera da política pública a ser formulada na área.

Exemplifica-se: o Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente, em conjunto com o Conselho de Educação, deliberam que deve existir uma política diferenciada em relação ao adolescente que se encontra em defasagem escolar, seja no sentido de oferecer cursos em diversos períodos, seja pela ampliação no número de vagas. Uma vez deliberada esta posição pelo Conselho Municipal de Direitos da Criança e Adolescente, está o Poder Público obrigado a construir uma política pública com as características estabelecidas pelo Conselho; construída a política pela Secretaria de Educação, sua execução fica vinculada à deliberação do Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente no sentido de se aprová-la ou não.

Não é de outro pensar Mario Volpi, para quem:

²⁵⁵ Conselho de Direitos de Crianças e Adolescentes, p. 21.

“o Conselho de Direitos da Criança e do Adolescente tem uma tarefa intersetorial. Ele não elabora a política de Assistência Social para a infância, mas é responsável pela política de proteção integral da infância que tem um corte intersetorial e atravessa todas as áreas da política. Esta intersetorialidade, entretanto, ao mesmo tempo que amplia a tarefa do Conselho, diminui sua governabilidade porque o conselho acaba não tendo poder deliberativo exclusivo. O Conselho da Criança depende de sua inter-relação com o Conselho de Saúde, de Educação e o de Assistência Social, o que o torna extremamente complexo²⁵⁶”.

Bem de ver, contudo, que se houver recusa dos demais segmentos em atuar de forma articulada com o Conselho, o que pode se dar por diversas maneiras, desde a abstenção em reuniões ou assembléias, até a omissão no fornecimento de informações, estará o Conselho de Direitos da Criança e do Adolescente autorizado a deliberar a política pública, independentemente da atuação dos demais conselhos ou mesmo de representantes do poder público

²⁵⁶ A democratização da gestão das políticas para a infância e adolescência, p. 33.

que integram o órgão²⁵⁷.

É importante registrar como se materializa o processo de deliberação de políticas públicas.

Tendo como base sempre o um diagnóstico de todas as ações voltadas para o público infante-juvenil, deve o Conselho, em primeiro lugar, se ocupar da elaboração de um plano geral de atendimento, no qual deverão ser estabelecidas as políticas sociais básicas, bem assim políticas emergenciais e complementares, destinadas à crianças e adolescentes em situação de risco. Imprescindível, num segundo momento, que o Conselho assegure que este plano venha a ser contemplado no Plano Plurianual, na Lei de Diretrizes Orçamentárias e na Lei Orçamentária Anual.

A deliberação em torno de políticas públicas emergenciais e complementares, por outro lado, é atividade que se relaciona ao emprego dos recursos existentes no fundo dos direitos da criança e do adolescente. É função do Conselho, pois, a elaboração de Plano de Ação, que toma por base os diagnósticos apurados pelos conselheiros de direitos e que deve indicar as principais demandas de ações de atendimento, notadamente nas áreas de proteção e de aplicação de medidas socioeducativas. Este plano de ação

²⁵⁷ Emblemáticas as palavras de Murillo José Digiácomo: “se (o administrador público) não age ao tempo e modo devidos, e não participa das discussões e do processo de elaboração das resoluções do Órgão que detém a competência constitucional para definir as políticas que sua administração deverá implementar em prol da criança e do adolescente, não pode pretender, *a posteriori*, modificar ou descumprir uma deliberação legal e soberana do órgão legitimado para tanto”, *Conselho de Direitos da Criança e do Adolescente: transparência de seu funcionamento como condição indispensável à legitimidade e legalidade de suas deliberações*, disponível no site www.abmp.org.br.

relacionado às verbas do fundo dos direitos deve estar contemplado no Plano Plurianual e na Lei de Diretrizes Orçamentárias. O plano de aplicação, por sua vez, tem como finalidade a destinação dos recursos, devendo constar da Lei Orçamentária Anual²⁵⁸.

7.3.4. A natureza da deliberação dos Conselhos de Direitos

A manifestação do Conselho dos Direitos da Criança e do Adolescente constitui a vontade do Estado, e será veiculada por resolução.

Resoluções “*são atos administrativos normativos expedidos pelas altas autoridades do Executivo (mas não pelo Chefe do Executivo, que só deve expedir decretos) ou pelos presidentes de tribunais, órgãos legislativos e colegiados administrativos, para disciplinar matéria de sua competência administrativa*”²⁵⁹”.

Isto quer dizer que, no âmbito das políticas públicas voltadas para a criança e para o adolescente, a discricionariedade administrativa não será exercida pelo Chefe Poder Executivo, mas sim pelo Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente.

²⁵⁸ Assim, Denise Auad, *Conselhos de Direitos e Fundos da Criança e do Adolescente: uma opção pela democracia participativa*, p. 143.

²⁵⁹ Hely Lopes Meirelles, *Direito Administrativo Brasileiro*, p. 165.

Não por outra razão, o parágrafo 2º do art. 2º da Resolução Normativa 116 do CONANDA dispõe que as decisões tomadas pelo Conselho de Direitos da Criança e do Adolescente, vinculam as ações governamentais e da sociedade civil organizada em respeito aos princípios constitucionais da participação popular e da prioridade absoluta.

Revela-se oportuno registrar as palavras de Públio Caio Bessa Cyrino:

“A discricionariiedade administrativa é o resultado da escolha política da oportunidade e da conveniência para a prática de um ato; se for oportuno e conveniente, o ato deve ser praticado, sob pena de desvio de finalidade;

O mérito administrativo é o resultado da escolha do motivo e do objeto (oportunidade e conveniência); se o resultado respeitou os limites impostos ao motivo e ao objeto, o ato será perfeito e válido, não podendo ser questionado pelo Judiciário;

A oportunidade e a conveniência, enquanto dimensões do mérito encontram limites na razoabilidade em que se constata se o motivo e objeto têm existência, suficiência e possibilidade para serem efetivamente praticados; se são adequados, compatíveis, conformes, proporcionais e eficientes para atenderem à finalidade pública;

O desrespeito a esses limites caracteriza a ilegalidade – desvio de finalidade do ato, comissivo ou omissivo, ensejando a via judicial;

O controle pelo Judiciário não diz respeito ao mérito, ou seja, ao resultado da escolha, mas aos seus elementos de mérito, que o antecedem lógica e cronologicamente (motivo e objeto), os quais não podem se afastar desses limites;

A Constituição Federal de 1988, em matéria relacionada ao Direito da Criança e do Adolescente, transferiu o locus do poder discricionário, antes concentrado exclusivamente nas mãos do chefe do poder executivo, agora repartido com outras vontades,

como ato complexo, cuja opção política criativa, com legitimidade constitucional, está ao cargo dos Conselhos de Direitos²⁶⁰”.

Inconstitucional será a política pública relacionada à área da infância que não tiver sido discutida e decidida pelo Conselho. Inconstitucional a omissão do Poder Executivo ao não cumprir o que restou deliberado pelo Conselho. Ambas as hipóteses autorizam o ajuizamento de ação civil pública²⁶¹.

Aliás, vinculação da Administração Pública às deliberações do Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente já foi objeto de decisão do Superior Tribunal de Justiça, em recurso especial interposto nos autos de ação civil pública que tramitou na comarca de Santos²⁶².

Em seu voto, a Ministra Eliana Calmon explicitou as razões pelas quais não existe ingerência do Poder Judiciário quando determina que o Executivo cumpra deliberação advinda do Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente. Constatou da r. decisão que:

“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 administrador. E as

²⁶⁰ O Papel Articulador dos Conselhos de Direitos e dos Conselhos de Educação, *Encontros pela Justiça na Educação*, Fundescola/Mec, Brasília, 2001, p.274.

²⁶¹ Wilson Donizeti Liberati e Públio Caio Bessa Cyrino, *Conselhos e Fundos no Estatuto da Criança e do Adolescente*, Murilo José Digiácomo, *Conselho de Direitos da Criança e do Adolescente: transparência de seu funcionamento como condição indispensável à legitimidade e legalidade de suas deliberações*, disponível no site www.abmp.org.br, acesso em 02 de fevereiro de 2.009.

²⁶² A ação civil pública foi ajuizada em 1.997, pela Dra. Paula Trindade da Fonseca, então Promotora de Justiça da Infância e Juventude de Santos, e pelo Dr. João Carlos Meirelles Ortiz, Promotor de Justiça da Cidadania de Santos.

atividades estatais, impostas por lei, passam a ser fiscalizadas pela sociedade, através do Ministério Público, que, no desempenho de suas atividades precípua, a representa²⁶³”.

Assim, mostra-se impossível emprestar às deliberações dos Conselhos de Direitos de Crianças e Adolescentes caráter meramente recomendativo, sob pena de frustrar por completo as normas constitucionais veiculadas no parágrafo 7º do art. 227 e art. 204 da Constituição Federal de 1988.

Assim, as políticas públicas voltadas ao segmento populacional infanto-juvenil, uma vez deliberadas pelos Conselhos de Direitos, vinculam o Poder Público.

Concorda-se integralmente com Denise Auad quando sustenta que as verbas orçamentárias destinadas para a concretização de políticas para crianças e adolescentes não podem sofrer contingenciamento pelo Poder Executivo; o princípio da prioridade absoluta, consagrado no art. 227 da Constituição Federal e no art. 4º da Lei nº 8.069/90, deve condicionar a interpretação do parágrafo 2º do art. 9º da Lei Complementar nº 101/00 (Lei de Responsabilidade Fiscal), especificamente para se entender que as obrigações com políticas públicas voltadas a crianças e adolescentes são constitucionais e, por tal razão, insuscetíveis de contingenciamento²⁶⁴.

Ainda no que diz respeito à atividade de deliberação, uma vez detectada a necessidade de criação de política pública, o Conselho Municipal de

²⁶³ Recurso Especial nº 493.811 - SP.

²⁶⁴ *Conselhos de Direitos e Fundos da Criança e do Adolescente: uma opção pela democracia participativa*, p. 129/130.

Direitos tem o dever constitucional de deliberá-la. Com efeito, se no exercício da atividade de controle das políticas públicas, executadas por entidades governamentais ou não governamentais, o Conselho Municipal dos Direitos da Criança detecta insuficiência, deverá deliberar no sentido de corrigi-la, não havendo aqui juízo de conveniência e oportunidade para não fazê-lo.

Cabe indagar, diante deste quadro, se é possível acionar judicialmente o Conselho Municipal de Direitos para cumprimento de obrigação de fazer (deliberar a política pública).

Embora não tenha o Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente personalidade jurídica, dúvidas não existem de que tem personalidade judiciária, ou seja, capacidade de serem partes ou intervenientes no processo judicial, especificamente para a defesa de suas prerrogativas institucionais. Afinal de contas, trata-se de um órgão público com prerrogativas próprias, a exemplo das mesas de câmaras legislativas, presidência dos Tribunais, Chefias do Executivo, a quem se reconhece a possibilidade de estar em juízo²⁶⁵.

Assim, é possível que o Conselho de Direitos figure como réu em ação civil pública que tenha como objeto fazer o órgão cumprir sua vocação institucional, qual seja, deliberar política pública para crianças e adolescentes. Registre-se, neste particular, que Wilson Donizeti Liberati e Públio Caio Bessa Cyrino entendem que a razão de se atribuir capacidade processual ao

²⁶⁵ Nélson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery, *Código de Processo Civil Comentado e Legislação processual civil em vigor*, p. 265.

órgão circunscreve-se à necessidade de defesa de suas prerrogativas e direitos subjetivos²⁶⁶. Ora, se é lícito ao órgão demandar para o respeito às suas prerrogativas e direitos, o mesmo raciocínio deve ser aplicado em relação a figurar o órgão em ação civil pública que veicule pedido de obrigação de fazer consistente em deliberar sobre política pública.

Em última análise, a mera responsabilização penal ou por improbidade administrativa dos integrantes do Conselho dos Direitos de Crianças e Adolescentes que se recusam a deliberar determinada política pública não supre a omissão que, por sua vez, pode ser entendida como ameaça ou lesão a direito; pode, assim, a questão ser levada à apreciação jurisdicional, por força do inciso XXXV do art. 5º da Constituição Federal de 1988, que assegura a todos uma tutela jurisdicional efetiva e específica.

Não se desconhece, contudo, que tal possibilidade traz intrincadas questões processuais.

Com efeito, eventual ação civil pública que tenha como objeto obrigação de fazer contra o Conselho Municipal sujeitaria o renitente réu ao pagamento de “astreinte”, a ser revertida, após o trânsito em julgado ao Fundo Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente. De onde sairia a verba para o pagamento? Dos conselheiros de direitos?

Ainda, se procedente o pedido formulado, aplicadas medidas de coerção psicológica - “astreintes” - (suportadas eventualmente pelos

²⁶⁶ *Conselhos e Fundos no Estatuto da Criança e do Adolescente*, p. 117.

conselheiros de direitos) e se persistente a omissão em deliberar a política pública, que tipo de provimento pode ser dado pelo Poder Judiciário para assegurar o resultado equivalente ao cumprimento da obrigação?

7.3.5. O Controle das Ações voltadas para o Público Infanto-Juvenil

A análise da consistência das ações e políticas desenvolvidas por entidades governamentais e não governamentais também se insere dentro das relevantes atribuições dos Conselhos de Direitos.

O controle da administração pública *“é a verificação da conformidade da atuação desta a um cânone, possibilitando ao agente controlador a adoção de medida ou proposta em decorrência do juízo formado”²⁶⁷*.

É interessante notar que o controle desenvolvido pelo Conselho dos Direitos recai sobre entidades da sociedade civil e sobre entidades governamentais. Ainda, o Conselho controla as diversas políticas efetivadas pelo poder público em prol de crianças e adolescentes.

Realce-se que a circunstância de o controle se exercer pelo Conselho sobre as ações do Poder Executivo não autoriza concluir, pensamos, que se trata de controle externo da administração, ou seja, “efetuado por órgãos

²⁶⁷ Odete Medauar, *Controle da Administração Pública*, p. 22.

alheios à Administração²⁶⁸”. Primeiro, porque malgrado exerçam atividade independente e não subordinada, os Conselhos se situam dentro da organização administrativa do Poder Executivo; segundo, porque os órgãos se compõem também de representantes do Poder Executivo, que não perdem esta condição ao serem nomeados conselheiros.

No que diz respeito às ações e políticas governamentais, é importante realçar que por força do art. 74 da Constituição Federal de 1988 está o Poder Executivo, assim como o Legislativo e Judiciário, obrigado a manter um sistema de controle interno, com a finalidade de avaliar o cumprimento das metas previstas no plano plurianual, a execução dos programas de governo, comprovar a legalidade e avaliar os resultados quanto à eficácia e eficiência da gestão orçamentária, financeira e patrimonial nos órgãos e entidades da administração, bem como da aplicação de recursos públicos por entidades de direito privado, exercer o controle das operações de crédito, avais e garantias e apoiar o controle externo ao exercício da sua missão institucional.

Muito embora a norma constitucional faça referência exclusiva, em seu art. 74, à União, a lógica que permeia o controle interno da administração Estadual e Municipal não discrepa das finalidades mencionadas²⁶⁹.

Assim, numa primeira análise, os integrantes dos Conselhos de Direitos que representam o poder público devem disponibilizar o resultado dos controles internos desenvolvidos pelo Poder Executivo e devem estar em

²⁶⁸ Celso Antonio Bandeira de Mello, *Curso de Direito Administrativo*, p. 803.

²⁶⁹ Celso Antonio Bandeira de Mello, *Curso de Direito Administrativo*, p. 805/806.

condições de esclarecer como se deu o processo de controle dentro do segmento do poder público respectivo.

O conselheiro de direitos, advindo do poder público, que não se apresenta em condições de discorrer com profundidade a respeito do seu segmento (educação, por exemplo), dificulta, sobremaneira, que o órgão cumpra a sua missão de controlar as ações em todos os níveis. Por tal razão, é de toda conveniência que a escolha dos representantes do poder público recaia sobre *“representantes dos setores responsáveis pelas políticas sociais básicas, direitos humanos e da área de finanças e planejamento”²⁷⁰*.

Não por outra razão, entendemos que a Lei que institui os Conselhos de Direitos deve dispor expressamente a respeito da necessidade de serem nomeadas pessoas com capacidade e conhecimento para exercerem a função. Não interessa à criança e ao adolescente que o segmento do poder público se veja representado tão somente por funcionários sem capacidade e conhecimento de sua área.

Para o bom desempenho desta atividade é necessário que o Conselho de Direitos obtenha dados quantitativos e qualitativos das políticas e ações em curso, de modo que tenha condições de efetuar novas deliberações visando o aprimoramento dos programas e sugerir o reordenamento institucional dos órgãos do poder público de atendimento dos direitos infanto-juvenis.

²⁷⁰ Art. 6º, parágrafo 1º, da Resolução 116 do CONANDA.

Para tanto, deve o Conselho Municipal interagir com os diversos segmentos da sociedade, dentre os quais as universidades e conselhos profissionais.

Importante que haja plena interação com o Conselho Tutelar, pois este órgão atende diretamente a população infanto-juvenil que se utiliza dos serviços governamentais e não governamentais de proteção. Ressalta Felício Pontes Junior que há complementariedade entre as atribuições do Conselho Tutelar e as atribuições do Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente pois *“para que a política pública estabelecida pelo Conselho de Direitos seja eficaz é necessário, em primeiro lugar, o conhecimento da realidade. Nesse sentido, o Conselho Tutelar é um dos melhores indicadores – se não for o melhor - dado o seu contato direto com o atendimento dos direitos da criança e do adolescente²⁷¹”*.

Enfim, deve o Conselho conhecer a fundo a dinâmica de atendimento municipal, de modo a detectar suas falhas. Para tanto, é curial que desenvolva estudos, perícias, pois, somente assim estará em condições de deliberar políticas públicas consistentes.

Sob outro ângulo, as políticas públicas podem ser objeto de análise, ou controle, a partir de diversos critérios.

Assim, se determinada política pública atentar contra a lei, ou contra parâmetros éticos que devem pautar os atos administrativos em geral, é

²⁷¹ *Conselhos de Direitos da Criança e do Adolescente*, p. 27.

evidente que pode a administração pública, de ofício, revê-la, na medida em que a correção de ilegalidade e da falta de lisura no trato da coisa pública interessa a todos.

Mas é na relação entre as políticas públicas e o princípio da eficiência que o tema ganha em complexidade e desafio. Como estabelecer se determinada política pública mostra-se ou não eficiente? Enfatize-se que as políticas públicas podem ser questionadas em termos de eficácia e eficiência, por força do art. 74 da Constituição Federal de 1988.

Uma das possibilidades de se enfrentar a questão relaciona-se com o denominado princípio da proibição do retrocesso social²⁷². Embora não previsto expressamente pela Constituição, é possível extrair tal princípio de forma implícita da Carta Magna. O raciocínio é simples: se a Constituição Federal estabelece como objetivos erradicar a pobreza, reduzir as desigualdades sociais e regionais ao mesmo tempo em que se pretende garantir o desenvolvimento, parece, efetivamente, que estão vedadas ações governamentais que se mostrem restritivas em relações a direitos já alcançados.

Assim, reduções orçamentárias desmotivadas para determinada política pública, que atentem contra a progressividade que deve nortear a efetivação de direitos sociais, caracterizam retrocesso, podendo tal medida ser levada à

²⁷² Sobre o princípio da proibição do retrocesso, confira-se Ingo Wolfgang Sarlet, *A eficácia dos direitos fundamentais*, p. 434 e seguintes.

apreciação do Poder Judiciário, alçando-se a eficiência que deve pautar o agir administrativo e a proibição do retrocesso em interesse difuso.

Importante contribuição ao tema oferece a Professora Ana Paula de Barcellos, da Universidade Estadual do Rio de Janeiro, quando propõe a necessidade de parâmetros de controle de políticas públicas²⁷³.

O primeiro parâmetro proposto seria puramente objetivo, quando a própria Constituição fixa determinada quantidade de recursos a ser aplicada em determinada área, como ocorre na saúde e educação. Seria, então, o caso de avaliar se houve ou não a aplicação de recursos nas áreas específicas para se saber se há ou não ilegalidade nas políticas públicas respectivas. O provimento jurisdicional em sede de ação civil pública, não sendo cumprida a política pública, poderia determinar uma obrigação de fazer.

O segundo parâmetro está ligado à idéia de obtenção de determinados resultados, determinados pela Constituição. É o que ocorre com a obrigatoriedade de o Estado oferecer educação fundamental a toda a população. Dificuldade alguma existe para concluir pela suficiência ou insuficiência da política pública, basta atentar para os dados estatísticos. Também a omissão em relação ao cumprimento de políticas públicas cujos resultados se encontram previamente estipulados pela lei pode inclusive, ensejar, via ação civil pública, a condenação em obrigação de fazer.

²⁷³ *Neoconstitucionalismo, Direitos Fundamentais e Controle das Políticas Públicas*, Revista de Direito Administrativo 240, 2005. Também disponível na Revista Diálogo Jurídico nº 15 – janeiro, fevereiro, março de 2007, veiculada no site www.direitopublico.com.br, acesso em 25 de março de 2.007.

Por fim, o último parâmetro representaria a própria definição de política pública a ser implementada, atividade estritamente política, mas que pode ser contrastada juridicamente na medida em que a escolha do administrador para a definição da política recaia sobre meios comprovadamente ineficientes. Aqui, indubitavelmente surgem maiores dificuldades, na medida em que não é fácil concluir que uma política pública é comprovadamente ineficiente, nem tampouco que uma é mais efetiva que outra.

7.3.6. Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente: o registro e a inscrição dos programas das entidades de atendimento

Toda entidade não governamental que desenvolva programa de proteção (abrigo, por exemplo) de crianças e adolescentes, deve ser registrada e ter seu plano de atuação inscrito junto ao Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente. Em relação às entidades governamentais, necessário se faz tão-somente a inscrição de seus programas na entidade.

As entidades não-governamentais somente poderão funcionar depois de registradas no Conselho Municipal dos Direitos de Crianças e Adolescentes, nos termos do art. 91 da Lei nº 8.069/90.

No parágrafo único de seu art. 91, a Lei 8.069/90 ainda estabelece requisitos genéricos para o funcionamento de entidades não-governamentais. Assim, deve ser negado o registro à entidade que não ofereça instalações físicas em condições adequadas de habitabilidade, higiene, salubridade e segurança, que não apresente plano de trabalho compatível com a Lei, que esteja irregularmente constituída e que tenha em seus quadros pessoas inidôneas.

Tratam-se de requisitos mínimos, podendo a Lei municipal que rege o Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente estabelecer requisitos outros, atentando-se à estrutura local.

A Resolução nº 71 de 10 de junho de 2001 do CONANDA dispõe sobre o registro de entidades não governamentais e da inscrição de programas de proteção e sócio-educativo das entidades governamentais e não-governamentais no Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente.

Esta normativa emanada do Conselho Nacional estabelece o que deve ser entendido por programa de proteção²⁷⁴ e por programa sócio-educativo²⁷⁵. A regulamentação veio em boa hora, na medida em que alguns Conselhos Municipais aceitavam inscrições de programas outros, tais quais de esporte, cultura, educação e saúde. Assim, consta do art. 3º da Resolução a recomendação de que os Conselhos Municipais se abstenham de proceder o registro de entidades não-governamentais e de proceder a inscrição de programas relacionados à creches, pré-escola, ensino fundamental e médio.

Cada Conselho Municipal pode estabelecer outros requisitos para o registro e funcionamento. Não se afigura despropositado, por exemplo, que o Conselho exija que as entidades não-governamentais apresentem corpo

²⁷⁴ Consta do documento que o programa de proteção se destina a crianças e adolescentes cujos direitos são ameaçados ou violados. É constituído de quatro regimes: orientação, apoio sócio-familiar, apoio sócio-educativo em meio aberto, colocação familiar (tutela, guarda e adoção). Ainda, estabelece o documento que estes regimes são compostos por um conjunto de ações especiais com vistas ao acesso ou complementação de políticas públicas na área de proteção, tais como: atividades de acompanhamento e complementação escolar, escolarização alternativa, grupos terapêuticos e psicossociais de apoio e orientação, atividades lúdico-pedagógicas, atividades formativas e preparatórias para a inserção no mundo do trabalho, atendimento protetivo em abrigo, encaminhamento e acompanhamento em família substituta.

²⁷⁵ O programa sócio-educativo visa atuar junto aos adolescentes que violam os direitos alheios, nos regimes de liberdade assistida, semiliberdade e internação.

técnico mínimo, plano de trabalho, condições de espaço, número de crianças atendidas, etc²⁷⁶.

Importante salientar que mesmo após a inscrição e registro das entidades, o Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente deve fiscalizá-las.

Não partilha desta opinião Felício Pontes Junior, para quem, uma vez realizada a inscrição e registro, a atividade de fiscalização deve ficar a cargo do Ministério Público e do Conselho Tutelar e, se provocado, do Poder Judiciário²⁷⁷.

Ora, uma vez procedido o registro e a inscrição de uma entidade não-governamental, caso esta venha a se afastar de suas finalidades ou não desempenhar a contento sua missão, nada obsta, pensamos, que o Conselho reveja, de forma motivada, o ato administrativo que concedeu a inscrição ou o registro. É evidente que a atividade fiscalizatória das entidades recai, com mais intensidade, sobre o Ministério Público e o Conselho Tutelar, mas tal circunstância não pode servir de obstáculo para que o órgão que, em última análise, pode conceder ou negar o registro ou inscrição, desempenhe, também, a atividade de controlador social das atividades da entidade²⁷⁸.

Não se olvide, por fim, que o art. 23 da Resolução 113 do CONANDA dispõe que os conselhos dos direitos da criança e do adolescente deverão

²⁷⁶ Nesse sentido, Felício Pontes Junior, *Conselho de Direitos da Criança e do Adolescente*, p. 35.

²⁷⁷ *Conselho de Direitos da Criança e do Adolescente*, p. 37.

²⁷⁸ Partilham desse entendimento Wilson Donizeti Liberati e Públio Caio Bessa Cyrino, *Conselhos e Fundos no Estatuto da Criança e do Adolescente*, p. 120.

acompanhar, avaliar e monitorar as ações públicas de promoção e defesa de direitos de crianças e adolescentes, deliberando previamente a respeito, através de normas, recomendações e orientações. As atividades de monitoramento e acompanhamento nada mais significam do que o exercício da atividade fiscalizatória, de tal forma que os Conselhos de Direitos devem, também, em conjunto com o Conselho Tutelar e com o Poder Judiciário, fiscalizar as entidades e programas voltados para as crianças e adolescentes.

7.3.7. A Gestão dos Fundos dos Direitos da Criança e do Adolescente

A noção de fundos no direito financeiro está associada à idéia de separar um montante de capital e destiná-lo a uma finalidade específica. Em linhas gerais, é o que ocorre com os Fundos Nacional, Estadual e Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente.

Alçado à condição de linha de ação da política de atendimento – inciso IV do art. 88 da Lei nº 8.069/90 - a sua razão de existência prende-se a separar recursos, de forma que determinado montante não se confunda com o resto das receitas, assegurando-se que tal quantia será necessariamente aplicada em proveito de crianças e adolescentes.

Acentuam Wilson Donizeti Liberati e Públio Caio Bessa Cyrino que os fundos dos direitos da criança e adolescente se traduzem em “*exceção ao princípio da unidade da tesouraria*”, segundo o qual todas as receitas ingressam “*por uma porta*”, evitando-se que sejam criadas caixas especiais²⁷⁹.

São, na dicção do art. 71 da Lei nº 4.320/64, fundos especiais²⁸⁰, na medida em que se vinculam à realização de determinados objetivos. Têm, portanto, destinação certa, qual seja, a de serem aplicados necessariamente em políticas destinadas a crianças e adolescentes. Não apresentam personalidade jurídica, razão pela qual devem estar vinculados a um órgão do poder público para fins exclusivamente administrativos, ou seja, para fins contábeis e de operacionalização de rotinas²⁸¹.

Esta vinculação administrativa, contudo, não retira dos Conselhos de Direitos a prerrogativa de deliberar sobre a aplicação de seus recursos. E é neste particular que a gestão dos fundos dos direitos de crianças e adolescentes assume capital importância enquanto fórmula de participação da sociedade civil no exercício do poder político voltado a políticas para crianças e adolescentes.

É importante detalhar como se deve dar a gestão dos fundos dos direitos das crianças e adolescentes.

²⁷⁹ Conselhos e Fundos no Estatuto da Criança e do Adolescente, p. 218.

²⁸⁰ Assim, Conselhos e Fundos Municipais da Criança e do Adolescente: guia para ação passo a passo, p. 33.

²⁸¹ Idem, p. 34.

Os Fundos dos Direitos de Crianças e Adolescentes estão ligados à elaboração de dois planos: o plano de ação e o plano de aplicação. No que diz respeito à existência destes planos, lembram Wilson Donizeti Liberati e Públio Caio Bessa Cyrino que o art. 72 da Lei nº 4.320/64, que estatui normas de direito financeiro, determina que a aplicação das receitas orçamentárias vinculadas a fundos especiais far-se-á através de documentação consignada na Lei de Orçamento ou em créditos adicionais. Ainda, que o parágrafo 2º do art. 2º desta Lei dispõe que a lei orçamentária se fará acompanhar de quadros demonstrativos de receita e planos de aplicação dos fundos especiais²⁸².

Ainda, não pode ser olvidado o parágrafo 2º do art. 260 da Lei nº 8.069/90 quando dispõe que os Conselhos de Direitos Municipais, Estaduais e Nacional fixarão critérios de utilização, através de planos de aplicação de doações subsidiadas e demais receitas, aplicando necessariamente percentual para incentivo ao acolhimento sob a forma de guarda, de criança ou adolescente órfão ou abandonado, na forma do disposto no art. 227, par. 3º, VI, da Constituição Federal.

Como se pode perceber, os fundos especiais, dentre os quais os fundos dos direitos da criança e do adolescente, devem ser geridos a partir de um plano de aplicação dos recursos. Tal plano de aplicação, por sua vez, remete à necessidade de planejamento, ou seja, um plano de ação dos recursos existentes no fundo dos direitos das crianças e adolescentes.

²⁸² *Conselhos e Fundos no Estatuto da Criança e do Adolescente*, p. 225.

Como já mencionado no corpo deste trabalho, o plano de ação toma por base os diagnósticos apurados pelos conselheiros de direitos e que deve indicar as principais demandas de ações de atendimento, notadamente nas áreas de proteção e de aplicação de medidas socioeducativas.

Não se confunde o plano de ação com o plano de atendimento geral dos direitos de crianças e adolescentes, no qual todas as políticas públicas, dentre as quais as básicas, são objeto de análise e deliberação pelo Conselho de Direitos.

Estabelecidas as linhas mestras de ação, o detalhamento da distribuição dos recursos dos fundos deve ser objeto do plano de aplicação, que deve fixar as estimativas de receitas e previsão de despesas para cada área.

Por outro lado, é fundamental que o Plano de Ação e o Plano de Aplicação dos recursos do fundo municipal dos direitos da criança e do adolescente estejam contemplados no Plano Plurianual^{283/284}, uma das leis orçamentárias previstas no art. 165 da Constituição Federal de 1988, que deve prever diretrizes, objetivos e metas da administração pública federal para as despesas de capital e outras delas decorrentes e para as despesas relativas aos programas de duração continuada.

²⁸³ PPA, *Fundo da Infância e declaração de benefícios fiscais*, cartilha da Secretaria Especial dos Direitos Humanos, programa Pró-conselho Brasil, disponível em www.proconselhobrasil.org.br, acesso em 26 de agosto de 2.006.

²⁸⁴ Não se olvide o posicionamento de Denise Auad, no sentido de que o plano de aplicação dos recursos do fundo seja contemplado somente na Lei Orçamentária Anual, *Conselhos de Direitos e Fundos da Criança e do Adolescente: uma opção pela democracia participativa*, p. 143.

Não se olvide que tanto a Lei de Diretrizes Orçamentárias como a Lei Orçamentária Anual, também previstas no art. 165 da Constituição Federal de 1988, derivam, em última análise, do que restar contemplado no Plano Plurianual. Assim, a Lei de Diretrizes Orçamentárias deve estabelecer metas e prioridades da administração pública para o período de um ano e as orientações para a Lei Orçamentária Anual, dentre outros. Por fim, a Lei Orçamentária Anual deve discriminar a receita e a despesa da administração. Existe, pois, uma relação de interdependência entre as leis orçamentárias²⁸⁵.

A importância de o plano de aplicação do fundo, e também do plano geral de atendimento, estarem consagrados no plano plurianual circunscreve-se ao fato de o plano plurianual se viabilizar na elaboração da lei de diretrizes orçamentárias e lei orçamentária anual, nos termos dos arts. 5º e 16 da Lei de Responsabilidade Fiscal.

Por esta razão, “*durante o quadriênio de vigência do PPA, o CMDCA deverá acompanhar a elaboração e aprovação anual da LDO e da LOA, para que as prioridades estabelecidas no PPA sejam concretizadas(...)*”²⁸⁶.

Importante registrar que se encontra em fase de discussão no CONANDA minuta de Resolução Normativa que pretende estabelecer parâmetros para o funcionamento dos Fundos dos Direitos de Crianças e

²⁸⁵ Régis Fernandes de Oliveira e Estevão Horvath, *Manual de Direito Financeiro*, p. 127/128.

²⁸⁶ PPA, *Fundo da Infância e declaração de benefícios fiscais*, cartilha da Secretaria Especial dos Direitos Humanos, programa Pró-conselho Brasil, disponível em www.proconselhobrasil.org.br, acesso em 26 de agosto de 2.006.

Adolescentes²⁸⁷. A idéia central do documento, que enfatiza a necessidade dos Conselhos de Direitos garantir nas leis orçamentárias as necessárias dotações de recursos²⁸⁸, referindo expressamente a vinculação do plano geral de atendimento, do plano de ação e do plano de aplicação dos recursos do fundo com o Plano Plurianual²⁸⁹, pode ser extraída do parágrafo único do art. 6º do documento: “*não existe prioridade absoluta sem prioridade orçamentária*”.

No que diz respeito à origem dos recursos dos fundos, dispõe a minuta de resolução normativa, em seu art. 16, que a principal fonte é a dotação orçamentária do Poder Executivo. Além das dotações orçamentárias, são contempladas como receitas do fundo as doações de pessoas físicas e jurídicas, em dinheiro, bens ou incentivos fiscais, as multas decorrentes de condenação em ações cíveis e da aplicação de penalidades relacionadas aos crimes e infrações administrativas dos arts. 228 a 258 da Lei nº 8.069/90, a transferência de recursos entre entes da Federação, produto de aplicações no mercado financeiro, contribuições de Organismos Nacionais ou Internacionais e contribuições resultantes de campanhas de doações para os fundos dos direitos da criança e do adolescente.

Dentre estas receitas, merecem destaque as doações de pessoas físicas ou jurídicas.

²⁸⁷ A minuta se encontra disponível no site www.presidencia.gov.br/estrutura-presidencia-/sedh/spdca/sipia/, acesso em 28 de janeiro de 2009.

²⁸⁸ Art. 10, parágrafo 2º da minuta.

²⁸⁹ Art. 10, “caput”, da minuta.

Com efeito, impende primeiramente registrar que o art. 260 da Lei nº 8.069/90 contempla a possibilidade de o contribuinte poder deduzir do imposto de renda a ser pago o total das doações feitas aos fundos dos direitos das crianças e adolescentes, nos limites legais.

Tais limites se encontram discriminados na Lei nº 9.532/97, que estabeleceu, para a pessoa jurídica, a possibilidade de dedução de até 1% do imposto devido. Para a pessoa física, foi estabelecida a possibilidade de dedução de até 6% do imposto.

Por outro lado, as doações de pessoas físicas ou jurídicas suscitam intensa discussão, enquanto receitas dos fundos dos direitos de crianças e adolescentes, no que diz respeito à possibilidade de o doador escolher a destinação dos recursos que pretende doar. Não é incomum que os Conselhos de Direitos recebam doações condicionadas à aplicação em determinados projetos ou programas, prática conhecida como “doação casada”.

A prática das “doações casadas” ganhou foros de legitimidade com o advento da Resolução 94 do CONANDA, por meio da qual se permitiu a indicação, por parte de contribuintes doadores, dos projetos ou entidades a serem beneficiadas com os recursos destinados. É verdade que a Resolução tinha como objeto precípuo dispor sobre o repasse de recursos captados para viabilização de projetos esportivos sociais destinados à criança e ao adolescente, mas acabou servindo de caminho para que os doadores

condicionassem o repasse dos recursos ao fundo para projetos e programas determinados.

Não se pode olvidar que os fundos dos direitos das crianças e adolescentes, mercê de sua natureza especial, estão jungidos ao regramento previsto na Lei nº 4.320/64, do qual destaca a necessidade de os recursos serem aplicados de acordo com um plano de ação e um plano de aplicação, previamente deliberados pelo Conselho de Direitos. No mesmo sentido, o parágrafo 2º do art. 260 da Lei nº 8.069/90 condiciona a aplicação dos recursos dos fundos à existência de tais planos.

Ora, permitir que os doadores escolham o projeto para receber a doação pode importar em rompimento com os objetivos traçados nos planos de ação e aplicação deliberados pelo Conselho de Direitos. Não é difícil imaginar hipótese em que pessoa jurídica condicione a aplicação dos recursos doados a projetos que julgue mais condizente com sua imagem, e não ao projeto estabelecido como prioritário; é indiscutível que a “escolha” da pessoa jurídica doadora traz como consequência um enfraquecimento do poder deliberativo do conselho de direitos.

Na medida em que se faculta à pessoa jurídica ou física escolher o projeto a ser aquinhado com a doação, tenha sido ele previamente estabelecido ou não como prioridade pelo conselho de direitos, estará o colegiado abrindo mão de uma prerrogativa que lhe é exclusiva e indelegável,

puro exercício de democracia participativa, que é indicar, de forma autônoma, quais os projetos ou entidades que devem receber os recursos da doação.

Ademais, como será explicitado adiante, está o Conselho de Direitos da Criança e do Adolescente, adstrito à obediência do regime jurídico de direito público, do qual resulta a necessidade de obediência ao princípio da legalidade, impessoalidade, moralidade e da função, dentre outros.

Neste particular, concorda-se integralmente com a reflexão oferecida pelo Promotor de Justiça Fernando Henrique de Moraes Araújo. Esclarece o autor que:

“ao permitir que o próprio doador indique para onde será destinado o recurso, imediatamente o conselho de direitos deixa de agir de forma impessoal e autoriza que o cidadão X ou a pessoa jurídica Y, de forma nominal, aja como se Gestora de Recursos Públicos fora, o que se mostra vedado por lei, máxime em se tratando de dinheiro público.”

Além disso, impende considerar, no esteio do entendimento acima, que o subjetivismo que norteia a “doação casada” pode muito bem desaguar no atendimento de interesses outros que os prioritários de crianças e adolescentes, abrindo espaço para a corrupção.

Por outro lado, “*não tem o doador, seja pessoa física ou jurídica, capacidade técnica para aferir em qual área há necessidade de alocação de recursos*”, o que torna letra morta o princípio da eficiência administrativa.

Por fim, conclui o autor que a possibilidade de o doador indicar o projeto ou entidade que receberá a doação “*esvazia a necessidade do próprio conselho de direitos, ofendendo o art. 6º, do Estatuto da Criança e do Adolescente, vez que o torna mero ‘chancelador’ ou ‘ratificador’ de vontades do doador, ainda que sob a ‘mascarada’ e ‘aparente’ carga de legalidade que se apresenta em fórmulas genéricas como a de que ‘um mínimo será reservado a deliberação do conselho’ ou ‘desde que haja prévia deliberação favorável da indicação do doador por parte do Conselho de Direitos*”²⁹⁰.

Seguindo esta linha de entendimento, o Promotor de Justiça Emerson Garcia deixou assentado que:

“ainda sob a ótica da impossibilidade dos Conselhos ‘abrirem mão’ ou ‘anteciparem’ o seu poder decisório, merece menção a evidente violação ao princípio da moralidade administrativa. Justifica-se a assertiva na medida em que os entes privados doadores, além de se beneficiarem de tratamento especial sob o prisma tributário, ainda poderão direcionar suas doações a instituições que lhes confirmam publicidade ou que sejam, direta ou indiretamente, dirigidas por agentes públicos que possam de algum modo beneficiá-los. À guisa de ilustração, basta imaginar a situação de uma empresa estatal, com personalidade jurídica de direito privado, que realize doações a instituição simpatizante com o partido político responsável pela indicação dos seus diretores”²⁹¹.

²⁹⁰ Da destinação ilegal de recursos dos fundos dos direitos da criança e do adolescente e a sujeição dos conselheiros de direitos à lei de improbidade administrativa, disponível em www.foncaij.org/acervo_artigos.php, acesso em 21 de janeiro de 2009.

²⁹¹ Fundo Especial dos Direitos da Criança e do Adolescente. Direcionamento das doações e possível configuração da improbidade administrativa: Tópicos de análise, disponível em www.mp.go.gov.br, acesso em 29 de janeiro de 2009.

É verdade que existe entendimento no sentido de ser legal a “doação casada” desde que o projeto ou entidade contemplada tenha sido previamente definido como prioritário pelo Conselho de Direitos.

Não parece ser constitucional, contudo, que o órgão que deita suas raízes na Constituição Federal disponha de parcela, por mínima que seja, do poder que recebeu de deliberar a respeito das ações e políticas voltadas ao público infanto-juvenil.

Nas palavras do Promotor de Justiça Márcio Oliveira “não procede o argumento sustentado por alguns no sentido de que, ao estabelecer determinados critérios e, com base neles, decidir se aprova ou não o projeto a ser apadrinhado por certo contribuinte/destinador, o Conselho estaria exercendo de forma plena sua função deliberativa, enquanto gestor dos recursos do fundo. É que, ao final de tudo, o que prevalece é o interesse do “destinador”, já que a doação somente se concretiza se for aceita a sua vontade. Vale dizer: o conselho não delibera se o projeto é ou não prioritário, mas apenas se vai trazer algum benefício ou não, qualquer que seja, para a população infanto-juvenil, mesmo sabendo que os recursos nele empenhados poderiam ser aplicados com maior proveito e resultados em demanda mais prementes. Segundo esta lógica de mera oportunidade, os Conselhos aceitam projetos “apadrinhados” apenas para não perderem recursos que, de outra

forma, iriam para o Fisco ou seriam direcionados para outras finalidades, ao gosto do doador²⁹²”.

Assim, a situação não muda caso o conselho de direitos delibere, previamente, projetos, programas e entidades que deverão receber prioritariamente recursos do fundo, escolhendo o doador pessoa física ou jurídica qual deles receberá a sua doação.

Com efeito, deve ser enfatizado que também a estipulação dos valores que serão repassados aos projetos, programas e entidades, tenham sido eles estabelecidos ou não como prioritários, é tarefa indelegável do Conselho de Direitos, que não pode simplesmente abrir mão da prerrogativa para transferi-la para as pessoas físicas e jurídicas doadoras.

Deliberar sobre as ações desenvolvidas em prol de crianças e adolescentes em todos os níveis, nos termos do inciso II do art. 88 da Lei nº 8.069/90, implica necessariamente dispor sobre a aplicação dos recursos dos fundos dos direitos, inclusive em termos de se especificar o montante de recursos que será destinado a cada projeto ou entidade.

O exercício do poder político de deliberar sobre a aplicação dos recursos do fundo não é uma faculdade, mas um dever inerente à própria razão de existência do Conselho de Direitos: servir de veículo para que se efetive a democracia participativa relacionada à deliberação e controle de todas as ações e políticas voltadas às crianças e adolescentes.

²⁹² *O papel dos Conselhos de Direitos em relação aos fundos e a ilegalidade das doações casadas*, disponível em abmp.org.br, acesso em 29 de janeiro de 2009.

É importante registrar, em síntese conclusiva, que na dinâmica que envolve os fundos especiais, dentre os quais os dos direitos da criança e do adolescente, os destinatários dos recursos ostentam exclusivamente a expectativa de direitos de os receberem; enquanto tal recebimento não se efetiva, os recursos dos fundos são públicos²⁹³, o que impõe a observância da competência legal para sua gestão, a cargo exclusivo do Conselho de Direitos, que não pode dela abrir mão para que a destinação fique condicionada à vontade do doador, sob pena de infringência aos princípios da legalidade, moralidade, função e eficiência.

Outra forma de burla ao princípio deliberativo inerente ao Conselho de Direitos de crianças e adolescentes, especificamente no que concerne à tarefa de decidir para onde devem ser aplicados recursos direcionados às ações em prol da população infanto-juvenil, diz respeito à emissão de certificados ou autorizações para captação de recursos, por meio dos quais entidades que tenham projetos já aprovados pelo Conselho possam, por si mesmas, captar recursos junto a doadores. Trata-se expediente que teve nítida inspiração na Lei nº 8.313/91, que tinha como objeto o incentivo à cultura. Na sistemática prevista na Lei, o proponente pode obter apoio de pessoas físicas e de pessoas jurídicas para a execução de seu projeto cultural, desde que seja antes aprovado pelo Ministério da Cultura, permitindo-se aos investidores deduzir do imposto de renda o valor repassado.

²⁹³ Cleucio dos Santos Nunes, *Orçamentos Públicos: a Lei 4.320/64 comentada*, José Mauricio Conti (coord.), p. 208.

No campo dos fundos dos direitos das crianças e adolescentes, tal prática se afigura, também, ilegal. É que não existe lei que autorize tal prática, cuja efetivação colide frontalmente com a legalidade que deve orientar a ação dos Conselhos de Direitos²⁹⁴. Além disso, não é difícil imaginar a existência de entidades cuja única razão de existência será a de apresentar projetos perante o Conselho com a única finalidade de captar recursos de determinada pessoa física ou jurídica, que abaterá a doação do imposto de renda devido. Uma vez recebida a “doação” para a entidade, não seria incomum que os mesmos tornassem às mãos do doador...

No que diz respeito à fiscalização das verbas do fundo, refere o parágrafo 4º do art. 260 da Lei nº 8.069/90 que o Ministério Público determinará em cada comarca a forma de fiscalização da aplicação, pelo Fundo Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente, dos incentivos fiscais referidos neste artigo.

O dispositivo é redundante, na medida em que a fiscalização da gestão da patrimônio público se insere dentro das atribuições do órgão do Ministério Público, nos termos do inciso III do ar. 129 da Constituição Federal de 1988. Por esta razão, também, a fiscalização exercida pelo órgão não se circunscreverá apenas em relação aos incentivos fiscais, mas também das outras receitas que ingressam no fundo nacional, estaduais e municipais.

²⁹⁴ Marcio Oliveira, *O papel dos conselhos de direitos em relação aos fundos e às doações casadas*, disponível em www.abmp.org.br, acesso em 29 de janeiro de 2009.

Tratando-se, ainda, de fundos especiais, regidos pela Lei nº 4320/64, deve haver fiscalização por parte dos Tribunais de Contas e pelo Poder Legislativo, nos termos dos artigos 81 e 82 da referida lei.

Além disso, não pode ser olvidado que o Conselho de Direitos tem a missão de exercer o controlar e fiscalizar a aplicação dos recursos dos fundos, verificando a compatibilidade do emprego dos recursos ao que foi deliberado no plano de aplicação. Trata-se de verdadeira obrigação, na medida em que *“o fundamento do controle administrativo reside no dever-poder de autotutela que a Administração Pública tem sobre suas atividades, atos e agentes”*²⁹⁵.

Outro aspecto de extrema relevância em relação aos fundos diz respeito à destinação dos recursos. Convém realçar que a aplicação dos recursos deve obedecer ao que foi estipulado no plano de aplicação dos recursos. Os recursos devem ser dirigidos a programas de proteção especial, destinados a crianças e adolescentes em situação de risco, projetos de pesquisa e estudos, projetos de comunicação e divulgação de ações de defesa do Estatuto e capacitação dos recursos humanos.

Há que entenda que, não havendo, no município, políticas sociais básicas (saúde, educação, moradia, etc.), podem os recursos ser aplicados, excepcionalmente, para concretizá-las²⁹⁶.

²⁹⁵ Diógenes Gasparini, *Direito Administrativo*, p. 562.

²⁹⁶ Wilson Donizeti Liberati e Plúbio Caio Bessa Cyrino, *Conselhos e Fundos no Estatuto da Criança e do Adolescente*, p. 232.

Murilo José Digiácomo entende, com razão que os recursos do fundo não devem ser aplicados para manutenção do conselho tutelar, do conselho de direitos de crianças e adolescentes, para manutenção de entidades não governamentais e para custear políticas básicas a cargo do poder público²⁹⁷.

Não se pode perder de vista que:

“... as ações vinculadas às políticas básicas ou de assistência, além de possuírem caráter permanente, são intrínsecas à esfera governamental e geralmente voltadas para toda a população, indiscriminadamente, não podendo, deste modo, receber o mesmo tratamento das ações percebidas como de natureza especial. A omissão do Poder Executivo em financiar, a contento, tais políticas, nos moldes preconizados pela Constituição da República, não deve - e não pode - ser suprida por recursos do Fundo Especial, cujo fundamento de criação está atrelado à política de atendimento da população infanto-juvenil²⁹⁸”.

Ainda no que concerne aplicação dos recursos do fundo, não pode ser esquecido que parte dos recursos do fundo deverá necessariamente ser aplicada para o incentivo ao acolhimento, sob a forma de guarda, de criança ou adolescente órfão ou abandonado, nos termos parágrafo 2º do art. 260 da Lei nº 8.069/90.

²⁹⁷ O Fundo Especial para a Infância e Adolescência - FIA e o orçamento público, disponível em www.foncaij.org/acervo/artigos.php. No mesmo sentido, Felício Pontes Junior, *Conselho de Direitos da Criança e do Adolescente*, p. 41.

²⁹⁸ Patrícia Silveira Tavares, *Os Conselhos de Direitos da Criança e do Adolescente*, In: Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade Maciel (coord.), *Curso de Direito da Criança e do Adolescente: aspectos teóricos e práticos*, p. 290.

7.4. O Conselho Tutelar e Conselhos de Direitos de Crianças e Adolescentes: submissão ao regime jurídico de direito público

Se a delimitação da natureza jurídica do conselho tutelar e dos conselhos de direitos é assunto tormentoso, pelo fato de a legislação de regência – Lei nº 8.069/90 – deixar margem a diversos questionamentos, o mesmo não se pode dizer quanto a classificar as atividades desenvolvidas pelos órgãos como essencialmente públicas.

Não bastasse a relevância das funções do Conselho Tutelar e dos Conselhos de Direitos, há dispositivos legais específicos qualificando como de interesse público o serviço desempenhado nos órgãos. Com efeito, o art. 89 da Lei nº 8.069/90 estabelece que a função de membro do Conselho Nacional e dos conselhos estaduais e municipais dos direitos da criança e do adolescente deve ser considerada como interesse público relevante. Por outro lado, o art. 135 da Lei determina refere que o exercício da função de conselheiro é serviço público relevante, estabelecendo presunção de idoneidade moral e assegurará prisão especial, em caso de crime comum, até julgamento definitivo.

Não se perca de vista que as finalidades do Conselho Tutelar – resumidamente, zelar pela efetivação de direitos de crianças e adolescentes – e dos Conselhos de Direitos – deliberação de políticas e controle de ações em

todos os níveis – são essencialmente públicas, na medida em que se confundem verdadeiramente com o próprio exercício do poder político.

Se assim é, a atuação do conselho tutelar e dos conselhos de direitos da criança e do adolescente não podem se submeter a outro regime senão o de direito público.

O regime jurídico de direito público, ensina Carlos Ari Sundfeld, resulta da consagração de diversos princípios, dentre os quais destacamos o da autoridade pública, o da submissão do Estado à ordem jurídica, função, igualdade dos particulares perante o Estado e publicidade²⁹⁹.

Pelo princípio da autoridade pública, é possível à administração impor unilateralmente deveres aos particulares. Ora, não se pode negar que o conselho tutelar, ao aplicar medidas protetivas aos pais ou responsáveis, está, em última análise, impondo um dever. Da mesma forma, o Conselho de Direitos, quando estabelece parâmetros de funcionamento de entidades não-governamentais.

A submissão do Estado à ordem jurídica se confunde com o princípio da legalidade, que é *“tradução jurídica de um propósito político: o de submeter os exercentes do poder em concreto – o administrativo – a um quadro normativo que embargue favoritismos, perseguições ou desmandos”*³⁰⁰.

O princípio da legalidade se revela na circunstância de tanto o conselho tutelar como o conselho de direitos da criança e do adolescente terem

²⁹⁹ *Fundamentos de Direito Público*, Malheiros, p. 154.

³⁰⁰ Celso Antonio Bandeira de Mello, *Curso de Direito Administrativo*, p. 91.

competências taxativamente estabelecidas em lei, não podendo, de forma alguma atuar em contrário ou além do estabelecido na lei e nos princípios fundamentais do ordenamento jurídico.

Com efeito, a interpretação do princípio da legalidade, ensina Odete Medauar:

“deve abranger a observância da lei formal, votada pelo legislativo, e também dos preceitos decorrentes de um Estado Democrático de Direito, que é o modo de ser do Estado Brasileiro, conforme reza o art. 1º, caput da Constituição; e, ainda, deve incluir a observância dos demais fundamentos e princípios de base constitucional³⁰¹”.

Pelo princípio função, o exercício do poder estatal não é uma faculdade, mas um dever do agente. Ainda, o ato jurídico pelo agente praticado só será válido se atingida a sua finalidade. Ora, é evidente que tanto os conselheiros tutelares, como os conselheiros de direitos estão jungidos à função inerente ao cargo, não havendo espaço para não desempenhar os encargos que lhes são cometidos. Resulta deste postulado não se admissível, por exemplo, que o conselheiro de direitos falte sistematicamente às assembleias do órgão ou não desempenhe as tarefas das comissões que eventualmente tome parte. Ainda, em decorrência do princípio da função, não é lícito ao Conselho de Direitos abrir mão do exercício de poder político consistente em deliberar a respeito da destinação de recursos doados ao fundo municipal dos direitos, viabilizando a prática conhecida como “doação casada”.

³⁰¹ *Direito Administrativo Moderno*, p. 134.

Por outro lado, o ato do conselheiro tutelar que importar no abrigamento da criança por razões outras do que salvaguardar os direitos daquela (por exemplo, punir os pais) representa abuso de poder e desvio de finalidade, especificamente por atentar contra o princípio da função administrativa ao qual está sujeito.

Ademais:

“descendem do princípio segundo o qual as competências dos agentes estatais se ligam às finalidades públicas a exigência da razoabilidade, proporcionalidade, moralidade e boa-fé na atuação estatal, especialmente relevante quando a norma jurídica concede certa margem de liberdade para o agente decidir quanto ao modo como vai exercer sua competência³⁰²”.

Assim, também os atos do conselho tutelar e dos conselhos de direitos devem ser lógicos, congruentes e compatíveis com os padrões éticos vigentes na sociedade.

O princípio da isonomia traduz a idéia de impessoalidade³⁰³, dele decorrendo a necessidade de o conselheiro tutelar e de direitos de crianças e adolescentes tratar todos sem discriminações políticas, religiosas, raciais etc.

Pelo princípio da publicidade, por fim, deve ser exigida transparência no exercício das funções de conselheiro tutelar e de conselheiro de direitos, resguardadas, obviamente, as situações que exigem resguardo da intimidade das pessoas, notadamente nos casos atendidos pelo Conselho Tutelar.

³⁰² Carlos Ari Sundfeld, *Fundamentos de Direito Público*, p. 165.

³⁰³ Celso Antonio Bandeira de Mello, *Curso de Direito Administrativo*, p.104.

Não é difícil perceber, pois, a necessidade de o Conselho Tutelar e os Conselheiros de Direitos submeterem-se aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, trazidos no art. 37 da Constituição Federal de 1988.

Por outro lado, a circunstância de os conselheiros tutelares serem compreendidos como agentes públicos e de os conselheiros de direitos desempenharem serviço público relevante repercute intensamente no que diz respeito à responsabilização por atos ilegais que por ventura pratiquem.

É importante salientar que uma mesma conduta pode representar ofensa a bens jurídicos diversos, consagrados em diferentes normas jurídicas, das quais brotam esferas de responsabilidade distintas, cujas instâncias podem ser concomitantemente acionadas³⁰⁴. De um crime praticado, além do interesse de punir o criminoso, podem advir conseqüências civis, podendo a vítima pleitear a reparação. Estabelecida, por sua vez, a condição de agente público, conselheiro tutelar ou conselheiro de direitos do autor do crime, o mesmo fato repercute em termos de responsabilidade administrativa e na responsabilidade por improbidade administrativa.

7.4.1. A responsabilização penal de conselheiros tutelares e conselheiros de direitos

³⁰⁴ Maria Sylvia Zanella di Pietro, *Direito Administrativo*, p. 775.

Os crimes praticados por agentes públicos no exercício da função estão, em sua maioria, inseridos no título XI do Decreto-lei nº 2.848 de 07 de dezembro de 1940 (Código Penal).

Objetiva-se “*proteger a norma desenvolvimento da máquina administrativa em todos os setores de sua atividade*”³⁰⁵”.

Os delitos previstos nos arts. 312 a 326 são conhecidos como crimes funcionais, por exigirem a condição de funcionário público do sujeito ativo.

O art. 327 do Código Penal, por sua vez, estabelece um conceito ampliado de funcionário público, muito mais abrangente que o estipulado no direito administrativo. Assim, por funcionário público se deve entender todo aquele que, embora transitoriamente ou sem remuneração, exerce cargo, emprego ou função pública.

Como se pode facilmente observar, os conselheiros tutelares e os conselheiros de direitos da criança e do adolescente, exercendo respectivamente cargos e funções públicas, podem ser compreendidos para fins penais, como funcionários públicos, respondendo, por tal razão, pelo conjunto de crimes que exigem esta qualificação especial do sujeito ativo³⁰⁶.

Assim, é possível que os conselheiros tutelares e os conselheiros de direitos pratiquem os crimes de peculato, na sua forma dolosa e culposa,

³⁰⁵ Damásio Evangelista de Jesus, *Direito Penal*, p. 115.

³⁰⁶ Para Damásio Evangelista de Jesus, as expressões agentes públicos, agentes administrativos, servidores públicos e servidores temporários devem ser compreendidas, para fins penais, como equivalentes a funcionários públicos, *Direito Penal*, p. 115.

peculato por erro de outrem, extravio, sonegação ou inutilização de livro ou documento, emprego irregular de rendas ou verbas públicas, concussão, corrupção passiva, prevaricação, condescendência criminosa, advocacia administrativa, abandono de função, exercício funcional ilegalmente antecipado ou prolongado violação de sigilo profissional. Ainda, podem responder pela inserção de dados falsos em sistemas de informações e a modificação ou alteração não autorizada de sistema de informações³⁰⁷.

É evidente que além dos ilícitos acima mencionados, que exigem a condição de agente público para ser sujeito ativo dos crimes, podem os conselheiros tutelares e de direitos praticarem crimes diversos, previstos não somente no Código Penal, mas também na legislação extravagante, inclusive na Lei nº 8.069/90. É possível que o conselheiro tutelar pratique, por exemplo, o crime do art. 230 da Lei nº 8.069/90 (privação da liberdade de criança e do adolescente), da mesma forma que pode incorrer em abuso de autoridade (Lei nº 4868/65) quando, atuando em município diverso, invoca sua condição de conselheiro tutelar para aferir vantagem pessoal, ainda que sob o argumento de que está a serviço de criança e adolescente do Município³⁰⁸.

³⁰⁷ Arts. 313-A e 313-B do Código Penal, acrescentados pela Lei 9.983 de 14 de julho de 2000.

³⁰⁸ O exemplo é de Denis Pestana, *Manual do Conselheiro Tutelar: da teoria à prática*, p. 157.

7.4.2. A Responsabilidade Administrativa dos Conselheiros Tutelares e dos Conselheiros de Direitos

Responsabilidade administrativa:

“é a que resulta de violação de normas internas da Administração, pelo servidor sujeito ao Estatuto e disposições complementares, estabelecidas em lei, decreto ou qualquer outro provimento regulamentar da função pública”³⁰⁹.

A violação a condutas estabelecidas pela administração caracteriza o ilícito administrativo, infringência à ordem interna dos serviços públicos.

Como já restou consignado no corpo deste trabalho, a lei que cria o Conselho Tutelar deve prever as condutas que devem ser concebidas como ilícitos administrativos, estabelecendo, de acordo com o princípio da proporcionalidade, as sanções correspondentes, que poderão abranger desde uma mera advertência até a cassação do mandato.

O mesmo raciocínio deve ser aplicado em relação aos conselheiros de direitos. Aliás, a Resolução 105/05 do CONANDA, não modificada, neste particular, pela Resolução 116/06, é expressa no sentido de que a lei local deverá dispor sobre as situações em que os representantes do governo e das organizações da sociedade civil poderão ter seus mandatos suspensos ou cassados, notadamente quando foi constatada reiteração de faltas injustificadas às sessões deliberativas dos conselhos de direitos, for

³⁰⁹ Hely Lopes Meirelles, *Direito Administrativo Brasileiro*, p. 416.

determinado, em procedimento para apuração de irregularidade em entidade de atendimento suspensão cautelar dos dirigentes ou aplicada alguma das sanções do art. 97 da Lei nº 8.069/90 e quando for constatada a prática de ato incompatível com a função ou com os princípios que regem a administração pública, estabelecidos no art. 4º da Lei nº 8429/92.

É evidente que as hipóteses trazidas na resolução são meramente exemplificativas, podendo a lei que instituir os conselhos estipular infrações e sanções diversas, sempre obedecido o princípio da proporcionalidade.

Além disso, a lei deve prever quem deve deflagrar o procedimento administrativo que, por imposição constitucional, deverá assegurar ao conselheiro o contraditório e a ampla defesa.

7.4.3. A responsabilidade dos Conselheiros Tutelares e Conselheiros de Direitos por Atos de Improbidade Administrativa

A idéia de probidade administrativa está umbilicalmente ligada à de moralidade. Não por outra razão, Wallace Paiva Martins Junior refere que:

“o princípio da moralidade administrativa prega a observância de regras éticas na atividade administrativa, informadas por valores como boa-fé, diretivas de boa-administração, honestidade, lealdade, interesse público, imparcialidade, etc., que devem estar presentes na conduta do agente público e no ato praticado (objeto,

motivo, finalidade). Contido no princípio da moralidade está o da probidade³¹⁰”.

Assim, em termos genéricos, a improbidade administrativa é:

“o designativo técnico para a chamada corrupção administrativa, que, sob diversas formas, promove o desvirtuamento da administração pública e afronta os princípios nucleares da ordem jurídica (Estado de Direito, Democrático e Republicano), revelando-se pela obtenção de vantagens patrimoniais indevidas às expensas do erário, pelo exercício nocivo das funções e empregos públicos, pelo ‘tráfico de influência’ nas esferas da Administração Pública e pelo favorecimento de poucos em detrimento dos interesses da sociedade, mediante a concessão de obséquios e privilégios ilícitos³¹¹”.

Além de estabelecer os princípios sobre os quais deve a administração pública se pautar – art. 37, “caput”, da Constituição Federal de 1988 – houve por bem o legislador constituinte estabelecer, no parágrafo 4º do mesmo dispositivo que *“os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário³¹², na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível”*.

Do parágrafo 4º do art. 37 é possível, em primeiro lugar, concluir que a responsabilização do agente público por atos de improbidade não tem

³¹⁰ *Probidade Administrativa*, p. 99.

³¹¹ Marino Pazzaglini Filho, Márcio Fernando Elias Rosa, Waldo Fazzio Júnior, *Improbidade Administrativa: aspectos jurídicos da defesa do patrimônio público*, p. 39/40.

³¹² A Lei nº 8.429/92 estabelece também como sanções ao ato de improbidade a perda dos bens e valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, o pagamento de multa civil e proibição de contratar com o poder público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que, por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário.

natureza penal³¹³. Entender de outra forma seria tornar letra morta a parte final do dispositivo (“sem prejuízo da ação penal cabível”).

Não se confunde também a responsabilização por improbidade administrativa com a responsabilidade civil, que deita suas raízes fundamentalmente na obrigação de reparar um dano causado, não importando em aplicação de uma penalidade, como no caso da responsabilização por improbidade.

Importante deixar assentado que normas jurídicas de diferentes matizes compõem o mosaico legal de proteção à probidade administrativa³¹⁴. Assim, ao lado do regramento previsto na Lei nº 8429/92, existem normas administrativas (que estabelecem ilícitos e sanções), civis (determinantes do ressarcimento dos danos ou anulação de atos) e penais (definem os crimes e as penas correspondentes), todas elas com objeto de resguardar o agir administrativo de práticas contrárias ao princípio da moralidade.

A responsabilidade por ato de improbidade administrativa delineada pela Constituição Federal de 1988 foi regulamentada pela Lei nº 8.429/92. Os atos de improbidade administrativa estão descritos nos artigos 9º, 10º e 11º do referido diploma legal.

No art. 9º estão previstas as condutas que importam em enriquecimento ilícito. Assim, constitui ato de improbidade qualquer conduta que importa auferir vantagem patrimonial em razão do exercício do cargo, mandato,

³¹³ Nesse sentido, Maria Sylvia Zanella di Pietro, *Direito Administrativo*, p. 773.

³¹⁴ Mônica Nicilda Garcia, *Responsabilidade do Agente Público*, p. 241.

função, emprego ou atividade nas entidades mencionadas no art. 1º da Lei nº 8.429/92. Nas hipóteses previstas nos incisos do art. 9º deve estar comprovado o enriquecimento ilícito por meio do cargo.

Os atos que importam lesão ao erário estão previstos no art. 10 da Lei nº 8.429/92. Importa consignar que a diminuição ao patrimônio do erário pode resultar inclusive de comportamento culposos do agente público.

Por fim, no art. 11 estão previstos, como atos que caracterizam improbidade administrativa, aqueles que atentam contra os princípios da administração pública. É relevante consignar que da ilegalidade do ato não brota imediatamente sua caracterização como ato de improbidade. Além da contrariedade ao ordenamento jurídico, o ato deve também atentar contra o princípio da moralidade³¹⁵.

Todos estes atos podem ser praticados por conselheiros tutelares e conselheiros de direitos. Não se olvide que a Lei nº 8.429/92 adotou a expressão genérica de agentes públicos para qualificar quem pode praticar os atos de improbidade, tomando ainda a cautela de esclarecer o que se deve entender pela expressão. Assim, para efeitos da Lei, agente público é todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nas entidades mencionadas no art. 1º da Lei.

³¹⁵ Nesse sentido, Mônica Nicilda Garcia, *Responsabilidade do Agente Público*, p. 265 e Juarez Freitas, *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*, p. 117.

Bem se vê que a intenção do legislador foi a de abranger todos aqueles que, ainda que de forma tênue, têm contato com a coisa pública, donde resta incontestável que os conselheiros tutelares e os conselheiros de direitos se submetem à responsabilização por improbidade administrativa. Aliás, na exemplificação oferecida por Marcelo Figueiredo, as representações da sociedade civil em conselhos figuram expressamente como um dos possíveis sujeitos ativos dos atos de improbidade administrativa³¹⁶.

Assim, o conselheiro tutelar que se presta a servir de intermediário da prática do crime do art. 242 do Código Penal, além de responder pelo crime como partícipe, deve também ser responsabilizado por ato de improbidade administrativa. Se o conselheiro auferiu vantagem patrimonial para fazê-lo, a hipótese se subsume ao inciso I do art. 9º da Lei nº 8.429/92³¹⁷. Caso nada tenha recebido, o ato se subsume ao art. 11 da Lei, pois é patente a sua colisão com os princípios da administração pública.

Sob outro ângulo, tanto o conselheiro tutelar como o conselheiro de direitos pode utilizar, em obra ou serviço particular, o veículo colocado à disposição dos órgãos. Podem ainda determinar ao pessoal administrativo que

³¹⁶ *Proibidade Administrativa: comentários à Lei 8.429/92 e legislação complementar*, p. 45.

³¹⁷ “Receber, para si ou para outrem, dinheiro, bem móvel ou imóvel, ou qualquer outra vantagem econômica, direta ou indireta, a título de comissão, percentagem, gratificação ou presente de quem tenha interesse, direto ou indireto, que possa ser atingido ou amparado por omissão decorrente das atribuições do agente público”.

lhe façam serviços particulares, incorrendo nas duas hipóteses, em ato de improbidade previsto no inciso V do art. 9º da Lei 8.429/92³¹⁸.

Por outro lado, se os conselheiros de direitos:

“deliberam sobre a forma de captação, seleção dos projetos e destinação dos recursos do Fundo por mero ‘achismo’, sem qualquer diagnóstico objetivo da territorialidade respectiva, com quadro sério de indicadores sociais, é óbvio que não estará havendo respeito aos requisitos dos atos administrativos (...) e imediatamente aos princípios constitucionais da legalidade, moralidade e eficiência, permitindo adequação típica aos preceitos

³¹⁸ *“Utilizar, em obra ou serviço particular, veículos, máquinas, equipamentos ou material de qualquer natureza, de propriedade ou à disposição de qualquer das entidades mencionadas no art. 1º desta Lei, bem como o trabalho de servidores públicos, empregados ou terceiros contratados por essas entidades.”*

dos arts. 9º, II³¹⁹, XI³²⁰ e 11, I³²¹, ambos da Lei nº 8.429/92³²².”

7.4.4. A Responsabilidade Civil dos Conselheiros Tutelares e dos Conselheiros de Direitos

A responsabilidade civil representa o dever de uma pessoa física ou jurídica indenizar as perdas e danos materiais e morais experimentados por terceira pessoa em virtude de ação ou omissão ilícitas³²³.

Não se olvide que no desempenho de suas atribuições, podem os conselheiros tutelares, assim como os conselheiros de direitos causarem dano a terceiros.

Com efeito, é plenamente possível, por exemplo, que o conselheiro tutelar não observe sigilo a respeito de caso a seu encargo, o que pode submeter o município a constrangimentos diversos, disso surgindo a possibilidade de reparação por danos morais.

³¹⁹ *“Perceber vantagem econômica, direta ou indireta, para facilitar a aquisição, permuta ou locação de bem móvel ou imóvel, ou a contratação de serviços pelas entidades referidas no art. 1º por preço superior ao valor do mercado”.*

³²⁰ *“Incorporar, de qualquer forma, ao seu patrimônio bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no art. 1º desta Lei”.*

³²¹ *“Praticar ato visando fim proibido em lei ou regulamento ou diverso daquele previsto na regra de competência”.*

³²² Fernando Henrique de Moraes Araújo, *Da destinação ilegal de recursos dos fundos dos direitos da criança e do adolescente e a sujeição dos conselheiros de direitos à lei de improbidade administrativa*, disponível em www.foncaij.org/acervo_artigos.php, acesso em 21 de janeiro de 2009.

³²³ Maria Helena Diniz define responsabilidade civil como *“aplicação de medidas que obriguem uma pessoa a reparar dano moral ou patrimonial causado a terceiros, em razão de ato por ela mesma praticado, por pessoa por quem ela responde, por alguma coisa a ela pertencente ou de simples disposição legal”*, *Curso de Direito Civil Brasileiro*, p. 29.

O conselheiro de direitos, por sua vez, agindo com dolo, pode praticar um ato administrativo em desvio de finalidade que importe em restrição de direitos de determinada entidade, disso resultando, por exemplo, a perda de uma chance de se qualificar como entidade de atendimento.

A questão que se põe é saber se o conselheiro tutelar e o conselheiro de direitos podem ser pessoalmente acionados em demandas que versem sobre responsabilidade civil. A resposta deve ser negativa.

Como foi abordado em linhas anteriores deste trabalho, é importante lembrar que tanto o conselho tutelar como os conselhos dos direitos de crianças e adolescentes são órgãos que se integram dentro da estrutura administrativa do poder público. Não possuem personalidade jurídica e, por outro lado, têm personalidade judiciária exclusivamente para a defesa de suas prerrogativas.

Assim, em relação a eventuais danos que seus membros causarem a terceiros, é o ente político quem deve responder, nos termos do parágrafo 6º do art. 37 da Constituição Federal de 1988³²⁴, facultado o direito de regresso do Estado contra o conselheiro responsável no caso de dolo ou culpa³²⁵.

³²⁴ “As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos respondem pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa”.

³²⁵ Em decisão de 15 de agosto de 2006, no recurso extraordinário 327.904, o Ministro Carlos Ayres Brito julgou ser impossível que o agente público que, no exercício de sua função, causa dano a terceiro, venha responder pessoalmente pelo fato, ainda que com base em comportamento culposos, devendo a ação ser dirigida em face da pessoa política. “O agente não representa o Estado” esclareceu o Ministro, “ele é o Estado em ação”.

Assim, é o Município que deve responder por ação de indenização promovida por terceiro na qual se alega a ocorrência de dano decorrente da atuação do Conselho Tutelar. Se, por outro lado, a ação tiver como causa de pedir a conduta omissiva causadora de dano de um conselheiro estadual de direito, é o Estado quem deve figurar no pólo passivo da demanda.

7.5. Conselho Tutelar e Conselho de Direitos: desafios e possibilidades da democracia participativa

Procurou-se demonstrar que os conselhos tutelares e de direitos previstos na Lei nº 8.069/90 apresentam-se como sofisticados instrumentos de conformação da vontade e do agir do Estado, especificamente por transferir à sociedade civil responsabilidades que outrora eram privativas do poder público.

Decorridas mais de duas décadas desde a promulgação da Constituição Federal de 1988 e dezoito anos da promulgação da Lei nº 8.069/90, a verdade é que tais instrumentos ainda não se afirmaram como espaços públicos nos quais o cidadão possa efetivamente ter voz.

Assim, se é verdadeiro que a esmagadora maioria de municípios do país conta formalmente com conselhos tutelares, não se pode perder de vista, por

outro lado, que falta estrutura de trabalho, capacitação e remuneração adequada para muitos conselhos tutelares.

Sob outro enfoque, é notório que, em muitos municípios, a legislação municipal não conseguiu afastar a possibilidade de que pessoas queiram funcionar como conselheiros tutelares com o objetivo único de se utilizarem do cargo como “trampolim” para outras incursões políticas. Desta forma, pessoas sem preparo e vocação assumem as funções do órgão e desde logo se utilizam das prerrogativas do cargo para projeção pessoal.

Não conseguiu ainda o conselho tutelar se afirmar enquanto instância de auxílio do Poder Executivo para a elaboração de proposta orçamentária. Isto é decorrência de não serem adotados mecanismos de consolidação de dados, bem assim da falta de capacitação dos conselheiros, tutelares e de direitos, para, diante dos dados existentes, interpretá-los. O SIPIA ainda é uma miragem distante da realidade de muitos municípios brasileiros.

No que concerne especificamente aos conselhos de direito, muitas vezes o Poder Público se vale do expediente de indicar, para representar o setor governamental, pessoas sem domínio nas áreas respectivas, frustrando o fluxo de informações e o processo deliberativo que deve ocorrer dentro do colegiado.

A destinação dos recursos do Fundo dos Direitos da Criança e do Adolescente ainda se pauta, em muitas localidades, pelo clientelismo entre as entidades não governamentais e pela ausência de critérios pré-estabelecidos

para a utilização do capital. Não são raros os casos em que a verba é utilizada para adquirir veículos para entidades, para implementação de questionáveis benfeitorias, para a consecução de projetos mirabolantes nos quais a criança e o adolescente não estão em primeiro lugar.

Pelo mau exemplo da Resolução 94 do CONANDA, as “*doações casadas*” para o Fundo dos Direitos são uma realidade. De igual forma, a expedição, pelos Conselhos, dos certificados de captação de recursos.

Todas estas circunstâncias, presentes, é verdade, no cotidiano da política de atendimento de muitas localidades do país, em nada descaracterizam a relevância que os conselhos tutelares e os conselhos de direitos – verdadeiros espaços de cidadania – assumem para a efetivação dos direitos de crianças e adolescentes.

A construção e o aperfeiçoamento dos espaços democráticos é exercício contínuo. O desafio que se põe a todos é criar uma cultura de reconhecimento dos conselhos de direitos e conselhos tutelares, de modo a viabilizar que tais órgãos possam, de fato, servir de instrumentos da sociedade civil para a construção da vontade política do Estado no que atine à efetivação dos direitos de crianças e adolescentes.

CONCLUSÕES

1) Viabilizar a participação popular na formação da vontade estatal representa mais um capítulo na evolução do Estado de Direito. Aos postulados fundamentais trazidos pelas vertentes Liberal, Social e Democrática devem ser agregados instrumentos de democracia direta, restando aperfeiçoada a democracia representativa, de modo que a formação da vontade estatal espelhe com maior fidelidade possível os anseios da sociedade.

2) A participação popular, enquanto instrumento da democracia participativa, integra o rol dos direitos fundamentais da pessoa humana. O direito à participação pode ser visualizado como um desdobramento do direito à liberdade, integrando a fórmula fundamental da dignidade da pessoa humana.

3) A participação popular está consagrada em diversos diplomas internacionais de direitos humanos, dentre os quais a Declaração Internacional dos Direitos Humanos, no Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e no Pacto Internacional dos Direitos Civis e Político. Este trabalho adota corrente doutrinária segundo a qual tais documentos, uma vez ratificados pelo Estado Brasileiro, assumem a natureza constitucional, por força dos parágrafos 2º e 3º do art. 5º da Constituição Federal de 1988. Disso resulta

que na eventualidade de algum tratado internacional contemplar mecanismo de participação popular diferente daqueles já previstos na Constituição Federal, a adesão e ratificação do referido tratado pelo Estado brasileiro alça o referido direito à condição de emenda constitucional.

4) O princípio democrático está consagrado na Constituição Federal de 1988 no art. 1º. Ao estabelecer que todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes ou diretamente, está a Constituição Federal a exigir que sejam estruturados processos que ofereçam aos cidadãos efetivas possibilidades de participar dos processos de decisão.

5) Da conjugação dos princípios republicano e democrático consagrados na Constituição Federal de 1988, é possível extrair a existência do princípio participativo.

6) A participação popular se caracteriza como partilha de poder político. Traduz a idéia de o indivíduo, de forma isolada ou coletiva, criar a norma estatal ou substituir o Estado em assuntos que lhe cabiam de forma privativa. Controle social é a prerrogativa conferida ao cidadão de invadir a intimidade da administração pública para fiscalizá-la. A participação popular e o controle social representam projeções do princípio participativo. Não há efetiva participação popular sem que ao mesmo tempo se tenha um efetivo controle social.

7) Os instrumentos de participação popular previstos na Constituição Federal de 1988 (plebiscito, referendo, iniciativa popular, etc.) não esgotam as

possibilidades de participação, podendo o legislador ordinário criar outros institutos tendentes a viabilizar que o cidadão possa imiscuir-se na formação da vontade estatal.

8) O Município é o ente federativo mais adequado para a aplicação de institutos de participação popular, especificamente porque o cidadão tem muito mais ligação com este ente do que com o Estado ou a União. Exemplo vivo de democracia participativa, não contemplado expressamente pela Constituição Federal, é orçamento participativo.

9) Dentro do espectro das possibilidades de participação dentro dos quadros do Estado Democrático de Direito, não podem ser esquecidas algumas entidades, conhecidas como organizações não governamentais, que consubstanciam o denominado terceiro setor, que compreendem as Organizações não Governamentais (ONGs), Organizações Sociais (OSs) e Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIPs).

10) A adoção de instrumentos que viabilizem a democracia participativa não impede que ocorram retrocessos no processo democrático. Como exemplos de perigos para a democracia participativa podem ser citadas a cooptação dos canais participativos pelo Poder Público ou por entidades e a deficiência de análise, que se caracteriza pela insuficiência de conhecimentos técnicos para a tomada de decisões.

11) A proteção da criança e do adolescente no ordenamento jurídico internacional é resultante do movimento de expansão dos direitos humanos,

que ganhou impulso após a segunda guerra mundial. Da expansão dos direitos humanos resultou o fenômeno identificado por Norberto Bobbio como especificação dos sujeitos de direitos, a partir do qual o ser humano passa a ser compreendido dentro de sua peculiaridade. Estas são as bases teóricas para a construção de documentos internacionais protetivos às mulheres, crianças, contra a discriminação racial, dentre outros.

12) A emergência da doutrina da proteção integral de crianças e adolescentes no ordenamento jurídico brasileiro é resultado da cristalização, no plano do ordenamento jurídico interno, de princípios e normas internacionais que tratam, direta ou indiretamente, de crianças e adolescentes.

13) As raízes da doutrina da proteção integral repousam, assim, na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, na Declaração dos Direitos da Criança, no Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, no Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, na Convenção Americana dos Direitos Humanos, nas Regras Mínimas das Nações Unidas para administração da justiça juvenil, nas Diretrizes das Nações Unidas para a prevenção da delinquência juvenil e na Convenção Internacional dos Direitos da Criança.

14) A doutrina da proteção integral inaugurada pelo art. 227 da Constituição Federal de 1988 rompe com o paradigma jurídico anterior – a doutrina da situação irregular de crianças e adolescentes – especificamente

quando eleva este segmento populacional à condição de sujeitos de direitos em face da família, sociedade e do Estado.

15) O art. 227 da Constituição Federal de 1988, ao conjugar, como direitos fundamentais de crianças e adolescentes, direitos de natureza civis ao lado de direitos de natureza sociais, vai ao encontro da normativa internacional e posições doutrinárias prevalecentes no sentido de que os direitos humanos são indivisíveis.

16) Ao estabelecer, em seu art. 227, que é dever da família, da sociedade e do Estado, assegurar, em regime de prioridade absoluta, os direitos de crianças e adolescentes, a Constituição Federal de 1988 deixa bem claro que, todos estão juridicamente obrigados, de diferentes maneiras, a zelar pelo cumprimento dos direitos de crianças e adolescentes.

17) São princípios do direito da infância e juventude: a) o princípio do melhor interesse da criança; b) o princípio da condição peculiar da pessoa em desenvolvimento; c) o princípio da prioridade absoluta; d) o princípio da municipalização.

18) Sob o ângulo da eficácia das normas constitucionais, o art. 227 estabelece disposições de eficácia imediata, contida e programática. Em decorrência da positividade que receberam no texto constitucional, há direitos que desde logo investem crianças e adolescentes em direitos públicos subjetivos, tendo, portanto, eficácia imediata, como é o caso do direito à educação. Tais disposições convivem com outras de eficácia contida e

limitada, como aquelas que concernem, respectivamente, à excepcionalidade e brevidade da privação da liberdade e à profissionalização do adolescente.

19) Produto de intensa mobilização popular, o direito da infância e juventude, por meio do art. 227 da Constituição Federal e da Lei nº 8.069/90 abre amplas possibilidades de participação, que não se encontram explicitamente contemplados na legislação.

20) O art. 227 da Constituição Federal de 1988, ao estabelecer que é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, os direitos fundamentais estabelecidos impõe a necessidade de o Poder Público criar “canais de participação”, a partir dos quais os co-obrigados possam se desincumbir do dever. Existe, portanto, um dever do Estado de fomentar a participação na efetivação de crianças e adolescentes.

21) A Constituição Federal de 1988 especificou uma das possíveis aplicações do princípio participativo no direito da infância e juventude. É que o parágrafo 7º do art. 227 da Constituição Federal, ao remeter ao art. 204 do texto, estipula a necessária participação da população popular, por meio de organizações representativas, na formulação de políticas e no controle de ações em todos os níveis. Trata-se de norma que verdadeiramente reconfigura o exercício do poder político.

22) Dentre as várias abordagens que podem ser oferecidas para a expressão políticas públicas, adota-se a de Maria Paula Dallari Bucci, para

quem uma política pública é um programa de ação governamental que resulta de um processo ou conjunto de processos juridicamente regulados – processo eleitoral, processo de planejamento, processo de governo, processo orçamentário, processo legislativo, processo administrativo, processo judicial – visando coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados.

23) O administrador não tem discricionariedade para deliberar sobre a oportunidade e conveniência de implementação de políticas públicas determinadas na Constituição Federal.

24) Vislumbra-se que a participação popular na efetivação dos direitos de crianças e adolescentes pode se dar por duas formas. Uma delas diz respeito à formulação e controle social de políticas públicas. A outra, relaciona-se com a possibilidade de o cidadão envolver-se diretamente com a implementação de direitos de crianças e adolescentes. Em que pese a importância que tais práticas assumem em proveito de crianças e adolescentes, não se pode genericamente concluir que existe um direito do cidadão de se envolver diretamente com a efetivação de direitos de crianças e adolescentes. Casos há, é verdade, em que o envolvimento do cidadão recebeu positividade mais intensa no ordenamento – como no caso da direito à educação, em que a possibilidade de os pais participarem do processo pedagógico assume a natureza de direito público subjetivo.

25) Os Bancos de Leite Humano caracterizam-se por ser um serviço especializado, que tem como responsabilidade fomentar o aleitamento materno, bem como coletar e processar o leite humano para futura distribuição. Nos Bancos de Leite, as gestantes são incentivadas a doarem seu leite, não havendo contraprestação pecuniária. Trata-se de uma possibilidade de o cidadão envolver-se diretamente com a efetivação do direito à saúde de crianças.

26) A Constituição Federal de 1988, a Lei nº 8.069/90 e a Lei nº 9.394/96 (Lei de Diretrizes e Bases da Educação) consolidam a existência de gestão democrática do ensino público. Ao se assegurar, a crianças e adolescentes, o direito de contestar critérios avaliativos e, aos pais ou responsáveis, o direito de ter ciência do processo pedagógico, bem como participar da definição das propostas educacionais, estão abertas as portas para o cidadão envolver-se diretamente com o direito à educação.

27) A necessidade de serem oferecidas medidas protetivas individualizadas que, tanto quanto possível abordem a singularidade familiar, coloca a própria construção de medidas protetivas, notadamente aquelas relacionadas a acompanhamentos assistenciais, dentro de uma perspectiva necessariamente democrática e participativa por excelência. A participação se vislumbra pela imprescindível adesão aos serviços oferecidos, bem assim pelo protagonismo da família e do adolescente.

28) Tal como estruturado o programa “Bolsa Família”, há ampla possibilidade de participação da família no período de recebimento do benefício. Cumprindo as condicionalidades que são impostas pelo programa, as famílias obrigam que crianças e adolescentes permaneçam na escola e que tenham adequado acompanhamento dos serviços de saúde.

29) O Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (SINASE), a exemplo da normativa internacional envolvendo a efetivação de direitos de crianças e adolescentes, é pródigo ao viabilizar a participação. Ao jovem que recebe uma medida socioeducativa assiste o direito construir, ao lado do orientador, o projeto individualizado de atendimento. Ainda, é expresso o SINASE em relação à possibilidade de haver participação familiar e comunitária na experiência socioeducativa. A liberdade assistida comunitária é um exemplo de participação na efetivação do direito à socioeducação.

30) A justiça restaurativa representa uma alternativa à forma, essencialmente retributiva, pela qual o Estado responde à prática do ato infracional. Em linhas gerais, a justiça restaurativa se caracteriza por ser *“um processo por meio do qual todas as partes com interesses em uma particular situação problemática encontram-se para resolver coletivamente como lidar com as conseqüências do fato (crime, ofensa, conflito) e suas implicações futuras”*. A finalidade não é punir o ofensor, mas o restabelecimento do diálogo entre os envolvidos, com a participação ativa dos personagens centrais do evento, da comunidade na qual estão inseridos e de pessoas

capacitadas para desenvolverem a mediação (facilitadores ou mediadores). No sistema de apuração do ato infracional trazido pela Lei nº 8.069/90, a justiça restaurativa relaciona-se com o instituto da remissão.

31) Por meio dos programas de famílias acolhedoras, uma criança ou um adolescente cuja família natural não se encontra em condições de com ele permanecer, por motivos de maus-tratos, abandono, ou qualquer outra razão que tenderia a legitimar a inserção da criança ou adolescente num abrigo, passa a conviver com famílias previamente selecionadas e capacitadas. A idéia central é a de que a criança e o adolescente recebam os cuidados de uma família no período de tempo que é necessário para sua família natural reunir condições de novamente acolhê-los. O Plano Nacional de Convivência Familiar e Comunitária dispõe expressamente sobre o programa de famílias acolhedoras, traçando sua metodologia e seus objetivos, ressaltando que se trata de uma alternativa ao acolhimento.

32) A Lei nº 8.069/90, ao regulamentar o parágrafo 7º do art. 227 da Constituição Federal, instituiu no inciso II do art. 88, como diretriz da política de atendimento a existência dos Conselhos Nacional, Estaduais e Municipais de Direitos de Crianças e Adolescentes, órgãos deliberativos e controladores das ações em todos os níveis, assegurada a participação popular paritária por meio de organizações representativas, segundo leis federais, estaduais e municipais.

33) O Conselho Tutelar é órgão colegiado, permanente, autônomo, e não jurisdicional, encarregado pela sociedade de zelar pelo cumprimento dos direitos da criança e do adolescente.

34) O Conselho Tutelar não pode ser extinto ou sofrer qualquer tipo de descontinuidade em seus trabalhos, pois se trata de órgão permanente. Por ser órgão colegiado, suas decisões devem ser tomadas por maioria. Pela característica da autonomia, suas deliberações não estão sujeitas à concordância ou hierarquia. Não se incumbe o Conselho Tutelar da composição de litígios, nem da aplicação de sanções, já que não se trata de órgão jurisdicional. O órgão não tem personalidade jurídica, mas tem personalidade judiciária para a defesa de seus interesses em juízo.

35) A investidura no cargo de conselheiro tutelar resulta de escolha da sociedade, o que implica na realização de eleição.

36) O Conselho Tutelar tem a natureza jurídica de órgão público, especial e autônomo, classificação que deriva da interpretação do Decreto-Lei nº 200/67.

37) O conselheiro tutelar é agente público, mas não possui vínculo empregatício com o Município, razão pela qual não podem ser entendidos como servidores públicos. A função de conselheiro tutelar agrega aspectos do regime dos agentes políticos e dos particulares em colaboração com o poder público.

38) A equiparação efetuada pela Resolução 75 do CONANDA entre os conselheiros tutelares e os agentes públicos que exercem cargos em comissão, para efeito de garantia de direitos sociais, não é adequada, pois os cargos em comissão devem ser destinados às funções de chefia e assessoramento. Além disso, os cargos em comissão e de confiança são de livre nomeação e exoneração pelo chefe do Executivo, situação que não pode ser aplicada aos conselheiros tutelares, que são eleitos pela sociedade para um mandato.

39) Não existe discricionariedade entre se criar ou não o conselho tutelar no município. A determinação da forma pela qual o órgão será inserido na administração pública deve ser objeto da lei municipal que o institui.

40) Conquanto seja salutar a preocupação de conferir subsídios técnicos para o bom exercício da função de conselheiro tutelar, pensamos, ao contrário do que dispõe a Resolução 75 do CONANDA, que não existe a necessidade de serem lotados no órgão psicólogos e assistentes sociais. Isto porque o Conselho Tutelar deve estar em sintonia com os demais órgãos do Município, dentre os quais os Centros de Referência Especializada de Assistência Social (CREAS) e os Centros de Referência de Assistência Social (CRAS) que, no desempenho de suas atribuições, podem municiar o conselheiro tutelar das informações necessárias ao cumprimento de suas funções.

41) Em que pese a existência de vozes autorizadas no sentido de que a lei municipal pode restringir o colégio eleitoral para a eleição dos conselheiros tutelares, entendemos que, por força do art. 227, “caput”, da

Constituição Federal, que impõe ao Poder Público a adoção de fórmulas democráticas que propiciem a participação de todos, a interpretação do termo “comunidade”, constante no art. 132 da Lei nº 8.069/90, não pode ser outra senão a de considerar a totalidade dos cidadãos do município.

42) A Lei municipal pode estabelecer requisitos outros daqueles constantes no art. 133 da Lei nº 8.069/90 para a candidatura ao cargo de conselheiro tutelar.

43) A Lei municipal deve prever as hipóteses que autorizam a destituição do conselheiro tutelar do cargo. Revela-se oportuno, neste particular, que sejam contempladas as infrações administrativas e as respectivas penalidades, sempre guardando a idéia de proporcionalidade entre a falta cometida e a penalidade aplicada, assegurando-se ao conselheiro o contraditório e a ampla defesa.

44) O abrigo de crianças e adolescentes pelo Conselho Tutelar deve ser fundamentado.

45) O Conselho Tutelar não é órgão de execução de medidas protetivas aplicadas a crianças/adolescentes e/ou seus responsáveis.

46) Os casos de descumprimento injustificado das deliberações do Conselho Tutelar devem ser encaminhados à autoridade judiciária, a quem cabe tomar as medidas necessárias para fazer valer a decisão do órgão. O descumprimento injustificado das decisões do órgão sujeitam o infrator a responder pelo crime do art. 236 da Lei nº 8.069/90.

47) Ao Conselho Tutelar também compete fiscalizar a consistência das políticas públicas oferecidas para o público infanto-juvenil. Deve assessorar o Poder Executivo na elaboração da proposta orçamentária para planos e programas de atendimento dos direitos de crianças e adolescentes. Para tanto, deve o Conselho Tutelar se utilizar de um sistema de consolidação de dados, havendo recomendação do CONANDA no sentido de que tal medida se efetive por meio do Sistema de Informação para a infância e adolescência (SIPIA).

48) A existência de um conselho nacional, e de conselhos estaduais e municipais, sem que haja hierarquia entre os órgãos, está associada ao fato de que a política de atendimento de crianças e adolescentes (leis, políticas, instituições, programas) deve ser implementada por meio de um conjunto articulado de ações governamentais e não governamentais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, nos termos do art. 86 da Lei nº 8.069/90.

49) A descentralização político-administrativa se define, em termos políticos, pela municipalização e, em termos administrativos, pela transferência do *locus* do exercício do poder político para os Conselhos, assegurada a participação paritária da sociedade civil com representantes do poder público.

50) A criação e funcionamento do Conselho Nacional, Estadual e Municipal devem reproduzir a idéia de que cabe à União, no que diz respeito à crianças e adolescentes, a elaboração de normas gerais, ao passo que aos

Estados, e principalmente aos Municípios, a elaboração de normas específicas da política de atendimento.

51) Os Conselhos de Direitos de Crianças e Adolescentes são deliberativos, isto é, têm competência para decidir, e suas decisões vinculam o Poder Público. As verbas orçamentárias destinadas às políticas públicas para crianças e adolescentes não podem ser contingenciadas, devendo ser consideradas, à luz da Lei Complementar 101/00 (Lei de Responsabilidade Fiscal), como “obrigações constitucionais”.

50) Todas as políticas voltadas para o segmento infanto-juvenil, inclusive as políticas sociais básicas, devem ser objeto de deliberação pelos Conselhos de Direitos de Crianças e Adolescentes. Não se pode esquecer que a prerrogativa de deliberar sobre determinada política pública não significa que o Conselho de Direitos deva formulá-la.

52) É inconstitucional a política pública que não tenha sido previamente deliberada pelo Conselho de Direitos da Criança e do Adolescente. Inconstitucional, também, é a omissão do Poder Executivo de não cumprir o que restou deliberado pelo Conselho de Direitos.

53) Uma vez detectada a necessidade de elaboração de determinada política pública para crianças e adolescentes, não há discricionariedade para Conselho de Direitos deliberá-la ou não.

54) A missão de exercer o controle das ações voltadas para crianças e adolescentes implica o poder de fiscalizar entidades governamentais e não

governamentais, bem assim como todas as políticas desenvolvidas em prol do segmento infanto-juvenil. Os integrantes dos Conselhos de Direitos que representam o poder público devem disponibilizar o resultado dos controles internos desenvolvidos pelo Poder Executivo e devem estar em condições de esclarecer como se deu o processo de controle dentro do segmento do poder público respectivo.

55) As políticas públicas podem ser objeto de análise a partir de critérios diversos, dentre os quais a legalidade, moralidade e proibição do retrocesso social. Ainda, a política pública pode ser controlada quando a própria lei determina o montante de recursos que nela deva ser investido, quando desde logo se fixa um objetivo a ser alcançado e, por fim, quando os meios escolhidos para a concretização da política se revelam manifestamente ineficientes.

56) Compete ao Conselho de Direitos registrar e inscrever os programas de entidades não governamentais que trabalhem com crianças e adolescentes. O registro é condição indispensável para o seu funcionamento. Os Conselhos podem estabelecer requisitos outros, além daqueles estabelecidos pelo parágrafo único do art. 91 da Lei nº 8.069/90. Em relação às entidades governamentais, necessário se faz tão-somente a inscrição de seus programas na entidade.

57) Os fundos dos direitos das crianças e adolescentes são, de acordo com o art. 71 da Lei nº 4.320/64, especiais, pois tem como exclusiva destinação serem aplicados em políticas voltadas à crianças e adolescentes.

58) Os fundos especiais, dentre os quais os dos direitos da criança e do adolescente, devem ser geridos a partir de um plano de aplicação dos recursos. Tal plano de aplicação, por sua vez, remete à necessidade de planejamento, ou seja, um plano de ação dos recursos existentes no fundo dos direitos das crianças e adolescentes. Não se confunde o plano de ação com o plano de atendimento geral dos direitos de crianças e adolescentes, no qual todas as políticas públicas, dentre as quais as básicas, são objeto de análise e deliberação pelo Conselho de Direitos.

59) É fundamental que o Plano de Ação e o Plano de Aplicação dos recursos do fundo estejam contemplados no Plano Plurianual, na Lei de Diretrizes Orçamentárias e na Lei Orçamentária Anual.

60) O art. 260 da Lei nº 8.069/90 contempla a possibilidade de o contribuinte poder deduzir do imposto de renda a ser pago o total das doações feitas aos fundos dos direitos das crianças e adolescentes, nos limites legais. Tais limites se encontram discriminados na Lei nº 9.532/97, que estabeleceu, para a pessoa jurídica, a possibilidade de dedução de até 1% do imposto devido. Para a pessoa física, foi estabelecida a possibilidade de dedução de até 6% do imposto.

61) As práticas conhecidas como “doações casadas” aos fundos dos direitos de crianças e adolescentes são ilegais, pois na medida em que se faculta à pessoa jurídica ou física escolher o projeto a ser aquinhado com a doação, tenha sido ele previamente estabelecido ou não como prioridade pelo conselho de direitos, estará o colegiado abrindo mão de uma prerrogativa que lhe é exclusiva e indelegável, puro exercício de democracia participativa, que é indicar, de forma autônoma, quais os projetos ou entidades que devem receber os recursos da doação. Além disso, a submissão do Conselho de Direitos ao regime jurídico de direito público impõe a observância da estrita legalidade, não havendo previsão legal para que a função de deliberar a respeito da destinação dos recursos do fundo sejam delegados a terceiros.

62) De igual forma, a emissão, pelos Conselhos de Direitos, de certificados para captação de recursos é ilegal, pois não há lei que autorize tal prática.

63) Os fundos dos direitos da criança e do adolescente devem ser fiscalizados pelo Conselho de Direitos, pelo Ministério Público e pelo Tribunal de Contas.

64) As verbas existentes no fundo dos direitos das crianças e adolescentes não devem ser utilizadas para custearem políticas sociais básicas.

65) A atuação do conselho tutelar e dos conselhos de direitos da criança e do adolescente não podem se submeter a outro regime senão o de direito

público. Tal se dá pela natureza das atribuições dos órgãos e pela lei dispor expressamente que as funções do conselheiro tutelar representam público ao passo que as atividades dos Conselhos de Direitos caracterizam interesse público relevante.

66) O regime jurídico de direito público implica na observância dos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade e eficiência.

67) Uma mesma conduta, de um conselheiro tutelar ou conselheiro de direitos, pode representar ofensa a bens jurídicos diversos, consagrados em diferentes normas jurídicas, das quais brotam esferas de responsabilidade distintas, cujas instâncias podem ser concomitantemente acionadas.

68) Os conselheiros de direitos e os conselheiros tutelares devem ser considerados, à luz do art. 327 do Código Penal, como funcionários públicos.

69) As leis que instituem os conselhos tutelares e os conselhos de direitos devem contemplar um rol de infrações administrativas e sanções correspondentes, com o objetivo de resguardar a ordem interna dos serviços públicos.

70) Os atos dos conselheiros tutelares e dos conselheiros de direitos que atentarem contra o princípio da moralidade podem se subsumir às hipóteses previstas na Lei nº 8.429/92 como atos de improbidade administrativa, na medida em que esta lei é extremamente abrangente no que diz respeito a qualificar quem pode incorrer em improbidade.

71) Se, no desempenho de suas atribuições, os conselheiros tutelares ou conselheiros de direitos causarem danos a terceiros, quem responderá é o ente político, por força do parágrafo 6º do art. 37 da Constituição Federal, assegurado o direito de regresso em caso de dolo ou culpa do agente público.

72) As dificuldades para se implementar a democracia participativa por meio dos conselhos de direitos e conselhos tutelares não deve inibir que se sedimente uma cultura de reconhecimento social de tais órgãos, de modo a viabilizar que possam, efetivamente, democratizar os rumos das ações voltadas a crianças e adolescentes no Brasil.

BIBLIOGRAFIA

ABRINQ. *Conselho Tutelar: guia para a ação passo a passo*. Programa Prefeito Amigo da Criança.

ALBERGARIA, Jason. *Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente*. Rio de Janeiro: Ed. Aide, 1991.

ALVES, José Augusto Lindgren. *A Arquitetura Internacional dos Direitos Humanos*. São Paulo: Ed. FTD, 1997.

ANDRADE, José Carlos Viera. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1988.

ANDRADE, José Eduardo de. *Conselhos Tutelares: sem caminhos ou cem caminhos?*. Núcleo de Estudos e Pesquisas sobre a Criança e Adolescente da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo: Veras Editora, 2000.

ARAÚJO, Fernando Henrique de Moraes. *Da destinação ilegal de recursos dos fundos dos direitos da criança e do adolescente e a sujeição dos conselheiros de direitos à lei de improbidade administrativa*. Disponível em www.foncaij.org/acervo_artigos.php, acesso em 21 de janeiro de 2009.

AUAD, Denise. *Conselhos de Direitos e Fundos da Criança e do Adolescente: uma opção pela democracia participativa*, tese de doutorado apresentada na Universidade de São Paulo, sob a orientação da Professora Dra. Eunice A. J. Prudente, 2007.

BARCELLOS, Ana Paula. *Neoconstitucionalismo, Direitos Fundamentais e Controle das Políticas Públicas*. “Revista de Direito Administrativo 240”, 2005.

BARROSO, Luis Roberto. *Curso de Direito Constitucional*. 1ª ed., São Paulo: Ed. Saraiva, 2009.

_____. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. *Fundamentos Teóricos e Filosóficos do novo direito constitucional brasileiro*. “Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional”. Vol. 1, nº1, Curitiba, 2001.

BASTOS, Celso. *O Município: sua evolução histórica e suas atuais competências*. “Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política”, out-dez. de 1992.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. Carlos Néelson Coutinho, Editora Campus, 2004.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 19ª ed., São Paulo: Ed. Malheiros, 2006.

_____. *Teoria do Estado*. 4ª ed., São Paulo: Ed. Malheiros, 2003.

_____. *Teoria Constitucional da democracia participativa*. 2. ed., São Paulo: Ed. Malheiros, 2003.

_____. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. São Paulo: Ed. Saraiva, 1961.

BRITTO, Carlos Ayres. *Distinção entre “controle social do poder e participação popular”*. “Revista de Direito Administrativo”, nº 189, jul/set. 1992.

BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito Administrativo e Políticas Públicas*. 1ª ed., São Paulo: Ed. Saraiva, 2002.

BUCCI, Maria Paula Dallari (org.). *Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. 1ª ed., São Paulo: Ed. Saraiva, 2006.

BULOS, Uadi Lamêgos. *Constituição Federal Anotada*. São Paulo: Ed. Saraiva, 2008.

CANOTILHO, J. J. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 4ª ed., Coimbra: Ed. Almedina, 2000.

CAPRA, Fritjof. *A teia da Vida*. In: Organização e Gestão do Sistema de Garantia de Direitos da Infância e Juventude. BRANCHER, Leonardo Narciso. *Encontros pela Justiça na Educação*. Fundescola, 2000.

COMPARATO, Fábio Konder. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. 5ª ed., São Paulo: Ed. Saraiva, 2007.

_____. *Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas*. “*Revista de Informação Legislativa*”, nº 138, Brasília, 1998.

CONANDA. *Parâmetros para funcionamento dos Conselhos Tutelares*. Conselho Nacional dos Direitos das Crianças e Adolescentes, 2001.

CURY, Munir (coord.). *Estatuto da Criança e do Adolescente comentado: comentários jurídicos e sociais*. 6ª ed., São Paulo: Ed. Malheiros, 2003.

CYRINO, Públio Caio Bessa. *O Papel Articulador dos Conselhos de Direitos e dos Conselhos de Educação*. Encontros pela Justiça na Educação. Brasília: Fundescola/MEC, 2001.

DAL BOSCO, Maria Goretti. *Discricionariedade em Políticas Públicas: um olhar garantista da aplicação da lei de improbidade administrativa*. Curitiba: Ed. Juruá, 2007.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 13ª ed., São Paulo: Ed. Saraiva, 1987.

DERANI, Cristiane. *Arquivos de Direitos Humanos*. Vol. 1, 1999. Diretores: Ricardo Lobo Torres e Celso D. Albuquerque Mello. *Direitos Fundamentais e Democracia*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

DIAS, Maria Berenice. *Manual dos Direitos das Famílias*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2005.

DIGIÁCOMO, Murilo José. *Conselho de Direitos da Criança e do Adolescente: transparência de seu funcionamento como condição indispensável à legitimidade e legalidade de suas deliberações*. Disponível no site www.abmp.org.br, acesso em 02 de fevereiro de 2009.

_____. *Conselho de Direitos da Criança e do Adolescente: transparência de seu funcionamento como condição indispensável à legitimidade e legalidade de suas deliberações*. Disponível no site www.abmp.org.br, acesso em 02 de fevereiro de 2009.

_____. *O conselho tutelar: poderes e deveres face à Lei nº 8.069/90.*

Disponível no site

www.mp.go.gov.br/portalweb/hp8/docs/o_conselho_tutelar_poderes_e_deveres_face_a_lei_8069_de_90.pdf, acesso em 05 de fevereiro de 2009.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. 10ª ed., Vol. 7, São Paulo: Ed. Saraiva, 1996.

DI PIETRO, Maria Silvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública*. São Paulo: Ed. Atlas, 2007.

_____. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Ed. Atlas, 2005.

_____. *Participação Popular na Administração Pública*. “Revista de Direito Administrativo 191”, 1993.

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Normas Constitucionais Programáticas - normatividade, operatividade e efetividade*. “Revista dos Tribunais”. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2001.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *A Ciência do Direito*. 2ª ed., São Paulo: Ed. Atlas, 1980.

FERREIRA, Eduardo Dias de Souza. *Liberdade Assistida no Estatuto da Criança e do Adolescente: aspectos da luta pela implementação de direitos fundamentais*. Tese de doutorado apresentada na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2006.

FIGUEIREDO, Marcelo. *Proibição Administrativa: comentários à Lei 8.429/92 e legislação complementar*. 5ª ed., São Paulo: Ed. Malheiros, 2004.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Princípios do Processo Ambiental*. São Paulo: Ed. Saraiva, 2004.

FRANÇA, Marina. *Famílias Acolhedoras: preservando a convivência familiar e comunitária*. São Paulo: Ed. Veras, 2006.

FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. 2ª ed., São Paulo: Ed. Malheiros.

FRISCHEISEIN, Luiza Cristina Fonseca. *Políticas Públicas: a responsabilidade do administrador e o Ministério Público*. São Paulo: Ed. Max Limonad, 2000.

GARCIA, Emerson. *Fundo Especial dos Direitos da Criança e do Adolescente. Direcionamento das doações e possível configuração da improbidade administrativa: Tópicos de análise*. Disponível em www.mp.go.gov.br, acesso em 29 de janeiro de 2009.

GARCIA, Maria. *Políticas Públicas e atividade administrativa do Estado*. “Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política”, nº 15, 1996.

GARCIA, Mônica Nicilda. *Responsabilidade do Agente Público*. Ed. Fórum, 2008.

GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. 3ª ed., São Paulo: Ed. Saraiva, 1993.

JESUS, Damásio Evangelista. *Direito Penal*. Vol. 4, São Paulo: Ed. Saraiva, 2002.

JÚNIOR, Néelson Nery; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado e Legislação processual civil em vigor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Ed. Saraiva, 2008.

KONZEN, Afonso Armando. *Justiça Restaurativa e Ato Infracional: desvelando sentidos no itinerário da alteridade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado editora, 2007.

LIBERATI, Wilson Donizete. *Adolescente e ato infracional. Medida sócio-educativa é pena?*. São Paulo: Ed. Juarez de Oliveira, 2003.

LIBERATI, Wilson Donizeti (org.). *Direito à Educação: uma questão de justiça*. In: Conteúdo Material do Direito à educação escolar. São Paulo: Ed. Malheiros, 2004.

LIBERATI, Wilson Donizeti; CYRINO, Púlio Caio Bessa. *Conselhos e Fundos no Estatuto da Criança e do Adolescente*. São Paulo: Ed. Malheiros, 2003.

LOBO, Kátia Regina Ferreira. *ABC do Conselho Tutelar – Providências para mudanças de usos, hábitos, costumes da família, sociedade e Estado, quanto a crianças e adolescentes no Brasil*. São Paulo: Apostila Amesc, 1992.

LUÑO, Antonio Enrique Pérez. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitucion*. Madrid: Ed. Tecnos, 2003.

MACHADO, Martha de Toledo. *A Proteção Constitucional de Crianças e Adolescentes e os Direitos Humanos*. Barueri: Ed. Manole, 2003.

MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (coord.). *Curso de Direito da Criança e do Adolescente: aspectos teóricos e práticos*. Rio de Janeiro: Ed. Lúmen Iuris, 2008.

MARTINS, Maria Aparecida Pereira. *Medida Sócio-Educativa de Liberdade Assistida*. Secretaria de Cidadania e Trabalho, Superintendência da Criança, do Adolescente e da Integração do Adolescente. Goiânia, 2000, disponível em www.mp.go.gov.br/portalweb/hp/8/docs/medida_socio_educativa_de_liberdade_assistida.pdf, acesso em 20 de outubro de 2008.

MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva. *Probidade Administrativa*. São Paulo: Ed. Saraiva, 2001.

MAZZA, Alexandre. *Agências Reguladoras*. São Paulo: Ed. Malheiros, 2005.

MEDAUAR, Odete. *Controle da Administração Pública*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1993.

_____. *Direito Administrativo Moderno*. 2ª ed., São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 19ª ed., São Paulo: Ed. Malheiros, 1994.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 15ª ed., São Paulo: Ed. Malheiros, 2003.

_____. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. São Paulo: Ed. Malheiros, 1998.

MILARÉ, Edis (coord.). *A ação civil pública – Lei 7.347/85 – 15 anos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

MÔNACO, Gustavo Ferraz de Campos. *A Proteção da Criança no Cenário Internacional*. Belo Horizonte: Ed. Del Rey, 2005.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações no Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2006.

_____. *Novos Institutos Consensuais da Ação Administrativa*. “Revista de Direito Administrativo 231”. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2003.

NETO, Olympio de Sá Sotto Maior. *Políticas Públicas e Protagonismo Juvenil*. “Cadernos do Ministério Público do Paraná”, vol. 7, nº 4, outubro/dezembro de 2004.

_____. *Os Conselhos de Direitos da Criança e do Adolescente, espaços de democracia participativa*, disponível no site www.abmp.org.br, acesso em 28 de janeiro de 2009.

NOBRE, Marcos; COELHO, Vera Schattan. *Participação e Deliberação. Teoria Democrática e Experiências Institucionais no Brasil Contemporâneo*. São Paulo: Editora 34, 2000.

NUNES, Cleucio dos Santos. *Orçamentos Públicos: a Lei 4.320/64 comentada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

OLIVEIRA, Marcio. *O papel dos conselhos de direitos em relação aos fundos e às doações casadas*. Disponível em www.abmp.org.br, acesso em 29 de janeiro de 2009.

OLIVEIRA, Régis Fernandes; HORVATH, Estevão. *Manual de Direito Financeiro*. 6ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

PAULA, Paulo Afonso Garrido de. *Direito da Criança e do Adolescente e Tutela Jurisdicional Diferenciada*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2004.

PAZZAGLINI FILHO, Marino; ROSA, Márcio Fernando Elias; FAZZIO JR. Waldo. *Improbidade Administrativa: aspectos jurídicos da defesa do patrimônio público*. 4ª ed., São Paulo: Ed. Atlas: 1999.

PEREIRA, Bruno Yepes. *Curso de Direito Internacional Público*. São Paulo: Ed. Saraiva, 2006.

PEREIRA, Tânia da Silva. *Direito da Criança e do Adolescente: uma proposta interdisciplinar*. 2ª ed., Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2008.

PEREZ, Marcos Augusto Perez. *A Administração Pública Democrática*. São Paulo: Ed. Fórum, 2004.

PESTANA, Denis. *Manual do Conselho Tutelar: da teoria à prática*. Curitiba: Ed. Juruá, 2008.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. São Paulo: Ed. Saraiva, 2006.

PONTES JÚNIOR, Felício. *Conselho de Direitos de Crianças e Adolescentes*. São Paulo: Ed. Malheiros, 1993.

PRESTES, Vanêscia Buzelato. *Natureza Jurídica da função conselheiro tutelar: legislação de Porto Alegre*, disponível em www.foncaij.org/acervo_artigos.php.

REGULES, Luis Eduardo Patrone. *Terceiro Setor: regime jurídico das Oscips*. São Paulo: Ed. Método, 2006.

REZEK, Francisco; MARTINS, Ives Gandra da Silva (coord.). *Constituição Federal: avanços, contribuições e modificações no processo democrático brasileiro*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2008.

SARAIVA, João Batista Costa. *Compêndio de Direito Penal Juvenil: adolescente e ato infracional*. 3ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

_____. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 3ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado.

SEDA, Édson. *Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente e Conselho Tutelar: orientações para criação e funcionamento*. Secretaria Especial dos Direitos Humanos, CONANDA, 2007.

_____. *O Estatuto da Criança e do Adolescente e a participação da sociedade – Conselho de Direitos e Conselhos Tutelares*. “Cadernos Populares”, nº 2, 2ª ed., SITRAEMFA/CBIA, 1991.

_____. *A criança e os princípios gerais: a concepção de cidadania segundo o Estatuto da Criança e do Adolescente*. Rio de Janeiro: Edição Adês, MMIV.

SHEICARA, Sérgio Salomão. *Sistema de Garantias e o Direito Penal Juvenil*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2008.

SICA, Leonardo. *Justiça Restaurativa e Mediação Penal: o novo modelo de justiça criminal e de gestão do crime*. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2007.

SILVA, Enid Rocha Almeida da (org.). *O perfil da criança e do adolescente nos abrigos pesquisados*. In: *O direito à convivência familiar e comunitária: os abrigos para crianças e adolescentes no Brasil*. CONANDA, IPEA.

SILVA, José Afonso. *Comentário Contextual à Constituição*. São Paulo: Ed. Malheiros, 2006.

_____. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 16ª ed., São Paulo: Ed. Malheiros, 1999.

_____. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. São Paulo: Ed. Malheiros, 1998.

SIMÕES, Carlos. *Curso de Direito do Serviço Social*. São Paulo: Ed. Cortêz, 2008.

SIRAQUE, Vanderlei. *Controle Social da Função Administrativa do Estado. Possibilidades e limites na Constituição de 1988*. São Paulo: Ed. Saraiva, 2005.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de Direito Público*. 4ª ed., São Paulo: Ed. Malheiros.

TEMER, Michel. *Elementos de Direito Constitucional*. 9ª ed., São Paulo: Ed. Malheiros, 1992.

VERDÚ, Pablo Lucas. *A Luta pelo Estado de Direito*. Tradução de Agassiz Almeida Filho, Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2007.

VITTO, Renato Campos Pinto de. *Reflexões sobre a compatibilidade do modelo restaurativo com o sistema de justiça brasileiro*. “Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal”, Ano IX, nº 49, abril-maio de 2008.

VOGEL, Arno. *Conselho Tutelar: a comunidade resolvendo os problemas da comunidade*. Publicação da UNICEF, s/d.

VOLPI, Mário. *A democratização da gestão das políticas para a infância e adolescência*. Conselhos Gestores de Políticas Públicas, publicação Pólis, nº 37, 2000.

www.abmp.org.br/textos/1215.htm.

www.direitopublico.com.br

www.mds.gov.br/bolsafamilia/condicionalidades/advertencias-e-sancoes.

www.presidencia.gov.br/estrutura_presidencia/sedh/conselho/conanda

www.presidencia.gov.br/estrutura-presidencia-/sedh/spdca/sipia/

www.proconselhobrasil.org.br

www.foncaij.org/acervo.artigos.php.

- ANEXO Nº 01 -

LEI Nº 2177 DE 30 DE DEZEMBRO DE 2003

**INSTITUI NO MUNICÍPIO DE SANTOS O PROGRAMA “REDE DE
FAMÍLIAS ACOLHEDORAS”.**

BETO MANSUR. Prefeito Municipal de Santos, faço saber que a Câmara Municipal aprovou em sessão realizada em 16 de dezembro de 2003 e eu sanciono e promulgo a seguinte:

LEI Nº 2.177

Art. 1.º Fica instituído, nos termos desta lei, o Programa “Rede de famílias Acolhedoras” mediante parecer favorável do CMDA - Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente, que tem como objetivo garantir um lar familiar às crianças e adolescentes violados em seus direitos fundamentais, proporcionando ambiente sadio de convivência e condições de socialização, evitando que a criança e o adolescente permaneçam em abrigos, sem o indispensável convívio e atenção individualizados de uma família.

§ 1.º O programa instituído no caput deste artigo constituir-se-á em alternativa para o resguardo dos direitos da criança e do adolescente, conforme princípios estabelecidos no Estatuto da Criança e do Adolescente.

§ 2.º O programa instituído no caput deste artigo objetiva proporcionar convivência familiar para crianças e adolescentes afastados de seus pais, até que estes possam recebê-los novamente ou se efetive o processo de adoção.

§ 3.º O programa instituído no caput deste artigo será aplicado às crianças e adolescentes desamparados por:

- I - abandono ou falecimento dos pais e ausência de outros responsáveis legais;
- II - destituição do poder de família;
- III - negligência familiar;
- IV - abrigo precoce sem que haja possibilidade de localização de um dos pais ou responsáveis legais;
- V - maus tratos, exploração, crueldade e opressão;
- VI - ameaça ou violação dos seus direitos fundamentais;

VII - convivência desaconselhável com seus pais e responsáveis legais.

§ 4.º Será considerada, para os efeitos desta lei, “Família Acolhedora” a família ou pessoa maior de 21 (vinte e um) anos, sem discriminação de sexo, etnia e estado civil, interessada em ter sob sua responsabilidade - na forma de guarda - crianças e adolescentes, zelando pelo seu bem estar, de acordo com o estabelecido na legislação vigente.

§ 5.º A família ou pessoa com grau de parentesco ou relação de afinidade ou afetividade com a criança ou adolescente poderá ser considerada “Família Acolhedora”, com prioridade sobre as demais famílias cadastradas.

Art. 2.º O Programa “Rede de Famílias Acolhedoras” será coordenado pela Secretaria Municipal de Ação Comunitária e Cidadania em conjunto com a Rede de Abrigos da Cidade.

Parágrafo único. As demais Secretarias da Prefeitura Municipal de Santos, especialmente as de Educação, Saúde, Cultura e Esportes, dedicarão especial atenção às famílias que acolherem as crianças e adolescentes, nos termos desta lei, com prioridade de inclusão nos serviços de sua rede de atendimento.

Art. 3.º As “Famílias Acolhedoras” receberão auxílio pecuniário mensal, a título de ajuda de custo, no montante de R\$ 240,00 (duzentos e quarenta reais) por criança ou adolescente acolhido, além da atenção prevista no parágrafo único do artigo 2.º desta lei.

Parágrafo único. Anualmente, na época de atualização do Salário Mínimo Nacional, a pedido do CMDCA - Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente, o Poder Executivo Municipal reajustará o valor estipulado no caput deste artigo, conforme a variação do índice oficial de inflação e desde que não ultrapasse o valor do Salário Mínimo Nacional.

Art. 4º - O decreto regulamentando esta lei deverá ser publicado no prazo de 120 (cento e vinte) dias e deverá conter, no mínimo:

I - as obrigações e competências das Secretarias da Prefeitura Municipal de Santos e da rede de abrigos da cidade envolvidas com o programa “Rede de Famílias Acolhedoras”;

II - as normas e procedimentos para implantação, controle, acompanhamento e fiscalização do Programa “Rede de Famílias Acolhedoras”;

III - os critérios de inscrição, processos de avaliação e seleção das “Famílias Acolhedoras”;

IV - as obrigações da “Família Acolhedora”;

V - a forma de pagamento do auxílio previsto no artigo 3.º desta lei;

VI - o regulamento disposto no decreto deverá ter aprovação do CMDCA – Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente, com inscrição do programa na forma

prevista no artigo 90, inciso II, do ECA – Estatuto da Criança e do Adolescente, lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990.

Art. 5.º As despesas decorrentes da execução desta lei, correrão por conta das dotações próprias do FMDCA – Fundo Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente, suplementada, se necessário, com recursos do orçamento municipal.

§ 1.º O FMDCA - Fundo Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente destinará no mínimo 10% (dez por cento) de toda verba arrecadada a cada período de 12 (doze) meses, em projetos de incentivo ao acolhimento, sob a forma de guarda da criança ou adolescente, órfão ou abandonado, nos termos desta lei.

§ 2.º O prazo de 12 (doze) meses será iniciado a partir de 1º de outubro de 1998, conforme estipulado na Resolução Normativa nº 11/98 do CMDCA - Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente.

§ 3.º O percentual previsto no parágrafo primeiro deste artigo fica fixado em 10% (dez por cento), podendo ser aumentado por Resolução Normativa do CMDCA - Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente.

§ 4.º Os recursos municipais de que trata o caput deste artigo serão transferidos para o FMDCA - Fundo Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente.

Art. 6.º Esta lei entra em vigor na data da publicação.

Registre-se e publique-se.

Palácio “José Bonifácio”, em 30 de dezembro de 2003.

BETO MANSUR

Prefeito Municipal

Registrada no livro competente.

Departamento de Registro de Atos Oficiais da Secretaria Municipal de Assuntos Jurídicos,
em 30 de dezembro de 2003.

ROBERTO M. DE LUCA DE O. RIBEIRO

Chefe do Departamento

- ANEXO Nº 02 -

LEI Nº 1759 DE 3 DE MAIO DE 1999

ALTERA A ORGANIZAÇÃO DOS CONSELHOS TUTELARES DO MUNICÍPIO DE SANTOS E DÁ OUTRAS PROVIDÊNCIAS.

BETO MANSUR, Prefeito Municipal de Santos, faço saber que a Câmara Municipal aprovou em sessão realizada em 19 de abril de 1999 e eu sanciono e promulgo a seguinte:

LEI Nº 1759

**CAPÍTULO I
DISPOSIÇÕES GERAIS**

Art. 1º - Ficam mantidos os 3 (três) Conselhos Tutelares no Município de Santos, com a finalidade de zelar pelo cumprimento dos direitos da criança e do adolescente, nos termos da Lei Federal nº 8069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente) , a saber:

I - Conselho Tutelar da Zona Leste;

II - Conselho Tutelar da Zona Noroeste;

III - Conselho Tutelar do Centro.

Parágrafo Único - A base territorial de cada Conselho será descrita no Regimento Interno.

Art. 2º - O número de Conselhos Tutelares poderá ser alterado dependendo da demanda, de acordo com parecer do CMDCA - Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente.

Art. 3º - Os Conselhos Tutelares são órgãos autônomos, não jurisdicionais, estando suas atividades restritas à competência territorial, nos termos dos artigos 131 e 138 do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei Federal nº 8069, de 13 de julho de 1990).

Art. 4º - Cada Conselho Tutelar será composto por cinco membros, escolhidos pela comunidade local, por voto facultativo de eleitores inscritos nas Zonas Eleitorais do Município de Santos, para mandato de três anos, permitida uma recondução, através de novo processo de escolha.

§ 1º - O eleitor poderá sufragar, em uma única cédula, nomes de, até 3 (três) candidatos.

§ 2º - Por ordem de classificação, respeitando-se o disposto no “caput” - deste artigo, os candidatos mais votados no pleito escolherão em qual Conselho Tutelar desejarão atuar.

§ 3º - Os demais candidatos eleitos serão considerados suplentes e chamados, por ordem de classificação, a integrar o Conselho Tutelar que deles necessitar para manter a adequada composição do referido órgão.

§ 4º - Os conselheiros tutelares eleitos deverão elaborar os regimentos que disciplinarão as atividades internas dos Conselhos Tutelares, no prazo de trinta dias após a posse.

§ 5º - O Regimento Interno será submetido à apreciação e aprovação do Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente, que deverá colocá-lo em votação na primeira Assembléia Geral Ordinária realizada após o recebimento do projeto, cabendo-lhe providenciar a publicação do seu texto através da Resolução Normativa, o que deve ser feito no prazo de três dias após a aprovação.

Art. 5º - Os Conselhos Tutelares funcionarão durante oito horas diárias, em horário comercial.

§ 1º - O atendimento em horário comercial contará sempre com a presença mínima de três membros na sede do Conselho Tutelar.

§ 2º - A jornada dos conselheiros tutelares será de 40 (quarenta) horas semanais, compreendendo as atividades na sede e os plantões fora do horário comercial.

Art. 6º - O Poder Executivo encarregar-se-á de viabilizar os locais apropriados para instalação dos Conselhos Tutelares, dotando-o da infra-estrutura necessária para seu funcionamento, devendo constar da Lei Orçamentária Municipal previsão de recursos para atender às despesas com sua manutenção e remuneração dos conselheiros tutelares.

§ 1º - Cada Conselho Tutelar deverá dispor de uma Secretaria, que centralizará os arquivos do respectivo órgão e ficará encarregada de registrar, autuar e distribuir os processos de atendimento, a ser realizado pelos conselheiros tutelares.

§ 2º - Outros órgãos governamentais e não governamentais, assim como a comunidade em geral, poderão colaborar na instalação e manutenção dos Conselhos Tutelares.

CAPÍTULO II DO PROCESSO DE ESCOLHA

Art. 7º - O processo de escolha será organizado pelo Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente, sob a fiscalização do Ministério Público, podendo praticar todos os atos que forem necessários para a consecução do pleito.

Art. 8º - O Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente regulamentará o processo de escolha no prazo máximo de 15 (quinze) dias após a publicação desta lei.

CAPÍTULO III DOS REQUISITOS E REGISTRO DOS CANDIDATOS

Art. 9º - A inscrição da candidatura será individual e devidamente regulamentada por Resolução Normativa do CMDCA.

Art. 10º - O processo de escolha será feito pela comunidade, dividindo-se em três fases:

I - prova escrita, formulada por comissão designada pelo CMDCA, com nota de corte estabelecida pelo mesmo órgão;

II - entrevista pessoal, sem caráter eliminatório;

III - votação pela sociedade, através de voto facultativo.

Parágrafo Único - Os candidatos eleitos deverão realizar estágio não remunerado pelo prazo de 30 (trinta) dias anteriores à sua posse junto a um dos conselhos tutelares do município.

Art. 11º - São requisitos para a candidatura:

I - reconhecida idoneidade moral, comprovada através dos seguintes documentos:

a) certidões expedidas pelos Cartórios dos Distribuidores Cíveis e Criminais das Justiça Federal e Estadual;

b) folha de Antecedentes Criminais expedida pelas Secretarias de Segurança Pública dos Estados em que tiver sido domiciliado nos últimos cinco anos;

c) declaração de idoneidade firmada de próprio punho, sob as penas da lei.

II - idade superior a vinte e um anos;

III - residir no município há mais de dois anos;

IV - ter concluído curso de ensino médio;

V - estar no gozo de seus direitos políticos;

VI - comprovação de experiência de, no mínimo, 24 (vinte e quatro) meses em atividades de atendimento e defesa na área da criança e do adolescente, mediante apresentação de currículo documentado;

VII - declaração de inexistência de impedimentos, conforme o disposto no artigo 46 desta lei.

Parágrafo Único - As exigências contidas nos incisos III, V e VI serão comprovadas através de declaração de próprio punho apresentada pelo candidato, sob as penas da lei.

CAPÍTULO IV

DA COMISSÃO ELEITORAL E DO PROCEDIMENTO ELETIVO

Art. 12º - O Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente (CMDCA) indicará Comissão Eleitoral responsável pela organização do pleito, bem como por toda a condução do processo eletivo.

§ 1º - O prazo para registro de candidaturas será de, no mínimo, 30 (trinta) dias e precedido de ampla divulgação.

§ 2º - A campanha eleitoral estender-se-á por período não inferior a 60 (sessenta) dias.

Art. 13º - Constituem instâncias eleitorais:

I - O Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente (CMDCA);

II - a Comissão Eleitoral.

Art. 14º - Compete ao Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente (CMDCA):

I - formar a Comissão Eleitoral;

II - expedir as resoluções acerca do processo eleitoral:

a) dos recursos interpostos contra as decisões da Comissão Eleitoral;

b) das impugnações ao resultado geral das eleições, nos termos desta lei;

III - homologar o resultado geral do pleito, bem como proclamar os eleitos.

Art. 15º - Compete à Comissão Eleitoral:

I - dirigir o processo eleitoral;

II - adotar todas as providências necessárias para a realização do pleito;

III - publicar a lista dos mesários e dos escrutinadores;

IV - receber, processar e julgar as impugnações apresentadas contra mesários e escrutinadores;

V - analisar, homologar e publicar o registro das candidaturas;

VI - receber denúncias contra candidatos, nos casos previstos nesta lei;

VII - processar e decidir, em primeiro grau, as denúncias referentes à impugnação e à cassação de candidaturas;

VIII - publicar o resultado do pleito, abrindo prazo para recurso, nos termos desta lei.

Art. 16º - Indeferido o registro, o candidato será notificado para, querendo, no prazo de 3 (três) dias úteis, apresentar recurso.

Art. 17º - O candidato poderá registrar um apelido.

Art. 18º - Os pedidos de impugnação de candidaturas deverão ser apresentados no prazo de 3 (três) dias úteis, a contar da data da publicação referida no artigo 15, inciso V desta lei.

Parágrafo único - As impugnações podem ser apresentadas por qualquer cidadão, desde que fundamentadas e instruídas com a devida comprovação.

Art. 19º - Aos candidatos impugnados conceder-se-á direito de defesa, que deverá ser, apresentada em 3 (três) dias úteis, a contar da publicação da lista dos candidatos impugnados.

Art. 20º - A Comissão Eleitoral avaliará e publicará a impugnação.

Parágrafo Único - Da decisão da Comissão Eleitoral caberá recurso ao Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente (CMDCA), que deverá ser apresentado em 3 (três) dias úteis, contados da notificação da decisão.

Art. 21º - O Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente (CMDCA) deverá manifestar-se sobre os recursos interpostos em 15 (quinze) dias úteis, contados da data de sua propositura.

Art. 22º - Não podem atuar como mesários ou escrutinadores:

I - os candidatos e seus parentes, ainda que por afinidade, até o segundo grau;

II - o cônjuge ou o (a) companheiro (a) de candidato;

III - as pessoas que, notoriamente, estejam fazendo campanha para um dos candidatos concorrentes ao pleito.

Parágrafo único - A impugnação de mesário descrita no “caput” poderá ser formulada por qualquer cidadão.

Art. 23º - A Comissão Eleitoral publicará, em jornal de circulação no município, através de edital, a nominata dos mesários e escrutinadores que atuarão no pleito.

Art. 24º - A Comissão Eleitoral processará e decidirá as impugnações a mesários e escrutinadores.

§ 1º - O candidato impugnado e o cidadão interessado serão notificados da decisão da Comissão Eleitoral.

§ 2º - Da decisão da Comissão Eleitoral caberá recurso ao Conselho dos Direitos da Criança e do Adolescente (CMDCA), que deverá ser apresentado em 3 (três) dias úteis, a contar da publicação do resultado.

Art. 25º - Cada candidato poderá credenciar 1 (um) fiscal para atuar junto à mesa receptora de votos.

Art. 26º - Nas mesas receptoras de votos será permitida a fiscalização da votação e a formulação de protestos e impugnações quanto à identidade do eleitor, inclusive constando em ata.

Art. 27º - Cada candidato poderá credenciar 1 (um) fiscal para atuar na apuração do pleito eleitoral.

Parágrafo único - O fiscal indicado representará o candidato em toda a apuração, sendo vedada a presença de pessoa não credenciada, inclusive candidatos, no recinto destinado à apuração.

Art. 28º - Toda a apuração será realizada em local designado pelo Conselho dos Direitos da Criança e do Adolescente (CMDCA), sob a fiscalização da Comissão Eleitoral, que decidirá quanto à impugnação de votos e urnas, quando for o caso.

Art. 29º - Cabe impugnação de urna apenas na hipótese de indício de violação do processo eletivo.

Art. 30º - As urnas que tiverem votos impugnados deverão ser devidamente apuradas e, ao final, lacradas.

§ 1º - Na ata de apuração deverá constar o número de votos impugnados e a indicação de que os mesmos encontram-se em separado.

§ 2º - A ata de apuração deve ficar anexa à urna apurada.

Art. 31º - A Comissão Eleitoral decidirá, em definitivo, os recursos à validade de votos e à violação de urnas.

Art. 32º - A Comissão Eleitoral, computados os votos, publicará edital divulgando o resultado do pleito.

Art. 33º - Do resultado final cabe recurso ao Conselho dos Direitos da Criança e do Adolescente (CMDCA), o qual deverá ser apresentado em 3 (três) dias úteis, a contar da sua publicação oficial.

§ 1º - O recurso deverá ser formulado por escrito e devidamente fundamentado.

§ 2º - O Conselho dos Direitos da Criança e do Adolescente (CMDCA) decidirá sobre os recursos apresentados em reunião convocada, exclusivamente, para este fim.

CAPÍTULO V DA PROPAGANDA ELEITORAL

Art. 34º - O Conselho dos Direitos da Criança e do Adolescente (CMDCA) encarregar-se-á da propaganda institucional do pleito.

Art. 35º - A propaganda dos candidatos somente será permitida após o registro das candidaturas.

Art. 36º - A propaganda eleitoral pessoal será realizada sob a responsabilidade dos candidatos, imputando-lhes solidariedade nos excessos praticados por seus simpatizantes.

Art. 37º - Não será permitida propaganda que implique grave perturbação à ordem, aliciamento de eleitores por meios insidiosos e propaganda enganosa, nos termos da legislação em vigor.

Art. 38º - Compete à Comissão Eleitoral processar e decidir acerca das denúncias referentes à propaganda eleitoral, podendo inclusive determinar a retirada ou a suspensão da propaganda, o recolhimento do material e a cassação de candidaturas.

Parágrafo único - A Comissão Eleitoral poderá determinar a retirada e a supressão da propaganda, bem como recolher material a fim de garantir o cumprimento desta lei.

Art. 39º - Qualquer cidadão, fundamentadamente, poderá dirigir denúncia à Comissão Eleitoral sobre a existência de propaganda irregular.

Art. 40º - Tendo a denúncia indício de procedência, a Comissão Eleitoral determinará que a candidatura envolvida apresente defesa no prazo de 3 (três) dias úteis.

Parágrafo único - O candidato denunciado deverá ser notificado pela Comissão Eleitoral sobre a denúncia para oferecer defesa.

Art. 41º - Para instruir sua decisão, a Comissão Eleitoral poderá ouvir testemunhas, determinar a anexação de provas, bem como efetuar diligências.

Art. 42º - Da decisão da Comissão Eleitoral caberá recurso ao Conselho dos Direitos da Criança e do Adolescente (CMDCA), que deverá ser apresentado em 3 (três) dias úteis, a contar da publicação.

Art. 43º - Para contagem dos prazos previstos nesta lei exclui-se o dia do começo e inclui-se o do vencimento.

§ 1º - Considera-se prorrogado o prazo até o primeiro dia útil subsequente, se o vencimento recair em feriado, sábado ou domingo.

§ 2º - Os prazos somente começarão a correr a partir do primeiro dia útil após a publicação.

CAPÍTULO VI DA COMPETÊNCIA DOS CONSELHOS TUTELARES

Art. 44º - A competência dos Conselhos Tutelares será determinada, nos termos do artigo 138 da Lei 8.069/90:

I - pelo domicílio dos pais ou responsáveis;

II - pelo lugar onde se encontre a criança ou adolescente, à falta dos pais ou responsável.

Parágrafo único - Nos casos de ato infracional, será competente o Conselho Tutelar do lugar da ação ou omissão, observadas as regras de conexão, continência e prevenção.

Art. 45º - Concorrentemente, o Conselho Tutelar fiscalizará entidades governamentais e não governamentais, conforme o disposto no artigo 95 da Lei 8.069/90.

CAPÍTULO VII DOS IMPEDIMENTOS

Art. 46º - São impedidos de servir no mesmo Conselho, marido e mulher, ascendentes e descendentes, sogro e genro, nora, irmãos, cunhados, tios e sobrinhos, padraсто ou madrasta e enteado.

Parágrafo único - Estende-se o impedimento do conselheiro, na forma deste artigo, à autoridade judiciária e ao representante do Ministério Público com atuação na Justiça da Infância e da Juventude, em exercício na Comarca.

CAPÍTULO VIII DAS ATRIBUIÇÕES E FUNCIONAMENTO DOS CONSELHOS TUTELARES

Art. 47º - As atribuições de cada Conselho Tutelar são aquelas descritas no artigo 136 da Lei nº 8069, de 13 de julho de 1990.

Art. 48º - As decisões dos Conselhos Tutelares somente poderão ser revistas pela autoridade judiciária a pedido de quem tenha legítimo interesse.

Art. 49º - Os plantões de atendimento dos conselheiros tutelares a serem realizados aos sábados, domingos e feriados serão definidos no regimento interno do Conselho Tutelar.

CAPÍTULO IX DA COORDENAÇÃO DOS CONSELHOS TUTELARES

Art. 50º - Fica criada a Coordenação dos Conselhos Tutelares, órgão constituído por um membro de cada conselho, disciplinador da organização interna do conjunto dos conselhos tutelares do Município.

Art. 51º - Compete à Coordenação dos Conselhos Tutelares:

I - ordenar a forma de distribuição dos casos a serem avaliados, bem como o modo de decisão coletiva dos casos que lhes forem submetidos;

II - uniformizar a forma de prestação do trabalho, bem como o entendimento dos Conselhos Tutelares de Santos em conjunto com o Conselho dos Direitos da Criança e do Adolescente (CMDCA).

III - manifestar-se em nome dos Conselhos Tutelares;

IV - representar publicamente ou designar representantes dos Conselhos Tutelares junto à sociedade e ao Poder Público, quando entender conveniente;

V - decidir sobre os conflitos de competência entre os Conselhos Tutelares;

VI - prestar contas, semestralmente, dos trabalhos realizados, em relatório circunstanciado, a ser remetido ao Legislativo, Executivo e Conselho dos Direitos da Criança e do Adolescente (CMDCA).

CAPÍTULO X DA REMUNERAÇÃO E PERDA DE MANDATO

Art. 52º - Os conselheiros tutelares perceberão seus honorários através do Poder Executivo Municipal, sendo estes equivalentes a R\$ 1.518,75 (um mil, quinhentos e dezoito reais e setenta e cinco centavos), reajustados na mesma data e no mesmo percentual em que forem reajustados os vencimentos do funcionalismo municipal.

§ 1º - A remuneração prevista no “caput” deste artigo não gera vínculo empregatício com a Municipalidade.

§ 2º - Será devida remuneração na hipótese de afastamento do conselheiro, em decorrência de incapacitação física temporária, devidamente atestada por médico do serviço de perícia da Prefeitura Municipal de Santos.

§ 3º - Sendo eleito o funcionário público municipal, assim como servidor de autarquias, fundações ou empresas de economia mista de âmbito municipal, fica-lhe facultado optar pelos vencimentos e vantagens de seu cargo em emprego, vedada a acumulação de vencimentos.

Art. 53º - Perderá o mandato o conselheiro tutelar que, injustificadamente:

I - deixar de cumprir as obrigações contidas no artigo 136 da Lei nº 8069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente);

II - cometer infração a dispositivos do Regimento Interno aprovado por Resolução do CMDCA;

III - for condenado por sentença irrecorrível por crime doloso ou contravenção penal.

Parágrafo único - O Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente, nas hipóteses contidas no “caput” deste artigo, deverá representar ao Ministério Público para a instauração de inquérito civil e apuração dos fatos que importem descumprimento dos deveres de ofício atribuídos ao membro do Conselho Tutelar.

CAPÍTULO XI DAS DISPOSIÇÕES FINAIS

Art. 54º - O Conselho Municipal de Direitos da Criança e do Adolescente elaborará um plano de capacitação semestral dos conselheiros tutelares, nas matérias pertinentes ao ofício desse cargo.

Art. 55º - Após a eleição, o Conselho dos Direitos da Criança e do Adolescente (CMDCA) providenciará um curso de capacitação destinado aos conselheiros eleitos.

Art. 56º - O exercício da função de Conselheiro Tutelar constituirá serviço público relevante e estabelecerá presunção de idoneidade moral, assegurando prisão especial em caso de crime comum até o julgamento definitivo.

Art. 57º - Excepcionalmente, na eleição relativa à gestão 1999/2001 os atuais integrantes do Conselho Tutelar em primeira gestão poderão, querendo, candidatar-se.

Art. 58º - As despesas com a execução desta lei correrão pela dotação orçamentária própria, suplementada se necessário.

Art. 59º - Esta lei entra em vigor na data da publicação, revogadas as disposições em contrário, especialmente a Lei nº 1201, de 22 de dezembro de 1992 e a Lei nº 1433, de 28 de novembro de 1995.

Registre-se e publique-se.

Palácio “José Bonifácio”, em 3 de maio de 1999.

**BETO MANSUR
Prefeito Municipal**

Registrada no livro competente.

Departamento Administrativo da Secretaria de Negócios Jurídicos, em 3 de maio de 1999.

**ANTONIO CARLOS BLEY PIZARRO
Chefe do Departamento**

ANEXO Nº 03 – RESOLUÇÃO 44-02 – CMDCA

CONSELHO MUNICIPAL DOS DIREITOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE CMDCA

LEI Nº 736/91

RESOLUÇÃO NORMATIVA Nº 44/2002 – CMDCA

O Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente – CMDCA usando das atribuições que lhe são conferidas por lei, e considerando o teor dos artigos 90 e 91 do Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA, que determinam, respectivamente, que as entidades governamentais e não governamentais inscrevam seus programas de proteção e sócio-educativos destinados às crianças e aos adolescentes junto ao Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente, e que as entidades não governamentais devem, como condição para o seu funcionamento, serem registradas no Conselho Municipal da Criança e do Adolescente, tendo sido normatizados pelas Resoluções 71 e 74 do Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente – CONANDA,

RESOLVE:

Artigo 1º - Os Programas de Proteção se destinam as crianças e adolescentes cujos direitos são violados ou ameaçados, constituídos pelos quatro regimes descritos no ECA em seu artigo 90:

- orientação e apoio sócio-familiar;
- apoio sócio-educativo em meio aberto;
- colocação familiar: guarda, tutela e adoção;
- abrigo.

Artigo 2º - Os Programas Sócio-Educativos se destinam aos adolescentes que violam os direitos alheios, constituídos pelos três regimes descritos no ECA em seu artigo 90:

- Liberdade Assistida;
- Semi-Liberdade;
- Internação.

Artigo 3º - As entidades não governamentais com ou sem fins lucrativos, que tem por objetivo executar programas de proteção e sócio-educativos deverão registrar-se neste CMDCA e inscrever seus programas, especificando os regimes de atendimento conforme o que estabelece os artigos 1º e 2º da presente Resolução.

Parágrafo único: as entidades não governamentais a que se refere este artigo, somente poderão funcionar depois de registradas neste CMDCA, atendendo o disposto no artigo 91 do ECA.

Artigo 4º - As entidades não governamentais e sem fins lucrativos que tem por objetivo a assistência ao adolescente e a educação profissional deverão registrar-se para fins específicos neste CMDCA, obedecendo o estabelecido na Lei Federal nº 10.097 de 19/12/2000.

Artigo 5º - As entidades governamentais deverão proceder a inscrição de seus programas, especificando os regimes de atendimento, definidas nos artigos 1º e 2º da presente resolução e os programas de assistência ao adolescente e à educação profissional, conforme o artigo acima.

Artigo 6º - As entidades governamentais e não governamentais que desenvolvem somente programas na modalidade educacional formal da Educação Infantil (creche e pré-escola), Ensino Fundamental e Ensino Médio e Escolas Técnicas de Educação estão dispensadas das exigências da presente Resolução.

Parágrafo único: a Lei de Diretrizes e Bases da Educação – LDB, define as modalidades educacionais, integrantes do Sistema de Ensino, estabelecendo as normas para o seu credenciamento e funcionamento.

Artigo 7º - As entidades que desenvolvem somente programas destinados à garantia de direitos, vinculados às políticas sociais básicas como saúde, educação, cultura, esporte entre outras também, estão dispensadas das exigências estabelecidas na presente Resolução.

Artigo 8º - As entidades não governamentais com ou sem fins lucrativos de base estadual ou nacional deverão fazer seu registro e a inscrição de seus programas neste CMDCA, conforme o que estabelece esta Resolução, desde que os seus programas sejam executados no município de Santos.

Artigo 9º - As entidades governamentais de base estadual ou nacional deverão proceder a inscrição de seus programas neste CMDCA, conforme o que estabelece esta Resolução, desde que os mesmos sejam executados no município de Santos.

Artigo 10º – As entidades ao deixarem de funcionar ou não executarem o(s) programa(s) inscrito(s) terão o seu registro e/ou inscrição suspensa.

Artigo 11º – O CMDCA comunicará aos Conselhos Tutelares e à autoridade judiciária a concessão, indeferimento ou suspensão da inscrição dos programas de proteção e sócio-educativos das entidades, conforme artigos 1º e 2º da presente Resolução e, nas mesmas bases para o registro das entidades não governamentais.

Artigo 12º – O CMDCA comunicará aos Conselhos Tutelares, à autoridade judiciária e à unidade descentralizada do Ministério do Trabalho e Emprego com jurisdição em Santos, a concessão, indeferimento ou suspensão do registro específico das entidades não governamentais e sem fins lucrativos, conforme especificado no artigo 4º da presente Resolução.

Artigo 13º – São documentos necessários ao registro das entidades não governamentais:

I - requerimento fornecido pelo CMDCA, devidamente preenchido, datado e assinado pelo representante legal da entidade, que deverá rubricar todas as folhas;

II - cópia autenticada do estatuto registrado no Cartório de Registro Civil das Pessoas Jurídicas, nos termos da lei, com identificação do mesmo Cartório em todas as folhas e transcrição dos dados do registro no próprio documento ou em certidão, para as entidades com ou sem fins lucrativos;

III - as Fundações devem apresentar, também cópia autenticada da escritura pública da instituição, registrada em cartório competente e, comprovante da aprovação do estatuto, bem como de suas respectivas alterações pelo Ministério Público;

IV - as entidades sem fins lucrativos devem apresentar comprovante de inscrição no Conselho Municipal de Assistência Social;

V - as entidades com fins lucrativos devem apresentar comprovante de inscrição do ISS da Prefeitura Municipal;

VI - ata de posse da diretoria atual e relação nominal, com qualificação e endereço dos membros da Diretoria, assinada pelo representante legal da entidade;

VII - cópia do documento de inscrição no CNPJ do Ministério da Fazenda atualizado;

VIII - parecer da Vigilância Sanitária, atestando as condições das instalações físicas, do(s) local (is) de execução do(s) programa(s), quanto a habitabilidade, higiene, salubridade e segurança entre outros aspectos, acompanhado do alvará de funcionamento;

IX - declaração do responsável legal da entidade quanto ao valor anual a ser investido por programa e conforme regime de atendimento, fonte dos investimentos, número de atendidos e seu valor per capita;

X - preencher o formulário de inscrição individual de cada programa de proteção e sócio-educativo por regime de atendimento datado e assinado pelo representante legal;

XI - as entidades sem fins lucrativos que tenham por objetivo o especificado no artigo 4º desta Resolução, deverão apresentar a relação de cursos para formação técnico-profissional a serem oferecidos, com as seguintes informações: conteúdo programático (teórico e prático), carga horária, duração, número de vagas oferecidas, idade e requisitos dos participantes, período de matrícula, local, endereço, dias e horários de funcionamento do(s) curso(s), sistema de avaliação e relação nominal dos docentes com a qualificação profissional.

§ 1º - as entidades sem fins lucrativos inscritas no Conselho Municipal de Assistência Social de Santos e com seus dados atualizados estão dispensadas de entregar os documentos constantes nos itens II, III, IV, VI, VII e VIII deste artigo.

§ 2º - será aceito cópia do estatuto sem autenticação efetuada em Cartório, desde que seja apresentado o original, quando da entrega da documentação.

Artigo 14º - O registro da entidade terá validade por tempo indeterminado desde que:

I - cumpra com as diretrizes e princípios do ECA, com os Padrões de Qualidade aprovados e com as resoluções deste CMDCA;

II - não tenha sofrido solução de continuidade;

III - tenha comunicado o CMDCA qualquer alteração nos estatutos, regulamento ou compromisso social da entidade, com a remessa da certidão do respectivo registro em cartório competente ou comunicado do CMAS das alterações ocorridas;

IV - tenha atualizado os dados cadastrais, informando o CMDCA sempre que ocorrer alteração de nome, sede, endereço, telefone, eleição de nova diretoria, inscrição de novos programas de proteção e sócio-educativos por regime de atendimento;

V - tenha apresentado outras informações e/ou documentos solicitados pelo Conselho;

VI - conte com estrutura adequada ao desenvolvimento do programa de aprendizagem, de forma a manter a qualidade do processo de ensino, bem como acompanha e avalia os resultados, exigência esta para as entidades com registro de fim específico a que se refere o artigo 4º desta resolução;

§ 1º: a manutenção do certificado de registro, especificado neste artigo, se dará mediante apresentação anual do relatório da fiscalização realizada pelos Conselhos Tutelares, junto a Entidade, conforme artigo 95 do ECA;

§ 2º: o relatório de fiscalização da Entidade deverá fundamentar-se no ECA, nos Padrões de Qualidade, nas Resoluções deste CMDCA e demais documentos vinculados à Política de Atendimento da Criança e do Adolescente;

§ 3º: o relatório de fiscalização deverá ser entregue a este CMDCA no primeiro trimestre de cada ano.

Artigo 15º - As entidades sem fins lucrativos que tenham por objetivo o especificado no artigo 4º desta Resolução deverá apresentar, anualmente, a relação dos adolescentes inscritos, devendo constar o nome, data de nascimento, filiação, endereço de residência, escolaridade, nome da escola, tempo de frequência no programa, nome e endereço da empresa ou órgão público onde estão como aprendizes, remuneração e duração do trabalho.

Parágrafo único: a relação deverá ser entregue a este CMDCA no primeiro trimestre de cada ano para que o mesmo possa dar ciência ao Ministério do Trabalho e Emprego.

Artigo 16º - As entidades governamentais procederão a inscrição de seus Programas de Proteção e Sócio-Educativo por regime de atendimento conforme o que estabelece a

Resolução nº 38/2002 de 08/01/2002 acrescida das exigências contidas na presente Resolução.

Artigo 17º - Para a manutenção da Inscrição dos Programas deverá ser entregue, no primeiro trimestre de cada ano, o Relatório Anual de Atividades, assinado pelo técnico e pelo representante legal da entidade, em que se descrevam, quantifiquem e qualifiquem as ações desenvolvidas.

Artigo 18º – Terá seu registro e/ou inscrição de Programa(s) cancelado(s) a instituição que:

- infringir qualquer disposição da presente resolução;
- houver comprovada irregularidade ou descumprimento dos preceitos contidos no Estatuto da Criança e do Adolescente.

Artigo 19º – As entidades não governamentais e governamentais deverão atualizar seus dados de registro e inscrição dos programas junto ao CMDCA sempre que houver alterações, de forma a assegurar dados atualizados sobre as mesmas.

Artigo 20º – O pedido de registro deverá ser apresentado diretamente no protocolo da Seção de Apoio aos Conselhos – SEACON - Casa dos Conselhos Municipais, sito à Av. Rei Alberto I nº 117 – Ponta da Praia – Santos, CEP 11030-381, Fone (0xx13) 3261-5508 e Fax (0xx13) 3261-5129.

§ 1º: os serviços prestados pela Seção de Apoio aos Conselhos e pelo próprio CMDCA são inteiramente gratuitos, não sendo necessária a contratação de terceiros, para tratar de assuntos de seu interesse.

§ 2º: a falta de um ou mais documentos relacionados na presente resolução, implicará na não apreciação do processo e a emissão do parecer deste CMDCA, ocasionando atraso na tramitação do mesmo, quanto ao registro e inscrição dos programas.

Artigo 21º – Ficam revogadas as disposições em contrário, em especial a Resolução Normativa Integrada no. 18/2000 de 20 de julho de 2000 dos Conselhos Municipais, de Assistência Social e dos Direitos da Criança e do Adolescente.

Artigo 22º - Esta Resolução Normativa entra em vigor na data da publicação.

Santos, 06 de Junho de 2002.

Ariovaldo Flosi Jorge
Presidente do CMDCA

**CONSELHO MUNICIPAL DOS DIREITOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE
CMDCA**

LEI Nº 736/91

**REQUERIMENTO DE REGISTRO DAS ORGANIZAÇÕES NÃO
GOVERNAMENTAIS NO CMDCA – SANTOS**

Eu, _____, representante legal
da _____

(nome da instituição)

situada _____

(rua, bairro, município)

_____, portador do RG nº _____

e CPF nº _____, vem REQUERER a

Vossa Senhoria, o Registro da Entidade, com base na Lei Federal 8.069, de 13 de julho de 1990, Estatuto da Criança e do Adolescente, em seu art. 91, para o exame e julgamento do pleito.

Declaro estar ciente das normas e exigências fixadas por este Conselho, conforme a Resolução nº ____/ 2002 de ____/____/_____.

Santos, ____/____/____

Assinatura do Presidente da Entidade

INSCRIÇÃO DO PROGRAMA NO CMDCA – SANTOS

• Nome da Instituição: _____

• Endereço da Instituição: _____

_____ Bairro: _____ CEP: _____

• Telefone(s): _____ Fax: _____

• E-mail: _____

• Representante legal: _____

Cargo: _____

• Coordenador do Programa: _____

Cargo: _____

• Nome do Programa: _____

• Especificação do Programa:	
Programa de Proteção () 1. () orientação e apoio sócio-familiar 2. () apoio sócio-educativo em meio aberto 3. () colocação familiar: guarda, tutela e adoção 4. () abrigo Data de início do programa ___ / ___ / ___	Programa Sócio-Educativo () 1. () Liberdade Assistida 2. () Semi liberdade 3. () Internação Data de início do programa ___ / ___ / ___

• Perfil da população atendida pelo programa: _____

Objetivo do Programa: _____

• Critérios de Admissão: _____

• Critérios de Desligamento: _____

• Síntese do Trabalho (Metodologia): _____

• Capacidade de Atendimento: _____

• Média mensal de Atendimento: _____

• Valor per capita (mensal) atual: _____

• Local(is) do(s) Atendimento(s) (endereço / telefone): _____

• Dias e horários de funcionamento (conforme o local de atendimento): _____

• Equipe Técnica: _____

Santos, ____/____/____

(Assinatura do Presidente)
(qualificação de quem assina)

**ANEXO Nº 04 – RESOLUÇÃO NORMATIVA 32-2000 CMDCA
REGIMENTO INTERNO DOS CTS**

***CONSELHO MUNICIPAL DOS DIREITOS DA CRIANÇA E DO
ADOLESCENTE DE SANTOS***

**RESOLUÇÃO NORMATIVA 32/2000
DISPÕE SOBRE O:**

**REGIMENTO INTERNO DO CONSELHO TUTELAR
DO MUNICÍPIO DE SANTOS - ESTADO DE SÃO PAULO**

DISPOSIÇÃO INICIAL

Art. 1º - Este Regimento disciplina as atividades internas, estabelece as regras de funcionamento e a competência territorial dos Conselhos Tutelares do Município de Santos – Estado de São Paulo, compostos e organizados conforme a Lei Municipal nº 1759 de 3 de maio de 1999, bem como regula o processo e o julgamento dos feitos que lhes são atribuídos pela Constituição da República Federativa do Brasil, assim como pelo Estatuto da Criança e do Adolescente – Lei Federal 8.069 de 13 de julho de 1990 e demais legislações vigentes e pertinentes, aplicáveis à matéria.

**CAPÍTULO I
DA COMPOSIÇÃO DOS CONSELHOS TUTELARES**

Art. 2º - Os Conselhos Tutelares do Município de Santos – Estado de São Paulo – atuando em três bases territoriais do município, são órgãos permanentes e autônomos, não jurisdicionais, encarregados pela sociedade de zelar pelo cumprimento dos direitos e deveres da criança e do adolescente, definidos pela Lei Federal 8069 de 13 de julho de 1990 – Estatuto da Criança e do Adolescente.

§ 1º - Compõe-se de quinze Conselheiros Tutelares Titulares, e igual número de suplentes, sendo cada um dos Conselhos composto por cinco membros, eleitos de acordo com os capítulos III e IV da Lei Municipal nº 1759 de 03 de maio de 1999 pela comunidade local para mandato de três anos, permitida uma recondução, através de novo processo de escolha.

§ 2º – Os Conselheiros Tutelares Titulares escolherão, por ordem de classificação do pleito, em qual base territorial desejarão atuar.

§ 3º – Os Conselheiros Tutelares Suplentes serão chamados por ordem de classificação do pleito a integrar a base territorial que deles necessitar, para manter a adequada composição do referido órgão.

Art. 3º - Cada base territorial definida no artigo 4º deste Regimento Interno será atendida por cinco Conselheiros Tutelares Titulares.

**CAPÍTULO II
DA BASE TERRITORIAL DOS CONSELHOS TUTELARES**

Art. 4º - Os Conselhos Tutelares do Município de Santos – Estado de São Paulo têm suas atividades restritas à competência de jurisdição territorial, nos termos dos artigos 131 e 138 da

Lei Federal 8069, de 13 de julho de 1990 - Estatuto da Criança e do Adolescente, compondose cada base territorial da forma a seguir descrita:

I – Conselho Tutelar do Município de Santos – ZONA CENTRAL, BASE TERRITORIAL DE ATUAÇÃO: Bairros do Centro, Paquetá, Valongo, Vila Nova, Jabaquara, Vila Mathias, morros do Jabaquara, Bufo, Monte Serrat, Boa Vista e Pacheco, parte da área portuária e parte dos morros da Nova Cintra, Penha e São Bento e área continental (CARUARA, MONTE CABRÃO E ILHA DIANA);

II – Conselho Tutelar do Município de Santos – ZONA LESTE, BASE TERRITORIAL DE ATUAÇÃO: Bairros da Vila Belmiro, Marapé, Campo Grande, José Menino, Encruzilhada, Gonzaga, Macuco, Boqueirão, Estuário, Embaré, Aparecida, Ponta da Praia, parte da área portuária e os morros do José Menino, Marapé e Santa Terezinha;

III – Conselho Tutelar do Município de Santos – ZONA NOROESTE, BASE TERRITORIAL DE ATUAÇÃO: Bairros da Alemoa, Jardim São Manoel, Chico de Paula, Santa Maria, Bom Retiro, Rádio Clube, Jardim Castelo, Areia Branca, Vila São Jorge, parte da área portuária e os morros do Saboó, Vila Progresso, Caneleira e parte dos morros da Penha, Nova Cintra e São Bento.

Art. 5º - A sede de atendimento dos Conselhos Tutelares do Município de Santos, em cada uma das bases territoriais de atuação descritas no artigo anterior funcionará no endereço indicado pela Prefeitura Municipal de Santos, conforme determina o artigo 134 da Lei Federal 8069 de 13 de julho de 1990.

CAPÍTULO III

DA JORNADA DE ATENDIMENTO DOS CONSELHOS TUTELARES

Art. 6º - Cada base territorial descrita no artigo 4º será atendida por cinco Conselheiros Tutelares Titulares, que cumprirão jornada de oito horas diárias, das 08h00 às 18h00, de Segunda a Sexta-feira de cada semana.

Art. 7º - O atendimento na sede de cada base territorial contará sempre com a presença de pelo menos três membros dos Conselhos Tutelares.

Art. 8º - Haverá plantão de atendimento em cada base territorial dos Conselhos Tutelares fora do horário a que se refere o artigo 6º, incluindo sábados, domingos e feriados, mediante escala de serviços, publicada mensalmente no Diário Oficial do Município, para conhecimento da população santista.

Art. 9º – Havendo necessidade, em atendimento dispensado durante o plantão, que justifique a presença de mais de um Conselheiro Tutelar, por motivo de oitiva que envolva a necessidade de testemunha, ou ainda em casos que requeiram decisão urgente do Colegiado Geral, o respectivo atendimento será obrigatoriamente efetivado por dois ou mais Conselheiros do Colegiado Geral, atendendo a chamada de auxílio do responsável pelo plantão.

Art. 10º - A jornada dos Conselheiros Tutelares será de 40 (quarenta) horas semanais, compreendendo as atividades nas sedes durante o horário comercial e os plantões de atendimento a que se refere o artigo 8º do presente Regimento.

CAPÍTULO IV

DA COMPETÊNCIA DOS CONSELHOS TUTELARES

Art. 11º – A competência dos Conselhos Tutelares será determinada nos termos do artigo 138 da Lei 8.069/90:

I – pelo domicílio dos pais ou responsável;

II – pelo lugar onde se encontre a criança ou adolescente, à falta dos pais ou responsável.

Art. 12º – Em se tratando de competência sobre atendimento a ato infracional praticado por criança, aplica-se o disposto no artigo 4º e seus incisos do presente Regimento, observadas as medidas específicas de proteção garantidas ao atendimento no Título II, Capítulo II da Lei 8069/90.

Parágrafo Único – A competência de atendimento a ato infracional cometido por adolescente é disciplinada pelo instituído através da Lei 8069/90 – Título V, Capítulo III, artigo 138; Título VI, Capítulo II, Seção II, artigo 147, seus incisos e parágrafos e Seção V, artigo 171 e seguintes da citada Seção.

CAPÍTULO V

DAS ATRIBUIÇÕES DOS CONSELHOS TUTELARES

Art. 13º – As atribuições dos Conselhos Tutelares reger-se-ão pelo instituído através da Lei 8069/90, artigos 136, 191 e 194.

Art. 14º – Concorrente, o Conselho Tutelar fiscalizará as entidades governamentais e não governamentais, conforme instituído através da Lei 8069/90, em seu artigo 95.

CAPÍTULO VI

DA COORDENAÇÃO DE CADA BASE TERRITORIAL E DAS REUNIÕES DE SERVIÇO SEMANAIS

Art. 15º – Os Conselheiros Tutelares que compõem cada base territorial elegerão durante o primeiro mês de trabalho após a posse, em sessão específica e por maioria de votos, dois dentre os seus pares para exercer as funções de Coordenador e Secretário, com mandato de um ano, podendo haver recondução por períodos iguais ao de seu mandato, desde que novamente confirmados em igual processo de escolha.

Art. 16º - Os Conselheiros Tutelares de cada base territorial reunir-se-ão, obrigatoriamente, uma vez por semana em sessões ordinárias e em sessões extraordinárias, quando necessário, convocadas pelo Coordenador ou por maioria dos Conselheiros, com “quorum” mínimo de três Conselheiros, lavrando-se ata das decisões havidas.

§ 1º - A realização das reuniões, quer seja de forma ordinária ou extraordinária, dar-se-á em local, data e hora a serem definidos pela Coordenação, que providenciará a convocação dos participantes da forma mais célere que se fizer conveniente.

§ 2º - As decisões serão tomadas por maioria de votos, cabendo ao Coordenador o voto de desempate.

Art. 17º – Compete ao Coordenador de cada base territorial:

I – propor a uniformização da forma de prestação dos atendimentos, formalizando procedimentos e possíveis atos processuais necessários;

II – tratando-se de matéria de natureza constitucional ou processual, assegurar, além da aplicação de medidas legais cabíveis, a busca, se necessário, de auxílio técnico para a tomada de decisões, ratificações ou retificações, de modo a garantir a aplicação precisa do direito a cada caso concreto;

III – compor, em conjunto com os demais Conselheiros, a pauta das sessões, que deverá compreender os casos a serem discutidos e resolvidos, bem como ações de planejamento e avaliação, com vistas ao aperfeiçoamento do atendimento;

IV – manifestar-se em juízo e fora dele, sempre que necessário, em nome dos Conselheiros Tutelares de sua base territorial, com fulcro nas decisões conjuntas havidas pelo Colegiado da respectiva base territorial;

Parágrafo Único – Diante dos impedimentos legais do Coordenador, suas atribuições serão exercidas pelo Secretário.

Art. 18º – Compete ao Secretário de cada base territorial:

I – lavrar as atas das sessões ordinárias e extraordinárias do Colegiado da base territorial, mantendo registro sucinto de todos os assuntos tratados, mantendo sob sua responsabilidade o livro próprio destinado a esse fim;

II – aferir e fazer constar em ata as faltas dos conselheiros tutelares às sessões ordinárias e extraordinárias, anotando eventuais documentos comprobatórios da ausência justificada;

III – ordenar os procedimentos de registro, autuação e distribuição interna dos processos de atendimento, orientando a secretaria administrativa do órgão;

IV – manter o controle administrativo dos bens patrimoniais do órgão, assim como a tomada de providências necessárias para a manutenção dos mesmos;

V – manter controle da frequência do quadro de pessoal administrativo do respectivo Conselho, segundo as regras definidas pela Secretaria da Prefeitura Municipal de Santos à qual o mesmo se acha vinculado administrativamente, providenciando os devidos encaminhamentos;

VI – requisitar o material de consumo, assim como o material permanente necessário para o perfeito funcionamento dos serviços prestados pelo Conselho Tutelar;

Parágrafo Único – Diante dos impedimentos legais do Secretário, suas atribuições serão exercidas por outro Conselheiro escolhido na primeira sessão seguinte do Colegiado da base territorial, seguindo as mesmas regras de eleição já anteriormente estabelecidas.

CAPÍTULO VII

DA COORDENAÇÃO GERAL, SUA COMPETÊNCIA E REUNIÕES

Art. 19º – Os Coordenadores eleitos em cada base territorial, comporão a Coordenação Geral dos Conselhos Tutelares, instituída e organizada através dos artigos 50 e 51 da Lei Municipal nº 1759 de 03 de maio de 1999, que atuará como órgão disciplinador da organização interna do conjunto dos Conselhos Tutelares do Município, com a seguinte competência:

I – ordenar a forma de distribuição dos casos a serem avaliados, bem como o modo de decisão coletiva dos casos que lhes forem submetidos;

II – uniformizar a forma de prestação do serviço, bem como o trabalho de parceria dos Conselhos Tutelares de Santos com os demais segmentos da sociedade que atendam a criança e ao adolescente;

III – manifestar-se em juízo e fora dele, sempre que necessário, em nome dos Conselhos Tutelares, em comum acordo com os demais Conselheiros, de forma a garantir a decisão tomada pelo Colegiado Geral;

IV – representar publicamente ou designar representantes dos Conselhos Tutelares junto à sociedade e ao Poder Público, quando entender conveniente;

V – decidir sobre conflitos de competência entre os Conselhos Tutelares;

VI – remeter semestralmente, relatório circunstanciado dos trabalhos realizados, ao Legislativo, Executivo e Conselho dos Direitos da Criança e do Adolescente, com a finalidade de aprimorar o atendimento prestado à criança e ao adolescente.

Art. 20º – A Coordenação Geral dos Conselhos Tutelares reunir-se-á obrigatoriamente uma vez por mês, em sessões ordinárias e em sessões extraordinárias, quando necessário, sob a presidência de um dos Coordenadores, em regime de rodízio, incumbido igualmente da

convocação, compondo-se a pauta dos assuntos levados pelo Coordenador de cada base territorial, com vistas ao registro unificado das decisões do Colegiado de cada base territorial e outras providências de sua competência, lavrando-se ata com a síntese dos assuntos tratados e resolvidos.

Art. 21º – A Coordenação Geral dos Conselhos Tutelares, por iniciativa de qualquer dos seus membros, em casos de assunto urgente, inadiável ou quando por sua importância assim se justificar, ampliará a reunião com a convocação de todos os Conselheiros Titulares em exercício, com indicação do local, data e hora, elegendo-se na oportunidade o Presidente, dentre os Coordenadores e o Secretário, dentre os Conselheiros Titulares presentes, que serão responsáveis por dirigir os trabalhos, assim como pela lavratura da ata da tomada de decisões do Colegiado e pelo registro de faltas dos Conselheiros à reunião ou eventuais justificativas, com seus documentos probatórios.

§ 1º – As decisões serão tomadas por maioria de votos, manifestados abertamente, com “quorum” mínimo de nove Conselheiros Tutelares, incluindo os Coordenadores, cabendo ao Presidente da reunião o voto de desempate.

§ 2º – As atas serão assinadas por todos os Conselheiros Tutelares presentes, ficando o livro a elas destinado sob a guarda e responsabilidade da Coordenação Geral.

§ 3º – Contra decisão tomada pelo Colegiado, quer seja de forma ordinária ou extraordinária, não caberá recurso por parte do Conselheiro Tutelar que, devidamente convocado, não tenha comparecido, sem apresentar justificativa de ausência legal.

Art. 22º - Contra equívoco cometido em lavratura de ata, poderá o interessado reclamar dentro do prazo de três dias úteis a contar da data de leitura e aprovação da mesma, através de petição dirigida à Coordenação Geral que, julgando procedente o pedido, providenciará retificação imediata da mesma, bem como comunicação sobre a retificação ocorrida aos demais Conselheiros aos quais já houver submetido sua aprovação.

CAPÍTULO VIII

DAS GARANTIAS

Art. 23º – Dos atos que constituírem impedimentos à aplicação integral ou parcial da Lei 8069/90 caberão recursos administrativos e judiciais, na forma de encaminhamento necessários, através da Coordenação Geral dos Conselhos Tutelares, após decisão tomada pelo Colegiado Geral.

Art. 24º – Dos atos que constituírem infringência contra garantias constitucionais, e sempre que demonstrada necessidade, caberão recursos aos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, através da Coordenação Geral dos Conselhos Tutelares, após decisão tomada pelo Colegiado Geral.

Art. 25º – O instituído nos artigos 23 e 24 deste Regimento Interno não gera impedimento para ingresso junto ao Poder Judiciário pelas partes interessadas em quaisquer procedimentos.

CAPÍTULO IX

DA DISTRIBUIÇÃO DOS CASOS DE ATENDIMENTO

Art. 26º – Os casos serão distribuídos entre os diversos Conselheiros Tutelares, dentro de cada base territorial, segundo critérios que garantam a igualdade na sua divisão.

§ 1º – Fica estabelecido que o Conselheiro Tutelar que prestar o primeiro atendimento a criança ou adolescente em situação de risco, ficará encarregado de atender todos os demais

casos referentes à mesma criança ou jovem e a seus irmãos, se necessário, de modo a garantir o estabelecimento de um vínculo que beneficie o entendimento com a família respectiva.

§ 2º – Diante de impedimento legal do Conselheiro que presta atendimento a caso especificado como de sua responsabilidade, os demais Conselheiros de plantão prestarão o devido atendimento, de modo a garantir a continuidade dos serviços.

CAPÍTULO X

DOS IMPEDIMENTOS

Art. 27º - É defeso ao Conselheiro Tutelar exercer as suas funções junto a processos de atendimento:

I – de que for parte;

II – na hipótese de parentesco até o terceiro grau;

III – em que interveio como mandatário da parte, oficiou como perito ou prestou depoimento como testemunha;

IV – quando nele estiver postulando, como advogado da parte, o seu cônjuge, companheiro ou companheira, ou qualquer parente seu, consanguíneo ou afim, em linha reta ou na linha colateral até o terceiro grau;

V - quando integrar direção ou administração de pessoa jurídica que constitua parte no processo de atendimento.

Art. 28º – Reputa-se fundada a suspeição de parcialidade do Conselheiro Tutelar quando:

I – amigo íntimo ou inimigo capital de qualquer das partes envolvidas no procedimento de atendimento;

II – alguma das partes for credora ou devedora do Conselheiro Tutelar, de seu cônjuge, companheiro ou companheira, ou de parentes destes, em linha reta ou na colateral até o terceiro grau;

III – herdeiro presuntivo, donatário ou empregador de alguma das partes;

IV – do recebimento de dádivas ou favorecimentos antes ou depois de iniciado o atendimento;

V – interessado no julgamento da causa em favor de uma das partes.

Parágrafo Único – Poderá ainda o Conselheiro Tutelar declarar-se suspeito ou impedido de prestar atendimento, por motivo de foro íntimo.

CAPÍTULO XI

DAS EXCEÇÕES

Art. 29º – Serão consideradas exceções situações que venham a existir em decorrência de vigência, alteração ou emenda legal, por casos fortuitos ou de força maior, sendo portanto tratados seus atendimentos de acordo com as prioridades garantidas nos artigos 2º a 6º do ECA, e por todos os possíveis meios morais e legais em vigência, à época do acontecimento, de conformidade com a exigência de trato e solução do mesmo .

CAPÍTULO XII

DA SUBSTITUIÇÃO E DA PERDA DO MANDATO

Art. 30º – O Conselheiro Tutelar será temporariamente afastado de suas funções e substituído pelo Suplente, caso o Colegiado do Conselho entenda ser necessário, quando:

I – manifestar espontaneamente este desejo, por tempo determinado, até 180 dias;

II – por afastamento de licença médica, superior a quinze dias;
III – por ocasião do período de gozo de férias anuais, de conformidade com a legislação municipal que vier a discipliná-las.

Parágrafo Único – Será devida a remuneração integral do Conselheiro, que, na hipótese de afastamento médico legal, por decorrência de incapacitação física temporária, tiver a mesma sido devidamente atestada por médico do serviço de perícia da Prefeitura Municipal de Santos.

Art. 31º – O Conselheiro Tutelar Titular perderá seu mandato, quando:

I – manifestar sua renúncia, expressa em documento;

II – for condenado em sentença irrecorrível por crime doloso ou contravenção penal;

III - faltar, injustificadamente por 3 (três) reuniões consecutivas ou 5 (cinco) alternadas;

IV - descumprir reiterada e injustificadamente as normas estabelecidas no presente Regimento;

V - afastar-se sem justificativa legal, por mais de 3 (três) vezes, ultrapassando o total de 180 (cento e oitenta) dias;

§1º – A perda do mandato dar-se-á ainda por decisão da maioria absoluta dos membros titulares, em função de cometimento de infração a dispositivos deste Regimento Interno, sendo assegurado ao afastando, amplo direito de defesa, por todos os meios de direito permitidos e cabíveis ao assunto.

§2º – Instaurada de forma legal matéria processual contra atos tomados de forma individual por qualquer Conselheiro Tutelar Titular, não ficará o mesmo impedido de continuar desempenhando suas funções, até que contra ele ocorra trânsito em julgado.

CAPÍTULO XIII

DAS DISPOSIÇÕES FINAIS

Art. 32º – Este Regimento poderá ser alterado total ou parcialmente, nos termos do artigo 1º § 5º da Lei nº 1759 de 3 de maio de 1999.

Art. 33º – Os casos omissos neste Regimento serão objeto de análise e decisão conjunta do Colegiado, através da Coordenação Geral, ouvido o Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente no que lhe couber.

Art. 34º – O presente Regimento Interno entrará em vigor na data de sua publicação no “Diário Oficial do Município”, através de Resolução Normativa do Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente, revogando-se todas as disposições em contrário.

Este texto do REGIMENTO INTERNO DOS CONSELHOS TUTELARES DE SANTOS foi discutido e aprovado em Assembléia Geral Extraordinária do Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente de Santos – CMDCA realizada dia 24 de agosto de 2000.

Santos, 14 de setembro de 2.000.

JIMENA CRISTINA GOMES ARANDA
Presidente do CMDCA

- ANEXO Nº 05 -

EXCELENTÍSSIMA SENHORA JUÍZA DA INFÂNCIA E JUVENTUDE DE SANTOS.

URGENTE

pedido de providências do art. 213, “caput”, ECA

O **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO**, por seus representantes que esta subscrevem, com fundamento nos arts. 127 e 129, inc. II, da Constituição da República, 201, inc. V e 210, inc. I, do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), vem respeitosamente perante Vossa Excelência promover **AÇÃO CIVIL PÚBLICA**, em face do **MUNICÍPIO DE SANTOS**, para a defesa de interesses individuais indisponíveis, coletivos e difusos de crianças e adolescentes desta Cidade, **visando a condenação em obrigação de fazer**, para cessar danos causados por omissão do Réu, no que diz respeito à implantação de políticas sociais básicas de saúde, assistência social e de ações de proteção especial, passando a expor o quanto segue:

O FATO E OS FUNDAMENTOS JURÍDICOS DO PEDIDO

- I -

O Município de Santos não dispõe de serviço público que permita a execução das medidas previstas nos arts. 101, inc. VI e 129, inc. II, do Estatuto da Criança e do Adolescente, consistentes em **PROGRAMA OFICIAL DE AUXÍLIO ORIENTAÇÃO E TRATAMENTO DE ALCOÓLATRAS E TOXICÔMANOS**.

Entidades comunitárias que prestam esses serviços não atendem compulsoriamente os usuários e, vezes sem conta, principalmente crianças e adolescentes seriamente comprometidos com o consumo de entorpecentes e substâncias afins, permanecem sem proteção da família, da comunidade, da sociedade e dos Poderes Públicos.

A inexistência ou a oferta irregular e insuficiente desses serviços acarretam a violação de direitos fundamentais de nossas crianças e adolescentes (art. 227, “caput”, Constituição Federal; art.4º, “caput”, ECA), pois o uso de álcool, entorpecentes ou drogas afins, desde o tolueno, que compõe a “cola de sapateiro”, ou a cocaína, consumida hoje em forma de “crack”, compromete de tal forma a pessoa humana, implicando em prejuízo à vida e à saúde de seus usuários e impedem à efetivação dos direitos à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

Esse grave problema não é só de saúde pública, mas causa de sérias questões sociais e de segurança pública. Viciados ou usuários os pais ou responsável, a família se desestrutura e perdem os filhos a principal fonte de segurança, proteção e apoio, transformam-se em mendigos, “flanelinhas”, guardadores de carro e acabam absorvidos pela criminalidade.

Se as vítimas diretas são crianças e adolescentes, para sustentar o vício, como alvo fácil de traficantes, transformam-se em “aviões”, ou são aliciados por receptadores dos produtos de seus furtos e roubos e terminam por matar ou morrer, casos que diariamente preenchem o noticiário dos jornais e invadem nossos lares através do rádio e da televisão, como brigas de gangues, queimas de arquivo, confrontos com a polícia e o inadmissível extermínio de um sem número de adolescentes, verdadeiro genocídio. Tudo isso são fatos públicos e notórios, não se constituindo novidade para ninguém um dos maiores dramas enfrentados pelos que militam no atendimento de crianças, adolescentes e suas famílias.

Os Conselhos Tutelares, que têm atribuição para a requisição dos serviços públicos necessários para garantir a proteção integral da infância e da juventude (art. 136, I, II e III “a”, ECA), encaminham os casos ao Poder Público Municipal que, pela inexistência de equipamentos e programas adequados ao atendimento em questão, deixa perecer os direitos fundamentais constitucionalmente instituídos e que, com **PRIORIDADE ABSOLUTA** deveria preservar, observando a destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas a proteção da infância e da juventude, para a formulação e execução de políticas sociais públicas, hábeis a garantir o atendimento preferencial de nossas criança e adolescentes nos serviços públicos e de relevância pública, com a primazia de receber proteção e socorro em qualquer circunstância. Essa é a letra da lei - parágrafo único do art. 4º do Estatuto da

Criança e do Adolescente, legislação que regulamenta a proteção integral e o direito a proteção especial implantado pelo art. 227, parágrafo 30, inc. VII da Constituição Federal, no que diz respeito ao tema ora tratado.

- II -

Cabe ao MINISTÉRIO PÚBLICO (art. 129, inc. II, da Constituição Federal) a obrigação de zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados na Lei Maior, promovendo as medidas necessárias a sua garantia.

E, no que diz respeito à defesa dos interesses individuais, difusos e coletivos afetos à infância e à juventude, o art. 201, inc. VIII c/c parágrafo 5º, da Lei nº 8069/90 (ECA) autoriza o Autor a tomar medidas de natureza extrajudicial, a fim de zelar pelo efetivo respeito aos direitos e às garantias legais assegurados às crianças e adolescentes, o que se fez nos autos do procedimento administrativo nº 36/93 que instrui a presente inicial.

A partir de março de 1995, o Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente e os Conselhos Tutelares (fls.24 e ss) passaram a informar ao MINISTÉRIO PÚBLICO a existência de demanda e a falta de programa oficial que permitisse a aplicação das medidas do art. 101, inc. VI e art. 129, inc. II, do ECA, em especial, no que diz respeito ao tratamento compulsório, às vezes, sendo necessário o regime de internação, face ao grau de tóxico-dependência dos interessados.

O Autor solicitou ao **MUNICÍPIO DE SANTOS** as providências cabíveis para a implantação do programa de auxílio, orientação e tratamento de alcoólatras e toxicômanos (fls. 28, 31, 33), dando-se início a um projeto-piloto, desenvolvido junto à Casa de Saúde Anchieta (fls. 38, 41), sendo que, àquela época, os coordenadores da área de saúde mental entendiam ser ineficaz o tratamento compulsório, exceção feita aos usuários de “crack”, para garantia do direito fundamental de vida dessas crianças e adolescentes, porque o consumo intensivo e compulsivo da droga implica em grave desequilíbrio metabólico (fls. 48).

Em Janeiro de 1996 (fls. 65/66) o NAT Núcleo de Apoio ao Toxicodependente, como se denominou o programa desenvolvido pelo MUNICÍPIO DE SANTOS, estava em funcionamento, posteriormente surgindo dos Conselhos Tutelares informação em sentido contrário (fls. 79/82).

Em 29 de maio de 1996, com a assessoria dos profissionais da Diretoria Técnica de Serviço e Apoio ao Serviço Social do Fórum de Santos-DTSAS, o Autor presidiu reunião entre os Conselhos Tutelares, a equipe responsável pela área de saúde mental da Secretaria de Higiene e Saúde (SEHIG) e a Secretaria de Ação Comunitária, sendo efetuadas recomendações para viabilizar o atendimento pelo NAT e determinada a elaboração de projeto em definitivo pela SEHIG (fls. 85/107).

O Programa de Atendimento a Crianças e Adolescentes Com Abuso e/ou Dependência de Drogas foi apresentado a fls. 104/117 e submetido à avaliação por parte da DTSASS (fls. 145/151), que apontou falhas em sua estruturação e elaboração, sugerindo fossem retomadas as discussões sobre o tema oportunamente, porque o momento era de transição de governo.

Assim foi feito, aguardando-se a transição e dando-se ciência às autoridades públicas recém-empossadas sobre o objeto e os termos do procedimento em anexo (fls. 180, 185), quando tomou ciência a Promotoria de Justiça da Infância e Juventude que o NAT passara a desenvolver programa de tratamento em regime ambulatorial, para pessoas acima de dezesseis anos (fls. 182).

O Conselho Municipal de Direitos da Criança e do Adolescente, órgão vinculado ao gabinete do Prefeito Municipal, com função normativa, consultiva, deliberativa e controladora das políticas públicas na área de proteção da infância e juventude (art. 88, inc. II, ECA; Lei Municipal nº 736/91; Resolução Normativa nº 004/97-CMDCA) **deliberou sobre a necessidade de criação de programas governamentais de atendimento previstos no Estatuto protecionista, em especial, no que tange ao atendimento de alcoólatras e toxicômanos.**

Assim, em 19 de maio de 1997, o órgão competente definiu, na forma da lei, a Política Pública de Atendimento dos direitos da criança e do adolescente do

Município de Santos, instrumentalizada pela edição da Resolução Normativa nº 005/97, publicada em 19 de maio de 1997, no Diário Oficial de Santos e juntada nos autos em anexo.

Por sua vez, os Conselhos Tutelares foram instados ao cumprimento do art. 136, inc. IX, do ECA e a Promotoria de Justiça da Infância e Juventude solicitou à Câmara Municipal a inclusão na Lei de Diretrizes Orçamentárias de previsão para destinação de recursos que permitam a criação do programa em questão (fls. 210 e ss.), conforme pode ser observado da Lei Municipal nº 1608, de 25 de agosto de 1997, publicada no Diário Oficial de Santos em 27 de agosto p.p. - item 19, da Secretaria de Higiene e Saúde; item 5, da Secretaria de Ação Comunitária, constante dos autos.

Em junho de 1997, o Autor concedeu prazo de 60 dias ao MUNICÍPIO DE SANTOS, para a criação e efetiva implantação do programa necessário ao atendimento da demanda efetiva, sob pena de ajuizamento da presente ação (fls. 190).

O Poder Executivo, contudo, até a presente data, não se manifestou a respeito do ofício de fls.190, embora cientificado de que, **a partir de 16 de junho p.p., no prazo de 60 dias** (fls.190/vº), não sendo apresentado a este órgão o projeto do programa de atendimento em questão, seria ajuizada a presente ação.

- III -

1. O art. 208, parágrafo único, do Estatuto da Criança e do Adolescente permite a proteção judicial dos interesses individuais, difusos ou coletivos, próprios da infância e da adolescência, contemplados pela Constituição e pela Lei. Fixando, em seguida, o art.209 a **COMPETÊNCIA ABSOLUTA** deste r. Juízo para processar a presente causa (art. 148, inc. V, ECA) .

2. A Constituição Federal (art. 227, “caput”) e a Lei Federal nº 8069/90 (art. 4º, “caput”) estabelecem **a responsabilidade solidária da família, da comunidade, da sociedade em geral e dos Poderes Públicos de assegurar com COM ABSOLUTA PRIORIDADE** a efetivação dos direitos fundamentais referentes à vida, saúde, educação, alimentação, esporte, lazer, profissionalização, cultura, dignidade, respeito liberdade e convivência familiar e comunitária da criança e do adolescente. Direitos esses indiscutivelmente violados pela omissão do MUNICÍPIO DE SANTOS que até a presente

data, não viabilizou a oferta e nem ofereceu regularmente os serviços públicos necessários para o atendimento a alcoólatras e toxicômanos, a fim de permitir aos Conselhos Tutelares a aplicação das medidas previstas nos arts. 101, inc. VI e 129, inc. II, c/c art. 136, incs. I, II e III, “a” do ECA.

3. O art. 227, parágrafo 3º, inc. VII, da Constituição Federal disciplina que o direito a proteção especial abrangerá, entre outros aspectos, programas de prevenção e atendimento especializado à criança e ao adolescente dependente de entorpecentes e drogas afins.

4. A Lei Orgânica Municipal (LOM) em seus arts. 225 e ss. na Proteção Especial de que trata a presente ação, dispõe que o Poder Público assegurará à criança e ao adolescente condições ideais para o seu pleno desenvolvimento, garantindo a assistência integral com programas de prevenção e atendimento especializado aos dependentes de entorpecentes e drogas afins.

5. Nos termos do arts. 88, inc. II, do ECA, o **Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente**, criado pela Lei Municipal nº 736/91, através da **Resolução Normativa nº 005/97**, consoante os Títulos I e II do documento juntado aos autos **deliberou** que o atendimento à infância e juventude no Município de Santos **deverá** contemplar as políticas básicas nas áreas de saúde, assistência social e proteção especial, cujos programas serão norteados pelos seguintes princípios, entre outros: o estabelecimento e o reforço do vínculo da criança e do adolescente com a família, escola, comunidade, como direito à vida e ao desenvolvimento pleno; o combate à drogadição, à negligência, à violência, à situação de rua, **tudo inviável, por ora, pela inexistência de programas oficiais hábeis a produzir o resultado pretendido.**

6. De acordo com as diretrizes constitucionais e a legislação aplicável à espécie, o art. 117, inc. I, da LOM de Santos veda o início de programas e projetos não incluídos na lei orçamentária anual, que, por sua vez, deverá obedecer a Lei de Diretrizes Orçamentárias publicada em 27 de agosto p.p.

7. Segundo a Lei Orgânica Municipal - arts. 118 e ss., cabe ao Prefeito Municipal enviar à Câmara, **até o dia 30 de setembro de cada ano**, o projeto de lei

orçamentária e o plano plurianual de investimentos que será objeto de emendas por parte dos integrantes da Casa de Leis.

8. Não é por demais lembrar que o art. 4º, parágrafo único, do Estatuto da Criança e do Adolescente disciplina que a **PRIORIDADE ABSOLUTA** estabelecida no “caput” do referido dispositivo legal, regulamentando o art.227 da Constituição Federal, compreende, além de outras, **a preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas e a destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude.**

9. Desnecessário observar que os atos administrativos estão sujeitos ao princípio da legalidade, delimitado, no caso em tela, pelos dispositivos aqui invocados, entre outros aplicáveis ao objeto da presente demanda.

PEDIDO E SUAS ESPECIFICAÇÕES

- IV -

Pelo não oferecimento ou oferta irregular de serviços públicos que permitam a defesa dos direitos fundamentais da criança e do adolescente, com fundamento no art. 208 e ss., do ECA, é a presente para requerer seja o **MUNICÍPIO DE SANTOS condenado à obrigação de fazer, no sentido de criar o programa oficial de auxílio, orientação e tratamento de alcoólatras e toxicômanos,** (arts.101, VI e 129, II, ECA), **para implantação, a partir de 1º de janeiro de 1998, de forma a cessar a lesão aos interesses difusos e coletivos e garantir os direitos fundamentais as crianças, adolescentes, seus pais ou responsável.**

Não o fazendo, que seja o MUNICÍPIO DE SANTOS condenado ao pagamento de multa equivalente a 100 salários-mínimos por dia de atraso na implantação do programa, cujo montante será apurado em sentença revertendo tais valores ao Fundo gerido pelo Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente, que fixará os critérios de utilização desses recursos (art. 213, 2º e arts. 214 e 260. 2º, ECA), sem prejuízo da efetivação dos direitos fundamentais, através do atendimento e proteção aos interesses individuais art. 5º da Lei nº 8069/90), deduzidos a seguir.

Cumulativa e alternativamente, enquanto não cumprida a obrigação de oferecer os serviços públicos em questão, que prevaleça a garantia dos direitos fundamentais aqui defendidos, **no atendimento aos interesses individuais**, nos termos pretendidos a título de medida **LIMINAR**, deduzida no item abaixo.

- V -

A Câmara Municipal destacou que a Lei Orçamentária em vigor (LM nº 1536, de 10 de dezembro de 1996) destinou para diferentes órgãos do Governo recursos para Manutenção de Convênios, Contratos de Prestação de Serviços e Serviços Opcionais, sendo possível, assim, cobrir despesas com o programa em questão (fls.228).

LIMINARMENTE, portanto, presentes que estão o “**fumus boni iuris**” e o “**periculum in mora**” e na esteira fixada pelo art. 278, inc. IX, da Constituição Estadual, à falta de programa oficial, ou comunitário e na impossibilidade da família arcar com os deveres de garantir os direitos fundamentais previstos na Constituição da República (art. 227) e no Estatuto da Criança e do Adolescente (art. 4º, “caput” e parágrafo único, “a” e “b” e art. 5º), requer que:

- a) **seja o Réu obrigado ao atendimento dos casos urgentes da população infanto-juvenil, seus pais ou responsável, com os recursos públicos previstos na lei orçamentária em vigor, prestando diretamente os serviços necessários à garantia dos direitos fundamentais elencados na Constituição Federal e no Estatuto protecionista, ou indiretamente, em clínicas ou entidades particulares ou comunitárias, mediante convênio ou contrato de prestação dos serviços da natureza pretendida, em regime ambulatorial ou de internação, se necessário, de forma a fazer cessar o dano aos direitos fundamentais e a garantir os interesses oportunamente individualizados através do atendimento dos Conselhos Tutelares, conforme art. 136, incs. I, II, III, “a”, ECA.**

REQUERIMENTOS

-VI-

A prestação jurisdicional não terá eficácia alguma se da Lei Orçamentária não constar dotação de recursos para fazer frente à implantação do programa em questão (art. 117, I, LOM).

Por outro lado, a criança e o adolescente, pais ou responsável domiciliados neste Município, que necessitam ou venham a necessitar de inclusão no programa oficial em questão, à falta de programas comunitários, ou de recursos familiares para a garantia de seus direitos fundamentais, não podem correr o risco de ficar ao arbítrio de agentes políticos que, **eventualmente**, desconheçam que sua atuação na elaboração do orçamento é vinculada ao princípio da legalidade, cujas prioridades foram estabelecidas no art. 4º, parágrafo único do ECA e que sua vontade política é delimitada pelo Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente, como órgão deliberador e controlador das políticas públicas de atendimento no município.

A análise da Lei de Diretrizes Orçamentárias para o ano de 1998 indica que a destinação privilegiada de recursos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude foi extremamente diluída entre as Secretarias Municipais de Saúde, Educação e Ação Comunitária, responsáveis que são pela implantação de políticas sociais básicas, **não sendo possível aferir-se sua adequação às diretrizes do art. 4º, parágrafo único, do ECA.**

Cabe, portanto, a este r. Juízo (art. 213, “caput”, ECA) determinar providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento da obrigação, quais sejam: **que os agentes políticos observem o princípio da legalidade, na elaboração da legislação orçamentária municipal, atentos a PRIORIDADE ABSOLUTA disciplinada no Estatuto da Criança e do Adolescente (art. 4º parágrafo único), sob pena de responsabilidade civil e administrativa** (art. 208, “caput” c/c art. 216, ECA).

Assim sendo, requer sejam encaminhadas cópias da presente inicial para ciência das autoridades públicas diretamente responsáveis pela elaboração do orçamento e,

com fundamento no art. 213, “caput”, ECA, **determinadas as seguintes providências**, caso não tenham, de ofício, sido observadas.

1. a PAULO ROBERTO GOMES MANSUR, Prefeito Municipal e representante do Poder Executivo, que:

- a) no âmbito de sua competência e atribuição, observe na elaboração do Plano Plurianual e da Lei Orçamentária Anual a preferência na formulação e na execução de políticas sociais públicas e a destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude, a fim de garantir o cumprimento das deliberações do Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente (CMDCA), consolidadas através da Resolução Normativa nº 005/97;*
- b) observando a Resolução Normativa 005/97-CMDCA, a Lei Orgânica do Município, a Constituição Estadual e a Constituição da República faça constar dos Projetos de leis orçamentárias, entre outros pertinentes à Proteção Especial, recursos para a implantação do programa de atendimento objeto da presente ação;*
- c) determine a elaboração do projeto do programa de atendimento em questão, submetendo-o, oportunamente, à deliberação do Conselho Municipal dos **Direitos da Criança e do Adolescente** (art. 88, II e art. 90, parágrafo único, ECA), para fins de aprovação e registro;*
- d) a fim de viabilizar a execução dos programas oficiais de atendimento objetos da presente ação, se necessário, tome as providências cabíveis para adequar a composição de órgãos básicos da estrutura administrativa da Prefeitura Municipal de Santos (Lei Complementar Municipal nº 150/94);*
- e) concedida a medida liminar, tome as providências cabíveis, para fazer cumprir a ordem judicial, inclusive no que tange à eventual*

necessidade de autorização legislativa para estabelecer convênios, parcerias etc..

2. respeitosamente, a **MARIVALDO ÁGGIO**, Presidente da Câmara Municipal de Santos, representante do Poder Legislativo, **JOÃO CARLOS VIEIRA**, **ANTONIO CARLOS BANHA JOAQUIM** e **FAUSTO LOPES FILHO**, ou sucessores integrantes da Comissão Permanente de Defesa dos Direitos da Criança e do Adolescente e **TOMAS SODERBERG**, **PAULO BARBOSA**, **MARINALDO MONGON**, **ADELINO RODRIGUES**, **CARLOS MANTOVANI CALEJON**, **CASSANDRA MARONI NUNES**, **FAUSTO FIGUEIRA**, **JOSÉ ANTONIO MARQUES ALMEIDA**, **JOSÉ LASCANE**, **MANOEL CONSTANTINO**, **MANOEL MESSIAS DOS SANTOS**, **MARCOS DE ROSIS**, **MARTINHO LEONARDO**, **NOÉ DE CARVALHO**, **ODAIR GONZALEZ**, **SÉRGIO BONAVIDES**, **SUELI MORGADO**, digníssimos Vereadores na Câmara Municipais de Santos, que:

Face à Resolução Normativa nº 005/97-CMDCA, da Lei Orgânica do Município, da Constituição Estadual e da Constituição da República, no âmbito de suas atribuições e competência, exerçam a fiscalização e o efetivo controle dos do Poder Executivo, zelando para que o Plano Plurianual e a Lei Orçamentária anual contemplem a preferência na formulação e na execução de políticas sociais públicas e a destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude, garantindo, no que tange à Proteção Especial, entre outros, recursos para a implantação dos programas e serviços indicados nesta inicial.

Sob pena de perecimento de direito, observa-se a Vossa Excelência a, **EXTREMA URGÊNCIA** dessas providências judiciais, tendo-se em vista a proximidade da data na qual o Executivo deverá encaminhar o plano plurianual e o projeto de lei orçamentária à Câmara Municipal - **30 de setembro próximo futuro**. Se o Poder Judiciário retardar as providências de sua competência, o programa em questão não poderá ser implantado no Município, pela falta de prévia dotação orçamentária (art. 117, inc. I, LOM; art. 167, I, da Constituição da República), ficando os direitos fundamentais que se pretende proteger ao

arbítrio dos Poderes Públicos Municipais, em eventual confronto com as disposições constitucionais (art. 227, CF) e a legislação protecionista (art. 4º, ECA).

Por outro lado, tais medidas contribuirão para garantir a regularidade da lei orçamentária municipal, evitando-se o ajuizamento de **ação direta de inconstitucionalidade** (art. 103, II, da Lei Orgânica do Ministério Público de São Paulo), se a legislação local vier a ferir os arts. 277 e 278, inc. I. da Constituição Estadual.

Não é por demais lembrar que tais providências em nada comprometem a autonomia das funções, a independência e a harmonia entre os Três Poderes do Estado, visando, sim, além de garantir a eficácia da prestação jurisdicional, fixar a **responsabilidade pessoal** das autoridades que têm a função de conduzir as políticas sociais básicas do Município, estabelecendo suas prioridades em obediência ao princípio da legalidade, tudo, para os fins do art. 216 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

3. E, ainda, com fundamento no art. 213, “caput”, ECA, uma vez concedida a medida liminar requerida para a proteção de interesses individuais, que:

- a) **sejam cientificados os Conselhos Tutelares do Município, determinando este r. Juízo o encaminhamento à Vara da Infância e Juventude de Santos dos casos em que as medidas dos arts. 101, IV e 129, I e IV, ECA forem de execução urgente, a fim de evitar o perecimento dos direitos fundamentais da criança ou do adolescente, nos casos do art. 98 da legislação protecionista.**

Cumprindo observar que, a fim de evitar tumulto processual, a execução das medidas de proteção decorrentes da concessão da liminar deverá se dar em autos apartados, diante do que dispõem os arts. 136, V, 148. Vil, c/c 153, do ECA.

- VII -

Observando-se a legislação processual em vigor, em especial, o art. 282 e os arts. 286 e ss do Código de Processo Civil, requer-se:

a. a citação do **MUNICÍPIO DE SANTOS**, na pessoa do seu representante legal, para contestação, sob pena de presumirem-se verdadeiros os fatos **aqui** alegados;

b. a citação da Câmara Municipal, para os termos da presente e as providências que entender cabíveis na defesa de seus interesses peculiares e prerrogativas institucionais, tendo-se em vista os termos do pedido.

c. a procedência da ação, para que, seja o **MUNICÍPIO DE SANTOS** condenado ao cumprimento das obrigações de fazer formuladas no item IV da presente ação, cabendo à Câmara Municipal viabilizar os recursos necessários para o atendimento decorrente, inclusive, do pedido alternativo, garantindo os direitos individuais eventualmente violados se, por omissão, o Poder Executivo Municipal não implantar o programa em questão.

d. a produção de todas as provas em direito permitidas, tais como juntada de novos documentos, perícias, oitiva de testemunhas e o depoimento pessoal dos representantes legais do **MUNICÍPIO** réu, se necessário.

- VIII -

Dá-se à causa o valor de R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais).

Termos em que,
Pede Deferimento.

Santos, 25 de setembro de 1997.

JOAO CARLOS MEIRELLES ORTIZ

12º Promotor de Justiça de Santos

(Cidadania)

PAULA TRINDADE DA FONSECA

24º Promotor de Justiça de Santos

(Infância e Juventude)

- ANEXO Nº 06 -

APELAÇÃO CÍVEL Nº 057.700.0/7-00

16.246

*APELANTE: PROMOTORA DE JUSTIÇA DA VARA DA INFÂNCIA E JUVENTUDE
DESANTOS*

APELADA: PREFEITURA MUNICIPAL DE SANTOS

APELAÇÃO CÍVEL - Ação civil pública - Obrigação de Fazer - Implantação do 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 do 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 no 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 área de atuação do Executivo - Necessidade, no entanto, de que seja fixado prazo para cumprimento de todos os pedidos - Recurso provido.

Trata-se de apelação cível ofertada pela Promotora de Justiça da Vara da Juventude da Comarca de Santos contra a r. sentença de fls. 530/534, que julgou improcedente ação civil pública, visando à implantação de serviço oficial de auxílio, orientação e tratamento de alcoólatras e toxicômanos. Ação em que era objetivada a inclusão de leis orçamentárias pertinentes, determinando a elaboração de projeto para ser submetido à Câmara Municipal para viabilizar a execução do programa e adoção de providências para adequação da composição de órgãos básicos de estrutura administrativa, a fim de cumprir a resolução normativa nº 005/97 do Conselho Municipal de Direitos da Criança e do Adolescente e da Lei

Municipal nº 150/94, sob argumento de que a ré já vem ofertando programas como o reclamado, apesar das dificuldades financeiras existentes.

No recurso, a apelante fez alusão a agravo de instrumento interposto contra decisão denegatória de liminar e necessidade de citação da Câmara Municipal, dizendo que, quanto à última, desistia do recurso, fazendo carga, por outro lado, contra a intempestividade da contestação apresentada. No que pertine ao mérito do r. sentença atacada, refutou todos os argumentos nela expendidos, para reafirmar que é indispensável o tratamento reclamado, em conjunto com os demais pedidos, tecendo considerações sobre situação de crianças e adolescentes viciados no uso de drogas, destacando não estar a Municipalidade observando preceitos constitucionais que estabelecem prioridade absoluta no trato desta matéria, a par de não atender a resolução normativa do Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente, enfatizando a premência na reforma daquela decisão, para obrigar o Executivo a cumprir a lei.

O recurso foi respondido e mantida ficou a r. decisão.

O parecer da Procuradoria Geral de Justiça é pelo provimento integral da apelação.

Vieram informações relativas ao agravo de instrumento noticiado nas razões do recurso.

De início, impende consignar que o agravo interposto já foi julgado (fls. 844/846), nada mais havendo a prover.

Quanto à intempestividade da contestação, acenada em agravo e nas razões de apelação, não colhe guarida a pretensão da apelante, pois não há como distinguir, para efeitos processuais, entre Fazenda Pública e Municipalidade, eis que encarnam, em verdade, a mesma pessoa jurídica de direito público interno. Dizer que tão só a Fazenda Municipal teria prazo díspar para apresentar defesa, não compreendendo a Municipalidade, não é posição que se coaduna com a melhor tradição do nosso Direito, mantida a r. sentença neste particular.

Examinados os documentos que instruíram o processo e, sopesados toda a argumentação das partes, tem-se como necessária, no mérito, a reforma do r. decisão apelada.

Como lembra o Doutor Procurador de Justiça, a Constituição Federal, em seu art. 227, dispôs a respeito do dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e, principalmente, do Poder Público, em assegurar, em caráter de prioridade absoluta, a efetivação dos direitos referentes à vida, saúde, alimentação, educação, esporte, lazer,

profissionalização, cultura, dignidade, liberdade, convivência familiar e comunitária para crianças e adolescentes, o que é repetido no art. 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Prioridade absoluta, como esclarece o parágrafo único do art. 227, da Carta magna, compreende primazia no recebimento de proteção e socorro em quaisquer circunstâncias, além de precedência no atendimento dos serviços públicos ou de relevância pública e, bem assim preferência na formulação e execução de políticas sociais, com destinação privilegiada de recursos nas áreas relacionadas com a proteção às crianças e adolescentes.

É por esta razão que o ECA, dentre outras, prevê medidas de proteção às crianças e adolescentes, quando seus direitos são ameaçados ou violados por ação ou omissão da sociedade ou do Estado (art. 98, I). Estas medidas protetivas, convém frisar, consistem na requisição de tratamento médico, psicológico ou psiquiátrico, em regime hospitalar ou ambulatorial, sendo prevista, também, a inclusão em programa oficial ou comunitário de auxílio, orientação e tratamento a alcoólatras e toxicômanos (art. 101, V e VI).

No caso em pauta, o Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente, órgão do próprio Município, determinou, por intermédio da Resolução Normativa nº 004/97, a criação de programas governamentais de atendimento previstos no ECA, especialmente no que tange ao tratamento de alcoólatras e toxicômanos. O Ministério Público, em inquérito civil instaurado, constatou grave insuficiência no atendimento que a Municipalidade de Santos atribui a crianças e adolescentes com problemas de uso de drogas. Ficou patenteado, de forma bastante clara, a contumácia do Município quanto à observância da deliberação do Conselho Municipal, demonstradora de obliúvio quanto à natureza controladora de ações desse órgão, nos termos do art. 88, II, do ECA, esquecendo, de outra parte, o caráter normativo de suas decisões a vincular a Administração Pública.

Em razão deste estado de coisas, foi o Ministério Público obrigado, como detentor do dever de zelar pelos direitos das crianças e adolescentes, de caráter individual, coletivo ou difuso a ajuizar ação civil pública, para que o Município de Santos se visse compelido a criar programa que, de modo efetivo, pudesse propiciar aos viciados no uso de drogas, tratamento adequado que, em definitivo, os livrasse do vício do consumo de substâncias entorpecentes. Pretendeu-se a inserção, e Plano Plurianual e na Lei Orçamentária Anual, da observância da preferência na formulação e execução de políticas sociais públicas com destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas pertinentes à proteção da infância e juventude, para garantia do cumprimento da deliberação do Conselho Municipal.

Mas não somente isso.

Pleiteou, ainda, em observância da Resolução nº 004/97, das Constituições Federal e Estadual e da lei Orgânica do Município, que o Sr. Prefeito Municipal fizesse constar do orçamento a previsão de recursos indispensáveis à implantação de programa de atendimento aos viciados, obedecendo o sistema de proteção especial já mencionado.

Objetivou, ademais, a elaboração de projeto, a ser submetido ao Conselho Municipal, para aprovação e registro viabilizando a execução de programas oficiais de atendimento, tomando as providências necessárias para adequar a composição dos órgãos básicos de estrutura administrativa da Prefeitura Municipal, consoante a lei Complementar Municipal nº 150/94.

Nota-se, pois, que o desiderato do Ministério Público cinge-se ao cumprimento da lei. Nada além disso.

Dos documentos juntados pela apelante, infere-se que os vários programas de atendimento postos pela Municipalidade à disposição de crianças e adolescentes viciados, não estão cumprindo a função que deles se exige em lei.

São várias as informações no sentido de que não há tratamento efetivo que possibilite a erradicação do vício, ocorrendo, no mais das vezes que, superada alguma crise decorrente do consumo de entorpecentes, sejam os menores liberados a suas famílias. Equivale dizer que o Município cuida, tão só, de debelar minimamente as conseqüências do uso de tóxicos, mas não de atacar a causa.

E isso, é preciso esclarecer, se encontra muito bem descrito na avaliação de fls. 161/167, na qual se afirmava a necessidade de novos estudos, em função de que, naquela época, havia sido recentemente implantado o NAT (Núcleo de Apoio ao Tóxicodependente), na esperança de que tal programa trouxesse solução a tão grave questão social.

Verificou-se, posteriormente, que este programa é insuficiente, posto que, num primeiro instante, passou a cuidar dos viciados, sem estrutura familiar, quase sempre, apenas em nível ambulatorial, para depois ser paralisado, com a agravante, documentada na fl. 245, de que nenhum projeto orçamentário havia sido enviado à Câmara Municipal para cumprimento das deliberações do Conselho Municipal ou das disposições constitucionais e infra-constitucionais. Junte-se a estes elementos a informação do Presidente da Edilidade no sentido de que várias dotações orçamentárias poderiam cobrir as despesas necessárias com o programa a ser criado.

Com o ajuizamento da ação, a Municipalidade informou ter sido retomado o NAT, mas há na r. sentença trecho em que se detecta, de modo insofismável, que o aludido programa não corresponde ao modelo exigido por Lei, tanto que na fl. 533 se colhe “*O mesmo atendimento em caráter emergencial tem sido prestado pelo Pronto Socorro Central através de seus médicos, inclusive psiquiatras. Havendo necessidade, internações de curta permanência têm sido feitas pelo Hospital Guilherme Álvaro, no Hospital da Zona Noroeste e, por vezes, na rede conveniada, desde que prescrito por médico a internação, objetivando a desintoxicação*”.

Ora, as internações estavam sendo determinadas, quando necessário, apenas por curtos períodos e, mesmo assim, com auxílio de hospitais e órgãos conveniados, a demonstrar a falência do sistema municipal de atendimento ao viciado, pois não se previa, apenas para exemplificar um dado mais crucial, internação pelo tempo necessário para livrar a criança ou o adolescente, em definitivo, da tóxicod dependência.

Somente esta constatação, *data venia*, serve para o reconhecimento de que o Município descumpre, abertamente, o Constituição Federal, o Estatuto da Criança e do Adolescente, a Legislação local e a Resolução Normativa 004/07 do Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente, revelando que a ação deverá ser julgada procedente, pois a implantação do programa necessário depende, evidentemente, de dotação orçamentária e de adequação da máquina administrativa, incluindo orientação às famílias desses viciados.

Dificuldades financeiras, acenadas pelo Município, não podem servir como escusa ao cumprimento da lei.

Governar não é fácil. Administrar verbas, também.

Competia, pois, à Municipalidade, pelo Sr. Prefeito, a elaboração de projeto para implantação desse programa, bem como a inclusão, na Lei Orçamentária Anual e no Plano Plurianual, das dotações necessárias para tanto, buscando recursos nos elementos próprios já existentes ou, então, prevendo alocação dos indispensáveis, remanejando prioridades, porque, como já se frisou, se discute a adoção de políticas de prioridade absoluta.

Por esta razão, não é possível acolher, sem maiores justificativas, a falta de recursos financeiros, ou dificuldades na sua obtenção.

Não há, por outro lado, qualquer ingerência do Ministério Público na seara do Poder Executivo, quando propõe ação que visa ao cumprimento da Constituição Federal, do ECA, do Legislação Municipal e da Resolução Normativa 004/97 do Conselho Municipal,

pois é dever que se inseriu entre suas atribuições institucionais, a teor, v.g., do art. 201, VIII, do Estatuto.

E, de igual modo, não se pode admitir uma indevida intromissão do Judiciário no âmbito de atuação de outro Poder, posto ser necessário o cumprimento de sua tarefa constitucional de entregar a tutela jurisdicional, ainda que em face do Estado, quando provocado por meio hábil, controlando, portanto, a atuação administrativa.

E nem alegue a natureza programática das normas que introduziram a obrigatoriedade do Município em criar o programa reclamado na ação, com os consectários que lhes são naturais, pois que é necessário, o quanto antes, rever o conceito do alcance de ditas normas, pena de tornarem-se letra morta, se dependentes tão somente do exame de oportunidade e conveniência do Executivo.

Se estes princípios estão previstos na Carta Magna, devem ser cumpridos. Devem ser reconhecidos como metas a observar, com presteza e proficiência.

A conveniência e oportunidade que hão de merecer exame pelo Executivo são as da Sociedade que governa, a exigir maior sensibilidade na propositura de orçamento e implantação de programas, atendendo não só aos ditames constitucionais, mas, além disso, à exigência do bem comum.

Vale, como é cediço, muito mais prevenir, do que, em futuro que se avizinha, cuja responsabilidade é de todos, tentar remediar o que, muitas vezes, já não mais é possível fazê-lo.

Por oportuna, vem a lição de **J. J. de Gomes Canotilho**:

*"Precisamente por isso, e marcando uma decidida ruptura em relação à doutrina clássica, pode e deve falar-se da "morte" das **normas constitucionais programáticas**. Existem, é certo, normas-fim, normas-tarefa, normas-programa que "impõem uma actividade" e "dirigem" materialmente a concretização constitucional. O sentido destas normas não é, porém, o assinalado pela doutrina tradicional: "simples programas", "exortações morais", "declarações", "sentenças políticas", "aforismos políticos", "promessas", "apelos ao legislador", "programas futuros", juridicamente desprovidos de qualquer vinculatividade. Às "normas programáticas" é reconhecido hoje um valor jurídico constitucionalmente idêntico ao dos restantes preceitos do constituição. Não deve, pois, falar-se de simples eficácia programática (ou directiva), porque qualquer norma constitucional deve considerar-se obrigatória perante quaisquer órgãos do poder político (Crisafulli). Mais do que isso, a eventual mediação concretizadora, pela instância legiferante,*

das normas programáticas, não significa que este tipo de normas careça de positividade jurídica autônoma, isto é, que a sua normatividade seja apenas gerada pela interpositio do legislador, é a positividade das normas-fim e normas-tarefa (normas programáticas) que justifica a necessidade de intervenção dos órgãos legiferantes. Concretizando melhor, a positividade jurídico-constitucional das normas programáticas significa fundamentalmente: (1) vinculação do legislador, de forma permanente, à sua realização (imposição constitucional); (2) vinculação positiva de todos os órgãos concretizadores, devendo estes tomá-las em consideração como directivas materiais permanentes, em qualquer dos momentos da actividade concretizadora (legislação, execução, jurisdição); (3) vinculação, na qualidade de limites materiais negativos, dos poderes públicos, justificando a eventual censura, sob a forma de inconstitucionalidade, em relação aos actos que as contrariam.

*Em virtude da eficácia vinculativa reconhecida às "normas programáticas", deve considerar-se ultrapassada a oposição estabelecida por alguma doutrina entre "norma jurídica actual" e "norma programática" (aktuelle Rechtsnorm-Programmsatz): todas as normas são actuais, isto é, têm uma força normativa independente do acto de transformação legislativa. Não há, pois, na constituição "simples declarações (sejam oportunas ou inoportunas, felizes ou desafortunadas, precisas ou indeterminadas) a que não se deva dar valor normativo, e só o seu conteúdo concreto poderá determinar em cada caso o alcance específico de dito valor" (Garcia de Enterría). (Direito **Constitucional e Teoria da Constituição**, Almedina, 2ª edição, p. 1050/1051).*

Se essas normas devem ser consideradas como actuais, não há, por parte do Judiciário, indevida intromissão na esfera de atuação do Poder Executivo, quando, ao conhecer de ação civil pública de obrigação de fazer, impõe àquele o cumprimento da Constituição.

E é com verdadeiro alívio que se verifica, com a devida venia dos que entendem contrariamente, que Tribunais Pátrios já vão dando nova dimensão ao alcance das normas programáticas, a exemplo do que fez o Egrégio Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

RECURSO:
CIVEL

APELAÇÃO NUMERO:
596017897

RELATOR: SERGIO
GISCHKOW PEREIRA

“EMENTA: AÇÃO CIVIL PÚBLICA. ADOLESCENTE INFRATOR. ART-227, CAPUT, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. OBRIGAÇÃO DE O ESTADO-MEMBRO INSTALAR E MANTER PROGRAMAS DE INTERNAÇÃO E SEMILIBERDADE PARA ADOLESCENTES INFRADORES. 1. DESCABIMENTO DE DENUNCIAÇÃO DA LIDE À UNIÃO E AO MUNICÍPIO. 2. OBRIGAÇÃO DE O ESTADO-MEMBRO INSTALAR (FAZER OBRAS NECESSÁRIAS) E MANTER PROGRAMAS DE INTERNAÇÃO E SEMILIBERDADE PARA ADOLESCENTES INFRADORES, PARA O QUE DEVE INCLUIR A RESPECTIVA VERBA ORÇAMENTÁRIA. SENTENÇA QUE CORRETAMENTE CONDENOU O ESTADO A ASSIM AGIR, SOB PENA DE MULTA DIÁRIA, EM AÇÃO CIVIL PÚBLICA PROPOSTA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO. NORMA CONSTITUCIONAL EXPRESSA SOBRE A MATÉRIA E DE LINGUAGEM POR DEMAIS CLARA E FORTE, A AFASTAR A ALEGAÇÃO ESTATAL DE QUE O JUDICIÁRIO ESTARIA INVADINDO CRITÉRIOS ADMINISTRATIVOS DE CONVENIÊNCIA E OPORTUNIDADE E FERINDO REGRAS ORÇAMENTÁRIAS. VALORES HIERARQUIZADOS EM NÍVEL ELEVADÍSSIMO, AQUELES ATINENTES À VIDA E A VIDA DIGNA DOS MENORES. DISCRICIONARIEDADE, CONVENIÊNCIA E OPORTUNIDADE NÃO PERMITEM AO ADMINISTRADOR SE AFASTE DOS PARÂMETROS PRINCIPIOLÓGICOS E NORMATIVOS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E DE TODO O SISTEMA LEGAL 3. PROVIMENTO EM PARTE, PARA AUMENTAR O PRAZO DE CONCLUSÃO DAS OBRAS E PROGRAMAS E PARA REDUZIR A MULTA DIÁRIA. (APC Nº 596017897, SÉTIMA CÂMARA CÍVEL TJRS, RELATOR: DES. SERGIO GISCHKOW PEREIRA, JULGADO EM 12/03/1997)”

A tudo deve ser somada a constatação de que, em quase doze (12) anos de vigência da Carta Magna e dez (10) do Estatuto, já transcorreu tempo mais do que suficiente para que a conveniência e oportunidade da observância dessas normas fosse notada.

Nada fazer para impedir que essa omissão infelicite milhares de vidas, com aguçamento da crise social que ora experimenta o nosso País, é negar o primado da Justiça e inviabilizar a missão histórica do Poder Judiciário, fazendo com que a solução de graves problemas dependa da sensibilidade política dos governantes, quiçá mais preocupadas com outras prioridades, e não com aquela absoluta mencionada no texto de nossa Lei Maior, visando ao futuro das novas gerações.

É por isso que não se pode mais perder tempo com discussões inúteis ou estéreis, enquanto crianças, adolescentes, famílias e a sociedade se debatem, debilmente, contra violência inaudita e proliferação de posturas que levarão nossa mocidade, em futuro breve, ao abismo da vida marginal, sem retorno, passando a figurar em estatísticas anunciadas pela mídia, como se disso não dependesse, em poucas palavras, o porvir da própria Nação e da civilização brasileiras e eximisse a todos os que tem o poder de alterar esta situação de suas responsabilidades.

Há necessidade, contudo, de que se fixe prazo para cumprimento de todos os pedidos contidos na inicial, em razão da improcedência decretada em primeiro grau, como óbvio, ter impedido análise da questão.

Sopesadas as peculiaridades do caso e, tendo em conta o tempo decorrido desde a interposição da apelação, tem-se como razoável fixação de sessenta (60) dias para adoção de todas as providências ali referidas, a contar do trânsito em julgado deste Aresto.

Ante o exposto, dá-se provimento ao recurso para julgar-se procedente a ação e determinar-se à Prefeitura Municipal de Santos, na pessoa do Exmo. Sr. Prefeito Municipal, a obrigação de cumprir e observar todos os pedidos contidos na petição inicial, em sessenta (60) dias contados a partir do trânsito em julgado desta decisão.

NIGRO CONCEIÇÃO

Relator

- ANEXO Nº 07 -

ACÓRDÃO STJ TOXICÔMANOS

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

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

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

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:

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 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.

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

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 precípua, 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,

Conseqüentemente, tenha se presente que o pleiteado pelo MINISTÉRIO PÚBLICO não foi fruto de sua ingerência. O pedido foi a implementação de um programa adredemente 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.

Conseqüentemente, 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. 4º 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 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 16/6/1999, 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, D.J 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)

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.