



**PREFEITURA DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO  
CONSELHO MUNICIPAL DOS DIREITOS DA CRIANÇA  
E DO ADOLESCENTE**



No dia 13 de junho de 2000, logo após a posse dos conselheiros municipais do biênio 2000/2002, o CMDCA reuniu-se em sessão extraordinária, tendo como pauta a composição da Diretoria Plena deste Conselho. Após exaustiva discussão em torno do cargo de presidência do CMDCA, que até o momento se dava com base num acordo de alternância entre sociedade civil e administração pública, foi decidido pela manutenção do acordo ficando, naquele momento, a Presidência com o governo. Foi deliberado, ainda, pela discussão mais aprofundada do assunto, em reunião ordinária, antes do encerramento do ano (ata 13/06/00 - Anexo I).

Em 22/08/00, o presidente renunciou à presidência e ao cargo de Conselheiro Municipal. O Conselheiro Flariston que, naquele momento, era vice-presidente, assumiu o cargo interinamente até que houvesse a indicação de outro nome, o que não ocorreu.

Devido ao excesso de agendamentos o tema não foi aprofundado até dez/2000, conforme a deliberação.

Na revisão do Plano de Ação do CMDCA, em 13/03/01, as conselheiras Donanciana, representante da sociedade civil, e Maria Helena, representante do governo, ficaram encarregadas da elaboração, estudo e apresentação de uma proposta a ser apreciada pelo colegiado no dia 02/04/01. Apresentado o tema, os representantes do governo solicitaram que na reunião do dia 09/04/01 fosse distribuído kit sobre a questão, para que eles considerassem os motivos de tal defesa com base no levantamento histórico e conceitual da matéria.

As conselheiras construíram o kit a partir de 03 reuniões com representantes da sociedade civil que atuaram diretamente na construção da democracia participativa e, conseqüentemente, do CMDCA.

Segue para contribuição da reflexão:

- Ata 13/06/2000 - em que sociedade civil elenca alguns argumentos em defesa da manutenção da presidência na mão da sociedade civil;
- Parecer sobre a exclusividade da presidência do CMDCA/SP - elaborado pelo Fórum Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente;
- Contribuição dos conselheiros municipais das gestões anteriores do CMDCA - Djalma, João de Deus e Givanildo.





**PREFEITURA DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO  
CONSELHO MUNICIPAL DOS DIREITOS DA CRIANÇA  
E DO ADOLESCENTE**



- Texto de apoio do conselheiro Francisco
  - Alguns problemas básicos da participação popular - Bernardo Kuksberg
- Textos de apoio da conselheira Donna
  - Poder executivo e administração pública: organização e princípios fundamentais
  - Garantias constitucionais
- Texto de apoio do ex-conselheiro Lourival
  - Participação popular & Conselhos dos Direitos da Criança e do Adolescente
- Justificativa - reflexão da Conselheira Maria Helena.

Diante do exposto e da certeza do longo caminho ainda a ser percorrido, desejamos boa sorte.

  
**DONACIANA LEMOS FERNANDES ESTEVAM**  
Conselheira Municipal

CMDCA/Introdução



Ata de Reunião do CMDCA em 13.06.2000

Aos treze dias do mês de junho de 2000, às 11:30 horas, na Rua da Figueira, 77 - Parque D. Pedro II - Casa das Retortas - sala 305, os conselheiros, após terem sido empossados, se reuniram para definir sobre os conselheiros que comporiam a diretoria executiva. Após ter sido iniciado o debate, o Conselheiro Marcelo Aversa se apresentou para secretariar a reunião, não tendo havido oposição alguma. O debate se apresentou polarizado entre representantes da Sociedade Civil e da Administração Pública com o questionamento por parte dos primeiros sobre a legitimidade e fundamento legal da tradição e costume de alternância no cargo de Presidente do CMDCA/SP entre conselheiros da Sociedade Civil e Administração Pública. É isto, então, que se passa relatar sumariamente. Os representantes da Sociedade Civil trouxeram como proposta que a presidência seja sempre da sociedade civil pelos seguintes fundamentos: 1) Os novos conselheiros da sociedade civil entendem ser necessário rediscutir os critérios de alternância de ocupação dos cargos no CMDCA/SP porque não se deve fundamentar algo tão importante em acordos ou tradições, mas sim em princípios que norteiam a participação popular nos órgãos de Estado. 2) O art. 204 da CF, que garante uma nova relação entre Estado e Sociedade, é uma conquista dos conselhos de participação como órgãos de Estado que deliberam políticas públicas. Isto porque estes órgãos devem expressar a vontade e as necessidades da população para que a Administração Pública as execute através dos devidos encaminhamentos. Nesta interpretação a execução cabe às Secretarias da municipalidade, tendo o poder e o dever para tanto; e à sociedade, o poder e o dever de trazer para discussão as prioridades de políticas públicas da cidade, e também de controlar as ações governamentais e não-governamentais. Tendo a função de controlar as ações governamentais, fica demonstrado que a estrutura de organização do Conselho deve ter um Presidente, um coordenador geral, da sociedade civil porque é ele o legítimo representante da sociedade. E de outro lado, entende-se também que os conselheiros representantes do governo, fazendo parte da estrutura administrativa do Município, têm a função de viabilizar dentro das suas respectivas secretarias as deliberações e resoluções do CMDCA/SP. É este o sentido que deve ser dado ao art. 86 do ECA ao dizer que a "política de atendimento dos direitos da criança e do adolescente far-se-á por um conjunto articulado de ações governamentais e não-governamentais". Portanto, a tradição de se alternar na presidência do Conselho representantes da sociedade civil e governo é uma tradição que não possui respaldo na lei e nem no processo político que a sociedade brasileira vivencia. 3) E ainda, mais importante que a interpretação técnica da lei, é fundamental considerar a trajetória política de cada conselheiro na defesa dos direitos da criança e do adolescente uma vez que os mesmos representam legitimamente este processo de luta social. Assim, não se pode em hipótese alguma, se sobrepor



visões acadêmicas, tecnicistas ou burocráticas em detrimento da vontade e interpretação destes conselheiros. 4) O atual momento político no município em que se substituiu 80% da representação do poder público no CMDCA/SP indica que haverá para o próximo semestre, com a eleição na Prefeitura, uma nova possibilidade de substituição dos conselheiros do governo, gerando instabilidade interna no funcionamento do CMDCA/SP.

De outro lado, os representantes das secretarias que compõem o executivo municipal, se remeteram a tradição de alternância na presidência entre sociedade civil e governo, fundamentando-a na legitimidade adquirida em gestões anteriores, tanto de governo como sociedade civil que no seu cumprimento e manutenção, tem garantido o princípio paritário no qual funda-se o presente conselho. Reconhecendo-a como um procedimento facilitador a instauração imediata dos trabalhos do CMDCA em relação às suas atribuições, não se detendo, tampouco prolongando-se, em disputas eleitorais internas, em detrimento às suas primordiais funções. Ressaltaram também os representantes do governo, a oportunidade em que o presente debate se apresentava, vez que a anterior presidência havia sido exercida por representante da sociedade civil e que de algum modo, parecia não se reconhecer o acordado, o qual legitimara sem questionamentos, a gestão anterior na presidência.

Reconheceu a representação da sociedade civil, de que não se tratava de um impasse, mas que insistia na importância de tal reflexão, o que não foi desconsiderado pelos representantes de governo. Foi proposto pela sociedade civil a aceitação da presidência pelo governo nesta gestão, desde que os representantes de governo se comprometessem a aprovar uma resolução que das próximas gestões em diante, a presidência seria sempre ocupada pela sociedade civil, proposta esta indeferida, sendo fundamentada a sua impropriedade, uma vez entendendo que não se poderia negociar com o futuro do Conselho em detrimento das futuras gestões. O debate se prolongou até a exaustão de argumentos e limitados pelo tempo, a sociedade civil pediu licença para se retirar a fim de se definir. Retomada a reunião, a sociedade civil se posicionou pela manutenção da tradição porque a continuidade desta discussão iria inviabilizar os trabalhos do CMDCA/SP, uma vez que não se teria uma diretoria executiva para despachar. Tendo sido unânime, o posicionamento de todos os conselheiros pela importância da continuidade desse debate ~~até longe dessa gestão~~ <sup>até ao término desse ano</sup>. Finalizada as discussões, passou-se para a votação da diretoria executiva, que foi composta pelos seguintes conselheiros: Antonio Sérgio Gonçalves na Presidência, Flariston na Vice-Presidência, Odete Vieira na 1ª Secretaria e Maria Antonia na 2ª Secretaria. Nada mais tendo para ser debatido, encerrou-se a reunião que foi lavrada por mim e assinada...



## PARTICIPAÇÃO POPULAR & CONSELHOS DOS DIREITOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE<sup>1</sup>

ST: "Democracia e público na práxis educativa dos movimentos sociais e populares".<sup>2</sup>

Isis Sousa Longo (FEUSP/FAPESP)

### RESUMO

O texto pretende, a partir de síntese bibliográfica, problematizar o processo de implantação dos Conselhos dos Direitos da Criança e do Adolescente (CDCA's), enquanto mecanismos constitucionais que garantem a ampliação da participação da sociedade civil nas estruturas da burocracia estatal. Os chamados *conselhos de políticas sociais* têm características setoriais específicas às suas áreas (saúde, assistência social, direitos da criança), no entanto, competências comuns como: elaboração, fiscalização e controle das políticas executadas são essenciais para avaliarmos o grau de participação efetiva dos segmentos sociais que compõe estes conselhos. Procuraremos entender como os CDCA's estão inseridos no cenário político-econômico brasileiro que prioriza o ajuste fiscal em detrimento aos direitos sociais.

O processo de democratização política, ocorrido no Brasil durante a década de 80, foi acompanhado da luta pela extensão dos direitos sociais e cidadania fortemente marcada por representações da sociedade civil.

A busca de reconhecimento político por parte dos diversos movimentos sociais frente à condução das questões governamentais foi incorporada pela *Constituição Cidadã* de 1988<sup>3</sup> que legitima a participação da população por meio de suas organizações representativas, na formulação das políticas sociais e no controle das ações do poder público em todos os níveis governamentais.

A nova conjuntura de maior participação popular nas esferas governamentais propiciou o surgimento de órgãos de participação sob a forma de **conselhos**, sobretudo na esfera municipal. Os conselhos vêm motivados pela crença na maior eficácia e eficiência das políticas públicas, mediante a participação direta do cidadão na tomada de decisões locais (NUNES, 1996).

A "forma conselho", motivada pelos movimentos de consolidação da democracia, imprime ao sistema brasileiro de políticas sociais um novo formato, caracterizado pela mudança na estrutura de representação e participação. Segundo DRAIBE (1997), esses novos instrumentos de expressão, representação e participação introduzem alterações no padrão de políticas sociais por estarem relacionados ao processo de formação das políticas e tomada de decisões. Franco (1997) argumenta também, que esse novo processo de

---

<sup>1</sup> O texto é parte do projeto de pesquisa de mestrado: *Limites e Possibilidades da Participação Popular: O Conselho dos Direitos da Criança e do Adolescente*; financiado pela FAPESP.

<sup>2</sup> Artigo elaborado para o Seminário da Universidade Federal Fluminense a ser realizado em maio/01.

<sup>3</sup> Na Constituição Federal de 1988, o Título VII que dispõe sobre a Ordem Social, disciplina as diretrizes das políticas sociais (seguridade social, saúde, assistência social, educação, cultura, desporto etc), explicitando a participação social na gestão e fiscalização das políticas nos Artigos: 198, 204, 206.



participação faz parte da emergência de uma nova institucionalidade pública, de uma nova esfera social-pública ou pública não-estatal<sup>4</sup>.

Os Conselhos, enquanto espaços para o exercício do novo padrão de relações entre Estado e Sociedade, além de viabilizarem a participação dos segmentos sociais na formulação das políticas sociais (policy making), podem implicar numa maior cobrança de prestação de contas (accountability) do executivo municipal, pelo fato da sociedade civil estar mais próxima à gestão do bem público. Durante a década dos 90<sup>5</sup> há um avanço na criação de diversos conselhos municipais, cuja institucionalização decorre de preceitos legais, que podem ou não condicionar o repasse de recursos financeiros através de fundos especiais.

A criação dos Conselhos dos Direitos da Criança e do Adolescente, previstos pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA 8069/90), faz parte desta conjuntura de pressão dos movimentos sociais pela maior participação nas decisões políticas<sup>6</sup> e sua concretização é resultado da reflexão e ação dos grupos dispostos a superar a exclusão social<sup>7</sup> da realidade brasileira.

No caso específico dos Conselhos dos Direitos da Criança e do Adolescente, a Legislação do ECA pressupõe a criação de Conselhos nas três esferas governamentais: o Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente – **CONANDA**, Conselhos Estaduais dos Direitos da Criança e do Adolescente – **CONDECA**, e os Conselhos Municipais dos Direitos da Criança e do Adolescente – **CMDCA**<sup>8</sup>. Estes conselhos são órgãos deliberativos e controladores das ações públicas, nos quais se prevê que, a participação, popular e paritária<sup>9</sup> está assegurada por meio de organizações representativas. Os Conselhos são responsáveis pela manutenção de Fundos dos Direitos da Criança e do Adolescente (FUNCAD), ligados aos respectivos Conselhos, assim como pela criação e manutenção de programas específicos da política de atendimento à criança e ao adolescente, observada a descentralização político-administrativa e a municipalização do atendimento.<sup>10</sup>

Os Conselhos dos Direitos da Criança e do Adolescente – CDCA's- têm sido objeto de estudos e avaliações dentro da dimensão da *forma conselho* (DRAIBE, 1997) de gestão das políticas sociais específicas, embora, até o momento o processo da participação da sociedade civil dentro dos CDCA's, a maneira como a sociedade se apropria da burocracia e atua na elaboração efetiva de políticas sociais, tenha sido pouco estudado.

<sup>4</sup> O esfacelamento do Welfare State nos países capitalistas avançados, no decorrer dos anos 80, com a adoção de políticas neoliberais de ajuste fiscal e contenção do gasto público, propiciou a ascensão do **terceiro setor**, enquanto alternativa ao Estado, através das atividades sociais promovidas pela iniciativa privada com forma de atender demandas sociais abandonadas pelo Estado "incompetente" administrativamente.

<sup>5</sup> Leis Federais tais como a Lei 8.142/90, que dispõe sobre o Sistema Único de Saúde, a Lei 8.069/90, sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente, e a Lei Orgânica de Assistência Social, estabelecem a criação de conselhos para formulação e fiscalização das políticas públicas sociais.

<sup>6</sup> Sobre histórico da elaboração e promulgação do ECA ver: CAMURÇA, 1994; COSTA, 1994; SEDA, 1998; STANISCI, 1996.

<sup>7</sup> Os grupos de defesa dos direitos da criança e do adolescente lutaram pela superação do Código de Menores de 1979, que privilegiava a metodologia da punição do menor através da doutrina de situação irregular. Com o ECA, a linha de defesa dos direitos infanto-juvenis está centrada na doutrina da proteção integral.

<sup>8</sup> Dados do extinto CBIA (Centro Brasileiro para Infância e Adolescência) revelam a existência de mais de 1.400 Conselhos dos Direitos da Criança e do Adolescente no ano de 1994 (IBAM, 1997:219), num universo de 4.974 municípios brasileiros computados pelo IBGE, no Anuário Estatístico do Brasil de 1994.

<sup>9</sup> Os conselhos dos direitos da criança e do adolescente obedecem ao critério da paridade na composição de seus membros, no qual o número de conselheiros indicados pelo poder público é idêntico ao da sociedade civil, no caso do conselho ser bipartite.

<sup>10</sup> Artigo 88 do ECA Lei 8069/90.



Para entendermos a complexidade da dinâmica do CDCA's, além da sua radiografia estrutural (saber se há infra-estrutura, se todas as instâncias estão operantes, se há assiduidade dos membros, se há recursos no FUNCAD), há a necessidade de compreendermos como questões referentes à participação da sociedade civil frente à capacitação técnica dos seus conselheiros e conselheiras, articulação interna, legitimidade e poder de negociação estão presentes nas ações das diferentes gestões do Conselho, permitindo a institucionalização de suas práticas.

Quanto às questões referentes às mudanças e permanências de hábitos, usos e costumes (SÉDA, 1998) na gestão da *coisa pública*, por parte da sociedade civil, é importante verificar sua atuação frente ao poder executivo para a implementação efetiva das deliberações do Conselho. As perguntas recorrentes são: a) a estrutura organizacional e as competências legais dos Conselhos estão adequadas aos preceitos da democracia participativa? b) os conselheiros da sociedade civil têm conseguido dar continuidade aos trabalhos do Conselho em suas diferentes gestões, mediante a maior *institucionalização* das suas funções e competências perante os órgãos municipais? c) os conselheiros representantes da sociedade civil mantêm vínculos com seus segmentos de base, para a formulação e a deliberação de políticas?

A literatura existente aponta para dificuldades como: resistência ao reconhecimento da autoridade dos conselheiros da sociedade civil por parte dos conselheiros do governo e por parte de suas secretarias; conflitos de natureza institucional, referentes à ação dos Conselhos em órgãos e equipamentos de atendimento; baixa execução dos programas deliberados pelos Conselhos por problemas de ordem técnica no processo de formulação das políticas; falta de acompanhamento do mandato dos conselheiros, por parte dos segmentos sociais, o que enfraquece a prática da democracia participativa e debilita a ação organizada da sociedade civil para exigir a implementação das deliberações dos CDCA's.

A seguir faremos uma breve síntese bibliográfica sobre a literatura brasileira referente à temática dos conselhos e sua interface com os CDCA's. Nesta literatura, estes instrumentos constitucionais são tratados como algo institucionalmente novo, dotados de um potencial de transformação política, que estão crescendo numericamente e diversificando seus objetivos (IBAM, 1997). Os conselhos serão apresentados em suas diferentes dimensões: educacional, institucional, político-administrativa e estrutural.

A dimensão educacional das instâncias de participação popular como associações e conselhos está presente, sobretudo, nos trabalhos referentes à gestão democrática e participação popular nos Conselhos de Escola e também nos trabalhos relativos à organização dos movimentos populares frente à luta pela melhoria das condições de vida, através da extensão do acesso aos equipamentos sociais como: escolas, creches, saneamento básico, moradia etc.

Autores como: SPOSITO (1990), PARO (1991), GADOTTI (1993), GOHN (1985), CAMARGO (1997), explicitam que os conselhos (particularmente os Conselhos de Escola) e as associações (amigos de bairro, clube de mães, APM, grêmios) são espaços públicos privilegiados para o aprendizado democrático, pois mesmo com conflitos e tensões há capacidade institucional para a solução de problemas, através da participação organizada e formulação de propostas. Estas obras são referenciais importantes para o estudo dos CDCA pelo fato de refletirem o potencial de transformação institucional presente na organização popular, assim como evidenciarem o aprendizado da participação democrática enquanto um processo para emancipação da classe trabalhadora.



A dimensão jurídica dos CDCA é objeto de estudo de uma literatura sobre o ECA (Estatuto da Criança e do Adolescente). Textos produzidos pelo CBIA (Centro Brasileiro para Infância e Adolescência), Fórum de Defesa dos Direitos da Criança e do Adolescente, Pastoral do Menor, têm por objetivo o panorama geral sobre a legislação.

Autores como PEREIRA (1991), OLIVEIRA (1993), SÊDA (1998), SILVA (1991), MORAES (1991), COSTA (1989), CARVALHO (1992), esclarecem as inovações da legislação do ECA para a consolidação dos novos direitos da população infanto-juvenil brasileira. Essas obras ressaltam fatores como: o processo de mobilização social, as mudanças de conteúdo/método/gestão, a política de atendimento e o *novo mecanismo de gestão*, representado pelos Conselhos dos Direitos da Criança e do Adolescente, nas três esferas de governo, CONANDA (nacional), CONDECA (estaduais), CMDCA (municipais) e os Conselhos Tutelares. Desta forma, estes textos apresentam os Conselhos como a novidade de gestão, onde a intervenção da sociedade civil organizada no âmbito do poder público possibilita garantias para o efetivo cumprimento do ECA.

Especificamente quanto aos conselhos municipais CMDCA, esta literatura enfatiza o papel da municipalização na política de atendimento, como fator positivo do processo de descentralização das decisões políticas, pois isso implicaria em maior eficiência, efetividade e controle dos gastos públicos, além dos programas sociais estarem inseridos na dinâmica local.

A dimensão política da “forma conselhistas” como princípio de **maior participação popular**, está na literatura que discute a questão da legitimidade da democracia direta e da democracia representativa (BOBBIO, 1986; BENEVIDES, 1991; COMPARATO, 1989; DeTOMMASI, 1997; NUNES, 1996). Esta discussão sobre a ampliação da participação popular na esfera pública, é um dos argumentos que justificam o funcionamento dos Conselhos de Políticas Sociais.

A literatura tem insistido na variedade, nem sempre coerente, de significados presentes no conceito de participação. Para De Tommasi (1997), participar em distintos contextos pode significar: dividir o ônus da execução de obras sociais, ser consultado para a tomada de decisões por parte do governo, gerir (ou co-gerir) instituições, formular e/ou fiscalizar a execução de políticas públicas.

A diversidade de significados do conceito de participação dentro da realidade dos Conselhos de políticas sociais implica conhecer a constituição estrutural dos mesmos, ou seja, saber qual a natureza decisória mais eficiente - deliberativa ou consultiva, qual o padrão de equilíbrio entre as representações governamentais e não-governamentais e quais as fronteiras que separam conselhos e governo (DRAIBE, 1997).

No que se refere aos Conselhos enquanto instrumento da democracia direta, BENEVIDES (1991) no seu trabalho sobre a *cidadania ativa* defende a complementaridade entre democracia direta e democracia representativa, mediante a ação da soberania popular. “... *No plano local, o povo está capacitado para decidir, entre diversas opções, em questões referentes à vida urbana e à prestação de serviços públicos*”. (1991:85)

A dimensão político-administrativa da relação entre os Conselhos de Políticas Sociais e a descentralização está presente na bibliografia que ressalta a importância da descentralização para a abertura política do país no regime autoritário, e suas implicações na transformação dos aspectos institucionais, financeiros e organizacionais das políticas sociais (ARRETICHE, 1996; DOWBOR, 1997; DRAIBE, 1989; NUNES, 1996; SPOSATI, 1990). Nessa literatura, há também, o espaço para a reflexão sobre a emergência dos conselhos e a crise de representação política do Estado Moderno, na qual o esgotamento da



representação tradicional dos partidos e dos sindicatos motiva a criação de novos espaços para atender diferentes demandas (NUNES, 1996).

ARRETCHE (1996), sinaliza as vantagens da descentralização política-administrativa pelo fato das comunidades locais terem poder de decisão na gestão das políticas públicas. No entanto esclarece que a democratização das relações políticas nem sempre significa eficiência e eficácia da gestão pública, pois as restrições orçamentárias com a crise do Estado de Bem-Estar Social, além de reforçarem as desigualdades regionais, podem contribuir para o maior corporativismo e clientelismo das relações, haja vista essas relações serem inerentes à natureza das instituições encarregadas da prestação de serviços.

A importância da literatura sobre descentralização político-administrativa está na reflexão sobre o processo de crise das instituições públicas, da reforma do Estado e da diminuição dos gastos sociais, com a ascensão dos Conselhos Municipais como iniciativas para o desenvolvimento local, assentadas nas bases da democracia, eficiência e equidade. Essa trajetória pode implicar à sociedade civil organizada, presente nos Conselhos, a responsabilidade da solução de problemas locais, contrapondo suas funções originais de elaboração e fiscalização de políticas públicas.

A dimensão estrutural dos Conselhos de políticas sociais é abordada em estudo sobre Conselhos Municipais e Políticas Sociais (IBAM, 1997), que destaca questões como a tensão entre o paradigma da universalização e o da focalização da política social, a composição de forças com interesses divergentes nos Conselhos e a dificuldade dos conselhos em articular o estatal, o público e o privado nas políticas sociais. Há também, o trabalho de DRAIBE (1997), sobre os atuais 25 Conselhos Nacionais de Políticas Sociais, que sistematiza informações como: a fraca participação e absenteísmo dos membros governamentais, o contraponto entre natureza deliberativa do conselho e poder de execução e desequilíbrios de informações entre representantes do governo e da sociedade civil.

As *especificidades da gestão dos CDCA's* são abordadas no trabalho de STANISCI (1996), que aponta na direção das perspectivas de democratização da gestão pública através dos Conselhos dos Direitos. A autora preocupa-se com o modelo de descentralização enquanto real transferência de poder e de recursos, pois a proposta de gestão pública descentralizada e participativa, construída no bojo da redemocratização política de país, ocorre em meio a uma crise do Estado e à dificuldade crescente de financiamento do gasto público. Desta maneira: *"a proposta de gestão pública tanto pode vir a corresponder ao real e genuíno interesse da população em apropriar-se do controle da ação pública como pode vir a corresponder, de outro lado, a eventual interesse do estado em desresponsabilizar-se pela gerência da questão social, dividindo-a com a sociedade civil e transferindo-a, no campo governamental, para as unidades menores de poder"*. (1996:140)

STANISCI (1996) afirma também, que a maior viabilidade dos Conselhos passaria pela definição mais precisa de suas competências, atribuições e interfaces, sendo importante à elaboração de instrumentos jurídicos que garantissem a validade de suas deliberações, juntamente com capacidade permanente de seus membros para exercício dessa ação de cidadania, e a continuidade de processos de mobilização popular para a garantia de legitimidade às suas ações.

Em relação aos Conselhos Tutelares há os trabalhos de SÊDA (1998), ANDRADE (1997), COSTA (1989), MORAES (1991), e SILVA (1994), que destacam a função da exigibilidade dos direitos da criança e do adolescente por parte dos conselheiros tutelares, além das dificuldades cotidianas dos conselheiros e conselheiras em adotar práticas e



procedimentos que recaem na mudança de hábitos clientelistas e assistencialistas tradicionalmente arraigados na sociedade brasileira.

A síntese bibliográfica apresentada não pretende, de forma alguma, esgotar o tema, e sim procura salientar a relevância dos estudos sobre os conselhos de políticas sociais e a ampliação dos canais da *democracia participativa*. É mister esclarecer que assumimos a democracia enquanto valor universal, enquanto conquista da classe trabalhadora e que, sendo assim, toda forma de ampliação da participação popular, traduz a potencialidade “subversiva” da ação democrática<sup>11</sup>, através da apropriação do espaço público e a possibilidade da diminuição das desigualdades com o atendimento das demandas sociais.

A possibilidade do exercício de “mais” democracia no interior da estrutura burocrática estatal, por meio dos conselhos, nos quais a sociedade interage e decide sobre políticas a serem implementadas pelo executivo, pode ou não ultrapassar o limite democracia representativa? Para nós, o ideal de construção de uma democracia socialista, como nos ensina Gramsci (1981), passa necessariamente pelo aprendizado da classe trabalhadora em apropriar-se dos instrumentos de poder para disputa de hegemonia no Estado. Assim, os conselhos de políticas sociais, enquanto algo novo na sociedade brasileira, tanto no âmbito institucional, como na esfera de participação da sociedade civil, impulsionam a construção de mecanismos inovadores de gestão com o poder executivo, ocasionando mudanças que se operam na constituição desta relação.

Entre os problemas do aprendizado da sociedade civil temos a precariedade das instituições democráticas e a herança de um Estado patrimonialista que excluem a sociedade civil do direito à elaboração das políticas públicas, e assim, o reconhecimento da legitimidade das ações deliberativas dos Conselhos confronta-se com questões situadas na esfera do poder instituído, principalmente no que diz respeito aos conflitos de poder, papéis e relação com instituições tradicionais da administração estatal (tecnocracia).

Para aprimorarmos a avaliação sobre a questão da compatibilidade interna entre os princípios dos Conselhos (democratização do poder, elaboração de políticas e definição de prioridades nos gastos públicos) e a consistência de seus mecanismos institucionais previstos (natureza decisória, capacitação técnica, práticas burocrática), é fundamental percebermos o processo de participação da sociedade civil dentro e fora destes órgãos de Estado.

Analisar o significado da sociedade civil ser co-responsável pela elaboração e fiscalização das políticas públicas, principalmente dentro de uma conjuntura de agravamento dos problemas sociais, mediante o desemprego e a precarização do Estado na universalização e garantia de direitos, com a adoção de um modelo de desenvolvimento econômico excludente, implica refletirmos as ações dos movimentos sociais para o novo milênio.

Se os anos 80 foram anos de ampla mobilização popular para as conquistas dos direitos políticos e sociais, com o fim da ditadura militar, a expansão do sindicalismo e a iminência da construção de um projeto político nacional socialista, com a ascensão da esquerda brasileira, os anos 90 representaram o rearranjo das elites conservadoras do país. Pela via “neoliberal” as elites selaram um pacto pela exclusão, através da concentração absurda de renda, o ajuste fiscal, a estabilidade econômica e a deterioração sistemática dos equipamentos estatais de atendimento às demandas sociais, com os cortes orçamentários das áreas sociais, sob a égide do discurso da priorização da demanda mais empobrecida, o

---

<sup>11</sup> Sobre o conceito de democracia ver: Bobbio (1986/1992), Comparato (1989), Benevides (1991), Chauí (1996), Gramsci (1981), Coutinho (2000).



que justificaria somente a focalização de programas de combate à pobreza, com o aval do *conselho* da Comunidade Solidária.

Para a década que se inicia no novo milênio, o cenário da falência da dignidade humana de pelo menos 1/3 da população brasileira de 160 milhões de pessoas, implica necessariamente em reação social; que não se trata de ideologia do terceiro setor e nem de voluntariado. Os movimentos que lutam pelos direitos humanos, como: MST – Movimento Sem Terra, os movimentos dos Sem Teto, Sem Escola, e Fóruns de diversas áreas, reivindicam um patamar de dignidade humana com distribuição de renda e igualdade social, que somente com a garantia da efetividade da democracia participativa haverá possibilidade de construção de um novo modelo de desenvolvimento social para o país.

Portanto, o fortalecimento da sociedade civil nos conselhos de políticas sociais desencadeia uma *nova cultura de participação*, com a substituição do modelo oligárquico de administração do espaço público, (no qual prevalecem os favores clientelistas e as ações políticas são mediadas pelos interesses locais dos grupos de maior poder econômico), pela defesa de um Estado de Direito que garanta a participação democrática nos processos de tomada de decisões, sem que haja a apropriação privada do espaço público, conforme reza a Constituição Federal de 1988.

Os conselhos não superam as desigualdades históricas da sociedade brasileira, mas podem significar um reordenamento institucional na forma de pensar políticas e investir recursos públicos. Desta forma, avaliamos que as garantias constitucionais da participação popular nos órgãos de Estado, apesar de existirem legalmente, e seus preceitos serem baseados na democracia participativa, a democracia representativa “do voto” prevalece no imaginário ideológico-cultural como a única forma de exercício de cidadania. O reverso é a luta constante por uma *Pedagogia dos Direitos*, na qual, o aprendizado da classe trabalhadora na disputa da hegemonia do Estado, reflete a implementação efetiva dos direitos humanos e a construção de um outro paradigma de desenvolvimento social.

## BIBLIOGRAFIA

- ANDRADE, J.E. *Conselhos Tutelares: Cem ou Sem Caminhos?* São Paulo. Dissertação de Mestrado/PUC-SP, 1997.
- ARRETCHE, M.T.S. *Mitos da descentralização. Mais democracia e eficiência nas políticas públicas?* Revista Brasileira de Ciências Sociais, nº31, ano11, junho - 1996.
- BENEVIDES, M.V. *Cidadania Ativa*. São Paulo, Ática, 1991.
- BOBBIO, N. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro, Campus, 1992.
- BOBBIO, N. *O Futuro da Democracia*. Rio de Janeiro, Paz e Terra, 1986.
- BORJA, J. (org.) *Democracia local: descentralização del estado, políticas económica-sociales en la ciudad y participación popular*. Barcelona. Ajuntament de Barcelona, 1988.
- CAMARGO, R. B. *Gestão Democrática e nova qualidade de ensino*. São Paulo: Teses/FEUSP, 1997.
- CAMURÇA, M. *Conselho Estadual de Defesa da Criança e do Adolescente: Estado e ONG's - Parceria Possível*. Rio de Janeiro, 1994.
- CARVALHO, A. L. *Conselhos de Saúde, Responsabilidade e Cidadania*. In. *Conselhos Municipais e Políticas Sociais*. Brasília. Ipea/IBAM/Comunidade Solidária, 1997, versão preliminar, mimeo.
- CARVALHO, M. C. B. *O Estatuto da Criança e do Adolescente e a Política de Assistência Social*. São Paulo, CIBIA, 1992.
- CHAVI, M. *Conformismo e Resistência*. São Paulo, Brasiliense, 1996.



- COMPARATO, F.K. *Para viver a Democracia*. São Paulo, Brasiliense, 1989.
- COSTA, A.C. G. *A Criança e o Adolescente na Lei Orgânica Municipal*. Brasília: Fórum-DCA/UNICEF, 1989.
- COUTINHO, C.N. *Contra a Corrente – Ensaio sobre democracia e socialismo*. São Paulo: Cortez, 2000.
- DE TOMMASI, L. *“A Participação nos Conselhos Partitais: Significado e Limites”*. In: *Conselhos Municipais e Políticas Sociais*. Brasília: Ipea/IBAM/Comunidade Solidária, 1997. op. cit.
- DOWOR, L. *“Governabilidade e Descentralização”*. In: *Conselhos Municipais e Políticas Sociais*. Brasília: Ipea/IBAM/Comunidade Solidária, 1997. op. cit.
- DRAIBE, S.M. *A nova institucionalidade do sistema brasileiro de políticas sociais: os conselhos nacionais de políticas setoriais*. Mimeo, 1997.
- ECA - Estatuto da Criança e do Adolescente. Lei 8069/90
- FRANCO, A. *“Participação Social e Participação Política: Democracia e Cidadania - O Papel dos Conselhos na Reforma da Política - Um Programa de Investigação”*. In: *Conselhos Municipais e Políticas Sociais*. Brasília: Ipea/IBAM/Comunidade Solidária, 1997. op. cit.
- GADOTTI, M. *Escola Cidadã*. São Paulo: Cortez, 1993.
- GOHN, M. G. M. *A forja da periferia: a luta das mulheres por creche em São Paulo*. Petrópolis, RJ: Vozes, 1985.
- GRAMSCI, A. & BORDIGA, A. *Conselhos de Fábrica*. São Paulo: Brasiliense, 1981.
- MORAES, E.S. *O Estatuto da Criança e do Adolescente e a Participação da Sociedade: Conselhos de Direitos e Conselho Tutelar*. São Paulo, CBIA, 1991.
- NUNES, E. *Poder local, descentralização e democratização: um encontro difícil*. Revista da Fundação SEADE, vol.10/nº3/jul-set/1996.
- OLIVEIRA, J. *Direitos da Criança e do Adolescente*. Rio de Janeiro, Tempo e Presença, v.15, 1993.
- PARO, V. H. *Participação Popular na Gestão da Escola Pública*. São Paulo, Tese/FEUSP, 1991.
- SÉDA, E. *Infância e Sociedade: Terceira Via*. Campinas, Ades, 1998.
- SILVA, C. A.P. *Conselhos Tutelares da Criança e do Adolescente de São Paulo e os Segmentos pro-cidadania*. São Paulo, Dissertação de Mestrado/USP, 1994.
- SILVA, I. M. *O Estatuto da Criança e do Adolescente e a Questão da Municipalização*. São Paulo, CBIA, 1991.
- SILVA, J. M. *Democracia e Educação: a alternativa da participação popular na administração escolar*. São Paulo: Tese/FEUSP, 1989.
- SPOSATI, A. *Assistência Social Brasileira: descentralização municipal*. São Paulo: EDUC, 1990.
- SPOSITO, M. P. *Educação, gestão democrática e participação popular*. In: *Educação e Realidade*. Porto Alegre, v. 15, n.º 1, p. 52-56, jan/jun, 1990.
- STANISCI, S. A. *Gestão Pública Democrática: Perspectivas apontadas pelos Conselhos dos Direitos da Criança e do Adolescente*. São Paulo, Tese/PUC, 1996.



UNIVERSIDADE BANDEIRANTE DE SÃO PAULO  
DIREITO CONSTITUCIONAL II

BY 0.60

PROFESSOR RESPONSÁVEL: SERGIO GARDENGHI SUIAMA

PONTO 3

PODER EXECUTIVO E ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA:  
ORGANIZAÇÃO E PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS

I. INTRODUÇÃO

A fim de se possa compreender com clareza o assunto, convém, de início, precisar alguns conceitos.

Estado é uma das formas pelas quais o poder político se organiza. A Constituição de 88 declara que a República Federativa do Brasil constitui-se em "Estado Democrático de Direito" (art. 1º). Democracia é o regime político no qual o poder decisório pertence ao povo, respeitado sempre os direitos humanos. A democracia brasileira é semidireta, i.e., admite a convivência entre o sistema representativo tradicional e formas de participação popular direta (plebiscito, referendo e iniciativa popular legislativa). Estado de Direito é a forma do Estado Liberal clássico caracterizada: a) pela legalidade (submissão de todos ao império da Lei); b) pela separação de poderes ou funções; c) pelo respeito aos direitos e garantias fundamentais. O Estado de Direito estrutura-se em duas espécies de órgãos: a) de governo, que exercem o poder de direção, de *pilotagem* (origem da palavra governante) e; b) da Administração Pública, subordinados ou dependentes aos primeiros.

Governo é o conjunto das instituições que exercem o poder político. O poder político estatal desdobra-se em três funções governamentais (e não propriamente em três poderes, pois o poder político é uno e indivisível) distintas: a) função executiva; b) função legislativa; c) função jurisdicional. A função legislativa consiste na edição de normas jurídicas gerais e abstratas; a função executiva consiste na conversão da lei em ato individual e concreto e a função jurisdicional consiste na pacificação de pessoas e grupos em conflito, por meio da declaração, no caso concreto, da norma jurídica aplicável.

No Estado de Direito estas três funções encontram-se distribuídas entre órgãos distintos, pois, nas palavras de Montesquieu, "tudo estaria perdido se o mesmo homem ou o mesmo corpo de notáveis, ou de nobres, ou do povo,



exercessem esses três poderes: o de fazer leis, o de executar as resoluções públicas e o de julgar os crimes e os conflitos entre particulares.”<sup>1</sup>

Nos termos do art. 2º da Constituição de 88, são Poderes da União, “independentes e harmônicos entre si”, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário. Por independência, segundo José Afonso da Silva, entende-se: a) que a investidura e permanência das pessoas num dos órgãos do governo não dependem da confiança nem da vontade dos outros; b) que, no exercício das atribuições que lhe sejam próprias, não precisam os titulares consultar os outros nem necessitam de sua autorização; c) que, na organização dos respectivos serviços, cada um é livre, observadas apenas as disposições constitucionais e legais<sup>2</sup>. É importante observar que o princípio da independência não é absoluto, havendo situações em que um dos poderes assume funções próprias de outros poderes (caso, p.ex., do julgamento, pelo Poder Legislativo, do chefe do Executivo por crime de responsabilidade e da edição de medidas provisórias, *com força de lei*, pelo Presidente da República). Além disso, a Constituição prevê a participação de um Poder nas funções exercidas pelos demais (cf. neste sentido os arts. 61, 66, 89, 90, 96, II, e 101). Daí, então, o princípio da harmonia entre os Poderes.

(j) Poder Executivo, na definição de José Afonso da Silva, é o órgão constitucional que tem por função a prática de atos de chefia de Estado, de governo e de administração.

Administração Pública. Administração Pública é, assim, o conjunto de órgãos e funções instituídos para a execução dos serviços e atividades estatais. A Administração Pública não se identifica com o Poder Executivo, embora a função administrativa seja exercida precipuamente por ele. Administrar é gerir interesses e negócios alheios. Se interesses são particulares, há a administração privada ou particular; se interesses são públicos, há a administração pública. Infelizmente, no Brasil, a *res publica* não é a coisa de todos, mas sim a *res nullius*, a coisa de ninguém, sem dono, que pode ser livremente apropriada pelos particulares.

## II. DO PODER EXECUTIVO

O Estado brasileiro adota o sistema de governo executivo monocrático, no qual o poder é exercido por um chefe (Presidente, Governador ou Prefeito), auxiliado pelos Ministros ou Secretários.

<sup>1</sup> *O Espírito das Leis*, v. 11, cap. 6. Em sentido convergente, estabelece a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, art. 16: “Toda sociedade em que a garantia dos direitos não é assegurada, nem a separação de poderes determinada, não tem constituição.”

<sup>2</sup> *Curso de Direito Constitucional*, p. 97.



Como se sabe, o sistema de governo adotado pelo Brasil é o presidencialismo, assim, o Presidente da República concentra as funções de chefe de Estado, chefe de governo e chefe da Administração Federal.

O provimento do cargo de Chefe do Executivo, nos termos do que dispõem os arts. 28, 29, 32 e 77 da Constituição, far-se-á por eleição majoritária direta, para o período de quatro anos, permitida a reeleição (Emenda Constitucional nº 16/97).

O Vice-Presidente - que não é eleito, pois apenas integra a chapa do Presidente - substitui este no caso de impedimento temporário (licença, férias, doença, viagem ao exterior) e o sucede no caso de perda do mandato. Na falta do Vice-Presidente, assumem o cargo o Presidente da Câmara, o Presidente do Senado e Presidente do Supremo Tribunal Federal.

A perda do mandato de Presidente da República se dá nas seguintes hipóteses: a) cassação no caso de condenação por crime comum ou por crime de responsabilidade do Presidente (impeachment); b) extinção, nos casos de morte, renúncia, perda ou suspensão dos direitos políticos e perda da nacionalidade brasileira; c) declaração de vacância do cargo quando o Presidente ou o Vice não comparecerem para tomar posse no prazo de dez dias da data fixada; d) ausência do país por mais de quinze dias sem licença do Congresso Nacional.

As atribuições do Presidente da República estão elencadas no art. 84, dividindo-se elas em funções de chefia de Estado (p.ex. a declaração de guerra e a concessão de títulos honoríficos); chefia de governo (remeter mensagem e plano de governo ao Congresso Nacional, decretar o estado de defesa e o estado de sítio etc.) e chefia da Administração Pública Federal (exercer a direção superior da Administração Federal, prestar contas, prover e extinguir cargos públicos federais etc.).

### III. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: ORGANIZAÇÃO E PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS

#### A. ORGANIZAÇÃO

Para a consecução das competências constitucionais e legais que lhe são conferidas, a administração pública realiza dois tipos de atividades: atividades-meio (licitações, arrecadação de tributos, fiscalização etc.) e atividades-fim, estas últimas traduzidas na prestação de serviços públicos individuais (serviços de água, gás, transporte coletivo) ou gerais (iluminação pública, polícia, calçamento de ruas, saúde etc.). Essas atividades podem ser realizadas *centralizadamente*, pela própria administração pública, ou de forma *descentralizada*, por outros sujeitos. Neste segundo caso, a administração



*transfere* a titularidade ou simplesmente a execução das atividades públicas para outras entidades públicas ou para particulares.

Pois bem, quando a administração pública realiza as atividades de sua competência de forma centralizada, estamos diante da administração direta; por outro lado, quando a administração executa suas atividades de forma descentralizada, por meio de entidades pública dotadas de personalidade jurídica própria, temos a chamada administração indireta.

A administração direta ou centralizada é, assim, o conjunto de órgãos estruturado de forma hierárquica e subordinados *diretamente* ao Poder Executivo (p.ex. Secretaria de Serviços e Obras, Divisão de Transportes, Seção de Compras etc.). Cada um dos órgãos que compõem a administração direta possui suas próprias competências, mas *não tem personalidade jurídica*.

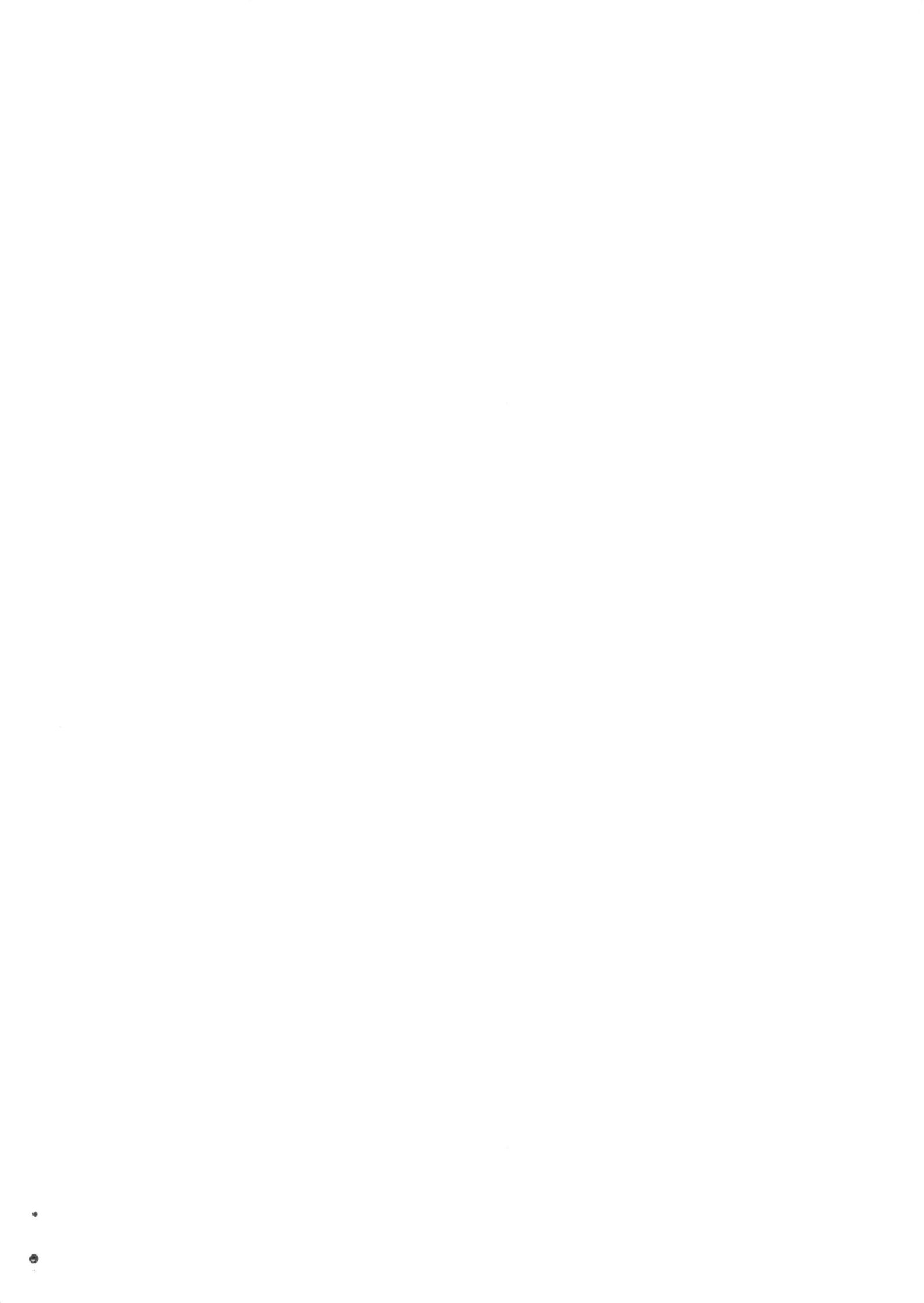
A administração indireta ou descentralizada, por sua vez, é composta pelas autarquias, pelas fundações públicas, pelas sociedades de economia mista e pelas empresas públicas, todas elas *dotadas de personalidade jurídica própria*. Nos termos do art. 37, incisos XIX e XX, sua criação e a de suas subsidiárias depende de autorização legislativa específica. Autarquias, na definição de Hely Lopes Meirelles, são "entes administrativos autônomos, criados por lei específica, com personalidade jurídica de Direito Público interno, patrimônio próprio e atribuições estatais específicas."<sup>3</sup> São exemplos de autarquias as Universidades Públicas e o Banco Central do Brasil. Fundações públicas são a personificação de bens públicos para a consecução de finalidades igualmente públicas. Como exemplos de fundações públicas no Estado de São Paulo citamos a FEBEM e a Fundação PROCON. Empresas Públicas "são pessoas jurídicas de Direito Privado criadas por lei específica, com capital exclusivamente público, para realizar atividades de interesse da Administração instituidora nos moldes da iniciativa particular, podendo revestir qualquer forma e organização empresarial."<sup>4</sup> São exemplos de empresas públicas a Empresa Metropolitana de Transportes Urbanos - EMTU e a SABESP. Por fim, sociedades de economia mista são "pessoas jurídicas de Direito Privado, com participação do Poder Público e de particulares no seu capital e na sua administração, para a realização de atividades econômica ou serviço de interesse coletivo outorgado ou delegado pelo Estado."<sup>5</sup> A Petrobrás, o Banco do Brasil, a Telesp e a CPFL são alguns exemplos de sociedades de economia mista.

As empresas públicas e as sociedades de economia mista podem desempenhar serviços públicos ou explorar atividade econômica, em regime de monopólio ou concorrência com a iniciativa privada. Esta última hipótese - exploração de atividade econômica - só é permitida "quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo" (art. 173,

<sup>3</sup> *Direito Administrativo Brasileiro*, São Paulo, Malheiros, 1992, p. 307.

<sup>4</sup> *Idem*, p. 324.

<sup>5</sup> *Idem*, p. 329.



*caput*), estando as entidades públicas sujeitas ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto às obrigações trabalhistas e tributárias (art. 173, parágrafo 1º).

APESAR DAS DIFERENTES "ROUPAGENS" JURÍDICAS ASSUMIDAS, TODA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA - DIRETA OU INDIRETA - ESTÁ SUJEITA AOS PRINCÍPIOS E ÀS REGRAS (com destaque para as pertinentes à licitação e à realização de concursos públicos) CONTIDAS NO ART. 37 DA CONSTITUIÇÃO.

## B. PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS

Conforme apontamos no 1º Bimestre, princípios jurídicos são *normas jurídicas* de natureza lógica *anterior e superior* às regras e que servem de base para a *criação, aplicação e interpretação* do direito<sup>6</sup>. Na definição de Celso Antônio Bandeira de Mello, princípio é o "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 sentido harmônico. É o conhecimento dos princípios que preside a intelecção das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo. Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a ser arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra."<sup>7</sup>

São princípios constitucionais positivados da Administração Pública a legalidade, a impessoalidade, a moralidade administrativa e a publicidade.

① Legalidade. O princípio da legalidade administrativa, declarado no art. 37, *caput*, da Constituição é diverso do princípio da legalidade expresso no art. 5º, II, embora deste seja uma consequência. Sobre a legalidade administrativa ensina o mestre Hely Lopes Meirelles: "a legalidade, como princípio de administração, significa que o administrador público está, em toda a sua atividade funcional, sujeito aos mandamentos da lei e às exigências do bem comum, e deles não se pode afastar ou desviar, sob pena de praticar ato inválido e expor-se a responsabilidade disciplinar, civil e criminal, conforme o caso. (...)"

<sup>6</sup> Cf. ponto 02 do 1º bimestre

<sup>7</sup> *Apud* Eros Roberto Grau, *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*, São Paulo, Malheiros, 1991, p. 97.



Na Administração Pública não há liberdade nem vontade pessoal. Enquanto na administração particular é lícito fazer tudo o que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza. A lei para o particular significa 'pode fazer assim'; para o administrador público significa 'deve fazer assim'.<sup>8</sup>

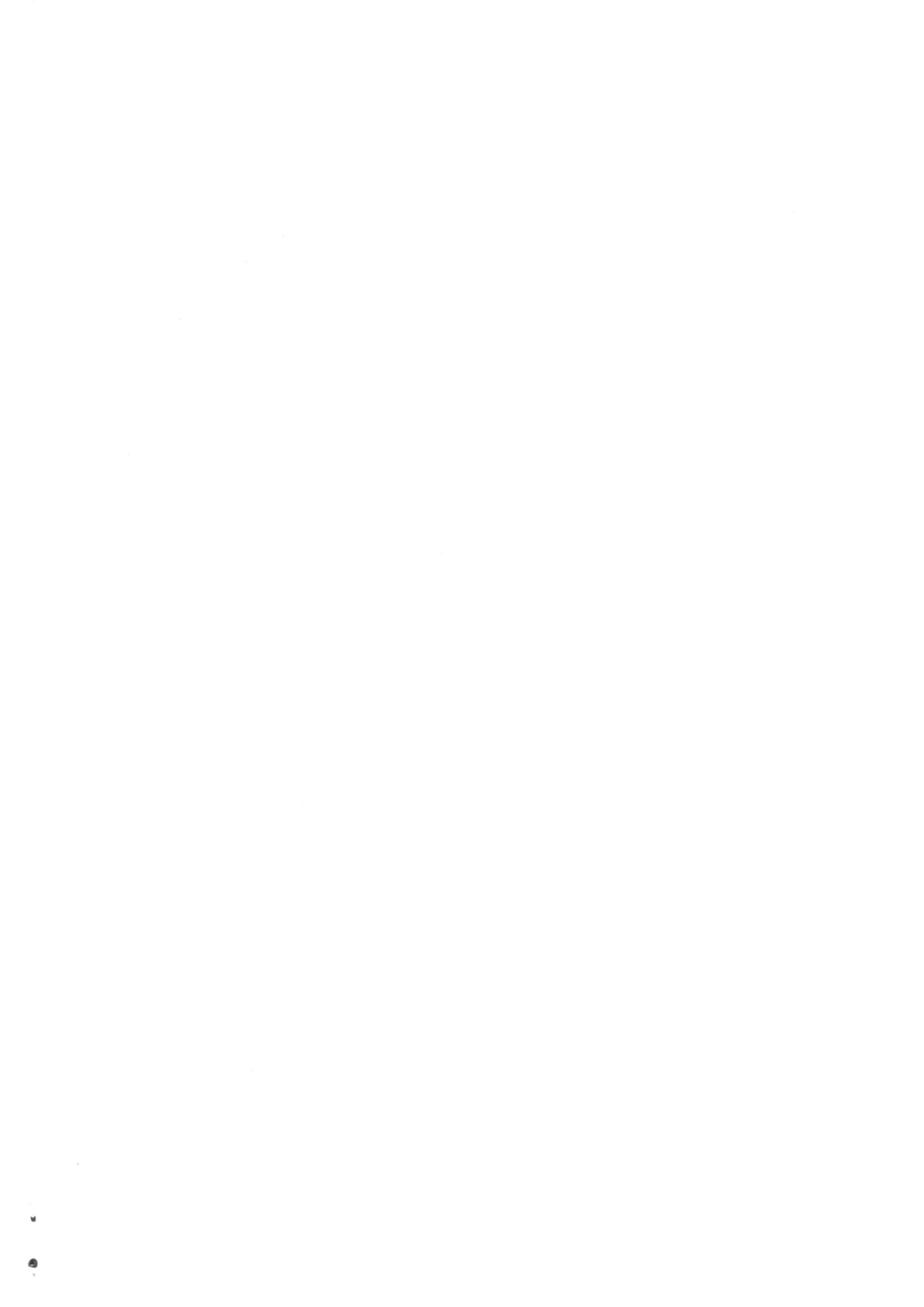
Impessoalidade. O princípio possui um duplo sentido: em primeiro lugar significa que a Administração deve tratar todos administrados igualmente, sem favoritismos ou perseguições; em segundo lugar se traduz na idéia de que o administrador não pode utilizar de sua função pública para se promover. Como regras específicas que dão concreção ao princípio temos os incisos II e XXI do art. 37, bem como seu parágrafo 1º.

Moralidade. É a exigência, imposta pela Constituição, de que os agentes públicos, no desempenho de suas atribuições, atuem de modo ético, devendo observar, em todas as ocasiões, o bem comum, a boa fé, a lealdade e, sobretudo, o fundamento maior de toda a atividade administrativa, que é o interesse público. Cumpre lembrar também que, para a maior parte dos autores, nem todo ato legal é necessariamente moral. Nos termos do parágrafo 4º do art. 37, a não observância do princípio da moralidade administrativa (improbidade administrativa) importará na suspensão dos direitos políticos, na perda da função pública, na indisponibilidade dos bens e no ressarcimento ao erário pelo servidor faltoso. O remédio constitucional de proteção à moralidade administrativa é a ação popular (art. 5º, LXXIII).

Publicidade. A regra é que todos os atos administrativos devem ser públicos, cumprindo à Administração manter a máxima transparência em seus procedimentos. Como manifestações deste princípio temos os incisos XXXIII, XXXIV e LXXII do art. 5º da Constituição. Excepcionalmente o sigilo é permitido quando "imprescindível à segurança da Sociedade e do Estado" (art. 5º, XXXIII).

---

<sup>8</sup> *Direito Administrativo Brasileiro, op. cit.* pp 82-83. Sobre os princípios constitucionais cf também a obra imprescindível de Celso Antônio Bandeira de Mello, *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo, Malheiros, 1996.



## PARA CONTRIBUIR NA RFLEXÃO

O Brasil é um país de grandes contraste sociais e políticos. O último século, foi marcado por um grande embate entre as forças populares/ progressistas na tentativa de firmar uma democracia que de fato contribuísse com o processo de desenvolvimento e emancipação humana, e outro grupo que lutava pela permanência das desigualdades e as benesses da classe dominante. Nessa disputa o que se vivenciou foi a vitória do segundo grupo, que impôs duas ditaduras, que impediram o avanço de um projeto democrático e popular.

A primeira ditadura, aconteceu na década de trinta (30), por quinze (15) anos, o Brasil viveu um período em que as manifestações do pensamento ficaram proibidas e muitas lideranças foram presas e perseguidas, enquanto, era fundado um modelo de organização do estado em que uma determinada classe social subtraía para si todos os benefícios que o estado podia oferecer.

O segundo momento de estado de exceção no país, aconteceu dezanove (19) anos depois do primeiro, em 1964, quando foi desencadeado uma série de golpes militares em vários países da América do Sul ( Chile, Argentina, Uruguai, Paraguai, entre outros), momento dramático onde várias lideranças populares desapareceram. A situação foi ainda mais grave, pois, foi implantada uma política econômica que comprometeu todo o processo de desenvolvimento social que agravou ainda mais a situação da população brasileira.

Vinte e um (21) anos depois da segunda ditadura, houve um processo de abertura, sem que os acontecimentos da ditadura pudessem ser discutidos e analisados.

O fim da ditadura foi a coroação de um processo que começou a se pensar na metade da década de setenta (70), e que ficou conhecido como "*Abertura lenta, gradual e irrestrita*", ou seja, todos os atores responsáveis pelos acontecimentos arbitrários, foram perdoados pelos seus atos sem nenhum questionamento, fato que permitiu a incorporação de vários personagens que haviam prejudicado o país no período da ditadura, e que continuaram a interferir na vida política e econômica do país.

A partir de 1985, os diversos grupos políticos que estiveram à frente da oposição (com algumas exceções) e outros que estavam acordados com o que acontecia, passaram a compor na administração do poder. Essa aliança acabou criando uma situação híbrida; por um lado havia um grupo comprometido com as idéias mais retrógradas e a



continuidade de um projeto que não contemplava o conjunto da sociedade, de outro, um outro grupo que dizia-se representante dos mais nobres anseios populares. O saldo desse arranjo e parceria, pode-se verificar na elaboração da *Constituição Federal do Brasil*, que foi promulgada em 1988, e que traz um enorme avanço do ponto de vista das garantias sociais e da intervenção e controle social da sociedade sobre o estado. A Constituição ficou conhecida à época como *Constituição Cidadã*, tal foi o avanço proporcionado para o processo de garantia plena do exercício da cidadania.

O que parecia ser o grande início da emancipação e auto afirmação do povo brasileiro, tornou-se uma grande farsa, já que o que havia sido estabelecido na legislação não se cumpriu, principalmente no que refere-se ao controle social da sociedade sobre o estado e dos direitos sociais; estes já foram modificados bem como grande parte da Constituição ( já aconteceram trinta (30) emendas na lei ).

O fator que tem sido determinante para o não cumprimento da Constituição e efetivação das mudanças daquelas propostas do começo da abertura política, foi a parceria estabelecida entre os grupos "distintos", que permitiu alteração na lei mas, que, garantiu a continuidade do poder de um grupo de pensamento contrário a possibilidade de mudança cultural na forma de se gerir o estado e das relações sociais, que tem obstruído sistematicamente os canais de participação popular.

O povo brasileiro tem assistido desde então, um processo de deslocamento do poder , onde os grupos buscam o poder como fim e não como meio, o que impossibilita a concretização de um projeto para a maioria da sociedade, o que acaba criando esse enorme abismo social, fragilizador de toda a população.

A constituição de 1988 conseguiu criar condições objetivas para um profundo processo de mudança na sociedade, já no seu artigo 1º , Parágrafo Único quando estabelece "*Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos direta ou indiretamente, nos termos desta Constituição.*" definindo um novo olhar na organização do estado, que é o da democracia participativa, superando o velho paradigma de organização do estado que se "organizava" de forma representativa.

A forma de participação da sociedade no processo de interferência na elaboração e gestão da coisa pública, ficou estabelecida no artigo 204 da C.F., no inciso 2º , "*Participação da população, por meio de organizações representativas, na formulação das políticas e no controle das ações em todos os níveis*", quanto as políticas



para área social, e foi ainda mais preciso e contundente, quanto à responsabilidade da sociedade em relação à criança e ao adolescente (objeto dessa discussão), no artigo 227, quando atribui a todo o conjunto da sociedade, a principal atenção de todos para estes que são os continuadores depositários da cultura do povo brasileiro, determinando 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”*.

Para determinar a criança e o adolescente como prioridade na Constituição, entre 1988 e 1990, houve uma intensa mobilização de todo o conjunto da sociedade brasileira, em torno da infanto-adolescência, para aprovação de uma lei que especificasse melhor qual a relação desejada. Foi então à partir da articulação dos grupos que atuavam na área da infância, que foi elaborada a lei complementar (Estatuto da Criança e do Adolescente) 8.069 de 13 de Julho de 1990, que além de seus grandes méritos no avanço do tratamento com crianças e adolescente, acatando integralmente a Convenção Internacional dos direitos da Criança, aprovada pela Assembléia Geral da ONU em 20 de novembro de 1989 e outros pactos e tratados internacionais que tem como preocupação os meninos e meninas brasileiras, estabelece de forma radical o controle da sociedade no processo de deliberação e controle em todos os níveis (através dos Conselhos de Direitos da Criança e do Adolescente – órgão paritário, governo e sociedade nos três níveis da administração), das políticas para criança e adolescente.

Embora as conquistas tenham sido muitas, a forma de organização do estado brasileiro e a conjuntura política, não permitiu ainda, que aconteça a inversão proposta na lei, que a população deixe de ser um depositário das ações de governo, quase sempre em desacordo com os interesses da maioria para permitir que a sociedade brasileira passe a instituir no âmbito do estado os interesses que realmente contemplam a maioria da população. Essa resistência, acontece exatamente porque permeia na classe política em geral a mentalidade centralizadora e segmentada do poder.

Diante desse quadro, verificamos que a única forma de construir um projeto que de fato contemple a imensa maioria excluída da sociedade, é o fortalecimento da participação da mesma nesses espaços, os Conselhos, onde está estabelecida a paridade. Entretanto, os vícios e



interesses cristalizados no âmbito da máquina pública, tem emperrado de fato a possibilidade de mudanças; a paridade proposta na lei e sua interpretação, precisa de uma urgente revisão, visando os interesses de estado, que garantam na perspectiva da continuidade e efetividade das políticas públicas em geral. Respeitando esse aspecto, é fundamental que a sociedade civil tenha a maioria dos assentos no Conselho, seguindo o exemplo de Porto Alegre, onde é composto de forma tripartite, 1/3 de atendimento direto, 1/3 de atendimento indireto e poder público, o que respeita a legislação, já que constatado na prática é que a igualdade de representação (metade sociedade civil e metade governo), tem favorecido os governos, em detrimento do conjunto da sociedade, o que remete, como diz Antonio Gramsci em Notas do Cárcere, a pequena política mesquinha e menor.

Para que se possa resolver os grandes desníveis sociais, é condição *sine qua non*, responder satisfatoriamente às necessidades das crianças e adolescentes, desobstruindo os canais de participação popular e implantando o novo direito da Doutrina da Proteção Integral.



## **CONSELHO DE DEFESA DOS DIREITOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE**

### **PRINCÍPIO DA PARIDADE NOS CONSELHOS GESTORES**

A alteração do estado Brasileiro, de um estado autoritário para um estado de direitos em que os direitos humanos ocupem primeiro destaque na ordem de prioridades para a espécie humana, foi preciso considerar que a responsabilidade pela decisão deveria ser negociada, de forma conjunta, entre o estado e a sociedade civil.

Elegemos, então, como bandeira de luta, a legitimidade entre o que executa, no caso o executivo, e do outro lado quem financia a cidade como um todo.

### **CHAMAMOS ESTA ATITUDE DE DEMOCRACIA PARTICIPATIVA**

Porque diferencia das demais funções do Poder Executivo, que quase sempre as fazem através de delegação técnica.

Quando propusemos sentar-se à mesa de negociação com o Executivo não podemos permitir inferioridade, nem de um lado e nem de outro, para não ferir o direito de defesa por quem quer que seja.

### **O QUE É A PRESIDÊNCIA DO CMDCA**

A presidência do Conselho é uma instância de poder instituída dentro do sistema presidencialista e que tem o papel primordial de encaminhar e responder pela institucionalidade, uma vez que no sistema presidencialista a pessoa jurídica é sempre uma e não o colegiado em última instância.

Querer proibir que o governo assuma a presidência em um dos períodos durante a gestão pode ser considerado e interpretado de três formas e dependendo da circunstância e da conveniência:

1. Para determinadas decisões de interesse difuso pode se permitir a aprovação de matérias, apenas para permitir-se acalmar ânimos, mas não se encaminha.



2. Se constar da lei que só pode ser presidência o governo, fere-se o princípio democrático de que tudo deve ser decidido juntos, se tem alguma regra estabelecida pelo Estado, exime-se a sociedade civil de responder, por exemplo, pelos atos praticados pelo coletivo e encaminhado ou não pela presidência, pois se eu não posso eleger também não pode destituí-lo e nem questionar seus atos, pois sua decisão como presidente é soberana, está acima do poder do Conselho.
3. Outra questão é no caso do CMDCA que, em determinados momentos, pode ser favorável conjuntamente que a presidência esteja com a sociedade civil, em outros momentos pode ser mais importante estar com o governo, é importante para a sociedade civil a alternância.

4. O entendimento da nossa luta e a nossa disputa é saudável, porém, o governo só pode fazer o que está na lei e, neste caso, está escrito na lei que o Conselho é paritário, entre o governo e a sociedade. Foi esse o poder emanado do povo artigo 1º da Constituição Federal do Brasil de 1988.

Inspirado no artigo 204 da CF inciso II e no Artigo primeiro da mesma.



## ALGUNS PROBLEMAS BÁSICOS DA PARTICIPAÇÃO POPULAR

● O tema da participação é um dos eixos centrais da discussão mundial sobre desenvolvimento social. Há consenso em que é possível obter, aí, resultados bastante efetivos. Consolida-se também a concepção de que numerosos problemas fundamentais ligados ao desenvolvimento humano podem ser enfrentados de modo não-tradicional quando envolvem a participação das comunidades pobres, rurais e urbanas, em sua solução.

No entanto, na prática, o excepcional 'veio' de novas idéias e soluções inovadoras na luta contra a pobreza, que surgem com a participação, esbarrou em fortes dificuldades que acabaram por limitar seriamente a adoção e a implementação, em ampla escala, de programas participativos. Nas palavras de Racelis: "Ainda que a participação popular esteja hoje em dia firmemente aceita pela literatura sobre o desenvolvimento e até mesmo nos documentos de planejamento nacional, sua prática continua sendo esquiva" (Racelis, 1994).

Quais são as causas mais profundas que impedem seu avanço? Além de problemas práticos claramente superáveis, quais os fatores estruturais que determinam que a participação dos beneficiários na formulação e execução de estratégias sociais, freqüentemente proposta como uma política explícita, transforme-se, na prática, em mera boa intenção? Por outro lado, por que triunfaram algumas experiências de participação? O que nos ensinam elas?

O presente texto procura apresentar alguns elementos a esse respeito. Para tanto, apóia-se fundamentalmente na experiência latino-americana dos últimos anos. Serão brevemente revistas, em primeiro lugar, algumas tendências inscritas na situação social do continente. Elas são o marco de referência indispensável para que se possa pensar nos problemas e nas soluções em termos de participação. Em segundo lugar, a partir desse marco, procuraremos identificar um conjunto de obstáculos básicos à participação, que impedem a intervenção popular na formulação de estratégias sociais e na implementação de projetos sociais. Por último, serão indicadas algumas linhas de trabalho inovadoras. Todos esses pontos serão apresentados de modo sumário e exploratório, dados os objetivos limitados à que se propõe o texto

## Algumas Tendências da Situação Social do Continente

O crescimento sustentado da população pobre é um dado central da realidade latino-americana atual. O número de famílias situadas abaixo da linha da pobreza, que constituíam 40% da população em 1980, aproximou-se dos 50% atualmente, e em muitos países supera amplamente a metade da população. O Banco Mundial estimou que a pobreza urbana praticamente duplicou na América Latina nos últimos dez anos. Ao mesmo tempo, degradou-se a qualidade da pobreza. O setor que mais cresceu foi o da pobreza absoluta, integrado por famílias carentes do que é mais elementar, afundadas na desnutrição. A pobreza latino-americana é claramente discriminatória contra as crianças e as mulheres. Elas são muito mais afetadas. Segundo estimativas da Unicef, mais de 2.000 crianças perecem por dia por causas evitáveis ligadas à pobreza. Em diversos países, é crescente o número de lares que ficam a cargo exclusivo das mães, obrigadas a lutar sozinhas contra as múltiplas adversidades que surgem da pobreza. O avanço da desnutrição – expressão típica da pobreza extrema – gerou altas taxas de mortalidade infantil e influiu na redução da altura e do peso dos recém-nascidos. A pobreza transformou-se na principal causa de morte no continente, e segundo estimativas da ONU responde por 1.500.000 vítimas anuais. Ao lado dessas tendências, aparecem outros indicadores alarmantes. Cresceu vertiginosamente o número de 'meninos de rua', crianças abandonadas que vivem em condições infra-humanas nas ruas das grandes cidades do continente. Subiram os índices de repetência e evasão nas escolas primárias. A evasão chega a atingir 60% dos alunos em diversos países. Aumentou fortemente o desemprego juvenil, que já supera os 20%. Há uma imensa população de jovens entre 15 e 24 anos de idade fora do sistema educacional e do mercado de trabalho.

A magnitude e a profundidade da pobreza latino-americana tendem a criar uma realidade que vai bem além dela. Amplos setores da população encontram-se, de fato, em situação de exclusão. Estão fora dos mercados, da produção e da educação, praticamente à margem da sociedade organizada<sup>1</sup>.

Nessas condições, a participação aparece como absolutamente fundamental. É uma das poucas possibilidades reais de atacar não só a pobreza mas a completa exclusão social.



### Obstáculos Básicos à Participação

De que modo impulsionar a participação como instrumento para reintegrar a população excluída à sociedade? As dificuldades encontradas na realidade são importantes. Identificá-las é essencial para que se possa enfrentá-las.

Algumas delas são estruturais. Surgem das tendências sociais antes mencionadas. A pobreza avançou com tanta força no continente que está destruindo o próprio tecido social. Uma instituição absolutamente central, a família, principal força de socialização e proteção, célula básica para a participação, está sendo destruída. Uma alta porcentagem dos lares pobres estão fraturados pela pobreza. O enfraquecimento da família repercute, entre outros aspectos, no aumento acelerado dos 'meninos de rua'<sup>2</sup>. Um tecido social enfraquecido fornece uma base frágil demais para a participação.

Além do mais, a pobreza extrema leva a que se empenhem todas as energias possíveis na luta pela sobrevivência diária. A pauperização, o incremento do desemprego e o abandono do sistema educacional criam condições desfavoráveis para o estabelecimento e a consolidação de organizações populares sólidas. A pobreza 'econômica' leva, como já foi reiteradamente demonstrado pela experiência mundial, a uma 'pobreza de poder'. As organizações populares debilitam-se e atomizam-se.

A essas situações estruturais negativas para a participação somam-se diversos erros institucionais e gerenciais na implementação de processos orientados para promover a participação da população pobre na formulação de estratégias sociais e na gestão social. Dentre os mais freqüentes, estão os que seguem abaixo.

- 1. Os aparatos burocráticos encarregados de implementar a participação adotam, em geral, um modelo vertical de organização interna. São estruturas que incorporam modelos gerenciais tradicionais, tipo pirâmide hierárquica, apegados a normas e rotinas, convencidos de que o cumprimento da norma deve prevalecer sobre outras considerações. A participação requer praticamente o oposto: flexibilidade total, capacidade para o diálogo e a ação horizontal, substituição das normas rígidas por interpretações *ad hoc* dos problemas. Abre-se assim uma brecha muito importante entre o perfil gerencial das organizações implementadoras da participação e os requisitos apropriados para a participação.

(2) Ver, no presente volume, o artigo: "A crítica situação social e seu impacto sobre a família".

- Com grande freqüência, não se 'ouvem' com muita atenção as necessidades reais da comunidade; parte-se de suposições 'de laboratório' a respeito delas. Isso acaba por subtrair da comunidade, desde logo, motivação para participar.
- Como destaca uma análise da participação no Chile, o papel a ser desempenhado pelos líderes comunitários é fundamental: "são importantes não apenas para romper com a apatia das pessoas como também para dar credibilidade e legitimidade aos programas" (Mideplan, 1992). Muitas vezes, essas lideranças são ignoradas ou relegadas a um posto secundário, ao invés de serem valorizadas e reforçadas.
- Os métodos educacionais utilizados em programas que visam a preparar as comunidades para a participação são freqüentemente opostos a ela. Têm um claro viés autoritário e inibem o livre intercâmbio e a explicitação das múltiplas dúvidas latentes.
- Em setores sociais dotados de alto poder e em comandos gerenciais públicos e privados do continente, muitas vezes se encontra a idéia, sem qualquer base empírica, de que a participação diminui a eficiência. Como indica Matur, "fazem-se desse modo considerações a respeito de eficiência – tais como a conclusão do projeto segundo o calendário previsto, a economia de gastos e outros – como argumentos adicionais em favor da exclusão dos beneficiários dos processos de planejamento e implementação" (Matur, 1994).
- Há no continente um importante efeito 'frustração' com a participação, que precisa ser enfrentado. Numerosos projetos foram abertos exclusivamente para obter apoios populares momentâneos e logo abandonados.
- Raramente os projetos estão inseridos em uma real estratégia de auto-sustentação. A comunidade intui rapidamente que o projeto ficará sem bases de apoio tão logo deixe de receber assistência. Por isso desconfia desde o início e reluta em participar.
- O problema do risco de corrupção deve ser firmemente enfrentado. A comunidade sente que pode estar sendo utilizada por indivíduos que desejam extrair benefícios pessoais dos projetos. Para estimular a participação, é essencial garantir um efetivo controle social sobre a gestão do projeto e assegurar sua total transparência.
- As inúmeras dificuldades no relacionamento entre Ongs e Estado afetam expressivamente a atitude das comunidades no que diz respeito à participação. A população sente-se imersa em conflitos cuja lógica lhe é estranha e sobre os quais não tem controle.



As causas estruturais do crescimento da pobreza na América Latina, bem como os fatores institucionais acima mencionados, são alguns dos principais obstáculos concretos que não deixam a participação fluir com facilidade apesar do amplo consenso existente a respeito da sua necessidade.

### Em Busca de Soluções

Para que possam ser criadas condições propícias para a participação da população desfavorecida na formulação das estratégias sociais e na gestão social, é preciso enfrentar problemas como os apresentados.

É preciso atuar desde já sobre as causas estruturais da pobreza. Dentre elas, uma afeta diretamente a participação: trata-se do alto grau de inequidade que caracteriza as sociedades latino-americanas. A América Latina é hoje o continente com a pior distribuição de rei da do mundo. Isso não era assim há algumas décadas. A polarização social acentuou-se. A inequidade tem elevados custos econômicos, sociais e políticos, como muitas fontes já destacaram, dentre elas os Informes sobre Desenvolvimento Humano da ONU, a Unicef, numerosas agências internacionais e diversos estudos de campo. Um desses custos é que ela cria um clima totalmente desfavorável para a participação.

O recuo do gasto social e as deficiências gerenciais em sua utilização também são fatores contrários à participação. Por inúmeros motivos econômicos e sociais, faz-se necessário um crescente investimento público em educação e em saúde, bem como o gerenciamento eficiente desse investimento. Tanto na América Latina quanto em outras regiões, o apoio do Estado é essencial. Como afirma Midgley, "o argumento de que as comunidades locais podem organizar-se de modo espontâneo para melhorar significativamente suas condições sociais e econômicas é pouco provável e não é equitativo. É injusto esperar que setores carentes da comunidade abasteçam-se independentemente de toda forma de ajuda externa e é pouco provável que realmente possam fazê-lo" (Midgley, 1994).

Enfrentar os obstáculos implica rever em profundidade as relações Estado-Ongs-comunidades pobres. Todos podem e devem desempenhar um papel relevante, mas desde que se estabeleçam novas modalidades de relações. O Estado deve desempenhar funções básicas de modo a promover ao mesmo tempo o desenvolvimento econômico e a equidade, ampliar seu investimento social, modernizar suas instituições sociais e sua gerência social, catalisar a grande reforma social necessária. As Ongs devem concentrar sua ação com

vistas a conseguir que aumente a capacidade das comunidades para organizar-se e articular-se, o que permitirá aumentar sua influência real e sua capacidade para negociar. As comunidades devem trabalhar para aumentar sua participação, participando e exigindo participação cada vez maior. Os três atores devem, por fim, vincular-se ativamente mediante redes que maximizem o que cada um tem de melhor. A preparação em gerência social avançada pode ser útil para os três atores, na medida em que cria uma linguagem e impulsiona iniciativas renovadoras.

A existência, no continente, de experiências inovadoras de participação levadas a cabo com excelentes resultados demonstra que o potencial da participação é tão amplo que conseguiu obter êxitos mesmo em condições as mais desfavoráveis, o que indica que, superados os obstáculos acima mencionados, os resultados podem ser excepcionais.

É imprescindível aprender com essas experiências. Dentre elas, destaca-se a da Villa El Salvador, no Peru, na qual vivem mais de 250.000 habitantes pobres de Lima. A experiência, já contemplada com diversas láureas mundiais, atingiu metas espetaculares em saúde, educação, habitação, emprego e produção, com base em um gigantesco exercício de participação de toda a comunidade. Para canalizar e impulsionar a participação, foram criadas cerca de 4.000 unidades organizacionais<sup>3</sup>. A participação também obteve êxitos notáveis na organização criada pelo movimento indígena na Bolívia e nos movimentos de mulheres<sup>4</sup>. Também é capaz de conquistar a adesão de amplos setores sociais, de todas as condições, como se deu no grande Movimento da Cidadania contra a Pobreza e pela Vida, lançado por Herbert de Souza (Betinho), no Brasil<sup>5</sup>. Essas e outras experiências exitosas têm em comum o fato de realizarem uma efetiva promoção daquilo que Racelis descreve como "concessão de poder ao povo ao invés da perpetuação das relações geradoras de dependências típicas dos enfoques 'de cima para baixo'" (Racelis, 1994).

Atuando sobre as causas estruturais da pobreza, melhorando radicalmente os processos e instrumentos organizacionais de participação e aprendendo com as experiências exitosas, será possível abrir novos caminhos para que o formidável potencial da participação seja mobilizado a serviço do desenvolvimento

(3) Ver a respeito Franco (1992).

(4) Ver a respeito Stiefel e Wolfe (1994).

(5) A respeito desta e de outras experiências, ver Betinho (1991).



humano. Na América Latina, como em outras regiões, esta é uma tarefa urgente. A pobreza está sacrificando gerações inteiras, o que é, como já se observou, "humanamente inaceitável" (BID, 1994b), na medida em que estão sendo violados os mais essenciais direitos humanos.

## **IDÉIAS E EXPERIÊNCIAS DE CAPACITAÇÃO GERENCIAL**



DIREITO

N. 18

UNIVERSIDADE BANDEIRANTE DE SÃO PAULO  
DIREITO CONSTITUCIONAL II

240.60

PROFESSOR RESPONSÁVEL: SERGIO GARDENGHI SUIAMA

PONTO 3

PODER EXECUTIVO E ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA:  
ORGANIZAÇÃO E PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS

I. INTRODUÇÃO

A fim de se possa compreender com clareza o assunto, convém, de início, precisar alguns conceitos.

Estado é uma das formas pelas quais o poder político se organiza. A Constituição de 88 declara que a República Federativa do Brasil constitui-se em "Estado Democrático de Direito" (art. 1º). Democracia é o regime político no qual o poder decisório pertence ao povo, respeitado sempre os direitos humanos. A democracia brasileira é semidireta, i.e., admite a convivência entre o sistema representativo tradicional e formas de participação popular direta (plebiscito, referendo e iniciativa popular legislativa). Estado de Direito é a forma do Estado Liberal clássico caracterizada: a) pela legalidade (submissão de todos ao império da Lei); b) pela separação de poderes ou funções; c) pelo respeito aos direitos e garantias fundamentais. O Estado de Direito estrutura-se em duas espécies de órgãos: a) de governo, que exercem o poder de direção, de *pilotagem* (origem da palavra governante) e; b) da Administração Pública, subordinados ou dependentes aos primeiros.

Governo é o conjunto das instituições que exercem o poder político. O poder político estatal desdobra-se em três funções governamentais (e não propriamente em três poderes, pois o poder político é uno e indivisível) distintas: a) função executiva; b) função legislativa; c) função jurisdicional. A função legislativa consiste na edição de normas jurídicas gerais e abstratas; a função executiva consiste na conversão da lei em ato individual e concreto e a função jurisdicional consiste na pacificação de pessoas e grupos em conflito, por meio da declaração, no caso concreto, da norma jurídica aplicável.

No Estado de Direito estas três funções encontram-se distribuídas entre órgãos distintos, pois, nas palavras de Montesquieu, "tudo estaria perdido se o mesmo homem ou o mesmo corpo de notáveis, ou de nobres, ou do povo,



exercerem esses três poderes: o de fazer leis, o de executar as resoluções públicas e o de julgar os crimes e os conflitos entre particulares.

Nos termos do art. 2º da Constituição de 88, são Poderes da União, "independentes e harmônicos entre si", o Legislativo, o Executivo e o Judiciário. Por independência, segundo José Afonso da Silva, entende-se: a) que a investidura e permanência das pessoas num dos órgãos do governo não dependem da confiança nem da vontade dos outros; b) que, no exercício das atribuições que lhe sejam próprias, não precisam os titulares consultar os outros nem necessitam de sua autorização; c) que, na organização dos respectivos serviços, cada um é livre, observadas apenas as disposições constitucionais e legais. É importante observar que o princípio da independência não é absoluto, havendo situações em que um dos poderes assume funções próprias de outros poderes (caso, p.ex., do julgamento, pelo Poder Legislativo, do chefe do Executivo por crime de responsabilidade e da edição de medidas provisórias, *com força de lei*, pelo Presidente da República). Além disso, a Constituição prevê a participação de um Poder nas funções exercidas pelos demais (cf. neste sentido os arts. 61, 66, 89, 90, 96, II, e 101). Daí, então, o princípio da harmonia entre os Poderes.

Poder Executivo, na definição de José Afonso da Silva, é o órgão constitucional que tem por função a prática de atos de chefia de Estado, de governo e de administração.

Administração Pública. Administração Pública é, assim, o conjunto de órgãos e funções instituídos para a execução dos serviços e atividades estatais. A Administração Pública não se identifica com o Poder Executivo, embora a função administrativa seja exercida precipuamente por ele. Administrar é gerir interesses e negócios alheios. Se interesses são particulares, há a administração privada ou particular; se interesses são públicos, há a administração pública. Intelizmente, no Brasil, a *res publica* não é a coisa de todos, mas sim a *res nullius*, a coisa de ninguém, sem dono, que pode ser livremente apropriada pelos particulares.

## II. DO PODER EXECUTIVO

O Estado brasileiro adota o sistema de governo executivo monocrático, no qual o poder é exercido por um chefe (Presidente, Governador ou Prefeito), *auxiliado* pelos Ministros ou Secretários.

(1) *Espritio das Leis*, v. 11, cap. 6. Em sentido convergente, estabelece a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, art. 16: "Toda sociedade em que a garantia dos direitos não é assegurada, nem a separação de poderes determinada, não tem constituição".

(2) *Curso de Direito Constitucional*, p. 97.



Como se sabe, o sistema de governo adotado pelo Brasil é o presidencialismo, assim, o Presidente da República concentra as funções de chefe de Estado, chefe de governo e chefe da Administração Federal.

O provimento do cargo de Chefe do Executivo, nos termos do que dispõem os arts. 28, 29, 32 e 77 da Constituição, far-se-á por eleição majoritária direta, para o período de quatro anos, permitida a reeleição (Emenda Constitucional nº 16/97).

O Vice-Presidente - que não é eleito, pois apenas integra a chapa do Presidente - substitui este no caso de impedimento temporário (licença, férias, doença, viagem ao exterior) e o sucede no caso de perda do mandato. Na falta do Vice-Presidente, assumem o cargo o Presidente da Câmara, o Presidente do Senado e Presidente do Supremo Tribunal Federal.

A perda do mandato de Presidente da República se dá nas seguintes hipóteses: a) cassação no caso de condenação por crime comum ou por crime de responsabilidade do Presidente (impeachment); b) extinção, nos casos de morte, renúncia, perda ou suspensão dos direitos políticos e perda da nacionalidade brasileira; c) declaração de vacância do cargo quando o Presidente ou o Vice não comparecerem para tomar posse no prazo de dez dias da data fixada; d) ausência do país por mais de quinze dias sem licença do Congresso Nacional.

As atribuições do Presidente da República estão elencadas no art. 84, dividindo-se elas em funções de chefia de Estado (p.ex. a declaração de guerra e a concessão de títulos honoríficos); chefia de governo (remeter mensagem e plano de governo ao Congresso Nacional, decretar o estado de defesa e o estado de sitio etc.) e chefia da Administração Pública Federal (exercer a direção superior da Administração Federal, prestar contas, prover e extinguir cargos públicos federais etc.).

### III. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: ORGANIZAÇÃO E PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS

#### A. ORGANIZAÇÃO

Para a consecução das competências constitucionais e legais que lhe são conferidas, a administração pública realiza dois tipos de atividades: atividades-meio (licitações, arrecadação de tributos, fiscalização etc.) e atividades-fim, estas últimas traduzidas na prestação de serviços públicos individuais (serviços de água, gás, transporte coletivo) ou gerais (iluminação pública, polícia, calçamento de ruas, saúde etc.). Essas atividades podem ser realizadas *centralizadamente*, pela própria administração pública, ou de forma *descentralizada*, por outros sujeitos. Neste segundo caso, a administração



*transfere* a titularidade ou simplesmente a execução das atividades públicas para outras entidades públicas ou para particulares.

Pois bem, quando a administração pública realiza as atividades de sua competência de forma centralizada, estamos diante da administração direta; por outro lado, quando a administração executa suas atividades de forma descentralizada, por meio de entidades pública dotadas de personalidade jurídica própria, temos a chamada administração indireta.

A administração direta ou centralizada é, assim, o conjunto de órgãos estruturado de forma hierárquica e subordinados *diretamente* ao Poder Executivo (p.ex. Secretaria de Serviços e Obras, Divisão de Transportes, Seção de Compras etc.). Cada um dos órgãos que compõem a administração direta possui suas próprias competências, mas *não tem personalidade jurídica*.

A administração indireta ou descentralizada, por sua vez, é composta pelas autarquias, pelas fundações públicas, pelas sociedades de economia mista e pelas empresas públicas, todas elas *dotadas de personalidade jurídica própria*. Nos termos do art. 37, incisos XIX e XX, sua criação e a de suas subsidiárias depende de autorização legislativa específica. Autarquias, na definição de Hely Lopes Meirelles, são “entes administrativos autônomos, criados por lei específica, com personalidade jurídica de Direito Público interno, patrimônio próprio e atribuições estatais específicas.”<sup>3</sup> São exemplos de autarquias as Universidades Públicas e o Banco Central do Brasil. Fundações públicas são a personificação de bens públicos para a consecução de finalidades igualmente públicas. Como exemplos de fundações públicas no Estado de São Paulo citamos a FEBEM e a Fundação PROCON. Empresas Públicas “são pessoas jurídicas de Direito Privado criadas por lei específica, com capital exclusivamente público, para realizar atividades de interesse da Administração instituidora nos moldes da iniciativa particular, podendo revestir qualquer forma e organização empresarial.”<sup>4</sup> São exemplos de empresas públicas a Empresa Metropolitana de Transportes Urbanos - EMTU e a SABESP. Por fim, sociedades de economia mista são “pessoas jurídicas de Direito Privado, com participação do Poder Público e de particulares no seu capital e na sua administração, para a realização de atividades econômica ou serviço de interesse coletivo outorgado ou delegado pelo Estado.”<sup>5</sup> A Petrobrás, o Banco do Brasil, a Telesp e a CPFL são alguns exemplos de sociedades de economia mista.

As empresas públicas e as sociedades de economia mista podem desempenhar serviços públicos ou explorar atividade econômica, em regime de monopólio ou concorrência com a iniciativa privada. Esta última hipótese - exploração de atividade econômica -, só é permitida “quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo” (art. 173,

<sup>3</sup> *Direito Administrativo Brasileiro*, São Paulo, Malheiros, 1992, p. 307

<sup>4</sup> *Idem*, p. 324

<sup>5</sup> *Idem*, p. 329.



caput), estando as entidades públicas sujeitas ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto às obrigações trabalhistas e tributárias (art. 173, parágrafo 1º).

APESAR DAS DIFERENTES "ROUPAGENS" JURÍDICAS ASSUMIDAS, TODA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA - DIRETA OU INDIRETA - ESTÁ SUJEITA AOS PRINCÍPIOS E ÀS REGRAS (com destaque para as pertinentes à licitação e à realização de concursos públicos) CONTIDAS NO ART. 37 DA CONSTITUIÇÃO.

## B. PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS

Conforme apontamos no 1º Bimestre, princípios jurídicos são *normas jurídicas* de natureza lógica *anterior e superior* às regras e que servem de base para a *criação, aplicação e interpretação* do direito<sup>6</sup>. Na definição de Celso Antônio Bandeira de Mello, princípio é o "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 sentido harmônico. É o conhecimento dos princípios que preside a *intelecção* das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo. Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório mas a tudo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a ser arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra."<sup>7</sup>

São princípios constitucionais positivados da Administração Pública a legalidade, a impessoalidade, a moralidade administrativa e a publicidade.

① Legalidade. O princípio da legalidade administrativa, declarado no art. 37, *caput*, da Constituição é diverso do princípio da legalidade expresso no art. 5º, II, embora deste seja uma consequência. Sobre a legalidade administrativa ensina o mestre Hely Lopes Meirelles: "a legalidade, como princípio de administração, significa que o administrador público está, em toda a sua atividade funcional, sujeito aos mandamentos da lei e às exigências do bem comum, e deles não se pode afastar ou desviar, sob pena de praticar ato inválido e expor-se a responsabilidade disciplinar, civil e criminal, conforme o caso. (...)"

<sup>6</sup> Cf. ponto 02 do 1º bimestre

<sup>7</sup> Apud Eros Roberto Grau, *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*, São Paulo, Malheiros, 1991, p. 97.



Na Administração Pública não há liberdade nem vontade pessoal. Enquanto na administração particular é lícito fazer tudo o que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza. A lei para o particular significa "pode fazer assim"; para o administrador público significa "deve fazer assim".<sup>8</sup>

Impessoalidade. O princípio possui um duplo sentido: em primeiro lugar significa que a Administração deve tratar todos administrados igualmente, sem favoritismos ou perseguições; em segundo lugar se traduz na idéia de que o administrador não pode utilizar de sua função pública para se promover. Como regras específicas que dão concreção ao princípio temos os incisos II e XXI do art. 37, bem como seu parágrafo 1º.

Moralidade. É a exigência, imposta pela Constituição, de que os agentes públicos, no desempenho de suas atribuições, atuem de modo ético, devendo observar, em todas as ocasiões, o bem comum, a boa fé, a lealdade e, sobretudo, o fundamento maior de toda a atividade administrativa, que é o interesse público. Cumpre lembrar também que, para a maior parte dos autores, nem todo ato legal é necessariamente moral. Nos termos do parágrafo 4º do art. 37, a não observância do princípio da moralidade administrativa (improbidade administrativa) importará na suspensão dos direitos políticos, na perda da função pública, na indisponibilidade dos bens e no ressarcimento ao erário pelo servidor faltoso. O remédio constitucional de proteção à moralidade administrativa é a ação popular (art. 5º, LXXIII).

Publicidade. A regra é que todos os atos administrativos devem ser públicos, cumprindo à Administração manter a máxima transparência em seus procedimentos. Como manifestações deste princípio temos os incisos XXXIII, XXXIV e LXXII do art. 5º da Constituição. Excepcionalmente o sigilo é permitido quando "imprescindível à segurança da Sociedade e do Estado" (art. 5º, XXXIII).

---

<sup>8</sup> *Direito Administrativo Brasileiro, op. cit.* pp 82-83 Sobre os princípios constitucionais cf. também a obra imprescindível de Celso Antônio Bandeira de Mello, *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo, Malheiros, 1996.



Direito - prof. Sergio 28/10/20

Nº 10

UNIVERSIDADE BANDEIRANTE DE SÃO PAULO  
DIREITO CONSTITUCIONAL II

PROFESSOR: SERGIO GARDENGHI SUIAMA

PONTO I  
GARANTIAS CONSTITUCIONAIS

I. CONCEITO.

A Constituição brasileira - como de resto a quase totalidade das Constituições estrangeiras - reconhece uma série grande de direitos fundamentais de primeira, segunda e terceira gerações. De nada valeria, contudo, a simples declaração desses direitos se não existissem *meios de torná-los eficazes*. Daí então a necessidade de se desenvolverem instrumentos, técnicas e instituições hábeis à proteção não apenas dos direitos fundamentais, mas também da próprio Estado Democrático de Direito.

As garantias constitucionais são precisamente esses meios que tutelam o exercício dos direitos fundamentais e a estabilidade do Estado e da ordem constitucional.

II. DISTINÇÃO DIREITOS E GARANTIAS.

Cumpra desde logo diferenciar as garantias dos direitos por ela protegidos. Invocamos para tanto a lição do constitucionalista português Jorge Miranda:

*“Os direitos representam só por si certos bens. as garantias destinam-se a assegurar a fruição desses bens; os direitos são principais, as garantias são acessórias e, muitas delas, adjetivas (ainda que possam ser objeto de um regime constitucional substantivo); os direitos permitem a realização das pessoas e inserem-se direta e imediatamente, por isso, nas respectivas esferas jurídicas, as garantias só nelas se projetam pelo nexo que possuem com os direitos; na acepção jusracionalista inicial, os direitos declaram-se, as garantias estabelecem-se.”<sup>1</sup>*

As garantias são, portanto, sempre *meios* em relação aos direitos, que representam *valores-fim*.

<sup>1</sup> *Manual de Direito Constitucional*, tomo IV, Coimbra, 1988, pp. 88-89.



### III. CLASSIFICAÇÃO.

Em direito privado, as garantias classificam-se em garantias pessoais (como a fiança e o aval, p.ex.) e reais (penhor, hipoteca, anticrese e alienação fiduciária em garantia). No direito constitucional, segundo classificação do professor Fábio Comparato, há as garantias do Estado e as garantias do cidadão.

As *garantias do Estado* são aquelas que visam a proteção da ordem constitucional e das instituições democráticas contra situações de crise que, se não controladas, podem conduzir ao seu rompimento. Já as *garantias do cidadão* são todos os instrumentos, técnicas, remédios e instituições destinados a garantir o livre exercício dos direitos fundamentais declarados no texto constitucional.

### IV. GARANTIAS DO ESTADO: ESTADO DE DEFESA E ESTADO DE SÍTIO.

A defesa do Estado e das instituições democráticas encontra-se regulada no Título V da Constituição. Em situações de normalidade, a proteção da pátria, dos Poderes, da ordem pública e das pessoas é feita pelas Forças Armadas e pelas polícias federal e estaduais, sendo estas últimas civis e militares. As atribuições de cada uma dessas instituições e órgãos encontram-se nos arts. 142 e 144 da Constituição. Como é sabido, recentemente, em razão dos atos de violência e das manifestações das polícias dos Estados vêm sendo discutidas propostas de modificação dessas competências e mesmo de extinção das polícias militares. Uma outra garantia do Estado pode ser encontrada no art. 5º, inciso XLIV, que prevê como crime inafiançável e imprescritível a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático.

Em situações anormais de grave instabilidade a defesa das instituições democráticas pode exigir a adoção de medidas excepcionais, consistindo estas no estado de defesa e no estado de sítio. Apesar de importarem na restrição dos direitos fundamentais de liberdade, privacidade e propriedade, é preciso desde logo apontar que ambas as medidas de proteção do Estado NÃO SE CONFUNDEM com o arbítrio ou com a ruptura da legalidade democrática, pois a própria Constituição prevê limitações e controle das providências tomadas durante seu período de vigência.



## A. ESTADO DE DEFESA.

De acordo com José Afonso da Silva, o estado de defesa "consiste na instauração de uma legalidade extraordinária, por certo tempo, em locais restritos e determinados, mediante decreto do Presidente da República, ouvidos o Conselho da República e o Conselho de Defesa Nacional, para preservar a ordem pública ou a paz social ameaçadas por grave e iminente instabilidade institucional ou atingidas por calamidades de grandes proporções na natureza."<sup>2</sup>

São pressupostos do estado de defesa, nos termos do art. 136 da Constituição: a) existência de grave e iminente *instabilidade institucional ou calamidade de grandes proporções* na natureza em locais restritos e determinados; b) decretação da medida *pele Presidente da República mediante prévia audiência dos Conselhos da República e de Defesa Nacional*<sup>3</sup>; c) especificação, no ato de instituição do estado de defesa, do *tempo* de sua duração, das *áreas abrangidas* e das *medidas coercitivas* que vigorarão.

O *tempo* de duração do estado de defesa não será superior a trinta dias, podendo ser prorrogado uma única vez, por igual ou inferior período, se persistirem as razões que justificaram sua decretação.

As *medidas coercitivas* durante a vigência do estado de defesa somente poderão consistir em: a) restrições aos direitos de reunião, sigilo de correspondência e sigilo de comunicação telegráfica e telefônica; b) ocupação e uso temporário de bens e serviços públicos na hipótese de calamidade pública, respondendo a União; c) prisão, por crime contra o Estado, pelo executor da medida, que deverá comunicá-la, com declaração do estado físico ou mental do detido, ao juiz competente; d) prisão, por outros motivos, nunca superior a dez dias, salvo autorização do Poder Judiciário.

O *controle* dos atos praticados durante o estado de defesa é feito pelo Congresso Nacional (controle político) e pelo Poder Judiciário (controle jurisdicional). O controle político é feito em *três momentos* distintos: a) na apreciação do ato de instauração ou prorrogação do estado de defesa (art. 136, §§ 4º ao 7º); b) durante a vigência da medida, através de comissão composta por membros da Mesa do Congresso (art. 140); c) *posteriormente*, mediante a apreciação de mensagem encaminhada pelo Presidente da República, com a especificação e justificação das providências adotadas, relação nominal dos atingidos e indicação das restrições aplicadas (art. 141, parágrafo único). O controle jurisdicional, por seu turno, é concomitante (art. 136 § 3º) e posterior (art. 141).

<sup>2</sup> *Curso de Direito Constitucional Positivo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1990, p. 637.

<sup>3</sup> O texto refere-se somente a *audiência* dos Conselhos. Não se exige, portanto, aprovação da medida por estes dois órgãos, mesmo porque a natureza deles é meramente consultiva. Sobre a composição e competência dos Conselhos da República e de Defesa Nacional ver os arts. 89 a 91 da Constituição brasileira.



## B. ESTADO DE SITIO.

Assim como o estado de defesa, o estado de sitio também consiste na decretação de uma legalidade extraordinária por um certo período de tempo. Difere daquele, entretanto, por caber em situações de maior gravidade, justificando-se assim a adoção de medidas mais severas.

Os pressupostos do estado de sitio, nos termos do art. 137 e 138 do texto constitucional, são: a) *existência de comoção grave de repercussão nacional, ocorrência de fatos que comprovem a ineficácia de medida tomada durante o estado de defesa, declaração de estado de guerra ou resposta a agressão armada estrangeira*; b) *decretação da medida pelo Presidente da República mediante prévia audiência dos Conselhos da República e de Defesa Nacional e autorização da maioria absoluta dos membros do Congresso Nacional*; c) *especificação, no decreto de instituição, do tempo de sua duração, das normas necessárias à sua execução e das garantias constitucionais que ficarão suspensas, dentre as previstas no art. 139.*

No caso de comoção grave de repercussão nacional ou de ineficácia das medidas adotadas durante o estado de defesa, o estado de sitio não poderá ser decretado por mais de trinta dias, nem prorrogado, de cada vez, por prazo superior. Havendo situação de guerra ou agressão externa, o estado de sitio poderá ser decretado por todo o tempo em que durar a beligerância (art. 138, § 1º).

As medidas tomadas durante o estado de sitio deverão ser indicadas no decreto de sua instauração, só podendo, em relação às restrições aos direitos e garantias fundamentais, consistir naquelas referidas no art. 139 da Constituição.

Do mesmo modo como ocorre no estado de defesa, o controle dos atos praticados durante o estado de sitio é feito pelo Congresso Nacional e pelo Poder Judiciário. A diferença mais relevante entre ambas as situações, neste aspecto, é a necessidade de *prévia autorização* da maioria absoluta dos membros do Congresso para a decretação do estado de sitio.

## V. GARANTIAS DO CIDADÃO.

Seguindo classificação proposta por José Afonso da Silva, as garantias do cidadão podem ser gerais ou especiais. Garantias gerais são as "instituições constitucionais que se inserem no mecanismo de freios e contrapesos dos poderes e, assim, visam impedir o arbítrio."<sup>4</sup> As principais garantias gerais contidas no texto constitucional são o princípio da separação de

---

<sup>4</sup> *Op. cit.* p. 354.



poderes<sup>5</sup> (art. 2º), as limitações constitucionais ao poder de reforma (art. 60), a imunidade parlamentar (art. 53) e as garantias de independência e imparcialidade dos órgãos jurisdicionais (arts. 93 a 99). Garantias especiais, por seu turno, "são prescrições constitucionais que conferem, *aos titulares dos direitos fundamentais*, meios, técnicas, instrumentos ou procedimentos para imporem o respeito e a exigibilidade desses direitos; são, portanto, prescrições do Direito Constitucional positivo que, limitando a atuação dos órgãos estatais ou mesmo de particulares, protegem a eficácia, aplicabilidade e inviolabilidade dos direitos fundamentais de modo especial."<sup>6</sup>

Segundo a natureza do direito protegido, as garantias especiais podem ser garantias individuais, garantias coletivas, garantias dos direitos sociais e garantias dos direitos de cidadania e nacionalidade<sup>7</sup>. Os remédios constitucionais - ações e medidas processuais destinadas a garantir o exercício dos direitos fundamentais - estão contidos nesta classificação mas serão estudados separadamente, em razão de sua importância prática.

## A. GARANTIAS INDIVIDUAIS.

### 1. Garantias do Direito à Vida e à Integridade Física e Moral.

a) Vedação da pena de morte, de trabalhos forçados e cruéis: art. 5º - XLVII, "a", "c" e "e";

b) Vedação da tortura e de tratamento desumano ou degradante: art. 5º - III, XLIII<sup>8</sup>.

### 2. Garantias do Direito à Intimidade, Vida Privada, Honra e Imagem.

a) Vedação do anonimato: art. 5º - IV;

b) Direito de resposta, proporcional ao agravo: art. 5º - V;

c) Direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação: art. 5º - V e X;

d) Inviolabilidade do domicílio: art. 5º - XI;

e) Inviolabilidade da correspondência e das comunicações: art. 5º - XII<sup>9</sup>;

<sup>5</sup> "Tudo estaria perdido se um só homem ou corpo de notáveis, ou de nobres, ou do povo, exercessem esses três poderes: o de fazer as leis, o de executar as resoluções públicas e o de julgar os crimes ou as contendas entre os particulares." (Montesquieu, *O Espírito das Leis*, v. 11, cap. 6)

<sup>6</sup> José Afonso da Silva, *op cit.* p. 355.

<sup>7</sup> Sobre a classificação dos direitos fundamentais, cf. ponto 3 do resumos do 1º semestre.

<sup>8</sup> Recentemente sancionada, a Lei nº 9.455, de 07 de abril de 1997, define os crimes de tortura e dá outras providências (TEXTO DA LEI NO XEROX).



f) Sigilo profissional: art. 5º - XIV;

g) Segredo dos atos processuais quando necessário à proteção da intimidade: art. 5º - LX.

h) Proibição de identificação criminal da pessoa já identificada civilmente: art. 5º - LVIII.

### 3. Garantias do Direito de Liberdade.

a) Legalidade (proteção da liberdade em geral): art. 5º - II, XL (legalidade penal), art. 37. *caput* (legalidade administrativa) e art. 150. I (legalidade tributária);

#### b) Garantias à liberdade de pensamento e de crença

- Proteção, na forma da lei, aos locais de culto e a suas liturgias: art. 5º - VI;
- Prestação de assistência religiosa nas entidades civis e militares de internação coletiva: art. 5º - VII;
- Vedação à privação de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica e política: art. 5º - VIII;
- Não concessão de extradição de estrangeiro por crime político ou de opinião: art. 5º - LII;

#### c) Garantias à liberdade de comunicação

- Vedação da censura ou licença: art. 5º - IX;
- Direito de receber dos órgãos públicos informações de interesse particular ou de interesse coletivo ou geral: art. 5º - XXXIII;

d) Inexigência de autorização para a realização de reuniões públicas (liberdade de reunião): art. 5º - XVI;

#### e) Garantias à liberdade de associação

- Vedação da interferência estatal na criação e funcionamento das associações: art. 5º - XVIII;
- Dissolução de associação ou suspensão de suas atividades somente por decisão judicial: art. 5º - XIX;
- Garantia de que “ninguém pode ser compelido a associar-se ou a permanecer associado”: art. 5º - XX;
- Legitimidade das associações para representar seus filiados judicial ou extrajudicialmente: art. 5º - XXI;

---

<sup>9</sup> Regulamentação da parte final do inciso: Lei Federal nº 9 296, de 24 de julho de 1996.



f) Garantias em matéria penal

- Garantias penais <sup>(1)</sup> preventivas: princípio da legalidade penal (*nullum crimen, nulla poena sine lege*) - art. 5º - XXXIX; princípio da irretroatividade da lei penal, salvo quando beneficiar o réu - art. 5º - XL; regras relativas à legalidade e comunicabilidade da prisão - art. 5º - LXI, LXII, LXIV, LXV, LXVI;
- Garantias relativas à aplicação da pena: individualização da pena (pena deve ser adequada à situação do crime e do acusado) - art. 5º - XLVI; personalização da pena - art. 5º - XLV; vedação da pena de prisão perpétua e de banimento - art. 5º - XLVII, "b" e "d"; cumprimento da pena em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado - art. 5º - XLVIII; garantia, às presidiárias, de condições para permanecerem com seus filhos durante o período de amamentação - art. 5º - L; vedação de extradição de brasileiros em caso de crime comum, excetuadas as hipóteses constitucionais - art. 5º - LI; indenização por erro judiciário ou por cumprimento da pena além do tempo fixado em sentença - art. 5º - LXXV e proibição de prisão civil por dívidas - art. 5º - LXVII. A respeito desta última garantia cabe uma observação importante. O inciso LXVII prevê duas únicas hipóteses de prisão civil por dívidas: no caso de não pagamento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel. A Convenção Americana sobre Direitos Humanos ("Pacto de San José de Costa Rica", 1969), por seu turno, reza em seu art. 7º, § 7º: "Ninguém deve ser detido por dívidas. Este princípio não limita os mandamentos de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar." Excluiu a Convenção, portanto, a possibilidade de prisão do depositário infiel. Tendo o país ratificado esta Convenção em 1992 - após, portanto a promulgação da Carta Constitucional - qual norma deve prevalecer? A do art. 5º, inciso LXVII, que prevê a prisão do depositário infiel ou a do Pacto de San José de Costa Rica, que a exclui? A interpretação sistemática da Constituição conduz a esta última solução. Com efeito, o parágrafo 2º do art. 5º da Magna Carta declara que "os direitos e garantias expressos nesta 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." Portanto, o art. 5º, inciso LXVII, da Constituição de 88 foi *parcialmente revogado* pela Convenção Americana de Direitos Humanos para *excluir de nosso ordenamento a possibilidade de prisão civil do depositário infiel*<sup>10</sup>.

<sup>10</sup> A jurisprudência pátria, em sua maioria, ainda não reconheceu esta posição. Alguns acórdãos isolados, contudo, a admitem.



4. Garantias do direito ao processo (ou “direito à ordem jurídica justa”). A autonomia do direito processual e sua instrumentalidade, i.e., sua constituição como meio de realização da justiça, resultou do trabalho pioneiro dos processualistas Mauro Cappelletti, Francesco Carnelutti, Enrico Tullio Liebman e, no Brasil, dentre outros, de Cândido Rangel Dinamarco, Ada Pellegrini Grinover e Kazuo Watanabe. Hoje, tem-se maior clareza do importantíssimo papel desempenhado pelo processo na redução dos conflitos sociais e na realização da justiça. Daí a razão de se referir a um “direito constitucional ao processo” ou “direito à ordem jurídica justa” significando o conjunto de direitos e garantias que asseguram aos litigantes em processos cíveis, penais e administrativos a possibilidade de ampla e igual participação animada pelos princípios do contraditório, da motivação e da utilidade das decisões. Na lição do mestre Cândido Dinamarco, “acesso à justiça equivale à obtenção de resultados justos. É o que também já se designou por *acesso à ordem jurídica justa* (Kazuo Watanabe). Não tem acesso à justiça aquele que sequer consegue fazer-se ouvir em juízo, como também todos os que, pelas mazelas do processo, recebem uma justiça tardada ou alguma injustiça de qualquer ordem. Augura-se a caminhada para um sistema em que se reduzam ao mínimo inevitável os resíduos de conflitos não jurisdicionalizáveis (*a universalização da tutela jurisdicional*) e em que o processo seja capaz de outorgar a quem tem razão toda a tutela jurisdicional a que tem direito. Nunca é demais lembrar a máxima *chióvendiana*, erigida em verdadeiro *slogan*, segundo a qual ‘na medida do que for praticamente possível o processo deve proporcionar a quem tem um direito tudo aquilo e precisamente aquilo que ele tem o direito de obter.’”<sup>11</sup>

As garantias constitucionais ao direito à ordem jurídica justa estão sintetizadas no conceito de “devido processo legal”, expressão tomada do direito anglo-americano (*due process of law*) e empregada pela primeira vez no histórico das Constituições brasileiras pelo texto de 1988, art. 5º, inciso LIV: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o *devido processo legal*. O princípio do *due process of law* contempla as seguintes garantias:

- a) Garantia do contraditório e da ampla defesa a todos os litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral: art. 5º - LV;
- b) Inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos: art. 5º - LVI;
- c) Assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos (princípio da igualdade processual): art. 5º - LXXIV;
- d) Inafastabilidade do controle jurisdicional: art. 5º - XXXV;

<sup>11</sup> *A Reforma do Código de Processo Civil*, São Paulo, Malheiros, 1995, pp. 19-20. Cf. também Antonio Carlos de Araujo Cintra *et alli*, *Teoria Geral do Processo*, 8ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1991, pp. 35-46 e 51-81.



e) Vedação dos juízos e tribunais de exceção (princípio do juiz natural<sup>12</sup>): art. 5º - XXXVII e LIII;

f) Publicidade dos atos processuais e dever de motivação das decisões: art. 5º - LX e 93 - IX;

g) Competência do Tribunal do Júri para julgar os crimes dolosos contra a vida: art. 5º - XXXVIII;

h) Presunção de inocência: art. 5º - LVII. O princípio tem um triplo significado: modifica o objeto da prova no processo penal, dispensando o acusado de demonstrar sua inocência; impõe ao magistrado o dever de absolver o Réu no caso de dúvida quanto à autoria do fato criminoso (*in dubio pro reu*) e veda a identificação acusado/culpado até o trânsito em julgado da sentença condenatória. Assim, são inconstitucionais todos os atos, judiciais ou não, públicos ou privados, que importem em qualquer forma de “execução provisória” da sentença (p.ex., restrições ao exercício de direitos, perda de cargo ou emprego públicos, prisões cautelares como “garantia da ordem pública”, pré-julgamentos pela imprensa etc.)<sup>13</sup>.

i) Direito ao silêncio: art. 5º - LXIII. Em relação a esta importante garantia, invocamos a lição da professora Ada Pellegrini Grinover: “O réu, sujeito da defesa, não tem obrigação nem dever de fornecer elementos de prova que o prejudiquem. Pode calar-se ou até mentir. (...) A autoridade judiciária não pode dispor do réu como meio de prova, diversamente do que ocorre com as testemunhas; deve respeitar sua liberdade, no sentido de defender-se como entender melhor, falando ou calando-se, e ainda advertindo-o da faculdade de não responder.” “O retorno ao direito ao silêncio, em todo seu vigor, sem atribuir-lhe nenhuma consequência desfavorável, é uma exigência não só de justiça, mas sobretudo de liberdade. O único prejuízo que do silêncio pode advir ao réu é o de não utilizar a faculdade de autodefesa que se lhe abre através do interrogatório. Mas quanto ao uso desta faculdade, o único árbitro deve ser sua consciência, cuja liberdade há de ser garantida em um dos momentos mais dramáticos para a vida de um homem e mais delicado para a tutela de sua dignidade.”<sup>14</sup>

<sup>12</sup> A este respeito, relembramos a lição dos eméritos professores Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco, para os quais o princípio do juiz natural se desdobra em três conceitos: “a) só são órgãos jurisdicionais os instituídos pela Constituição; b) ninguém pode ser julgado por órgão constituído após a ocorrência do fato; c) entre os juizes pré-constituídos vigora uma ordem taxativa de competências que exclui qualquer alternativa deferida à discricionariedade de quem quer que seja.” (*Teoria Geral do Processo*, op. cit. p. 53).

<sup>13</sup> Sobre a presunção de inocência cf. a tese do professor Antonio Magalhães Gomes Filho, *Presunção de Inocência e Prisão Cautelar*, São Paulo, Saraiva, 1991.

<sup>14</sup> *Apud* Celso Ribeiro Bastos e Ives Gandra Martins, *Comentários à Constituição do Brasil*, vol. 2, São Paulo, Saraiva, 1989.



#### 4. Garantia do direito à estabilidade das relações jurídicas.

a) "Lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada": art. 5º - XXXVI. Sobre os conceitos de direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada, cf. a Lei de Introdução ao Código Civil, art. 6º.

#### 5. Garantias do Direito à Igualdade.

a) Vedação de preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação: arts. 3º - IV, 5º - XLI e XLII, 12 § 2º e 19 - III<sup>15</sup>;

b) Vedação de distinções em razão do credo religioso ou de convicções filosóficas ou políticas: art. 5º - VIII e 19, I.

c) Vedação de discriminações no trabalho e no serviço público: art. 7º - XXX a XXXIV, 37, I, VIII, XII e XIII, e 39, § 1º;

d) Vedação de instituição de tratamento desigual entre os contribuintes (princípio da isonomia tributária): art. 150 - II;

e) Garantia aos índios, ao reconhecimento de "sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições" (direito à diferença): art. 231.

#### 6. Garantias do Direito de Propriedade com Função Social.

a) Desapropriação somente por necessidade ou utilidade pública ou por interesse social, mediante prévia e justa indenização em dinheiro: art. 5º - XXIV. Exceções (desapropriação como sanção): arts. 182, § 4º, III, 184, *caput* e 243;

b) Requisições civis ou militares indenizáveis e somente em caso de iminente perigo público ou em tempo de guerra: arts. 5º - XXV e 22, III;

c) Proteção à propriedade intelectual e industrial: art. 5º - XXVII, XXVIII e XXIX;

c) Impenhorabilidade da pequena propriedade rural: art. 5º - XXVI. Como já comentado, a Lei nº 8.009, de 29 de março de 1990 ampliou a garantia constitucional também para o imóvel residencial próprio do casal ou da entidade familiar;

d) Direito à sucessão dos bens: art. 5º - XXX e XXXI.

<sup>15</sup> Regulamentação do art. 5º - XLII: Leis Federais 7.716, de 05 de janeiro de 1989 e Lei 9.459, de 13 de maio de 1997.



## B. GARANTIAS DOS DIREITOS DE NACIONALIDADE E CIDADANIA.

Nacionalidade, na definição de Pontes de Miranda, é o vínculo jurídico-político de Direito Público interno, que faz da pessoa um dos elementos componentes da dimensão pessoal do Estado<sup>16</sup>. A nacionalidade se adquire pelo fato involuntário do nascimento (nacionalidade primária) ou pelo ato voluntário da naturalização (nacionalidade secundária). A determinação dos critérios para a determinação da nacionalidade (*ius solis* ou *ius sanguinis*), assim como dos requisitos para a naturalização são atributos da soberania estatal.

A extrema precariedade dos apátridas constatada a partir da Segunda Guerra Mundial<sup>17</sup> está na origem do art. 15 da Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948: “Toda pessoa tem direito a uma nacionalidade. Ninguém será arbitrariamente privado de sua nacionalidade, nem do direito de mudar de nacionalidade.”

Cidadania é a participação na vida política e no funcionamento do Estado. Cidadãos, portanto, são as pessoas titulares de direitos políticos. Na feliz expressão de Hannah Arendt, a cidadania “é o direito a ter direitos”, na exata medida em que ela é condição para a conquista dos direitos na vida política. A cidadania tem como pressuposto a nacionalidade; porém nem todo nacional possui necessariamente capacidade política.

Ora, sendo a nacionalidade e a cidadania condições e pressupostos para o exercício dos direitos no Estado, é fundamental que estas encontrem proteção na ordem constitucional. A Constituição de 88, no seu art. 12 e em consonância com o texto da Declaração Universal dos Direitos do Homem, logo após definir quem são os brasileiros natos e os naturalizados, estabelece as seguintes garantias à nacionalidade:

- a) Vedação de distinção entre brasileiros natos e naturalizados: art. 12 - § 2º;
- b) Perda de nacionalidade somente nos casos enumerados taxativamente no texto constitucional: art. 12 - § 4º.

Como garantias à cidadania (garantias dos direitos políticos) temos:

- a) Voto direto, secreto e com valor igual para todos - art. 14, *caput*;

---

<sup>16</sup> *Apud* José Afonso da Silva, *op. cit.* p. 279.

<sup>17</sup> Sobre o assunto, cf. Celso Lafer, *A Reconstrução dos Direitos Humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*, São Paulo, Companhia das Letras, 1991, pp. 134-166. Para Lafer, o apátrida é o estrangeiro em todos os países, carecendo, portanto, de direitos políticos e sofrendo restrições nos direitos civis.



13 -

12

b) Perda ou suspensão dos direitos políticos somente nas hipóteses enumeradas na Constituição - art. 15.

c) Gratuidade dos atos necessários ao exercício da cidadania - art. 5º - LXXVII:

d) Liberdade de criação, fusão, incorporação e extinção de partidos políticos e autonomia destes - art. 17.

### C. GARANTIAS DOS DIREITOS SOCIAIS.

Serão analisadas quando tratarmos do capítulo da Ordem Social.





**PREFEITURA DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO  
CONSELHO MUNICIPAL DOS DIREITOS DA CRIANÇA  
E DO ADOLESCENTE**



**JUSTIFICATIVA**

Diante da necessidade de refletir os conflitos de nossa sociedade, respeitando a sua pluralidade e diversidade, os vínculos entre os fóruns regionais, municipais, audiências públicas, assembleias, conferências, visando aprofundar a própria discussão dos Conselhos e a responsabilidade da administração pública, na autonomia e na dinâmica da inclusão organizacional.

- possibilidades de se constituir mecanismos de participação.
- A efetiva possibilidade de mudança é um processo de aprendizagem partilhada na troca de experiência demanda uma ação que vai além de um tempo político eleitoral.
- Nesse período em que o mandato está nas mãos de uma partido historicamente comprometido com a organização da população e da cidadania.
- Precisamos garantir a autonomia e a maturidade no campo democrático popular.

**Contribuição da Conselheira MARIA HELENA (representante da  
Secretaria Municipal da Saúde)**

