

CONSELHOS DE DIREITOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE, MINISTÉRIO PÚBLICO E A NECESSÁRIA IMPLEMENTAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS SOCIAIS

Tese apresentada por **Nívia Mônica da Silva**, Promotora de Justiça da Infância e Juventude de Belo Horizonte, Especialista em Direito Público pelo Instituto de Educação Continuada da PUC-Minas, em conjunto com **Mariana de Paula Alves**, estagiária de Direito do Ministério Público, lotada na 23ª Promotoria de Justiça da Infância e Juventude, portaria nº 1559/2004, à comissão temática VIII, “**Aperfeiçoamento Institucional para a garantia dos direitos das crianças e adolescentes**”, constituída por Vera Deboni, Juíza de Direito (RS); Afonso Armando Konzen, Procurador de Justiça (RS) e Marcos Flávio Lucas Padula, Juiz de Direito (MG), para que seja debatida no XXI Congresso da Associação Brasileira de Magistrados e Promotores de Justiça da Infância e Juventude (ABMP), que será realizado entre os dias 25 e 28 de maio de 2006, nesta capital.

Belo Horizonte

Abril/2006

RESUMO

A CR/88 estabeleceu como diretriz a participação da população na formulação, gestão e avaliação das políticas públicas relativas à infância e juventude. A forma e os limites dessa participação foram definidos pelo ECA. A partir daí, foram introduzidos no ordenamento político-jurídico brasileiro os Conselhos de Direitos da Criança e do Adolescente. O presente trabalho pretende examinar as características, o alcance, a exigibilidade e a natureza das deliberações desses órgãos. Em seguida, estabelecer o liame entre o campo de atuação desses conselhos e as esferas de atuação judicial e extrajudicial do Ministério Público. Por fim, pretende-se demonstrar que a atuação conjunta (Ministério Público e Conselho de Direitos) poderá contribuir para a implementação das políticas públicas relativas ao atendimento dos direitos das crianças e adolescentes, seja na seara judicial ou extrajudicial.

Palavras-chave: políticas públicas – infância e juventude –
Conselhos de Direitos – Ministério Público – Poder Judiciário

SUMÁRIO

1. Conselhos de direitos: evolução histórico-conceitual sobre o ponto de vista jurídico, social e político.....	04
2. A função deliberativa dos conselhos de direitos e o princípio democrático	07
3. Conselhos de Direitos da Criança e do Adolescente e Ministério Público.....	10
4. Políticas públicas deliberadas nos conselhos de direitos: meios idôneos à concretização da ordem social.....	13
5. Conclusões.....	16
6. Proposições.....	18

1. OS CONSELHOS DE DIREITOS¹: EVOLUÇÃO HISTÓRICO-CONCEITUAL SOBRE O PONTO DE VISTA JURÍDICO E SOCIAL

Acerca da origem histórica dos conselhos, Elenaldo Celso Teixeira relata que:

Os conselhos possuem três origens distintas: de movimentos insurrecionais (como os conselhos da comuna de Paris e os soviets de Petrogrado e da Revolução Russa de 1.917); instância de poder nos lugares de trabalho (ex. conselhos de fábricas italianos, conselhos de autogestão na Iugoslávia, na Polônia, etc); como arranjos neo-corporativistas com o objetivo de negociar demandas de trabalhadores, usuários e outros grupos de interesses e reduzir conflitos distributivos, nos países de capitalismo avançado. (1.996, p.99-100)

Tal qual definidos pela legislação em vigor, não há precedentes para os conselhos de direitos na história político-institucional brasileira. Trata-se de um padrão que se difere tanto dos “Conselhos Comunitários” implementados a partir dos anos 50 em toda a América Latina nos marcos da ideologia desenvolvimentista, caracterizados pela subordinação político estatal, quanto se difere dos “Conselhos Populares” decorrentes da atuação enfática de determinados movimentos sociais urbanos nas décadas de 70 e 80, embalados pela ideologia que se opunha aos ditames e regras da democracia liberal.

No que concerne às questões relativas à criança e ao adolescente, sabe-se que em 1.927, por ocasião da publicação do primeiro “Código de Menores”, houve uma sinalização favorável à participação popular, ainda que embrionária e simbólica, na discussão das políticas públicas dirigidas a esse público. A propósito disso, um dispositivo inserido no último capítulo desse Código criava, no Distrito Federal, o “Conselho de Assistência e Proteção aos Menores”, que seria o espaço público para a discussão desse tema entre membros do Poder Público e de organizações extrínsecas ao Estado.

Mas, foi somente na década de 80, durante o processo de redemocratização do Brasil, que se iniciou a trajetória da sociedade civil por intervir autônoma e efetivamente no processo político decisório e, por conseguinte, nasceram os conselhos comunitários.

Tais órgãos foram de suma importância para a criação dos atuais Conselhos de Direitos. Não obstante sua atuação fosse desprovida de caráter deliberativo, cingindo-se à esfera consultiva, certo é que a pressão popular exercida pelos Conselhos Comunitários, por diversas vezes, resultou na implementação daquilo que havia sido aconselhado, o que contribuiu sobremaneira para a atual conformação dos Conselhos de Direitos.

¹ Embora também identificados como conselhos gestores, conselhos setoriais de políticas públicas, conselhos de cidadania, entre outras denominações, preferimos manter a nomenclatura acolhida pelo legislador brasileiro nos diversos textos legais correlatos (Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei Orgânica da Assistência Social, etc).

Retornando à seara específica dos direitos infanto-juvenis, os movimentos de defesa desses direitos, aliados ao já citado processo de redemocratização pelo qual passava o país, impulsionaram a criação de novas modalidades de participação da população na formulação das políticas públicas e na fiscalização da execução dessas políticas.

Grosso modo, pode-se identificar três importantes vertentes do movimento de defesa aos direitos da criança e do adolescente no Brasil. A primeira, composta por profissionais e entidades envolvidas com projetos de atendimento direto, vai desembocar num importante movimento de luta, denominado Movimento Nacional de Meninos e Meninas de Rua, cuja repercussão se avolumou pela contribuição dos “movimentos pastorais” da Igreja Católica, inspirados na Teologia da Libertação. A segunda, composta por advogados, teóricos do direito, promotores de justiça e juízes, configura uma facção do mundo jurídico que se envolve diretamente nas discussões e na redação do Estatuto da Criança e do Adolescente. A instituição da Frente Parlamentar de Defesa dos Direitos da Criança e do Adolescente, que congregava deputados de variadas siglas, caracteriza a terceira vertente.

Essa movimentação sociopolítica foi responsável pela introdução de vários dispositivos na Constituição Federal de 1.988 que se prestam a assegurar direitos à criança e ao adolescente de sorte a torná-los sujeitos de direitos e destinatários de proteção integral, em face da peculiar condição de pessoa em desenvolvimento.

As políticas públicas anteriores à promulgação da Constituição são políticas de cunho eminentemente assistencialista, filantrópico, compensatório, programas pautados na repressão, na institucionalização, disciplina e preparação para a produção laboral, a exemplo da “política nacional de bem-estar do menor”. Pós 1988, iniciou-se um reordenamento dessas práticas, com o fito de se estabelecer outro norte para a política de atendimento à criança e ao adolescente, que passou a gozar, inclusive, de prioridade absoluta, tanto na formulação dessa política, quanto na destinação de recursos para a execução correspondente.

O contexto acima emoldurado, permeado por fatores políticos, econômicos e sociais ocorridos no Brasil e no mundo, favoreceu a mudança de paradigma na política de atendimento dirigida ao público infanto-juvenil, tanto no aspecto relativo à declaração de seus direitos, quanto no que tange aos mecanismos para garanti-los.

Um desses mecanismos, os conselhos de direitos, *a priori* previstos na Constituição da República, trazem a política infanto-juvenil da esfera até então exclusivamente governamental para a pública, através da participação da sociedade civil organizada.

Na esteira desses avanços, as funções do conselho de direitos da criança e do adolescente assumem proporções bastante significativas, visto que, se bem orientado tecnicamente, devidamente operacionalizado e autônomo politicamente, o Conselho poderá cumprir sua missão que, segundo Mario Volpi, citado por Jaqueline Passos Silveira, corresponde a buscar, na prática cotidiana, “consolidar esta transição paradigmática de uma doutrina de situação irregular, discriminatória, para uma doutrina de proteção integral e de defesa dos direitos da criança e do adolescente” (2004. p.17).

Sob o prisma jurídico, verifica-se que a introdução dos conselhos de direitos no ordenamento jurídico brasileiro decorreu da regulamentação do texto constitucional que estabeleceu como diretriz das ações governamentais relativas à assistência social e à infância-juventude “a participação da população, por meio de organizações representativas, na formulação das políticas e no controle das ações em todos os níveis” (art. 204, II c/c 227, § 7º da CR/88). Estas disposições constitucionais abriram caminho para a criação dos Conselhos de Direitos ou Conselhos Gestores de Políticas Públicas.

Com efeito, foi o Estatuto da Criança e do Adolescente, publicado em 13 de julho de 1.990, que estabeleceu, como diretriz da política de atendimento, a criação de conselhos municipais, estaduais e nacional da Criança e do Adolescente e os definiu como “órgãos deliberativos e controladores das ações em todos os níveis” nos quais é “assegurada a participação popular paritária, por meio de organizações representativas segundo leis federais, estaduais e municipais”. Além disso, estabeleceu, ainda, como diretriz, “a manutenção de fundos nacional, estaduais e municipais, vinculados aos respectivos conselhos dos direitos da criança e do adolescente”.

Os conselhos de direitos constituem, então, espaços de articulação entre a sociedade civil e o Estado, que discutem, definem e/ou deliberam acerca das políticas públicas² relativas a determinado seguimento social. Esses espaços ostentam natureza de órgão público, de caráter deliberativo, de funções permanentes e não remuneradas, autônomo, de composição paritária e cujas atribuições político-administrativas são definidas nas respectivas leis criadoras.

Seguindo-se a regulamentação da previsão constitucional foi elaborada a Lei nº 8.242/91, que criou o Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente,

² Na visão de Maria Paula Dallari Bucci (1.997), “As políticas públicas funcionam como instrumentos de aglutinação de interesses em torno de objetivos comuns, que passam a estruturar uma coletividade de interesses. Segundo uma definição estipulativa: toda política pública é um instrumento de planejamento, racionalização e participação popular. Os elementos das políticas públicas são o fim da ação governamental, as metas nas quais se desdobra esse fim, os meios alocados para a realização das metas e, finalmente, os processos de sua realização”.

atribuindo-lhe competência para elaborar as normas gerais da política nacional de atendimento dos direitos da criança e do adolescente e fiscalizar as ações de execução; avaliar a política estadual e municipal e atuação dos conselheiros municipais e estaduais; acompanhar a elaboração e a execução da proposta orçamentária da União, indicando modificações necessárias à consecução da política formulada para a promoção dos direitos da criança e do adolescente; gerir o fundo nacional da criança e do adolescente, entre outras.

2. A FUNÇÃO DELIBERATIVA DOS CONSELHOS DE DIREITOS E O PRINCÍPIO DEMOCRÁTICO

Contextualizados no debate contemporâneo acerca da democracia, os conselhos de direitos inauguram uma nova institucionalidade pública no país, dando azo ao redimensionamento do próprio sentido de cidadania, já que delimitam e garantem um espaço de participação da sociedade civil na elaboração e no controle da execução de políticas públicas.

Os conselhos de direitos, como órgãos gestores das políticas públicas sociais, nos quais congregam vários cidadãos que representem determinados segmentos da sociedade civil, podem ser compreendidos como instrumentos de renovação da teoria democrática, na qual a democracia participativa e a democracia representativa se articulam e se complementam, tal como propõe Boaventura Sousa Santos (2003, p.271). O autor alerta, contudo, para a necessidade de que “o campo político seja radicalmente redefinido e ampliado”, já que sem essa remodelação do campo político não será eficaz a participação da população.

De fato, a previsão constitucional da participação da população na elaboração e gestão das políticas públicas sociais e a conseqüente criação dos conselhos de direitos pretendem reordenar os processos decisórios via da ampliação do público e da reformulação da natureza da decisão política, agora pautada no debate público e na universalização dos direitos sociais.

Independentemente de digressões teórico-filosóficas, dados os limites impostos pela brevidade deste trabalho, o que se viu com a criação dos conselhos foi a ampliação, sem precedentes, dos direitos políticos dos cidadãos, já que, até então, sempre se creditou ao poder público, com exclusividade, o *locus* de conformação de políticas. A novidade está em que há compartilhamento na formulação, gestão, controle e avaliação das políticas públicas.

Conforme salienta Patrícia Helena Massa Arzabe (200-, p.32), as ferramentas tradicionais do direito não se prestam a classificar, adequadamente, os conselhos de direitos, já que não integram, em sentido estrito, o Poder Executivo.

No âmbito nacional, o art. 1º, § 1º da Lei nº 8.242/91, que criou o Conselho de Direitos da Criança e do Adolescente, determina que o órgão, de natureza “estatal especial”, “integra o conjunto de atribuições da Presidência da República”. A interpretação adequada desse dispositivo é no sentido de o verbo *integra* indicar vinculação administrativa, dês que caberá ao Poder Executivo Federal criar condições, fornecer estruturação física e humana a fim de operacionalizar o exercício das atividades do CONANDA que, em última análise, abriga um campo híbrido em que cidadãos participam da construção de uma “vontade política” típica e historicamente restrita à atuação do Executivo Federal.

Em Minas Gerais, o Conselho Estadual dos Direitos da Criança e do Adolescente foi criado “na estrutura orgânica da Secretaria de Estado do Trabalho e Ação Social”³, o que também não impede, a priori, que os conselhos gozem da autonomia institucional indispensável ao exercício democrático de suas atribuições.

A vinculação dos conselhos de direitos com o Poder Público deverá se estabelecer, portanto, apenas no âmbito administrativo, dada a imprescindibilidade de que os conselhos de direitos mantenham-se politicamente independentes do poder público. Conselhos controlados pelo poder público, além de se divorciarem do princípio democrático que os originou, via de regra, acabam por imprimir ares de legitimidade a ações e medidas questionáveis, seja do ponto de vista técnico-administrativo, seja quanto à natureza ética e política.

Há (ou deveria haver), em nosso entendimento, um apoio institucional do Estado, em todos os níveis, garantindo-se a transparência na constituição e composição dos conselhos e o pleno funcionamento desses espaços democrático de discussão e deliberação, sob pena de perda da legitimidade dessas deliberações. Decorre daí a estrita necessidade de os poderes públicos fornecerem a estrutura demandada pelo adequado funcionamento do órgão e, da mesma maneira, a interpretação de que o vínculo entre os conselhos e o poder público limita-se a esse compromisso institucional de fornecimento de condições básicas para o efetivo funcionamento desses espaços de intercessão entre a sociedade civil e o poder público.

A garantia de condições dignas de estruturação e funcionamento do conselho de direitos é condição essencial para o desempenho de seu papel político institucional. Considerando a variada gama de atribuições dos conselhos de direitos, é imprescindível que

³ Art.6º da Lei Estadual nº 10.501/91

eles sejam dotados de uma estrutura organizacional que lhe permita bem exercer todas as suas atribuições. O CONANDA, por meio de resoluções⁴, estabelece parâmetros para o funcionamento dos Conselhos de Direitos, descrevendo, inclusive, a estrutura de que deverá ser disponibilizada pelo poder público.

Além das questões relativas ao funcionamento cotidiano dos conselhos, local destinado às reuniões e estrutura administrativa compatível com as necessidades de cada conselho, é necessário que se ofereça aos conselheiros oportunidades para uma melhor qualificação e para o aperfeiçoamento da vivência democrática no exercício cotidiano de suas atribuições. Embora a manutenção dessa estrutura e a oferta de condições condizentes aos conselhos não sejam tão onerosas, sabe-se que esta é a primeira grande dificuldade enfrentada pelos conselhos de direitos já instalados no Brasil e um dos maiores entraves à implantação do órgão, onde isso ainda não se verificou.

Por outro lado, é sabido que a maioria dos conselhos municipais já implantados, sobretudo aqueles de municípios de pequeno e médio porte, foram criados a partir da necessidade de percepção de repasses de verbas públicas e/ou contribuições financeiras de origem privada. Ocorre que grande parte das verbas públicas relativas às políticas públicas sociais é repassada pela União ou pelos estados aos municípios “fundo a fundo”, vale dizer, as rubricas devidas à execução de determinada política pública são destinadas ao fundo municipal da assistência social, por exemplo, provenientes do fundo nacional da assistência social. Prescinde-se, nesses casos, da movimentação social para a conquista desse *locus* democrático e, ao contrário do que ocorreu no âmbito nacional, a participação da população na elaboração, gestão e fiscalização das políticas públicas é imposta verticalmente.

Por conseguinte, um dos maiores entraves ao exercício da função deliberativa atribuída aos conselheiros de direitos ainda é a ausência de conscientização da população de seu dever de participação nesses espaços democráticos. Para tanto é necessário que haja incentivos do poder público, é necessário que se dê maior visibilidade à atuação dos conselheiros e que a localização e a agenda dos conselhos sejam amplamente divulgadas. O Estatuto da Criança e do Adolescente, atento a essas necessidades, preconiza como diretriz da política de atendimento a “mobilização da opinião pública no sentido da indispensável participação dos diversos segmentos da sociedade” (art.88, VI).

Assim é que se não houver engajamento dos cidadãos nos espaços participativos que lhes são assegurados constitucionalmente, haverá, na mesma medida, perda de legitimidade

⁴ Especialmente as de nº 105 e 106, editadas em 2.005.

das respectivas deliberações e, por consequência, as políticas públicas lá pensadas e geridas conservarão o caráter verticalizado e setorial que sempre demarcaram o formato das políticas públicas brasileiras. Vale dizer, os conselhos, que nasceram da atuação de inúmeros movimentos sociais com a árdua tarefa de promover a oxigenação do poder público, por meio de práticas participativas, e possibilitar o aperfeiçoamento do controle social, sofrem um esvaziamento mordaz se os destinatários desse novo espaço dele não se apropriarem.

De instrumento de promoção da cidadania, os conselhos de direitos correm o risco de se transformarem em instrumentos “legitimadores” do uso abusivo ou temerário do poder discricionário atribuído ao Administrador Público, já que esvaziado de significação participativa, o conselho apenas se prestaria a endossar as propostas do poder público ou a privilegiar determinados setores empresariais⁵.

A nosso aviso, os desafios para o exercício eficaz do direito à participação e do controle social que se visa garantir por meio dos conselhos de direitos indicam a necessidade de uma atuação mais expressiva dos órgãos incumbidos da tutela dos direitos constitucionais e da defesa do regime democrático, a exemplo do Ministério Público, assunto que será tratado a seguir.

3. CONSELHOS DE DIREITOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE E MINISTERIO PÚBLICO

Muitos dos conselhos de direitos da criança e do adolescente existentes no Brasil foram criados há mais de 10 (dez) anos e, não obstante isso, há um longo caminho a ser percorrido até a efetiva consolidação de sua existência como espaços de ativação da cidadania. As dificuldades, muitas das quais já alinhadas no tópico anterior, dizem respeito às mais variadas vertentes, tais como, a cultura autoritária, falta de qualificação da representação tanto da área governamental como da sociedade civil, vetos governamentais, utilização de mecanismos de obstrução e inviabilização das resoluções dos conselhos no âmbito do poder público, carência de informações, falta de recursos, autonomia mitigada ou inexistente,

⁵ Duas reportagens da Folha de São Paulo ilustram bem esta instrumentalização dos conselhos. No âmbito municipal, a matéria "Prefeitos Nomeiam Parente como Fiscal" de 02/12/1999 denuncia várias fraudes em diferentes conselhos municipais dos estados do Piauí, Ceará e Maranhão, através de desvio de verbas públicas nas áreas da educação e saúde. A nomeação de parentes dos prefeitos junto aos conselhos é escandalosa. Na esfera federal, matéria intitulada "Em Crise, Conselho de Educação Muda" (Folha, dia 26/02/2000), apresenta um conjunto de acusações de falta de independência dos conselheiros e suspeitas de falsificação de pareceres que beneficiam o ensino privado.

conflitos pontuais de interesses no âmbito da sociedade civil, precárias articulações com as bases e entraves burocráticos.

Tantos obstáculos e, por outro lado, uma realidade que clama pela implementação urgente de políticas públicas eficazes à fruição dos direitos sociais, são duas experiências vivenciadas por um mesmo órgão que, para cumprir seu mister constitucional demanda a conjugação de esforços da sociedade civil organizada, dos poderes públicos e, especialmente, do Ministério Público na qualidade de instituição incumbida da defesa do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

No âmbito do Ministério Público, o art. 129, incisos II e III da Constituição Brasileira define como função institucional do *parquet* o zelo “pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias à sua garantia” e a promoção do inquérito civil e da ação civil pública para a proteção de interesses difusos e coletivos. A Legislação Tutelar, a seu turno, no art. 201, incisos VIII e IV, respectivamente, reproduzem os dizeres constitucionais reportando-se, especificamente, aos direitos das crianças e dos adolescentes.

A análise desses dispositivos, somada à constatação de que os conselhos de direito tem por função elaborar, fiscalizar e deliberar sobre as políticas públicas que, em última análise, servirão à concretização dos direitos fundamentais da criança e do adolescente, é suficiente à conclusão de que o Ministério Público, por intermédio de seus órgãos de execução, tem por função institucional zelar pelo efetivo funcionamento dos conselhos de direitos da criança e do adolescente e, nas cidades em que o órgão ainda não foi instalado, adotar as providências necessárias à respectiva implantação.

Zelar pela criação e, uma vez implantado, zelar pelo efetivo funcionamento dos conselhos implica atuação extrajudicial e, por vezes, informal do promotor de justiça que, após verificar a regularidade da instalação e da composição do conselho, poderá conhecer as instalações e buscar informações sobre a operacionalização administrativa e sobre as deliberações do órgão.

Necessário se fará, portanto, que se diligencie no sentido de aferir a observância dos princípios⁶, em que se fundamenta a própria concepção democrática desses órgãos, a saber: **publicidade** (todas as normas e atos estabelecidos pelos conselhos para produzirem efeitos e validade devem ser de conhecimento público sob pena de se tornarem inválidos); **participação** (regularidade e transparência na escolha dos conselheiros que representam os

⁶ Resolução nº 106/2005.

segmentos da sociedade, bem assim, nas nomeações/indicações dos representantes do poder público); **paridade** (o número de representantes da sociedade civil será igual ao número de representantes do poder público); **autonomia político-institucional** (não deve haver subordinação hierárquica dos conselhos aos poderes constituídos, a vinculação ocorrerá apenas sob o ponto de vista administrativo); **intersetorialidade** (integração com outras instâncias de deliberação – gestoras de políticas públicas referentes a outros segmentos - para conhecimento e integração das ações); **atuação deliberativa vinculante** (as decisões tomadas pelo Conselho de Direitos da Criança e do Adolescente, no âmbito de suas atribuições e competências vinculam as ações governamentais e da sociedade civil organizada, em respeito aos princípios da soberania popular e da prioridade absoluta às crianças e adolescentes).

A propósito disso, há resoluções⁷ editadas pelo CONANDA que parametrizam a implantação e o regular funcionamento dos Conselhos de Direitos (inserir remissão à nota anterior), além disso, é muito importante que o promotor de justiça com atuação na área infanto-juvenil conheça as deliberações do Conselho Nacional, já que a ele compete “elaborar as normas gerais da política nacional de atendimento dos direitos da criança e do adolescente e fiscalizar as ações de execução correspondentes”⁸. Sabendo-se que a diretriz é a municipalização do atendimento, caberá ao promotor de justiça avaliar a política de cada município sempre que houver indícios de que há omissão, má gestão ou negligência quanto à questão infanto-juvenil. Assim, se, por exemplo, se pretende avaliar as medidas sócioeducativas disponíveis em determinado município, é de bom alvitre que o órgão ministerial conheça o “sistema nacional de atendimento sócio-educativo” editado pelo CONANDA, se, diferentemente, a questão avaliada disser respeito ao sistema de garantias, que se valha dos preceitos já elaborados e adensados no “plano de fortalecimento do sistema de garantia”.

A análise desses parâmetros é conveniente, inclusive, para a apreciação das próprias deliberações dos conselhos estaduais ou municipais de direitos. Isso porque em alguns casos o conselheiro pode desconhecer ou desconsiderar a orientação técnica do conselho nacional, circunstância que, em nosso entendimento, enfraquece ou mesmo inviabiliza a exigibilidade da política pública, visto que elaborada em dissonância com os parâmetros postos em nível nacional.

⁷ Resolução nº 105/2005.

⁸ Art. 2º da Lei 8.242/91.

Noutro giro, a intervenção do Ministério Público poderá decorrer de solicitação do próprio conselho de direitos que representará⁹ ao Ministério Público (e aos demais legitimados para agir nos termos do art. 210 do E C A) para que adote as providências cabíveis para garantir, por exemplo, o efetivo cumprimento de suas deliberações. O destinatário dessas deliberações poderá ser um ente público ou privado, sendo certo que, uma vez apreciada a regularidade legal, procedimental e técnica da deliberação, será recomendável que o órgão ministerial opere no sentido de concretizá-la.

Ainda que não haja provocação por parte do conselho, a atuação ministerial à frente das Curadorias de Proteção e Defesa dos Direitos da Criança e do Adolescente rotineiramente se depara com a carência de políticas públicas realizadoras desses direitos cuja tutela é incumbência do Ministério Público. Vale dizer, para concretizar os direitos da criança e do adolescente, não raro, é necessário que o Promotor de Justiça busque as correspondentes prestações positivas do Estado e, em muitos casos, a questão não se resolve na seara extrajudicial, donde surge a necessidade de ajuizar ações civis públicas ou ações mandamentais contra o poder público.

4. POLÍTICAS PÚBLICAS DELIBERADAS NOS CONSELHOS DE DIREITOS: INSTRUMENTOS DE CONCRETIZAÇÃO DA ORDEM SOCIAL

Em que pese a multiplicidade de conceitos enfeixados pela expressão *políticas públicas*¹⁰, o termo é utilizado neste trabalho como um conjunto de ações e programas, de cunho governamental e não-governamental, voltados à consecução dos direitos sociais, ponto central do Estado Democrático de Direito, sobretudo em países como o Brasil, no qual o Estado Social ainda não se concretizou no plano fático, isso é, os mínimos sociais ainda não foram assegurados para a grande parte de sua população. Como destaca Eros Roberto Grau, citado por Américo Bedê Freire Júnior (2005, p.47): “A expressão políticas públicas designa todas as atuações do Estado, cobrindo todas as formas de intervenção do poder público na vida social”.

Certo é que pouco adiantaria a previsão de direitos sociais, não houvesse políticas públicas aptas a torná-los realidade e, como é sabido, os óbices à realização desses direitos são muitos e acabam por inviabilizar a fruição dos demais direitos fundamentais, inclusive, o exercício ativo e consciente dos direitos políticos.

⁹ Art. 2º § 3º da Resolução nº 105/2005

¹⁰ Reportamo-nos à nota de nº 2.

Nesse contexto, se a ausência ou a insuficiência de determinada política pública já houver sido objeto de deliberação regular do conselho de direitos, o promotor de justiça poderá se valer da mesma para demonstrar, no inquérito civil público ou mesmo na ação civil, a efetiva necessidade da implementação desta ou daquela política pública, que redundará no oferecimento do serviço ou programa demandado para o restabelecimento de um direito violado ou para evitar a violação.

Uma vez editada a deliberação relativa à implementação da política públicas cuja carência foi verificada no âmbito da sociedade civil organizada e levada à discussão no órgão paritário criado para tal mister, demonstrada está a impessoalidade da iniciativa do Ministério Público. Por óbvio, estarão afastadas as alegações de que não é dado ao promotor de justiça escolher as ações políticas desenvolvidas no âmbito do Executivo, já que sua iniciativa pretende fazer cessar uma situação de violação de direitos ocasionada pela falta de uma prestação positiva do ente que se omitiu.

O magistrado, a seu turno, ao deferir o requerimento ministerial ou de outro legitimado, não age para ingerir indevidamente na esfera das funções do Executivo, tampouco age porque quer se “imiscuir em questões estritamente políticas”, mas age para garantir a implementação dos direitos já assegurados em nível constitucional.

Assim, o processo de judicialização das demandas coletivas é quase que uma consequência imediata da positivação dos direitos sociais, portanto, o que se resolvia no campo político, em sentido estrito, passou a ser objeto de demandas judiciais e da respectiva prestação jurisdicional, até porque, por força da mesma Constituição positivadora, o acesso à jurisdição é inafastável.

Com base nesse enfoque, a politização do Ministério Público e do Poder Judiciário é bem-vinda na medida em que é inescusável a apreciação de questões que, apesar de possuírem feições políticas, assumem, necessariamente, um caráter judiciário quando alinhadas no bojo de uma demanda visando à concretização de um direito estabelecido em nível constitucional. Para nós, o limite dessa politização do judiciário ou da judicialização da política ou, ainda, como designou Fábio Konder Comparato (1998, p.46), da justiciabilidade das políticas públicas é a aferição prévia de sua inexistência ou insuficiência para a realização dos direitos a que se destina concretizar. Esta aferição prévia pode decorrer de diversas circunstâncias fáticas comprovadas no bojo do processo ou, como se pretendeu demonstrar ao longo deste trabalho, pode (e deve) ser feita no âmbito do conselho de direitos que, ao verificar a demanda existente, deliberará pela necessidade (ou não) da política pública correspondente.

Mitiga-se, por outro lado, o alcance da clássica discricionariedade administrativa, que, por vezes, autoriza o Administrador Público a optar entre agir ou não agir, agir desta ou de outra maneira. É que a deliberação do conselho de direitos, desde que provida dos requisitos necessários à sua eficácia e exigibilidade, vincula a conduta do Administrador que se vê premido a executar a deliberação ou sofrer as conseqüências de uma conduta omissiva.

Embora haja franca resistência por parte dos tribunais à apreciação do mérito administrativo, vislumbram-se alguns avanços, a exemplo do julgado abaixo transcrito:

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 que seja incluída verba no próximo orçamento, a fim de atender a propostas políticas certas e determinadas. 4. Recurso especial provido. (RESP 493811, 2ª T., Rel. Min. Eliana Calmon, DJ datado de 15/03/2004).

Na hipótese em tela, as razões de conveniência e oportunidade do chefe do executivo municipal foram reexaminadas em face do dever a ele incumbido de observar o teor deliberativo-vinculante das decisões do Conselho Municipal de Direitos da Criança e do Adolescente o que, conseqüentemente, impõe o dever de destinar os recursos necessários à efetiva execução da política pública objeto da resolução.

Acrescente-se que, em se tratando da concretização de direitos fundamentais e, sobretudo, relativos a crianças e adolescentes, cidadãos em desenvolvimento que gozam de prioridade absoluta na formulação de políticas públicas na destinação dos recursos, a discricionariedade administrativa sofre considerável mitigação e, em algumas circunstâncias, inexistente.

Conforme conclui Luiza Cristina Fonseca Frischeisen:

A discricionariedade, na implantação de políticas públicas constitucionais da ordem social, só poderá ser exercida nos espaços, eventualmente, não preenchidos pela Constituição ou pela lei, não podendo a Administração ou entes delegados, se valer de conceitos normativos tidos como fluidos ou permeáveis a várias interpretações, pois estes deverão ser preenchidos por interpretação de acordo com os fundamentos e objetivos da República, estabelecidos na Constituição. (2000, p.147)

Nesse contexto, o dogma da impossibilidade do exame jurisdicional do mérito administrativo, de cunho liberal positivista deve ser conjugado com as teorias pós-positivistas e, por óbvio, redimensionado pelos contornos do Estado Democrático de Direito.

5. CONCLUSÕES

A participação da sociedade civil na elaboração das políticas públicas que servirão à implantação efetiva da ordem social é fundamental para que tais políticas sejam eficazes e, via de consequência, concretize o objetivo a que se propõe. Eis a grande importância dos Conselhos de Direitos, espaços de ativação da cidadania e conformação de políticas públicas sociais.

A relação existente entre políticas públicas e a realização de direitos, especialmente dos direitos sociais é direta, uma vez que a execução dessas políticas demanda prestações positivas do Estado.

Os conselhos de direitos, portanto, contribuem para o aprimoramento da própria democracia na medida em que um novo espaço entre o público e o privado é criado e legitima a ingerência de cidadãos na vontade política do administrador público.

Não obstante essa potencialidade participativa dos conselhos, é premente a necessidade de se garantir condições para a plena efetividade desses espaços democráticos, possibilitam que as políticas públicas que dele emanam sirvam à efetiva realização dos direitos sociais, razão de ser dos conselhos.

Por isso, entendemos ser conveniente uma maior aproximação (nas comarcas em que isso ainda não ocorre) entre os Conselhos de Direitos da Criança e do Adolescente, temática em foco neste trabalho, e o Ministério Público, por intermédio dos promotores de justiça que atuam nas curadorias de proteção e defesa dos direitos da criança e do adolescente, estabelecendo, assim, uma interlocução contínua que possibilite ações integradas e dirigidas à concretização da ordem social.

Deste modo, ao zelar pela efetiva implementação e funcionamento dos conselhos gestores de políticas públicas, bem assim, ao buscar a efetividade das diretrizes e ações aprovadas por esses conselhos, Ministério Público estará atuando na defesa dos interesses sociais, da ordem jurídica e do regime democrático.

Além disso, ao acompanhar a atividade fiscalizatória dos conselhos no que concerne aos gastos das verbas públicas destinadas aos municípios, seja pela União, seja pelo Estado, para a efetivação de políticas públicas específicas (verbas orçamentárias e repassadas “fundo a fundo”, o promotor de justiça previne os famigerados desvios de finalidade no uso desses repasses, já que o gasto dos mesmos é vinculado à rubrica correspondente.

De outro lado, havendo indicativos de que determinada política de atendimento dos direitos da criança e do adolescente seja insuficiente, ineficaz ou mesmo inexistente, o promotor de justiça, ao instaurar o procedimento administrativo para investigar a omissão do

poder público, poderá requisitar informações ao Conselho de Direitos da Criança e do Adolescente a fim de verificar a existência de deliberações do órgão sobre a questão.

Se houver, poderá se valer da decisão (em regra são resoluções) para instruir o procedimento ou mesmo a ação civil pública ou mandamental correspondente. Nesse caso, deverá atentar para a regularidade dessa deliberação¹¹ e, uma vez verificada sua exigibilidade, entendemos que a deliberação do conselho terá o condão de afastar, no exame judicial, as teses defensivas usualmente argüidas pelo poder público, quais sejam, a ingerência indevida do Judiciário na esfera do Executivo e a discricionariedade dos atos administrativos.

Vale dizer, a existência de deliberação do conselho de direitos acerca da necessidade efetiva de uma ou outra política de atendimento vincula o juízo de oportunidade e conveniência do Administrador Público que, em última análise, tem o dever constitucional de executar a política e tornar realidade o direito social constitucionalmente assegurado.

O promotor de justiça, ao se inteirar das discussões e deliberações dos conselhos de direito tem a oportunidade de contribuir para o aperfeiçoamento desse órgão, bem assim, para o aperfeiçoamento do exercício das funções de curador da infância e juventude, tendo em vista o caráter multidisciplinar do sistema de garantia de direitos.

Ao zelar para que os conselhos sejam regularmente constituídos e tenham funcionamento eficiente e, verdadeiramente, deliberativo, o órgão ministerial evita que os conselhos sejam fadados à condição de peça fictícia da administração pública, existindo apenas na letra da lei.

Se bem tutelada e apoiada, a ação dos conselhos poderá gradativamente contribuir para a construção de novos sujeitos políticos e, de fato, incrementar o exercício das funções fiscalizadoras, do controle público-estatal e, notadamente, contribuir para que se cumpram as promessas do Estado Social e Democrático de Direito através da gestão compartilhada das políticas públicas.

6. PROPOSIÇÕES

6.1. Cabe ao Ministério Público, por intermédio do promotor de justiça à frente da Curadoria de Proteção e Defesa da Criança e do Adolescente em cada comarca, zelar

¹¹ Entendemos que a eficácia e a própria exigibilidade das deliberações oriundas dos Conselhos de Direitos da Criança e do Adolescente dependem da regularidade legal, formal e técnica dessas decisões, sendo que a questão técnica diz respeito, especialmente, à adequação da política pública aos parâmetros estabelecidos em nível nacional para aquela modalidade de atendimento.

pela efetiva implementação e funcionamento do Conselho de Direitos da Criança e do Adolescente, velando pela transparência de suas ações, pela regularidade de sua constituição e composição, pela regularidade formal e técnica de suas deliberações e pelo efetivo cumprimento das mesmas, seja pelo poder público, seja por entidades não governamentais;

- 6.2. Cabe ao Ministério Público, por intermédio do promotor de justiça à frente da Curadoria de Proteção e Defesa da Criança e do Adolescente em cada comarca, acompanhar a atividade fiscalizatória do Conselho de Direito da Criança e do Adolescente, no que diz respeito aos valores destinados às políticas públicas específicas, e, caso vislumbre irregularidades na destinação dos valores, deverão ser adotadas as medidas pertinentes;
- 6.3. Cabe ao Ministério Público, por intermédio do promotor de justiça à frente da Curadoria de Proteção e Defesa da Criança e do Adolescente em cada comarca, requisitar informações sobre a existência de deliberação do referido conselho acerca de política de atendimento aos direitos da criança e do adolescente cuja ineficiência, insuficiência ou inexistência tenha sido constatada/indiciada pelo órgão ministerial no exercício de suas atribuições;
- 6.4. Relativamente à proposição anterior, caso inexista deliberação acerca do tema no conselho de direitos, deverá o promotor de justiça recomendar o início da discussão correspondente para posterior deliberação; caso exista deliberação do conselho no sentido de que há a efetiva necessidade de se implementar ou ampliar o alcance daquela política de atendimento aos direitos da criança e do adolescente, o promotor de justiça poderá se valer da deliberação para instruir o procedimento administrativo ou a ação que visa a compelir o poder público a sanar tal omissão, buscando, por meio desses instrumentos, o efetivo cumprimento da deliberação editada pelo conselho, já que esta medida, desde que técnica e formalmente válida, vincula a ação do poder público restringindo sobremaneira a margem de discricionariedade.