

Universidade de Brasília
Faculdade de Direito

Curso de Especialização
em Direito Constitucional Eleitoral

Monografia Final de Curso

**A COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ELEITORAL NAS
ELEIÇÕES PARA CONSELHEIROS TUTELARES**

Pedro Oto de Quadros

Orientadora: Prof^ª. Ana Frazão de Azevedo Lopes

Diretor da Faculdade de Direito: Prof. Marcus Faro de Castro

Coordenador de Pós-Graduação: Prof. Cristiano Otávio Paixão Araújo Pinto

Coordenadores do Curso: Prof^ª. Ana Frazão de Azevedo Lopes e
Prof. Mamede Said Maia Filho

Brasília
2006

Ficha catalográfica elaborada por Eliane Helena Lobato Borges – CRB/1 1405

Q1c Quadros, Pedro Oto de
A competência da Justiça Eleitoral nas eleições para conselheiros tutelares / Pedro Oto de Quadros. – Brasília, DF : UnB, 2006.

x, 158f.: 210mm X 297mm

Orientadora: Profa. Dra. Ana Frazão de Azevedo Lopes
Monografia (Especialização) – Universidade de Brasília. Curso de Pós-Graduação em Direito Constitucional Eleitoral. Brasília, 2006.
Bibliografia: f. 153-158.

1. Justiça Eleitoral – competência – Brasil. 2. Conselho Tutelar – eleição. 3. Princípio constitucional. 4. Estado de direito – Criança e adolescente – Prioridade absoluta – Proteção integral. 5. Conselho Tutelar – natureza jurídica. 6. Conselheiros tutelares – função – agente político. I. Lopes, Ana Frazão de Azevedo, orient. II. Universidade de Brasília. Curso de Pós-Graduação em Direito Constitucional Eleitoral. III. Título.

CDD: 341.28
CDU: 342.8:347.64

Aos agentes integrantes do sistema de defesa dos direitos da criança e do adolescente, de cujos saberes, angústias, experiência, sabedoria, tenho a felicidade de compartilhar.

Agradecimentos.

Considero um privilégio poder registrar a assinatura pensênica (pensamentos, sentimentos e energias) de gratidão sincera àquelas pessoas de nosso grupo evolutivo que conosco colaboram e que nos auxiliam, de uma forma ou de outra, na execução de nossa programação existencial.

Agradeço a todos colegas do Curso pelo apoio e convivência harmônica, que, graças a sua sensibilidade conseguimos mutuamente desenvolver.

Às queridas companheiras e amigas Verinha e Joelma, às minhas filhas Ana Lúcia e Liliane e ao meu filho pequenino, o querido Pedro Otto, meu agradecimento pelo amor, pela inspiração de olhar a vida de uma forma mais sensível, pela compreensão das horas subtraídas ao seu doce convívio e, especialmente, por serem pessoas com quem se pode contar. A meus pais, José Mosalt e Terezinha, no distante Rio Grande do Sul, mas sempre presentes, pela base da educação, pelo afeto, pela ternura, pelo exemplo de solidariedade e pelo apoio. Aos meus irmãos, Maria Beatriz, Luiz Veslei, Beloni de Fátima e Rodrigo, pela amizade e lealdade.

Agradeço, também, de forma especial, à Universidade de Brasília pela oportunidade de cursar esta especialização, ter acesso a um ensino público e gratuito, de vanguarda, e de conviver com professores idealistas que despertam a esperança de construir uma sociedade mais justa e igualitária. Nesse sentido, de modo especial, lembro a dedicação, o compromisso o convívio, e os valorosos ensinamentos dos Professores David Fleischer, Fernando Neves da Silva, José Eduardo Rangel de Alckmin, José Geraldo de Sousa Júnior, Luís Carlos Madeira, Mamede Said, Marcus Faro de Castro, Othon de Azevedo Lopes, Paulo Blair, Paulo Kramer, Rodrigo Kaufmann, Torquato Jardim e Walter Costa Porto. Ao Professor Alexandre Bernardino Costa meu reconhecimento também pelo apoio ao projeto e sugestões quando do desenvolvimento dos primeiros passos deste trabalho.

Minha gratidão, ainda, a todos as pessoas que voluntariamente contribuíram para que a realização do Curso se tornasse possível e menos penoso em razão de naturais dificuldades; aos funcionários da Secretaria da Faculdade de Direito e da Escola Judiciária Eleitoral, à Escola Judiciária Eleitoral, ao Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, assim como a todos aqueles que direta ou indiretamente opinaram para o bom andamento da pesquisa. Agradeço particularmente à Euzilene e à Patrícia, pelo trato sempre afável, encanto e simpatia, bem como à colega bibliotecária do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios Eliane Helena Lobato Borges que elaborou a ficha catalográfica do trabalho.

Agradeço à coordenadora do Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, Suzana Vidal de Toledo Barros, assim como

ao Diretor-Geral, Antônio Marcos Dezan, e ao Procurador-Geral de Justiça, Rogerio Schietti Machado Cruz, por estarem sempre dispostos a incentivar e fomentar tudo quanto diga respeito ao aperfeiçoamento acadêmico dos integrantes e à evolução institucional do Ministério Público e, dessa forma, por inserirem-se como parceiros de primeira grandeza na realização do Curso.

Aos meus colegas de Promotoria de Justiça de Defesa da Infância e da Juventude, Ailton Benedito da Silva, Carolina Rebelo Soares, Cláudia Valéria Pereira de Queiroz, Consuelo Vidal de Oliveira Feijó, Fabiana de Assis Pinheiro, Leandro Lobato Alvarez, Leslie Marques de Carvalho, Luísa de Marillac Xavier dos Passos Pantoja e Selma Leite do Nascimento Sauerbronn de Souza, pela frutífera troca de experiências, o que contribuiu para o florescer de idéias e para manter firme o propósito inicial, além de inspirarem a esperança de que sempre é possível acreditar em dias melhores para crianças e adolescentes brasileiros.

Meu reconhecimento e gratidão especiais à Professora Ana Frazão de Azevedo Lopes, que tão gentilmente se dispôs a orientar-me e verdadeiramente instigou-me à condução de uma pesquisa produtiva, assim como pelo acompanhamento seguro que dispensou à realização deste trabalho, pelo fundamental apoio para o desenvolvimento do tema e por primar pela coerência das idéias nele contidas, fornecendo preciosas sugestões e pelo verdadeiro aprendizado que me proporcionou.

Também agradeço ao colega de Promotoria de Justiça de Defesa da Infância e da Juventude Doutor Anderson Pereira de Andrade pela pronta aceitação ao convite para integrar a banca examinadora desta Monografia, assim como pelas substanciais contribuições destinadas ao aprofundamento do tema no que concerne à teoria do Estado e às conquistas do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Minha gratidão, da mesma forma, à Professora Janaína Lima Penalva da Silva que, na qualidade de integrante da banca, fez considerações de estímulo e incentivo, assim como pelo exemplo de engajamento na construção da democracia brasileira.

Depois das consciências intrafísicas, lembro daqueles que não necessitam nem esperam por gratidão: os amparadores. Hoje, mais do que nunca, entendo que sem sua atuação permanente, sutil, mas intensa, com sugestões manifestadas por meio de *insights*, nem seria possível estar digitando estes agradecimentos.

A todas as pessoas que tiverem acesso a este trabalho, meus votos de realização da completeza existencial que todos buscamos.

Considerando que, em conformidade com os princípios proclamados na Carta das Nações Unidas, o reconhecimento da dignidade inerente e dos direitos iguais e inalienáveis de todos os membros da família humana constitui o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo;

Tendo presente que os povos das Nações Unidas reafirmaram na Carta, sua fé nos direitos humanos fundamentais e na dignidade e no valor da pessoa humana e resolveram promover o progresso social e a elevação do padrão de vida em maior liberdade;

Reconhecendo que as Nações Unidas proclamaram e acordaram na Declaração Universal dos Direitos Humanos e nos Pactos Internacionais de Direitos Humanos que toda pessoa humana possui todos os direitos e liberdades nele enunciados, sem distinção de qualquer tipo, tais como raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou outra, de origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou outra condição;

Recordando que na Declaração Universal dos Direitos Humanos as nações Unidas proclamaram que a infância tem direito a cuidados e assistência especiais; Convencidos de que a família, unidade fundamental da sociedade e meio natural para o crescimento e bem-estar de todos os seus membros e, em particular das crianças, deve receber a proteção e assistência necessárias para que possa assumir plenamente suas responsabilidades na comunidade;

Reconhecendo que a criança, para o desenvolvimento pleno e harmonioso de sua personalidade, deve crescer em um ambiente familiar, em clima de felicidade, amor e compreensão;

Considerando que cabe preparar plenamente a criança para viver uma vida individual na sociedade e ser educada no espírito dos ideais proclamados na Carta das Nações Unidas e, em particular, em um espírito de paz, dignidade, tolerância, liberdade, igualdade e solidariedade;

Tendo em mente que a necessidade de proporcionar proteção especial à criança foi afirmada na Declaração de Genebra sobre os Direitos da Criança de 1924 e na Declaração sobre os Direitos da Criança, adotada pela Assembléia Geral em 20 de novembro de 1959, e reconhecida na Declaração Universal dos Direitos Humanos, no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (particularmente nos artigos 23 e 24), no Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (particularmente no artigo 10) e nos estatutos e instrumentos relevantes das agências especializadas e organizações internacionais que se dedicam ao bem estar da criança;

Tendo em mente que, como indicado na Declaração sobre os Direitos da Criança, a criança, em razão de sua falta de maturidade física e mental, necessita proteção e cuidados especiais, incluindo proteção jurídica apropriada antes e depois do nascimento;

Relembrando as disposições da Declaração sobre os Princípios Sociais e Jurídicos Relativos à Proteção e ao Bem-Estar da Criança, com especial referência à adoção e à colocação em lares de adoção em âmbito nacional e internacional; as Regras mínimas das Nações Unidas para a administração da justiça juvenil (Regras de Beijing); e a Declaração sobre a proteção da mulher e da criança em situações de emergência e de conflito armado;

Reconhecendo que em todos os países do mundo há crianças que vivem em condições excepcionalmente difíceis, que tais crianças necessitam consideração especial;

Levando em devida conta a importância das tradições e dos valores culturais de cada povo para a proteção e o desenvolvimento harmonioso da criança;

Reconhecendo a importância da cooperação internacional para a melhoria das condições de vida das crianças em todos os países, em particular nos países em desenvolvimento; (Organização das Nações Unidas, Convenção sobre os Direitos da Criança, 1989, Preâmbulo)

Resumo.

Da legislação que rege o cargo de conselheiro tutelar, integrante de órgão encarregado pela sociedade de zelar pelos direitos de crianças e adolescentes, resulta a natureza de agente político, uma vez que exerce parcela da soberania estatal. Desse modo, o provimento do cargo, na forma estabelecida pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, por escolha da comunidade local, só pode se dar por meio do voto popular, direto e secreto, nos termos da Constituição da República, razão pela qual não é dada ao legislador municipal a faculdade de estabelecer outras formas de provimento, uma vez que está ele vinculado à natureza política do cargo.

Para se chegar a essa assertiva são considerados no trabalho os princípios constitucionais do Estado Democrático de Direito e seus desdobramentos principais como o princípio da juridicidade, o princípio da constitucionalidade, o princípio da soberania popular, a representação democrática, o princípio da participação, o direito de sufrágio, o sistema eleitoral, e princípio republicano. Analisa-se a conceituação de agente público, bem como os agentes políticos, os administrativos, os honoríficos, os delegados, os credenciados, assim como a investidura desses agentes públicos. São apontados os fundamentos constitucionais do conselho tutelar, a natureza jurídica dele. Analisa-se a forma de escolha dos conselheiros tutelares e são feitas considerações acerca da natureza política das funções exercidas pelos conselheiros tutelares. Analisa-se brevemente a situação dos conselho tutelares no Brasil, assim como a situação legal e fática do conselho dos direitos da criança e do adolescente e dos conselhos tutelares no Distrito Federal. Evidencia-se a competência da Justiça Eleitoral para o processo de escolha de conselheiros tutelares em atenção aos princípios da prioridade absoluta e da proteção integral da criança e do adolescente serem vinculantes também para a Justiça Eleitoral.

SUMÁRIO

1.	Introdução	9
2.	Princípios estruturantes do Estado constitucional	16
2.1.	O princípio do Estado de Direito	31
2.1.1.	O princípio da juridicidade	32
2.1.2.	O princípio da constitucionalidade	32
2.2.	O princípio democrático	33
2.2.1.	O princípio da soberania popular	49
2.2.2.	A representação política democrática	53
2.2.2.1.	A representação democrática formal	54
2.2.2.2.	A representação democrática material	54
2.2.3.	O princípio da participação	55
2.2.4.	O direito de sufrágio	57
2.2.5.	O sistema eleitoral	60
2.3.	O princípio republicano	60
3.	Agentes públicos	67
3.1.	Agentes políticos	68
3.2.	Agentes administrativos	69
3.3.	Agentes honoríficos	73
3.4.	Agentes delegados	73
3.5.	Agentes credenciados	74
3.6.	Investidura dos agentes públicos	74
4.	Os fundamentos constitucionais do conselho tutelar	76
5.	A natureza jurídica do conselho tutelar	101
6.	A forma de escolha dos conselheiros tutelares	107
7.	A natureza jurídica da função de conselheiro tutelar	111
8.	Breve análise sobre a situação dos conselhos tutelares no Brasil	115
9.	Notícia sobre a situação do conselho dos direitos da criança e do adolescente e dos conselhos tutelares no Distrito Federal	121
10.	Os princípios da prioridade absoluta e da proteção integral da criança e do adolescente são vinculantes também para a Justiça Eleitoral	128
11.	Conclusão	152
12.	Bibliografia	155

1. Introdução.

O objetivo do presente estudo será analisar e discutir a forma como é feito o processo de escolha dos membros dos conselhos tutelares criados pela Lei 8.069, de 13 de julho de 1990 – Estatuto da Criança e do Adolescente.

O Estatuto da Criança e do Adolescente criou o conselho tutelar como órgão colegiado, permanente e autônomo, não jurisdicional, encarregado pela sociedade de zelar pelo cumprimento dos direitos da criança e do adolescente¹. Na primeira redação do Estatuto, previu-

¹ O conceito de criança adotado pela Organização das Nações Unidas abrange o conceito brasileiro de criança e adolescente. Na Convenção Sobre os Direitos da Criança, «entende-se por criança todo ser humano menor de 18 anos de idade, salvo se, em conformidade com a lei aplicável à criança, a maioridade seja alcançada antes» (art. 1º – BRASIL. *Decreto 99.710, de 21 de novembro de 1990*: promulga a Convenção Sobre os Direitos da Criança. *Diário*

se que em cada Município haveria, no mínimo, um Conselho Tutelar composto de cinco membros, eleitos pelos cidadãos locais para mandato de três anos, permitida uma reeleição (art. 132); e que o processo eleitoral para a escolha dos membros do Conselho Tutelar seria estabelecido em Lei Municipal e realizado sob a presidência de Juiz eleitoral e a fiscalização do Ministério Público (art. 139).

As expressões «eleitos pelos cidadãos», «permitida uma reeleição», «processo eleitoral» e «presidência de Juiz eleitoral», inseridas nos dois dispositivos transcritos levou muitos Municípios a editarem leis dispendo sobre a participação dos juizes eleitorais nos pleitos. Mas, em razão de, nos termos da Constituição Federal (art. 121), a organização e a competência da Justiça Eleitoral dever ser estabelecida por lei complementar federal, os primeiros intérpretes entenderam que as disposições do Estatuto da Criança e do Adolescente e tais leis municipais seriam inconstitucionais, pois, no seu ver, o Estatuto, lei ordinária, estaria dispendo sobre competência da Justiça Eleitoral e delegando competência da União para legislar sobre processo eleitoral aos Municípios.

Ocorre que, com a Lei 8.242, de 12 de outubro de 1991, nos mencionados dispositivos passou-se a dispor: «em cada Município haverá, no mínimo, um Conselho Tutelar composto de cinco membros, escolhidos pela comunidade local para mandato de três anos, permitida uma recondução» (art. 132); e, «o processo para a escolha dos membros do Conselho Tutelar será estabelecido em Lei Municipal e realizado sob a responsabilidade do Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente, e a fiscalização do Ministério Público» (art. 139).

Na verdade, pode-se sustentar que se tratou de modificação legislativa que não deveria ter produzido os efeitos que produziu a não ser por uma interpretação açodada, que contribuiu para o atual estado de coisas, em que a Justiça Eleitoral permanece completamente alheia ao processo de escolha de conselheiros tutelares e que o conselho tutelar, embora órgão obrigatório no sistema de garantia de direitos em todos os Municípios, é ilustre desconhecido e em muitos nem foi criado. De antemão, pois, pretende-se evidenciar, a despeito da modificação na redação original do Estatuto, a competência da Justiça Eleitoral para conduzir o processo de escolha dos membros dos conselhos tutelares e o equívoco da hermenêutica que, depois da alteração, afasta a Justiça Eleitoral do processo de escolha dos conselheiros tutelares.

Oficial da União, Poder Executivo, Brasília, 22 nov. 1990. Seção I, p. 22256). Nos termos do Estatuto da Criança e do Adolescente «considera-se criança, para os efeitos desta Lei, a pessoa até 12 anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre 12 e 18 anos de idade» (art. 2º). Dessa forma, os efeitos pretendidos, relativamente à proteção da criança no âmbito internacional, são idênticos aos alcançados com o Estatuto brasileiro.

É que na Constituição brasileira de 1988, estabeleceram-se os princípios da prioridade absoluta e da proteção integral a crianças e adolescentes. No dispositivo principal, do qual o Estatuto da Criança e do Adolescente é a posterior regulamentação, preconiza-se:

Art. 227. 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 à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Da mesma forma, o constituinte de 1988 estabeleceu que no atendimento dos direitos da criança e do adolescente as ações governamentais devem ser organizadas com base nas seguintes diretrizes: (1) descentralização político-administrativa, cabendo a coordenação e as normas gerais à esfera federal e a coordenação e a execução dos respectivos programas às esferas estadual e municipal; e (2) participação da população, por meio de organizações representativas, na formulação das políticas e no controle das ações em todos os níveis (art. 227, § 7º e art. 204, incs. I e II).

Desses comandos se depreende que, quando, no Estatuto da Criança e do Adolescente, idealiza-se o conselho tutelar como colegiado responsável pelo primeiro atendimento de crianças, adolescentes e famílias com direitos ameaçados ou violados, privilegia-se a descentralização político-administrativa e a participação da população mediante organizações representativas, diretrizes de observância obrigatória, nos termos da Constituição da República.

Com a fórmula do conselho tutelar pretende-se que um grupo de pessoas eleitas pela comunidade está em melhores condições de avaliar e decidir sobre qual medida deve ser aplicada em cada caso que surgir. São os conselheiros tutelares, conhecedores da vida e da realidade social da comunidade, atentos cuidadores das crianças e adolescentes que vivem naquele local, para que tenham um desenvolvimento saudável e equilibrado. Parte das tarefas atribuídas aos conselhos tutelares, antes da promulgação da Lei 8.069, de 1990, era exercida pelo Poder Judiciário, por meio do juiz de menores.

1Por outro lado, é relevante assinalar a inexistência de qualquer discussão teórica ou prática a respeito do tema, embora a disciplina legal esteja em vigor desde outubro de 1991 quando aceitou-se sem qualquer oposição a alteração feita no Estatuto da Criança e do Adolescente. Dessa forma, é possível considerar que a pesquisa traz contribuições teóricas e práticas para a solução do problema levantado, sugerindo modificações no âmbito do tema tratado pelo trabalho. Atualmente a escolha de membros dos conselhos tutelares é permeada por vícios constatados nas cidades brasileiras e no Distrito Federal em níveis elevados, tais como uso da máquina administrativa, abuso do poder econômico, abuso do poder político,

transporte de eleitores, sem que se possa contar com instrumentos céleres como os do direito eleitoral para coibir tais práticas.

2Pode-se antever uma postura ativa da Justiça Eleitoral no processo de escolha de membros dos conselhos tutelares. O papel da Justiça Eleitoral é reconhecido inclusive no plano internacional, haja vista as solicitações de colaboração do Brasil na organização de eleições em diversos países, especialmente depois da implantação do sistema eletrônico de votação e apuração.

O referencial teórico que norteará o desenvolvimento da pesquisa será a teoria constitucional contemporânea, a partir do conceito de Constituição material ínsito ao Estado Democrático de Direito em que se constitui a República Federativa do Brasil, fundada nos valores da soberania, da cidadania, da dignidade da pessoa humana². A própria Constituição Federal impõe ao Estado o dever de garantir a democracia e privilegiar os direitos humanos e fundamentais (art. 4º e inc. II e art. 5º), tendo a criança e o adolescente como prioridade absoluta (art. 227). Com isso, objetiva a transformação social, a fim de trazer efetiva dignidade ao povo brasileiro (art. 1º, inc. III e art. 3º), especialmente crianças e adolescentes, em geral carentes de uma sociedade mais humana.

Também é relevante considerar o princípio da soberania popular, segundo o qual «todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição» (CF, art. 1º, par. ún.), e que «a soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos» (CF, art. 14).

É bem verdade que compete privativamente à União legislar sobre direito eleitoral e cidadania (CF, art. 22 e incs. I e XIII) e que a competência da Justiça Eleitoral somente pode ser estabelecida por lei complementar (CF, art. 121). A propósito, por isso é que se entende que a Lei 4.737, de 15 de julho de 1965 – Código Eleitoral – que contém normas destinadas a assegurar a organização e o exercício de direitos políticos precipuamente os de votar e ser votado (art. 1º), foi recepcionada como lei complementar, quando trata de organização e competência da Justiça Eleitoral. Mas também é verdade que compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre proteção à infância e à juventude (CF, art. 24 e inc. XV).

Ademais, o fato é que a Justiça Eleitoral existe para realizar eleições e mesmo que lei complementar não dê a ela competência expressa, a competência é conferida diretamente pela Constituição da República, especialmente tendo-se em mente a participação da população mediante organizações representativas da sociedade (CF, art. 227 § 7º e art. 204). E na área de

² BRASIL. Constituição da República Federativa do (1988). Art. 1º: «A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito».

atendimento à criança e ao adolescente ainda há os princípios da prioridade absoluta e da proteção integral. Por isso, criança e adolescente devem ser prioridade absoluta também para a Justiça Eleitoral.

Quanto ao argumento de que eleições assim organizadas e conduzidas geraria custo econômico elevado, é de se dizer que a democracia deve custar algum dinheiro. Mas nenhum custo é mais alto do que a falta de meios eficazes para coibir abusos e a possibilidade de convivência com um sistema eleitoral anacrônico.

Incumbe ao intérprete dar efetividade, dar vida, às aspirações democráticas da Constituição da República. Com esse norte, é necessário indagar acerca do próprio papel da Justiça Eleitoral no Estado Democrático de Direito. Obviamente, com a licença para a tautologia, a Justiça Eleitoral existe para realizar eleições, e quem pode votar numa eleição são as pessoas com capacidade eleitoral ativa, definidas previamente mediante o alistamento eleitoral. O fato é que a situação vigente, com o processo de escolha de conselheiros tutelares praticamente entregue ao Poder Executivo, porque sem ele os conselhos de direitos da criança e do adolescente nada podem fazer, faz o sistema retroceder aos tempos do Império e primórdios da República. Quem descreve o quadro da época é o Professor Walter Costa Porto³:

Em discurso de 1875, Zacarias de Goes afirmava:

“Em um um belo dia, sem motivos conhecidos do parlamento, sem causas sabidas, sem vencidos nem vencedores, o chefe do Estado demite os Ministros, chama outros, que não tenham apoio nas câmaras, os quais vão consultar a mentirosa urna.”

Nada mais apropriada à cena eleitoral do Império que essa adjetivação a uma urna que começava por excluir largos contingentes populacionais. A primeira exclusão era a do agrupamento feminino: os “cidadãos”, a que a Constituição de 1824 concedia o sufrágio, não envolvia as mulheres, que a moldura social e econômica do tempo restringia ao recôndito dos lares; a segunda, a exclusão pela renda, que valeu, também, por todo o período monárquico e que, a partir de 1881, foi agravada pela Lei Saraiva com o aumento das exigências para sua comprovação.

Além dessas rejeições, havia a “compressão” oficial, a manipulação, pelos homens de governo, dos resultados eleitorais, a fraude generalizada, com a falsificação das atas, com a ação dos “fósforos”, com as diplomações equívocas.

A Primeira República reforçou esse quadro, mantendo a exclusão das mulheres, afastando os analfabetos – aos quais o império permitira o voto – e aclarando, com a “política dos governadores”, a partir de 1902, a grande farsa do processo eleitoral, na desenvoltura com que as oligarquias estaduais compunham, no dizer de Antonio Paim, o “simulacro da representação”.

Mas, afinal, não se poderia, mesmo na Colônia, dar credibilidade a uma urna que só convocava os “homens bons”, os de melhor posição social e econômica, afastando aqueles de profissões “reputadas como mecânicas e vis”. (COSTA PORTO, 2002, p. 7)

Também ao notável Joaquim Francisco de Assis Brasil⁴, no «Manifesto de Montevideu», da Aliança Libertadora do Rio Grande do Sul ao País, de 21 de abril de 1925, intitulado

³ PORTO, Walter Costa (ed.). *A cidadania no Brasil: II = o voto*. Brasília: Senado Federal, Centro de Estudos Estratégicos, Ministério da Ciência e Tecnologia, 2002 (Leituras Sobre a Cidadania).

⁴ ASSIS BRASIL, Joaquim Francisco de. *Idéias políticas de Assis Brasil. Org. Paulo Brossard*. Brasília: Senado Federal; Rio de Janeiro: Fundação Casa de Rui Barbosa, 1989.

«Revolução no Brasil», não passou despercebida a situação das eleições, com inúmeras fraudes, nos primeiros tempos da República. Veja-se, textualmente:

Ninguém tem certeza de ser alistado eleitor; ninguém tem certeza de votar, se porventura foi alistado; ninguém tem certeza de que lhe contem o voto, se porventura votou; ninguém tem certeza de que esse voto, mesmo depois de contado, seja respeitado na apuração da apuração, no chamado terceiro escrutínio, que é arbitrária e descaradamente exercido pelo déspota substantivo, ou pelos déspotas adjetivos, conforme o caso for da representação nacional ou das locais. (ASSIS BRASIL, 1925, pp. 208-209)

Com a interpretação que hoje prevalece sem nenhuma voz dissonante, abandonou-se, na verdade, *know-how* e tecnologia desenvolvidos pela Justiça Eleitoral, esquecendo-se a finalidade de sua existência, assim como os princípios constitucionais do Direito Eleitoral. Imaginou-se que a escolha de conselheiros tutelares não implicaria exercício de direitos políticos e trata-se o conselho tutelar como órgão oficioso, que é criado por benevolência do chefe do Poder Executivo. Inclusive talvez esse pensamento possa explicar o fato de as leis municipais e a do Distrito Federal colocarem o voto como facultativo, isso, quando os cidadãos são os que elegem os conselheiros. Cumpre assinalar, também, que o Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente – Conanda – editou Resolução dispondo sobre os parâmetros para a criação e funcionamento de conselhos tutelares⁵, nela se estabelecendo, textualmente:

Art. 9º Os Conselheiros Tutelares devem ser escolhidos mediante voto direto, secreto e facultativo de todos os cidadãos maiores de dezesseis anos do município, em processo regulamentado e conduzido pelo Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente, que também ficará encarregado de dar-lhe a mais ampla publicidade, sendo fiscalizado, desde sua deflagração, pelo Ministério Público.

Naturalmente, a determinação de que o voto seja facultativo, quando a Constituição o prevê obrigatório, constitui grave equívoco⁶. Mas não é só. Mesmo diante da determinação de que a escolha se dê pelo voto direto, é lamentável que em muitos Municípios a escolha de conselheiros tutelares seja conferida por lei, não aos cidadãos, mas a dirigentes de entidades de atendimento e organizações não-governamentais em eleição indireta por quem possui interesse na área. É necessário ter presente que o Brasil adota como forma de governo a República. Inerente à noção de democracia e à de república, é a de voto direto, secreto, universal e periódico, mecanismo garantidor da possibilidade permanente de eleições periódicas, sem as quais não se estarão dando a todos os cidadãos as mesmas oportunidades de votar e de ser

⁵ BRASIL. Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente. Resolução 75, de 22 de outubro de 2001, *Diário Oficial da União*, 14 nov. 2001.

⁶ Renato Janine Ribeiro faz ponderações sobre as conseqüências do voto obrigatório e do voto facultativo no artigo *Sobre o voto obrigatório*, in *Reforma política e cidadania* (Orgs. BENEVIDES, Maria Victória, KERCHÉ, Fábio e VANNUCHI, Paulo). São Paulo: Fundação Perseu Abramo, pp. 162-181, 2003.

votado. Tão importante é o voto direto, secreto, universal e periódico que a própria Constituição, excepcionou-o da possibilidade de abolição de qualquer desses atributos (art. 60, § 4º, e inc. II).

A elegibilidade de certos cargos públicos é imprescindível numa autêntica democracia, assim como também numa República. Ainda que os dois conceitos (democracia e República) não se confundam, o de República – que abarca a noção de «coisa pública», coisa igualmente pertencente a todos os cidadãos e sobre a qual nenhum deles poderá, portanto, ter qualquer privilégio – implica também, de alguma forma, a necessidade de alternância de poder –, já que é por meio do poder instituído que a coisa pública é gerida –, o que só é possível por meio de eleições periódicas. Ou, como adverte a Comunicação da Comissão da União Européia sobre assistência e observação eleitorais:

As eleições não são obrigatoriamente sinônimo de democracia mas constituem um passo essencial no processo de democratização e um elemento importante que permite o pleno gozo de uma vasta gama de direitos humanos. As eleições constituem acontecimentos em matéria de direitos humanos por duas razões. Em primeiro lugar, porque permitem a expressão da vontade política da população. Em segundo lugar, porque, para serem verdadeiramente livres e equitativas, devem decorrer dentro do respeito pelos direitos humanos. O direito de participar num governo diretamente ou através de representantes livremente escolhidos está consagrado na Declaração Universal dos Direitos do Homem (nº 1 do artigo 21º) e no Pacto Internacional sobre os Direitos Cívicos e Políticos (artigo 25º). (NAÇÕES UNIDAS, 1994, p. 7, *apud* COMISSÃO DA UNIÃO EUROPÉIA)

Por outro lado, muitos outros cargos existem que, a despeito de não serem eletivos, são indispensáveis a uma organização equilibrada do próprio Estado e dos Poderes nos quais ele se divide. Estes outros cargos, de caráter não eletivo, são providos em regra por meio de concurso público de provas ou de provas e títulos e, excepcionalmente, por livre nomeação, nas hipóteses de cargos de provimento em comissão. A tais cargos a Constituição se refere no artigo 37 e inciso II⁷.

Assim sendo, de todas as espécies de cargos públicos existentes, cada uma delas possui uma natureza que lhe é própria. Essa natureza decorre diretamente do próprio contorno que a Constituição dá a cada espécie de cargo em virtude do tipo de função pública que lhe é inerente. Cada função de Estado exercida traz implícita a forma por meio da qual deve ser provido o cargo necessário a seu exercício.

O que se pretende demonstrar por meio da presente monografia é que a regulamentação trazida para o cargo de conselheiro tutelar, integrante de órgão encarregado pela sociedade de zelar pelos direitos de crianças e adolescentes, possui natureza de agente político e que a

⁷ BRASIL. Constituição da República Federativa do (1988). Art. 37, inc. II: «a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração».

forma de provimento estabelecida pelo Estatuto da Criança e do Adolescente só pode ser por meio do voto popular, razão pela qual não é dada ao legislador municipal a faculdade de estabelecer outras formas de provimento, uma vez que está ele vinculado à natureza do cargo.

Para esta reflexão, este trabalho se desdobra, depois da presente introdução, em nove partes básicas: a primeira, na qual são estudados alguns princípios constitucionais que parecem estar diretamente relacionados ao tema em estudo (princípio do Estado de Direito, princípio democrático e princípio republicano); a segunda, na qual é analisado o conceito de agente público, bem como algumas das espécies em que se desdobra o gênero correspondente a tal conceito; a terceira, na qual demonstrar-se-ão os fundamentos constitucionais do conselho tutelar; a quarta, com a natureza jurídica do conselho tutelar; na quinta analisar-se-á a forma de escolha dos conselheiros tutelares; na sexta, tecer-se-ão considerações acerca da natureza política das funções exercidas pelos conselheiros tutelares, para os quais a Lei 8.069, de 1990, atribuiu o exercício de importante parcela do poder estatal; na sétima e na oitava partes optou-se por breve análise da situação dos conselho tutelares no Brasil, assim como por trazer uma notícia da situação do conselho dos direitos da criança e do adolescente e dos conselhos tutelares no Distrito Federal; na nona parte principal evidenciar-se-á a competência da Justiça Eleitoral para o processo de escolha de conselheiros tutelares. Após, a monografia se encerra com uma conclusão onde se pretende relembrar os pontos principais acerca do porquê de os princípios da prioridade absoluta e da proteção integral da criança e do adolescente serem vinculantes também para a Justiça Eleitoral, seguindo-se a ela a bibliografia utilizada.

2. Princípios estruturantes do Estado constitucional.

Registre-se que não constitui objeto do presente estudo digressões teóricas e históricas acerca do conceito de Estado. Com J. J. Gomes Canotilho⁸, basta dizer que se trata de forma histórica de organização jurídica do poder dotada de qualidades que a distingue de outros «poderes» e «organizações de poder». Uma dessas qualidades é caracterizada pelo *poder soberano*. A soberania, em termos gerais e no sentido moderno, traduz-se num *poder supremo* no plano interno e num *poder independente* no plano internacional. Articuladas a dimensão constitucional interna com a dimensão internacional podem-se recortar os elementos constitutivos do Estado: (1) *poder político de comando*; (2) que tem como destinatários os cidadãos nacionais (*povo* = sujeitos do soberano e destinatários da soberania); (3) reunidos num determinado *território*. A soberania no plano interno (soberania interna) traduzir-se-ia no *monopólio* de edição do direito positivo pelo Estado e no monopólio da coação física legítima para impor a *efetividade* das suas regulações e dos seus comandos. Nesse contexto se afirma também o caráter *originário* da soberania, pois o Estado não necessita recolher o fundamento das suas normas noutras normas jurídicas. A *soberania internacional* (termo que muitos internacionalistas afastam preferindo o conceito de *independência*) é, por natureza, *relativa* (existe sempre o *alter ego* soberano de outro Estado), mas significa, ainda assim, a igualdade soberana dos Estados que não reconhecem qualquer poder superior acima deles (*superiorem non recognoscem*) (CANOTILHO, 2003, pp. 89-90).

Martin Van Creveld⁹ afirma que o Estado é «uma entidade abstrata que não se pode ver, ouvir nem tocar» (VAN CREVELD, 2004, p. 1). Essa entidade abstrata, de «invenção relativamente recente» (VAN CREVELD, 2004, p. 2) «não é idêntica aos governantes nem aos governados» (VAN CREVELD, 2004, p. 1), «inclui todos e diz estar acima de todos» (VAN CREVELD, 2004, p. 1), e explica:

É O mesmo que dizer que o Estado, sendo distinto tanto de seus membros quanto de seus regentes, é uma corporação, assim como universidades, sindicatos e igrejas, entre outras coisas. À semelhança de qualquer corporação, também tem diretores, funcionários e acionistas. É corporação, sobretudo no sentido de que possui uma *persona* jurídica própria, o que significa que tem seus direitos e deveres e pode realizar diversas atividades *como se fosse* uma pessoa de carne e osso. As diferenças entre o Estado e as outras corporações são, em primeiro lugar, o fato de que ele as autoriza todas, mas só é autorizado (reconhecido) por outros de sua espécie; em segundo lugar, o fato de que certas funções (conhecidas coletivamente como atributos da soberania) estão reservadas somente a ele; e, em terceiro lugar, de que exerce essas funções sobre determinado território, dentro do qual sua jurisdição é tanto exclusiva quanto abrangente. (VAN CREVELD, 2004, p. 2)

O Estado, tal como acaba de ser caracterizado, corresponde, no essencial, ao modelo de Estado emergente da Paz de Westefália (1648). Esse modelo, assente, basicamente, na

⁸ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7.ed. Coimbra: Almedina, 2003.

⁹ VAN CREVELD, Martin. *Ascensão e declínio do Estado*. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

idéia de *unidade política soberana* do Estado, está hoje relativamente em crise como resultado dos fenômenos da globalização, da internacionalização e da integração interestatal. No entanto, ele continua a ser um modelo operacional se se pretende salientar duas dimensões do Estado como *comunidade juridicamente organizada*: (1) o Estado é um esquema aceitável de *racionalização* institucional das sociedades modernas; (2) o Estado constitucional é uma *tecnologia política de equilíbrio político-social* através da qual se combateram dois «arbítrios» ligados a modelos anteriores, a saber: a autocracia *absolutista* do poder e os privilégios orgânico-corporativo medievais (CANOTILHO, 2003, p. 90).

Qualquer que seja o conceito e a justificação do Estado – e existem vários conceitos e várias justificações – só se pode concebê-lo, hoje, como Estado constitucional. Canotilho afirma, porém, que não deixa de ser significativo que a expressão Estado constitucional tenha merecido decisivo acolhimento apenas na juspublicística mais recente. O constitucionalismo procurou justificar um Estado submetido ao direito, um Estado regido por leis, um Estado sem confusão de poderes. Numa palavra: tentou estruturar um *Estado com qualidades*, as qualidades que fazem dele um Estado constitucional. O Estado constitucional, para ser um Estado com as qualidades identificadas pelo constitucionalismo moderno, deve ser um Estado de Direito Democrático. Eis aqui as duas grandes qualidades do Estado constitucional: Estado de Direito e Estado *democrático*. Essas duas qualidades surgem muitas vezes separadas. Fala-se em Estado de Direito, omitindo-se a dimensão democrática, e alude-se a Estado democrático silenciando a dimensão de Estado de Direito. Essa dissociação corresponde, por vezes, à realidade das coisas: existem formas de domínio político onde esse domínio não está domesticado em termos de Estado de Direito e existem Estados de direito sem qualquer legitimação em termos democráticos. O *Estado constitucional democrático de direito* procura estabelecer uma conexão interna entre democracia e Estado de Direito (CANOTILHO, 2003, pp. 92-93).

Importante, porém, assentar, que, para chegar a esse conceito, o Estado passou por lentas transformações, desde as concepções de Estado liberal e de Estado social até à atual concepção de Estado Democrático de Direito.

José Eduardo Sabo Paes¹⁰ afirma que as grandes mudanças operadas na segunda metade do século XX, tem muito a ver com as idéias e crenças estimuladas durante o século XVIII por uma filosofia cujo momento culminante, em termos de eficácia, foi a Revolução Francesa. De natureza universal e indestrutível em seus efeitos, aquela comoção revolucionária produz hoje teorias que transformam o que se dispõem a transformar a sociedade (PAES, 2003, 227).

¹⁰ PAES, José Eduardo Sabo. *O Ministério Público na construção do Estado Democrático de Direito*. Brasília: Brasília Jurídica, 2003.

Paulo Bonavides observa que pela primeira vez na história dos povos, se verificou a universalização do princípio político. Escreveram os ingleses a *Bill of rights*, o *Instrument of government*; os norte-americanos, as Cartas coloniais e o Pacto federativo da Filadélfia, mas só os franceses, ao lavrarem a Declaração Universal dos Direitos do Homem, dilataram as fronteiras da nova fé política. De tal sorte que o governo livre deixava de ser a prerrogativa de uma raça ou etnia para ser o apanágio de cada ente humano; em Roma, universalizou-se uma religião; em Paris, uma ideologia. Do homem-cidadão ao homem-súdito¹¹ (BONAVIDES, 1996, p. 30, *apud* PAES, 2003, p. 227).

Gerhard Leibholz mostra que a possibilidade de dissociar a democracia do liberalismo se cinge, em última análise, à distinção dos valores fundamentais sobre os quais se baseiam. O valor essencial que inspira o liberalismo não se volta para a comunidade, mas para a liberdade criadora do indivíduo dotado de razão. Partindo desse ponto de vista, havia o liberalismo desenvolvido um sistema metafísico completo, fundado na fé de que uma solução racional total podia resultar do livre concurso das opiniões individuais em todos os domínios da vida. A importância que tem o indivíduo para o conteúdo do liberalismo clássico se manifesta, com particular relevo, no fato de que, originariamente, o valor da personalidade era concebido como ilimitado e anterior ao Estado (*Apud* BONAVIDES, 1996, p. 53, *apud* PAES, 2003, p. 228).

O Estado de Direito se plasmou historicamente na consagração dos direitos humanos e na prioridade que, segundo a doutrina de Kant, se deve outorgar à tutela desses direitos, acima de qualquer outra razão de Estado. Assim, a razão de ser do Estado de Direito é, antes de tudo, a luta contra a arbitrariedade. A concepção liberal do Estado de Direito servirá de apoio aos direitos do homem, convertendo os súditos em cidadãos livres (PAES, 2003, p. 228).

O Estado de Direito era um conceito tipicamente liberal, daí que se fala de Estado Liberal de Direito, cujas características básicas foram: (1) submetimento ao império da lei; (2) divisão de poderes; e (3) enunciado e garantia dos direitos individuais. Essas exigências continuam sendo postulados básicos do Estado de Direito, que configuram a grande conquista da civilização liberal (PAES, 2003, p. 228)¹².

O neutralismo do Estado liberal provocou imensas injustiças e os movimentos sociais do século passado desvelaram as insuficiências das liberdades burguesas, permitindo que se tivesse consciência da necessidade de justiça social. Nesse sentido Pablo Lucas Verdú citado por Paes, assinala que o Estado de Direito já não podia justificar-se como liberal: necessitou, para enfrentar a maré social deixar de lado a neutralidade, integrar em seu seio a sociedade, sem

¹¹ BONAVIDES, Paulo. *Do Estado liberal ao Estado social*. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 30, *apud* PAES, 2003, p. 227).

¹² No mesmo sentido, embora acrescentando a «legalidad de la administración» como mais uma característica do Estado de Direito: DÍAZ, Elías. *Estado de Derecho y sociedad democrática*. Madrid: Taurus, 1998, p. 44.

renunciar ao primado do Direito¹³. O Estado de Direito, na atualidade, deixou de ser formal, neutro e individualista, para transformar-se em Estado material de Direito, enquanto adota uma dogmática e pretende a justiça social.

O objetivo inicial de deixar à livre ação dos cidadãos a satisfação de suas necessidades materiais resultou defraudado ao longo das crises econômicas dos séculos XIX e XX. Essas crises afetaram o pensamento político e econômico, e fizeram com que fosse o Estado quem garantisse condições mínimas de vida. Veio o Estado, assim, a configurar-se paulatinamente (mas sobretudo após a Segunda Guerra Mundial) como um Estado social, mais intervencionista na vida econômica e social (PAES, 2003, p. 229).

Essas transformações, como recorda Ferrán Requejo¹⁴, estão mais bem relacionadas com as reivindicações do período democrático, vale dizer, com o sufrágio universal e o direito de associação do que com a tradição liberal.

Mas o Estado Social de Direito nem sempre caracteriza o Estado democrático. Este se funda no princípio da soberania popular que impõe a participação efetiva do povo na administração pública, participação que não se exaure na simples formação das instituições representativas, as quais constituem um estágio da evolução do Estado democrático, mas não seu completo desenvolvimento¹⁵.

Democracia e socialismo são conceitos distintos e por isso o Estado social pode tolerar regimes políticos antagônicos, como são a democracia, o fascismo e o nacional-socialismo. Como recorda Paulo Bonavides, a Alemanha nazista, a Itália fascista, a Espanha franquista e o Portugal salazarista foram Estados sociais. Da mesma forma, também foram Estados sociais a Inglaterra de Churchill e Attlee, Estados Unidos da América, em parte, desde Roosevelt, França com a quarta República e Brasil, desde a Revolução de 1930 (BONAVIDES, 1996, p. 184, *apud* PAES, 2003, pp. 229-230). De fato, todo Estado em sua essência é poder, como diz Forsthoff. O que difere são as formas em que esse poder se manifesta ou a maneira em que se distribui, segundo se trate do poder de um, de vários ou de todos (PAES, 2003, p. 230).

Quando o Estado se libera do controle burguês de classe e se faz débil, passa a ser o Estado de todas as classes ou o Estado conciliador, mitigador de conflitos sociais e pacificador necessário entre o trabalho e o capital. Nesse momento em que se busca superar a contradição entre a igualdade política e a desigualdade social, se produz, sob distintos regimes políticos, uma

¹³ VERDÚ, Pablo Lucas. *La lucha por el Estado de Derecho*. Bolonia: Real Colegio de España, 1975, p. 94, *apud* PAES, 2003, p. 229.

¹⁴ REQUEJO, Ferrán, citado por SABATER, José Asensi. *Constitucionalismo y Derecho Constitucional = materiales para una introducción*. Valencia: Tirant lo blanch libros, 1996, p. 39, *apud* PAES, 2003, p. 229).

¹⁵ CROSA, Emilio. *Lo Stato democratico*, p. 25, citado por SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 25.ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 117.

importante transformação. Assim, como indica Paulo Bonavides, nasce a noção contemporânea do Estado social, que se acha contido juridicamente no constitucionalismo democrático (BONAVIDES, 1996, p. 187, *apud* PAES, 2003, p. 230).

A maior parte das constituições atuais, de um ou de outro tipo, tem consagrado, junto ao princípio democrático e as garantias das liberdades, os princípios do Estado social, como os países de regime constitucional que prometem, ainda que implicitamente, realizar o Estado Social de Direito, na medida em que definem um capítulo de direitos econômicos e sociais. Alemanha e Espanha definem de forma expressa seus Estados como Estados sociais e democráticos de direito (PAES, 2003, p. 230).

Assim, surge o Estado social que se contrapõe a estruturados ordenamentos liberais, sem ingerências do Estado na organização econômica. O Estado social reclama outra concepção da política baseada na ação dos poderes públicos com o fim de equilibrar a balança da justiça e garantir juridicamente aos cidadãos assistência e sustento para suas necessidades. Atualmente, a importância que o Estado dá aos direitos que prescreve, está no alcance que apresentam as garantias desses mesmos direitos (PAES, 2003, p. 230).

Os direitos fundamentais têm se convertido, do ponto de vista objetivo, em um conjunto de valores diretivos da ação positiva dos poderes públicos enquanto que, do ponto de vista subjetivo, a passagem do Estado Liberal ao Estado Social contribuiu para ampliar notavelmente o conteúdo desses direitos¹⁶.

Como conseqüência da falta de reservas existenciais próprias, o indivíduo transferiu ao Estado a exigência natural de segurança. Do Estado se esperam os auxílios que lhes permitam subsistir através das diversas crises que possam afetar-lhes, seja o desemprego, a enfermidade, a falta de moradia, como a perda do país natal. Nenhum Estado moderno pode defraudar tais esperanças sem ameaçar com isso sua própria existência; por isso mesmo tem de enfrentá-las¹⁷.

O Estado social representa efetivamente uma transformação pela qual passou o antigo Estado liberal. Suas matizes são muito ricas e diversificadas. No entanto, no ocidente, algo o distingue, desde as bases, do Estado proletário que o socialismo marxista intentara implantar: é que se conserva sua adesão à ordem capitalista, princípio cardeal ao que não renuncia.

¹⁶ PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Los Derechos fundamentales: temas clave de la Constitución española*. Madrid: Tecnos, 1995, p. 20, *apud* PAES, 2003, p. 230.

¹⁷ FORSTHOFF, Ernest. *Problemas constitucionales del Estado social*, trad. EGIDO, José Puente. *El Estado social*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1986, p. 53, *apud* PAES, 2003, p. 231.

A revolução francesa não supôs o triunfo do princípio democrático em sua totalidade, senão de uma classe e de uma nova ordem social. A ordem política saía daquele

embate envolta no caos e na contradição das doutrinas que derrubaram o *Ancien Régime*. Como bem recorda Paulo Bonavides, antes o político (o poder do rei) tinha ascendência sobre o econômico. Depois, se dá o inverso, o econômico (a burguesia, o industrialismo) que inicialmente controla e dirige o político (a democracia), gerando uma das mais furiosas contradições do século XIX: a liberal-democracia. «inicialmente» porque, depois, o equilíbrio se rompe com a pugna ideológica, que reprimiu e desacreditou o antigo princípio liberal, fazendo com que a idéia democrática (igualdade) viesse a preponderar, de modo já inequívoco, como acontece em nos dias atuais, com a chamada democracia de massas, democracia igualitária, ou, na justa expressão de Burdeau, *democracia governante*, que se distingue da *democracia governada*, do liberalismo (BONAVIDES, 1996, p. 55, *apud* PAES, 2003, p. 231).

O Estado Democrático de Direito agrega os princípios do Estado democrático e do Estado de Direito, mas não como simples reunião formal de seus elementos; revela um conceito novo que os supera, na medida em que incorpora um componente revolucionário de transformação do *status quo* (PAES, 2003, pp. 231-232).

Se se concebe o Direito como um conjunto de normas estabelecidas pelo Legislativo, o Estado de Direito passa a ser um Estado legislativo, em palavras de Carl Schmitt. Para Kelsen, Estado e Direito são conceitos idênticos. Assim, todo Estado deve ser Estado de Direito, vale dizer, o direito positivo, como norma pura, desvinculada de qualquer conteúdo, chegando a uma idéia formalista do Estado de Direito, que também serve a interesses ditatoriais (PAES, 2003, p. 232).

Se o direito se confunde com o mero enunciado formal da lei, privado de qualquer conteúdo, sem compromisso com a realidade política, social, econômica e ideológica, todo Estado acaba sendo um Estado de Direito, ainda que totalitário. O Estado social da democracia difere dos Estados sociais dos sistemas totalitários por oferecer, concomitantemente, em seu aspecto jurídico-constitucional a garantia tutelar dos direitos da personalidade. Como assevera Verdú, a concepção liberal do Estado de Direito servirá de apoio aos direitos públicos subjetivos, convertendo os súditos em cidadãos livres; com isso se tornará insuficiente, pelo que a expressão Estado de Direito evoluirá, enriquecendo-se de conteúdo novo (VERDÚ, 1975, p. 94, *apud* PAES, 2003, p. 232). Acrescenta José Afonso da Silva¹⁸ que o Estado de Direito sem mais qualificativo que lhe indique o conteúdo material, pode ter tantos significados distintos como a própria palavra «Direito» e designar tantas organizações quanto as a que se aplica a palavra «Estado» (SILVA, 2005, p. 113).

Ao vincular a expressão democrática ao Estado para qualificar-lhe, todos os valores da democracia se propagam sobre os elementos constitutivos do Estado e também sobre

¹⁸SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 25.ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

a ordem jurídica. O direito, então, revestido por esses valores terá que ajustar-se ao interesse coletivo. É da essência do conceito de direito subordinar-se à Constituição e fundar-se na legalidade democrática. Sujeita-se, como todo Estado de Direito, ao império da lei, mas da lei que realize o princípio da igualdade e da justiça não pela sua generalidade, mas pela busca da igualização das condições dos socialmente desiguais. A Lei deve influir na realidade social. A tarefa fundamental do Estado Democrático de Direito consiste em superar as desigualdades sociais e instaurar um regime democrático que realize a justiça social (SILVA, 2005, pp. 121 e 122).

As transformações sociais originadas pelo aparecimento das novas classes trabalhadoras geradas pela revolução industrial e o crescimento urbano, constituíram a base onde se produziram as revoluções democráticas na segunda metade do século XIX, as quais reivindicavam a plena participação de outros setores no sistema político, nos setores burgueses afeiçoados pelo liberalismo (PAES, 2003, p. 233).

Para o liberalismo político a questão chave na organização do Estado era que os distintos poderes ou funções estatais estivessem divididos e submetidos a regras que garantissem a liberdade privada. Para o novo movimento democrático que começa a despertar por toda Europa, o essencial é, no entanto, que o poder político esteja legitimado por sua origem popular e pela participação de todos na tomada de decisões, vale dizer, alcançar o ideal democrático cunhado por Abraham Lincoln: «o poder do povo, pelo povo e para o povo» (PAES, 2003, p. 233).

Fernández Segado faz eco dessa idéia ao assinalar que hoje já não se busca garantir a liberdade através de uma diferenciação material das funções estatais, que, correlativamente, se atribuem a titulares independentes¹⁹.

Luis Legaz y Lacambra recorda que liberalismo e democracia são idéias distintas, ainda que hajam andado juntas e pareçam produtos do espírito moderno e consubstanciais com a realidade do Estado procedente da Revolução²⁰.

A incompatibilidade entre os princípios liberais e democráticos tem sido percebida por muitos, entre outros Carl Schmitt. É que o liberalismo se baseia em uma sociedade homogênea de interesses, enquanto na democracia o direito a voto de grupos sociais cada vez mais amplos, faz passar de uma sociedade de elites a uma sociedade de massas, na qual o valor de igualdade, básico para a democracia, não significa uniformidade ou identidade. Como explica José Asensi Sabater, a democracia reclama a superioridade da regra da maioria: é a maioria a convocada a

¹⁹ SEGADO, Fernández. *El sistema constitucional Español*. Madrid: Dykinson, 1992, p. 113, *apud* PAES, 2003, p. 233

²⁰ LEGAZ Y LACAMBRA, Luis. *Derecho y Libertad*. Buenos Aires: Librería Jurídica, 1952, *apud* PAES, 2003, p. 233.

decidir, mas essa decisão não pode afetar, a não ser que se viole o próprio princípio,

democrático, aquelas condições de liberdade que permitem a formação de outras possíveis maiorias e outras opções, o que supõe o respeito prévio à liberdade e aos direitos fundamentais²¹.

Para Pablo Lucas Verdú, o desenvolvimento do movimento democrático complicou e dificultou a aplicação e desdobramento do liberalismo. Desde então, as técnicas e instituições liberais haviam que estender-se às massas (extensão do sufrágio, reconhecimento do direito de associação aos trabalhadores, surgimento de grandes partidos políticos, ampliação da atividade econômico-social do Estado e aumento de seu intervencionismo. Certamente o Estado Liberal não enfrentou com êxito todos esses problemas e, se onde se acomodou, transformou sem graves rompimentos (Inglaterra, Estados Unidos da América, Países Escandinavos) foi porque se verificou uma espécie de simbiose «demoliberal» e prosperaram sem violências, em vários desses países, os movimentos social-democráticos. Não se pode olvidar que a estrutura socioeconômica subjacente mudou também em sentido neocapitalista. Tocqueville propugnou a necessidade de moderar os avanços democráticos com o reconhecimento e a prática da liberdade (respeito à minoria, correção de excessos majoritários, inserção das massas nas instituições, etc.).²²

Aí começa a dinamização da primeira fase do constitucionalismo burguês. O curso das idéias pede a idéia de liberdade do homem ante o Estado, a saber: da idéia do liberalismo, se progride até a idéia mais democrática da participação total e indiscriminada desse mesmo homem na formação da vontade estatal, desde o princípio liberal se chega, pois ao princípio democrático.

Os Professores Lenio Luiz Streck e José Luis Bolzan de Moraes²³ também ressaltam que o Estado Democrático de Direito²⁴ possui a característica de ultrapassar não só a formulação do Estado Liberal de Direito, como também a do Estado Social de Direito, impondo à ordem jurídica e à atividade estatal um conteúdo utópico de transformação da realidade (STRECK e MORAIS, 2003, pp. 94-94). E, utilizando-se das reflexões de José Afonso da Silva, afirmam que até mesmo o princípio da legalidade, ao qual o Estado de Direito deve permanecer vinculado, assume a forma de busca efetiva de concretização da igualdade, não pela generalidade do comando normativo, mas pela realização, através dele, de *intervenções que impliquem diretamente uma alteração na situação da comunidade* (STRECK e MORAIS, 2003, pp. 92-93).

²¹ SABATER, José Asensi. *Constitucionalismo y Derecho Constitucional – materiales para una introducción*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1996, p. 36, *apud* PAES, 2003, p. 234.

²² VERDÚ, Pablo Lucas. *Curso de Derecho Político*. Madrid: Tecnos, 1992, v.I, p. 227, *apud* PAES, 2003, p. 234.

²³ STRECK, Lenio Luiz e MORAIS, José Luis Bolzan de. *Ciência Política e Teoria Geral do Estado*. 3.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

²⁴ José Afonso da Silva aponta diferença formal entre a redação da Constituição portuguesa e a da brasileira. Na portuguesa, o «democrático» qualifica o direito e não o Estado. Entende que «a nossa emprega a expressão mais adequada, cunhada pela doutrina, em que o “democrático” qualifica o Estado, o que irradia os valores da democracia sobre todos os elementos constitutivos do Estado e, pois, também sobre a ordem jurídica». «Contudo, o texto da Constituição portuguesa dá ao Estado de Direito democrático o conteúdo básico que a doutrina reconhece ao Estado Democrático de Direito, quando afirma que ele é “baseado na soberania popular, no pluralismo de expressão e organização política democráticas, no respeito e na garantia de efetivação dos direitos e liberdades fundamentais, que tem por objetivo a realização da democracia econômica, social e cultural e o aprofundamento da democracia participativa”». SILVA, José Afonso da. *Op. cit.* p. 119.

O *Estado Democrático de Direito* tem um conteúdo transformador da realidade, não se restringindo, como o Estado Social de Direito, a uma adaptação *melhorada* das condições sociais de existência. Assim, o conteúdo do Estado Democrático de Direito ultrapassa o aspecto material de concretização de uma vida digna ao homem e passa a agir simbolicamente como fomentador da participação pública quando o *democrático qualifica o Estado, o que irradia os valores da democracia sobre todos os seus elementos constitutivos e, pois, também sobre a ordem jurídica*. E mais, a idéia de democracia contém e implica, necessariamente, a questão da solução do problema das condições materiais de existência (STRECK e MORAIS, 2003, p. 93). Apontam, como *princípios* do Estado Democrático de Direito, textualmente:

- A - *Constitucionalidade*: vinculação do Estado Democrático de Direito a uma Constituição como instrumento básico de garantia jurídica;
- B - *Organização democrática da sociedade*;
- C - *Sistema de direitos fundamentais individuais e coletivos*, seja como *Estado de distância*, porque os direitos fundamentais asseguram ao homem uma autonomia perante os poderes públicos, seja como um *Estado antropológicamente amigo*, pois respeita a dignidade da pessoa humana e empenha-se na defesa e garantia da liberdade, da justiça e da solidariedade;
- D - *Justiça social* como mecanismos corretivos das desigualdades;
- E - *Igualdade* não apenas como possibilidade formal, mas, também, como articulação de uma sociedade justa;
- F - *Divisão de poderes ou de funções*;
- G - *Legalidade* que aparece como *medida do direito, isto é, através de um meio de ordenação racional, vinculativamente prescritivo, de regras, formas e procedimentos que excluem o arbítrio e a prepotência*;
- H - *Segurança e certeza jurídicas*. (STRECK e MORAIS, 2003, p. 93)

Nessa mesma linha, Streck²⁵ sustenta que a opção do constituinte pelo Estado Democrático de Direito deve ser devidamente considerada também pela hermenêutica constitucional. Veja-se este trecho:

É possível sustentar, desse modo, que o Estado Democrático de Direito, previsto nos preâmbulos de várias constituições, tem a pretensão de proporcionar um regime político que objetiva abranger o máximo possível de democracia e de Estado de Direito no conjunto das suas recíprocas implicações substantivas e adjetivas (Jorge Miranda). Os valores que as constituições substantivam representam um processo de ruptura com os modelos do constitucionalismo anterior. A forma e a própria previsão de procedimentos cedem considerável espaço para os valores substantivos, representados pelos direitos sociais e fundamentais que os textos estabelecem.

Tais valores substantivos fazem parte do núcleo político da Constituição, que aponta para o resgate das promessas de igualdade, justiça social, realização dos direitos fundamentais. Dito de outro modo, da materialidade do texto constitucional extrai-se que o Estado Democrático de Direito, na esteira do constitucionalismo do segundo pós-guerra, *consagra o princípio da democracia econômica, social e cultural, mediante os seguintes pressupostos deontológicos*: a) constitui uma *imposição constitucional* dirigida aos órgãos de direção política e da administração para que desenvolvam atividades econômicas conformadoras e transformadoras no domínio econômico, social e cultural, de modo a evoluir-se para uma sociedade democrática cada vez mais conforme aos objetivos da democracia social; b) representa

²⁵ STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

uma autorização constitucional para que o legislador e os demais órgãos adotem medidas que visem a alcançar, *sob a ótica da justiça constitucional, nas vestes de uma justiça social*; c) implica a proibição de retrocesso social, cláusula que está implícita na principiologia do Estado social constitucional; d) *perfila-se como elemento de interpretação, obrigando o legislador, a administração e os tribunais a considerá-lo como elemento vinculado da interpretação das normas a partir do comando do princípio da democracia econômica, social e cultural*; e) impõe-se como fundamento de pretensões jurídicas aos cidadãos, pelo menos nos casos de defesa das condições mínimas de existência. (STRECK, 2004, pp. 20-21)

A visão de que a escolha do paradigma do Estado Democrático de Direito possui a pretensão de modificação da realidade também está presente na reflexão da Professora Ana Frazão de Azevedo Lopes²⁶ na obra fruto de dissertação de mestrado. Depois de ressaltar que a idéia de Estado Democrático de Direito foi acolhida na Constituição de 1988 (art. 1º), e de explicitar os fundamentos da República (LOPES, 2006, p. 222), enfatiza que a mera referência à democracia já pressupõe um propósito que está muito além da simples participação dos cidadãos na formação das instituições representativas, contendo pelo menos cinco desdobramentos que lhe são intrínsecos: (1) a participação efetiva dos cidadãos nas políticas adotadas pelo Estado, (2) a igualdade de voto, (3) a aquisição de entendimento esclarecido, sem o qual não é possível a participação efetiva, (4) o controle definitivo do programa de planejamento, inclusive para o fim de possibilitar mudanças no curso da execução das políticas já escolhidas; e (5) e inclusão de todos os adultos no processo democrático (DAHL, 2001, pp. 49-50, *apud*, LOPES, 2006, p. 222).

Mais do que um princípio ou uma proposta, o Estado Democrático de Direito representa um novo paradigma em face do qual os princípios constitucionais e os direitos fundamentais são contextualizados e recebem uma nova leitura. A noção de paradigma vem exatamente da constatação de que as teorias e explicações científicas não são construídas do nada, mas sim de uma determinada constelação de crenças, valores e técnicas partilhados pelos integrantes de uma determinada comunidade em um determinado momento histórico (KUHN, 2001, pp. 218-219, *apud*, LOPES, 2006, p. 223). Assim, o paradigma propicia que o conhecimento seja inter-relacionado ao tempo, ao espaço e a determinada comunidade.

Quanto às ciências sociais, o paradigma diz respeito à própria imagem que os membros da sociedade fazem dela, contendo descrições generalizadas e ordenações sistematizadas que proporcionam um contexto de fundo e os correspondentes juízos morais *prima facie* (HABERMAS, 2001, p. 292, *apud*, LOPES, 2006, p. 223). Logo, o paradigma diz respeito não apenas à realidade existente, mas também ao que se busca por meio do conhecimento. Essa observação é fundamental nas ciências sociais, pois estas, nos termos da advertência de Gadamer (1998, p. 50, *apud*, LOPES, 2006, p. 223), não visam apenas a uma mera constatação do que o homem é, visando também ao que o homem pode ser.

²⁶ LOPES, Ana Frazão de Azevedo. *Empresa e propriedade: função social e abuso de poder econômico*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

No caso específico do direito, se uma ordem constitucional justifica-se a partir de princípios e o sentido destes apenas pode ser obtido por meio da interpretação, o paradigma tem a precisa finalidade de reduzir a complexidade da reconstrução dos princípios, trazendo em si uma pré-compreensão que possibilita uma maior unidade e coerência às normas constitucionais. A própria escolha do paradigma, longe de ser neutra, possui uma força pré-julgadora (HABERMAS, 2001, p. 280, *apud*, LOPES, 2006, p. 223), assim como uma pretensão de modificação da realidade.

Essa a razão pela qual o paradigma do Estado Democrático de Direito irradia um sentido próprio que influi sobre todo o ordenamento, impondo uma releitura das normas jurídicas. Mesmo os princípios e os direitos fundamentais que já constavam das constituições anteriores sofrem consideráveis mudanças de orientação em razão da mudança paradigmática, que reflete e projeta uma nova visão de indivíduo, de sociedade e de Estado (LOPES, 2006, pp. 223-224).

Daí a importância que deve ser atribuída ao artigo 1º da Constituição, pois, ao se referir aos fundamentos do Estado Democrático de Direito, ele já revela a compreensão de indivíduo e sociedade de que parte a Constituição. O mesmo pode ser dito em relação ao artigo 3º, ao mostrar que os objetivos fundamentais da República são a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, a garantia do desenvolvimento nacional, a erradicação da pobreza e da marginalização, a redução das desigualdades sociais e regionais e a promoção do bem de todos, sem preconceitos ou outras formas de discriminação (LOPES, 2006, p. 224).

Acresce que tais princípios fundamentais, assim como os demais princípios constitucionais, longe de serem meras recomendações, possuem força vinculante. De acordo com o ensinamento de HABERMAS (2001, pp. 327-329, *apud*, LOPES, 2006, p. 224), os princípios constitucionais não são valores ou mandatos de otimização que competem entre si de forma desordenada, de modo que apenas podem ser aplicados mediante uma relativização ou uma ponderação entre os valores e bens de que seriam instrumentos. Os princípios constitucionais, na verdade, são deontológicos e obrigatórios, formando um sistema constitucional que precisa ser coerente (LOPES, 2006, p. 224).

Daí a importância da compreensão paradigmática do Estado Democrático de Direito, pois, ao possibilitar a interpretação dos princípios constitucionais a partir de um fundamento comum, facilita a aplicação adequada de cada um deles, de forma a se manter a integridade do sistema como um todo (LOPES, 2006, p. 224).

Necessário referir, com o Professor Ingo Wolfgang Sarlet²⁷, o princípio constitucional de proibição do retrocesso no domínio dos direitos fundamentais e sociais. O

²⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 4.ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

Estado só pode afetar o conteúdo já realizado dos direitos sociais ou dos direitos derivados a prestações neles baseados quando se sustente numa comprovada incapacidade material, designadamente financeira, para manter a medida reconhecida de realização daqueles direitos ou quando a tal se veja compelido por força da necessária realização de outros valores de natureza constitucional (SARLET, pp. 403-430). Ingo Sarlet explica que, no direito constitucional brasileiro, a proibição de retrocesso decorre de princípios de matriz jurídico-constitucional, como: (1) o princípio do Estado democrático e social de direito, o qual traz consigo a necessidade de um mínimo de segurança jurídica, com sua manutenção abrangida pelo princípio da confiança, oferecendo segurança não só contra medidas retroativas, mas, de certa forma, contra aquelas de cunho retrocessivo; (2) o princípio da dignidade da pessoa humana, que exige por parte do poder público a implementação de medidas (prestações positivas) de concretização de direitos sociais, culturais e econômicos, com vistas a assegurar uma existência e vida digna para todos, afastando medidas de cunho retrocessivo que venham a minimizar tal concretude; (3) princípio da máxima eficácia e efetividade das normas que definem os direitos fundamentais (CF, art. 5º, §1º), com otimização e eficácia do princípio da segurança jurídica, que dá suporte contra medidas retrocessivas; (4) o fato de que a proteção contra as medidas retroativas (CF, art. 5º, inc. XXXVI) não dão conta da gama de situações que integram a noção mais ampla de segurança jurídica, que encontra amparo na Constituição Federal (art. 5º, *caput*) e no princípio do Estado social e democrático de direito; (5) o princípio da proteção da confiança, que exige do poder público a boa-fé nas relações com os particulares e o respeito pela confiança que os indivíduos depositam na estabilidade e continuidade da ordem jurídica; (6) os órgãos estatais estão vinculados não só à concretização das imposições constitucionais, mas, também, sujeitos a uma auto-vinculação em relação aos atos anteriores, como corolário do princípio da segurança jurídica e proteção da confiança (SARLET, pp. 418-419).

Na verdade, a proibição de retrocesso visa a impedir que sejam frustrados os direitos políticos, sociais culturais e econômicos já concretizados, tanto na ordem constitucional como na infraconstitucional, em atenção aos objetivos da República Federativa do Brasil, que é o de promover o bem de todos, sem quaisquer formas de discriminação, constituir uma sociedade livre, justa, solidária, erradicar a pobreza e a marginalização, reduzir as desigualdades sociais, o que se dá mediante a implementação e efetivação do Estado Democrático de Direito.

Na medida em que se lida com direitos fundamentais – e, nessa qualidade, subtraídos à disponibilidade do poder político –, quando se pretende *retroceder* no grau de realização atingido, e porque de verdadeiras restrições a direitos fundamentais se trata, o Estado não pode bastar-se, para fundamentar a afetação ou restrição do conteúdo dos direitos sociais ou dos direitos derivados a prestações neles baseados, com razões ou preconceitos de natureza

ideológica não constitucionalmente sustentados ou com justificações meramente apoiadas em diferenças de opinião política próprias da variação conjuntural das maiorias de governo.

E, mesmo quando se sustente numa justificação objetivamente comprovável e de base constitucional, o Estado não pode afetar ou suprimir prestações existentes de uma forma arbitrária, discriminatória, com eventual violação de princípios constitucionalmente consagrados como sejam o princípio da confiança no próprio Estado de Direito ou o princípio da igualdade ou o princípio da universalidade na titularidade e exercício de direitos fundamentais tais como os direitos civis e políticos.

A questão da proibição do retrocesso não se coloca, em tese, apenas no que se refere aos direitos sociais. Pelo contrário, a partir do momento em que o Estado cumpre (total ou parcialmente) as tarefas constitucionalmente impostas para realizar um direito político, social, económico ou cultural, o respeito constitucional deste deixa de consistir (ou deixa de constituir apenas) uma obrigação positiva, para se transformar ou passar também a ser uma obrigação negativa. O Estado, que estava obrigado a atuar para dar satisfação ao direito social ou para regular o direito económico ou cultural, passa a estar obrigado a abster-se de atentar contra a realização dada a esses direitos. Pronunciando-se em sentido idêntico, Jorge Miranda²⁸ assinala:

Logo não é possível eliminar, pura e simplesmente, as normas legais e concretizadoras, suprimindo os direitos derivados a prestações porque eliminá-las significaria retirar eficácia jurídica às correspondentes normas constitucionais.

Como escreve Miguel Galvão Teles em geral acerca das normas programáticas, quando um comando vise criar uma situação duradoura, uma vez cumprido convola-se em proibição – de destruir essa situação. (MIRANDA, 2000, p. 397-398)

Nessa linha, José Vicente dos Santos Mendonça²⁹ noticia que, em julgamento de ação direta de inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal, o Ministro Sepúlveda Pertence reconheceu a existência de vedação genérica ao retrocesso, concluindo que «a vedação do retrocesso deu os primeiros passos na jurisprudência brasileira» (MENDONÇA, 2003, p. 205-236).

Na ação direta de inconstitucionalidade mencionada por Mendonça, no entanto, ajuizada pelo Partido Democrático Trabalhista e pelo Partido dos Trabalhadores contra o artigo 17 da Medida Provisória 1.911-10, de 24 de setembro de 1999³⁰, na parte em que revoga a criação do Conselho Nacional de Seguridade Social e dos Conselhos Estaduais e Municipais de Previdência Social³¹, não foi conhecida. Considerou-se que, para saber se a revogação então

²⁸ MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional: direitos fundamentais*, v.IV. 3.ed. Coimbra, 2000.

²⁹ MENDONÇA, José Vicente dos Santos. Vedação do retrocesso: o que é e como perder o medo. *Revista de direito da associação dos procuradores do novo estado do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: APERJ e Lumen Juris, 2003.

³⁰ BRASIL. Medida Provisória 1.911-10, de 24 de setembro de 1999. Última reedição: Medida Provisória 1.999-15, de 12 de fevereiro de 2000.

³¹ Revoga os artigos 6º e 7º da Lei 8.212, de 1991 e os artigos 7º e 8º da Lei 8.213, de 1991.

impugnada era constitucional ou não em face do artigo 194, inciso VII, da Constituição Federal – que prevê o caráter democrático e descentralizado da administração da Seguridade Social –, seria necessário analisar a legislação revogada para saber se ela é norma integrativa da Constituição, implicando, assim, a violação indireta à Constituição da República. Ademais, considerou-se que a extinção de órgãos da administração é ato normativo de efeitos concretos, que não dá margem ao controle concentrado de constitucionalidade pela ausência de generalidade e abstração³².

Não obstante, o Ministro Sepúlveda Pertence, acompanhado por quatro ministros, a conheciam por entender que «a norma impugnada é objeto idôneo para o controle abstrato de constitucionalidade pelo STF, porquanto, uma vez existente a regulamentação de um dispositivo da Constituição Federal, não pode haver retroação ao vazio legislativo anterior». A ementa do voto diz da «admissibilidade, em tese, da inconstitucionalidade da lei simplesmente derogatória de lei anterior necessária à eficácia plena de norma constitucional». A preliminar levantada era a da impossibilidade de uma ação direta de inconstitucionalidade contra norma revogatória. O Ministro rejeitou a preliminar, indicando claramente seu posicionamento favorável à vedação genérica do retrocesso. Nos seus termos:

Certo, quando, já vigente a Constituição, se editou lei integrativa necessária à plenitude da eficácia, pode subsequente o legislador, no âmbito de sua liberdade de conformação, ditar outra disciplina legal igualmente integrativa do preceito constitucional programático ou de eficácia limitada; mas não pode retroceder – sem violar a Constituição – ao momento anterior de paralisia de sua efetividade pela ausência da complementação legislativa ordinária reclamada para implementação efetiva de uma norma constitucional.

Vale enfatizar e esclarecer o ponto.

Ao contrário do que supõem as informações governamentais, com o admitir, em tese, a inconstitucionalidade da norma legal que a revogue, não se pretende emprestar hierarquia constitucional à primeira lei integradora do preceito da Constituição, de eficácia limitada. Pode, é óbvio, o legislador ordinário substituí-la por outra, de igual função complementadora da Lei Fundamental; o que não pode é substituir a regulação integradora precedente – pré ou pós-constitucional – pelo retorno ao vazio normativo que faria retroceder a regra incompleta da Constituição à sua quase impotência originária. (PERTENCE, 2000, pp. 128-129)

Isso implica dizer que o conteúdo de leis que digam respeito ao estabelecimento de direitos e à forma de organização, regulando a participação dos cidadãos, constitui nada mais que a explicitação daquilo que já está contemplado na Constituição. A omissão legislativa na edição dessas leis seria inconstitucional. Sem embargo, uma vez existentes tais diplomas legais, explicitando a forma de proteção de direitos decorrentes da Constituição Federal, a supressão ou a redução da participação popular alcançada implicaria retorno à situação pré-existente a essa regulamentação, vale dizer, à situação que, outrora, caracterizou inconstitucionalidade por

³² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Ação Direta de Inconstitucionalidade 2065/DF. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Redator para acórdão Ministro Moreira Alves. Brasília, 17 de fevereiro de 2000. *Diário da Justiça*, Primeira parte, Brasília, p. 28, 4 jun. 2004.

omissão. Mais grave que isso, não se estaria a tratar de omissão pura e simples, mas de supressão de nível de proteção a direitos garantidos pela Constituição, que vinham sendo exercidos por conta da regulamentação efetuada pela legislação infraconstitucional. A revogação dessa legislação, ou a substituição dela por novos dispositivos legais que não assegurem aqueles mesmos direitos já assegurados, constitui retrocesso não admitido pelo sistema constitucional (CANOTILHO, 2003, pp. 338-340). A propósito, Luiz Edson Fachin³³, ao comentar retrocesso no então projeto de novo Código Civil, assinalava:

Em especial no que tange o Direito de Família e os Direitos da Criança e do Adolescente, tal retrocesso é de extrema gravidade. Esses temas estão disciplinados no Título VIII da Constituição, referindo-se à ordem social. Trata-se, pois, de direitos sociais, constitucionalmente protegidos. Afirma José Afonso da Silva: “A Constituição deu bastante realce à ordem social. Forma ela com o título dos direitos fundamentais o núcleo substancial do regime democrático instituído” (Curso de Direito Constitucional Positivo. Malheiros, 1992, p. 705).

Canotilho aponta a proibição do retrocesso social, ao afirmar:

“O núcleo essencial dos direitos sociais já realizado e efetivado através de medidas legislativas deve considerar-se constitucionalmente garantido, sendo inconstitucionais quaisquer medidas estaduais que, sem a criação de outros esquemas alternativos ou compensatórios, se traduzam na prática numa “anulação”, “revogação” ou “aniquilação” pura e simples desse núcleo essencial” (Direito Constitucional e Teoria da Constituição. Coimbra: Almedina, p. 321). (FACHIN, 2000, pp. 135-136)

Canotilho menciona diversos princípios constitucionais. Interessa, para os fins do presente estudo, aqueles que dizem respeito de maneira mais direta às formas de organização do Estado. Quanto a isso pode-se apontar pelo menos três princípios como sendo basilares – que o autor qualifica como «princípios estruturantes»: o princípio do Estado de Direito, o princípio democrático e o princípio republicano (CANOTILHO, 2003, pp. 239 e 1173). Eles designam princípios constitutivos do «núcleo essencial da Constituição», garantindo a ela uma determinada *identidade e estrutura*. Possuem, em geral, duas dimensões: (1) uma *dimensão constitutiva*, dado que os princípios, eles mesmos, na sua «fundamentalidade principal», exprimem, indiciam, denotam ou constituem uma compreensão global da ordem constitucional; (2) uma *dimensão declarativa*, pois esses princípios assumem, muitas vezes, a natureza de «superconceitos», de «vocábulos designantes», utilizados para exprimir a soma de outros «subprincípios» e de concretizações normativas constitucionalmente plasmadas (CANOTILHO, 2003, p. 1184).

Na qualidade de princípios constitucionalmente estruturantes eles devem ser compreendidos como princípios concretos, consagrados numa ordem jurídico-constitucional em determinada situação histórica. Não são, pois, expressões de um direito abstrato ou «pontos fixos», sistematicamente reconduzíveis a uma «ordem divina», «natural» ou «racional», sem

³³ FACHIN, Luiz Edson. Sobre o projeto do código civil brasileiro: crítica à racionalidade patrimonialista e conceitualista. *Boletim da Faculdade de Direito*, v.LXXVI. Coimbra, 2000.

qualquer referência a uma ordem política comunitária. Note-se, porém: embora não sejam princípios transcendentais, podem sempre ser considerados como *dimensões paradigmáticas* de uma ordem constitucional «justa» e, dessa forma, servirem de operadores paramétricos para se aquilatar da *legitimidade e legitimação* de uma ordem constitucional positiva. Nesse sentido, averiguar se uma ordem constitucional está «informada» pelos princípios do Estado Democrático de Direito é ou pode ser uma pedra de toque para se concluir, positiva ou negativamente, acerca da sua dignidade de reconhecimento como «ordem constitucional justa», como «Estado de Direito» ou «Estado de não Direito», como Estado Democrático ou como Ditadura (CANOTILHO, 2003, p. 1185). Muito embora os princípios estruturantes se complementem reciprocamente, são também absolutamente distintos e inconfundíveis.

2.1. O princípio do Estado de Direito.

O princípio do Estado de Direito significa, de forma global, a idéia de uma ordem de paz garantida estatalmente através do direito. Independentemente das densificações e concretizações que o princípio do Estado de Direito encontra implícita ou explicitamente na Constituição, é possível sintetizar pressupostos materiais subjacentes a esse princípio, tais como: princípio da juridicidade, princípio de constitucionalidade, princípio da legalidade da administração, princípio da proteção da confiança, princípio da divisão de poderes (CANOTILHO, 2003, pp. 1184-1185), direitos fundamentais (CANOTILHO, 2003, p. 243).

Além de estar expressamente consagrado na Constituição, o princípio do Estado de Direito tem sido aplicado pela jurisprudência constitucional como princípio dotado de um «mínimo normativo» capaz de fundamentar autonomamente direitos e pretensões dos cidadãos e justificar a inconstitucionalidade de atos normativos violadores dos princípios do Estado de Direito. Hoje, além de princípio constitucional, é também *princípio estruturante da União Européia*. (CANOTILHO, 2003, pp. 254-255).

O princípio do Estado de Direito não é um conceito pré – ou extra – constitucional mas um conceito constitucionalmente caracterizado. Ele é, desde logo, uma *forma de racionalização* de uma estrutura estatal-constitucional. No princípio de Estado de Direito conjugam-se elementos formais e materiais, exprimindo, desse modo, *a profunda imbricação entre forma e conteúdo* no exercício de atividades do poder público ou de entidades dotadas de poderes públicos. As dimensões materiais do Estado de Direito de modo algum se podem considerar o contrário das dimensões formais. No entanto, pode-se dizer que, em geral, os elementos considerados como *momentos formais do Estado de Direito* são: (1) o princípio da constitucionalidade e correlativo princípio da supremacia da constituição (2) *divisão dos poderes*, entendida como princípio impositivo da vinculação

dos atos estatais a uma competência constitucionalmente definida e da ordenação relativamente separada de funções; (3) *princípio da legalidade da administração*; (4) *independência dos tribunais* (institucional, funcional e pessoal) e *vinculação do juiz à lei*; (5) *garantia da proteção jurídica e abertura da via judiciária* para assegurar ao cidadão o acesso ao direito e aos tribunais (CANOTILHO, 2003, p. 255). Interessa particularmente ao presente estudo o princípio da juridicidade e o princípio da constitucionalidade.

2.1.1. O princípio da juridicidade.

O Estado de Direito é, fundamentalmente, um princípio constitutivo de natureza material, procedimental e formal, que visa dar resposta ao problema do conteúdo, extensão e modo de proceder da atividade do Estado. Ao «decidir-se» por um Estado de Direito a Constituição visa conformar as estruturas do poder político e a organização da sociedade segundo a *medida do direito*. Nesse contexto, direito compreende-se como *meio de ordenação* racional e vinculativo de uma comunidade organizada. Para cumprir essa função ordenadora, o direito estabelece *regras e medidas*, prescreve *formas e procedimentos* e cria *instituições*. Articulando medidas ou regras materiais com formas e procedimentos, o direito é, simultaneamente, *medida material* e *forma* da vida coletiva. Forma e conteúdo pressupõe-se reciprocamente: como meio de ordenação racional, o direito é indissociável da realização da *justiça*, da efetivação de *valores* políticos, económicos, sociais e culturais; como *forma*, ele aponta para a necessidade de garantias jurídico-formais de modo a evitar ações e comportamentos arbitrários e irregulares de poderes públicos.

As regras de direito estabelecem padrões de conduta ou comportamentos (direito objetivo), mas também garantem uma distanciação e diferenciação do indivíduo, perante os poderes públicos, através do catálogo de direitos, liberdades e garantias pessoais. O direito que informa a atividade estatal também deve implicar um Estado de Justiça, no qual se protegem os direitos, incluindo os das minorias, há equidade na distribuição de direitos e deveres fundamentais, igualdade na distribuição de bens e igualdade de oportunidades (CANOTILHO, 2003, pp. 243-245).

2.1.2. O princípio da constitucionalidade.

O Estado de Direito é um Estado constitucional. Pressupõe a existência de uma Constituição normativa estruturante de uma *ordem jurídico-normativa fundamental*, dotada de supremacia. Isso quer dizer que deve haver vinculação de todos os poderes e de todos os atos do Estado à Constituição. O princípio da supremacia da Constituição exprime-se também através da chamada reserva de Constituição, isto é, determinadas questões respeitantes ao estatuto jurídico da estrutura política do Estado, não devem ser reguladas por leis ordinárias, mas sim pela Constitui-

ção. Todas as atividades do poder político devem ter fundamento na Constituição e reconduzir-se às normas constitucionais de competência, e daí que o princípio fundamental do Estado de Direito democrático não seja o de que o que a Constituição não proíbe é permitido (transferência livre e encapuzada do princípio da liberdade individual para o direito constitucional), mas sim o de que os órgãos do Estado só têm competência para fazer aquilo que a Constituição lhes permite (CANOTILHO, 2003, pp. 245-248).

2.2. O princípio democrático.

Alexandre Vayenás³⁴, então embaixador da Grécia no Brasil, afirmava que, por mais de 2.500 anos, intelectuais falam e escrevem sobre a democracia e tentam dar, de modo muitas vezes contraditório, a definição e o conteúdo dela. Péricles, líder ateniense da era clássica, em seu discurso fúnebre, o «Epitáfio», afirmou que o regime ateniense se chamava democracia pois o governo do Estado não está nas mãos de poucos, mas de muitos. A igualdade de justiça para todos é assegurada através das leis e qualquer cidadão, qualquer que seja sua condição social, pode ter acesso a cargos públicos, uma vez que ele se destaque em determinada área. Para os gregos antigos, a liberdade de expressão e a igualdade de direitos eram os princípios fundamentais da democracia. Para os contemporâneos, esses princípios são desenvolvidos em eleições livres, multipartidarismo e direitos humanos. No entanto, podia-se dizer que a melhor definição é dada pela própria palavra democracia, que significa a dominação do povo, o poder do povo. Mas, para todos, o conteúdo da democracia era e continua sendo a liberdade, que constitui o maior bem do homem (VAYENÁS, 1996, pp. 31-32).

Os filósofos antigos, como Platão e Aristóteles, conceberam a democracia como a expressão máxima da paixão dos gregos pela liberdade. As duas palavras, democracia e liberdade, possuem sentido praticamente igual. A liberdade constitui para o ser humano seu modo ideal de vida, e para a democracia ela é sua consolidação institucional. Tanto Platão como Aristóteles, que estudaram sistematicamente a política, conceberam, com pequenas diferenças, seis diferentes regimes políticos, com base no que conheciam das evoluções políticas no mundo grego de sua época. Desses seis regimes, três são positivos e outros três negativos, considerados como desvios dos primeiros. Os três regimes positivos são: a monarquia, que é o poder de um; a aristocracia, o poder de poucos e a democracia, o poder de muitos. Esses três regimes tornam-se negativos quando decaem: a monarquia vira tirania; a aristocracia, oligarquia; e a democracia, oclocracia, quer dizer, poder abusivo do povo que não respeita as leis (VAYENÁS, 1996, 32).

³⁴ VAYENÁS, Alexandre. *Celebrando 2.500 anos de democracia* (conferência). In: ZANETTI, Hermes (Org.). *Democracia: a grande revolução*. Brasília: Universidade de Brasília, 1996, pp. 31-36.

Do ponto de vista histórico, o começo da democracia é situado no ano 508 a.C., com as reformas instituídas pelo legislador Clístenes. Essas reformas vinham como reação aos regimes anteriores da monarquia que tinha virado tirania e da aristocracia. Clístenes é considerado o verdadeiro pai da democracia. Com o propósito de assegurar os direitos políticos dos cidadãos atenienses, restringindo ao mesmo tempo os possíveis abusos por parte dos que estavam no poder, Clístenes colocou sob a competência dos órgãos representativos do povo a totalidade dos poderes políticos e a maior parte dos judiciários (VAYENÁS, 1996, 32).

A democracia ofereceu ao povo duas grandes conquistas. A primeira foi a *liberdade de expressão*, a liberdade de criticar publicamente os que estão no poder. Outra conquista foi a *igualdade de direitos*, que permitiu o acesso de todos os cidadãos livres ao poder. Todos esses cidadãos podiam eleger e ser eleitos e ainda faziam parte da Eclésia e podiam denunciar aqueles que pressionavam ou prejudicavam uma terceira pessoa, ainda que essa última fosse um escravo³⁵. As reformas de Clístenes foram impostas num período decisivo, não somente para a Grécia como também para a civilização ocidental em geral, pois, poucos anos depois, começaram as guerras médicas, as guerras contra os persas. A história da Grécia e do Ocidente teria sido diferente sem as reformas de Clístenes. Elas permitiram as grandiosas vitórias contra os persas em Maratona e Salamina, pois os soldados e os marinheiros atenienses eram, em sua grande maioria, cidadãos livres que não combatiam para um imperador mas pela sua pátria, sua cidade e o direito de viver nela com liberdade e de acordo com as leis preestabelecidas (VAYENÁS, 1996, 33).

Streck e Morais assinalam que a conceituação de democracia é tarefa quase impossível, mormente porque o termo «democracia», com o passar do tempo, foi transformado em um estereótipo, contaminado por uma anemia significativa (Warat). Daí que parece acertado dizer que a razão está com Claude Lefort, para quem a democracia é uma constante invenção, isto é, deve ser inventada cotidianamente (*Apud*, STRECK e MORAIS, 2003, p. 100). É nessa esteira que Marilena Chauí diz que a democracia é invenção porque, longe de ser a mera conservação de direitos, *é a criação ininterrupta de novos direitos, a subversão contínua dos estabelecidos, a reinstalação permanente do social e do político* (*Apud*, STRECK e MORAIS, 2003, p. 100). Ou como assevera Castoriadis, para quem «uma sociedade justa não é uma sociedade que adotou, de uma vez para sempre, as leis justas. Uma sociedade justa *é uma sociedade onde a questão da justiça permanece constantemente aberta*» (*Apud*, STRECK e MORAIS, 2003, p. 100).

³⁵ Vayenás registra a escravidão como ponto negativo no regime democrático da Antigüidade grega. Diz ele que, segundo cálculos de especialistas, devia haver cerca de 150.000 escravos vivendo na época do apogeu da civilização ateniense. Contudo a situação deles «do ponto de vista do direito civil, era bem melhor daquela dos escravos na antiga Roma» (1996, 35).

Mas existem alguns traços que a distinguem de outras formas sociais e políticas: em primeiro lugar, a democracia é a única sociedade e o único regime político *que considera o conflito legítimo*, uma vez que não só trabalha politicamente os conflitos de necessidades e de interesses, como procura instituí-los como direitos e, como tais, exige que sejam reconhecidos e respeitados. Mais do que isso, nas sociedades democráticas, indivíduos e grupos organizam-se em associações, movimentos sociais e populares, classes se organizam em sindicatos, criando um contrapoder social que, direta ou indiretamente, limita o poder do Estado; em segundo lugar, a democracia é a sociedade verdadeiramente histórica, isto é, aberta ao tempo, ao possível, às transformações e ao novo. As lutas históricas em prol da democracia mostram quão duro é alcançá-la e, muito mais do que isso, conservá-la. É evidente que a «questão da democracia» nasce lado a lado com o processo de formação da sociedade organizada e do Estado (STRECK e MORAIS, 2003, pp. 100-101).

Ao analisar a evolução do conceito de democracia, Streck e Morais registram:

McPherson faz uma crítica aos vários modelos de democracia, a começar pela que denomina de “democracia protetora”, onde o homem é visto como um consumidor ao infinito, e sua motivação principal é a maximização de suas satisfações ou utilidades. Tal modelo moldava-se bem a uma sociedade capitalista de mercado em concorrência e aos indivíduos modelados por ela. Seus primeiros expoentes foram Bentham e James Mill. Outro modelo criticado é o da chamada “democracia desenvolvimentista”, que teve em John Stuart Mill um dos seus idealizadores. Distingue-se da democracia protetora na medida em que tem uma visão moral da possibilidade de aperfeiçoamento da humanidade e de uma sociedade livre e igual não conseguida até aquele momento. A sociedade democrática será a consequência desse aperfeiçoamento e seria ainda o próprio meio para um aperfeiçoamento maior. Ao contrário de Bentham e James Mill, J. S. Mill não aceitava a sociedade capitalista sem reservas. Entretanto, J. S. Mill baseava sua explicação da distribuição injusta de bens e riquezas na sociedade num caso histórico e não decorrente de um princípio capitalista mesmo, tanto é que propunha uma escala de votos, com exclusão. A questão é que J. S. Mill temia um governo classista. Uma segunda forma de democracia desenvolvimentista foi propugnada por teóricos como Dewey, Barker, Lidsay, MacIver. Autores como Laski e Colle eram exceções, pois tentaram combinar os valores liberais com certo tipo de socialismo. Para McPherson, o problema na proposta desses teóricos foi pensarem que uma democracia que abrangesse o Estado regulador e do bem-estar pudesse, por si, fazer o máximo possível para gerar uma sociedade boa. Não viram o grau a que o sistema sobrevivera pela redução da conformidade dos governos com os eleitorados. O terceiro modelo atacado é o da “democracia de equilíbrio”, também chamado de elitista-pluralista, que tinha como corifeu Joseph Schumpeter, nos anos 40 do século XX. Esse modelo esvazia o conteúdo moral que o modelo desenvolvimentista introduzira na idéia de democracia. Para os adeptos desse modelo, o propósito da democracia é registrar os desejos do povo tais como são e não contribuir para o que ele poderia ser ou desejaria ser. O equilíbrio que esse modelo produzia era, na verdade, o equilíbrio da permanência da desigualdade. (STRECK e MORAIS, 2003, p. 102)

Como contraponto, McPherson propõe um modelo de democracia onde exista uma diminuição gradual dos pressupostos de mercado e uma ascensão gradual do direito igual de desenvolvimento individual. Para tanto, apresenta um conjunto de pré-condições que seriam as condições sociais da democracia: mudança da consciência do povo e grande diminuição da atual

desigualdade social e econômica, eis que a desigualdade exige um sistema partidário não-participativo para manter o *status quo*. Acentua que há uma espécie de círculo vicioso: não se pode conseguir mais participação democrática sem haver uma prévia mudança da desigualdade social e sua consciência, mas também não se consegue mudar ambas as condições sem um aumento anterior da participação democrática. Daí a prescrição de McPherson para que se estimulem os procedimentos que viabilizem as propostas tanto de Marx como de J. S. Mill numa democracia que ele chama de «participativa», através de associações de bairros, liberdade de expressão, co-gestão nas empresas, luta pelo direito das minorias, etc.; por último, fala da necessidade de enfatizar o peso do ônus social decorrente do capitalismo financeiro de satisfazer as expectativas do consumidor na condição de reproduzir a desigualdade e a crescente consciência dos custos da apatia política (*Apud* STRECK e MORAIS, 2003, pp. 102-103).

A partir desses pressupostos, McPherson propõe aquilo que denomina de uma combinação de um aparelho democrático piramidal direto e indireto com a continuação de um sistema partidário. Há, porém, riscos nesse propósito, diz o autor, que poderiam tornar inviável o modelo de democracia participativa, como a ameaça de uma contra-revolução, o reaparecimento de uma divisão e oposição de classes. Para ele, a conciliação de classes pregada nesse modelo de democracia não poderá ser pensada como mera distribuição de renda; outro risco é a apatia do povo na base, o que requer a atuação de partidos políticos pensados de uma maneira nova, não no sentido tradicional, que é o da manutenção da ordem vigente num sistema de classes sociais. Acredita que, com o passar de algumas décadas, os partidos tenderiam a desaparecer, pela conscientização social da possibilidade de outras formas de participação. No modelo mcphersoniano de democracia participativa, *está insita a idéia de uma sociedade sem classes ou com mínimas diferenças de classe, circunstâncias, aliás, que é condição de possibilidade para o próprio funcionamento do modelo*. Por outro lado, é possível ver nesse modelo também rasgos daquilo que Gramsci chama de guerra de posição, com a tomada de espaços dentro do próprio sistema capitalista, como forma pacífica da tomada dos aparelhos do Estado (*Apud* STRECK e MORAIS, 2003, p. 103).

Formalmente, na linha do pensamento de Norberto Bobbio³⁶, pode-se dizer que democracia é um conjunto de regras (primárias ou fundamentais) que estabelecem quem está autorizado a tomar as decisões coletivas e com quais procedimentos. Vale dizer, a democracia significa, nessa perspectiva, a montagem de um arcabouço de normas que definem antecipadamente os atores e a forma do jogo, identificando-se, de regra com as questões relativas a *quem vota?, onde se vota? e com quais procedimentos?*, sendo que, para cada pergunta, devem ser adotadas respostas compatíveis (STRECK e MORAIS, 2003, pp. 103-104).

³⁶BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo*. São Paulo: Paz e Terra, 1986, *apud* STRECK e MORAIS, 2003, p. 103.

Assim, quanto a quem vota(?), deve-se responder *todos*; sobre onde se vota(?), deve-se responder em todos os locais onde se tomem decisões de caráter coletivo; e sobre quais procedimentos a serem adotados(?) é necessário responder que o mecanismo fundamental é o da *regra da maioria*, sendo que para que se possa implementá-la devem-se disponibilizar alternativas reais, bem como garantir possibilidades de escolha, tendo como conteúdo mínimo: (1) garantia dos direitos de liberdade; (2) partidos; (3) eleições; (4) sufrágio; (5) decisões por acordo ou por maioria com debate livre (*Apud* STRECK e MORAIS, 2003, p. 104).

Além disso, é evidente que a democracia requer uma grande dose de justiça social e uma razoável preservação do *habitat* nacional e das fontes de recursos, como lembra Karl Deutsch, para preservar o cidadão do amanhã. Não é possível falar em democracia em meio a indicadores econômico-sociais que apontam para a linha (ou abaixo da) linha da pobreza. Uma grande dose de justiça social é condição de possibilidade da democracia (*Apud* STRECK e MORAIS, 2003, p. 104).

O processo democrático nunca se caracterizou por um desenvolvimento linear. Com efeito, a trajetória da democracia, longe de percorrer um histórico que lhe traçasse um perfil uniforme, expressou-se, muitas vezes, de maneira contraditória. Tais contradições permitiram que a teoria jurídico-política propusesse a ocorrência daquilo que nominou *contrapontos*, na tentativa de explicitar essa tortuosidade e as dificuldades encontradas.

Norberto Bobbio, em *O Futuro da Democracia*, permite uma visão abrangente dessa situação. Em primeiro lugar, a idéia de que muito daquilo que fora prometido pelos formuladores do ideário democrático, na perspectiva procedimental, em particular, não foi cumprido ao longo desses dois séculos, caracterizando o que Bobbio chamou de *promessas não cumpridas*. Desde a idéia dos *protagonistas* do jogo democrático que, na origem, deveriam ser os indivíduos, tem-se a entrada em cena, cada vez mais fortemente, de grupos de interesse que substituem as pessoas e passam a patrocinar o jogo político. Em um segundo momento, tem-se a questão da *organização da sociedade* que do ideal de um modelo onde o poder estivesse centralizado em um único local passou-se a uma sociedade caracterizada pela dispersão dos espaços decisórios. Da mesma forma, o modelo democrático teórico pretende a distribuição do poder político o mais amplamente possível, fazendo desaparecer o poder oligárquico, onde uma determinada elite controla a cena pública, mas no modelo democrático real, o que se obteve, no máximo, foi a multiplicação de elites que visam à dominação política e concorrem entre si. Mais significativo ainda é o que reflete o problema da representação política quando no ideal propugnava-se pelo estabelecimento de uma representação dotada de liberdade de atuação, podendo decidir os temas que lhe fossem propostos a partir dos interesses gerais da comunidade, sendo que o que se verificou na prática

foi a constituição de limites à ação dos representantes através dos mais diversos fatores, dentre os quais – embora positivo – o da disciplina partidária. Outra das promessas não cumpridas, muito embora o seja em face mesmo da transformação da sociedade contemporânea, diz respeito aos espaços de tomada de decisão para os quais previa-se um processo que partisse da base dos interessados – poder ascendente – e não, ao contrário, se caracteriza inversamente pela produção de decisões técnicas, cuja racionalidade está arraigada em pressupostos tecnoburocráticos, e não em pretensões políticas. Vale dizer, a razão instrumental se substitui à razão política, assentada na teoria das razões de Estado, para a qual o Estado deve agir em segredo para não provocar escândalo. Já para as duas questões centrais à democracia procedimental – quem vota e onde se vota – o que se verificou foi um alargamento quantitativo em ambos os casos, seja pela adoção do sufrágio universal, seja pela ampliação do número de locais onde as decisões são adotadas a partir de estratégias participativas, muito embora também tenha-se observado que a atuação tenha-se pautado unicamente por um dever social, o que inviabiliza a consolidação de um processo de participação política calcado no ideal da conscientização da cidadania, ocasionando assim uma perda de sentido no projeto de educação para a cidadania que privilegiasse a opinião consciente em vez da troca de favores. Vale dizer, a prática democrática pressuposta na base da cidadania ativa acabou por ser submetida a uma total apatia participativa. Outro aspecto a ser relevado diz com a necessidade de controle do poder. Para tanto, pretendeu o ideal democrático constituir-se em um espaço de ampla visibilidade, com suporte na idéia de que as decisões públicas devem ser tomadas em público, onde a transparência deveria ser a tônica. Todavia, o que se observou foi a ampliação de espaços decisórios imunes ao olhar do cidadão, fugindo, assim, ao controle público do poder. Dessa forma, ao ideal do poder visível substituiu-se o real do poder invisível, às decisões públicas sucederam-se as decisões secretas, à publicidade, o segredo (*Apud* STRECK e MORAIS, 2003, pp. 105-106).

Por evidente que todas essas promessas não sofreram tais influxos única e exclusivamente em razão de circunstâncias aleatórias impeditivas de sua concretização. Para Bobbio, o que condicionou tais contradições foi o que chamou de obstáculos à democracia: circunstâncias fáticas que impuseram transformações profundas naquilo pressuposto para aquilo ocorrido, na medida em que não estavam previstos ou surgiram em decorrência das transformações da sociedade civil. Entre tais obstáculos, elenca, em primeiro lugar, a complexificação da sociedade quando a passagem de uma economia familiar para uma economia de mercado e desta para uma economia protegida produziu a necessidade de constituição de um quadro profissional habilitado tecnicamente a lidar com a complexidade social crescente, o que veio a colocar o problema da legitimação para a tomada de decisões, uma vez que o projeto democrático é antitético ao projeto tec-

nocrático. Enquanto aquele assenta-se em um poder diluído, disperso, onde todos podem decidir a respeito de tudo, neste apenas aqueles iniciados nos conhecimentos técnicos envolvidos podem tomar decisões. Surge, aqui, o dilema que contrapõe a decisão política à decisão técnica, o poder diluído, próprio à democracia, ao poder concentrado, característico da decisão tecnocrática. De outro lado, um segundo obstáculo surge em consequência do próprio processo de democratização da sociedade que, na medida em que alargava as possibilidades de participação social, permitia que novas demandas fossem propostas ao Estado. Assim, a organização estatal viu-se na contingência de moldar-se estrutural e funcionalmente para tentar dar conta do crescente e diversificado número de demandas. A fórmula adotada foi a da constituição de um aparato burocrático responsável por responder às pretensões sociais cuja característica é a de ser um poder que se organiza verticalmente do alto para baixo, contrapondo-se, assim, ao modelo democrático de um poder que se eleva da base para o topo. Dessa forma, as respostas às demandas democráticas vieram organizadas burocraticamente, como se experienciou com o Estado do Bem-Estar – impondo-se um aspecto de suas crises –, onde, muitas vezes, chocam-se a pretensão política com a resposta tecnoburocrática (STRECK e MORAIS, 2003, p. 107).

Conseqüência mesmo desse alargamento participativo e do acúmulo de demandas experimentado, passou-se a experimentar um processo de fragilização da democracia diante da frustração constante provocada seja pela lentidão das respostas, pela insuficiência ou, ainda, pela ineficiência. Vale dizer, à sobrecarga de demandas, viabilizada pela facilitação democrática, seguiu-se a defasagem quantitativa e qualitativa das soluções propostas pelos métodos adotados para tal finalidade. Como diz Bobbio, à facilitação das demandas própria à democracia agrega-se a dificuldade das respostas também em razão da elevação significativa de seu número, gerando, muitas vezes, frustrações sociais e desgastes para o próprio modelo seguido (BOBBIO, 1986, pp. 35-36, *apud* STRECK e MORAIS, 2003, p. 108).

Apesar disso, Bobbio conclui que as promessas não cumpridas e os obstáculos não previstos não foram suficientes para transformar os regimes democráticos em regimes autocráticos. Para o autor, a diferença entre uns e outros permaneceu. O conteúdo mínimo do estado democrático não encolheu: garantia dos principais direitos de liberdade, existência de vários partidos em concorrência entre si, eleições periódicas o sufrágio universal, decisões coletivas ou concordadas ou tomadas com base no princípio da maioria, e de qualquer modo sempre após um livre debate entre as partes ou entre os aliados de uma coalizão de governo (BOBBIO, 1986, p. 37, *apud* STRECK e MORAIS, 2003, p. 108).

Também merece atenção o fato de que a transição de regimes autoritários para governos eleitos democraticamente não encerra a tarefa de construção democrática. No ano de

1991, o cientista político Guillermo O'Donnell escreveu um texto chamando a atenção para um fenômeno que estava ocorrendo (e estava por ocorrer) em países da América Latina recentemente saídos de regimes autoritários. Referia-se, pois, a «um novo» tipo ou modelo de democracia – a «democracia delegativa» (STRECK e MORAIS, 2003, p. 108). Para fundamentar sua tese, o cientista político desenvolveu os seguintes argumentos:

- a) A instalação de um governo democraticamente eleito abre caminho para uma “segunda transição”, provavelmente mais demorada e até mesmo mais complexa que a transição do regime autoritário;
- b) Espera-se que essa “segunda transição” seja de um governo democraticamente eleito para um regime democrático ou, o que é equivalente, para um democracia institucionalizada consolidada;
- c) Nada garante que essa “segunda transição” seja feita: novas democracias podem regredir para o regime autoritário, ou podem atolar-se em uma situação frágil e incerta. Essa situação pode ser duradoura, pode inclusive não abrir caminhos para a realização de formas mais institucionalizadas de democracia;
- d) O elemento decisivo para determinar o resultado da “segunda transição” é o sucesso ou fracasso de um conjunto de instituições democráticas que se tornem importantes pontos no fluxo do poder político;
- e) Tal resultado é fundamentalmente condicionado pelas políticas públicas e pelas estratégias de vários agentes, que incorporem o reconhecimento de um interesse superior comum na tarefa de construção institucional democrática.
- f) Segundo O'Donnell, as democracias delegativas se fundamentam em uma premissa básica: quem ganha a eleição presidencial é autorizado a governar o país como lhe parecer conveniente, e, na medida em que as relações de poder existentes permitam, até o final de seu mandato. O presidente é, assim, a encarnação da nação, o principal fiador do “interesse maior da nação”, que cabe a ele definir. *O que ele faz no governo não precisa guardar nenhuma semelhança com o que ele disse ou prometeu durante a campanha eleitoral - afinal, ele foi autorizado a governar como achar conveniente.* E, como essa “figura paternal” precisa cuidar do conjunto da nação, é quase óbvio que sua sustentação não pode advir de um partido; sua base política tem de ser um movimento, a superação supostamente vibrante do facciosismo e dos conflitos que caracterizam os partidos. *Tipicamente, os candidatos presidenciais vitoriosos nas democracias delegativas se apresentam como estando acima de todas as partes, isto é, os partidos políticos e dos interesses organizados.* Como poderia ser de outra forma para alguém que afirma encarnar o conjunto da nação? (STRECK e MORAIS, 2003, pp. 108-109)

Nessa linha, vaticinava então o cientista político, outras instituições (Congresso e Judiciário) passam a ser incômodos que acompanham as vantagens internas e internacionais de um presidente democraticamente eleito. A idéia de obrigatoriedade de prestar contas (*accountability*) a essas instituições, ou a outras organizações privadas ou semiprivadas, aparece como um impedimento desnecessário à plena autoridade que o presidente recebeu a delegação de exercer (STRECK e MORAIS, 2003, p. 109).

Freqüentemente, as democracias utilizam o artifício da eleição em dois turnos, isto porque, se as eleições diretas não geram diretamente uma maioria, essa maioria tem de ser criada

para sustentar o mito da delegação legítima. Mais ainda, a democracia delegativa é fortemente individualista, porém com um corte mais hobbesiano do que lockiano, uma vez que pressupõe que os eleitores escolhem, independentemente de suas identidades e filiações, a pessoa (e não o partido) que é mais adequada para cuidar dos destinos da pátria. Por isso, as eleições em democracias delegativas são um processo muito emocional e que envolve altas apostas: vários candidatos concorrem para saber quem será o ganhador, num jogo absolutamente de soma zero, da delegação para governar a nação sem quaisquer outras restrições a não ser aquelas impostas pelas relações de poder nuas, quais sejam, não institucionalizadas. Depois das eleições, espera-se que os eleitores-delegantes retornem à condição de espectadores passivos, mas quem sabe animados, com o que o presidente faz... Esse extremo individualismo no momento de constituir o poder presidencial combina bem com o organicismo do Leviatã hobbesiano: a nação e sua expressão política «autêntica», o «movimento», são postulados como organismos vivos. A nação tem de ser curada e salva pela união de seus fragmentos dispersos em um todo harmônico. A delegação eleitoral salvacionista inclui não o direito, mas muito mais a obrigação, de aplicar à nação remédios amargos que «a curarão» (STRECK e MORAIS, 2003, p. 110).

Três países latino-americanos – Brasil, Argentina e Peru – se encaixam perfeitamente nesse modelo de democracia delegativa, dizia O'Donnell nos idos de 1991. Não é preciso recapitular e detalhar a profundidade da crise que esses países herdaram dos regimes ditatoriais. Uma crise social e econômica é o terreno ideal para liberar as propensões delegativas. Uma crise como essa gera um forte senso de urgência. Problemas e demandas se acumulam para os novos governos. Os presidentes se elegem prometendo que – fortes e corajosos, acima dos partidos e interesses, machos – salvarão o país. O governo deles é um «governo de salvadores». Logo, os «pacotes» se seguem. Uma vez que as esperanças iniciais se dissipam, e os primeiros «pacotes» fracassam, o cinismo e o desespero se tornam atitudes dominantes. Os presidentes na Argentina, na Bolívia, no Brasil, no Equador e no Peru foram eleitos prometendo políticas neokeynesianas expansionistas e muitas outras coisas boas – só que fizeram o oposto, assevera O'Donnell. As políticas de ajuste acabam por piorar os níveis de bem-estar da população (STRECK e MORAIS, 2003, p. 110).

Ao lado disso, a marginalização dos partidos políticos e do Congresso das decisões mais importantes (afinal, uma das características da democracia delegativa é o «decretismo») que o país enfrenta tem três conseqüências: (1) aprofunda os próprios defeitos que são imputados a essas instituições; (2) quando finalmente e fatalmente o Executivo precisa de apoio legislativo, está fadado a encontrar um Congresso não apenas ressentido; ele enfrentará também um Congresso que não se sente politicamente responsável por políticas públicas que

começaram por ignorá-lo; e, (3) essa situação, juntamente com as críticas do Executivo à lentidão e «irresponsabilidade» de um Congresso que recusa o apoio requerido, são um fator importante do acentuado declínio do prestígio de todos os partidos e políticos (STRECK e MORAIS, 2003, pp. 110-111).

Boaventura de Souza Santos³⁷, a seu turno, registra que o século XX foi efetivamente um século de intensa disputa em torno da questão democrática. Essa disputa, travada ao final de cada uma das guerras mundiais e ao longo do período da guerra fria, envolveu dois debates principais: na primeira metade do século o debate centrou-se em torno da desejabilidade da democracia (WEBER, 1919; SCHMITT, 1926; KELSEN, 1929; MICHELS, 1949; SCHUMPETER, 1942; todos, *apud* SANTOS, 2002, p. 39). Esse debate iniciara-se no século XIX pois até então a democracia tinha sido considerada perigosa e, por isso, indesejada. O perigo consistia em atribuir o poder de governar a quem estaria em piores condições para o fazer: a grande massa da população, iletrada, ignorante e politicamente inferior (WILLIAMS, 1976, 82; MCPHERSON, 1972; ambos, *apud* SANTOS, 2002, p. 39). Se, por um lado, tal debate foi resolvido em favor da desejabilidade da democracia como forma de governo, por outro lado, a proposta que se tornou hegemônica ao final das duas guerras mundiais implicou restrição das formas de participação e soberania ampliadas em favor de um consenso em torno de um procedimento eleitoral para a formação de governos (SCHUMPETER, 1942; *apud* SANTOS, 2002, p. 40). Essa foi a forma hegemônica de prática da democracia no pós-guerra, em particular nos países que se tornaram democráticos após a segunda onda de democratização (SANTOS, 2002, pp. 39-40).

Um segundo debate permeou a discussão em torno da democracia no pós-Segunda Guerra Mundial: trata-se do debate acerca das condições estruturais da democracia (MOORE, 1966; O'DONNELL, 1973; PRZEWORSKI, 1985; todos, *apud* SANTOS, 2002, p. 40), que foi também um debate sobre a compatibilidade ou incompatibilidade entre democracia e capitalismo (WOOD, 1996; *apud* SANTOS, 2002, p. 40). Barrington Moore inaugurou esse debate nos anos 60 através da introdução de uma tipologia de acordo com a qual se poderiam indicar os países com propensão democrática e os países sem propensão democrática (*Apud*, SANTOS, 2002, p. 40). Para Moore, um conjunto de características estruturais explicaria a baixa densidade democrática na segunda metade do século XX: o papel do Estado no processo de modernização e sua relação com as classes agrárias; a relação entre os setores agrários e os setores urbanos e o nível de ruptura provocado pelo campesinato ao longo do processo de modernização (MOORE, 1966; *apud* SANTOS, 2002, p. 40). O objetivo de Moore era explicar por que a maioria dos países não

³⁷SANTOS, Boaventura de Souza. *Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.

era democrática nem poderia vir a ser senão pela mudança das condições que neles prevaleciam. Entretanto, um segundo debate se articulava ao dos requisitos estruturais da democracia, o debate sobre as virtualidades redistributivas da democracia. Tal debate partia do pressuposto de que à medida que certos países venciam a batalha pela democracia, junto com a forma de governo eles passavam a usufruir de uma certa propensão distributiva caracterizada pela chegada da social-democracia ao poder (PRZEWORSKI, 1985; SANTOS, 2002, p. 40). Haveria, portanto, uma tensão entre capitalismo e democracia, tensão essa que, uma vez resolvida a favor da democracia, colocaria limites à propriedade e implicaria ganhos distributivos para os setores sociais desfavorecidos. Os marxistas, por seu lado, entendiam que essa solução exigia a descaracterização total da democracia, uma vez que nas sociedades capitalistas não era possível democratizar a relação fundamental em que se assentava a produção material, a relação entre o capital e o trabalho. Daí que, no âmbito desse debate, se discutissem modelos de democracia alternativos ao modelo liberal: a democracia participativa, a democracia popular nos países da Europa do leste, a democracia desenvolvimentista dos países recém-chegados à independência (SANTOS, 2002, pp.40-41).

A discussão democrática da última década do século XX mudou os termos do debate democrático do pós-guerra. A extensão do modelo hegemônico, liberal, para o sul da Europa ainda nos anos 1970 e, posteriormente, para a América Latina e a Europa do leste (O'DONNELL E SCHMITTER, 1986; ambos, *apud* SANTOS, 2002, p. 41) tornaram desatualizadas as análises de Moore e de Przeworski. Parecem pouco atuais as perspectivas sobre a democracia da segunda metade do século XX com discussões sobre os impedimentos estruturais da democracia, na medida em que muitas dezenas de países entram em processo de democratização, países esses com enormes variações no papel do campesinato e nos seus respectivos processos de urbanização. Afirma o autor, ainda, que Amartya Sen é um dos que celebra a perda de credibilidade da idéia das condições estruturais quando afirma que a questão não é a de saber se um dado país está preparado para a democracia mas antes de partir da idéia de que qualquer país se prepara através da democracia (1999, 4; *apud* SANTOS, 2002, p. 41). Por outro lado, com o desmonte do Estado de bem-estar social e com os cortes das políticas sociais a partir da década de 1980 também pareceram inválidas as análises de autores como Przeworski ou Lipset acerca dos efeitos distributivos irreversíveis da democracia. Reabre-se, assim, a discussão sobre o significado estrutural da democracia em particular para os assim chamados países em desenvolvimento ou países do sul (SANTOS, 2002, p. 41).

À medida que o debate sobre o significado estrutural da democracia muda os seus termos, uma segunda questão parece vir à tona: o problema da forma da democracia e da sua variação. Essa questão recebeu a resposta mais influente na solução elitista proposta por Joseph

Schumpeter de acordo com a qual o problema da construção democrática em geral deveria ser derivado dos problemas enfrentados na construção da democracia na Europa no período entre guerras. A partir dessa resposta funda-se o que se poderia chamar de concepção hegemônica da democracia. Os principais elementos dessa concepção seriam a tão apontada contradição entre mobilização e institucionalização (HUNTINGTON, 1968; GERMANI, 1971; ambos, *apud* SANTOS, 2002, p. 41); a valorização positiva da apatia política (DOWNS, 1956; *apud* SANTOS, 2002, p. 41), uma idéia muito salientada por Schumpeter, para quem o cidadão comum não tinha capacidade ou interesse político senão para escolher os líderes aos quais caberia tomar as decisões (1942, p. 269; *apud* SANTOS, 2002, p. 42); a concentração do debate democrático na questão dos desenhos eleitorais das democracias (LIJPHART, 1984; *apud* SANTOS, 2002, p. 42); o tratamento do pluralismo como forma de incorporação partidária e disputa entre as elites (DAHL, 1956; 1971; *apud* SANTOS, 2002, p. 42) e a solução minimalista para o problema da participação pela via da discussão das escalas e da complexidade (BOBBIO, 1986; DAHL, 1991; ambos, *apud* SANTOS, 2002, p. 42). Todos esses elementos que poderiam ser apontados como constituintes de uma concepção hegemônica da democracia não conseguem enfrentar adequadamente o problema da qualidade da democracia que voltou à tona com a assim chamada «terceira onda de democratização». Quanto mais se insiste na fórmula clássica da democracia de baixa intensidade, menos se consegue explicar o paradoxo de a extensão da democracia ter trazido consigo uma enorme degradação das práticas democráticas. Aliás, a expansão global da democracia liberal coincidiu com uma grave crise desta nos países centrais onde mais se tinha consolidado, uma crise que ficou conhecida como a da dupla patologia: a patologia da participação, sobretudo em vista do aumento dramático do abstencionismo; e a patologia da representação, o fato de os cidadãos se considerarem cada vez menos representados por aqueles que elegeram. Ao mesmo tempo, o fim da guerra fria e a intensificação dos processos de globalização implicaram uma reavaliação do problema da homogeneidade da prática democrática (SANTOS, 2002, pp. 41-42).

A variação na prática democrática é vista com maior interesse no debate democrático atual rompendo com as adjetivações próprias do debate político do período da guerra fria – democracias populares *versus* democracias liberais. Ao mesmo tempo e paradoxalmente, o processo de globalização suscita nova ênfase na democracia local e nas variações da forma democrática no interior do Estado nacional, permitindo a recuperação de tradições participativas em países como Brasil, Índia, Moçambique e África do Sul (que foram objeto de estudo a respeito por Santos e sua equipe). Pode-se, portanto, apontar na direção de uma tripla crise da explicação democrática tradicional: há, em primeiro lugar, uma crise do marco

estrutural de explicação da possibilidade democrática (MOORE, 1966; *apud* SANTOS, 2002, p. 42); há, em segundo lugar, uma crise da explicação homogeneizante sobre a forma da democracia que emergiu como resultado dos debates do período entre guerras (SCHUMPETER, 1942; *apud* SANTOS, 2002, p. 42); e há, em terceiro lugar, uma nova propensão a examinar a democracia local e a possibilidade de variação no interior dos Estados nacionais a partir da recuperação de tradições participativas solapadas no processo de construção de identidades nacionais homogêneas (ANDERSON, 1991; *apud* SANTOS, 2002, p. 43 – SANTOS, 2002, pp. 42-43).

Assim, Boaventura de Souza Santos procura mostrar que o debate sobre a democracia ao longo do século XX ficou limitado a duas formas complementares de hegemonia: uma primeira forma de hegemonia baseada na suposição de que a solução do debate europeu do período entre guerras teria sido o abandono do papel da mobilização social e da ação coletiva na construção democrática (HUNTINGTON, 1969; *apud* SANTOS, 2002, p. 43); uma segunda forma de hegemonia é aquela que supunha que a solução elitista para o debate sobre a democracia, com a conseqüente supervalorização do papel dos mecanismos de representação, poderia ser hegemônica sem que esses últimos precisassem ser combinados com mecanismos societários de participação (MANIN, 1997; *apud* SANTOS, 2002, p. 43). Em ambos os casos, a forma hegemônica da democracia, a democracia representativa elitista, propõe estender ao resto do mundo o modelo de democracia liberal-representativa vigente nas sociedades do hemisfério norte, ignorando as experiências e as discussões oriundas dos países do sul no debate sobre a democracia (SANTOS, 2002, p. 43).

Guillermo O'Donnell³⁸, ressalta, a seu turno, a necessidade de controle dos governantes. Veja-se:

Em uma democracia, espera-se que os governantes estejam submetidos a três tipos de prestação de contas: a) a “vertical eleitoral”, resultado de eleições limpas e institucionalizadas, por meio das quais os cidadãos podem mudar o partido e os funcionários do governo, b) a “vertical de tipo societário”, exercida por indivíduos ou grupos com o objetivo de mobilizar o sistema legal para demandar o Estado e o governo com o objetivo de prevenir, compensar ou condenar ações (ou inações), presumivelmente ilegais, perpetradas por funcionários públicos, c) a “horizontal”, realizada quando algumas instituições do Estado, devidamente autorizadas, agem para prevenir, indenizar ou sancionar ações ou inações, presumivelmente ilegais, de outras instituições ou de funcionários estatais.

Cabe, no entanto, observar, que há uma diferença importante entre essas prestações de contas¹⁸ [¹⁸ Por esse conceito se entende o equivalente à expressão do inglês *accountability*.] A vertical-eleitoral deve existir pela própria definição do regime democrático; sem ela esse regime simplesmente não existiria. Em compensação, o grau e a efetividade da prestação de contas societária e da horizontal são variáveis conforme os casos e o tempo. Essas variações são relevantes para avaliar o desenvolvimento da democracia; por exemplo, a inexistência de uma sociedade vigorosa e autônoma, ou a impossibilidade ou falta de determinação de certas

³⁸ O'Donnell, Guillermo. *Apud* Programa das Nações Unidas Para o Desenvolvimento – PNUD. *A democracia na América Latina: rumo a uma democracia de cidadãos e cidadãs*. Trad. Mônica Hirst. Santana do Parnaíba: LM&X, 2004.

instituições do Estado de exercer sua autoridade sobre outras instituições estatais são indicadores de uma democracia de escasso desenvolvimento. (PNUD, 2004, p. 58)

Com efeito, em um regime democrático, o acesso às principais posições governamentais (com exceção do poder judiciário, das forças armadas e, eventualmente, dos bancos centrais) é realizado por meio de eleições limpas e institucionalizadas. Por eleições limpas se entende «as que são competitivas, livres, igualitárias, decisivas e inclusivas, e nas quais são respeitadas as liberdades políticas» (PNUD, 2004, p. 57). Essas liberdades são essenciais não só durante as eleições, como também nos períodos entre elas. Caso contrário, o governo no poder poderia facilmente manipular ou cancelar eleições futuras. Os indivíduos que gozam dessas liberdades estão habilitados e protegidos para o exercício de seus direitos de participação. Isso significa que a todos os cidadãos é concedido o direito, vinculatório em todo o território, de participar no Estado e no governo, não só por meio de eleições, como também por meio da tomada de decisões, seja de forma conjunta ou individual. Por outro lado, o requisito de inclusividade das eleições em um regime democrático indica que todos os adultos que satisfazem o critério de cidadania têm direito de participar nessas eleições (PNUD, 2004, p. 57).

Além disso, em um regime democrático as eleições estão institucionalizadas: para a grande maioria dos cidadãos é indiscutível que, no futuro, continuem sendo realizadas eleições limpas nas datas ou ocasiões legalmente preestabelecidas.

Existem quatro aspectos centrais da democracia: (1) eleições limpas e institucionalizadas; (2) inclusividade; (3) um sistema legal que sanciona e respalda os direitos e as liberdades políticas; e (4) um sistema legal que prescreve que nenhuma pessoa ou instituição retenha o arbítrio de eliminar ou suspender os efeitos da lei ou de evadir-se a seu alcance. Vê-se então, que, enquanto os dois primeiros aspectos correspondem ao regime, os dois últimos correspondem ao Estado. O Estado não é um elemento alheio ou extrínseco à democracia, é um de seus componentes intrínsecos. Por isso, segundo o esquema conceitual proposto pelo Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento, «é importante indagar acerca do caráter democrático do Estado e não só sobre o do regime» (PNUD, 2004, p. 58).

A relação entre regime democrático e Estado se fundamenta na existência de um sistema legal estatal que, em primeiro lugar, sanciona e respalda os direitos e liberdades decorrentes do regime democrático; e, em segundo lugar, coloca sob esse sistema legal a totalidade das instituições e dos funcionários do Estado. Sob esse prisma, se organiza o Estado segundo o princípio da divisão, interdependência e controle de seus poderes, da existência de um poder judicial independente, da supremacia do poder civil sobre o militar e da responsabilidade dos governantes perante a cidadania (PNUD, 2004, p. 58).

Um aspecto crucial do sistema legal é sua efetividade, o grau em que o Estado realmente organiza as relações sociais. Em um sistema legal democrático, nenhuma instituição estatal ou funcionário deveria negar-se ao controle legal de suas ações. Em uma dimensão territorial se supõe que o sistema legal se estende homogeneamente ao longo do espaço delimitado pelo Estado. No mesmo sentido, espera-se que o sistema jurídico dê o mesmo tratamento a casos similares, independentemente de considerações de classe, gênero, etnia ou outros atributos dos respectivos atores. Em todas essas dimensões, o sistema legal pressupõe um Estado eficaz, que não depende só de uma legislação apropriada mas também de uma rede de instituições estatais que operam para garantir o real império de um sistema legal democrático (PNUD, 2004, p. 58).

Na democracia, o sistema legal, começando por suas mais altas regras constitucionais, estabelece que os cidadãos, ao votarem em eleições limpas e institucionalizadas, são a fonte da autoridade que o Estado e o governo exercem sobre eles. Os cidadãos não são somente portadores de direitos e obrigações, eles são também a fonte e a justificativa da pretensão de mando e autoridade que o Estado e o governo invocam quando tomam decisões coletivamente vinculatórias. Esta é outra característica específica da democracia: fundamenta o direito de governar na soberania popular que se manifesta em eleições limpas e institucionalizadas. Todos os outros sistemas políticos fundamentam esse direito em outras fontes (PNUD, 2004, p. 58).

De tudo isso se depreende que um indivíduo não é, e nunca deveria, ser tratado como um súdito, um suplicante da boa vontade do governo e do Estado. Esse indivíduo – portador de um conjunto de direitos civis, sociais e políticos – tem pretensão legalmente sustentada de ser tratado com plena consideração e respeito. Esse tratamento deve estar baseado na implementação de leis e regulamentos que são preexistentes, claros e discerníveis por todos os cidadãos e sancionados em concordância com os procedimentos democráticos. Na medida em que as instituições estatais reconhecem esses direitos, elas podem ser consideradas mais ou menos democráticas, ou coerentes com as obrigações impostas a elas pela cidadania (PNUD, 2004, pp. 58-59).

Para Waldo Vieira³⁹, em geral fala-se muito em uma democracia e em uma socialização nunca plenamente alcançada ou vivida, mas mantendo-se uma ideologia capitalista-escravagista, gerando o nacionalismo míope, os patriotismos e as patriotadas, os ufanismos e as *uniões entre irmãos*. Aqui ainda funciona, quase sempre de modo inconsciente, a atuação do grupo sobre a maioria dos destinos conscienciais (VIEIRA, 2002, pp. 385-376). Waldo Vieira⁴⁰ também adverte que a democracia é relativa: «É muito difícil determinado Estado ser Democracia e Império ao

³⁹ VIEIRA, Waldo. *Projeziologia: panorama das experiências da consciência fora do corpo humano*. 5.ed. Rio de Janeiro: Instituto Internacional de Projeziologia e Conscienciologia IIPC, 2002.

⁴⁰ VIEIRA, Waldo. *Homo sapiens reurbanisatus*. Foz do Iguaçu: Associação Internacional do Centro de Altos Estudos da Conscienciologia – CEAEC, 2003.

mesmo tempo. Os Estados Unidos da América são os campeões da democracia. Contudo, ali, 60% da população não vota». Os jovens, os negros, os sem instrução escolar e os pobres estariam entre os estadunidenses não votantes.

Canotilho chama a atenção para o fato de que o «Estado constitucional não é nem deve ser apenas um Estado de Direito» (CANOTILHO, 2003, p. 97). E, utilizando-se também do pensamento de Jürgen Habermas e de E. W. Böckenförde, assinala:

Se o princípio do Estado de Direito se revelou uma “linha Maginot” entre “Estados que têm uma Constituição” e “Estados que não têm uma Constituição”, isso não significa que o Estado Constitucional moderno possa limitar-se a ser apenas um Estado de Direito. Ele tem de estruturar-se como *Estado de Direito democrático*, isto é, como uma ordem de domínio legitimada pelo povo. A articulação do “direito” e do “poder” no Estado constitucional significa, assim, que o poder do Estado deve organizar-se e exercer-se em termos democráticos. O princípio da soberania popular é, pois, uma das traves mestras do Estado constitucional. O poder político deriva do “poder dos cidadãos”. (CANOTILHO, 2003, pp. 91-92)

Ao analisar o princípio democrático como norma jurídica positivada na Constituição portuguesa de 1976, Canotilho salienta: da mesma forma que o princípio do Estado de Direito, «também o princípio democrático é um princípio jurídico-constitucional com dimensões materiais e dimensões organizativo-procedimentais». Aos problemas da legitimidade-legitimação da ordem jurídico-constitucional a Constituição oferece respostas em termos substanciais e em termos procedimentais: normativo-substancialmente, porque a Constituição condicionou a legitimidade do domínio político à prossecução de determinados fins e à realização de determinados valores e princípios (soberania popular, garantia dos direitos fundamentais, pluralismo de expressão e organização política democrática); normativo-processualmente, porque vinculou a legitimação do poder à observância de determinadas regras e processos (CANOTILHO, 2003, pp. 287-288).

O princípio democrático acolhe os mais importantes postulados da teoria democrática representativa: órgãos representativos, eleições periódicas, pluralismo partidário, separação de poderes. Da mesma forma, o princípio democrático implica democracia participativa, isto é, a estruturação de processos que ofereçam aos cidadãos efetivas possibilidades de aprender a democracia, participar nos processos de decisão, exercer controle crítico na divergência de opiniões, produzir iniciativas políticas democráticas. Com a consagração de uma inequívoca *dimensão representativa* do princípio democrático, a Constituição teve em conta não só a mudança estrutural dessa dimensão nos modernos Estados, mas também a necessidade de dar *eficiência, seletividade e racionalidade* ao princípio democrático. Afastando-se das concepções restritivas de democracia, a Constituição alicerçou a *dimensão participativa* como outra componente essencial da democracia. As premissas antropológico-políticas da participação são conhecidas: o homem só se transforma em homem através da autodeterminação e a autodeterminação reside

primariamente na participação política. Entre o conceito de democracia reduzida a um processo de representação e o conceito de democracia como otimização de participação, a Lei Fundamental «apostou» num conceito «complexo-normativo», traduzido numa relação dialética (mas também integradora) dos dois elementos – representativo e participativo (CANOTILHO, 2003, pp. 288-289).

O princípio democrático não se compadece com uma compreensão estática de democracia. Antes de mais, é um *processo de continuidade transpessoal* irreduzível a qualquer vinculação do processo político a determinadas pessoas. Por outro lado, a democracia é um processo dinâmico inerente a uma sociedade *aberta e ativa*, oferecendo aos cidadãos a possibilidade de desenvolvimento integral e de liberdade de participação crítica no processo político em condições de igualdade econômica, política e social (CANOTILHO, 2003, p. 289). Assim, o princípio democrático aponta «para um **processo de democratização** extensivo a diferentes aspectos da vida econômica, social e cultural» e deve ser entendido como «princípio informador do Estado e da sociedade. A democracia é, no sentido constitucional, *democratização da democracia*» (CANOTILHO, 2003, p. 290). Canotilho também enfatiza os princípios da soberania popular e da representação popular.

2.2.1. O princípio da soberania popular.

O princípio da soberania popular transporta sempre várias dimensões historicamente sedimentadas: (1) *o domínio político* – o domínio **de** homens sobre homens – não é um domínio pressuposto e aceito; carece de justificação quanto à origem, isto é, precisa de *legitimação*; (2) a *legitimação* do domínio político só pode derivar do próprio povo e não de qualquer outra instância «fora» do povo real (ordem divina, ordem natural, ordem hereditária, ordem democrática); (3) *o povo* é, ele mesmo, o titular da soberania ou do poder, o que significa: (a) de forma *negativa*, o poder do povo distingue-se de outras formas de domínio «não populares» (monarca, classe, casta); (b) de forma *positiva*, a necessidade de uma legitimação democrática efetiva para o exercício do poder (o poder e exercício do poder derivam concretamente do povo), pois o povo é o titular e o ponto de referência dessa mesma legitimação – ela vem do povo e a este se deve reconduzir; (4) *a soberania popular* – o povo, a vontade do povo e a formação da vontade política do povo – existe, é eficaz e vinculativa no âmbito de uma ordem constitucional *materialmente* informada pelos princípios da liberdade política, da igualdade dos cidadãos, de organização plural de interesses politicamente relevantes, e *procedimentalmente* dotada de instrumentos garantidores da operacionalidade prática desse princípio; (5) a *Constituição* material, formal e procedimentalmente legitimada, fornece o plano da construção organizatória da

democracia, pois é ela que determina os pressupostos e os procedimentos segundo os quais as «decisões» e as «manifestações de vontade do povo» são jurídica e politicamente relevantes (CANOTILHO, 2003, p. 292).

Como lembra Adriano Soares da Costa⁴¹, a cidadania é apanágio dos povos civilizados, que após lutas históricas conseguiram entronizar a soberania popular como fonte de todo o poder, invertendo fórmulas e concepções antigas, que viam no soberano a fonte exclusiva e única do poder, como reflexo e unção do poder divino. O Iluminismo, e com ele a ascensão da burguesia, iniciou por reivindicar a igualdade entre todos os homens, a ser consumada pelo amplo acesso de todos ao exercício da participação política. De conseguinte, como corolário dessa concepção que vicejou entre nós, deve-se compreender o conceito de *cidadania*, no Direito Constitucional brasileiro, como a soberania popular na livre escolha dos destinos da nação, exercida por todos e por cada um individualmente (COSTA, 2002, pp. 32-33). E prossegue:

Deve-se entender os termos *cidadania* e *soberania popular* como sinônimos, como vínculo jurídico-político do cidadão com o Estado, pelo qual exsurge o direito à participação política (direito de votar e ser votado), bem como deveres políticos para com o Estado (fidelidade à Pátria, prestação do serviço militar, obrigatoriedade do voto etc.)

Desvestido do conteúdo meramente político que tal signo desperta, podemos compreender a cidadania como o *direito público subjetivo à participação política*, vale dizer, ao exercício do direito de sufrágio e da elegibilidade, tal qual previsto no art.14, *caput*, da CF/88. Vista e compreendida como direito público subjetivo, a cidadania possui contornos estipulados pelo ordenamento jurídico, que determina seu conteúdo, seus pressupostos e seus limites, naquela compreensão de que o legislador é livre para determinar os efeitos jurídicos, sem embargo dos condicionamentos políticos e axiológicos, que operam no momento normogênico.

A cidadania deve ser compreendida como direito de sufrágio político, é dizer, como direito de votar nas eleições, *escolhendo* seus representantes; bem assim, como direito de candidatar-se a cargos públicos (direito de ser votado). Se é ponderável afirmar que a participação popular, no exercício da sua soberania, dá-se de outras maneiras, como aquelas previstas no art. 14 da Constituição, não é escusado dizer que as formas mais importantes do seu exercício são o ato de votar, pelo qual, nas democracias indiretas, o povo escolhe os seus representantes entre aqueles que concorrem nas eleições; e o ato de candidatar-se a cargo eletivo. (COSTA, 2002, pp. 33-34)

Cármén Lúcia Antunes Rocha⁴² também ressalta os atributos da cidadania e da soberania popular. Veja-se, textualmente:

Nessa Lei Fundamental de 1988, a cidadania significa o *status* constitucionalmente assegurado ao indivíduo de ser titular do direito à participação ativa na formação da vontade nacional, na concretização dessa vontade transformada em Direito definidor, tanto da institucionalização do Poder quanto da limitação das liberdades públicas, e no controle das ações do poder. Para que a sua participação seja livre, igual e

⁴¹ COSTA, Adriano Soares da. *Instituições de direito eleitoral: teoria da inelegibilidade: direito processual eleitoral: comentários à lei eleitoral*. 5.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

⁴² ROCHA, Cármén Lúcia Antunes. *República e federação no Brasil: traços constitucionais da organização política brasileira*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

eficiente, no sentido de impor-se como fundamento da Democracia, é que se constituem os direitos políticos que enfeixam o estatuto fundamental da cidadania.

[...]

A expressão “soberania popular”, empregada pelo constituinte, explicita a condição da titularidade do poder. Não apenas o seu titular é o povo, mas é esse que detém a soberania, o que significa afirmar-se, juridicamente, que a sua decisão é soberana, não a do seu representante, que apenas exerce em seu nome as competências pelas quais se cumprem as funções estatais. A legitimidade que torna soberana, no regime democrático, o exercício do poder pelo representante do povo é a que conforma a ação do representante à determinação do povo.

[...]

5.3.3 Voto é declaração livre de uma vontade formada e conformada ao indivíduo que a emite. O voto espelha a alma do cidadão. É o veículo de sua soberana presença no Poder. O sistema constitucional define o exercício do direito de votar, fixando as condições de que deve ser titular o cidadão para titularizar tal garantia.

O voto democrático qualifica-se pela liberdade, verdade e igualdade que nele se contém e por ele se demonstra.

O voto é uma das expressões mais nobres da liberdade do cidadão. Por isso mesmo ele tem que ser resultado de informação suficiente do cidadão sobre o objeto posto à sua escolha, sobre as conseqüências de seu ato e sobre os limites de sua ação.

Livre é o cidadão que conhece os dados que circundam a escolha que lhe é dado fazer. Por isso, não apenas a informação de momento ou a informação “de ocasião” bastam para a garantia do exercício livre do cidadão responsável. A educação política põe-se na base do direito ao livre desempenho do cidadão em seus direitos políticos fundamentais.

Somente com um cabedal de informações suficientes para que a sua escolha corresponda à sua vontade é que pode o cidadão exercer a sua condição crítica de opção e o seu voto ser resultado de uma alternativa, e não de mera falta de alternativa.

Ademais, sem uma sólida base de informações, o cidadão não alcança plenamente a sua maturidade política, não adquire a sua plena aptidão para a manifestação de convicção que seja sua e não a voz ditada de fora por outros.

Daí por que em condições de não-liberdade – como aqueles que, por estarem cumprindo pena, se excluem do exercício do voto – não se pode assegurar a manifestação. É que a própria condição em que se encontra o cidadão o deixa em desvalia de liberdade, sem a qual o voto não é declaração de vontade própria, mas manifestação imprópria de interesse subordinado, algemado, maculado em seu fundamento. (ROCHA, 1997, pp. 131-136)

Antonio Enrique Pérez Luño⁴³ salienta que há uma persistente necessidade de recorrer à soberania popular como critério básico para a legitimação democrática do poder (PÉREZ LUÑO, 1995, p. 203). A crise da função da soberania popular, a que aludem reiteradamente distintos setores do pensamento contemporâneo, corresponde a duas teorias, não apenas diferentes, mas também contraditórios. Da perspectiva ideológica conservadora, que renova as formas de elitismo tradicional ou se reveste com nova roupagem tecnocrática, se intenta substituir a legitimação democrática pela «expertocracia». Da óptica progressista, as formas lingüísticas da política se acham determinadas pelos fenômenos a que se aplicam e, por isso, a expressão «soberania popular», como idéia de um governo do povo, exige, hoje, para sua realização, alguns instrumentos que garantam e tutelem a participação efetiva de pessoas e grupos na atividade política. Mas, a plena consciência de que ditas garantias para serem eficazes não podem ser relegadas ao plano formal tem colocado ênfase nas condições socioeconômicas imprescindíveis para a realização desses objetivos. Essa é a razão pela qual na linguagem política

⁴³ PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Derechos humanos. Estado de derecho y Constitución*. 5.ed. Madrid: Tecnos, 1995.

atual as expressões «democracia social», «democracia econômica», «democracia popular», «participação democrática», se utilizem, em muitas ocasiões, como substitutivos da noção de soberania popular. Essas atitudes críticas tratam, em suma, de evitar que o princípio da soberania popular atue como cobertura para esconder realidades político-sociais alheias a suas exigências (PÉREZ LUÑO, 1995, pp. 203-204).

O princípio da soberania popular possui significação normativa e fática ao constituir o fundamento do sistema jurídico e o reflexo de uma determinada realidade sócio-política. Utilizando-se de ensinamento de Konrad Hesse, para quem a democracia é o princípio diretivo da ordem do processo político, Pérez Luño afirma que o princípio democrático expresso na idéia de soberania popular, longe de ser uma categoria abstrata ou puramente retórica, entranha uma resposta normativa ao problema da legitimação política nos planos material e formal. No primeiro, porque condiciona a legitimação constitucional do poder à participação política dos cidadãos, ao respeito aos seus direitos fundamentais e ao reconhecimento do pluralismo de iniciativas e alternativas sociais. No segundo, porque representa simultaneamente uma fórmula de racionalização do processo político e uma forma de limitação do poder estatal (PÉREZ LUÑO, 1995, p. 204).

A atuação normativa do princípio da soberania popular é uma condição para a democratização efetiva dos distintos processos e instituições estatais. Se dirige a garantir que qualquer exercício do poder por parte dos órgãos do Estado se dará em virtude de sua prévia legitimação popular e no interesse do povo. Mas, por outro lado, a necessidade de que o exercício da soberania popular se realize através das vias normativas que impõe o Estado de Direito supõe uma garantia frente a quem denuncia o perigo de que o princípio democrático poderia degenerar em governo totalitário da maioria de caráter decisionista e incompatível com as garantias formais do Estado de Direito. Vencendo esses temores, Hesse defende a possibilidade de uma síntese dialética entre democracia e Estado de Direito, a partir da qual os dois pólos se conjugam numa democracia do Estado de Direito e num Estado de Direito Democrático (PÉREZ LUÑO, 1995, pp. 204-205).

2.2.2. A representação política democrática.

A representação política da população, sob o ponto de vista organizatório-funcional, traduz-se num esquema de seleção fundamentalmente ancorado na eleição dos governantes através do qual: (1) se institui o exercício do poder político; (2) se institui o controle exercido pelos representados. A representação política não se identifica com *representatividade*. Entende-se por *representatividade* a correspondência real ou efetiva entre a composição de um colégio (órgão) representativo e os indivíduos ou grupos sociais dos quais ele é expressão. Um

órgão pode alicerçar-se num esquema de *representação* mais *representatividade*. Mas pode haver também dissociação: uma assembléia baseada na representação pode ter perdido representatividade; um órgão com representatividade, pode não ser um órgão de representação (CANOTILHO, 2003, pp. 545-546).

Maurizio Cotta⁴⁴ assinala que «a opinião corrente é geralmente concorde em identificar nas assembléias parlamentares periodicamente eleitas» (COTTA, 2000, p. 1101). Para esse autor,

O significado desse fenômeno se manifesta melhor se observarmos como o regime político representativo se coloca em oposição, por um lado, com os regimes absolutistas e autocráticos, desvinculados do controle político dos súditos e, por outro, com a democracia direta, ou seja, com o regime no qual, em teoria, deveria desaparecer a distinção entre governantes e governados. O sentido da representação política está, portanto, na possibilidade de controlar o poder político, atribuída a quem não pode exercer pessoalmente o poder. Assim, pode ser satisfeita a exigência fundamental que desde as primeiras e incertas origens fez surgir a instituição da representação, exigência expressa na Idade Média [...] Com base em suas finalidades, poderíamos portanto definir a representação com um “mecanismo político particular para a realização de uma relação de controle (regular) entre governados e governantes”. (COTTA, 2000, p. 1102)

E, mais:

O elemento fundamental do mecanismo de garantia da representação é dado pelas eleições dos organismos parlamentares (e em certos casos de outros organismos políticos). A Representação política pode definir-se, então, como uma *representação eletiva*. Não é suficiente, porém, um tipo qualquer de eleições. Trata-se de eleições competitivas e que ofereçam um mínimo de garantias de liberdade para expressão do sufrágio. Abaixo de um determinado nível de garantias, o processo eleitoral não se pode considerar um instrumento de realização da representação. (COTTA, 2000, p. 1104)

Canotilho assenta que a compreensão jurídico-constitucional da representação parlamentar não se reconduz ao modelo representativo liberal. A relação deputado-eleitores é hoje substituída por uma «referência triangular», onde converge relação entre os eleitores e os partidos e a relação entre os partidos e os deputados, além da referida relação eleitores-representantes. Daí a afirmada prevalência do mandato do partido sobre o do eleitorado (Duverger) e a consideração da dependência de deputado em relação ao partido como o «sucedâneo funcional do mandato imperativo» (Bobbio). E, referindo-se à Constituição portuguesa, diz que essa relevância constitucional da relação deputados-partidos está expressa, por exemplo, no fato de as eleições parlamentares implicarem necessariamente a mediação partidária (art. 151.º), na existência de grupos parlamentares com base partidária (art. 180.º), no regime de constituição das comissões parlamentares (art. 178.º) e na forma como o Estatuto de Deputados (Lei n.º 7/93, de 1-3,

⁴⁴ COTTA, Maurizio. *Representação política* (verbetes). In: MATTEUCCI, Nicola. PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*. 5.ed. Brasília: Universidade de Brasília; São Paulo: Imprensa Oficial do Estado, 2000, pp. 1101-1107.

com alterações posteriores que regula as vagas e substituições de deputados) (CANOTILHO, 2003, p. 628).

2.2.2.1. A representação democrática formal.

Sob o ponto de vista formal, o princípio da representação, como componente do princípio democrático, assenta-se nos seguintes postulados: (1) exercício jurídico, constitucionalmente autorizado, de «funções de domínio», feito em nome do povo, por órgãos de soberania do Estado; (2) derivação direta ou indireta da legitimação de domínio do princípio da soberania popular; (3) exercício do poder com vista a prosseguir os fins ou interesses do povo. Nisso se resumia a tradicional idéia de Lincoln: «governo do povo, pelo povo, para o povo». A Constituição elege como «modus» primário de realização da «vontade do povo» a *representação parlamentar*. A **representação democrática** significa, em primeiro lugar, a autorização dada pelo povo a um órgão soberano, institucionalmente legitimado pela Constituição (criado pelo poder constituinte e inscrito na lei fundamental), para agir autonomamente em nome do povo e para o povo. A representação (em geral parlamentar) assenta-se, assim, na *soberania popular*. Esta, por sua vez, e como se acentuou atrás, pressupõe a idéia de *povo igual*, vale dizer, o povo formado por cidadãos iguais, livres e autônomos e não por um povo distribuído, agrupado e hierarquizado em termos estamentais, corporativos ou orgânicos. É isso que se pretende realçar quando se fala da representação do povo como «a realização prática da soberania popular num Estado jurídico-constitucionalmente ordenado». Esta autorização e legitimação jurídico-formal concedida a um órgão «governante» (delegação da vontade) para exercer o poder político designa-se representação formal (CANOTILHO, 2003, p. 293).

2.2.2.2. A representação democrática material.

Mas a representação democrática constitucionalmente conformada não se reduz a simples «delegação da vontade do povo». A força (legitimidade e legitimação) do órgão representativo assenta-se também no conteúdo dos seus atos, pois só é possível afirmar a existência e a realização de uma **representação democrática material** quando os cidadãos (povo), para além das suas diferenças e concepções políticas, se podem reencontrar nos atos dos representantes, em virtude do conteúdo justo destes atos. Existe, pois, na representação democrática, um *momento referencial substantivo*, um *momento normativo* que, de forma tendencial, se pode reconduzir às três idéias seguintes: (1) representação como *atuação* (cuidado) no interesse de outros e, concretamente, dos cidadãos; (2) representação como *disposição para responder* (*responsiveness*, na terminologia norte-americana), isto é, sensibilização e capacidade de percepção

dos representantes para decidir em congruência com os desejos e necessidades dos representados, afetados e vinculados pelos atos dos representantes; (3) representação como *processo dialético entre representantes e representados* no sentido de uma realização atualizante dos momentos ou *interesses universalizáveis do povo* e existentes no povo (não em puras idéias de dever ser ou em valores apriorísticos) (CANOTILHO, 2003, p. 294).

2.2.3. O princípio da participação.

Abordando a o princípio da participação, Canotilho salienta que esse conceito é estreitamente vinculado com a *democratização da sociedade: democratizar a democracia através da participação* significa, em termos gerais, intensificar a *otimização da participação direta e ativa de homens e mulheres* no processo de decisão. E deve-se assinalar o relevo atribuído pela Constituição à «participação da população» na resolução dos problemas nacionais (CANOTILHO, 2003, p. 301).

Boaventura de Souza Santos entende que não apenas é possível mas também desejável a combinação de democracia representativa com a democracia participativa. Assim se expressa o autor:

As experiências estudadas neste projeto oferecem uma resposta alternativa para o problema democrático. Elas mostram que a capacidade de lidar com a complexidade cultural e administrativa não aumenta com o aumento das escalas. E mostram, sobretudo, que existe um processo de pluralização cultural e de reconhecimento de novas identidades que tem como conseqüência profundas redefinições da prática democrática, redefinições essas que estão além do processo de agregação próprio à democracia representativa.

A nosso ver existem duas formas possíveis de combinação entre democracia participativa e democracia representativa: coexistência e complementaridade. Coexistência implica uma convivência, em níveis diversos, das diferentes formas de procedimentalismo, organização administrativa e variação de desenho institucional. A democracia representativa em nível nacional (domínio exclusivo em nível da constituição de governos; a aceitação da forma vertical burocrática como forma exclusiva da administração pública) coexiste com a democracia participativa em nível local, acentuando determinadas características participativas já existentes em algumas democracias dos países centrais (Mansbridge, 1990).

A segunda forma de combinação, a que chamamos complementaridade, implica uma articulação mais profunda entre democracia representativa e democracia participativa. Pressupõe o reconhecimento pelo governo de que o procedimentalismo participativo, as formas públicas de monitoramento dos governos e os processos de deliberação pública podem substituir parte do processo de representação e deliberação tais como concebidos no modelo hegemônico de democracia. Ao contrário do que pretende este modelo, o objetivo é associar ao processo de fortalecimento da democracia local formas de renovação cultural ligadas a uma nova institucionalidade política que recoloca na pauta democrática as questões da pluralidade cultural e da necessidade da inclusão social. Tanto no caso do Brasil quanto no caso da Índia, os arranjos participativos permitem a articulação entre argumentação e justiça distributiva e a transferência de prerrogativas do nível nacional para o nível local e da sociedade política para os próprios arranjos participativos. A democracia representativa é convocada a integrar no debate político-eleitoral propostas de reconhecimento cultural e de inclusão social.

A concepção de complementaridade é diferente da de coexistência, porque, como vimos nos casos do Brasil e da Índia, ela implica uma decisão da sociedade política de ampliar a participação em nível local através da transferência ou devolução para formas participativas de deliberação de prerrogativas decisórias a princípio detidas pelos governantes. Assim, seja no caso do orçamento participativo no Brasil ou dos Panchayats na Índia, as assembleias regionais ou a decisão pelos conselheiros decorre de uma opção feita pela sociedade política de articular participação e representação.

Parece evidente que a primeira forma de articulação entre democracia participativa e democracia representativa, a coexistência, prevalece nos países centrais, enquanto a segunda, a complementaridade, começa a emergir nos países semiperiféricos e periféricos. Se assim for, é possível concluir que o aprofundamento da democracia não ocorre necessariamente a partir das mesmas características presentes nos países centrais onde a democracia foi primeiro introduzida e consolidada. As características que permitiram a originalidade democrática podem não ser necessariamente as mesmas características que permitem a sua reprodução ampliada e aprofundada. Por isso, o problema da inovação cultural e do experimentalismo institucional é ainda mais premente. As novas democracias devem, se tal perspectiva está correta, se transformar em novíssimos movimentos sociais, no sentido que o Estado deve se transformar em um local de experimentação distributiva e cultural. É na originalidade das novas formas de experimentação institucional que podem estar os potenciais emancipatórios ainda presentes nas sociedades contemporâneas. Esses potenciais, para serem realizados, precisam estar em relação com uma sociedade que aceite renegociar as regras da sua sociabilidade acreditando que a grandeza social reside na capacidade de inventar, e não de imitar (SANTOS, 2002, pp. 42-43).

Importante registrar que o Supremo Tribunal Federal já reconheceu exemplificativamente que na Constituição de 1988 prevêem-se oportunidades de participação popular na administração pública. Veja-se:

Além das modalidades explícitas, mas espasmódicas, de democracia direta – o plebiscito, o referendo e a iniciativa popular (art. 14) –, a Constituição da República aventa oportunidades tópicas de participação popular na administração pública (*v.g.*, art. 5º, XXXVIII e LXXIII; art. 29, XII e XIII; art. 37, § 3º; art. 74, § 2º; art. 187; art. 194, parág. único, VII; art. 204, II; art. 206, VI; art. 224).⁴⁵

Assim, se a representação implica interdependência entre forma e conteúdo e entre meios e fins, isso definitivamente não ocorre com a participação. A representação se obtém necessariamente por meio de eleições livres. Se a finalidade da eleição é dar concretude à representação, um dos fins da representação é garantir que periodicamente se realizem eleições livres, mantendo intacta a norma constitucional republicana que determina a permanente rotatividade no exercício do poder político, e de tal maneira que o povo possa avaliar e julgar o comportamento de seus representantes para, eventualmente, substituí-los por outros. Logo, a eleição é, ao mesmo tempo, fim e meio da representação. E simultaneamente a forma e o conteúdo da representação. Para que haja representação é imprescindível haver eleição. Já a participação prescinde de forma efetiva, já que inúmeros procedimentos há que, embora nada tenham a ver com eleição, no sentido de escolha de representantes, garantirão a participação popular, tais como audiências

⁴⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Ação Direta de Inconstitucionalidade 244/DF. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Brasília, 11 de setembro de 2002. *Diário da Justiça*, Primeira parte, Brasília, p. 19, 31 out. 2002.

públicas para discussão prévia do orçamento público, audiências públicas como requisito de validade da realização de certas licitações, julgamentos de crimes dolosos contra a vida pelo tribunal do júri (órgão com função jurisdicional composto por pessoas leigas, vale dizer, pelo próprio povo). Isso leva à necessidade de discussão do próprio direito de sufrágio.

2.2.4. O direito de sufrágio.

Canotilho diz que «o sufrágio também é um instrumento fundamental de realização do princípio democrático: através dele, legitima-se democraticamente a conversão da vontade política em posição de poder e domínio, estabelece-se a organização legitimante de distribuição dos poderes, procede-se à criação do “pessoal político” e marca-se o ritmo da vida política de um país. Daí a importância do **direito de voto** como direito estruturante do próprio princípio democrático e a relevância do *procedimento eleitoral justo* para a garantia da autenticidade do sufrágio» (CANOTILHO, 2003, p. 301). O autor aponta como princípios materiais do sufrágio o da universalidade do sufrágio, o da imediatidade de voto, o da liberdade de voto, o do sufrágio secreto e o da igualdade de sufrágio.

O sufrágio é universal quando dele resulta a proibição de impor qualquer restrição ao universo de eleitores (exceção feita aos requisitos inerentes à capacidade para votar). O voto também deve ser imediato. Não deve haver qualquer intermediação entre a vontade do cidadão votante e a escolha do mandatário entre os candidatos a determinado cargo: o nome do representante deverá resultar diretamente daquela vontade (isso exclui do princípio democrático os colégios eleitorais, nos quais o chefe de governo é eleito pelo voto dos representantes do povo no parlamento e não pelo próprio povo).

O princípio da liberdade de sufrágio significa garantir ao eleitor o exercício do direito de voto sem qualquer coação física ou psicológica de entidades públicas ou de entidades privadas. Do princípio da liberdade de voto derivaria, segundo Canotilho, a ilegitimidade da imposição legal do *voto obrigatório*. A liberdade de voto abrange, assim, o se e o como: *a liberdade de votar ou não votar e a liberdade no votar*. Dessa forma, independentemente da caracterização jurídica – direito de liberdade, direito subjetivo –, o direito de voto livre é mais extenso que a proteção do voto livre. Argumenta Canotilho que, na falta de preceito constitucional a admitir o voto como dever fundamental obrigatório (na Constituição portuguesa, de 1976), tem de considerar-se a imposição legal do voto obrigatório como viciada de inconstitucionalidade, na qual se considera o voto como *dever cívico* e não como *dever jurídico*⁴⁶. Nos tempos mais recentes, o princípio da

⁴⁶No Brasil essa discussão perde relevo na medida em que a Constituição Federal de 1988, em dispositivo do legislador constituinte originário, declara serem obrigatórios o alistamento eleitoral e o voto para os maiores de dezoito anos (art. 14, § 1º).

liberdade de voto passou a compreender-se também como *liberdade e igualdade na preparação do próprio ato eleitoral*. Essa perspectiva poderá tornar questionável a obrigatoriedade de filiação partidária para apresentação de candidaturas, deixando sem liberdade os cidadãos apartidários e inviabilizando a formação de «candidaturas independentes». A idéia de liberdade de voto é também colocada em causa a propósito das *pesquisas eleitorais*. Assinala-se, em termos críticos, a influência dessas sobre o processo de formação da vontade política e os indesejáveis efeitos de «band-wagon» (saltar para a carruagem dos mais fortes) e de «under-dog» (optar pelos marginais) (CANOTILHO, 2003, pp. 303-304).

O princípio do voto secreto significa que o cidadão eleitor guarda para si a decisão de voto. O voto secreto pressupõe, por isso, não só a pessoalidade do voto (o que excluiria, no seu devido rigor, o voto por procuração ou por correspondência), como a proibição de «sinalização» do voto (listas diferentes, papel, urnas). O princípio do sufrágio secreto é uma garantia da própria *liberdade de voto*. O segredo do voto atinge não apenas um reclamo de liberdade individual, mas também de moralidade na realização das eleições: para que o voto seja secreto ele deve ser também pessoal, o que impede que uma pessoa vote por outra e, portanto, que «ceda» (entenda-se: «venda») a outra o direito de voto. Além de exigir, como se disse, a proibição de «sinalização» do voto, pressupõe também a impossibilidade de uma reconstrução posterior do sentido da imputabilidade subjetiva do voto. Para Canotilho o caráter secreto do voto não é incompatível com a exigência de assinaturas individualmente reconhecidas e legalmente exigidas para a propositura de listas (*quorum* de proponentes) nem com a existência de listas públicas de apoio a candidaturas independentes ou partidárias⁴⁷. No entanto, como o direito de voto não é apenas um direito subjetivo, transportando também uma dimensão institucional, o cidadão eleitor não pode renunciar ao segredo de voto. A liberdade individual de voto e o voto livre no plano institucional condicionam-se reciprocamente (CANOTILHO, 2003, p. 304).

José Afonso da Silva⁴⁸, referindo-se expressamente ao Código Eleitoral (art. 103), lembra que o sigilo do voto é assegurado mediante as seguintes providências legais: (1) *uso de cédulas oficiais* em todas as eleições, de acordo com o modelo aprovado pelo Tribunal Superior Eleitoral; (2) *isolamento do eleitor em cabine indevassável* para o só efeito de assinalar na cédula o candidato de sua escolha e, em seguida, fechá-la; (3) *verificação da autenticidade da cédula oficial* à vista das rubricas dos mesários; (4) *emprego de urna que assegure a inviolabilidade do sufrágio e seja suficientemente ampla para que não se acumulem as cédulas na ordem em que forem introduzidas pelo próprio eleitor, não se admitindo que outro o faça* (SILVA, 2005, p. 360).

⁴⁷ No âmbito nacional, no entanto, o segredo do voto não tem impedido que o cidadão divulgue intenção de voto ao subscrever lista de apoio a determinada candidatura.

⁴⁸ SILVA, José Afonso da. *Op. cit.*

Os votos devem ter todos a mesma eficácia jurídica, vale dizer, o mesmo «peso». Sem o mesmo valor de resultado (consideração igual para distribuição de mandatos) não haveria igualdade dos cidadãos perante a lei. Da exigência de igual valor quanto ao resultado deriva também a exigência (para além da proporcionalidade) de não condicionamento da possibilidade de representação à obtenção de percentagens globais mínimas – proibição de cláusulas de barreira (CANOTILHO, 2003, p. 305). Disso decorre que ao cidadão-eleitor é vedado defraudar o princípio um homem, um voto, votando várias vezes no mesmo ou em locais diferentes. O eleitor só deve votar uma vez. A esse Canotilho denomina «princípio da unicidade», «corolário lógico do princípio da igualdade» (CANOTILHO, 2003, p. 306).

A dimensão representativa do princípio democrático também impõe o sufrágio periódico, assim como a renovação periódica dos cargos políticos. Nisso se traduz basicamente o princípio da periodicidade do sufrágio. Impede-se a vitaliciedade de mandatos, embora, através de sucessivas renovações da legitimidade eleitoral, possam existir, de fato, mandatos sem limites temporais. Por outro lado, o princípio democrático articula-se aqui com o princípio do Estado de Direito: a *duração* do período de exercício dos cargos deve ser previamente fixada no texto constitucional, proibindo-se qualquer alteração dessa delimitação temporal a não ser nos casos e pelas formas previstas na própria Constituição. A renovação dos cargos traduz-se, em geral, em eleições simultâneas ou sucessivas para os diferentes órgãos de soberania. O princípio democrático, articulado com o princípio do Estado de Direito, proíbe qualquer *alteração* ou *inversão legal da ordem de eleições*. *Poder a tempo, mudado no tempo constitucionalmente previsto*, é, pois, a consequência fundamental do princípio da renovação (CANOTILHO, 2003, p. 306). Sem que o povo tivesse a possibilidade de, a cada nova eleição, substituir seus representantes, estar-se-ia diante de uma ditadura, ainda que o mandato (que em tal situação teria um tempo indeterminado) tivesse se iniciado a partir de uma eleição.

2.2.5. O sistema eleitoral.

Ao falar de sistema eleitoral, Canotilho distingue o sistema proporcional, ligado à concepção participativa de democracia, do sistema majoritário, ligado ao conceito de democracia representativa (CANOTILHO, 2003, pp. 306-308). Estando ligado à própria concepção de sistema democrático, o sistema eleitoral constituiria matéria reservada à Constituição, não podendo ser tratado por lei infraconstitucional (lei ordinária). São as seguintes as palavras do autor:

Entre nós, os princípios fundamentais relativos ao sistema eleitoral não foram deixados à liberdade de conformação do legislador. Eles são *direito constitucional formal*. Isto significa que nas relações entre o sistema eleitoral e os elementos

componentes do princípio democrático – designadamente o princípio da igualdade – se estabeleceu uma *prevalência* e uma *reserva da Constituição*. Assim, o conteúdo da igualdade eleitoral não ficou dependente do sistema eleitoral, ou seja, o **princípio da igualdade eleitoral não é uma função do sistema eleitoral a regular pelo legislador**. Pelo contrário: o princípio da igualdade, juntamente com outros princípios constitucionais, possui um *carácter constitutivo* para a definição e conformação de todo o sistema eleitoral. Mas, para além das vinculações materiais que o legislador terá de observar, a Constituição não deixou espaço livre de decisão quanto ao ponto fundamental: a *escolha do próprio sistema eleitoral*. (CANOTILHO, 2003, p. 309)

José Alfredo de Oliveira Baracho⁴⁹ entende que a organização do escrutínio está ligada a aspectos do procedimento eleitoral: a liberdade de candidaturas, inelegibilidades e incompatibilidades. A campanha eleitoral apresenta questões como: financiamento, neutralidade do poder, o problema do rádio e da televisão e outras formas de propaganda eleitoral. E salienta que «a sinceridade do escrutínio é essencial, daí a necessidade de se combaterem pressões e fraudes eleitorais» (BARACHO, 1995, p. 4).

2.3. O princípio republicano.

Desde Maquiavel, sabe-se que o governo republicano é aquele que o povo, como um todo, ou somente uma parcela dele, possui o poder soberano, sendo que, como contraponto, a monarquia é aquele em que só um governa, mas de acordo com leis fixas e estabelecidas. Assim, em Maquiavel, a república aparece como oposição à monarquia (STRECK e MORAIS, 2003, p. 166).

As idéias republicanas aparecem como oposição ao absolutismo e, ao mesmo tempo, pela afirmação do conceito de soberania popular. Jefferson chegou a dizer que as sociedades sem governo são melhores que as monarquias... A república surge como aspiração democrática de governo, através das reivindicações populares. Buscava-se, além da participação popular, a limitação do poder. Além disso, a possibilidade de substituição dos governantes era um importante apelo em favor da forma de governo republicana (STRECK e MORAIS, 2003, p. 166).

Streck e Moraes apontam como características fundamentais da República, as seguintes: (1) temporariedade, porque o chefe de governo e o chefe do Estado recebe um mandato fixo, com proibição de reeleições sucessivas em parcela expressiva das repúblicas; (2) eletividade, porque na república o governante é eleito pelo povo; (3) responsabilidade, porque o chefe do governo e o chefe do Estado são politicamente responsáveis, devendo prestar contas (*accountability*) de sua orientação política na condução dos destinos do país (STRECK e MORAIS, 2003, p. 167).

Canotilho assinala que na Constituição portuguesa de 1976 estabelece-se o *respeito* pela forma republicana de governo como um dos limites materiais de revisão. Menciona que na

⁴⁹ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Teoria geral da cidadania: a plenitude da cidadania e as garantias constitucionais e processuais*. São Paulo: Saraiva, 1995.

Constituição de 1787 dos Estados Unidos da América, assim como na Constituição italiana de 1949, também há cláusula de imodificabilidade da forma republicana de governo. Entende que, em nível semântico, os enunciados lingüísticos das constituições parecem reiterar a existência de uma *forma republicana de governo, constitutiva de uma inarredável identidade constitucional*, mas, quando se trata de descobrir os traços caracterizadores dessa forma republicana as dificuldades são imensas. Isso ocorre, no seu ponto de vista, porque, no direito constitucional positivo, a Constituição portuguesa é omissa quanto à densificação expressa da forma republicana. Por outro lado, em termos de direito comparado, há sempre que perguntar se para lá de fórmulas lingüísticas idênticas ou semelhantes não haverá «memórias» e mensagens jurídicas e políticas substancialmente diferentes (CANOTILHO, 2003, p. 228).

De qualquer sorte, Canotilho vê como necessários à forma republicana de governo: (1) uma primeira dimensão jurídico-constitucional é da radical incompatibilidade de um governo republicano com o princípio monárquico (dimensão antimonárquica) e com privilégios hereditários e títulos nobiliárquicos (dimensão anti-aristocrática); (2) um segundo traço de «forma republicana de governo» reconduz à exigência de uma *estrutura político-organizatória* garantidora das liberdades cívicas e políticas; nesse sentido, a «forma republicana» aponta para a idéia de um arranjo de competências e funções dos órgãos políticos em termos de balanceamento, de freios e contrapesos (*checks and balances*); a «forma republicana de governo» não é tanto ou não é primordialmente uma «forma antimonárquica» mas um esquema organizatório de controle do poder; (3) em terceiro lugar, a forma republicana pressupõe um *catálogo de liberdades* (regime de liberdade) onde se articulem intersubjetivamente a *liberdade dos antigos* (direito de participação política) e a *liberdade dos modernos* (direitos de defesa individuais); (4) a «forma republicana de governo» aponta também para a existência de corpos territoriais autônomos (administração autônoma, *self-government*) que pode legitimar tanto um esquema territorial de natureza federativa (caso dos Estados Unidos da América) ou de autonomia regional (Itália) como de autarquias locais («poder local») de âmbito territorial mais restrito; (5) a «forma republicana de governo» reivindica uma *legitimação do poder político* baseada no povo («governo do povo»); num governo republicano a legitimidade das leis funda-se no princípio democrático (sobretudo no princípio democrático representativo) com a conseqüente articulação da *autodeterminação do povo* com o «governo de leis» e não «governo de homens»; aqui se insere a desconfiança congênita do republicanismo perante formas de poder pessoal (dinásticas, militares, religiosas); (6) a «forma republicana de governo» recolhe e acentua a idéia «antiprivilégio» no que respeita à definição dos *princípios e critérios ordenadores do acesso à função pública e aos cargos públicos*; de um modo geral, a forma republicana de governo prefere os critérios da *eletividade, colegialidade, temporariedade e pluralidade*, aos

critérios da designação, hierarquia e vitaliciedade; subjacentes a esses critérios estão outros princípios pressupostos pela forma republicana de governo como, por exemplo, os princípios da liberdade, da igualdade e do consenso; a mais moderna formulação do princípio da igualdade de acesso aos cargos públicos aponta para a idéia de oportunidade eqüitativa: a garantia do justo valor das liberdades políticas significa que esse valor, seja quais forem as posições sociais e econômicas dos cidadãos, tem de ser aproximadamente igual, ou, no mínimo, suficientemente igual, no sentido de que todos tenham uma oportunidade eqüitativa de ocupar cargos públicos e de influenciar o resultado das decisões políticas (CANOTILHO, 2003, pp. 228-230).

Como se viu anteriormente, Canotilho não menciona a federação como princípio estruturante do Estado constitucional. Não obstante, a enumeração do Professor português não é exhaustiva. Menciona alguns princípios estruturantes, não todos. Ademais, Canotilho registra, ao tratar do poder constituinte do povo, quando analisa a opção norte-americana pela invenção do federalismo:

[...] Mas não só isso: o *princípio republicano do povo* não tolerava a ideia de “centro político”, de “concentração unitarizante” do poder. O povo dos Estados Unidos era um “povo alargado” – *people-at-large* –, que não se reduzia ao “corpo eleitor” ou aos representantes das assembleias legislativas. Isto justificará o cuidado dos “federalistas” em seguir as sugestões dos “antifederalistas”: articular o poder constituinte do povo que faz uma constituição federal com a autonomia dos “Estados” e dos seus povos, ou seja, estabelecer uma concordância político-prática entre as vantagens da “união” e de uma lei constitucional unitária e os sentimentos republicanos dos Estados da federação. Neste sentido se afirmou já que o princípio legitimador da constituição americana de 1787 foi “muito mais a ideia federativa do que a ideia democrática”.

Por todos os motivos acabados de referir, pode dizer-se que a teoria do poder constituinte corresponde, no fundo, ao objectivo central (*core objective*) do constitucionalismo: a primeira função de uma ordem político-constitucional foi e continua sendo realizada através de um sistema de limites impostos àqueles que exercem o poder político. (CANOTILHO, 2003, pp. 70-71)

Afirmou-se, ainda, que a «forma republicana de governo» aponta também para a existência de corpos territoriais autônomos (administração autônoma, *self-government*) que pode legitimar tanto um esquema territorial de natureza federativa (caso dos Estados Unidos da América) ou de autonomia regional (Itália) como de autarquias locais («poder local») de âmbito territorial mais restrito (CANOTILHO, 2003, p. 229). O princípio federativo, dessa forma, pode ser visto como sub-princípio do princípio republicano.

É oportuno acrescentar que, originalmente, a adoção tanto do federalismo como da divisão de poderes e até mesmo do parlamento bicameral não tiveram motivação nobre. Os burgueses viam em tais instrumentos que hoje estão consolidados como garantias, como uma forma de verem garantida a proteção do patrimônio da minoria detentora do poder. Quem faz

essa análise é o grande Victor Nunes Leal⁵⁰ na palestra *A divisão de poderes no quadro político da burguesia*, proferida em 23 de agosto de 1954, à qual, posteriormente acrescentou as notas que aparecem entre colchetes na transcrição que, por mais extensa que possa parecer, é totalmente necessária:

Embora o reconhecimento de interesses básicos praticamente indiscutíveis, não seria aconselhável construir-se um Estado capaz de atuar de maneira efetiva, rápida, decisiva, porque haveria o risco (e aí vamos encontrar um dos segredos de toda essa estrutura), haveria o risco de que o Estado viesse a cair nas mãos dos inimigos da classe burguesa. E os inimigos da burguesia, uma vez posta a nobreza fora de combate, viriam a ser uma classe que mal nascia, que estava começando a aparecer, a classe dos assalariados. A este respeito há uma frase de Madison, que é muito ilustrativa. Madison, um dos convencionais de Filadélfia, mais tarde presidente dos Estados Unidos, disse, com rude franqueza, na convenção de Filadélfia (franqueza perfeitamente explicável, por terem sido secretos os trabalhos da convenção, cujas atas só muito mais tarde se divulgaram): “Não podemos ainda ser considerados como um corpo homogêneo (referia-se aos EUA), no qual todas as coisas que afetem uma parte do mesmo afetem igualmente a sua totalidade. Ao construir um sistema que desejamos que dure para as idades futuras, não devemos perder de vista a mudança que essas idades trarão consigo. Um acréscimo de população aumentará necessariamente a proporção daqueles que terão que sofrer os embates da vida, desejando secretamente uma melhor repartição dos seus benefícios. É possível que, com o tempo, estes superem os que se encontrem bem situados economicamente. *De acordo com as leis do sufrágio, o poder passará às mãos dos não possuidores...* E como temos de nos preservar disto, baseando-nos em princípios republicanos? Como vamos poder prevenir o perigo em todos os casos de coalizões interessadas em oprimir a minoria que devemos defender?”¹⁹ [19 Apud R.H.S. Crossman, *Biografia del Estado Moderno*, trad. de J.A. Fernandez de Castro, México 1941, pp. 99-100.] Pedimos atenção para a frase final: “Coalizões interessadas em oprimir a minoria que devemos defender”.

Tinha Madison plena consciência de que o Terceiro Estado – a burguesia – que se identificava a si mesma com o povo, era uma minoria, sobretudo seria uma minoria com o correr dos tempos; mas, como se identificava com o povo e dessa identificação hauria toda a força da sua combatividade e o prestígio moral da sua pregação, a burguesia era levada a expressar formulações teóricas de validade universal, que serviriam, mais tarde, para justificar inclusive as reivindicações da massa popular, que não integrava a burguesia, e tinha, ao contrário, interesses opostos aos dela. Ao dizer que todos nascem iguais, que todos tem direitos inerentes à pessoa humana e que no rol desses direitos se inclui a propriedade, logicamente, coerentemente, se reconhecia a qualquer do povo o direito, a possibilidade, a expectativa de vir a ser proprietário.

O desenvolvimento, contudo, da sociedade liberal, capitalista, não daria, realmente, essa oportunidade a todo mundo: remanesceria sempre uma grande parcela da sociedade, que não chegaria a ascender a um nível social satisfatório. E essa grande massa social, cada vez mais numerosa, tenderia a apelar para o Estado, no sentido de satisfazer, através dele, a sua reivindicação de participar, em escala mais ampla, dos benefícios da vida. Trataria, assim, através dos seus líderes próprios, de assaltar a cidadela do poder, dominar os órgãos do Estado, *para fazer funcionar o governo em seu favor*. E essa expectativa, em princípio, poderia ser realizada através do mecanismo da representação, isto é, das eleições.

Precisamente para prevenir essa possibilidade é que o Estado liberal foi construído com todas aquelas precauções. Se, eventualmente, as massas populares (adversas à burguesia, ou com pretensões contrárias aos *direitos* da burguesia) viessem a formar maioria em uma das Casas do parlamento, restaria o obstáculo representado pela outra. E os convencionais de Filadélfia foram hábeis, ao criarem uma segunda câmara que, não podendo ser hereditária, fosse protegida, na sua composição, por um mandato mais longo (seis anos), em contraposição ao da Câmara dos Representantes, que era apenas de dois. Além disso, o Senado se renovaria apenas pelo terço em cada biênio: desse modo, cada vez que se mudasse a Câmara dos

⁵⁰ LEAL, Victor Nunes [1954]. *Problemas de direito público e outros problemas*. 2v. Brasília: Imprensa Nacional, 1999.

Representantes, ficariam ainda 2/3 do Senado a representarem, presumivelmente, o pensamento da situação pretérita, o que dá à câmara alta uma posição normalmente conservadora.²⁰ [20 “Em resumo, a convenção defrontou-se com o problema de procurar o substitutivo para assegurar a propriedade, que na Inglaterra estava garantida pelo acatamento popular à oligarquia governante. Em lugar da obediência tradicional à autoridade, de um povo sujeito, ofereceram um sistema de equilíbrios e freios tão intrincado que dificilmente se poderia filtrar através de suas malhas uma gota do sentimento popular.” (Crossman, *ob. cit.*, p. 100).]

Se, apesar disso, as reivindicações populares atravessassem as duas Casas e não suscitassem o veto presidencial, ficando em condições de serem transformadas em leis, esta lei não poderia atingir os direitos fundamentais da burguesia, os quais foram inscritos na Constituição, através das emendas aprovadas em 1789 e ratificadas em 1791. Para alterar esses direitos seria necessário obedecer ao difícil e moroso formalismo da reforma constitucional. Se passasse na lei algum contrabando, para violar esses preceitos constitucionais, ali estaria, de alcatéia, a Corte Suprema, que foi dotada da prerrogativa de negar validade às leis inconstitucionais. E a atitude da Corte, que *construiu* essa doutrina, tem sido, notoriamente, conservadora.²¹ [21 “... um presidente ativamente liberal terá que ter presente a possível atitude da Corte relativamente às suas inovações, e terá que recordar que só um caso de extrema gravidade induzirá a Corte a renunciar à sua função histórica – a verdadeira obra de Marshall – de guardião dos direitos de propriedade” (Laski, *El Sistema Presidencial Norte-americano*, trad. de Eduardo Warshaver, B. Aires, 1948, p. 51). Vd. também Edward S. Corwin, “Judicial Review”, na *Encyclopaedia of the Social Sciences*.]

Assim, para que as reivindicações populares pudessem eventualmente converter-se em lei válida, exeqüível, seria preciso transpor um sem-número de obstáculos. Não poderia haver, portanto, um Estado mais bem estruturado para servir aos interesses da burguesia naquela fase histórica do que o Estado liberal, com poderes divididos, segundo o sistema dos freios e contrapesos. Montesquieu foi, sem dúvida, o grande construtor do liberalismo político, porque ele soube descrever essa forma de Estado de maneira magistral.

Aí está, portanto, explicado o verdadeiro sentido sociológico da divisão de poderes. Era um sistema concebido menos para impedir as usurpações do Executivo do que para obstar as reivindicações das massas populares (ainda em embrião, mas já carregadas de ameaça). (LEAL [1954], 1999, pp. 29-31)

Ainda sobre o princípio federativo é oportuno lembrar estudo realizado pelo Professor Paulo José Leite Farias⁵¹ por ocasião da elaboração de dissertação para obtenção do grau de mestre, na qual comprova que o federalismo, ontem e hoje, é instrumento de garantia de direitos fundamentais. Nessa obra, o mestre estuda a origem do federalismo norte-americano e brasileiro, demonstra a importância do federalismo na promoção dos direitos de liberdade (direitos fundamentais de primeira geração), na valorização da democracia participativa, na separação de poderes e na proteção de direitos sociais (FARIAS, 1999, p. 116).

Ao tratar do federalismo como sistema harmônico de separação de poderes e participação popular, o autor sustenta que, na federação, um princípio fundamental do ordenamento constitucional – o da separação dos poderes – apresenta um componente adicional: a separação vertical dos poderes. Ao lado da clássica decomposição e divisão dos poderes estatais, no Estado unitário ou central, em executivo, legislativo e judiciário (a chamada separação horizontal dos poderes), na federação, ocorre a decomposição e a divisão dos poderes estatais em Estado central e em Estados-membros. A esfera do domínio estatal divide-se adicionalmente em

⁵¹ FARIAS, Paulo José Leite. *Competência federativa e proteção ambiental*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999.

União e em Estados-membros (a chamada separação vertical dos poderes) (FARIAS, 1999, p. 116). E explica:

Na Federação, a separação vertical dos poderes permite que as decisões políticas e técnicas sejam tomadas com maior transparência, reflexão e equilíbrio e, portanto, com maior controle, pois a União e os Estados-membros possuem competências limitadas; o poder de domínio do Estado é adicionalmente dividido e a tendência à concentração do poder pode ser combatida. Na Federação, o Estado-central e os Estados-membros dispõem, apenas, de poucas competências exclusivas, que podem ser exercidas apenas por eles sem a participação de representantes de outros planos da organização política.

A União e os Estados-membros, devido às suas atribuições de poderes limitados e às possibilidades daí resultantes, de impedimento e de suspensão, dependem um do outro se pretendem exercer política eficaz. *A obrigação de cooperar para exercer o domínio de forma eficaz, ao contrário do Estado unitário, é fortalecida na Federação.*

O Estado central e os Estados-membros podem controlar e influenciar um ao outro. Dessa maneira, o sistema do “*balance of power*” e o “*system of checks and balances*” são fortalecidos na Federação e o Estado de Direito é conseqüentemente intensificado. Por intermédio da separação dos poderes, da limitação de poder e do equilíbrio entre os poderes, o Estado de Direito possibilita e garante a dignidade humana, a liberdade e a justiça.

Consoante indica Heinz Laufer “isso, contudo, apenas é possível se o monopólio partidário não dominar também a Federação”.¹⁴¹ [141 Laufer, Heinz. “Os princípios e a estrutura organizativa do ordenamento federativo”. In *O federalismo na Alemanha* Traduções, nº 7, São Paulo. Centro de Estudos Konrad-Adenauer-Stiftung, 1995, p. 36. Publicado originalmente em *Lexikon der Politik*, vol. 3, München. Dieter Nohlen, 1992.]

No mesmo sentido, Maria Tereza Aina Sadek afirma:

A prática de eleições não é suficiente para caracterizar um regime como democrático. Nem toda eleição tipifica o sistema político como pluralista e aberto. Regimes autoritários e até totalitários têm recorrido ao mecanismo eleitoral de escolha, com finalidades diversas. Para que as eleições sejam, de fato, a base do sistema democrático, é necessário que tenham importância decisiva no processo político, que haja plena liberdade de eleger e de ser eleito, e que dessa prática possam resultar mudanças na composição e/ou na orientação do governo. *O regime democrático apóia-se, pois, em uma série de mecanismos institucionais cuja eficácia repousa, em última análise, na confiabilidade dos resultados eleitorais.*

É claro que estas exigências admitem gradações, sendo então possível falar em graus de democratização. Um sistema político será tanto mais democrático quanto menos restritivos forem os direitos à participação e à escolha entre ofertas políticas diferentes, e quanto mais capazes se mostrem de produzir efeitos na composição ou na orientação do poder.¹⁴² (grifo nosso) [142 Sadek, Maria Tereza Aina. *A Justiça Eleitoral e a consolidação da democracia no Brasil* (Pesquisas nº; 4, São Paulo Centro de Estudos Konrad-Adenauer-Stiftung, 1995, p. 1.)

Explorando essa última assertiva no que se refere a menor restrição dos direitos à participação, demonstrar-se-á que o modelo federativo possibilita uma efetiva participação do cidadão no Estado (*status activus*), além de permitir uma efetiva separação dos poderes. (FARIAS, 1999, pp. 116-118)

Ao analisar o *princípio republicano* no Brasil, José Afonso da Silva adverte que a Constituição de 1988 (art. 1º) não instaura a república. Recebe-a da evolução constitucional, desde 1889. Mantém-na como princípio fundamental da ordem constitucional. Desde a Constituição de 1891, a *forma republicana de governo* figura como princípio constitucional, hoje não mais protegido contra emenda constitucional, como nas constituições anteriores, já que a forma republicana não mais constitui núcleo imodificável por essa via; só a forma federativa continua a

sê-lo (art. 60, § 4º, I). Mas o princípio é protegido *contra os Estados*, prevista a intervenção federal naquele que o desrespeitar (art. 34, VII, *a*) (SILVA, 2005, p. 103).

O princípio republicano não deve ser encarado do ponto de vista puramente formal, como algo que vale por sua oposição à forma monárquica. José Afonso da Silva lembra que Ruy Barbosa já dizia que o que discrimina a forma republicana não é apenas a coexistência dos três poderes, indispensáveis em todos os governos constitucionais, mas, sim, a condição de que, sobre existirem os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, os dois primeiros derivem, realmente, de eleições populares. Isso significa que a forma republicana implica a necessidade de legitimidade popular do Presidente da República, Governadores de Estado e Prefeitos Municipais (arts. 28, 29, I e II, e 77), a existência de assembleias e câmaras populares nas três órbitas de governos da República Federativa (arts. 27, 29, I, 44, 45 e 46), eleições periódicas por tempo limitado que se traduz na temporariedade de mandatos eletivos (arts. *cits.*) e, conseqüentemente, não vitaliciedade dos cargos políticos, prestação de contas da administração pública (arts. 30, III, 31, 34, VII, *d*, 35, II e 70-75) (SILVA, 2005, pp. 103-104).

Essas considerações a respeito dos diferentes aspectos da noção de república bastam para enfatizar alguns elementos essenciais do princípio democrático (princípio diretamente relacionado com o tema desta monografia) que não são comuns ao conceito de república. O conceito de república admite concepções exclusivamente materiais e concepções exclusivamente formais, instrumentais. Essa dicotomia não é possível quando se trata do conceito de democracia, que é simultaneamente material e formal. É que, se democracia implica igualdade e liberdade de participação no processo político, a igualdade no exercício desse direito de participação não admite pluralidade de meios, mas apenas o meio das eleições livres e periódicas – melhor dizendo: ainda que, porventura a democracia participativa admita outras formas de exercício, a democracia como um todo, e portanto a democracia representativa, não pode prescindir do sufrágio.

3. Agentes públicos.

Colocadas essas premissas, é oportuno refletir sobre aspectos relacionados com o regime jurídico a que se submetem os representantes do povo e aqueles que, mesmo não sendo representantes, exercem funções decorrentes do poder político.

Como se acentuou anteriormente, os representantes, titulares que são de mandatos, desempenham funções de Estado e devem ser eleitos. Mas há outros agentes que também desempenham funções de Estado. Surge então a necessidade de verificar as formas por meio das quais as demais pessoas que exerçam funções públicas sem serem representantes do povo – ou pelo menos uma parte delas – devam ser alçadas aos respectivos postos.

De uma maneira geral, os teóricos tratam do tema dos agentes públicos juntamente com o dos servidores públicos (não parece haver controvérsia quanto à idéia de «servidor público» como sendo espécie do gênero «agente público»). Diógenes Gasparini⁵² não o faz, tratando-os em capítulos distintos. Contudo, seu amplo conceito de agente público não é muito diferente do de seus pares. Segundo ele, agentes públicos podem ser definidos como «todas as pessoas, físicas ou jurídicas, que sob qualquer liame jurídico e algumas vezes sem ele prestam serviços à Administração Pública ou realizam atividades que estão sob sua responsabilidade» (GASPARINI, 1993, p. 41). O que há em comum entre todos os agentes públicos é o fato de serem dotados de uma personalidade independente da do próprio Estado e de receberem dele – por meio de uma exigência ou simples consentimento – a prerrogativa de agir em seu nome.

José Cretella Junior⁵³ chama de agentes públicos «todas as pessoas físicas que participam de maneira permanente, temporária ou acidental, da atividade do Estado, seja por atos jurídicos, seja por atos de ordem técnica e material» (CRETELLA JUNIOR, 2000, p. 413). Lembra o autor que essa expressão não engloba apenas «os indivíduos “engajados” pelo Estado ou pelos corpos locais em virtude de um título de direito público [...], mas em geral todos aqueles que, sem distinção de função, são chamados, de um modo ou de outro, para colaborar no funcionamento dos serviços destes “corpos” públicos» (CRETELLA JUNIOR, 2000, p. 413).

Hely Lopes Meirelles⁵⁴, a seu turno, ensina que agentes públicos «são todas as pessoas físicas incumbidas, definitiva ou transitoriamente, do exercício de alguma função estatal» (MEIRELLES, 1991, p. 66). Para ele, os agentes públicos são o gênero, que admite as seguintes espécies ou categorias: agentes políticos, agentes administrativos, agentes honoríficos, agentes delegados, agentes credenciados (MEIRELLES, 1991, p. 67).

Os demais teóricos pátrios, a começar por Celso Antonio Bandeira de Mello⁵⁵, apresentam uma classificação tripartite: agentes políticos, servidores públicos e particulares em colaboração com o poder público. Valendo-se de tipologia semelhante à de Bandeira de Mello, Diógenes Gasparini assim classifica os agentes públicos: agentes políticos, servidores públicos, agentes temporários e agentes de colaboração. Os agentes de colaboração podem ser diferenciados entre si, segundo sua colaboração se dê: por vontade própria, por compulsão; ou por concordância. Quanto aos servidores públicos, essa espécie compreende as subespécies:

⁵² GASPARINI, Diógenes. *Direito administrativo*. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 1993.

⁵³ CRETELLA JUNIOR, José. *Curso de direito administrativo*. 17.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

⁵⁴ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 16.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

⁵⁵ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 8.ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

servidores públicos civis, servidores públicos militares e servidores governamentais (GASPARINI, 1993, p. 43).

3.1. Agentes políticos.

De acordo com Hely Lopes Meirelles, «*agentes políticos* são os componentes do Governo nos seus primeiros escalões, investidos em cargos, funções, mandatos ou comissões, por nomeação, eleição, designação ou delegação para o exercício de atribuições constitucionais» (MEIRELLES, 1991, p. 67). Acrescenta ainda que os agentes políticos «atuam com plena liberdade funcional, desempenhando suas atribuições com prerrogativas e responsabilidades próprias, estabelecidas na Constituição e em leis especiais. Têm normas específicas para sua escolha, investidura, conduta e processo por crimes funcionais e de responsabilidade, que lhes são privativos» (MEIRELLES, 1991, p. 67). Pode-se acrescentar que, a partir da Emenda Constitucional 19, de 4 de junho de 1998, que acrescentou o § 4º ao artigo 39 da Constituição da República, esses agentes não mais percebem vencimentos, mas, sim, subsídios⁵⁶. Para o autor, parece ser suficiente à classificação como agente político a independência com que determinado agente público exerce as atribuições que são de sua competência. Inclui portanto em tal conceito não apenas os chefes de Executivo e seus auxiliares imediatos como ministros e secretários de Estado e de Município, os parlamentares, mas também os magistrados, os promotores de justiça, os membros dos tribunais de contas, os representantes diplomáticos e demais autoridades que atuem com independência funcional no desempenho de atribuições governamentais, judiciais ou quase-judiciais, estranhas ao quadro do serviço público (MEIRELLES, 1991, p. 69).

Outros autores incluem entre os agentes políticos tão-somente os chefes do Poder Executivo federal, estadual e municipal e os ministros e secretários de Estado e de Município, além de senadores, deputados e vereadores, ainda que tais auxiliares não sejam eleitos. A relação jurídica que os vincula ao Estado nunca é contratual, mas apenas estatutária. Bandeira de Mello conceitua agente político como «os titulares dos cargos estruturais à organização política do País, ou seja, ocupantes dos que integram o arcabouço constitucional do Estado, o esquema fundamental do Poder. Daí que se constituem nos formadores da vontade superior do Estado» (MELLO, 1993, p. 123).

Maria Sylvia Zanella Di Pietro⁵⁷ também critica o conceito de Meirelles para agente político, preferindo aquela, mais restrita, que se liga indissociavelmente às idéias de

⁵⁶ BRASIL. Constituição da República Federativa do (1988). Art. 39: «§ 4º - O membro de Poder, o detentor de mandato eletivo, os Ministros de Estado e os Secretários Estaduais e Municipais serão remunerados exclusivamente por subsídio fixado em parcela única, vedado o acréscimo de qualquer gratificação, adicional, abono, prêmio, verba de representação ou outra espécie remuneratória, obedecido, em qualquer caso, o disposto no art. 37, X e XI».

⁵⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 5.ed. São Paulo: Atlas, 1993.

governo e de função política. Com isso ficariam excluídos do conceito de agentes políticos aqueles que exercem a função jurisdicional de maneira típica e, portanto, de natureza não política (os membros do Poder Judiciário), aqueles que exercem funções essenciais à justiça (membros do Ministério Público, da Advocacia Geral da União, da Defensoria Pública) e aqueles que exercem função de auxílio técnico ao Poder Legislativo em sua ação fiscalizadora (membros dos Tribunais de Contas) (DI PIETRO, 1993, pp. 353-354).

Quanto aos auxiliares do chefe do Poder Executivo, se por um lado exercem função que, a princípio, é tipicamente política e não profissional, por outro são alçados aos postos públicos por meio de nomeação e não de eleição. Não possuem, portanto, um mandato, em razão do que não possuem qualquer independência política ou mesmo administrativa relativamente a quem os nomeou, além de poderem ser demissíveis *ad nutum*. Plena garantia de permanência no exercício da função pública possuem apenas os agentes políticos eleitos – ainda que por prazo certo e determinado, coincidente com o de seus mandatos – e os servidores públicos concursados, mas não aqueles que são nomeados em razão de uma relação de confiança que inspira a autoridade competente para a nomeação.

Não obstante, esses autores entendem que os membros do Poder Judiciário, do Ministério Público, dos tribunais de contas e agentes diplomáticos não exercem função de natureza política. A classificação de Hely Lopes Meirelles, contudo, é mais consentânea com os dispositivos constitucionais pertinentes: a uma, porque a legitimidade da atuação dos agentes políticos decorre do próprio texto constitucional, não estando submetidos a nenhuma hierarquia, já que são funcionalmente independentes; a duas, porque a corrente que extrai da classificação de agentes políticos todos aqueles que não foram legitimados pelo voto popular e seus auxiliares imediatos não os incluem em nenhuma outra categoria.

3.2. Agentes administrativos.

Agentes administrativos são todos aqueles que se vinculam à administração pública direta ou indireta, por relações profissionais, sujeitos à hierarquia funcional e ao regime jurídico determinado pela entidade estatal a que servem. Necessário advertir que esses não são membros de poder do Estado, nem o representam e tampouco exercem atribuições políticas ou governamentais (MEIRELLES, 1991, p. 70). Os agentes administrativos podem ser assim classificados: (1) servidores públicos concursados (CF, art. 37, II); (2) servidores públicos exercentes de cargos ou empregos em comissão, titulares de cargo ou emprego público (CF, art. 37, V); (3) servidores temporários, contratados «por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público» (CF, art. 37, IX, disciplinado pela Lei 8.745, de 9 de dezembro de

1993, alterada pela Lei 9.849, de 26 de outubro de 1999 e pela Lei 10.667, de 14 de maio de 2003, entre outras).

As características essenciais dos agentes administrativos, portanto, podem ser assim estabelecidas: (1) a profissionalidade; (2) a dependência do relacionamento; e (3) a perenidade da relação de trabalho (GASPARINI, 1993, p. 123). A despeito do regime jurídico a que esteja submetido, é servidor público o indivíduo que mantenha relação jurídica com o Estado por meio da qual esteja obrigado a prestar-lhe um serviço equivalente ao exercício de uma atividade profissional (a relação tem, portanto, uma natureza profissional e não política), para o qual não possui nenhuma autonomia e que deve ser prestado em caráter permanente e não eventual. Note-se bem: a necessidade do serviço deve ser permanente e não a relação jurídica por meio da qual um indivíduo certo e determinado presta tal serviço. Esse esclarecimento é importante porque os servidores ocupantes de cargos de provimento em comissão têm uma passagem temporária pela Administração Pública, muito embora os serviços que sejam de sua competência – porque constituem as funções inerentes aos cargos que ocupam – são de permanente utilidade para a administração pública.

Os cargos públicos, dos quais são titulares os agentes administrativos, são acessíveis aos brasileiros que preencham os requisitos legais, diz expressamente a Constituição da República (art. 37, I). Esses requisitos não são instituídos por lei nacional, mas sim por lei da pessoa política a cuja estrutura administrativa o cargo pertence. Na medida em que a Constituição de 1988 faculta ao legislador infraconstitucional a criação de outras condicionantes ao provimento dos cargos públicos – além da cidadania brasileira, estipulada por ela mesma –, prevê a possibilidade de redução do universo de potenciais pretendentes a qualquer cargo.

A Emenda Constitucional 19, de 1998, autorizou, novamente, a contratação de servidores sob o regime trabalhista, com a disciplina da Consolidação das Leis do Trabalho, ao modificar a Constituição Federal (art. 37, inc. I). Embora esses servidores sujeitem-se ao regime celetista, submetem-se a todas as normas constitucionais referentes a requisitos para a investidura, acumulação de cargos, vencimentos, entre outras previstas no Capítulo VII do Título III da Constituição da República.

O ingresso no quadro funcional dá-se por concurso público ou por livre escolha. O concurso deve necessariamente prever a realização de provas, podendo também – desde que haja determinação legal – prever a pontuação dos candidatos em razão de seus títulos, tudo de acordo com o edital de concurso. O concurso, nos termos da Constituição da República, há de ser público, vale dizer, aberto a todos os interessados que demonstrem preencher os requisitos legais para provimento do cargo disputado por eles. Não obstante, admite-se a realização de concursos internos para a elevação do servidor na carreira por meio de promoção ou acesso. Isso

não quer dizer que deva necessariamente ser feito concurso para a investidura derivada em cargo público (o preenchimento de determinado cargo por servidor que já ocupava anteriormente cargo diverso, ao qual fora guindado por investidura originária). Outros mecanismos poderão ser previstos, como, por exemplo, o acesso por critérios alternados de merecimento e antigüidade.

Quanto ao ingresso por livre escolha da autoridade competente para a nomeação, há que observar que, se por um lado a pessoa escolhida ingressa no quadro sem qualquer esforço, não possui também nenhuma garantia de nele permanecer. A livre nomeação e exoneração de servidores ocupantes de cargos de provimento em comissão constituem o melhor exemplo da discricionariedade do administrador público (discricionariedade essa totalmente ausente de sua conduta quando se trata de servidor concursado, relativamente ao qual a atuação administrativa deve ser totalmente vinculada). Necessário observar, no entanto, que devem ser observados os ditames da Constituição de 1988, modificada pela Emenda Constitucional 19, de 1998, para a nomeação para funções de confiança que ela recaia sobre alguém que mantenha vínculo jurídico como servidor efetivo com a administração pública, assim como os cargos em comissão, que devem ser preenchidos por servidores de carreira nos casos, condições e percentuais mínimos previstos em lei⁵⁸.

A propósito, também é importante ter em mente que o administrador público não pode escolher para cargo em comissão pessoas com as quais tenha determinado vínculo de parentesco. Assim é que o Conselho Nacional de Justiça editou a Resolução 7, de 18 de outubro de 2005, que veda a nomeação de parentes de magistrados, até o terceiro grau, para cargos de chefia, direção e assessoramento no Poder Judiciário⁵⁹. A Resolução do Conselho causou reação contrária em quase todos os âmbitos. Para pacificar a questão e conter liminares concedidas por diversos tribunais favoráveis à permanência de parentes em cargos de provimento em comissão, a Associação dos Magistrados Brasileiros ajuizou no Supremo Tribunal Federal ação declaratória de constitucionalidade. O Supremo Tribunal Federal acolheu o pleito e declarou a constitucionalidade da Resolução, com efeitos vinculantes para todos os órgãos do Poder Judiciário.

No julgamento, o ministro Carlos Britto, relator da ação declaratória de constitucionalidade, destacou que, em respeito aos princípios constitucionais da moralidade, da eficiência, da impessoalidade e da igualdade «deve-se tomar posse nos cargos, e não dos cargos». O ministro Eros Grau seguiu o voto do relator e afirmou que «o rompimento das relações de trabalho dos nomeados para cargos de confiança no Poder Judiciário, dentro das regras

⁵⁸ BRASIL. Constituição da República Federativa do (1988). Art. 37: «V - as funções de confiança, exercidas exclusivamente por servidores ocupantes de cargo efetivo, e os cargos em comissão, a serem preenchidos por servidores de carreira nos casos, condições e percentuais mínimos previstos em lei, destinam-se apenas às atribuições de direção, chefia e assessoramento».

⁵⁹ *Diário da Justiça*. 14 nov. 2005, p. 19.

estabelecidas na Resolução do Conselho Nacional de Justiça, atenderá às imposições da moralidade e da impessoalidade administrativas». De acordo com ministro Joaquim Barbosa, «a legitimidade da Resolução é inquestionável, pois estabelece regras que buscam dar efetividade aos princípios da moralidade e da impessoalidade administrativas». É também dele a afirmação de que «a resolução obedece plenamente os princípios da igualdade e da moralidade». O ministro Cezar Peluso classificou o nepotismo como prática perniciosa ao interesse público e salientou que a questão deve ser tratada sob o princípio constitucional da impessoalidade. Esse princípio, segundo o ministro «está ligado à idéia da eficiência da administração pública e atua, sobretudo, como uma limitação ao exercício do poder discricionário de nomear funcionários em cargos em confiança». O ministro Celso de Mello, por sua vez, esclareceu que o Conselho Nacional de Justiça definiu, ao editar a Resolução, normas destinadas a impedir a formação de grupos familiares visando a patrimonialização do poder governamental. Ele acrescentou que a Resolução justifica-se plenamente em função da necessidade fundamentada na essencial distribuição que se impõe entre o espaço público e o privado. Seguindo essa mesma linha de raciocínio votaram os ministros Gilmar Mendes, Sepúlveda Pertence, Nelson Jobim e Ellen Gracie. O único voto dissonante foi do ministro Marco Aurélio que votou pelo indeferimento da liminar sem, entretanto, defender a prática do nepotismo, mas questionando, tão somente, o poder normativo do Conselho Nacional de Justiça.

Vê-se, pois, que com pequenas diferenças de ênfase, todos os ministros do Supremo Tribunal Federal concordam que as nomeações de parentes, até o terceiro grau, para o exercício de cargos de chefia, direção e assessoramento ferem os princípios da moralidade, impessoalidade, eficiência, e igualdade; sendo os dois primeiros citados por quase todos.

Esses princípios constitucionais aplicados ao Poder Judiciário têm o mesmo efeito em relação aos demais Poderes (Executivo e Legislativo) assim como ao Ministério Público. Se a decisão do Supremo Tribunal Federal foi baseada nos princípios constitucionais, não pode ser aplicado única e exclusivamente ao Judiciário. O raciocínio é simples, os princípios constitucionais da moralidade, impessoalidade, igualdade e eficiência que regem o Poder Judiciário e que foram corretamente interpretados pelo Conselho Nacional de Justiça quando da edição da Resolução 7, de 2005, vedando a contratação de parentes de magistrados, até o terceiro grau, para cargos de chefia, direção e assessoramento no Poder Judiciário, também são aplicáveis ao Poder Executivo, e ao Poder Legislativo.

O esforço para regular a matéria por meio de emenda constitucional ou através de lei é bem-vindo, mas desnecessário, na medida em que já se encontra implicitamente proibida a nomeação de parentes pela simples interpretação dos preceitos constitucionais. A discussão nos órgãos legislativos, da forma como tem sido posta, passa a impressão de que o legislador

ordinário tem liberdade, inclusive, para permitir o nepotismo, o que é incongruente com o entendimento do Supremo Tribunal Federal. Toda discussão sobre permitir o nepotismo por meio de lei ou emenda constitucional é inócua, na medida em que o Supremo Tribunal Federal firmou entendimento de que essa prática fere os princípios constitucionais já citados anteriormente.

3.3. Agentes honoríficos.

Agentes honoríficos «são cidadãos convocados, designados ou nomeados para prestar, transitoriamente, determinados serviços ao Estado, em razão de sua condição cívica, de sua honorabilidade ou de sua notória capacidade profissional, mas sem qualquer vínculo empregatício ou estatutário e, normalmente, sem remuneração» (MEIRELLES, 1991, pp. 70-71).

Na Lei 9.608, de 18 de fevereiro de 1998, considera-se serviço voluntário «a atividade não remunerada, prestada por pessoa física a entidade pública de qualquer natureza, ou a instituição privada de fins não lucrativos, que tenha objetivos cívicos, culturais, educacionais, científicos, recreativos ou de assistência social, inclusive mutualidade» (art. 1º). Tal serviço não gera vínculo empregatício, nem obrigações de natureza trabalhista, previdenciária ou afim entre prestador e tomador. A lei permite o ressarcimento das despesas comprovadamente realizadas pelo prestador, desde que estejam autorizadas pela entidade a que for prestado o serviço voluntário. Somente para fins penais é que esses agentes são equiparados a funcionários públicos, nos expressos termos do Código Penal (art. 327). Os serviços prestados pelos agentes honoríficos constituem os chamados *múnus público*, ou serviços públicos relevantes, de que são exemplos a função de jurado, de mesário eleitoral, de comissário de menores, de presidente ou membro de comissão de estudo ou de julgamento e outros dessa natureza (MEIRELLES, 1991, p. 71). Dessa forma, vê-se que agentes honoríficos nem sempre prestam seus serviços de forma voluntária.

3.4. Agentes delegados.

Agentes delegados «são particulares que recebem a incumbência da execução de determinada atividade, obra ou serviço público e o realizam em nome próprio, por sua conta e risco, mas segundo as normas do Estado e sob permanente fiscalização do delegante» (MEIRELLES, 1991, p. 71). São os concessionários e permissionários de obras e serviços públicos, os serventuários de ofícios e cartórios não estatizados, os leiloeiros, os tradutores e intérpretes públicos, as demais pessoas que recebem delegação para a prática de alguma atividade estatal. Tais agentes respondem civil e criminalmente quando atuam no exercício da delegação e lesam direitos alheios, com base na Constituição Federal (art 37, § 6º) e no Código Penal (art. 327). Ressalte-se, ainda, que a responsabilidade civil será imputada ao executor privado, tal como se o poder público executasse diretamente o serviço (MEIRELLES, 1991, p. 71).

3.5. Agentes credenciados.

Agentes credenciados «são os que recebem a incumbência da Administração para representá-la em determinado ato ou praticar certa atividade específica, mediante remuneração do Poder Público credenciante» (MEIRELLES, 1991, p. 72). Menciona-se como exemplo «o médico credenciado para prestar serviços profissionais nos postos de saúde».

3.6. Investidura dos agentes públicos.

O gênero «investidura dos agentes públicos» se desdobra, segundo o autor, em quatro espécies: (1) investidura administrativa; (2) investidura política; (3) investidura originária e derivada; e (4) investidura vitalícia, efetiva e temporária (MEIRELLES, 1991, p. 72). Faz-se necessário observar que as espécies de investidura não são todas reciprocamente excludentes. A investidura originária, a investidura derivada, a investidura vitalícia, a investidura efetiva e a investidura em comissão parecem possuir, por pressuposto, a investidura administrativa. Já a investidura administrativa e a investidura política são mutuamente excludentes. Mais ainda: o conceito de investidura administrativa parece ser residual, nele cabendo qualquer investidura que não seja política.

A investidura política é aquela por meio da qual são investidos nos respectivos cargos os agentes políticos que, como se viu, não são apenas os titulares de mandatos eletivos (membros do Poder Legislativo e chefes do Poder Executivo, todos de qualquer esfera de governo), mas também os auxiliares diretos dos chefes de governo (presidente, governador e prefeito), que são os ministros de Estado, os secretários estaduais e os secretários municipais. Logo, não é a eletividade inerente a determinado cargo ou função pública que qualifica a respectiva investidura como sendo política. Assim como há agentes políticos que não são investidos por meio de eleição, há também servidores públicos que não são investidos por meio de nomeação (a despeito de essa nomeação ser precedida de concurso público que a condiciona ou apenas de um juízo de valor feito discricionariamente e subjetivamente pela autoridade competente para o ato), mas sim por meio de eleição. Não há portanto relação de exclusividade entre a natureza política de certa função pública e a forma eletiva por meio da qual referida função será atribuída a pessoa certa e determinada. A função política pode ser atribuída por eleição e por nomeação sem que deva ser exclusivamente por eleição, da mesma forma como a função administrativa pode ser atribuída por eleição e por nomeação sem que deva ser exclusivamente por nomeação.

É de se distinguir, todavia, a *eleição política* da *eleição administrativa*. A *eleição política* é feita diretamente pelo povo, ou indiretamente, por seus representantes, para uma investidura

cívica. A *eleição administrativa* é realizada internamente pelos próprios pares do eleito, no seio do colegiado, ou por votantes (não eleitores) da categoria profissional a que pertence o candidato ao mandato. Merece, ainda, distinção entre o eleito para integrar um colegiado ou para dirigi-lo, e o que é nomeado para o mesmo órgão pelo Executivo: aquele exerce um *mandato administrativo*; este, uma *delegação administrativa* da própria Administração, e por isso mesmo pode ser destituído da função sumariamente e a qualquer tempo pelo delegante, embora a renovação de colegiado tenha prazo certo (MEIRELLES, 1991, p. 73).

Bastam essas considerações para passar à quarta parte do presente estudo, em que é analisada especificamente a função pública de conselheiro tutelar à luz dos princípios constitucionais examinados (notadamente o princípio democrático) e das formas de investidura existentes no ordenamento jurídico brasileiro, tudo com o objetivo de verificar quais dessas formas são compatíveis com a natureza das funções atribuídas aos conselheiros tutelares.

4. Os fundamentos constitucionais do conselho tutelar.

O professor Vicente de Paula Faleiros⁶⁰ menciona que no início da República, homens influentes e ligados ao governo, como Manuel Vitorino, afirmam, em 1902: «não há uma só lei ou instituição que proteja a primeira infância no Brasil» (FALEIROS, 1995, p. 55). Em 1920 realiza-se o 1º Congresso Brasileiro de Proteção à Infância tornando mais sistemática a agenda da proteção social. Em 1921, uma lei orçamentária federal (Lei 4.242), combinando as estratégias de assistência e repressão, autoriza o governo a organizar um serviço de proteção e assistência ao menor abandonado e delinqüente, encarregando-se o professor, ex-deputado e juiz, José Cândido de Albuquerque Mello Mattos de «consolidar as leis de assistência e proteção a menores». Em 1923 (Decreto 16.272) o Presidente da República aprova o regulamento da assistência e proteção aos menores abandonados e delinqüentes, mas o Código de Menores só é promulgado, em forma de Decreto (17.943-A), em 12 de outubro de 1927, assinado por Washington Luís, depois de tramitar durante os governos de Epitácio Pessoa e Arthur Bernardes. Com sua filosofia higienista e correcional disciplinar o Código traz importantes inovações, e sua leitura é, não raro, feita como fabricação ou invenção da questão do menor (BOTELHO, 1993, p. 21, *apud* FALEIROS, 1995, p. 63). Em primeiro lugar ele abole formalmente a roda de expostos⁶¹ mantendo, contudo, o registro secreto para «garantir o incógnito» (a paternidade), estabelece a «proteção legal» até os 18 anos de idade, o que significa ao mesmo tempo a inserção da criança na esfera do direito e na tutela do Estado (FALEIROS, 1995, p. 63).

O Código de 1927 incorpora tanto a visão higienista de proteção do meio e do indivíduo como a visão jurídica repressiva e moralista. Prevê a vigilância da saúde da criança, dos lactantes, das nutrízes, e estabelece a inspeção médica da higiene. No sentido de intervir no abandono físico e moral das crianças, o pátrio poder pode ser suspenso ou perdido por faltas dos pais. Os abandonados têm a possibilidade (não o direito formal) de guarda, de serem entregues sob a forma de «soldada», de vigilância e educação, determinadas por parte das autoridades, que velarão também por sua moral. O encaminhamento pode ser feito à família, a instituições públicas ou particulares que poderão receber a delegação do pátrio poder. A família é, ainda que parcialmente, valorizada (FALEIROS, 1995, p. 63).

O vadio pode ser repreendido ou internado, caso a vadiagem seja habitual. O autor de infração terá prisão especial. O menor de 14 anos não será submetido a processo penal de

⁶⁰ FALEIROS, Vicente de Paula. Infância e processo político no Brasil. *A Arte de Governar Crianças: a história das políticas sociais, da legislação e da assistência à infância no Brasil*. (Orgs. PILOTTI, Francisco e RIZZINI, Irene). Rio de Janeiro: Instituto Interamericano Del Niño, Editora Universitária Santa Úrsula, Amais Livraria e Editora, pp. 47-98, 1995.

⁶¹ A roda dos expostos era um aparelho, em geral de madeira, em forma cilíndrica, com um dos lados vazados, assentado num eixo que permitia movimento rotativo, anexo a um asilo de menores. Esse mecanismo, que existia desde o Império, permitia o ocultamento da identidade de quem abandonava a criança (ARANTES, 1995, p. 191).

espécie alguma (o que acaba com a questão do discernimento) e o que tiver idade superior a 14 e inferior a 18 anos terá processo especial, instituindo-se também a liberdade vigiada. O trabalho fica proibido aos menores de 12 anos e aos menores de 14 que não tenham cumprido instrução primária, tentando-se combinar a inserção no trabalho com educação. O trabalho noturno e aquele considerado perigoso à vida, à saúde e à moral é vedado aos menores de 18 anos, com multas aos infratores e direito à fiscalização. Formaliza-se a criação do Juízo Privativo de Menores e do Conselho de Assistência e Proteção a Menores, presidido pelo Ministro da Justiça. As decisões serão baseadas na índole (boa ou má) da criança e do adolescente e ficam a critério do juiz que tem o poder, juntamente com os diretores das instituições, de definir as trajetórias institucionais de crianças e adolescentes. O olhar do juiz deve ser de total vigilância e seu poder é indiscutível. O jurista e o médico representam as forças hegemônicas no controle da complexa questão social da infância abandonada (FALEIROS, 1995, p. 63).

Se é bem verdade que, na orientação então prevalecente, a questão da política para a criança se coloque como problema do menor, com dois encaminhamentos, o abrigo e a disciplina, a assistência e a repressão, há emergência de novas obrigações do Estado em cuidar da infância pobre com educação, formação profissional, encaminhamento e pessoal competente. Ao lado das estratégias de encaminhamento para o trabalho, clientelismo, patrimonialismo, começa a emergir a estratégia dos direitos da criança (no caso, o menor) já que o Estado passa a ter obrigações de proteção (FALEIROS, 1995, p. 63).

Decorrente do golpe de 1964, o regime militar autoritário e tecnocrático durou até 1985 com a eleição, embora indireta, de um Presidente da República civil, mas somente foi substituído por nova ordem institucional em 1988, pela promulgação da Constituição de 5 de outubro desse mesmo ano. A intervenção do Estado se operou de forma autoritária em todos os setores da vida nacional tendo como base a repressão, a manutenção da ordem, o desmantelamento dos sindicatos e partidos existentes, a prisão dos acusados de subversão, com conseqüente tortura e «desaparecimentos» (assassinatos) de presos políticos. Junto com o terror de Estado reina a tecnocracia como mecanismo de racionalização e organização da máquina administrativa em função de objetivos e metas fixados de cima para baixo (FALEIROS, 1995, p. 76).

Nesse contexto repressivo e do Regime Militar, a Fundação Nacional de Bem Estar do Menor, que se propunha a «assegurar prioridades aos programas que visem à integração do menor na comunidade, através da assistência na própria família e da colocação familiar em lares substitutos, a apoiar instituições que se aproximem da vida familiar, respeitar o atendimento de cada região», acaba se moldando à tecnocracia e ao autoritarismo. Em primeiro lugar buscando se configurar como um meio de controle social, em nome da segurança nacional, cuja doutrina implica a «redução ou anulação das ameaças ou pressões antagônicas de qualquer

origem» (FRAGOSO, 1975, p. 37-124, *apud* FALEIROS, 1995, p. 76), e, em segundo lugar, adotando um modelo tecnocrático que predomina sobre as iniciativas que buscavam se adequar aos objetivos iniciais. O tecnocratismo tem como pressuposto uma racionalidade vertical, centralizadora, construída com um discurso uniforme em nome da cientificidade (FALEIROS, 1995, pp. 76-77).

Em 10 de outubro de 1979 promulga-se o novo Código de Menores, a Lei 6.697, cujo projeto foi proposto pela então existente Associação Brasileira de Juízes de Menores. O Código de Menores adota expressamente a «doutrina da situação irregular», segundo a qual, «os menores são sujeitos de direito quando se encontrarem em estado de patologia social, definida legalmente» (FALEIROS, 1995, p. 80).

No Código de 1979 estabelece-se como situação irregular: a privação de condições essenciais à subsistência, saúde e instrução, por omissão, ação ou irresponsabilidade dos pais ou responsáveis; por ser vítima de maus tratos; por perigo moral, em razão de exploração ou encontrar-se em atividades contrárias aos bons costumes, por privação de representação legal, por desvio de conduta ou autoria de infração penal. Assim as condições sociais ficam reduzidas à ação dos pais ou do próprio menor, fazendo-se da vítima um réu e tornando a questão ainda mais jurídica e assistencial, dando-se ao juiz o poder de decidir sobre o que seja melhor para o menor: assistência, proteção ou vigilância. Na prática consagra o que vinha fazendo a Fundação Nacional de Bem Estar do Menor. O novo Código, no entanto, facilita a adoção, e embora não obrigatório no processo, é previsto o contraditório (FALEIROS, 1995, p. 81).

Essas estratégias não alteram, de fato, a situação da criança brasileira. Pelo contrário a situação se agrava no período da ditadura em razão do arrocho salarial e da concentração brutal de renda. Em 1960 os 20% mais pobres detinham 3,5% da renda e, em 1979, 2,9%, enquanto que os 20% mais ricos passaram de 54% para 62,8%. Os 10% situados na escala superior de renda detinham quase a metade da renda em 1979, vale dizer, 46,8% (BONELLI, RAMOS, 1993, *apud* FALEIROS, 1995, p. 81). Em 1977, segundo o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, 59% ganhavam até dois salários mínimos, o que acarreta subalimentação, condições habitacionais precárias, agravando a situação educacional (26% das crianças de 10 a 14 anos estão fora da escola), e a mortalidade infantil tem um índice de 67,3% em 1974 (Centro de Defesa da Qualidade da Vida, 1979, *apud* FALEIROS, 1995, p. 81).

Entre 1984 e 1985 a população e os partidos de oposição saem às ruas para impressionantes mobilizações por eleições diretas para Presidente da República, que, no entanto, por pressão dos militares, só acontecem em 1989. A partir das lutas e pressões sociais, e dentro das correlações de forças possíveis, em 1986, o Congresso Nacional funciona também como Assembléia Constituinte. As forças conservadoras e os militares haviam vetado a convocação de

uma assembléia constituinte exclusiva. O debate constituinte, no entanto, mobiliza tanto os *lobbies* de conservadores e de grandes empresas como as organizações populares. Os direitos da criança são colocados em evidência por inúmeras organizações, destacando-se o Movimento Nacional de Meninos e Meninas de Rua, a Pastoral do Menor da Conferência Nacional dos Bispos do Brasil, entidades de direitos humanos, Organizações Não-Governamentais, que apresentam emendas para defesa dos direitos da criança e do adolescente. Há também uma discussão mundial desses direitos consubstanciados nas *Regras de Beijing* (1985), nas *Diretrizes de Riad* (1988) e na Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança (1989). Quatro emendas populares reafirmam o tema dos direitos da criança e do adolescente não só no Plenário, mas nas ruas, com a coleta de assinaturas em sua defesa onde se destaca o papel da Igreja Católica. A linha mais tradicional, com a Mitra do Rio, apresentou a Proposta de Emenda 7, segundo a qual, os «menores, particularmente os órfãos e abandonados, terão direito a proteção especial incluindo também o direito à educação fundamental e iniciação profissional para auferir os benefícios da atividade econômica fundada no trabalho digno e livre» (COMISSÃO DE SISTEMATIZAÇÃO, 1987, p. 10, *apud* FALEIROS, 1995, p. 85). A Conferência Nacional dos Bispos do Brasil, tida como mais progressista, apresentou a Proposta de Emenda 11, com o mesmo conteúdo, mas enfatizando a «defesa da vida e contra o aborto». Em 1987 a Conferência Nacional dos Bispos do Brasil também adotou como tema da Campanha da Fraternidade a questão do menor expressando-a com o documento «Quem acolhe o menor a mim acolhe» (Brasília: CNBB, 1987, *apud* FALEIROS, 1995, p. 85).

A Comissão Nacional Criança e Constituinte, instituída por portaria interministerial com representantes das áreas de Educação, Saúde, Previdência, Trabalho, Justiça, Planejamento, além do Fundo das Nações Unidas para a Criança, do Conselho Nacional de Defesa do Menor, da Frente Nacional de Defesa da Criança, da Ordem dos Advogados do Brasil, da Sociedade Brasileira para o Progresso da Ciência, da Federação Nacional dos Jornalistas, do Movimento Nacional dos Meninos e Meninas de Rua, e foi organizada em comissões estaduais, conseguiu 1.200.000 assinaturas para sua emenda e, além disso, fez intenso *lobby* junto a parlamentares para que se criasse a Frente Parlamentar suprapartidária pelos direitos da criança e do adolescente, multiplicando-se no País os fóruns de Defesa da Criança e do Adolescente. Os direitos da criança perpassam as diferentes áreas mas ficam bem estabelecidos nos artigos 227, 228, 229 da Constituição de 1988. A inimputabilidade penal fica mantida até os 18 anos de idade, e o trabalho noturno, perigoso ou insalubre é proibido aos menores de 18 anos de idade, e de qualquer trabalho a menores de 14 anos, salvo na condição de aprendiz (art.7º, inc. XXXIII)⁶².

⁶²Com a Emenda Constitucional n. 20, de 15 de dezembro de 1998 a redação do dispositivo é modificada para: «proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de dezoito e de qualquer trabalho a menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de quatorze anos».

A Assistente Social Denise Paiva⁶³, ao tempo em que era Subsecretária de Promoção da Criança e do Adolescente da Secretária Especial de Direitos Humanos da Presidência da República, em artigo elaborado para palestra por ocasião da celebração dos 14 anos de promulgação do Estatuto da Criança e do Adolescente, registrava que é necessário recuperar o contexto do surgimento do Estatuto da Criança e do Adolescente, vale dizer, o momento histórico que legou ao Brasil esse importante marco normativo. No final da década dos anos 1980, o Brasil se encontrava em plena efervescência política. Foi a época mais aguda da luta pela redemocratização do País, mergulhado por mais de 20 anos num regime ditatorial que, diga-se de passagem, mutilou profundamente a cidadania e implantou um modelo de gestão autoritário, centralizado, clientelista e corrupto. A recomposição gradativa dos movimentos populares e sociais e a reorganização dos setores progressistas da sociedade num novo quadro político-partidário, efetivadas na chamada abertura política dos últimos governos militares, desembocaram no processo nacional constituinte de 1988, onde se depositaram e se investiram as esperanças desses segmentos de ver o País mais democrático (PAIVA, 2004, p. 1).

Então, na Assembléia Nacional Constituinte se deu o grande embate entre as correntes defensoras de uma institucionalidade repressivo-clientelista, consubstanciada no marco legal vigente, o Código de Menores de 1979, e o modelo democrático-cidadão, que propugnava a adoção de nova teoria, fundada nos princípios da prioridade absoluta e da proteção integral das crianças e adolescentes.

Com o peso de mais de um milhão de assinaturas, que não deixavam sombra de dúvida quanto ao anseio da população por mudanças e pela remoção daquilo que se tornou comum denominar «entulho autoritário» – que nessa área se identificava com o Código de Menores – a Assembléia Nacional Constituinte referendou a emenda popular que inscreveu na Constituição Brasileira de 1988 o artigo 227, do qual o Estatuto da Criança e do Adolescente é a posterior regulamentação (PAIVA, 2004, p. 2).

Mais do que uma mudança pontual na legislação, circunscrita à área da criança e do adolescente, a Constituição da República e, depois, o Estatuto da Criança e do Adolescente são a expressão de um novo projeto político de nação e de País. Ressalte-se, ainda, que a Constituição promulgada em 1988 é anterior à Convenção sobre os Direitos da Criança adotada pela Assembléia Geral das Nações Unidas em 20 de novembro de 1989, ratificada pelo Brasil em 24 de setembro de 1990, e com vigência internacional em outubro de 1990⁶⁴, o que demonstra a sinto-

⁶³ PAIVA, Denise. Rede Internacional Solidária. *A experiência dos conselhos tutelares no Brasil*. São Paulo: 2004. Disponível em: http://www.risolitaria.org.br/docs/ficheros/200410050007_87_0.pdf. Acesso em: 17 abr. 2006.

⁶⁴ A Emenda Constitucional 45, de 8 de dezembro de 2004, acrescentou o § 3º ao artigo 5º da Constituição Federal, com esta redação: «§ 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais». Se antes dessa modificação não era exigido quorum especial de aprovação, os tratados já incorporados ao ordenamento jurídico nacional anteriormente à Emenda 45, em razão dos princípios da continuidade do ordenamento jurídico e da recepção, são recepcionados pela Emenda 45 com status de emenda constitucional. Nesse sentido: CALDAS, Vivian Barbosa. Os tratados internacionais de direitos humanos. *Revista Justillex*. Brasília: Justillex, n. 55, pp. 38-40, 2006.

nia dos constituintes brasileiros com toda a discussão de âmbito internacional havida naquele momento, sobre a normativa para a criança e a adoção do novo paradigma, o que levou o Brasil a se tornar o primeiro País a adequar a legislação interna aos princípios consagrados pela Convenção das Nações Unidas, até mesmo antes da vigência obrigatória daquela, uma vez que o Estatuto da Criança e do Adolescente é de 13 de julho de 1990.

Mas o que representou de fato a adoção desse novo paradigma? Inaugurou-se no País uma forma completamente nova de se perceber a criança e o adolescente e que vem, ao longo dos anos, sendo assimilada pela sociedade e pelo Estado. Isso porque a realidade não se altera num único momento, ainda mais quando o que se propõe é uma profunda mudança cultural, o que certamente não se produz numa única geração (PAIVA, 2004, p. 2).

Tinha-se, até então, no Brasil, duas categorias distintas de crianças e adolescentes. Uma, a dos filhos socialmente incluídos e integrados, a que se denominava «crianças e adolescentes». A outra, a dos filhos dos pobres e excluídos, genericamente denominados «menores», que eram considerados crianças e adolescentes de segunda classe. A eles se destinava a antiga lei, baseada no «direito penal do menor» e na «doutrina da situação irregular». Essa doutrina definia um tipo de tratamento e uma política de atendimento que variavam do assistencialismo à total segregação. Os «menores» eram simples objetos da tutela do Estado, sob o arbítrio inquestionável da autoridade judicial. Essa política fomentou a criação e a proliferação de grandes abrigos e internatos, onde ocorriam toda sorte de violações dos direitos humanos. Uma estrutura verdadeiramente monstruosa, que logrou cristalizar uma cultura institucional perversa cuja herança ainda hoje se faz presente e que temos dificuldade em debelar completamente (PAIVA, 2004, pp. 2-3).

A partir da Constituição de 1988 e do Estatuto da Criança e do Adolescente, as crianças brasileiras, sem distinção de raça, classe social, ou qualquer forma de discriminação, deixaram de ser objeto e passaram a ser «**sujeitos de direitos**», considerados em sua «peculiar condição de pessoas em desenvolvimento» e a quem se deve assegurar «**prioridade absoluta**» na formulação de políticas públicas e destinação privilegiada de recursos nas dotações orçamentárias das diversas instâncias político-administrativas do País. Outros importantes preceitos do Estatuto da Criança e do Adolescente, que marcam a ruptura com o velho paradigma da situação irregular são: a prioridade do direito à convivência familiar e comunitária e, conseqüentemente, o fim da política de abrigamento indiscriminado; a priorização das medidas de proteção sobre as socioeducativas, deixando-se de focalizar a política da infância nos abandonados e delinqüentes; a integração e a articulação das ações governamentais e não-governamentais na política de atendimento; a garantia de devido processo legal e da defesa ao adolescente a quem se atribua a

autoria de ato infracional⁶⁵; e a municipalização do atendimento; só para citar algumas das alterações mais relevantes (PAIVA, 2004, p. 3).

Emilio García Méndez⁶⁶ afirma que a ruptura substancial com a tradição do menor latino-americana se explica fundando-se na dinâmica particular que regeu os três atores fundamentais no Brasil da década de 80: os movimentos sociais, as políticas públicas e o mundo jurídico (MÉNDEZ, 1998, p. 114).

Em linhas gerais, até a década de 80, o caso brasileiro não difere muito do que acontecia no resto da América Latina. A partir da década de 40, assiste-se ao declínio definitivo das práticas de caridade e da privatização da assistência pública. Com maior ou menor ênfase, na década de 50 irrompe a ideologia e a prática das políticas públicas. O Estado populista-distribucionista dá cobertura, com relativa eficácia, ao campo das políticas básicas. As omissões do sistema, de pouco peso relativo do ponto de vista quantitativo, são resolvidas mediante intervenções supletivas de caráter judicial. Para isso, as legislações de menores precedentes a esse processo outorgam aos juízes poderes demasiado amplos que se traduzem numa competência penal-tutelar ilimitada. Os movimentos sociais na área específica são, entretanto, inexistentes (MÉNDEZ, 1998, p. 114).

A partir da década de 60, assiste-se a lento mas inexorável processo de crise, o que provoca forte impacto nas políticas distribucionistas. As políticas públicas são contraídas real e ideologicamente, aumentando a transferência de resolução de deficiências para o mundo judicial. Obviamente não são transferidos recursos materiais em iguais proporções. «Os juízes, forçados pela competência tutelar, se transformam em ilusionistas da política social, estreitando de fato uma identificação com as políticas públicas em crise» (MÉNDEZ, 1998, p. 114).

A década de 70 acentua essas tendências. É hora do autoritarismo e das reformas legislativas parciais. Seu conteúdo não está desvinculado de sua forma. Pequenas e seletas comissões de juristas incham os enunciados de caráter declarativo na área legislativa de proteção da infância, enquanto ensaiam alquimias de redução da idade da imputabilidade penal e similares, como forma de resposta propagandística à inquietude que as manifestações das deficiências estruturais causam na opinião pública (MÉNDEZ, 1998, p. 114).

⁶⁵ Nos termos da Convenção sobre os Direitos da Criança: Art. 40, § 3º: «Os Estados-partes buscarão promover o estabelecimento de leis, procedimentos, autoridades e instituições específicas para as crianças de quem se alegue ter infringido as leis penais ou que sejam acusadas ou declaradas culpadas de tê-las infringido, e em particular: (a) o estabelecimento de uma idade mínima antes da qual se presumirá que a criança não tem capacidade para infringir as leis penais; (b) a adoção, sempre que conveniente e desejável, de medidas para tratar dessas crianças sem recorrer a procedimentos judiciais, contanto que sejam respeitados plenamente os direitos humanos e as garantias legais». Nesse dispositivo encontra-se o fundamento positivo internacional para a não responsabilização por ato infracional da criança no conceito brasileiro, vale dizer, da pessoa que ainda não completou 12 anos de idade.

⁶⁶ MÉNDEZ, Emilio García. *Infância e cidadania na América Latina*. São Paulo: Hucitec e Instituto Ayrton Senna, 1998.

«De fato, os efeitos perversos das deficiências estruturais tendem a manifestar-se em lugar distinto daquele de onde se originam. O fio invisível que une o cárcere à (não) escola resulta, talvez, na mais patética das evidências» (MÉNDEZ, 1998, pp. 114-115).

Definitivamente, os movimentos sociais (mais especificamente denominados organizações não-governamentais), que lutam na área da infância-adolescência, crescem e se consolidam em oposição cerrada ao autoritarismo, assim como aos setores que objetivamente se identificam de alguma maneira com tais práticas: as políticas públicas e o mundo jurídico. Os movimentos sociais não são convidados a participar nos processos de reformas legislativas, mas sua reação é a da mais completa indiferença. A partir do início da década de 80, começa a difundir-se no contexto latino-americano o processo de discussão da Convenção Internacional dos Direitos da Criança. Pela primeira vez, os movimentos sociais concentram sua atenção e conseqüentemente seus esforços no instrumento de caráter jurídico. A Convenção introduz, pela primeira vez, a dimensão jurídica dos problemas da infância-adolescência na ação dos movimentos sociais. O momento mais intenso desse processo coincide, no Brasil, com o momento da enorme discussão da assembléia constituinte encarregada de redigir nova Constituição. Desse modo, os movimentos sociais conseguem plasmar na nova Constituição os princípios básicos contidos na Convenção Internacional, muito antes de que esta última fosse aprovada, em 20 de novembro de 1989 (MÉNDEZ, 1998, p. 115).

Conscientes da importância jurídica dos problemas, os movimentos sociais deram o passo seguinte como conseqüência quase óbvia. Tratava-se de converter os princípios gerais da Constituição (art. 227) em termos de legislação nacional concreta. Um fórum nacional para a defesa dos direitos das crianças e dos adolescentes (Fórum DCA) traçou um plano estratégico de ação no qual a tradução de direito positivo das conquistas já alcançadas ocupava o primeiro lugar. Assim, foi estabelecida uma estratégia dividida em três etapas: (1) mudanças no panorama legislativo; (2) reordenamento das instituições; (3) melhoria nas normas de atenção direta (MÉNDEZ, 1998, p. 116).

O processo de construção da nova legitimidade jurídica tornou-se tão heterodoxo quanto seus resultados. «A maioria dos expertos em direito de crianças e adolescentes não aceitou as regras do jogo apresentadas pelos movimentos sociais. Os movimentos sociais no Brasil inverteram a ordem natural imperante na América Latina nesse campo» (MÉNDEZ, 1998, p. 116). Um grupo de juristas possuidores de enorme sensibilidade social intuiu corretamente a necessidade de adotar uma função inteligente e generosamente subordinada. Tratava-se de transformar a rica experiência e a prática dos movimentos sociais e do setor mais avançado das políticas públicas numa nova ordem jurídica. O Estatuto constituiu assim o instrumento mais adequado para propor a reprodução ampliada das experiências mais bem-sucedidas da década de 80, desenvolvi-

das à margem, contra ou indiferente às leis vigentes. Nada há de mais equivocado do que a acusação de a lei ter caráter utópico. Nada há nela que não tenha sido ensaiado com êxito em algum momento, em algum lugar do vasto Brasil. Ao contrário. Não há nada que tenha sido deixado de lado sem a prévia demonstração de fracasso concreto. É claro que o caráter das transformações incluiu a mudança nos parâmetros utilizados para decidir o fracasso ou êxito de políticas e programas (MÉNDEZ, 1998, p. 116).

A melhoria nas condições de vida da infância substituiu as míopes e conjunturais políticas de controle social como indicador concreto de êxito ou fracasso. A convivência, e não o controle, constitui a idéia básica para assegurar a paz social e a preservação dos direitos do conjunto da Sociedade (MÉNDEZ, 1998, pp. 116-117).

No contexto da doutrina preponderante, os fracassos dos programas de atenção direta constituíram crônicas de mortes anunciadas na geografia latino-americana. Sob a óptica da doutrina da situação irregular, a proteção da infância surge subordinada à ideologia da defesa social. No Primeiro Encontro Internacional de Tribunais de Menores, levado a cabo em Paris, em 1911, a baronesa Carton de Wiart (um nome que é todo um programa na história do assistencialismo) expressava uma síntese perfeita, nos seguintes termos: «A liberdade vigiada deve revestir as características de uma sentença indeterminada. Um termo fixo constitui uma proteção temporária: uma sentença indeterminada converte a proteção em algo de caráter permanente». Em outras palavras, pode-se dizer que no momento que as políticas-programas de proteção subordinam-se à lógica da defesa social, elas devem incluir ameaças concretas para dissuadir os potenciais infratores da ordem social. Esse enfoque dá por assentadas, no caso concreto da infância-adolescência, a legitimidade e a inevitabilidade das práticas de institucionalização (privação de liberdade), tanto diante das situações de desamparo quanto diante da quebra das disposições penais. Mas para cumprir as funções dissuasivas, os programas-políticas de institucionalização devem proporcionar, à sua clientela institucional, condições de vida, pelo menos inferiores às condições de vida do universo da população livre potencialmente objeto das intervenções (MÉNDEZ, 1998, pp. 116-117).

Na situação estrutural de pobreza crítica, como da América Latina, condições de vida institucionais inferiores à da população livre conspiram direta e abertamente contra, até mesmo, o mais ingênuo dos ideais de ressocialização. Condições de vida inferiores às da população livre implicam hoje sofrimentos reais diametralmente opostos a qualquer política de prevenção-proteção (MÉNDEZ, 1998, p. 117).

O espírito e o teor do Estatuto acolhem o desafio representado pelos fracassos reiterados das políticas-programas de proteção e prevenção. A nova lei admite a complexidade do problema, incorporando – sujeita aos princípios de brevidade e excepcionalidade em relação à

condição peculiar de pessoa em desenvolvimento (arts. 121-125) – a privação de liberdade como último recurso das medidas socioeducativas (arts. 112-120) (MÉNDEZ, 1998, p. 118).

Outra consequência dos avanços trazidos pela Constituição da República (1988), pela Convenção sobre dos Direitos da Criança (1989) e pelo próprio Estatuto da Criança e do Adolescente (1990) e, no âmbito local, também pela Lei Orgânica do Distrito Federal (1993) é a substituição do termo «menor» por «criança» e «adolescente». Isso porque a palavra «menor» traz uma idéia de uma pessoa que não possui direitos. Assim, apesar de o termo «menor» ser normalmente utilizado como abreviação de «menor de idade», foi banido do vocabulário de quem defende os direitos da infância, pois remete à «doutrina da situação irregular» ou do «direito penal do menor», ambas revogadas. Além disso, possui carga discriminatória negativa por quase sempre se referir apenas a crianças e adolescentes autores de ato infracional ou em situação de risco⁶⁷. Os termos adequados são criança, adolescente, menino, menina, jovem.

E o constituinte de 1988 também previu o acesso ao Poder Judiciário como um dos meios de se garantirem todos esses direitos. Demonstrou, dessa forma, estar convencido da veracidade da asserção de Norberto Bobbio⁶⁸, falecido aos 94 anos de idade em 9 de janeiro de 2004, segundo a qual o problema grave de nosso tempo, com relação aos direitos do homem, não é mais o de fundamentá-los, e sim o de protegê-los. Afirmava o filósofo italiano:

Com efeito, o problema que temos diante de nós não é filosófico, mas jurídico e, num sentido mais amplo, político. Não se trata de saber quais e quantos são esses direitos, qual é sua natureza e seu fundamento, se são direitos naturais ou históricos, absolutos ou relativos, mas sim qual o modo mais seguro para garanti-los, para impedir que, apesar das solenes declarações, eles sejam continuamente violados. (BOBBIO, 1992, p. 25)

São passados mais de 17 anos da promulgação da Constituição da República, mais de 16 anos da promulgação do Estatuto da Criança e do Adolescente e mais de 13 anos da promulgação da Lei Orgânica do Distrito Federal, que reproduz com praticamente os mesmos vocábulos o teor do artigo 227 da Constituição da República, acrescentando, inclusive, que a criança e o adolescente também devem ser colocados a salvo, pelo Estado, pela sociedade e pela família, de toda forma de constrangimento e vexame (art. 267), revelando total sintonia também com o Estatuto da Criança e do Adolescente (art. 232). Muitos desses direitos assegurados na Constituição

⁶⁷ A respeito, o entendimento da Agência de Notícias dos Direitos da Infância – Andi – sobre a utilização desse termo ao analisar a cobertura jornalística latino-americana:

Es oportuno ejemplificar: una de las constataciones más alarmantes reveladas por el presente análisis fue el abundante uso de términos peyorativos y ultrajantes para referirse a niños, niñas y adolescentes. Más del 45% de los textos mencionan expresiones como “menores”, “delincuentes”, “bandidos” y “sidosos”, siendo que el país con el mejor desempeño – o sea, el que menos utilizó este tipo de términos – fue Brasil. Aún así, cerca del 17% de las noticias publicadas por la prensa brasileña sobre Violencia abusan de palabras que implican prejuicios contra el colectivo infanto-juvenil.

En todo el continente, la expresión más habitual en la cobertura de la prensa, entre las muchas presentes, es “menor”. En su faceta más perversa, su uso acaba por contribuir para reforzar la frontera de la desigualdad social, definiendo dos universos: el de los niños y el de los “menores” – este último, claro está, encerrando a los hijos de las familias de las capas económicamente más desfavorecidas. (ANDI y Red ANDI America Latina. *Derechos, infancia y agenda pública: un análisis comparativo de la cobertura periodística latinoamericana*. Brasília: ANDI, 2006, p. 36.

⁶⁸ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

da República, na Lei Orgânica do Distrito Federal e no Estatuto da Criança e do Adolescente, apesar das solenes declarações, portanto, e do lapso temporal decorrido, continuam sem cumprimento efetivo em plena Capital da República. Já nas duas últimas décadas do século XX Bobbio também alertava que era necessário avançar «da teoria à prática, do direito somente pensado para o direito realizado» (BOBBIO, 1992, p. 30). O catedrático italiano também lembrava que, para Kant o progresso não era necessário, e explicava:

[...] Era apenas possível. Ele criticava os “políticos” por não terem confiança na virtude e na força da motivação moral, bem como por viverem repetindo que “o mundo sempre foi assim como o vemos hoje”. Kant comentava que, com essa atitude, tais “políticos” faziam com que o objeto de sua previsão – ou seja, a imobilidade e a monótona repetitividade da história – se realizasse efetivamente. Desse modo, retardavam propositalmente os meios que poderiam assegurar o progresso para melhor.

Com relação às grandes aspirações dos homens de boa vontade, já estamos demasiadamente atrasados. Busquemos não aumentar esse atraso com nossa incredulidade, com nossa indolência, com nosso ceticismo. Não temos muito tempo a perder. (BOBBIO, 1992, p. 64)

Nesse contexto, para a análise do fundamento constitucional do conselho tutelar, é importante ter em mente o papel privilegiado que assumem a Constituição da República e o Estatuto da Criança e do Adolescente. Vejam-se os dispositivos pertinentes:

Art. 227. 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 à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

[...]

§ 7º – No atendimento dos direitos da criança e do adolescente levar-se-á em consideração o disposto no art. 204.

Art. 204. As ações governamentais na área da assistência social serão realizadas com recursos do orçamento da seguridade social, previstos no art. 195, além de outras fontes, e organizadas com base nas seguintes diretrizes:

I – descentralização político-administrativa, cabendo a coordenação e as normas gerais à esfera federal e a coordenação e a execução dos respectivos programas às esferas estadual e municipal, bem como a entidades beneficentes e de assistência social;

II – participação da população, por meio de organizações representativas, na formulação das políticas e no controle das ações em todos os níveis.

[...]

Observa-se claramente que na Constituição de 1988 estabeleceram-se os princípios da prioridade absoluta e da proteção integral e que, no atendimento dos direitos da criança e do adolescente, as ações governamentais devem ser organizadas com base nas diretrizes de: (1) descentralização político-administrativa, cabendo a coordenação e as normas gerais à esfera federal e a coordenação e a execução dos respectivos programas às esferas estadual e municipal; e (2) participação da população, por meio de organizações representativas, na formulação das políticas e no controle das ações em todos os níveis.

Para a eficácia dos princípios da prioridade absoluta e da proteção integral, é fundamental que se perceba que o conselho tutelar foi pensado como órgão colegiado para que se faça prevalecer o dever da família, da sociedade e do Estado de assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, os direitos fundamentais à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, especialmente para colocá-los a salvo de toda forma presente ou futura de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão (Constituição, art. 227).

Na Constituição, institui-se como «dever da família, da sociedade e do Estado» (art. 227) relativamente assegurar direitos à criança e ao adolescente. Embora importantes a família e a sociedade, este estudo limita-se ao papel do Estado. Deve-se observar que Estado, aqui, é expressão genérica que se refere a todas as entidades territoriais estatais, pois uma das características da República Federativa consiste precisamente em distribuir o poder estatal por todas as unidades autônomas que o compõem, para que cada qual o exerça nos limites das competências que lhe foram outorgadas pela Constituição.

A compreensão desse ponto é necessária para que se perceba a racionalidade de na Constituição da República determinar-se a descentralização político-administrativa no atendimento dos direitos da criança e do adolescente, assim como a entrega da coordenação e da elaboração de normas gerais à esfera federal e a coordenação e a execução dos respectivos programas às esferas estadual e municipal. A Constituição, guardando coerência consigo mesma, remete à organização do País na forma de república federativa, assim como confere competência à União para coordenar o atendimento e elaborar normas gerais.

Os limites das competências em geral (inclusive da matéria proteção à criança e ao adolescente) dos entes federados encontram-se distribuídos no Título III – Da organização do Estado –, da Constituição Federal vigente (arts. 21 a 32), devendo-se, da atenta leitura desses dispositivos e dos temas «criança e adolescente», já delimitado neste estudo, extraírem-se os dispositivos principais que norteiam as competências federadas. Além dos artigos mencionados, devem ser analisados, sob esse prisma, os parágrafos e incisos dos artigos 227 e 204 da Constituição.

No âmbito da Constituição vigente percebe-se que na matéria proteção à criança e ao adolescente é possível encontrar: (1) competência material privativa ou exclusiva; (2) competência material comum; (3) competência legislativa privativa ou exclusiva; e (4) competência legislativa concorrente.

Nesse sentido, Raul Machado Horta, sustenta que na Constituição de 1988, realizou-se a reformulação do tema fundamental do Estado federal, introduzindo o federalismo brasileiro, nesta matéria, no grupo integrado pelo federalismo canadense, federalismo austríaco,

federalismo alemão da República Federal e federalismo indiano. A repartição de competências abrange cinco planos distintos: (1) competência geral da União (art. 21, I-XXV); (2) competência de legislação privativa da União (art. 22, I-XXIX, par. ún.); (3) competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios (art. 23, I-XII, par. ún.); (4) competência de legislação concorrente da União, dos Estados e do Distrito Federal (art. 24, I-XVI, §§ 1º, 2º, 3º e 4º); e (5) competência dos poderes reservados aos Estados (art. 25, § 1º, e 125, §§ 1º, 2º, 3º e 4º) (*Apud* FARIAS, 1999, p. 287).

Assim, a Constituição de 1988 adota, em matéria de repartição de competências entre os entes políticos, tanto a técnica de repartição horizontal como a vertical. Segundo Pinto Ferreira, «a índole de repartição horizontal é a de separar, radicalmente, a competência dos entes federativos, por meio da atribuição de cada um deles de uma área própria, consistente em toda uma matéria (do geral ao particular ou específico), a ele privativa, por parte de outro ente» (*Apud* FARIAS, 1999, pp. 287-288). Daí a denominação de tais competências em «privativas ou exclusivas». E, ao abordar a competência vertical, ensina: «[...] a da segunda é a de dividir uma mesma matéria em diferentes níveis, entre diferentes entes federativos diversos, sempre, porém, em níveis diferentes: a um atribui-se o estabelecimento de normas gerais; a outro, das normas particulares ou específicas», razão pela qual se denomina competência concorrente. Dessa forma, pode-se dizer, com Toshio Mukai, que existem, de acordo com a Constituição de 1988, três tipos de competência: privativa, comum e concorrente (*Apud* FARIAS, 1999, p. 288).

Na matéria proteção à infância e à juventude, verifica-se que a Constituição preconiza descentralização político-administrativa, cabendo a coordenação e as normas gerais à esfera federal e a coordenação e a execução dos respectivos programas às esferas estadual e municipal. Quanto à distribuição de competências, verifica-se tratar-se de competência concorrente, portanto. A propósito, também nos termos da Constituição:

Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:

[...]

XV – proteção à infância e à juventude;

[...]

§ 1º – No âmbito da legislação concorrente, a competência da União limitar-se-á a estabelecer normas gerais.

§ 2º – A competência da União para legislar sobre normas gerais não exclui a competência suplementar dos Estados.

§ 3º – Inexistindo lei federal sobre normas gerais, os Estados exercerão a competência legislativa plena, para atender a suas peculiaridades.

§ 4º – A superveniência de lei federal sobre normas gerais suspende a eficácia da lei estadual, no que lhe for contrário.

Art. 25. Os Estados organizam-se e regem-se pelas Constituições e leis que adotarem, observados os princípios desta Constituição.

§ 1º – São reservadas aos Estados as competências que não lhes sejam vedadas por esta Constituição.

[...]

Art. 29. O Município reger-se-á por lei orgânica, votada em dois turnos, com o interstício mínimo de dez dias, e aprovada por dois terços dos membros da Câmara Municipal, que a promulgará, atendidos os princípios estabelecidos nesta Constituição, na Constituição do respectivo Estado e os seguintes preceitos:

[...]
 Art. 30. Compete aos Municípios:
 I – legislar sobre assuntos de interesse local;
 II – suplementar a legislação federal e a estadual no que couber;
 [...]
 VI – manter, com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado, programas de educação pré-escolar e de ensino fundamental;
 [...]
 Art. 32. O Distrito Federal, vedada sua divisão em Municípios, reger-se-á por lei orgânica, votada em dois turnos com interstício mínimo de dez dias, e aprovada por dois terços da Câmara Legislativa, que a promulgará, atendidos os princípios estabelecidos nesta Constituição.
 § 1º – Ao Distrito Federal são atribuídas as competências legislativas reservadas aos Estados e Municípios.

A previsão constitucional é quase idêntica a que se prevê para a proteção ambiental. Por isso, parafraseando Paulo José Leite Farias: a limitação da competência da União às normas gerais não significa que a legislação federal na matéria proteção à infância e à juventude deva ater-se ao nível dos princípios e dos critérios, deixando a regulamentação dos institutos específicos à legislação estadual. Normas gerais, conforme explícito, são todas as normas emanadas da União, desde que aplicáveis uniformemente a todos os Estados e a todos os cidadãos, sem discriminações, ou seja normas de aplicação isonômica em todo o território nacional. Tais «normas gerais» na matéria proteção à infância e à juventude podem dispor apenas sobre princípios (normas-princípios) ou descer a detalhes de regulamentação (normas-regras), desde que uniformes em todo o País, de acordo com a maior ou menor intervenção que a União queira exercer nessas matérias, deixando, conseqüentemente, aos Estados-membros maior ou menor espaço normativo para o estabelecimento de outras normas (FARIAS, 1999, p. 294).

Segundo a Constituição (art. 25, § 1º), os Estados-membros teriam, potencialmente, competência exclusiva ou privativa na matéria proteção à infância e à juventude que não fosse de atribuição da União (privativa) e do Município. Na prática, entretanto, o conteúdo amplo das competências privativas da União e a amplitude semântica de «interesse local» no âmbito da competência protetiva dos Municípios esvaziam a competência exclusiva do Estado-membro na matéria proteção à infância e à juventude.

Com a Constituição de 1988 os Municípios são autônomos e possuem competência legislativa mínima rigidamente estabelecida. Entretanto, parte dessa competência não está explicitada. Está implícita na necessária identificação do fluído conceito de *interesse local*. Assim, a competência legislativa dos Municípios não é tão clara quanto à da União, que é taxativa. Paulo Bonavides⁶⁹ ressalta a autonomia municipal:

Não conhecemos uma única forma de união federativa contemporânea onde o princípio da autonomia municipal tenha alcançado grau de caracterização política e jurídica tão claro e expressivo quanto aquele que consta da definição constitucional do novo modelo implantado no País com a Carta de 1988, a qual impõe aos aplicadores de princípios e regras constitucionais uma visão hermenêutica muito mais larga tocante a defesa e sustentação daquela garantia. (BONAVIDES, 1994, p. 314)

⁶⁹ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 5.ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

Se essa autonomia municipal hoje é indiscutível, Victor Nunes Leal⁷⁰ já a sustentava com veemência a partir da Constituição de 1934. Em artigo publicado em 1949, o publicista reafirmava sua preferência «pela opinião que toma como ponto mais característico da federação, a fim de a diferenciar do Estado unitário descentralizado, a circunstância de ser feita, na própria Constituição federal, a repartição de competências federal e estadual, sendo, em tais casos, a Constituição do tipo rígido, isto é, não reformável pelo simples processo de elaboração das leis ordinárias» (LEAL, [1949] 1999, p. 160). E esclarecia:

Com aquela corrente se harmoniza a concepção de KELSEN, segundo a qual, nas federações, existe uma ordem jurídica *total*, acima das ordens jurídicas central e estadual, as quais serão, em face da primeira, ordens jurídicas *parciais*. “As normas centrais – diz ele – formam uma ordem jurídica central, pela qual se acha constituída uma comunidade jurídica parcial, compreendendo todos os indivíduos que residem em todo o território do Estado Federal. Essa comunidade parcial, constituída pela ordem jurídica central, chama-se ‘União’. Ela é parte do Estado Federal total, no sentido em que a ordem jurídica central é parte da ordem jurídica total do Estado Federal. As normas locais, válidas apenas para determinadas partes do território inteiro, formam ordens jurídicas locais, pelas quais se acham constituídas comunidades jurídicas parciais. Cada comunidade jurídica parcial compreende os indivíduos que residem num desses territórios parciais. Essas comunidades jurídicas parciais são os ‘Estados-membros’. Cada indivíduo pertence, assim, simultaneamente, a um Estado-membro e à União. O Estado Federal, ou a comunidade jurídica total, consiste assim da União, que é uma comunidade jurídica central, como dos Estados-membros, que são várias comunidades jurídicas locais. A doutrina tradicional erroneamente identifica a União com o Estado Federal total. Cada uma das comunidades parciais, tanto a União como os Estados-membros, baseia-se na sua própria constituição, – a constituição da União e a Constituição do Estado-membro. Todavia, a constituição da União, chamada ‘Constituição Federal’, é, ao mesmo tempo, a constituição do Estado Federal total”.² [KELSEN, *General Theory of Law and State*, 1945, pág. 317. Na tradução acima, o vocábulo *União* corresponde à palavra *federation* do texto inglês.] (LEAL [1949] 1999, pp. 160-161)

Dizia, ainda, Victor Nunes Leal, que «a regra geral, nas constituições federais, é a repartição *dual* das competências: da União e dos Estados. Não é habitual a discriminação de uma esfera de competência menor que a dos Estados, ou seja, de uma esfera de competência municipal. Sirva de exemplo a Constituição dos Estados Unidos, que não cuida dos Municípios» (LEAL [1949] 1999, p. 161).

E registrava que, a partir de 1934, entretanto, nosso ordenamento político-jurídico mudou de rumo e passou a delimitar, no próprio texto da Constituição federal, uma esfera de competência privativa dos Municípios [Constituição de 1934, art.13; de 1937, arts. 26 e 28; de 1946, arts. 28 e 29] (LEAL [1949] 1999, p. 162). Sustentava, então, Victor Nunes, que, nos limites que lhe foram traçados pela Constituição federal, a competência municipal não é suscetível de mutilação, nem por obra da lei federal, nem da estadual. E explicava que adotamos, assim, em nossa federação, a partir de 16 de julho de 1934, uma peculiaridade digna de nota, porque desconhecida dos demais regimes federais. Em vez de uma divisão *dual* de competências, como era a

⁷⁰ LEAL, Victor Nunes [1949]. *Problemas de direito público e outros problemas*, 1v. Brasília: Imprensa Nacional, 1999.

regra, passamos a ter uma discriminação *tríplice*: o próprio estatuto político da nação definiu a competência federal, a estadual e, pelo menos parcialmente, a municipal (LEAL [1949] 1999, pp. 162-163). Essa seria (e ainda é) uma particularidade que não pode ser deixada em silêncio, porque dela derivam conseqüências jurídicas importantes (LEAL [1949] 1999, p. 163). E ensinava o mestre:

Apesar da inovação apontada, mantivemos, nas constituições posteriores, o mesmo princípio da Constituição de 1891 quanto à reserva de poderes: os poderes remanescentes continuaram a pertencer aos Estados.⁸ [8 Constituição de 1934, art. 7.º, IV; de 1937, art. 21, II; de 1946, art. 18, § 1.º.] São, assim, da competência dos Estados todos os poderes que não tenham sido conferidos, de um lado, à União e, de outro, aos Municípios (sem falar nas proibições que se destinem, simultaneamente, à União, aos Estados e aos Municípios).

Deve-se observar, contudo, que a regra dos poderes implícitos, válida para a União, segundo a opinião corrente, que tem assento no próprio texto constitucional, também é perfeitamente aplicável aos Municípios, aos quais se atribuíram, não somente os poderes expressos, como ainda todos os mais que naqueles se acham necessariamente envolvidos. PONTES DE MIRANDA manifesta, explicitamente, esta opinião, quando observa que a enumeração constitucional dos poderes municipais é apenas *exemplificativa*. Está a demonstrá-lo a própria redação do texto (art. 28), que faz preceder a lista daqueles poderes do advérbio *especialmente*, que implica a existência de *outros* poderes não mencionados, mas inerentes ao conceito de “administração própria” no que concerne ao “peculiar interesse” dos Municípios.⁹ [9 “Algo ficou inexplicito; mas explicito está. O legislador constituinte como que estacou diante dos perigos da taxatividade. A sua perplexidade resolveu-se numa reticência... Não podemos nós derriscá-la. Está no texto” (PONTES DE MIRANDA, *Comentários à Constituição de 1934*, vol. I, pág. 388).] (LEAL [1949] 1999, pp. 163-164)

Com a Constituição de 1988 o ensinamento mantém-se atualizado. Assim, o operador do direito precisa olhar o Município como pessoa jurídica autônoma, com diversas competências, enfim, com uma gama incomensurável de atribuições para servir à população e proteger a criança e o adolescente.

Sob o regime da Constituição de 1988, o Distrito Federal integra a República Federativa do Brasil (art. 1º). Está incluído, ao lado da União, dos Estados e dos Municípios, como um de seus componentes. Ao cuidar da organização político-administrativa do Estado brasileiro, a Constituição ratifica: «A organização político-administrativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos, nos termos desta Constituição» (art. 18).

Ademais, se nota que tanto os Estados-membros como o Distrito Federal são beneficiários de igual tratamento no âmbito da intervenção federal: «A União não intervirá nos Estados nem no Distrito Federal» (CF, art. 34). Inafastável, portanto, ante o insculpido nos dispositivos constitucionais (arts. 1º, 18 e 34), a categorização do Distrito Federal como entidade estatal efetivamente integrante da federação brasileira; pois, além de titularizar competências próprias, é o Distrito Federal detentor de capacidade legislativa, capacidade administrativa e autonomia financeira.

A estrutura jurídico-constitucional do Distrito Federal é fornecida essencialmente pelo Capítulo V, Seção I, do Título III da vigente Constituição de 1988. Infere-se que ao Distrito Federal foi atribuído um Poder Legislativo, na medida em que é dada função legiferante à Câmara Legislativa do Distrito Federal, composta por Deputados Distritais eleitos pelos cidadãos locais (art. 31). O referido órgão legislativo, além de atuar sobre as matérias outorgadas a Brasília pela Constituição da República, possui competência para elaborar a lei orgânica desse ente federado. Observe-se ainda que aos Deputados Distritais e à Câmara Legislativa aplica-se o mesmo tratamento constitucional que o dispensado aos Deputados Estaduais e às Assembléias Legislativas pela Constituição, no que diz respeito ao número de deputados, duração do mandato, aplicação dos princípios constitucionais sobre sistema eleitoral, inviolabilidade, imunidades, remuneração, perda do mandato, licença, impedimentos e incorporação às Forças Armadas, bem como competência do Legislativo para dispor acerca do seu regimento interno, polícia, organização administrativa de sua secretaria e provimento dos respectivos cargos (art. 27).

No que pertine ao Poder Executivo, cuja função precípua é a administrativa, o Distrito Federal possui como chefe um Governador, o qual conta com um Vice-Governador, ambos eleitos simultaneamente pelo sufrágio direto e com mandato de igual duração ao dos Governadores de Estado. Inegável, em consequência, o fato de o Distrito Federal ser administrado por autoridades próprias, uma vez que seus mandatos são obtidos da coletividade local e em nome desta são exercidos.

Já no que se refere ao Poder Judiciário, o Distrito Federal possui órgãos de justiça de dois graus de jurisdição, vale dizer, o primeiro, exercido pelos Juízes de Direito, enquanto o segundo, pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. Todavia, deve-se frisar que o Poder Judiciário é organizado e mantido pela União (CF, art. 21, XIII). Aliás, essa particularidade que também atinge o Ministério Público, a Defensoria Pública do Distrito Federal, as polícias civil e militar, e o corpo de bombeiros militar, tornando o Distrito Federal um ente federado *sui generis*. José Afonso da Silva destaca que o Distrito Federal é «*unidade federada com autonomia parcialmente tutelada*». Veja-se:

Não é Estado. Não é Município. Em certo aspecto, é mais do que o Estado, porque lhe cabem competências legislativas e tributárias reservadas aos Estados e Municípios (arts. 32, §1º, e 147). Sob outros aspectos, é menos do que os Estados, porque algumas de suas instituições fundamentais são tuteladas pela União (Poder Judiciário, Ministério Público, Defensoria Pública e Polícia). É nele que se situa a Capital Federal (Brasília). Tem, pois, como *função* primeira servir de sede ao governo federal. Agora, goza de autonomia político-constitucional, logo não pode mais ser considerado simples autarquia territorial, como o entendíamos no regime constitucional anterior. Parece que basta concebê-lo como uma *unidade federada* com autonomia parcialmente tutelada. (SILVA, 2005, p. 649)

«Ao Distrito Federal são atribuídas as competências legislativas reservadas aos Estados e Municípios» (CF, art. 32, § 1º). Contudo, ao Distrito Federal, não são atribuídas tão-somente as mesmas competências privativas outorgadas aos Estados-membros e aos Municípios. Titulariza ele, também, outros modais de competências: comum, concorrente e suplementar por imediata força do disposto nos retrotranscritos artigos 23 e 24 da Constituição. As competências comuns são aquelas que o Distrito Federal exercita cumulativamente com os demais entes federados, a saber: a União, os Estados-membros e os Municípios (art. 23). Competências concorrentes, por seu turno, são aquelas enumeradas no artigo 24 e cuja legislação compete, como constitucionalmente previsto, concorrentemente, à União, aos Estados-membros e ao Distrito Federal. Note-se que essa espécie de competência é restrita à atividade legiferante, isto é, à edição de leis tal como elencado nos incisos do citado dispositivo constitucional. Ressalte-se que, nesse tipo de competência, se incluem matérias de relevo ligadas à proteção à criança e ao adolescente, conforme já visto.

Além disso, a competência suplementar deflui da concorrente, uma vez que, nos termos da Constituição, «no âmbito da legislação concorrente a competência da União limitar-se-á a estabelecer normas gerais» (art. 24, § 1º), sendo que, de acordo com o mesmo artigo, «a competência da União para legislar sobre normas gerais não exclui a competência suplementar dos Estados» (art. 24, § 2º). Daí, portanto, a referida competência suplementar.

Sintetizando, possui, o Distrito Federal, competência para proteger a criança e o adolescente residual e expressa (mediatamente identificada, no que couber, com a dos Estados-membros e a dos Municípios por força do disposto no art. 32, § 1º da CF), bem como, imediatamente, comum, concorrente e suplementar em matéria de proteção à criança e ao adolescente.

Sobre a necessidade de o Estado buscar as melhores vias para atender as necessidades concretas dos cidadãos e da própria sociedade, Paulo José Leite Farias transcreve trecho de Paulo Affonso Leme Machado:

A razão última da distribuição do poder, entre seus distintos níveis, não deve ser outra que a de facilitar seu mais adequado e eficaz exercício. As fórmulas que se adotem, como todas as fórmulas políticas, devem legitimar-se pelos seus rendimentos sociais efetivos (E. García de Enterría). Daí, a necessidade de ser considerado o melhor nível de gestão dos serviços e a maior atenção às necessidades concretas e reais dos cidadãos e da própria sociedade. A determinação dos âmbitos que possam corresponder aos distintos níveis de Poder, assim como a forma em que deve ser exercido, haverá de fundamentar-se, de modo inequívoco, no princípio de como se exercem melhor as competências, que aqueles níveis recebem como atribuições. Junto a isso deve-se considerar, também, o custo econômico que representa o exercício dessas funções. É algo que se olvida com frequência. (FARIAS, 1999, pp. 304-305)

Na medida em que há coordenação e cooperação na Federação, temos várias formas de interdependência entre os agentes nos diversos âmbitos e nos diferentes planos de ação. Assim, o moderno conceito de «federalismo cooperativo» mostrar-se-ia de certo modo

redundante, pois, está implícito no conceito de federalismo». Entretanto, tal não ocorre, tendo em vista a filosofia do federalismo clássico, já estudado, que procurava separar, de forma plena e exaustiva, as atividades das diferentes órbitas de governo, esquecendo-se da necessidade de estabelecimento de políticas gerais comuns, que racionalizassem a máquina estatal (FARIAS, 1999, p. 305).

Assim, o federalismo cooperativo, que se materializa na repartição de competências verticais, fundamenta-se no fato de os entes parciais (governo central, governos regional e governo local) terem o objetivo de desempenhar tarefa estatal a benefício dos cidadãos; a necessidade de cooperação e coordenação surge, por conseguinte, como *conditio sine qua non* para a efetiva realização das atividades públicas. Portanto, o governo federal, os governos estaduais e os governos municipais devem procurar coordenar as políticas, visando à correta administração das diferentes, mas interdependentes, tarefas estatais (FARIAS, 1999, p. 306).

José Afonso da Silva afirma que o princípio geral da predominância do interesse norteia a repartição de competências entre as entidades componentes do Estado federal. Segundo o princípio da *predominância do interesse*, à União caberão aquelas matérias e questões de *predominante interesse geral, nacional*, ao passo que aos Estados tocarão as matérias e assuntos de *predominante interesse regional*, e aos Municípios concernem os *assuntos de interesse local*, tendo a Constituição vigente desprezado o velho conceito do peculiar interesse local que não lograra conceituação satisfatória em um século de vigência (SILVA, 2005, p. 478). O constitucionalista também classifica as competências em diversas espécies. Veja-se, no que interessa ao tema sob exame:

Quanto à extensão, ou seja, quanto à participação de uma ou mais entidades na esfera da normatividade ou da realização material, vimos que a competência se distingue em: (a) *exclusiva*, quando é atribuída a uma entidade com exclusão das demais (art. 21); (b) *privativa*, quando enumerada como própria de uma entidade, com possibilidade, no entanto, de *delegação* (art. 22 e seu parágrafo único) e de *competência suplementar* (art. 24 e seus parágrafos); a diferença entre a exclusiva e privativa está nisso, aquela não admite complementariedade nem delegação; (c) *comum, cumulativa ou paralela*, reputadas expressões sinônimas, que significa a faculdade de legislar ou praticar certos atos, em determinada esfera, juntamente e em pé de igualdade, consistindo, pois, num campo de atuação comum às várias entidades, sem que o exercício de uma venha a excluir a competência de outra, que pode assim ser exercida cumulativamente (art. 23); (d) *concorrente*, cujo conceito compreende dois elementos: (d.1) possibilidade de disposição sobre o mesmo assunto ou matéria por mais de uma entidade federativa; (d.2) primazia da União no que tange à fixação de normas gerais (art. 24 e seus parágrafos); (e) *suplementar*, que é correlativa da competência concorrente, e significa o poder de formular normas que desdobrem o conteúdo de princípios ou normas gerais ou que supram a ausência ou omissão destas (art. 24, §§ 1º a 4º). (SILVA, 2005, p. 481)

As normas gerais possuem caráter de complementaridade. Pressupõem a existência de outra norma geral. A legislação suplementar pressupõe a inexistência de normas gerais ou a existência em nível de princípios. A legislação suplementar, na ausência da norma geral, pode disciplinar toda a matéria ou, caso tenha sido editada a norma geral, explicitar os princípios dela

constantes, descendo a detalhes. Assim, as normas gerais encerram não só faculdade, mas também uma limitação evidente à tarefa legislativa da União, uma vez que não podem ser exaustivas. As normas gerais estabelecem princípios e regras fundamentais, resguardando o interesse nacional: não podem especificar situações que, por sua natureza, são campos reservados aos Estados-membros ou aos Municípios (FARIAS, 1999, pp. 310-311).

Considerando que não existem normas constitucionais nem infraconstitucionais que definam o que se deva entender, juridicamente, por normas gerais, a teoria e a jurisprudência procuram integrar o conceito. Paulo José Leite Farias, com apoio em acórdão do Supremo Tribunal Federal e em teoria nacional e estrangeira, propõe que se busquem «critérios mais objetivos que possam orientar, tanto na esfera administrativa como na judicial a solução dos possíveis conflitos entre normas gerais da União e normas especiais dos entes federados» (FARIAS, 1999, p. 353). Adverte, no entanto, que, «qualquer que seja o critério adotado, deve ser obedecida hierarquia lógica dentro do critério regente do ordenamento jurídico pátrio, qual seja, em primeiro lugar a própria Constituição, que constitui, por excelência, a lei fundamental nacional aplicável à Comunidade Total» (FARIAS, 1999, pp. 353-354). Por isso, sugere, em tema de proteção ao meio ambiente, o *princípio in dubio pro natura* (FARIAS, 1999, pp. 355-356).

Tal regra de interpretação impõe-se, também, em matéria de proteção à criança e ao adolescente, aplicando-se o princípio *in dubio pro criança*. Aliás, em razão de previsão contida na Convenção sobre os Direitos da Criança essa é a interpretação que se impõe. Veja-se:

Artigo 41

Nada do estipulado na presente Convenção afetará disposições que sejam mais convenientes para a realização dos direitos da criança e que podem constar:

- a) das leis de um Estado Parte;
- b) das normas de direito internacional vigentes para esse Estado.

Pelos já citados §§ 1º e 4º do artigo 24, pelo artigo 227 da Constituição, bem como pela indefinição do que seja norma especial, deve-se fixar como diretriz exegética que os eventuais conflitos, nos quais a noção de norma geral e especial não seja suficiente, devem ser resolvidos pela prevalência da norma que melhor defenda o direito fundamental tutelado, por tratar-se de preceito constitucional (lei nacional) que se impõe à ordem jurídica central ou regional (*in dubio pro criança*). Assim, o brocardo *in dubio pro criança* deve constituir um princípio inspirador da interpretação. Isso significa que, nos casos em que não for possível uma interpretação unívoca, a escolha deve recair sobre a interpretação mais favorável à proteção da criança.

Fica assim solucionado o conflito em função da maior proteção da legislação federal ou estadual, caso não se possa distinguir com clareza que se trata de normas específicas ou

gerais. Exemplificando, a proibição regional ou local de exercício de determinadas atividades por criança e adolescente deve prevalecer sobre norma federal que não preveja tal situação.

Assim, teleologicamente, assegura-se a possibilidade de norma estadual e de norma municipal estabelecerem proibições, onde a lei federal permita, bem como que a lei federal estabeleça patamares mínimos de proteção à criança e ao adolescente a serem observados em todo o País, dando-se efetividade à proteção integral da criança e do adolescente e à prioridade absoluta.

Essa exegese também acolhe o princípio previsto no artigo 5º segundo o qual «ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei» (inc. I). Assim sendo, a atuação da pessoa, sujeito de direito, é livre, salvo as restrições objetivamente previstas nas esferas legislativas centrais, regionais ou locais.

No caso do direito da criança e do adolescente, as normas estabelecem restrições ao exercício dos direitos subjetivos, principalmente o direito de liberdade, calcadas nas normas constitucionais que impõem a proteção integral e a prioridade absoluta de crianças e adolescentes, especialmente as do artigo 227 da Constituição de 1988, com seus incisos e parágrafos.

Articulando-se tais limitações constitucionais com os princípios da competência concorrente e residual (art. 25, § 1º e, em relação aos Municípios, art. 30, inciso II), entende-se que a lei estadual pode estabelecer limitações ao exercício dos direitos, com vistas à concretude dos princípios da proteção integral e prioridade absoluta de crianças e adolescentes, ainda que não previstas na legislação federal, desde, é claro, que tais restrições sejam compatíveis com as liberdades públicas constitucionais. Ainda que haja expressa autorização federal, mediante lei, se a lei estadual, considerada constitucionalmente válida por não afrontar as regras de competência, ao contrário, impede tal conduta, prevalecerá a lei estadual. Trata-se de situação característica em que o conceito de norma específica, cuja competência em matéria de proteção integral e prioridade absoluta de crianças e adolescentes é atribuída ao Estado-membro, para atender a peculiaridades locais, poderá determinar a inaplicabilidade da lei federal em Estados-membros, onde haja leis em contrário.

Observa-se, por outro lado, que as autonomias regionais não podem destruir a unidade do conjunto. E em matéria de proteção integral e prioridade absoluta de crianças e adolescentes, esse papel preponderante da União é indiscutível e desejável. Não há como planejar a efetividade dos princípios da proteção integral e da prioridade absoluta de crianças e adolescentes a não ser numa visão global, porque, é notório e independe de comprovação, crianças e adolescentes vivem (quando sobrevivem) em todos os Estados e em todos os Municípios do Brasil. Não há como protegê-los e garantir-lhes a prioridade absoluta a não ser nacionalmente.

Assim, se por um lado as autonomias regionais e até mesmo as locais podem ser mais exigentes em favor da proteção integral e da prioridade absoluta de crianças e adolescentes, elas também podem ser menos exigentes ou simplesmente ineficazes, razão pela qual, também, nessa hipótese deve ser aplicada a norma da Constituição total por meio do princípio *in dubio pro criança*.

Portanto, nem a norma estadual, nem a norma municipal podem diminuir a proteção integral e a prioridade absoluta de crianças e adolescentes, em detrimento da norma constitucional ou da lei federal de normas gerais que estabelece patamares mínimos aplicáveis a todo o território nacional. Tal posicionamento já foi, inclusive, objeto de deliberação do Supremo Tribunal Federal. Veja-se esta ementa:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO - CRIANÇA DE ATÉ SEIS ANOS DE IDADE - ATENDIMENTO EM CRECHE E EM PRÉ-ESCOLA - EDUCAÇÃO INFANTIL - DIREITO ASSEGURADO PELO PRÓPRIO TEXTO CONSTITUCIONAL (CF, ART. 208, IV) - COMPREENSÃO GLOBAL DO DIREITO CONSTITUCIONAL À EDUCAÇÃO - DEVER JURÍDICO CUJA EXECUÇÃO SE IMPÕE AO PODER PÚBLICO, NOTADAMENTE AO MUNICÍPIO (CF, ART. 211, § 2º) - RECURSO IMPROVIDO.

- A educação infantil representa prerrogativa constitucional indisponível, que, deferida às crianças, a estas assegura, para efeito de seu desenvolvimento integral, e como primeira etapa do processo de educação básica, o atendimento em creche e o acesso à pré-escola (CF, art. 208, IV).

- Essa prerrogativa jurídica, em conseqüência, impõe, ao Estado, por efeito da alta significação social de que se reveste a educação infantil, a obrigação constitucional de criar condições objetivas que possibilitem, de maneira concreta, em favor das “crianças de zero a seis anos de idade” (CF, art. 208, IV), o efetivo acesso e atendimento em creches e unidades de pré-escola, sob pena de configurar-se inaceitável omissão governamental, apta a frustrar, injustamente, por inércia, o integral adimplemento, pelo Poder Público, de prestação estatal que lhe impôs o próprio texto da Constituição Federal.

- A educação infantil, por qualificar-se como direito fundamental de toda criança, não se expõe, em seu processo de concretização, a avaliações meramente discricionárias da Administração Pública, nem se subordina a razões de puro pragmatismo governamental.

- Os Municípios - que atuarão, prioritariamente, no ensino fundamental e na educação infantil (CF, art. 211, § 2º) - não poderão demitir-se do mandato constitucional, juridicamente vinculante, que lhes foi outorgado pelo art. 208, IV, da Lei Fundamental da República, e que representa fator de limitação da discricionariedade político-administrativa dos entes municipais, cujas opções, tratando-se do atendimento das crianças em creche (CF, art. 208, IV), não podem ser exercidas de modo a comprometer, com apoio em juízo de simples conveniência ou de mera oportunidade, a eficácia desse direito básico de índole social.

- Embora resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, determinar, ainda que em bases excepcionais, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas pelos órgãos estatais inadimplentes, cuja omissão - por importar em descumprimento dos encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatário - mostra-se apta a comprometer a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional. A questão pertinente à “reserva do possível”. Doutrina.⁷¹

⁷¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo regimental no recurso extraordinário 410715/SP. Agravante: Município de Santo André. Agravado: Ministério Público do Estado de São Paulo. Relator: Ministro Celso de

De registrar-se que outro critério, distinto do que atribui maior efetividade à norma de proteção, esvaziaria a Constituição total que deve reger todos os entes federados e seria contrário ao princípio federativo consagrado, como se viu, na Constituição da República (art. 1º) e lembrado na imposição à família, à sociedade e ao Estado, de 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 à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão (art. 227).

Dessa forma, o conselho tutelar afigura-se como órgão que encontra fundamento constitucional para a concretização dos princípios constitucionais da proteção integral e da prioridade absoluta da criança e do adolescente. Se o legislador da norma geral, o Estatuto da Criança e do Adolescente, entendeu que essa era a melhor forma de zelar pelo cumprimento dos direitos da criança e do adolescente, cabe aos Municípios respeitar o patamar mínimo de proteção imposto pela norma geral com expressa previsão constitucional.

No Estatuto da Criança e do Adolescente prevê-se que «o Conselho Tutelar é órgão permanente e autônomo, não jurisdicional, encarregado pela sociedade de zelar pelo cumprimento dos direitos da criança e do adolescente, definidos nesta Lei» (art. 131). Ao analisar esse dispositivo, Judá Jessé de Bragança Soares⁷² afirma que aí está contida a conceituação e finalidade do conselho tutelar apontando três características básicas desse Conselho: é permanente, autônomo e não jurisdicional: (1) ser *permanente* significa ser contínuo, duradouro, ininterrupto; não é acidental, temporário, eventual, mas essencial e indispensável ao organismo social; comparando com o organismo humano, não há de ser como um dente que pode ser extraído e substituído, e sim como um cérebro, sem o qual não se sobrevive; (2) ser *autônomo* significa ter liberdade e independência na atuação funcional, não podendo suas decisões ficar submetidas a escalas hierárquicas, no âmbito da Administração; a revisão judicial (prevista no art. 137) não fere essa autonomia, porque é de caráter jurisdicional, e não administrativo; (3) ser *não jurisdicional* quer dizer que as funções exercidas são de natureza executiva, sem a atribuição (que é exclusiva do Poder Judiciário) de compor as lides (conflitos de interesses); por isso, não cabe ao conselho tutelar estabelecer qualquer sanção para forçar o cumprimento de suas decisões; se necessitar fazê-lo, terá que representar ao Poder Judiciário (SOARES, 1996, p. 405). E, acerca do fundamento constitucional do órgão, sustenta, textualmente:

Mello. Brasília, 22 de novembro de 2005. *Diário da Justiça*, Primeira parte, Brasília, n. 25, p. 76, 3 fev. 2006.

⁷² SOARES, Judá Jessé de Bragança. In: CURY, Munir. SILVA, Antônio Fernando do Amaral. MENDES, Emílio García (Coords.). *Estatuto da criança e do adolescente comentado*. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

Ao indicar a finalidade do Conselho Tutelar, o Estatuto faz cumprir a Constituição Federal, que diz ser dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, os direitos individuais e sociais que enumera (art. 227), e faz alusão à legislação tutelar específica (*idem*, inc. IV), determinando que, no atendimento daqueles direitos, levar-se-á em consideração o disposto no art. 204, que traça duas diretrizes: descentralização político-administrativa e participação da população, por meio de organizações representativas, na formulação das políticas e no controle das ações em todos os níveis. O Conselho Tutelar não é apenas uma experiência, mas uma imposição constitucional decorrente da forma de associação política adotada, que é a Democracia participativa (“Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos, *ou diretamente*, nos termos desta Constituição”), e não mais a Democracia meramente representativa de Constituições anteriores.

O Estatuto, como lei tutelar específica, concretiza, define e personifica, na instituição do Conselho Tutelar, o dever abstratamente imposto, na Constituição Federal, à sociedade. O Conselho deve ser, como mandatário da sociedade, o braço forte que zelará pelos direitos da criança e do adolescente. (SOARES, 1996, pp. 405-406)

Wilson Donizeti Liberati e Públio Caio Bessa Cyrino⁷³, a seu turno, entendem que, por ter a responsabilidade de zelar, caso a caso, pela garantia dos direitos individuais de crianças e adolescentes e de exigir a eficácia dos deveres correspondentes, o conselho tutelar reveste-se de características que dão suporte e legitimidade à sua atuação. São elas a estabilidade (permanência), a autonomia e a não-jurisdicionalização de seus atos. Para os mencionados autores, «essas qualidades atribuídas ao Conselho podem, inclusive, reclamar o *status* de *pressupostos de constituição*, eis que, sem eles, o conselho tutelar fica órfão de critérios de procedibilidade, ou seja, não existe. O ordenamento jurídico vigente não lhe dá validade e operacionalidade se não estiverem presentes os pressupostos válidos de constituição e funcionamento» (LIBERATI e CYRINO, 1997, p. 103).

O conselho tutelar é, também, o órgão «encarregado pela sociedade de zelar pelo cumprimento dos direitos da criança e do adolescente». Ser encarregado pela sociedade traduz a iniciativa da comunidade local de escolher alguém, com alguns requisitos e qualidades, para ser o executor das atribuições constitucionais e legais no âmbito da proteção à infância e à juventude (LIBERATI e CYRINO, 1997, p. 105). A sociedade encarrega o conselho tutelar na forma prevista no Estatuto da Criança e do Adolescente: «em cada Município haverá, no mínimo, um Conselho Tutelar composto de cinco membros, escolhidos pela comunidade local para mandato de três anos, permitida uma recondução» (art. 132); e: «o processo para a escolha dos membros do Conselho Tutelar será estabelecido em Lei Municipal e realizado sob a responsabilidade do Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente, e a fiscalização do Ministério Público» (art. 139)⁷⁴.

⁷³ LIBERATI, Wilson Donizeti e CYRINO, Públio Caio Bessa. *Conselhos e fundos no estatuto da criança e do adolescente*. São Paulo: Malheiros, 1997.

⁷⁴ Redação dada pela Lei 8.242, de 12 de outubro de 1991.

Quem escolhe os conselheiros deve ser a comunidade local. Plácido e Silva⁷⁵ explica que a «*comunidade* é resultante da situação jurídica, não somente em relação à pluralidade de pessoas, como a respeito da universalidade de bens. E pode existir mesmo sem este sentido econômico, que é próprio da comunhão, tal seja a comunidade de pessoas para formar uma corporação, onde os interesses podem ser meramente morais ou culturais» (SILVA, 1987, p. 482). A comunidade que escolhe os conselheiros tutelares, então, são as pessoas que residem no território abrangido pelo conselho tutelar.

Nesse contexto, vale notar que na mesma ocasião em que o Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente – Conanda – editou Resolução dispondo sobre os parâmetros para a criação e funcionamento de conselhos tutelares⁷⁶, atento ao fato de que as normas vigentes não são cumpridas, decidiu elaborar um conjunto de recomendações, na expectativa de que se avance na efetivação dos conselhos tutelares, principalmente no que diz respeito à adequação da legislação local. Nessas recomendações, que constituem diretivas obrigatórias de interpretação das normas pertinentes, assinalou-se:

[...]

Por considerar de fundamental importância para a implementação de uma política de atendimento eficiente para o Município, o CONANDA recomenda a criação de um Conselho Tutelar a cada 200 mil habitantes, ou em densidade populacional menor quando o Município for organizado por Regiões Administrativas, ou tenha extensão territorial que justifique a criação de mais de um Conselho Tutelar por região, devendo prevalecer sempre o critério da menor proporcionalidade.

Além das possibilidades acima, ressalta-se que outras realidades devem ser consideradas para a criação de mais Conselhos Tutelares, prevalecendo, de qualquer forma, o princípio constitucional da prioridade absoluta, notadamente no que tange à destinação privilegiada de recursos para o atendimento e defesa dos direitos da criança e do adolescente.

[...]

Assim, a comunidade será o âmbito em que for constituído o conselho tutelar, sendo que, como parâmetro máximo, a comunidade nunca poderá possuir mais de 200 mil habitantes. E é relevante notar que as normas gerais sobre a matéria estabelecidas pela União, assim como a regulamentação estabelecida pelo Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente são cogentes para todos os demais entes da federação.

⁷⁵ SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*. 10.ed. Rio de Janeiro, Forense, 1987. 4v.

⁷⁶ BRASIL. Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente. Resolução 75, *cit.*

5. A natureza jurídica do conselho tutelar.

Lua nova demais

Elisa Lucinda

Dorme tensa a pequena
sozinha como que suspensão no céu
Vira mulher sem saber
sem brinco, sem pulseira, sem anel
sem espelho, sem conselho, laço de
cabelo, bambolê

Sem mãe perto,
sem pai certo
sem cama certa
sem coberta,
vira mulher com medo
vira mulher sempre cedo

Menina de enredo triste,
dedo em riste,
contra o que não sabe
quanto ao que ninguém lhe disse.
A malandragem, a molequice
se misturam aos peitinhos novos
furando a roupa de garoto que lhe dão
dentro da qual menstruará
sempre com a mesma calcinha
sem absorvente, sem escova de dente,
sem pano quente, sem OB.
Tudo é nojo, medo,
misturação de “cadês”.
E a cólica,
a dor de cabeça,
é sempre a mesma merda,
a mesma dor,
não ter colo,
parque
pracinha
penteadeira,
pátria.
Ela lua pequenininha
não tem batom, planeta, caneta,
diário, hemisfério.
Sem entender seu mistério,
ela luta até dormir
mas é menina ainda;
chupa o dedo.

E tem medo
de ser estuprada
pelos bêbados mendigos do Aterro
tem medo de ser machucada, medo.
Depois menstrua e muda de medo
o de ser engravidada, empenhada,
na noite do mesmo Aterro.
Tem medo do pai desse filho ser preso,
tem medo, medo

Ela que nunca pode ser ela direito,
ela que nem ensaiou o jeito com a boneca
vai ter que ser mãe depressa na calçada
ter filho sem pensar, ter filho por azar
ser mãe e vítima
Ter filho pra doer,
pra bater,
pra abandonar.

Se dorme, dorme nada,
é o corpo que se larga, se rende
ao cansaço da fome, da miséria,
da mágoa deslavada
dorme de boca fechada,
olhos abertos,
vagina trancada.
Ser ela assim na rua
é estar sempre por ser atropelada
pelo pau sem dono
dos outros meninos-homens sofridos,
do louco varrido,
pela polícia mascarada.

Fosse ela cuidada,
tivesse abrigo onde dormir,
caminho onde ir,
roupa lavada, escola, manicure, máquina de
costura, bordado,
dança, pintura, teatro, abraço, casaco de lã
podia borralheira
acordar um dia
cidadã.
Sonha quem cante pra ela:
“Se essa Lua, Se essa Lua fosse minha...”
Sonha em ser amada,
ter Natal, filhos felizes,
marido, vestido,
pagode sábado no quintal.

Sonha e acorda mal
porque menina na rua,
é muito nova
é lua pequena demais
é ser só cratera, só buracos,
sem pele, desprotegida, destrutada
pela vida crua
É estar sozinha, cheia de perguntas
sem resposta
sempre exposta, pobre lua
É ser menina-mulher com frio
mas sempre nua. (LUCINDA, 2000, pp. 88-
91)

Ao regulamentar a previsão constitucional (art. 227, considerando o art. 204), o Estatuto da Criança e do Adolescente cria e dá vida ao conselho tutelar. Genericamente, cabe a ele zelar pelo cumprimento dos direitos da criança e do adolescente previstos no Estatuto (art. 131). O presente estudo não pretende esmiuçar as atribuições do conselho tutelar. Não obstante, para desvendar a natureza jurídica é imprescindível que se tenha em mente quais as implicações da atuação. Dessa forma, é importante ter presentes as atribuições do conselho tutelar explicitadas no Estatuto da Criança e do Adolescente (art. 136).

E no Estatuto dispõe-se que compete ao conselho tutelar atender as crianças e adolescentes nas hipóteses previstas nos artigos 98 e 105, aplicando as medidas previstas no artigo 101, incisos I a VII. Crianças e adolescentes nas hipóteses previstas no artigo 98, são as que se encontram com os direitos reconhecidos no Estatuto ameaçados ou violados por ação ou omissão da sociedade ou do Estado, por falta, omissão ou abuso dos pais ou responsável, e em razão da conduta da própria criança ou adolescente; crianças nas hipóteses previstas no artigo 105, são as que praticaram ato infracional; nessas hipóteses é cabível a aplicação das medidas de proteção previstas no artigo 101, quais sejam: (1) encaminhamento aos pais ou responsável, mediante termo de responsabilidade; (2) orientação, apoio e acompanhamento temporários; (3) matrícula e frequência obrigatórias em estabelecimento oficial de ensino fundamental; (4) inclusão em programa comunitário ou oficial de auxílio à família, à criança e ao adolescente; (5) requisição de tratamento médico, psicológico ou psiquiátrico, em regime hospitalar ou ambulatorial; (6) inclusão em programa oficial ou comunitário de auxílio, orientação e tratamento a alcoólatras e toxicômanos; e (7) abrigo em entidade; cabe, portanto, ao conselho tutelar atender essas crianças e adolescentes, avaliar a situação e decidir se há necessidade de aplicação de medidas de proteção e quais das previstas que melhor lhes preservem os direitos assegurados no Estatuto; cumpre observar que não é dada ao conselho tutelar a aplicação da medida de proteção de colocação em família substituta, prevista no inciso VIII do artigo 101 uma vez que, em razão da gravidade das conseqüências dessa medida, depende de decisão judicial.

Sempre que necessário para garantir o direito de crianças e adolescentes, o conselho tutelar deve atender e aconselhar os pais ou responsável; desse atendimento pode ser constatada a necessidade de aplicação de medidas como: (1) encaminhamento a programa oficial ou comunitário de proteção à família; (2) inclusão em programa oficial ou comunitário de auxílio, orientação e tratamento a alcoólatras e toxicômanos; (3) encaminhamento a tratamento psicológico ou psiquiátrico; (4) encaminhamento a cursos ou programas de orientação; (5) obrigação de matricular o filho ou pupilo e acompanhar sua frequência e aproveitamento escolar; (6) obrigação de encaminhar a criança ou adolescente a tratamento especializado; e (7) advertência; não cabe ao

conselho tutelar aplicar aos pais ou responsável as medidas de perda da guarda, destituição da tutela e de suspensão ou destituição do pátrio poder, previstas nos incisos VIII, IX e X do artigo 129 do Estatuto, porque, da mesma forma, a natureza dessas medidas exige decisão judicial.

O conselho tutelar também deve promover a execução de suas decisões, podendo para tanto, requisitar serviços públicos nas áreas de saúde, educação, serviço social, previdência, trabalho e segurança, e representar à autoridade judiciária nos casos de descumprimento injustificado de suas deliberações; ressalta-se a autonomia efetiva do conselho tutelar frente aos órgãos do Poder Executivo que possuem atribuição para prestar tais serviços públicos; o descumprimento injustificado da requisição exige representação à autoridade judiciária, de acordo com o procedimento estabelecido pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (arts. 191-193).

Há hipóteses em que o adolescente autor de ato infracional não necessita de medida socioeducativa propriamente dita, previstas no artigo 112 (incs. I a VI), mas sim de meras medidas de proteção. Por isso que há previsão legal de aplicação de medidas de proteção como medida socioeducativa (art. 112, inc. VII). Dessa forma, cabe ao conselho tutelar providenciar a execução da medida de proteção aplicada pela autoridade judiciária, dentre as previstas no artigo 101, de I a VI, para o adolescente autor de ato infracional.

Encaminhar ao Ministério Público notícia de fato que constitua infração administrativa ou penal contra os direitos da criança ou adolescente, assim como encaminhar devidamente os casos de competência da autoridade judiciária, na verdade, é dever cívico de qualquer pessoa. Para o conselho tutelar não poderia ser diferente, tendo a previsão legal, porém, caráter imperativo.

Uma das atribuições mais importantes do conselho tutelar na área de prevenção, atuando como garante da destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude, nos termos do Estatuto da Criança e do Adolescente (art. 4º, par. ún. al. *d*), consiste em assessorar o Poder Executivo local na elaboração da proposta orçamentária para planos e programas de atendimento dos direitos da criança e do adolescente.

Também cabe ao conselho tutelar representar, em nome da pessoa e da família, contra a violação de direitos previstos na Constituição Federal relativos à programação das emissoras de rádio e televisão. Na Constituição dispõe-se que «a manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição» (art. 220); no § 3º e inciso II desse mesmo dispositivo, porém, dispõe-se que compete à lei federal estabelecer os meios legais que garantam à pessoa e à família a possibilidade de se defenderem de programas ou programações de rádio e televisão que contrariem o disposto no artigo 221, bem como da propaganda de produtos, práti-

cas e serviços que possam ser nocivos à saúde e ao meio ambiente; no artigo 221 assenta-se que a produção e a programação das emissoras de rádio e televisão atenderão aos seguintes princípios: (1) preferência a finalidades educativas, artísticas, culturais e informativas; (2) promoção da cultura nacional e regional e estímulo à produção independente que objetive sua divulgação; (3) regionalização da produção cultural, artística e jornalística, conforme percentuais estabelecidos em lei; (4) respeito aos valores éticos e sociais da pessoa e da família.

Expedir notificações e requisitar certidões de nascimento e de óbito de criança ou adolescente, quando necessário, da mesma forma, constituem meios para que o conselho tutelar desempenhe suas atribuições. Do mesmo modo, no decorrer do atendimento o conselho tutelar pode verificar que se trata de caso que só poderá ser resolvido se for determinada a perda ou a suspensão do pátrio poder, que o novo Código Civil, em linguagem mais adequada a uma sociedade pluralista, passa a denominar de poder familiar. Constatada essa necessidade, deve o conselho tutelar, sempre explicitando os motivos, representar ao Ministério Público para ajuizamento da pertinente ação judicial.

Cumpra observar, ainda, que as decisões do conselho tutelar somente poderão ser revistas pela autoridade judiciária a pedido de quem tenha legítimo interesse (art. 137).

Liberati e Cyrino afirmam que identificar a natureza jurídica do conselho tutelar é tarefa delicada, por se tratar de assunto relativamente novo no ordenamento jurídico. Entendem tratar-se de órgão que tem sua origem em lei municipal, conforme disposto no Estatuto da Criança e do Adolescente (art. 134). Tal dispositivo prevê, inclusive, a determinação de local, dia, horário e destinação de recursos para seu funcionamento. Por ser criado por lei municipal, o conselho tutelar fica vinculado, diretamente, ao Poder Executivo municipal, tornando-se, por conseguinte, um órgão público, devendo o órgão criador respeitar sua composição, estabilidade e autonomia funcional. Embora a Lei 8.069, de 1990 não seja explícita acerca da questão, a análise dos seus dispositivos permite concluir que o conselho tutelar, apesar de ser um órgão da administração municipal, é destituído de personalidade jurídica, como é de praxe, tratando-se de órgão colegiado. Concluem que a natureza jurídica do conselho tutelar é de uma instituição de direito público, de âmbito municipal, com características de estabilidade e independência funcional, desprovido de personalidade jurídica, que participa do conjunto das instituições brasileiras, estando, portanto, subordinado às leis vigentes no País (LIBERATI e CYRINO, 1997, p. 107).

Essa breve análise permite afirmar que se trata de órgão colegiado de deliberação coletiva que exerce parcela do poder estatal atribuído pela Constituição da República e pelo Estatuto da Criança e do Adolescente aos Municípios. Verifica-se que muitas das atribuições do conselho tutelar, especialmente as relacionadas ao atendimento de crianças ou adolescentes com di-

reitos ameaçados ou violados, assim como pais ou responsáveis, vale dizer, aspectos político-sociais dos direitos das crianças e dos adolescentes, anteriormente, eram exercidas pelo juiz de menores. Obviamente, por se encontrar no Judiciário, mesmo se contasse com boa equipe técnica, o juiz de menores decidia de modo peremptório, sem possibilidade de qualquer contestação, até mesmo pelo significado simbólico da decisão judicial no imaginário social. O Conselho Tutelar libera os juízes do acúmulo de tarefas de índole meramente de política social, permitindo-lhes concentrarem-se em suas funções específicas jurisdicionais.

Dessa forma, o conselho tutelar, de criação obrigatória pelo Estado, por meio da pessoa política do Município, é idealizado como organização da sociedade, composto por integrantes da comunidade. O Conanda afirma expressamente que «o conselho tutelar é órgão público não jurisdicional, que desempenha funções administrativas direcionadas ao cumprimento dos direitos da criança e do adolescente, sem integrar o Poder Judiciário» (Res. 75, de 2001, art. 6º); e que «a autoridade do conselho tutelar para aplicar medidas de proteção deve ser entendida como a função de tomar providências, em nome da sociedade e fundada no ordenamento jurídico, para que cesse a ameaça ou violação dos direitos da criança e do adolescente» (Res. 75, de 2001, art. 7º, § 2º).

Há, portanto, uma ruptura no conceito de atendimento: a Justiça da Infância e da Juventude terá função eminentemente jurisdicional, vale dizer, decidirá os conflitos de interesses e garantirá a aplicação da lei quando houver desvios. O conselho tutelar deve ser integrado por pessoas que conhecem os problemas das crianças e adolescentes da comunidade e são capazes de indicar as soluções para cada caso, assim como quais serviços públicos devem intervir. As deliberações do conselho tutelar, nesse contexto, não são meras recomendações. São impositivas aos serviços públicos envolvidos. «Ao atender a crianças e jovens em suas necessidades político-sociais, o conselho tutelar estará cumprindo a missão constitucional da descentralização político-administrativa, no âmbito municipal, fazendo com que os problemas do Município sejam resolvidos pelos próprios munícipes» (LIBERATI e CYRINO, 1997, p. 114).

Por isso, pode-se afirmar que os conselhos tutelares, assim como os conselhos de direitos da criança e do adolescente, conquanto ainda não adequados à Constituição da República e à legislação federal e não contarem com estrutura e meios necessários para o funcionamento, são os órgãos mais democráticos resultantes da Constituição da República (art. 227, § 7º e 204) e do Estatuto da Criança e do Adolescente. Esses órgãos representativos da sociedade propiciam a participação da população interessada em que se cuide bem de suas crianças.

Mas é preciso cuidado, porque a prestação de serviços pelo Estado também deve levar em conta a velha questão burocracia *versus* democracia. A burocracia faz com que o

funcionário pense que é único dono e senhor do serviço público que presta, fazendo com que se reproduzam antigas práticas sem qualquer reflexão. Isso gera no burocrata o pensamento de que pode tudo, sem consultar a ninguém e sem explicar o porquê da decisão, minando as bases do regime democrático.

É óbvio que nem todas as decisões importantes podem ser tomadas por todos, porque algumas devem ser tomadas por especialistas. E, nessa linha, deve-se ter cuidado, porque o exercício da autocracia faz com que o burocrata, sem conhecer a realidade da vida, sem se dar conta de que em suas mãos está em jogo a vida de pessoas, imagine que sabe o que é melhor para o povo só porque o cargo que exerce faculta a tomada de decisões e impõe métodos arcaicos e retrógrados. Assim agindo perderá legitimidade concebida como aceitação popular.

Muitas das promessas descumpridas pela democracia são consequência direta do aumento da complexidade das relações sociais. Vários problemas políticos atuais exigem competência técnica para serem solucionados. A tecnocracia, por sua vez, é incompatível com a democracia, visto que o protagonista das decisões deixa de ser o cidadão comum para ser o especialista. Somente aqueles que detêm o conhecimento específico passam a ser os detentores da autoridade política.

A propósito, Waldo Vieira⁷⁷ vincula a burocracia ao aumento da criminalidade. Diz ele que «sem a diminuição da burocracia haverá sempre o aumento da *criminalidade*. A burocracia excessiva é a mãe de todos os crimes sociais devido aos corporativismos, repressões, lavagens subcerebrais e corrupções. Em muitos países, a marginalidade tem mais êxito, em cotejo com os governos, em função da agilidade e dinamismo perante as autoridades presas ao imobilismo da máquina administrativa» (VIEIRA, 2003, p. 604).

Vê-se, pois, que a burocracia, apesar de ter sido fruto da luta pela preservação da democracia, terminou por obstaculizá-la, visto que, concebida inicialmente como forma de preservação dos direitos à liberdade, na verdade decorre de uma hierarquia que atribui poder de cima para baixo. A democracia, entretanto, pressupõe um poder que vai da base ao vértice. O que se reclama com essas considerações, pois, em síntese, é que a atuação do conselho tutelar seja refletida e fundamentada por quem exerça as funções de conselheiro tutelar.

⁷⁷ VIEIRA, Waldo. *Homo sapiens... Cit.*

6. A forma de escolha dos conselheiros tutelares.

Segundo o Estatuto da Criança e do Adolescente «o processo para a escolha dos membros do Conselho Tutelar será estabelecido em lei municipal e realizado sob a responsabilidade do Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente, e a fiscalização do Ministério Público» (art. 139).

A redação desse dispositivo, dada pela Lei 8.242, de 12 de outubro de 1991, com a pretensão de afastar questionamento de constitucionalidade da disposição anterior, contribuiu para a confusão de conceitos que se estabeleceu nessa área, praticamente relegando o conselho tutelar a plano secundário na vida da comunidade. A redação anterior do artigo 139 do Estatuto da Criança e do Adolescente previa que «o processo eleitoral para a escolha dos membros do Conselho Tutelar será estabelecido em Lei Municipal e realizado sob a presidência de Juiz eleitoral e a fiscalização do Ministério Público».

Liberati e Cyrino entendem que «somente o Município terá a prerrogativa de definir e fixar o processo de escolha. Para sua realização é necessário o cumprimento de regras e diretrizes traçadas pela Constituição Federal e pelo Estatuto» (LIBERATI e CYRINO, 1997, p. 125).

Sobre a redação primitiva do artigo 139 do Estatuto da Criança e do Adolescente⁷⁸, Paulo Lúcio Nogueira⁷⁹ informa:

Como salientamos na primeira edição, o art. 139 primitivamente previa escolha dos *cinco membros do Conselho Tutelar* (art. 132) através de *eleição* presidida pelo Juiz Eleitoral da Comarca, o que era inviável.

O Tribunal Regional Eleitoral de São Paulo, pelo Acórdão n. 109.242, publicado no *Diário Oficial* do Executivo, 8 mar. 1991, apreciando consulta do Juiz Eleitoral de Descalvado, entendeu ser *inconstitucional* o art. 139 do Estatuto, por votação unânime, já que a legislação sobre processo eleitoral é privativa da União, nos termos do art. 22, I, e 121 da Lei Maior.

A Procuradora-Geral da Justiça fez publicar no *Diário Oficial* do Estado, 15 mar. 1991, o Aviso n. 051/91-PGJ de 14-3-1991, informando que o Egrégio Tribunal Regional Eleitoral tinha fixado orientação normativa no sentido de que “o art. 139 da Lei Federal n. 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente) não é constitucional” e que “o mesmo ocorre com a delegação nele constante, aos Municípios, para que legissem sobre o processo eleitoral a que se referem”. E *recomendou* que fossem os Poderes Públicos Municipais orientados a aguardar o pronunciamento do Egrégio Supremo Tribunal Federal.

No entanto, houve alteração do Estatuto através da Lei n. 8.242/91, que modificou a redação do art. 139, prevendo que a escolha dos conselheiros do Conselho Tutelar será estabelecida em lei municipal e realizada sob a responsabilidade do Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente.

Agora, com a criação do *Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente*, as *Câmaras Municipais* já estão perfeitamente aptas a votar lei municipal criando os *Conselhos Municipais dos Direitos da Criança e do Adolescente*, em que será estabelecida a escolha dos membros do *Conselho Tutelar*; mas, enquanto

⁷⁸ «O processo eleitoral para a escolha dos membros do Conselho Tutelar será estabelecido em Lei Municipal e realizado sob a presidência de Juiz eleitoral e a fiscalização do Ministério Público.»

⁷⁹ NOGUEIRA, Paulo Lúcio. *Estatuto da criança e do adolescente comentado*. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

isso não ocorrer, a Justiça da Infância e da Juventude continua exercendo as funções do referido Conselho Tutelar.

A legislação municipal pode perfeitamente ampliar os requisitos exigidos do membro do Conselho Tutelar, que deve ser pessoa com formação universitária, se possível, pois suas funções, além de importantes, são substitutivas da própria autoridade judiciária, e a criança estará diretamente afeta ao Conselho Tutelar, que deverá tomar as medidas de proteção no que a ela respeita (arts. 101 e 102 do Estatuto). (NOGUEIRA, 1996, pp. 232-233)

O Supremo Tribunal Federal, na verdade, sequer foi provocado. Mas, em outro caso, em julgamento de ação direta de inconstitucionalidade no Supremo Tribunal Federal, o Ministro Sepúlveda Pertence assinalou que «não é matéria de direito eleitoral prescrever que uma eleição compreendida no âmbito do sistema eleitoral – de que tratam os artigos 14 e seguintes da Constituição é da competência da Justiça Eleitoral, pode-se dizer que é uma norma inócua, mas ela é absolutamente constitucional, porque não poderia dispor de outro modo»⁸⁰. O Estatuto da Criança e do Adolescente, porém, é norma federal, incluída, como se viu, na classificação de norma geral, de competência da União. Não poderia ele dizer o óbvio, quando o Supremo Tribunal Federal reconhece que lei estadual pode? É óbvio que poderia.

Mas o dispositivo foi modificado como já se salientou, pela Lei 8.242, de 1991, para a seguinte redação: «Art. 139. O processo para a escolha dos membros do Conselho Tutelar será estabelecido em Lei Municipal e realizado sob a responsabilidade do Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente, e a fiscalização do Ministério Público».

É necessário observar que a proposta de alteração do artigo 139 do Estatuto não constava do projeto encaminhado pelo Poder Executivo. A modificação surgiu somente em substitutivo de plenário ao projeto de lei que criava o Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente. Não houve discussão nem qualquer estudo, nem mesmo qualquer debate sobre o tema. Na Sessão da Câmara, o único parlamentar que se expressou a respeito, apenas afirmou:

[...] Ressalto ainda que o substitutivo de autoria da Deputada Benedita da Silva resolve um problema que estava preocupando todas as entidades que trabalham com a criança e o adolescente: a criação dos Conselhos Tutelares. A lei que criou o Estatuto da Criança e do Adolescente continha um artigo que foi considerado inconstitucional na parte referente à eleição dos integrantes desses Conselhos, mas, no substitutivo, há uma emenda, modificando esse artigo, de forma a resolver o problema. (BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei 514, de 1991. Inscrito para discutir: Deputado Roberto Franca. Brasília, 21 de junho de 1991. *Diário do Congresso Nacional*, Seção I, Brasília, 22 de junho de 1991, p. 10863)

Na verdade, substituir «eleitos pelos cidadãos locais», por «escolhidos pela comunidade local» (art. 131) e «processo eleitoral para a escolha», por «processo para a escolha» (art. 139), não pode implicar o afastamento do caráter eleitoral da escolha, nem a ampliação do corpo eleitoral e nem em afastamento da Justiça Eleitoral de tal processo de escolha. O que poderia

⁸⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Ação Direta de Inconstitucionalidade 2938/MG. Relator: Ministro Eros Grau. Brasília, 9 de junho de 2005. *Diário da Justiça*, Primeira parte, Brasília, p. 4, 9 dez. 2005.

constituir alguma novidade seria a substituição de, «realizado sob a presidência de Juiz eleitoral», por «realizado sob a responsabilidade do Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente». E de fato, essa foi a exegese que prevaleceu. A Justiça Eleitoral, de acordo com a intenção do legislador reformador do Estatuto da Criança e do Adolescente, sentiu-se dispensada de atuar no processo para a escolha dos conselheiros tutelares.

Observa-se que no Estatuto da Criança e do Adolescente não se estabelece quem possui direito de voto para escolher os conselheiros tutelares, uma vez que afirma «escolhidos pela comunidade local» (art. 131). Do mesmo modo, no Estatuto não se especificou a forma e o tipo de votação para a escolha dos membros do conselho tutelar, consignando, tão-somente, que o «processo para a escolha será estabelecido em lei municipal e realizado sob a responsabilidade do conselho municipal dos direitos da criança e do adolescente, e a fiscalização do Ministério Público» (art. 139).

Ocorre que as disposições do Estatuto da Criança e do Adolescente não podem ser interpretadas isoladamente, fora do contexto do Estado Democrático de Direito e das normas constitucionais pertinentes. É preciso ver que os princípios para o exercício dos direitos de cidadania decorrem diretamente da Constituição da República. Por isso, não era mesmo necessário que no Estatuto da Criança e do Adolescente se contivessem disposições acerca de direito de voto, colégio eleitoral e processo de eleição.

Insista-se: sendo direito eleitoral e processo eleitoral e cidadania matérias legislativas de competência da União, não pode lei municipal estabelecer o âmbito do corpo eleitoral e nem o processo de eleição. A lei municipal deverá respeitar os princípios constitucionais sobre o exercício do direito de voto, um dos sub-princípios do Estado Democrático, como se viu anteriormente, além da competência da União para legislar sobre direito e processo eleitoral e cidadania. A propósito, é pertinente lembrar que segundo o próprio Código Eleitoral, nele estão contidas as «normas destinadas a assegurar a organização e o exercício de direitos políticos precipuamente os de votar e ser votado» (art. 1º).

Também se viu que, no dizer de Canotilho, a representação política da população, sob o ponto de vista organizatório-funcional, traduz-se num esquema de seleção fundamentalmente ancorado na eleição dos governantes através do qual: (1) se institui o exercício do poder político; (2) se institui o controle exercido pelos representados. Dessa forma, o conselho tutelar apresenta-se como órgão integrante da estrutura do Estado federal brasileiro na pessoa jurídica de direito público interno do Município, no qual estão presentes os princípios da representação material e da representação formal. O Conselho Tutelar é órgão autônomo e exerce funções de natureza administrativa.

Assim, se no Estatuto da Criança e do Adolescente prevê-se que os membros do conselho tutelar devem ser «escolhidos pela comunidade local», tratando-se de agentes do Estado, essa escolha só se pode dar pelos meios previstos na Constituição da República para a escolha de agentes do Estado, vale dizer, a soberania popular, exercida, nesse caso, pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos (art. 14). Daí, a competência da Justiça Eleitoral para a escolha, como sustentar-se-á oportunamente.

7. A natureza jurídica da função de conselheiro tutelar.

Parece não haver dúvida de que os conselheiros tutelares são agentes públicos. Segundo o disposto no Código Eleitoral, agentes públicos são aqueles que «exercem, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nos órgãos ou entidades da administração pública direta, indireta, ou fundacional» (art. 73, § 1º). Isso bastaria.

Mas, ainda que a discussão acadêmica se revele inócua, os teóricos não se satisfazem sem enquadrar as coisas existentes em categorias conhecidas. Por isso, surgem problemas quando se objetiva enquadrar esses agentes públicos na classificação teórica. Elaine Maria Barreira Garcia⁸¹ afirma que «os conselheiros tutelares prestam serviços que constituem um *mínus público*, porém, não se enquadram no conceito de agente político, vez que, apesar de “eleitos” pela comunidade para mandato de três anos, suas funções não compõem o esquema fundamental do Poder Público». Por outro lado, não se enquadrariam «na classe de particulares em colaboração com a administração, eis que se submetem à eleição e são empossados para exercício de mandato, podem receber remuneração do Estado mas não de outra fonte pelo serviço realizado e por fim, não realizam as funções por conta própria». Por isso, entende que «a figura do conselheiro tutelar tem natureza atípica e híbrida dentro dos conceitos tradicionais de agentes administrativos, bem por isso, a análise de enquadramento jurídico para aplicação do direito com relação ao conselheiro tutelar, quando não houver disposição expressa na lei, deverá sem exceção, levar em conta a vontade do legislador e a faceta preponderante para o respectivo enquadramento» (GARCIA, s.d.). E explica:

Por exercer “cargo” com características híbridas e que carrega um pouco das diversas classes de agente administrativo, ao se examinar casos concretos a respeito do conselheiro tutelar, é preciso verificar qual característica prepondera na hipótese.

Exemplificando, por vezes o conselheiro tutelar se enquadra na classificação de agente público, como por exemplo, para os fins de improbidade administrativa⁸², quando a conduta do conselheiro tutelar der causa a prejuízo ao patrimônio público, enriquecimento ilícito ou consistir em quebra de princípios administrativos. A razão disso encontra-se na vontade da lei que busca proteger o Estado de prejuízos, patrimoniais ou morais por agentes que ela define e que desfrutam de algum vínculo com a Administração.

Em outras situações, a condição do conselheiro tutelar melhor se enquadra como servidor público. Para efeitos eleitorais⁸³, o candidato será considerado servidor

⁸¹ GARCIA, Elaine Maria Barreira. *Conselheiro tutelar e a impossibilidade de concessão de “licença remunerada para atividades políticas”*. Disponível em <<http://www5.mp.sp.gov.br:8080/caoinfancia/caoinfancia.htm>>. Acesso em 27 nov. 2005.

⁸² Lei federal n. 8.429/92, art. 2º. – (Improbidade Administrativa) – “Reputa-se agente público, para os efeitos desta Lei, todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nas entidades mencionadas no artigo anterior. (nota de GARCIA)

⁸³ Lei de Eleições n. 9.504/97 – art. 73, § 1º – Reputa-se agente público, para efeitos deste artigo, quem exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nos órgãos ou entidades da administração

público se, de qualquer forma, utilizando a máquina da administração, assume condutas, taxativamente previstas no art. 73, da Lei de Eleições, tendentes a afetar a igualdade de oportunidades entre os candidatos nos pleitos eleitorais.

Para efeitos penais, o conselheiro tutelar é funcionário público por expressa previsão no Código Penal⁸⁴ que alargou o conceito para abarcar aqueles que cometerem as condutas penais típicas aproveitando-se de vínculo com o Estado, ainda que ténue. No mesmo sentido, assim é considerado, para efeitos penais no Código Eleitoral⁸⁵.

Vanêsa Buzelato Prestes⁸⁶, a seu turno, tratando especificamente da questão no Município de Porto Alegre, faz uma retrospectiva, assinalando que, logo no início, a legislação classificou os conselheiros tutelares como agentes honoríficos. No entanto, depois percebeu-se a necessidade de outra solução. Por isso, pela Lei municipal 7.394, de 28 de dezembro de 1993, foram «criados na Administração Centralizada 40 cargos em comissão, a serem providos pelo exercício da função de confiança popular, denominados conselheiros tutelares, eleitos por voto universal e facultativo dos cidadãos porto-alegrenses» (PRESTES, 1998, p. 64). E explica:

29. Conforme já dito, na primeira Lei Municipal os membros de Conselho Tutelar foram caracterizados como agentes honoríficos, cuja relação jurídica estabelecida foi de particulares em colaboração com o poder público. Por consequência, percebiam uma contraprestação pelo serviço prestado a título indenizatório, por força do que disciplinou a Lei. Em decorrência de não serem considerados trabalhadores públicos não podiam perceber os mínimos constitucionais. Todavia, conforme já amplamente explanado esta situação estava jurídica e faticamente inadequada. Isto porque, não obstante a permanência no serviço público dos membros de conselho tutelar ser adstrita a um mandato certo, durante este período desempenhavam atividade profissional cujas atribuições decorrem do ECA, bem como prestam serviço sem caráter de eventualidade, elementos característicos do conceito de servidor público. A par disso, desnecessário dizer que, de igual forma, não podiam ser caracterizados como agentes políticos, pois não são membros de Poder, nem tão pouco pertencem a cargos estruturais do Estado, exercendo uma parcela do poder inerente ao mesmo. O único elemento que identifica membro de Conselho Tutelar com agente político, naqueles Municípios que optaram pelo sufrágio universal como método de escolha do Conselho Tutelar e neste momento histórico democrático do país, é a eleição. Destarte nenhum destes conceitos se adequava à espécie.

30. Com base na reflexão desenvolvida no presente estudo chegou-se a conclusão de que os membros de Conselhos Tutelares eram servidores públicos. Para tanto, necessário disciplinar o tema, sem ferir os preceitos constitucionais.

31. A Constituição Federal aponta dois caminhos para investidura em cargo ou emprego público (art. 37, II), o concurso público de provas ou provas e títulos e as nomeações para cargo em comissão. Não obstante a eleição ter características que se assemelham a finalidade do concurso público - garantir a isonomia e a impessoalidade - ,(17) mesmo interpretando sistematicamente o texto constitucional não é possível equiparar a eleição como espécie de concurso, até porque esbarra em outros preceitos constitucionais, nomeadamente, o art. 41 que declara serem estáveis após dois anos de efetivo exercício, os servidores nomeados em virtude de concurso público. Nesta hipótese, haveria um problema intransponível na lei municipal que estaria

pública direta, indireta, ou fundacional. (nota de GARCIA)

⁸⁴ Código Penal, art. 327 – Considera-se funcionário público, para os efeitos penais, quem, embora transitoriamente ou sem remuneração, exerce cargo, emprego ou função pública. (nota de GARCIA)

⁸⁵ Lei Federal n. 4.737/65 – Código Eleitoral – art. 283 - § 1º – Considera-se funcionário público, para os efeitos penais, além dos indicados no presente artigo, quem, embora transitoriamente ou sem remuneração, exerce cargo, emprego ou função pública. (nota de GARCIA)

⁸⁶ PRESTES, Vanêsa Buzelato. Natureza jurídica da função conselheiro tutelar: legislação de Porto Alegre. *Revista da Procuradoria-Geral do Município de Porto Alegre*. Porto Alegre, n. 12, pp. 61-78, set. 1998.

contrariando o texto constitucional ao criar cargos a serem providos por uma “espécie de concurso”, porém posteriormente estes servidores não seriam considerados estáveis, nos termos do art. 41 da Carta Magna, por força de lei infraconstitucional (lei municipal e ECA), que vincula ao mandato. (PRESTES, 1998, p. 67)

Prestes também entende que seria necessária previsão constitucional explícita para o trato da matéria. Veja-se:

35. Ainda, cabe registrar que no 1º Congresso Nacional sobre Conselhos Tutelares tivemos a oportunidade de falar sobre o tema, alertando para a necessidade de dispor sobre o assunto na Constituição Federal, inclusive sugerindo ao deputado que participava da mesa dos trabalhos, o debate do tema no Congresso Nacional. Por ora, na Conferência Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente, foi aprovado o seguinte encaminhamento: “que o CONANDA possa desencadear uma campanha de emenda popular à Constituição Federal para a inclusão de previsão da figura do Conselheiro Tutelar no Serviço Público Brasileiro, inclusive com posterior regulamentação de suas funções”. A preocupação quanto a regulamentação do vínculo, portanto, extrapola os limites municipais e encontra eco para resolução do problema formal enfocado. No limite da possibilidade de um Município nos antecipamos ao clamor nacional. Porém reconhecemos que o problema somente restará elidido quando a Carta Magna contemplar a espécie. (PRESTES, 1998, p. 69)

Murillo José Digiácomo⁸⁷, no entanto, pensa de modo diverso. Sustenta ele que o conselheiro tutelar «exerce uma atividade que o próprio Estatuto da Criança e do Adolescente define como sendo um “serviço público relevante” (art.135), merecendo ser enquadrado no conceito de agente político» (DIGIÁCOMO, s.d.).

Como se viu anteriormente, para Hely Lopes Meirelles, é suficiente à classificação como agente político a independência com que determinado agente público exerce as atribuições que são de sua competência, incluindo em tal conceito não apenas os chefes de Executivo e seus auxiliares imediatos como ministros e secretários de Estado e de Município, os parlamentares, mas também os magistrados, os promotores de justiça, os membros dos tribunais de contas, os representantes diplomáticos e demais autoridades que atuem com independência funcional no desempenho de atribuições governamentais, judiciais ou quase-judiciais, estranhas ao quadro do serviço público (MEIRELLES, 1991, p. 69)⁸⁸.

Esse posicionamento parece ser o mais acertado. Daí, com razão, Digiácomo. Os conselheiros tutelares são agentes políticos porque são detentores de mandato com investidura a prazo certo; exercem suas atribuições com total independência funcional, em atenção à autonomia do conselho tutelar, não estando submetidos a nenhuma subordinação hierárquica e suas deliberações somente podem ser revistas pela autoridade judiciária; integram a estrutura do Estado, na pessoa jurídica de direito público do Município, com previsão na lei de normas gerais,

⁸⁷ DIGIÁCOMO, Murillo José. *Algumas considerações sobre a composição do Conselho Tutelar*. Disponível em <<http://www.mp.pr.gov.br/cpca/crianca.html>>, Conselhos Tutelares. Acesso em 26 abr. 2006.

⁸⁸ Nesse mesmo sentido, mas utilizando-se do pensamento de Digiácomo, também se manifesta Dorival da Costa na dissertação de mestrado *O Espaço participativo mercadorizado: a dimensão política e tecnológica na implantação dos conselhos tutelares no Paraná*. Curitiba: CEFET-PR, 2005, p. 32.

que é o Estatuto da Criança e do Adolescente, o qual, a seu turno, encontra fundamento na Constituição Federal (art. 227, § 7º e art. 204).

Como diria o Ministro Sepúlveda Pertence⁸⁹ ao recusar-se a definir a colocação do Ministério Público que resultou da Constituição de 1988 no tradicional esquema dos três poderes, «não importa», porque «a colocação tópica e o conteúdo normativo» da Seção dedicada ao Ministério Público, na Constituição, «desvelam a renúncia, por parte do constituinte de definir explicitamente a posição do Ministério Público entre os Poderes do Estado». No caso do conselho tutelar essa discussão sobre natureza jurídica das funções, de qualquer sorte, é também destituída de qualquer interesse jurídico e de importância meramente teórica. O que importa é que o constituinte de 1988 também não disse quais seriam as «organizações representativas», que deveriam expressar a «participação da população», «na formulação das políticas e no controle das ações em todos os níveis» (CF, art. 204, inc. II), «no atendimento dos direitos da criança e do adolescente» (CF, art. 227, § 7º).

Dessa forma, tendo o legislador de normas gerais optado pela criação do conselho tutelar em nível municipal e dos conselhos de direitos em níveis federal, estadual e municipal, há que se reconhecer que o fundamento de tais organizações representativas é constitucional, como se viu anteriormente, aliás. Cumpre ao administrador, portanto, dar concretude ao conselho tutelar. Assim o fazendo não estará fazendo gentileza. Estará tão-somente cumprindo a Constituição da República e a norma geral dela decorrente. Disso decorre a obrigatoriedade do conselho tutelar para o Município.

⁸⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de segurança 21.239/DF. Impetrante: Procurador-Geral da República. Impetrado: Presidente da República. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Brasília, 5 de junho de 1991. *Diário da Justiça*, Primeira parte, Brasília, p. 6920, 23 abr. 1993, e *Revista Trimestral de Jurisprudência* n. 147, p. 129. O Procurador-Geral da República sustentava usurpação de competência pelo Presidente da República que nomeara Procurador-Geral do Trabalho, entendendo-o como cargo em comissão e, portanto, demissível *ad nutum*. Já na ementa o acórdão afirma que «seria inadmissível extrair a recepção, pela ordem constitucional vigente, da regra anterior do seu provimento em comissão, pelo Presidente da República» e que «do regime constitucional do Ministério Público, é de inferir, como princípio basilar, a rejeição de toda e qualquer investidura precária em funções institucionais do organismo, seja, no plano externo, pela proscricção da livre exoneração do Procurador-Geral da República, seja, no plano interno, pela vedação da amovibilidade dos titulares de seus escalões inferiores» (p. 105). Aceita a manutenção do ato presidencial, «nesse contexto constitucional, entre o órgão de cúpula – protegido pela nomeação a termo –, e os órgãos de base – garantidos pela inamovibilidade defronte da própria chefia da instituição – é que se intrometeria a cunha demolidora de todo o sistema, mediante investidura em comissão nas chefias intermediárias, cujos titulares, e só eles, seriam exoneráveis ao nuto do Presidente da República» (p. 138).

8. Breve análise sobre a situação dos conselhos tutelares no Brasil.

Não constitui objeto do presente estudo a análise da situação dos conselhos tutelares no Brasil. Não obstante, por se tratar de órgão ainda praticamente desconhecido, mesmo nos âmbitos de maior escolaridade, há que se dar uma breve notícia acerca da implantação efetiva.

Segundo o Programa Pró-conselho Brasil⁹⁰, em maio de 2004 o País possuía 5.660 Municípios. Mesmo sendo obrigatória a existência dos conselhos tutelares, eles ainda não foram criados em todos os Municípios brasileiros, muitas vezes por desconhecimento da lei por parte do poder público, por desorganização da sociedade civil local, por falta de vontade política das autoridades municipais, entre outros fatores. Dados do Sistema de Informação para Infância e Adolescência revelam que em maio de 2004 existiam 5.584 Municípios, dos quais 4.363 possuíam conselhos municipais de direitos de crianças e adolescentes e 3.735, possuíam conselho tutelar. Mas o simples ato de criar os conselhos, muitas vezes, não garante funcionamento. Em muitos Municípios, a lei que cria os conselhos já foi publicada, mas eles não estão operando e, em outros, funcionam de maneira precária e inadequada.

A ausência dos conselhos municipais constituídos em muitos Municípios do País inibe a divulgação das políticas públicas e a participação da comunidade na discussão das políticas a serem implementadas para crianças e adolescentes. A ausência de conselhos tutelares dificulta, por sua vez, a garantia de direitos de crianças e adolescentes, tais como integridade, educação, saúde. A maioria dos conselhos existentes no Brasil possui infra-estrutura precária para funcionamento: faltam equipamentos básicos, como computador, telefone, fax.

Nesse ponto, importante mencionar a opinião do juiz Siro Darlan acerca da eleição dos conselheiros tutelares, citada pela então doutoranda pelo Instituto Universitário de Pesquisas do Rio de Janeiro – IUPERJ –, Vânia Morales Sierra⁹¹, que analisava as primeiras eleições para conselheiros tutelares, realizadas no Município do Rio de Janeiro, no ano de 1995:

[...] não tem sido correta a fórmula adotada para as eleições desses conselhos, levando para mais um caminho equivocado que venha reforçar a corrente daqueles que não querem que a lei tenha eficácia e seja aplicada. Se tais conselhos são instrumentos de democratização que o legislador previu como meios de participação da sociedade no processo de garantir e assegurar os direitos fundamentais a crianças e adolescentes, a eleição dos conselheiros não pode ser uma ação entre amigos (Darlan, 1998, p. 152). (SIERRA, 2005, p. 3)

⁹⁰ Instituto Telemig Celular, Secretaria Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República e Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente. *Pró-conselho Brasil: programa de fortalecimento dos conselhos de direitos da criança e do adolescente e dos conselhos tutelares*. Belo Horizonte, 2004.

⁹¹ SIERRA, Vânia Morales. *Conselho Tutelar: uma identidade em questão*. Disponível em <<http://www.abmp.org.br/>>. Acesso em 27 nov. 2005.

Registre-se que no Município do Rio de Janeiro, segundo a mesma autora, o processo de eleição para os conselhos tutelares foi desorganizado e com pouca divulgação. Os conselheiros tomaram conhecimento da data de inscrição através de amigos que também trabalhavam com crianças e adolescentes, e tinham algum contato com a Secretaria de Desenvolvimento Social. Para alguns conselheiros a falta de divulgação atrapalhou porque eles não conseguiram tempo suficiente para realizar uma boa campanha, já que tomaram conhecimento da eleição somente nos últimos dias da inscrição. Quanto à realização da própria campanha, os conselheiros afirmaram ter chamado os amigos e pessoas da comunidade, o que foi denominado «voto multiplicador». Conseqüentemente, o conhecimento pessoal prevaleceu no lugar do trabalho de divulgação nas instituições do bairro (escolas, igrejas, etc.). Os conselheiros deixaram transparecer que a confiança na pessoa era mais relevante para a eleição do que a discussão referente aos direitos. A justificativa pode estar relacionada ao fato de que os conselheiros precisavam fazer um grande esforço para convencer as pessoas ao cadastramento como eleitores, obedecendo, assim, as exigências do conselho de direitos. Por todas essas dificuldades a eleição contou com a participação de apenas 13.721 votantes (SIERRA, 2005).

Manoel Onofre de Souza Neto⁹², promotor de justiça coordenador do Fórum nacional dos Centros de Apoio Operacional de Infância e Juventude dos Ministério Públicos dos Estados e do Distrito Federal e Territórios – Foncaij – conta que recentemente em uma discussão em Buenos Aires foi questionado acerca da efetividade e legitimação social do conselho tutelar. Promotores de justiça (fiscais) e defensores disseram não entender porque tem-se que trabalhar com uma instância que burocratiza o atendimento. Essa ponderação tem como lastro o fato de que lá eles dispõem de estruturas regionalizadas (centros de atenção a los niños) compostas por profissionais de diversas áreas, inclusive defensores, psicólogos e assistentes sociais, que fazem diretamente o atendimento e os encaminhamentos devidos, sem «intermediários». Em outras palavras, questionavam o fato de ser melhor trabalhar com profissionais com formação específica e que efetuem o atendimento em si, do que «contratar» pessoas para encaminhar a criança e o adolescente ao atendimento, sem contar que essas pessoas mudam a cada três anos e o processo de escolha é bastante dispendioso e com reflexos político-sociais diversos, para não dizer complicados (SOUZA NETO, 2006).

Entende Souza Neto que os argumentos expostos fazem, sob determinado prisma, bastante sentido. Mas relata ter respondido que o diferencial, pelo menos na teoria, do conselho tutelar, diz respeito ao fato de que ele não é um órgão passivo. O conselheiro tutelar, em tese, não fica «esperando» o sujeito criança ou adolescente com o direito violado para atuar. Seriam os

⁹² SOUZA NETO, Manuel Onofre de. [mensagem pessoal]. Mensagem recebida por <foncaij@grupos.com.br> em 11 maio 2006.

casos, por exemplo, das infrações administrativas, em razão das quais os conselhos tutelares estão legitimados, nos termos do Estatuto da Criança e do Adolescente (art. 194), como o Ministério Público, a representar à autoridade judiciária para imposição de penalidade administrativa exatamente por infração às normas de proteção à criança e ao adolescente. Afirma ter efetuado a seguinte ilação: uma das infrações administrativas consiste em deixar o responsável pelo estabelecimento ou empresário de observar o que dispõe o Estatuto da Criança e do Adolescente acerca do acesso de criança e adolescente aos locais de diversão (art. 258) ou, então, deixar o responsável por diversão ou espetáculo público de afixar em lugar visível e de fácil acesso, à entrada do local, informação destacada sobre a natureza da diversão ou espetáculo ou, ainda, a que se refere ao ato infracional e ao adolescente privado de liberdade (art. 257), enfim, tantas outras que para ser possível qualquer representação se faz necessária uma fiscalização, senão dificilmente o conselheiro iria cumprir essa atribuição, tanto que existe a «garantia» do Estatuto da Criança e do Adolescente (art. 236). Significa, em todo caso, sair detrás da mesinha de trabalho e do gabinete. Ou então aguardar em berço esplêndido que os vetustos agentes de proteção (comissários de menores), figuras em extinção, inclusive na lei, via de regra abnegados voluntários e geralmente sem formação específica, atuem! Disse, por fim, que os conselhos tutelares não se tratavam de «polícia de criança», até porque em razão da configuração da maioria das infrações administrativas a abordagem será efetuada ao proprietário, aos pais ou a terceiros (SOUZA NETO, 2006).

A seu turno, Wanderlino Nogueira Neto⁹³, que participou pela «Coalizão da Sociedade Civil» da audiência preliminar do Comitê dos Direitos da Criança do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos em Genebra, em junho de 2004, noticia que também ouviu «esse tipo de reparo e mesmo crítica aos conselhos tutelares, partindo de alguns *experts* do Comitê». E relata ter externado a posição do Brasil, textualmente:

Nós da Coalizão e do Unicef/Brasil, em especial (dentre as cinco instâncias da ONU convocados e que apresentaram *shadow-report*) sustentamos exatamente isso que o Manoel Onofre sustenta. Convencemos em parte... pois no texto das “Orientações e Recomendações ao Governo Brasileiro” de 1º de outubro de 2004 eles mencionam que o Brasil deverá examinar a possibilidade de criar uma entidade de defesa e proteção dos direitos humanos de crianças aos moldes dos Princípios de Paris (1993), o que significa um órgão na linha democracia participativa (e não representativa) formado de *experts* (qualificados) para zelar pelos direitos. Mais na linha de um *ombudsman*, me pareceu. Não criticam os conselhos tutelares, mas os consideram “insuficientes e ainda desqualificados” para essa luta, que deve ser de “defensores de direitos humanos” e não de “representantes da comunidade” – os dados eles colheram no grande relatório geral elaborado pelo Governo brasileiro e em respostas outras dadas pelo Itamarati a uma “*issues-list*”. Realmente a idéia de conselhos tutelares, como postos no Estatuto da Criança e do Adolescente, é boa... mas sua operacionalização atualmente deixa muito a desejar. (NOGUEIRA NETO, 2006)

⁹³ NOGUEIRA NETO, Wanderlino. [mensagem pessoal]. Mensagem recebida por <foncaij@grupos.com.br> em 11 maio 2006.

O mencionado Comitê dos Direitos da Criança do Alto Comissariado das Nações Unidas, com vistas a acompanhar a implementação da Convenção sobre os Direitos da Criança, na verdade, demonstrou preocupação com a ausência de um mecanismo independente de acordo com os Princípios de Paris com mandato regular para monitorar e avaliar o progresso na implementação da Convenção e autorizado a receber e atuar sobre reclamações individuais, inclusive de crianças. Assinala-se, no mencionado documento:

20. À luz do seu Comentário Geral n. 2 sobre Instituições Nacionais de Direitos Humanos, o Comitê encoraja o Estado-parte a estabelecer um mecanismo independente e eficaz de acordo com os Princípios de Paris (Resolução 48/134 da Assembleia-Geral). Esta instituição deve ser provida de recursos humanos e financeiros adequados e deve ser de fácil acesso às crianças, lidando com as reclamações das crianças de forma sensível e expedita e fornecendo remédios para violações de seus direitos sob a Convenção. [...] (NAÇÕES UNIDAS, 2004)

Sobre esse relatório, Amarildo Baesso⁹⁴ registra que esteve presente por ocasião dos debates e argumentou com alguns membros do Comitê que o Brasil optou por outro mecanismo de controle social, que não segue os princípios de Paris, que é o modelo paritário-deliberativo dos Conselhos de Direitos. «Mas eles insistem que o Brasil, no controle da execução das políticas públicas, deveria pensar em mecanismos compostos apenas pela participação da sociedade, porque esse autocontrole do Estado é questionável». Registra ainda que «os Conselhos paritários/deliberativos têm tido um papel fundamental na elaboração, na formulação da política pública». Mas que existem dúvidas «sobre o controle, isto é, o controle da execução, o monitoramento do resultado e da aplicação do gasto público, porque nós teríamos aí uma parcela dos Conselhos que é constituída por representantes do Estado que poderia exercer um autocontrole estatal, o que é uma coisa para se pensar». E questiona: «Como é que um Conselho paritário/deliberativo, como o CONANDA, teria isenção na feitura de determinados controles que são fundamentais. O Plano “Presidente Amigo da Criança”, na minha opinião, aponta uma possibilidade de superação disso, que é o Estado exercer apenas o papel de apresentar as informações para que a sociedade faça a avaliação, que será discutida entre representantes de ambos. É uma tentativa nessa direção que a ONU aponta. Nós começamos e acho que evoluímos muito no ano de 2003 e no ano de 2004. Infelizmente, no ano de 2005, por conta de todos os percalços porque passou a Secretaria Especial dos Direitos Humanos, tivemos dificuldade de aprofundar a experiência, mas acho que a gente não pode de jeito nenhum abrir mão dela». E, como forma de aumentar o controle social propõe «a constituição de algumas carreiras mais autônomas em relação ao Governo, no âmbito do Estado, como, por exemplo, a que existe no Ministério Público, tem um papel fun-

⁹⁴ BAESSO, Amarildo. *O papel do Estado e da sociedade na formulação e fiscalização de uma política para a criança e o adolescente* (Painel I). In: CONANDA. *Anais da VI Conferência Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente*, Brasília, 12-15 dez. 2005, pp. 68-86.

damental na parceria com a sociedade». E menciona como outros exemplos os Tribunais de Contas da União, dos Estados e do Distrito Federal. E acerca dos princípios de Paris, Renato Rosendo⁹⁵ explica:

Os princípios de Paris foram adotados em 1993 pela Assembléia Geral das Nações Unidas. São diretrizes para a formatação de instâncias colegiadas que influenciem políticas públicas, promovam opinião pública para direitos humanos, recebam e encaminhem denúncias e monitorem a realização de direitos humanos em nível nacional. No Brasil nossa instância de direitos de crianças e adolescentes ainda não se adapta integralmente a esses princípios. Nosso conselho de direitos, o CONANDA, é responsável pela deliberação e fiscalização de políticas, mas não pelo monitoramento em específico da violação de direitos humanos de crianças e adolescentes. Pelo ECA, essa é a função do Conselho Tutelar, mas, como sabemos, ainda não há conselhos em todos os municípios do país (ainda faltam 30% de municípios) e nos municípios em que há conselhos, esses, em sua maioria, têm funcionamento precário e não estão acessíveis a todas as crianças e adolescentes.

De acordo com os Princípios de Paris, as instâncias de monitoramento de direitos humanos deveriam estar estruturadas a receber e encaminhar com rapidez denúncias de violação de direitos. Entendemos que a magnitude do território brasileiro dificulta que instâncias nacionais sejam acessíveis em todas as localidades do país, por isso a necessidade de trabalharmos em rede. É fundamental termos uma instância nacional que monitore o nível e características das violações aos direitos da criança, por isso a necessidade de integração. Iniciativas governamentais como o SIPIA (SISTEMA DE INFORMAÇÃO PARA A INFÂNCIA E ADOLESCÊNCIA) são extremamente importantes e devem ser fortalecidas, porém não basta ter a informação para gerar e monitorar política pública. É necessário que a demanda concreta seja reparada e o direito da criança restituído. Sem isso, a sociedade perde confiança no Estado e é o que vem acontecendo no Brasil. Monitorar os direitos é estrategicamente relevante para prevenir violações, promover direitos e reparar violações ocorridas.

O problema, porém, não é que o conselho tutelar não seja adequado para tal finalidade. É que, não obstante haver previsão legal de existência de um conselho tutelar em cada Município, ainda existe um grande déficit de implementação, como demonstrado anteriormente. E, relativamente aos compromissos assumidos pelo Brasil diante da comunidade internacional, quem responde é a União, não podendo o Estado nacional transferir a responsabilidade aos Municípios que não criaram os conselhos tutelares sob o argumento de que é organizado sob a forma de Estado federativo.

O Relator Especial da Organização das Nações Unidas sobre a venda de crianças, prostituição e pornografia infantil, Sr. Juan Miguel Petit Addendum, que visitou o Brasil de 3 a 14 de novembro de 2003, sobre os conselhos tutelares, já afirmava em seu Relatório, textualmente:

53. De acordo com o ECA, os Conselhos Tutelares são órgãos permanentes para assegurar a implementação dos direitos da criança. Todos os municípios deveriam ter no mínimo um conselho tutelar. Os municípios são responsáveis pela criação e funcionamento dos conselhos, sendo compostos por 5 (cinco) membros eleitos em âmbito municipal. A função principal de cada conselho é de servir como centro de referência para crianças e adolescentes em risco, incluindo vítimas de violência e abuso.

⁹⁵ SAVE THE CHILDREN SUÉCIA. *Sem revisão de prioridades, Brasil não pode garantir direitos das crianças* (entrevista). Disponível em: http://www.scslat.org/news/por/noticias.php?_cod_60. Acesso em: 25 nov. 2006.

54. Treze anos depois da adoção do ECA, existem 3.477 Conselhos Tutelares representando 5.578 municípios. Nesse passo, a intenção do ECA de se ter no mínimo um conselho tutelar por município só será alcançado em 2011.

55. A falta de recursos e de capacitações de conselheiros dificulta o funcionamento apropriado de muitos conselhos. Sua natureza politizada poderia também se tornar um obstáculo para seu funcionamento efetivo. (NAÇÕES UNIDAS, 2004)

O fato é que o conselho tutelar, como órgão autônomo que é, possui todas as condições políticas para exercer esse papel. No próximo tópico dar-se-á uma notícia acerca da situação de implementação e funcionamento dos conselhos tutelares no Distrito Federal.

9. **Notícia sobre a situação do conselho dos direitos da criança e do adolescente e dos conselhos tutelares no Distrito Federal.**

Como assinalou-se anteriormente, o Distrito Federal recebe diretamente da Constituição da República «as competências legislativas reservadas aos Estados e Municípios» (CF, art. 32, § 1º) e, também, as competências comum, concorrente e suplementar (CF, arts. 23 e 24). Teoricamente, essa concentração de competências legislativas e materiais deveria facilitar a proteção à criança e ao adolescente. Todavia, a triste realidade constatada em nível nacional, se reproduz no Distrito Federal.

Os conselhos de direitos da criança e do adolescente e os conselhos tutelares constituem órgãos de atuação fundamental no sistema de atendimento que visam assegurar os direitos das crianças e adolescentes. No Distrito Federal, além do notório funcionamento deficiente, houve alteração nas normas que tratam dessas organizações representativas da sociedade, patrocinando verdadeiro retrocesso social, proibido pela Constituição da República, pelo Estatuto da Criança e do Adolescente e pela própria Lei Orgânica do Distrito Federal.

O retrocesso inconstitucional que se aponta na legislação do Distrito Federal fundamenta-se no fato de a normatização posterior ter atenuado a forma de proteção de direitos que, de acordo com as normas anteriores, já haviam sido conquistadas pelos cidadãos da Capital da República.

Relativamente ao Conselho dos Direitos da Criança e do Adolescente do Distrito Federal, é preciso considerar que na Lei distrital 2.171, de 25 de dezembro 1998, previa-se que o Conselho seria composto por 18 membros, sendo nove representantes do Governo, e nove representantes de organizações representativas da sociedade, legalmente constituídas, com atuação na área da infância e da adolescência no Distrito Federal há mais de um ano, assim especificadas: (1) três organizações prestadoras de serviços diretos à criança e ao adolescente; (2) três organizações de classe; e (3) três organizações de estudo, pesquisa ou defesa dos direitos da criança e do adolescente (art. 4º). Previa-se, ainda, que «os conselheiros do CDCA-DF elegerão, entre seus membros titulares, um Presidente e um Vice-Presidente, para mandato de um ano, permitida a recondução por igual período» (art. 11).

Com a Lei distrital 3.033, de 18 de julho de 2002, o Conselho dos Direitos da Criança e do Adolescente do Distrito Federal passou a ser composto de 20 membros e isso pode ser considerado uma avanço. Para espanto geral, porém, a norma retrocedeu para dizer que os 10 representantes de organizações representativas da sociedade civil deveriam possuir «atuação na área de atendimento direto à infância e à adolescência» (art. 4º e inc. II), criando discriminação negativa contra as entidades de classe e de estudo, pesquisa ou defesa dos direitos da criança e do adolescente. A Lei 3.493, de 8 de dezembro de 2004, resolveu parcialmente o problema, mas não

de todo, porque permanece a discriminação, já que reservou seis vagas para as entidades de atendimento direto e dividiu as outras quatro entre entidades de classe e entidades de estudo, pesquisa ou defesa. Mas não é só. A Lei distrital 3.033, da mesma forma, retrocede gravemente quando cria interferência indevida do chefe do Poder Executivo no conselho da comunidade, quando diz que o Conselho dos Direitos da Criança e do Adolescente do Distrito Federal «formará lista tríplice dentre os seus membros titulares, para a escolha de seu Presidente e Vice-presidente, que serão designados pelo Governador do Distrito Federal para mandato de dois anos» (art. 11).

Noutro plano, a Lei distrital 234, de 15 de janeiro de 1992, foi a primeira que cuidou da criação dos conselhos tutelares no Distrito Federal. Previa-se que deveria existir um conselho tutelar em cada Região Administrativa (art. 16). No entanto, apenas cinco conselhos tutelares foram implantados de fato, por volta de 1995. E funcionavam precariamente, com prorrogação de mandatos sem novo processo de escolha.

Ocorre que na Lei distrital 2.640, de 13 de dezembro de 2000, estabeleceu-se a existência de um conselho tutelar em cada Circunscrição Judiciária do Distrito Federal, sediado na mesma Região Administrativa do Fórum, sendo: I – Brasília; II – Brazlândia; III – Ceilândia; IV – Gama; V – Paranoá; VI – Planaltina; VII – Samambaia; VIII – Santa Maria; IX – Sobradinho; X – Taguatinga (art. 3º).

Ora, se, nos termos da Lei distrital 234, de 1992, deveria haver um conselho tutelar em cada Região Administrativa, não se pode aceitar que norma posterior, que deveria aperfeiçoar o sistema de garantias de direitos, os reduza para um em cada Circunscrição Judiciária. O retrocesso consistiu em vincular os conselhos tutelares a um conceito estabelecido em lei federal⁹⁶ e que, nos Estados, corresponde ao conceito de comarca, que pode abranger vários Municípios. Na organização judiciária leva-se em conta a demanda pelos serviços do Poder Judiciário, que é muito menor do que a necessidade de zelar pelos direitos de crianças e adolescentes.

Ademais, quando na legislação federal se impõe a criação do conselho tutelar como colegiado do primeiro atendimento a crianças, adolescentes e famílias, privilegia-se o princípio da descentralização, tão caro à Constituição da República e ao Estado Democrático de Direito, reproduzido até com mais ênfase na Lei Orgânica do Distrito Federal. Entende-se que um grupo de pessoas escolhidas pela e conhecidas na comunidade estaria em melhores condições de avaliar e decidir sobre qual medida deve ser aplicada em cada caso ou ameaça de violação que

⁹⁶ Como se viu anteriormente, nos termos da Constituição da República, compete à União organizar e manter o Poder Judiciário, o Ministério Público e a Defensoria Pública do Distrito Federal e dos Territórios (art. 21, e inc. XIII). Dessa forma, a Lei de Organização Judiciária do Distrito Federal é norma editada pela União, atualmente a Lei 8.185, de 14 de maio de 1991 e alterações. Nos Estados, a lei de organização judiciária é editada pelos Estados.

surgir. É a comunidade local, articulada nos conselhos tutelares, cuidando das suas crianças e adolescentes, para que tenham um desenvolvimento saudável. Comentou-se anteriormente que parte dessas tarefas atribuídas ao conselho tutelar, antes da promulgação do Estatuto da Criança e do Adolescente era exercida pelo Poder Judiciário, por meio do então juiz de menores. Ao prever a descentralização política e administrativa, o constituinte de 1988, sensibilizado pela mobilização social, rompeu com o autoritarismo e acolheu princípios de democracia participativa que estão reproduzidos na Lei Orgânica do Distrito Federal.

A propósito, registre-se, ainda, que na Lei Orgânica do Distrito Federal há diversos dispositivos que enfatizam a descentralização por regiões. Assim, prevê-se que «o Distrito Federal organiza-se em Regiões Administrativas, com vistas à descentralização administrativa, à utilização racional de recursos para o desenvolvimento sócio-econômico e à melhoria da qualidade de vida» (art. 10) e, textualmente:

CAPÍTULO VII DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

Art. 267. É dever da família, da sociedade e do Poder Público assegurar à criança e ao adolescente, nos termos da Constituição Federal, com absoluta prioridade, o direito à vida, saúde, alimentação, educação, lazer, profissionalização, cultura, dignidade, respeito, liberdade, convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, constrangimento, vexame, crueldade e opressão.

§ 1º O Poder Público, por meio de ação descentralizada e articulada com entidades governamentais e não governamentais, viabilizará:

I – o atendimento à criança e ao adolescente, em caráter suplementar, mediante programas que incluam sua proteção, garantindo-lhes a permanência em seu próprio meio;

II – o cumprimento da legislação referente ao direito a creche, estabelecendo formas de fiscalização da qualidade do atendimento a crianças, bem como sanções para os casos de inadimplemento;

III – condições para que a criança ou adolescente, arrimo de família, possa conciliar tais obrigações com a satisfação de suas necessidades lúdicas, de saúde e educação;

IV – o direito de cidadania de criança e adolescente órfãos, sem amparo legal de pessoas por elas responsáveis, com ou sem vínculo de parentesco;

V – o atendimento a criança em horário integral nas instituições educacionais.

§ 2º – A proteção à vida é feita mediante a efetivação de política social pública, que resguarde o respeito à vida desde a concepção, bem como ampare o nascimento e desenvolvimento da criança em condições dignas de sobrevivência.

Art. 268. As ações a infância e adolescência serão organizadas, na forma da lei, com base nas seguintes diretrizes:

I – descentralização do atendimento;

II – valorização dos vínculos familiares e comunitários;

III – atendimento prioritário em situações de risco, definidas em lei;

IV – participação da sociedade na formulação de políticas e programas, bem como no acompanhamento de sua execução, por meio de organizações representativas.

Art. 269. O Poder Público apoiará a criação de associações civis de defesa dos direitos da criança e adolescente, que busquem a garantia de seus direitos, de acordo com o Estatuto da Criança e do Adolescente.

Ocorre, porém, que, depois da promulgação da Lei Orgânica do Distrito Federal, em 8 de junho de 1993, foram criadas, além das 13 já existentes, 16 novas Regiões Administrativas sem que sequer se cogitasse de criação de conselhos tutelares. Na verdade, a possibilidade de manutenção de serviços descentralizados é que deveria nortear a criação de regiões administrativas, especialmente em razão da prioridade absoluta que crianças e adolescentes deveriam receber. Mas ignora-se completamente o social. Esquece-se de que sem desenvolvimento social o progresso econômico jamais será atingido. Veja-se na tabela a seguir a cronologia da criação das 16 Regiões mencionadas:

Tabela 1 – Regiões administrativas do Distrito Federal criadas depois de 8 de junho de 1993:

REGIÃO ADMINISTRATIVA	LEI DE CRIAÇÃO
São Sebastião – RA 14	Lei 467, de 25 de junho de 1993
Recanto das Emas – RA 15	Lei 510, de 28 de julho de 1993
Riacho Fundo – RA 17	Lei 620, de 15 de dezembro de 1993
Lago Norte – RA 18	Lei 641, de 10 de janeiro de 1994
Lago Sul – RA 16	Lei 643, de 10 de janeiro de 1994
Candangolândia – RA 19	Lei 658, de 27 de janeiro de 1994
Águas Claras – RA 20	Lei 3.153, de 6 de maio de 2003
Riacho Fundo II – RA 21	Lei 3.153, de 6 de maio de 2003
Sudoeste/Octogonal – RA 22	Lei 3.153, de 6 de maio de 2003
Varjão – RA 23	Lei 3.153, de 6 de maio de 2003
Park Way – RA 24	Lei 3.255, de 29 de dezembro de 2003
Sobradinho II – RA 26	Lei 3.314, de 27 de janeiro de 2004
Setor Complementar de Indústrias e Abastecimento – RA 25	Lei 3.315, de 27 de janeiro de 2004
Jardim Botânico – RA 27	Lei 3.435, de 31 de agosto de 2004
Itapoã – RA 28	Lei 3.527, de 3 de janeiro de 2005
Setor de Indústria e Abastecimento – RA 29	Lei 3.618, de 14 de julho de 2005

E mesmo com a edição da Resolução 75, de 2001, pelo Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente, que, como já se mencionou, recomenda a criação de um conselho tutelar a cada 200 mil habitantes, ou em densidade populacional menor quando o Município for organizado por regiões administrativas, ou tenha extensão territorial que justifique a criação de mais de um conselho tutelar por região, devendo prevalecer sempre o critério da menor proporcionalidade, no Distrito Federal, a situação não se modificou até o encerramento do presente trabalho. Observa-se, inclusive, que, entre maio de 2003 e julho de 2005, foram criadas exatamente 10 Regiões Administrativas.

Em 2002 havia oito conselhos tutelares instalados no Distrito Federal, que funcionavam irregularmente, pois os mandatos dos conselheiros tutelares havia expirado, porque o processo de escolha, realizado em 2001, que previa a instalação dos conselhos tutelares das Circunscrições Judiciárias de Brasília e Samambaia e a renovação dos demais já em funcionamento, foi anulado pelo Conselho de Direitos da Criança e do Adolescente do Distrito Federal, por terem sido constatadas irregularidades durante o processo eletivo.

Poder-se-ia imaginar que nas regiões em que residem famílias de renda mais elevada não seria necessário conselho tutelar. Não se pode pensar dessa forma, porém. É que, mesmo nessas áreas ocorrem ameaças e violações a direitos de crianças e adolescentes. Ademais, os conselhos tutelares também possuem atribuições políticas como assessorar o Poder Executivo na elaboração da proposta orçamentária para planos e programas de atendimento dos direitos da criança e do adolescente. Segundo Consuelo Vidal de Oliveira Feijó⁹⁷, que, em curso de pós graduação realizou profunda pesquisa sobre a situação dos conselhos tutelares no Distrito Federal, os conselheiros tutelares afirmaram não possuírem notícias de participação de nenhum conselheiro, ao longo de 13 anos de vigência do Estatuto da Criança e do Adolescente, na elaboração de proposta orçamentária para tais planos e programas (FEIJÓ, 2004, p. 41).

De outra parte, o conselho tutelar deveria atuar de forma itinerante para prevenir situações que representem simples ameaça a direitos de crianças e adolescentes, e adotar medidas para evitar que tais ameaças se convertam, em violação aos direitos. Tais atribuições até hoje ainda não foram exercidas no Distrito Federal, haja vista a precariedade dos conselhos tutelares, o que impõe atuação sempre depois da violação. Necessário também observar que o conselho tutelar deveria funcionar 24 horas por dia, ainda que em regime de plantão, e os conselheiros, que não podem ser considerados meros servidores do Poder Executivo, em razão da natureza das atividades que exercem, não podem estar submetidos a regime de ponto ou de cumprimento de carga horária mínima. Eles devem estar disponíveis para a sociedade. São verdadeiros agentes políticos, na teoria clássica dos agentes públicos, integrantes de órgão autônomo, submetido a normas especiais.

A pesquisadora Consuelo Vidal de Oliveira Feijó menciona que os conselheiros tutelares apontaram como fatores que dificultam sua plena atuação: (1) a falta de infra-estrutura adequada nos conselhos (automóveis, materiais de expediente, espaço físico, recursos humanos); (2) a rede de atenção encontra-se fragmentada, pois os programas são insuficientes para o atendimento integral da criança e do adolescente; (3) o desconhecimento das atribuições do conselho tutelar por parte da comunidade local e, por vezes, até dos próprios integrantes da rede; (4) o número de casos encaminhados aos conselhos é superior à capacidade de atendimento dos conselheiros; (5) insuficiência de políticas públicas voltadas ao atendimento da criança e do adolescente (faltam vagas nas creches, programas de atendimento de toxicômanos, programas de promoção à família em situação de necessidade); (6) a falta de capacitação sistemática e

⁹⁷ FEIJÓ, Consuelo Vidal de Oliveira. *Os conselhos tutelares do Distrito Federal: realidades e perspectivas*. Campo Grande, 2004. Monografia. Escola de Conselhos, UFMS.

continuada dos conselheiros tutelares; (7) falta de compromisso dos órgãos governamentais e da coordenação dos conselhos tutelares para a garantia do pleno funcionamento (FEIJÓ, 2004, pp. 48-49)⁹⁸.

Não obstante os problemas, a pesquisadora também menciona fatores que facilitam a plena atuação, na visão dos conselheiros tutelares do Distrito Federal: (1) a localização da sede dos conselhos na Circunscrição Judiciária, o que constitui equívoco, haja vista ter sido apontada como fator dificultante o excesso de demanda (item 4 do parágrafo anterior); (2) o bom relacionamento entre os integrantes da rede de atenção à criança e ao adolescente e entre os próprios conselheiros; (3) o reconhecimento da comunidade acerca do trabalho que vem sendo realizado pelos conselheiros; (4) a convivência dos conselheiros com a comunidade; (5) o compromisso dos conselheiros com a causa da criança e do adolescente (FEIJÓ, 2004, p. 48).

Outro conceito que atenderia melhor a criação de conselhos tutelares no Distrito Federal seria o de Zonas Eleitorais. Na tabela a seguir vê-se claramente a inadequação da solução atual, assim como poderia ser melhor implementada a solução.

Tabela 2 – Quadro Demonstrativo População X Eleitorado por Zona Eleitoral e por Região Administrativa do Distrito Federal – junho de 2006:

ZONA	REGIÃO ADMINISTRATIVA	POPULAÇÃO POR REGIÃO (Fonte: SEDUH e IBGE)	ELEITORES POR REGIÃO	ELEITORES POR ZONA	SEÇÕES POR REGIÃO
1 ^a	Asa Sul	107.493	106.863	132.810	322
	Lago Sul	27.700	25.947		68
2 ^a	Paranoá	62.337	37.612	81.256	101
	São Sebastião	90.205	43.644		116
3 ^a	Taguatinga	139.927	120.994	120.994	329
4 ^a	Gama Leste	47.179	43.606	99.429	115
	Santa Maria	108.767	55.823		149
5 ^a	Sobradinho	165.007	99.988	99.988	275
6 ^a	Planaltina	185.873	96.142	96.142	290
7 ^a	Brazlândia	56.701	43.800	43.800	138
8 ^a	Ceilândia Norte	94.146	80.023	80.023	208
9 ^a	Guará	126.757	104.914	104.914	264
10 ^a	Núcleo Bandeirante	41.568	33.933	71.470	91
	Candangolândia	17.255	12.947		34
	Riacho Fundo	52.747	24.590		66
11 ^a	Cruzeiro	71.871	61.291	61.291	156
12 ^a	Ceilândia Sul	149.936	124.393	124.393	318
13 ^a	Samambaia	174.583	92.711	138.053	239
	Recanto das Emas	118.132	45.342		117
14 ^a	Asa Norte	91.569	103.876	127.122	292
	Lago Norte	32.121	23.246		59
15 ^a	Taguatinga Sul	119.196	100.616	100.616	282
16 ^a	Ceilândia	104.606	88.891	88.891	224
17 ^a	Gama	91.582	84.177	84.177	212
Total geral		2.277.258	1.655.369	1.655.369	4.465

(TRIBUNAL REGIONAL ELEITORAL DO DISTRITO FEDERAL, 2006)

⁹⁸ Também a Câmara Legislativa do Distrito Federal em estudo mais recente aponta as mesmas deficiências. BRASÍLIA. Câmara Legislativa do Distrito Federal. Comissão de Defesa de Direitos Humanos, Cidadania, Ética e Decoro Parlamentar. *Condições de funcionamento dos conselhos tutelares: relatório 2005*.

Evidencia-se que o conceito de Circunscrição Judiciária como âmbito de atuação do conselho tutelar não é adequado quando se tem em mente a população. A de Ceilândia é de 348.688; a de Brasília, que abrange Asa Norte, Asa Sul, Candangolândia, Cruzeiro, Guará, Lago Norte, Lago Sul, Núcleo Bandeirante e Riacho Fundo, é de 569.081; a de Taguatinga é de 259.123. A adoção da Zona Eleitoral poderia trazer alguns problemas como por exemplo, nas Regiões de Samambaia e Recanto das Emas, ou Paranoá e São Sebastião. Não obstante, trata-se de problema temporário, porque o critério de criação de Zonas Eleitorais pelo Tribunal Superior Eleitoral é o populacional. Já houve proposta do Tribunal Regional Eleitoral do Distrito Federal de criação de uma Zona Eleitoral própria para o Recanto das Emas. A proposta não vingou, porém, por ter sido apreciada em ano eleitoral. Se o critério populacional é adequado para atendimento dos eleitores, pelo Tribunal Superior Eleitoral, também o é para a instalação de conselhos tutelares no Distrito Federal, enquanto não se chega ao um consenso sobre a necessidade de um por Região Administrativa. Isso facilitaria, também, a utilização de urnas eletrônicas para a realização das eleições para conselheiros tutelares. Vê-se, pois, que mesmo tratando-se de conceito de lei federal, diz mais de perto à vida da comunidade local.

10. Os princípios da prioridade absoluta e da proteção integral da criança e do adolescente são vinculantes também para a Justiça Eleitoral.

Atualmente, a Justiça Eleitoral permanece distante do processo de escolha de conselheiros tutelares. Sabe-se que nas cidades maiores há celebração de convênios entre os conselhos dos direitos da criança e do adolescente e os tribunais regionais eleitorais para a realização das eleições com a utilização de urnas eletrônicas. Esses convênios se fundamentam na Resolução 19.877, de 17 de junho de 1997, do Tribunal Superior Eleitoral⁹⁹, que «estabelece normas para a utilização do sistema eletrônico de votação nas eleições não oficiais». Nessa Resolução prevê-se que o pedido de cessão dos equipamentos que compõem o sistema eletrônico de votação não poderá ser deferido dentro dos 120 dias que antecedem a realização de eleições (art. 19).

Depois de salientar a natureza jurídica do conselho tutelar, assim como das atribuições dos conselheiros tutelares e a importância do órgão para a construção da democracia participativa na área da infância e da juventude, não há como, em sã consciência, aceitar a classificação das eleições para conselheiros tutelares como «eleições não oficiais». A seguir evidenciar-se-á que a Justiça Eleitoral não pode demitir-se da tarefa de realizar a eleição para os conselheiros tutelares.

As eleições no Brasil, nos três níveis da federação, Municípios, Estados e União, são controladas por ramo especializado, de jurisdição nacional, do Poder Judiciário, a Justiça Eleitoral. «A Justiça Eleitoral é o instrumento institucional criado pela Constituição para a operação efetiva do que nela própria solenemente se proclama como a base sobre a qual assenta o Estado brasileiro: a democracia representativa no Estado de Direito (art. 12, *caput* e parágrafo único)» (JARDIM, 1994, p. 13).

São estes os conceitos centrais com que se constrói o direito eleitoral pátrio: democracia, representação e Estado de Direito. O modelo democrático compreende três elementos essenciais. Primeiro, a escolha dos governantes mediante eleições por sufrágio universal e secreto. Segundo, a existência de um parlamento com grandes poderes e de representação popular abrangente do maior número possível dos segmentos sociais. Terceiro, uma hierarquia de normas jurídicas destinadas a assegurar o controle das autoridades públicas por juízes independentes (DUVERGER). «Postas essas premissas, afirma-se que, no sentido estritamente jurídico-político, “democracia é uma forma de governo em que os governados são considerados titulares do Poder político e o exercem diretamente ou mediante representantes temporários periodicamente eleitos” (MARCELO CAETANO)» (JARDIM, 1994, p. 13).

⁹⁹ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. *Diário da Justiça*. Brasília, 7 ago. 1997, pp. 35491-35492.

Torquato Jardim afirma que «o direito eleitoral é o liame que une a eficácia social da República democrática representativa à eficácia legal da Constituição que lhe dá forma jurídica. A soberania popular é a pedra angular da República (Const., art. 12, parágrafo único)» (1994, p. 10). À proposição sociológica juridicizada na norma há de corresponder um ordenamento positivo – o direito eleitoral, capaz de concretizá-la na *praxis* coletiva.

O direito eleitoral ordena o devido processo legal, formal e material, para o fim de garantir o valor maior da ordem republicana democrática representativa que é o exercício ativo da cidadania, aquele de votar para escolher delegados e ser votado para ser delegado. A estabilidade das liberdades republicanas é renovada no exercício esclarecido do direito eleitoral substantivo e crucialmente reconstituída no exercício legal do direito eleitoral adjetivo. «Nenhum outro ramo do Direito permite à sociedade civil, titular da soberania, no sentimento intuitivo do mais humilde e menos culto de seus cidadãos, aferir a legitimidade das instituições republicanas e a validade dos processos legais da República» (JARDIM, 1994, pp. 10-11).

Por isso mesmo, o direito eleitoral adjetivo, em particular, ao recolher princípios e procedimentos dos processos penal e civil, os recompõe, conferindo-lhes nota publicística mais aguda. Seu fim não é compor litígios privados e conflitos de direitos disponíveis; nem resolver o confronto das conveniências particulares com os interesses públicos que o Estado represente. A função do direito eleitoral «é abrir caminhos à expressão mais íntima do cidadão, a de que ele, pelo voto, votando ou sendo votado, reconstrói, para melhor, e a cada eleição, seu próprio sentido de destino – para si, sua família e seu País» (JARDIM, 1994, p. 11).

Nos termos da Constituição da República, compete privativamente à União legislar sobre direito eleitoral e cidadania (CF, art. 22 e incs. I e XIII). Também explicita-se na Constituição que são órgãos da Justiça Eleitoral o Tribunal Superior Eleitoral, os Tribunais Regionais Eleitorais, os Juízes Eleitorais e as Juntas Eleitorais (art. 118).

A seu turno, a competência da Justiça Eleitoral deve ser estabelecida por lei complementar (CF, art. 121). A propósito, por isso é que o Código Eleitoral, que contém normas destinadas a assegurar a organização e o exercício de direitos políticos precipuamente os de votar e ser votado (art. 1º), foi recepcionada como lei complementar na parte em que trata de organização e competência da Justiça Eleitoral. «As demais matérias nele versadas continuam a ser objeto de lei ordinária» (JARDIM, 1994, p. 32).

Ademais, a própria Constituição Federal impõe ao Estado o dever de garantir a democracia e privilegiar os direitos humanos e fundamentais (art. 4º e inc. II e art. 5º), tendo a criança e o adolescente como prioridade absoluta (art. 227). Com isso, objetiva a transformação social, a fim de trazer efetiva dignidade ao povo brasileiro (art. 1º, inc. III e art. 3º), especialmente

crianças e adolescentes, em geral carentes de uma sociedade mais humana. O Professor Brasilmar Ferreira Nunes¹⁰⁰, documenta essa situação de penúria da grande maioria das crianças brasileiras, textualmente:

Para populações situadas nas escalas inferiores de renda, que portanto não conseguem arcar com os custos da educação em escolas privadas e precisam inserir-se no mercado de trabalho, são exíguas as possibilidades de integração de seus filhos pequenos em mecanismos de socialização existentes na lógica de mercado. Como dito, é comum filhos mais novos serem assistidos pelos mais velhos enquanto os adultos vão ao trabalho. A situação reflete mudanças no padrão familiar dos pobres das metrópoles, especialmente decorrentes da inevitável entrada de mulheres desse contingente no mundo do trabalho assalariado. Destaquemos ainda a perda de laços familiares, ou a desagregação da família ampliada, que se atomiza até mesmo por razões de sobrevivência.

Nesse particular, é reduzida a presença de programas governamentais para apoiar as famílias. Qualquer ação cai no bojo das chamadas políticas assistenciais, confundidas no discurso governamental com políticas sociais. Essas políticas não são tradicionalmente prioridades dos governos no Brasil e alimentam as carências absolutas, perceptíveis a olho nu quando se circula por áreas periféricas. A parafernália de programas assistenciais não escamoteia a precariedade material dos indivíduos de camadas de baixa renda. Notam-se as conseqüências nas relações interpessoais que se criam e se reproduzem. Trata-se de novas *ordens* sociais opostas àquela dominante, que criam códigos específicos de existência que convivem simultaneamente entre si. Os códigos sociais que se estruturam em algumas situações se contrapõem abertamente ao *usual*, chegando a questionar o monopólio da violência estatal, condição *sine qua non* da vida em sociedade. (NUNES, 2003, p. 87)

Também é relevante considerar o princípio da soberania popular, segundo o qual «todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos» da Constituição (CF, art. 1º, par. ún.), e que «a soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos» (CF, art. 14).

Na verdade, a falta de previsão em lei complementar atribuindo competência à Justiça Eleitoral não impediu a edição da lei que regulamenta os instrumentos expressamente previstos na Constituição Federal para o exercício da soberania popular, além do sufrágio universal e do voto direto e secreto, vale dizer, plebiscito, referendo e iniciativa popular¹⁰¹. Não obstante, nessa Lei 9.709, de 18 de novembro de 1998, prevê-se a possibilidade de qualquer ente da federação convocar plebiscito e referendo¹⁰², situação em que a Justiça Eleitoral, que é unicamente federal, deve realizar o pleito. Nem a Constituição Federal, nem o Código Eleitoral atribuem competência à Justiça Eleitoral para realizar plebiscito e referendo. Mesmo assim, viu-se a execução dessa lei em 23 de outubro de 2005, no referendo sobre o comércio de armas no Brasil, inclusive mediante edição das célebres instruções do Tribunal Superior Eleitoral, sem que ninguém sequer tenha cogitado de que se trataria de lei inconstitucional.

¹⁰⁰ NUNES, Brasilmar Ferreira. *Sociedade e infância no Brasil*. Brasília: Universidade de Brasília, 2003.

¹⁰¹ BRASIL. Lei 9.709, de 18 de novembro de 1998. Regulamenta a execução do disposto nos incisos I, II e III do art. 14 da Constituição Federal.

¹⁰² «Art. 6º Nas demais questões, de competência dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, o plebiscito e o referendo serão convocados de conformidade, respectivamente, com a Constituição Estadual e com a Lei Orgânica.»

Sobre as resoluções do Tribunal Superior Eleitoral, o Professor Torquato Jardim¹⁰³, ilustrando com entendimento jurisprudencial, explica que possuem força legal impositiva, «tanto que a ofensa ao que nelas se dispõe é fundamento para recurso ou mandado de segurança “quando dela surtirem efeitos concretos contra os impetrantes, causando-lhes prejuízo” (TSE, Ac. 10.859, rel. Min. SANCHES, DJU 13.out.89; Ac. 10.871, rel. Min. VILAS BOAS, DJU 6.out.89)» (JARDIM, 1994, p. 56). Com as resoluções o Tribunal expede as instruções que julgar convenientes à execução do Código Eleitoral, ou julga os litígios e controvérsias de natureza judicial (Cód. El., art. 23, inc. IX e art. 22). Os Tribunais e Juízos inferiores devem-lhe cumprimento imediato (Cód. El., art. 21). As resoluções são decisões, administrativas ou judiciais, que têm por função dar eficácia legal e eficácia social às normas constitucionais e legais eleitorais, (1) explicando os seus fins e traduzindo em linguagem acessível ao eleitorado, aos candidatos e aos partidos políticos, os requisitos e os procedimentos adequados ao exercício da cidadania; ou (2) pondo termo ao processo judicial (JARDIM, 1994, p. 56).

O caso que se está a examinar é idêntico à questão do plebiscito, referendo e iniciativa popular, institutos que não existiam na Constituição anterior e por isso, não havia lei conferindo competência à Justiça Eleitoral para realizá-los. O fato é que o sentido ontológico da Justiça Eleitoral é realizar eleições. Dessa forma, mesmo que lei complementar não dê a ela competência expressa para tal ou qual eleição, a competência para fazê-lo resulta diretamente da Constituição da República.

Tenha-se em mente, de forma especial, a participação da população mediante organizações representativas da sociedade (CF, art. 227 § 7º e art. 204). E relembre-se que na área de atendimento à criança e ao adolescente ainda há os princípios da prioridade absoluta e da proteção integral. Por isso, criança e adolescente devem ser prioridade absoluta e sujeitos de proteção integral também para a Justiça Eleitoral. Nesse sentido, importante lembrar que na Convenção Sobre os Direitos da Criança dispõe-se que «em todas as medidas relativas às crianças, tomadas por instituições de bem estar social públicas ou privadas, tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, terão consideração primordial os interesses superiores da criança» (art. 3º).

Ora, se o conselho tutelar é órgão de existência obrigatória para o sistema de garantia de direitos da criança e do adolescente na estrutura do Município e os conselheiros tutelares devem ser escolhidos pela comunidade, não se pode atribuir a condução do processo de escolha desses conselheiros tutelares a um órgão paralelo à Justiça Eleitoral. Admiti-lo, seria aceitar a usurpação da competência da Justiça Eleitoral, com o que não se pode compactuar, diante da distribuição de competências prevista na Constituição Federal.

¹⁰³JARDIM, Torquato. *Introdução ao direito eleitoral positivo: conforme a revisão constitucional e a lei n. 8.713/93*. Brasília: Brasília Jurídica, 1994.

A própria criação da Justiça Eleitoral consubstancia passo moralizador na História das eleições no Brasil republicano. José Néri da Silveira, então na condição de Presidente do Tribunal Superior Eleitoral, ao apresentar a obra de Manoel Rodrigues Ferreira¹⁰⁴, ressalta que «o complexo processo eleitoral» é «instrumento a serviço da democracia representativa e da verdade eleitoral» (SILVEIRA, *in* FERREIRA, 2001, p. 19), e afirma:

A democracia política e representativa encontra no sistema eleitoral forma significativa de manifestação de sua legitimidade, quer na consistente composição e zelosa administração do cadastro de eleitores, quer no exercício, esclarecido, consciente e livre, do sufrágio, pelos que a ele habilitados, sem coação ou pressão de qualquer natureza, quer ainda na apuração dos votos, sem vício nem fraude.

Se a instituição do sufrágio universal é considerada, em nosso tempo, condição necessária à democracia, as leis que o disciplinam são, por isso mesmo, fundamentais ao regime, ganhando, no ponto, especial relevo sua correta aplicação, para que, no dizer de Assis Brasil, “todos os que possam conscientemente votar, votem ao abrigo da fraude e da violência”: escoimando-se de vício o processo pelo qual a vontade de cada um se expressa na escolha de seus representantes no governo e na legislatura. Nessa mesma linha, escreveu Ortega y Gasset (*in La rebelión de las masas*, 14.ed. p. 134), citado nesta obra: “A saúde das democracias, quaisquer que sejam seu tipo e grau, depende de um mínimo detalhe técnico: o processo eleitoral. Tudo o mais é secundário. Se o regime das eleições é acertado, se se ajusta à realidade, tudo vai bem; se não, ainda que o resto marche otimamente, tudo vai mal.” (SILVEIRA, *in* FERREIRA, 2001, pp. 17-18)

Se, à ordem democrática, cumpre assegurar as liberdades civis e individuais, não menos exato é que a educação do povo, para a vivência democrática e o exercício dos direitos políticos, impõe-se como tarefa de primeiro plano, com vistas à consolidação desse regime. Iniciada no lar, continuada na escola, desenvolvida no quotidiano das leituras e das informações, a cultura política levará o cidadão, no intento de participar dos destinos da sociedade, ao sufrágio consciente e livre, bem assim ao partido político e, quiçá, à candidatura (SILVEIRA, *in* FERREIRA, 2001, p. 18).

Sobre os avanços conquistados, assinala José Néri da Silveira que a atuação da Justiça Eleitoral, desde sua implantação no Brasil, em 1932, tem conduzido a resultados de inequívoca significação na melhoria e confiabilidade do processo eleitoral. O recadastramento eleitoral de 1986, com a formação do cadastro nacional de eleitores, em meio magnético, e a utilização de urnas eletrônicas, desde 1996, cuja extensão à universalidade do eleitorado, em todo o território nacional, ocorreu no pleito de 2000, constituem etapas de reconhecido aperfeiçoamento do processo eleitoral brasileiro, no que concerne às fases do alistamento, da votação e da apuração dos sufrágios, as quais se tornaram isentas de fraude ou vícios a macularem a livre expressão da vontade do eleitor (SILVEIRA, *in* FERREIRA, 2001, pp. 18-19).

¹⁰⁴ FERREIRA, Manoel Rodrigues. *A evolução do sistema eleitoral brasileiro*. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2001.

O Professor Walter Costa Porto¹⁰⁵, a seu turno, registra que na República, «com o decreto 200-A, de 8 de fevereiro de 1890, a qualificação [prévia dos votantes e elegíveis] ficou entregue às Comissões Distritais, presididas pelo juiz de paz, e a elaboração das listas definitivas de eleitores era tarefa das Comissões Municipais, presididas pelo juiz municipal» (COSTA PORTO, 2002, p. 254). Leis promulgadas no governo Wenceslau Braz, em 1916, anularam o alistamento anterior e confiaram a qualificação para as eleições presidenciais exclusivamente às autoridades judiciárias. Somente os juízes de direito decidiam os pedidos de qualificação. A apuração geral também não mais se procederia nas sedes dos distritos mas nas capitais, por juntas apuradoras compostas do juiz federal, de seu substituto e do representante do Ministério Público junto ao tribunal local de segunda instância (COSTA PORTO, 2002, p. 254). Essa reforma de 1916 foi considerada por muitos «como ponto de partida para a criação da Justiça Eleitoral», mas não conseguiu «pôr termo às inveteradas fraudes, em razão, sobretudo, das deficiências de nossa organização judiciária» (COSTA PORTO, 2002, pp. 254-255). Mas, «graças às intervenções indébitas que desmoralizaram as apurações e os reconhecimentos de poderes», geraram «descrença em que os magistrados pudessem servir de garantia a uma boa representação, à expressão da verdadeira eleição popular. Esse o entendimento, na Assembléia Nacional Constituinte, em 1934, do deputado Soares Filho, para quem a lei, promulgada no governo Wenceslau Braz, deixara os magistrados sem meios de evitar as fraudes, quando as mesas não se reuniam e, sobretudo, nas Juntas Apuradoras» (COSTA PORTO, 2002, p. 255).

Costa Porto assinala que no modelo trazido pela Primeira República, o Poder Judiciário poderia conceder *habeas corpus* quando houvesse lesão de direitos individuais em matéria eleitoral. Com a reforma de 1926 – a única que sofreria a Constituição de 1891 – na redação proposta para substituição dos artigos 59 e 60 daquela Carta se incluiu: «§ 5º Nenhum recurso judiciário é permitido, para a justiça federal ou local, contra [...] a verificação dos poderes, o reconhecimento, a posse, a legitimidade e a perda de mandato dos membros do Poder Legislativo ou Executivo, federal ou estadual [...]». Cessaria, então, o recurso, nesse campo, ao *habeas corpus*, limitando-se o instituto à mera garantia do direito de locomoção. É que os autores da proibição, comentaria João C. da Rocha Cabral, haviam se deixado impressionar pela anarquia oriunda de incursões do Judiciário no âmbito estritamente político de tais institutos. Daí por diante – como muitos denunciariam – nenhum limite legal se impôs, na Primeira República, ao arbítrio dos Poderes Executivo e Legislativo nessa matéria (COSTA PORTO, 2002, pp. 255-256).

A entrega, à jurisdição da magistratura, do alistamento permanente e contínuo, e a participação dos juízes nas mesas eleitorais e juntas apuradoras, indicava a muitos que não havia

¹⁰⁵ PORTO, Walter Costa. *O voto no Brasil*. 2.ed. Rio de Janeiro: Topbooks, 2002.

melhor caminho que o de atribuir, também, aos tribunais judiciários, o processo e a decisão das contestações que se levantassem sobre os pleitos (COSTA PORTO, 2002, p. 256). Esse era o pensamento, em 1929, de João C. da Rocha Cabral que, juntamente com Assis Brasil e Mário Pinto Selva, iria elaborar o anteprojeto do Código Eleitoral. Um capítulo de seu livro *Sistemas eleitorais do ponto de vista da representação das minorias*, editado naquele ano, fora reservado ao contencioso nas eleições e à competência dos tribunais judiciários. Lembrava ele que não tinha havido eleição no Brasil em que não se suscitassem contestações, veementes libelos; 38 anos se tinham passado depois das primeiras eleições republicanas e em nenhuma – para escolha de presidentes e vice-presidentes, senadores e deputados federais, para a designação de representantes locais – deixara de haver «argüições de fraudes, fundadas queixas de compressão e suborno, inextricáveis questões», quanto à legalidade e aos resultados finais do processo eleitoral (COSTA PORTO, 2002, p. 256).

Contra a sugestão de entregar, aos tribunais, o processo e a decisão das contestações e a aplicação das respectivas penas, dizia Cabral que, além do embaraço da Constituição (art. 18, par. ún.), alegava-se que, residindo o mal nos costumes, a magistratura dele não estaria imune. E que, deslocando-se apenas a fonte das decisões, «que hão de ser sempre arbitrárias e injustas, evitadas de partidarismos, o que faremos é toldar a serenidade e pureza dos tribunais judiciários, conferindo-lhes a competência para conhecer e decidir pleitos políticos» (COSTA PORTO, 2002, p. 256).

Mas Cabral sugeria, sem alteração do artigo da Constituição, um meio pelo qual se conferisse aos tribunais a missão preliminar de resolver «as contendas levantadas sobre o processo eleitoral», restando a cada uma das câmaras a competência, que lhe conferia a Carta, de «verificar e reconhecer os poderes de seus membros» (COSTA PORTO, 2002, p. 257).

Também Assis Brasil, na primeira edição, em 1893, de seu livro *Democracia representativa – Do voto e do modo de votar*, que se tornou clássico no direito eleitoral brasileiro e que tanto influenciou na elaboração do Código de 1932, mostrava que nada era mais perigoso para a garantia da liberdade política que o sistema, então quase universalmente usado, da refusão periódica dos registros de eleitores. Reputava como o único verdadeiro progresso realizado entre nós em matéria eleitoral, o registro permanente, introduzido pela Lei Saraiva. Daí que insistisse ele na idéia de «um eleitor verdadeiro» e se detivesse, em projeto redigido naquele tempo, em sugestões para a formação de um Registro Eleitoral (COSTA PORTO, 2002, p. 257).

Na subcomissão que preparou o Código Eleitoral – elaborando, como se viu, dois anteprojotos, um dizendo respeito ao alistamento dos eleitores, outro ao processo da eleição – Assis Brasil, João C. da Rocha Cabral e Mário Pinto Selva admitiram que se tornara no Brasil uma

aspiração geral «arrancar-se o processo eleitoral, ao mesmo tempo, do arbítrio dos governos e da influência conspurcadora do caciquismo local». A Argentina, com a entrega do processo ao Judiciário federal, e o Uruguai, a uma magistratura especial, foram citados. Mas na Inglaterra, desde 1868, a matéria estava, em definitivo, afeta à magistratura; em Portugal, por lei de 1896; tribunais eleitorais haviam sido constituídos pelas Constituições da Alemanha, da Prússia, da Áustria, da Grécia, da Polônia e da Checoslováquia (COSTA PORTO, 2002, p. 257).

Na justificativa dos anteprojetos, dizia a subcomissão propor, para o processo eleitoral, essencialmente político, uma especial magistratura, tanto quanto possível independente do arbítrio do governo, ainda mesmo em relação aos seus órgãos auxiliares, de caráter administrativo; e, sendo a função judicante, mesmo em matéria eleitoral, distinta da técnica e administrativa, propunha tribunais e juízes especiais para exercerem a primeira, e repartições e funcionários também especiais para o desempenho da segunda (COSTA PORTO, 2002, pp. 257-258).

Daí que as primeiras eleições realizadas no Brasil após a criação da Justiça Eleitoral – as de maio de 1933 – foram saudadas como «eleições verdadeiras» em que os eleitos se tranqüilizaram com os reconhecimentos entregues exclusivamente à magistratura. Desaparecera, segundo os comentadores, a desmoralização dos reconhecimentos políticos, das degolas eleitorais e da falsificação do voto. Mas nesse pleito, por três vezes teve o Superior Tribunal Eleitoral de fulminar escolhas realizadas «com o vício de antigas impudências», em Mato Grosso, Espírito Santo e Santa Catarina (COSTA PORTO, 2002, p. 258).

Com o golpe de 10 de novembro de 1937, a Constituição, naquele dia outorgada, silenciou sobre a Justiça Eleitoral. De resto, nenhuma eleição se realizaria na ditadura de Vargas. Aproximando-se o fim do Estado Novo, a Justiça Eleitoral seria restaurada pelo Decreto 7.586, de 28 de maio de 1945. Surgiram muitas críticas, a partir de 1945, quanto à complexidade do processo eleitoral, e sobretudo quanto ao fato de que os recursos às decisões judiciais não se submetessem ao rigor dos prazos. A lei vigente, o Decreto-lei 7.586, de 28 de maio de 1945, repetira (art. 107), o texto do Código de 1935 (art. 163), para assentar que «a nulidade de pleno direito, ainda que não argüida pelas partes, deverá ser decretada pelo Tribunal Superior» (COSTA PORTO, 2002, p. 258).

A jurisprudência do antigo Tribunal Superior admitira conhecer nulidades de pleno direito, mesmo não alegadas pelas partes. Esse entendimento fora perfilado pela Lei 48, de 4 de maio de 1935, que a nova regulação reproduzira. Abria-se aí – por se tratar de matéria eleitoral, com a preponderância do interesse público sobre o particular – uma exceção à regra processual de que o recurso se devesse restringir ao ponto recorrido. Mas a determinação era, para críticos como Barbosa Lima Sobrinho, «fator decisivo de multiplicação de recursos». Candidato ao

governo de Pernambuco, na eleição de janeiro de 1947, Barbosa Lima Sobrinho, em razão das disputas judiciais sobre o pleito, somente seria diplomado um ano depois. Em artigo de 1947, ele defenderia a redução da competência do Tribunal Superior Eleitoral, pleiteando se tornasse definitivo, na maioria dos casos, o pronunciamento da instância regional, devendo o recurso ao Tribunal Superior Eleitoral ter sempre «a feição e os limites de um recurso extraordinário». Mas a Lei 85, de 6 de setembro daquele ano, já trouxera o que, ao crítico, parecera a reforma mais necessária: a adoção do princípio da preclusão dos prazos; o recurso que não fosse utilizado a tempo, não deveria mais ser admitido (COSTA PORTO, 2002, p. 259).

Adriano Soares da Costa¹⁰⁶, a seu turno, assinala que a Justiça Eleitoral é órgão jurisdicional, concebido com a finalidade de cuidar da organização, da execução e do controle dos processos de escolha dos candidatos a mandatos eletivos (eleições), bem como dos processos de plebiscito e referendo. Não está a Justiça Eleitoral inserida como apêndice do Poder Executivo, nem tampouco submetida à esfera de atuação do Poder Legislativo. É ela órgão de natureza jurisdicional, engastada na estrutura do Poder Judiciário, consoante prescreve-se na Constituição Federal (art. 92, inc. V) promulgada em 1988 (COSTA, 2002, p. 316).

Na verdade, «as eleições, como processo licitatório de escolha entre candidatos a cargos eletivos», poderiam ser confiadas, pela Constituição, aos Poderes Executivo e Legislativo, dando a um deles, ou a ambos, a atribuição de organizar, fiscalizar e executar o prélio eleitoral, notadamente pela natureza política do acesso aos principais cargos desses dois Poderes. Outra possibilidade seria a afetação dessas atribuições a um órgão criado exclusivamente para essa finalidade, não vinculado hierarquicamente a qualquer dos Poderes, com autonomia para organizar o processo eleitoral (COSTA, 2002, pp. 316-317).

Mas tais possibilidades «não seriam aconselháveis à realidade brasileira». Primeiro, «desnecessário salientar que o envolvimento dos Poderes Executivo e Legislativo na organização e execução do processo eleitoral traria grave suspeição sobre a sua seriedade e isenção, dando ensanchas a perigosas manifestações de corrupção eleitoral». Seria, no seu ver, natural que aqueles que estão no poder queiram nele permanecer, ainda mais se dispõem de meios para influenciar decisivamente no resultado do certame, quer pela via de disposição sobre as regras do jogo quer pela facilidade em conduzir em proveito próprio o processo de eleição (COSTA, 2002, p. 317).

Doutra banda, em nada aconselharia a criação de um órgão apenas para a condução das eleições, desvinculado dos dois Poderes políticos, tanto pela complexidade de sua estrutura como pelo alto custo ao erário. A melhor solução, portanto, foi realmente a adotada por meio do Decreto 21.076, de 21 de fevereiro de 1932, expedido pelo regime de exceção getulista: a

¹⁰⁶ COSTA, Adriano Soares da. *Op. cit.*

instituição de uma Justiça Eleitoral, cujas atribuições não ficariam circunscritas apenas ao julgamento dos dissídios judiciais, mas extravasariam para aspectos administrativos de organização, de fiscalização e de execução das eleições (COSTA, 2002, p. 317).

E Adriano Soares da Costa é incisivo ao sustentar que a solução se revela a mais consentânea com a realidade sociopolítica brasileira, mercê de várias razões: em primeiro lugar, restou confiada a um Poder desinteressado a licitação de acesso aos mandatos eletivos, tornando mais equilibrada a disputa; aproveitando-se da estrutura local do Poder Judiciário, em parte solucionou-se o dilema da criação de uma estrutura cara e inchada, com a finalidade de atuar mais efetivamente apenas de biênio em biênio; justapôs vantajosamente, em um único órgão, as atribuições administrativas e jurisdicionais, possibilitando uma importante harmonia na efetivação das normas eleitorais. À Justiça Eleitoral brasileira, portanto, foi confiada não apenas a resolução dos conflitos de interesses exurgidos no prélio eleitoral, mas também a competência para organizar e administrar o processo eleitoral, além da função de editar regulamentos normativos para as eleições. Assim, a Justiça Eleitoral exerce uma atividade administrativo-fiscalizadora das eleições, compositiva de conflitos e legislativa (COSTA, 2002, p. 317).

É preciso ver, ainda, que a Justiça Eleitoral é estruturada hierarquicamente, de modo que as instâncias superiores possuem prevalência sobre as inferiores, inclusive sob o aspecto administrativo. Dada a competência híbrida da Justiça Eleitoral, todos os atos de organização, fiscalização e consecução das eleições são subordinados aos órgãos superiores, os quais supervisionam e fiscalizam os inferiores. Da mesma maneira que o Juiz Eleitoral tem a obrigação funcional de fazer cumprir as determinações dos Tribunais Regionais Eleitorais, a esses cabe o mesmo dever em relação às ordens e aos provimentos do Tribunal Superior Eleitoral, mercê da necessidade de uniformização dos procedimentos. Exemplo notável disso é o disposto no Código Eleitoral (art. 17, § 3º), segundo o qual os provimentos da lavra do Corregedor-Geral vinculam os Corregedores Regionais, que lhes devem dar imediato e preciso cumprimento (COSTA, 2002, pp. 317-318)

Fávila Ribeiro¹⁰⁷, do mesmo modo, entende que a decisão política de se entregar o controle das eleições à Justiça Eleitoral é acertada. Veja-se:

Mediante generalizada análise das organizações eleitorais de diferentes países, mais se reforça o convencimento sobre a incompatibilidade do sistema de controle eleitoral com base nos próprios órgãos representativos para renovação de seus membros, tomando feição jurisdicional, pelo menos quanto à prevalência do *adversary procedure* (processo contraditório).

Indica Leon Duguit aspectos que demonstram que o controle de eleições deve recair na esfera jurisdicional:

- 1 – verificar se o candidato é elegível;
- 2 – se a votação obtida atingiu o limite previsto em lei;

¹⁰⁷ RIBEIRO, Fávila. *Direito eleitoral*. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

3 – se os atos eleitorais praticados estão em conformidade com os preceitos legais.

4 – examinar se houve algum fato anterior que tenha viciado a eleição.

De par com esse reconhecimento de um fluxo favorável à jurisdicionalização, é preciso também computar os exemplos que mais se ampliam com os efeitos prolongadamente lesivos, pelo extremado facciosismo, onde o sistema da verificação de poderes ainda permanece entronizado, não obstante todas as circunstâncias o desaconselharem para garantir a autenticidade à participação popular e expungir as desfigurações que o danificam por nefastas ações legislativas. (RIBEIRO, 1996, p. 125)

Também merece destaque o que Fávila Ribeiro denomina de «vocalização pluralista» da Justiça Eleitoral na convocação de cidadãos para comporem seus órgãos. A visão pluralista vem saudavelmente sendo aplicada, há muito, nas esferas funcionais da Justiça Eleitoral, em sua expressão mais autêntica, e é preciso que assim seja acompanhado, sempre a repetir-se nas modalidades participativas, sem que estejamos agora a nos referir aos votantes, mas aos cidadãos recrutados para comporem as Mesas Receptoras e Juntas Apuradoras, assumindo esses encargos públicos, de relevante alcance cívico, não comparecendo como observadores ou fiscais, mas colocados nos pontos mais estratégicos da dinâmica eleitoral, como autoridades investidas na mais imediata função no campo da execução do processo eleitoral. Isso tanto ocorre na realização de atos eletivos, quanto na efetivação de plebiscitos e referendos, aparecendo na coleta dos sufrágios essas primeiras unidades operativas da Justiça Eleitoral e depois na fase de apuração compondo as Juntas Apuradoras presididas por magistrados eleitorais (RIBEIRO, 1996, p. 129).

Verifica-se, portanto, que a Justiça Eleitoral comete a responsabilidade na captação dos sufrágios, em qualquer de suas modalidades, aos próprios cidadãos, assim demonstrando a mais completa afinidade aos postulados pluralistas, rejeitando, pelo seu concreto estilo de agir, a concepção unidimensional da sociedade, com a convocação indiscriminada para participação em suas atividades dos vários segmentos populacionais. O que importa ressaltar é que em todos esses esquemas participativos efetiva-se, sem alarde, mas de modo eficiente, o controle nos instrumentos operativos da Justiça Eleitoral, através da ação exercitada pelos próprios cidadãos, não de fora para dentro, ou por via de controles instalados externamente, mas articulando-os e integrando-os em suas próprias esferas de trabalho, indo além dos contatos epiteliais, mantendo-os com acesso amplo nas áreas de suas responsabilidades funcionais. (RIBEIRO, 1996, p. 129).

O fato é que «ao se atribuir ao Poder Judiciário o controle do processo eleitoral, pretendeu-se estabelecer um sistema que infundisse segurança em seu comportamento imparcial» (RIBEIRO, 1996, p. 130). E, para realizar o mister,

Está colocado ao dispor da Justiça Eleitoral um complexo equipamento funcional, de diferentes naturezas, para exercício de controle sobre as atividades relacionadas à participação popular no processo político, visando a garantir a autenticidade dos pronunciamentos eleitorais, em todos os atos reservados à direta tomada de decisão

cometida ao povo, ou para efetivação da escolha de seus representantes. (RIBEIRO, 1996, p. 135)

A partir da própria Constituição, apresentam-se as competências como conglomerado indiviso, mesclando todo o gênero de atividades, sem prenunciar qualquer critério diferenciador, fazendo dominar uma projeção finalística em obter a máxima lisura em tudo o que possa estar relacionado às atividades eleitorais, isto é, em toda a matéria em que haja a direta interferência do corpo eleitoral, equipando-se a Justiça Eleitoral das mais variadas categorias de competências para que nada lhe possa escapar ao controle para agir com presteza e versatilidade, aplicando medidas preventivas, instantâneas ou repressivas, conforme o exijam as circunstâncias, com observância, evidentemente, dos procedimentos estabelecidos para o tipo de ato a ser produzido. Dessa maneira, a capacidade operativa da Justiça Eleitoral e o reforçamento que se tem verificado não incidem apenas sobre as reservas jurisdicionais, propagando-se em todas as direções, mobilizando as diferentes formas de ação estatal para que a verdade eleitoral não seja conspurcada por fraude, suborno ou coação, prejudicando a autenticidade da representação popular e, conseqüentemente, a existência real do governo democrático. Dado que as competências aparecem consorciadas sem qualquer discriminação, se procurar-se identificá-las e distribuí-las em razão de sua natureza, tem-se de começar pelo texto constitucional, onde foram conjuntamente agrupadas. Mas isso não poderá ser feito por mero processo de separação, sendo um trabalho que pode ser interpretado como um desafio, uma vez que os enunciados se mostram vinculados a uma determinada atividade básica estatal, adquirindo em diferentes momentos outra feição, denotando complexidade congênita. Há como que, em cada competência, componente genético de cada tipo de atividade estatal, que somente vem à tona e adquire expressividade à proporção que são articulados ou impulsionados os seus correspondentes centros de vitalidade. Permanece, assim, em cada camada de competência um núcleo residual, para ser ativado pela Justiça Eleitoral em conformidade com as circunstâncias e com os requisitos formais de elaboração. Quer isso dizer que, enquanto as competências permanecerem no terreno hipotético da normatividade, nem sempre será possível o reconhecimento de um desses aspectos isolado (RIBEIRO, 1996, pp. 136-137).

A Justiça Eleitoral possui competência para o registro e cassação de partidos e fiscalização de suas atividades financeiras; a divisão eleitoral do País em zonas eleitorais, que podem ou não coincidir com os espaços territoriais dos Municípios, havendo zonas que abrangem mais de um Município, quando os demais não sede de comarca, e Municípios que dispõem de mais de uma zona eleitoral; o alistamento eleitoral; a fixação da data das eleições quando não houver disposição constitucional ou legal, «com o que se tenciona evitar que os órgãos diretamente interessados na disputa eleitoral procurem datas mais favoráveis aos seus interesses, por um fator psicológico eventual»; decisão sobre argüição de inelegibilidade; processo e julgamento dos crimes elei-

torais e os que lhes são conexos, bem como os de *habeas corpus* e mandado de segurança em matéria eleitoral; julgamento de reclamações relativas a obrigações impostas por lei aos partidos políticos; fornecimento de transporte e alimentação a eleitores das áreas rurais; assim como a audiência plebiscitária na criação de Municípios (RIBEIRO, 1996, pp. 138-145).

Deve-se ressaltar que a competência para o processo eleitoral é uma das mais expressivas competências da Justiça Eleitoral. Envolve um conjunto de atos relacionados à execução do pleito e reconhecimento dos resultados. Compreende-se, por isso, desde a organização e distribuição das mesas receptoras de sufrágios, à realização, apuração das eleições, reconhecimento e diplomação dos eleitos. Por sua finalidade não pode a Justiça Eleitoral enveredar por um comportamento estático, passivo. Assiste-lhe a responsabilidade pela autenticidade do pronunciamento popular, sendo do seu dever adotar as medidas que realmente assegurem a liberdade de voto e a lisura da contagem, impedindo adulteração dos dados emanados das urnas. Quando assim não faça, não se mostra à altura de sua elevada responsabilidade social. Em muitas de suas atribuições, mostra-se aparelhada com o poder de iniciativa, de modo a que possam os seus órgãos agir de ofício. Assim sucede porque muitas suas atribuições não têm caráter jurisdicional, sendo, materialmente, administrativas. Com relação a essas, pelo menos, a intervenção da Justiça Eleitoral prescinde do concurso de terceiros. Entre uma e outra eleição, não entra a Justiça Eleitoral em estado de hibernação. Inexiste fase de paralisação da Justiça, embora haja a fase intensiva de suas atividades (RIBEIRO, 1996, pp. 141-142).

Não há dúvidas de que se trata de um amplo cabedal de competências, com atribuições e procedimentos de extrema complexidade, para cujo exercício a Justiça Eleitoral constantemente se prepara e se aperfeiçoa. Dessa forma, completamente desarrazoado pretender-se que o processo de escolha de conselheiros tutelares seja entregue unicamente ao Conselho dos Direitos da Criança e do Adolescente, abandonando-se toda a evolução e os avanços conquistados para se garantir a máxima lisura em tudo o que possa estar relacionado às atividades eleitorais, para que a verdade eleitoral não seja conspurcada por fraude, suborno ou coação, prejudicando a autenticidade da representação popular e a própria existência real de um conselho tutelar democrático.

A propósito, rara será a função estatal que, desempenhada com desacerto ou insuficiência, possa ferir tão fundo, a tantos, quanto aquela de administrar o processo eleitoral. Não há sentimento maior de frustração cívica coletiva do que o de se descobrir fraudulento, viciado ou corrupto o que só se pode admitir legítimo e válido conforme a lei. É rica a História em exemplos de convulsões sociais, muitas não contidas pela força estatal, outras sufocadas ao custo de vidas inúmeras, heróis anônimos, cujo libelo fora clamar por eleições livres, legitimadas,

a um só tempo, pelo assentimento dos eleitores e pelo desempenho reto de sua Justiça Eleitoral. O papel da Justiça Eleitoral é, diante da República, este: garantir aos titulares da soberania que o processo institucional se realizou legítima e validamente e que seus representantes eleitos foram escolhidos legítima e validamente. A ausência desta certeza fere de morte a República (JARDIM, 1994, p. 11).

Mas como resolver o problema que se instalou com a modificação do artigo 139 do Estatuto da Criança e do Adolescente, uma que vez que nele se afirma que «o processo para a escolha dos membros do Conselho Tutelar será estabelecido em Lei Municipal e realizado sob a responsabilidade do Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente»? Seria necessária nova modificação do dispositivo? A resposta para essa última questão é, desenganadamente, não. E para a primeira, basta aplicar os princípios de hermenêutica que já deveriam ter sido aplicados antes da modificação do dispositivo.

Um desses princípios mencionados é aquele que diz que a lei não pode conter entre seus dispositivos palavras inúteis e nem contradição real. Essa regra vale, inarredavelmente, para a exegese constitucional. Ao interpretar, é crucial ter em mente que o ordenamento jurídico constitui sistema organizado, articulado, hierarquizado. Eventuais contradições são apenas aparentes. Mas não se pode apreender a totalidade do conteúdo normativo de um determinado dispositivo legal tomando-o isoladamente. É necessário relacioná-lo com outros dispositivos e, muito especialmente, aos princípios contidos no sistema jurídico do qual ele é apenas uma parte.

Entre os métodos de interpretação, o dito sistemático, ou sistêmico, também teve virtudes salientadas por Carlos Maximiliano¹⁰⁸. Afirma o publicista que «de princípios jurídicos mais ou menos gerais se deduzem corolários; uns e outros se condicionam e restringem reciprocamente» e que «é maior a presunção de acerto quando a exegese resulta de comparar trechos da mesma lei, do que de confrontar preceitos de leis diversas» (MAXIMILIANO, 1991, pp. 128-129).

Especificamente sobre a interpretação da Constituição, Michel Temer¹⁰⁹ preleciona que «a interpretação de uma norma constitucional levará em conta todo o sistema, tal como positivado, dando-se ênfase, porém, para os princípios que forem valorizados pelo constituinte» (TEMER, 1992, p. 23). Igualmente, o revolucionário português Jorge Miranda¹¹⁰ afirma que «a integração das lacunas de normas formalmente constitucionais deve ser feita no interior da Constituição formal, sem recursos a normas de legislação ordinária. É olhando ao sistema de normas da Constituição formal, como expressão da Constituição material que o agente

¹⁰⁸ MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 11.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

¹⁰⁹ TEMER, Michel. *Elementos de direito constitucional*. 14.ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

¹¹⁰ MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional: constituição e inconstitucionalidade*, v.II. 3.ed. Coimbra, 2000.

da integração deve raciocinar quer procure a analogia (*legis* ou *juris*) quer atenda aos princípios gerais» (MIRANDA, 1991, p. 269). Do mesmo modo, Alexandre de Moraes¹¹¹, utilizando-se do magistério de Canotilho, Vital Moreira e Jorge Miranda, também enumera diversos princípios de hermenêutica constitucional. Entre eles, em razão da pertinência, dois devem ser mencionados aqui: o «*da justiça ou da conformidade funcional*», segundo o qual «os órgãos encarregados da interpretação da norma constitucional não poderão chegar a uma posição que subverta, altere ou perturbe o esquema organizatório-funcional constitucionalmente estabelecido pelo legislador constituinte originário»; e o «*da concordância prática ou da harmonização*», segundo o qual «exige-se a organização e combinação dos bens jurídicos em conflito de forma a evitar o sacrifício total de uns em relação aos outros» (MORAES, 2003, p. 43; CANOTILHO, 2003, pp. 1224-1225).

Dessa forma, é necessário considerar que o conselho tutelar, embora órgão integrante do esquema organizatório-funcional do Município, deve obedecer à Constituição Federal e a normas gerais editadas pela União. Não há, na Constituição, um conjunto de exigências para o exercício das funções de conselheiro tutelar. As condições de elegibilidade para a candidatura, por isso, estabelecidas pela Constituição Federal (art. 14, § 3º), especialmente filiação partidária e limites de idade, devem ser vistas como sendo para os cargos ali expressamente previstos, vale dizer: 35 anos para Presidente e Vice-Presidente da República e Senador; 30 anos para Governador e Vice-Governador de Estado e do Distrito Federal; 21 anos para Deputado Federal, Deputado Estadual ou Distrital, Prefeito, Vice-Prefeito e juiz de paz; e 18 anos para Vereador. Do mesmo modo, as inelegibilidades (Constituição Federal, art. 14, § 4º-9º).

A propósito, José Afonso da Silva, adverte:

[...] a elegibilidade, condições de elegibilidade e inelegibilidade são matérias da Constituição Federal e de competência legislativa federal naquilo em que a própria Constituição permite seja objeto de lei complementar ou de lei ordinária, pois cabe à União legislar sobre *cidadania* (direitos políticos) e *direito eleitoral* (art. 22, I e XIII). Vale dizer, portanto, que não têm valor regras de constituição estadual ou de lei orgânica de Município que estatuem sobre o assunto. (SILVA, 2005, p. 367)

Mas a previsão dessas condições de elegibilidade e das inelegibilidades não podem ser interpretadas como sendo apenas esses os cargos eletivos admitidos pela Constituição da República, especialmente diante do comando que prevê a «participação da população, por meio de organizações representativas» (art. 204, inc. II).

Sobre a filiação partidária, os magistrados e promotores de justiça do Estado do Rio Grande do Sul, pertencentes à Associação Brasileira de Magistrados e Promotores de Justiça da Infância e da Juventude e reunidos em Caxias do Sul em evento paralelo ao VIII Encontro Estadual de Conselhos Tutelares, assinalaram que as principais atribuições do conselho tutelar, de

¹¹¹ MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 13.ed. São Paulo: Atlas, 2003.

atender e aplicar medidas, são atribuições relacionadas ao atendimento individual de crianças ou adolescentes e de suas famílias, com o que o exercício da função assume características de natureza essencialmente técnica, o que impõe ao processo de escolha a condição de reger o procedimento de tal forma a impedir o acesso a candidatos motivados por razões de interesse político-partidário ou por interferências de qualquer outra espécie, sendo indispensável a gradativa incorporação de mecanismos de seleção que realcem o preparo pessoal do candidato, em detrimento da prevalência da vontade popular ditada por outros interesses. Ressaltaram, ainda, que o exercício das atribuições do conselho tutelar sugere a autonomia como limitada ao âmbito funcional de cada conselheiro, não se admitindo, em qualquer hipótese, que referido serviço público seja órgão auxiliar de outras estruturas de atendimento ou sua organização seja concebida à revelia das demais instâncias próprias de cada ente municipal¹¹².

Esse posicionamento, conquanto ressalte a autonomia do órgão, parece conter certa carga discriminatória contra a filiação partidária de candidatos ao conselho tutelar. Se se pretendeu afastar o aparelhamento do conselho tutelar para utilização por partidos políticos, parece correta a manifestação, porque os órgãos do Estado não podem ser manejados para fins outros que não a realização das funções públicas. No entanto, esse objetivo pode ser alcançado por outros meios, como por exemplo, o controle da atuação a que estão sujeitos todos os agentes políticos. Ademais, não se pode instituir para os conselheiros tutelares, ainda mais por interpretação, vedação de exercício de atividade político-partidária, tais como as existentes na Constituição para magistrados e promotores de justiça (Constituição Federal, art. 95, par. ún, inc. III; e art. 128, § 5º, inc. II, al. «e»).

A pretensão de se afastar os partidos políticos da atuação junto ao conselho tutelar pode até parecer compreensível do ponto de vista sociológico, na medida em que se constata que a organização partidária ainda não encontrou estabilidade em nosso País. A propósito, o Professor Walter Costa Porto¹¹³ registra a opinião de Bolívar Lamounier e Rachel Meneguello¹¹⁴ para quem, «o Brasil é, no nível econômico e social em que se situa, caso único no mundo, de subdesenvolvimento partidário». Segundo eles, «isso se deve à interferência constante do Estado, que se compraz em golpear as agremiações, ao fato de o poder central, no Brasil, ter sempre dificultado ou procurado impedir, de maneira deliberada, o fortalecimento de nossos partidos» (COSTA PORTO, 2000, p. 305). Acrescenta Costa Porto, ainda, que se poderia lembrar, também, que

¹¹² Associação Brasileira de Magistrados e Promotores de Justiça da Infância e da Juventude. *Carta de Caxias do Sul pela indispensabilidade do Conselho Tutelar*. Caxias do Sul, 12 de julho de 2002. Disponível em: http://www.mp.rs.gov.br/infancia/cartas_politicas/id141.htm. Acesso em: 27 nov. 2005.

¹¹³ PORTO, Walter Costa. *Dicionário do voto*. Brasília: Universidade de Brasília; São Paulo: Imprensa Oficial do Estado, 2000.

¹¹⁴ LAMOUNIER, Bolívar e MENEGUELLO, Rachel. *Partidos políticos e consolidação democrática: o caso brasileiro*. São Paulo: Brasiliense, 1986.

«nosso sistema proporcional, de lista, mas com escolha uninominal pelos eleitores – tão destoante do modelo proporcional adotado pelos demais países, colabora, igualmente, para a redução da força dos partidos, instalando um individualismo destrutivo do tão necessário conagraçamento nessas agremiações» (COSTA PORTO, 2000, p. 305)

Otávio Soares Dulci¹¹⁵ transcreve trecho de autor norte-americano de vários estudos importantes sobre o sistema partidário brasileiro¹¹⁶ em que se salienta, do mesmo modo, que o subdesenvolvimento partidário brasileiro é notório, além de atribuir as características de frágeis, efêmeros e pouco coesos aos partidos brasileiros, comparativamente aos partidos de outros países da América Latina (DULCI, 2003, p. 301). Dulci afirma que o juízo contundente do estudioso norte-americano sobre os partidos políticos brasileiros é digno de nota, mas as características apontadas «são aquelas que recorrentemente inspiram propostas de reforma na legislação sobre a matéria» (DULCI, 2003, p. 301).

Sem dúvida, a trajetória brasileira no que tange a partidos e eleições é bastante instável. Houve tantos sistemas partidários quantos foram os regimes políticos que se sucederam no Brasil desde o Império. Sobre as regras eleitorais, convém observar que desde 1945 se realizam eleições em prazos regulares, mas praticamente nenhuma delas foi disputada sob regras idênticas à precedente. Os motivos foram os mais diversos, variando desde inovações nas formas de votação até intervenções casuísticas sobre a liberdade de escolha. As normas relativas à propaganda e ao financiamento de campanhas também têm sido modificadas com alguma frequência, ora para restringir ora para ampliar a margem de atuação de partidos e candidatos (DULCI, 2003, pp. 301-302).

O impacto dessa instabilidade sobre a prática da democracia não deve ser negligenciado. Regras eleitorais estáveis e conhecidas ajudam a consolidar o envolvimento dos cidadãos no processo político e fortalecem a sua confiança nas instituições. Claro, estabilidade não quer dizer imobilidade, e a confiança nas instituições tende a aumentar com inovações que aprimorem o processo. Essas, porém, são medidas excepcionais, não se supõe que ocorram com frequência. A experiência brasileira, nesse particular, teve momentos positivos, tais como a criação da Justiça Eleitoral após a Revolução de 1930, a introdução da cédula única em meados do século XX e a recente adoção do voto eletrônico. Contudo, os momentos negativos foram em maior número – e não se limitaram às arbitrariedades das ditaduras de 1937 e de 1964 (DULCI, 2003, p. 302).

¹¹⁵ DULCI, Otávio Soares. A incômoda questão dos partidos no Brasil: notas para o debate da reforma política. *Reforma política e cidadania* (Orgs. BENEVIDES, Maria Victoria, KERCHE, Fábio e VANNUCHI, Paulo). São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2003, pp. 300-320.

¹¹⁶ MAINWARING, Scott. «Brazil: weak parties, feckless democracy». In: MAINWARING, Scott e SCULLY, Timothy (orgs.). *Building Democratic Institutions – Party Systems in Latin America*. Stanford: Stanford University Press, 1995, p. 354 (nota de DULCI).

O mesmo raciocínio se aplica aos partidos e ao sistema partidário que eles compõem. Os partidos exercem funções estratégicas numa ordem política: são grupos de competição eleitoral; formam governos ou fazem oposição, dependendo da vontade dos eleitores; representam interesses e opiniões na esfera pública; e são espaços de formação de líderes e ativistas políticos. A instabilidade do sistema partidário dificulta o desempenho dessas funções. É com o tempo que os partidos fixam suas raízes, projetam suas identidades – suas marcas, por assim dizer – e desta maneira estabelecem vínculos efetivos com os setores de opinião e os eleitores que pretendem representar (DULCI, 2003, p. 302).

Há, portanto, um elemento de sedimentação histórica indispensável à vida partidária. Reformas institucionais que interrompam esse processo produzem resultados funestos, não só para os partidos imediatamente atingidos, mas também para o sistema como um todo, com repercussões que se estendem para o futuro. Esse ponto deve merecer cuidadosa reflexão no debate sobre a reforma política no Brasil. Tendo em vista o nosso histórico de “reformas partidárias”, não é de estranhar a falta de confiança popular nos partidos. Uma relação de confiança só se constrói gradualmente (DULCI, 2003, p. 302).

A propósito, pesquisa realizada pelo Instituto Brasileiro de Opinião Pública e Estatística – IBOPE – entre 18 e 22 de agosto de 2005 mede a confiança da população nas instituições nacionais. Essa pesquisa, em que foram entrevistados 2.002 eleitores em 143 municípios do País, mostra que 90% dos brasileiros entrevistados não confiam nos políticos, e 88% não confiam nos partidos políticos¹¹⁷. Com essa desconfiança popular nos políticos e nos partidos políticos que, certamente, também está nitidamente refletida na opinião dos magistrados e promotores de justiça do Rio Grande do Sul, anteriormente mencionada, efetivamente parece haver certa incompatibilidade entre a atividade político-partidária e a atuação do conselho tutelar.

Não obstante, por ocasião da apresentação do projeto de pesquisa que resultou no presente estudo, na Universidade de Brasília, o promotor de justiça Trajano Sousa de Melo, notável colega do curso, para refutar a exclusão dos partidos políticos do processo de escolha de conselheiros tutelares, argumentou que seria até mesmo desejável a exigência de filiação partidária para a candidatura, uma vez que, além de cumprir a Constituição, geraria a conscientização da pessoa que pretende se candidatar e maior compromisso dos próprios partidos políticos com os princípios da prioridade absoluta e da proteção integral das crianças e adolescentes inclusive nos programas partidários.

Certo. Na medida em que se propõe aplicar a normatização constitucional relativamente a direito e processo eleitoral e cidadania, não há como afastar a exigência de filiação par-

¹¹⁷BRASIL. Universidade de Brasília. Núcleo de Estudos sobre Mídia e Política. Disponível em: <http://www.unb.br/ceam/nemp/ibope.htm>. Acesso em: 21 maio 2006.

tidária para a candidatura a conselheiro tutelar. Como se viu com Otávio Soares Dulci, os partidos exercem funções estratégicas numa ordem política, ressaltando-se a representação de interesses e opiniões na esfera pública e por serem espaços de formação de líderes e ativistas políticos (DULCI, 2003, p. 302).

As normas constitucionais e legais vigentes permitem afirmar que a função dos partidos brasileiros consiste em assegurar, resguardados a soberania nacional, o regime democrático e o pluripartidarismo, a autenticidade do sistema representativo e defender os direitos fundamentais da pessoa humana (Constituição Federal, art. 17 e Lei 9.096, de 19 de setembro de 1995, art. 1º).

Dessa forma, a participação partidária no processo de escolha de conselheiros tutelares, além de necessária em razão do respeito à força normativa da Constituição, consubstancia oportunidade para a sedimentação dos partidos políticos na vida da comunidade. Isso reforça a credibilidade do sistema com repercussões que se estendem para o futuro, contribuindo para fortalecer gradualmente a confiança popular nos partidos políticos.

Importante mencionar que o Supremo Tribunal Federal em ação direta de inconstitucionalidade ajuizada contra lei do Estado de Minas Gerais, entendeu que «a obrigatoriedade de filiação partidária para os candidatos a juiz de paz (art. 14, § 3º, da CB/88) decorre do sistema eleitoral constitucionalmente definido»¹¹⁸. Durante os debates lembrou-se que, quando a Constituição Federal trata da justiça de paz afirma-se, especificamente, que sua atividade não possui caráter jurisdicional (art. 98, inc. II), por isso que ela se exime da vedação colocada a todos os magistrados *stricto sensu*, aqueles que exercem efetivamente função jurisdicional e não podem ter filiação partidária.

Do mesmo modo, o conselho tutelar exerce atividade não jurisdicional. Por isso, não há razões que justifiquem a exclusão dos partidos políticos e, dessa forma, deve-se concluir pela total compatibilidade da função de conselheiro tutelar com a filiação partidária. Ademais, nos termos do Código Eleitoral, «somente podem concorrer às eleições candidatos registrados por partidos» (art. 87). É verdade que nem sempre foi assim. O Professor Walter Costa Porto registra que na Primeira República, de 1889 a 1930, o Brasil conheceu partidos estaduais e, em cada unidade federativa, ou partidos únicos ou partidos dominantes. Frustradas foram todas as tentativas de organização de partidos nacionais (COSTA PORTO, 2000, pp. 303-304). Com a Segunda República, o Brasil conheceu a terceira formação partidária, com agremiações nacionais, de fundação ideológica – a Aliança Nacional Libertadora e o Integralismo. E, pela primeira vez, a legislação eleitoral «fez referência à possibilidade de apresentação de candidatos por partidos ou

¹¹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Ação Direta de Inconstitucionalidade 2938/MG. Relator: Ministro Eros Grau. Brasília, 9 de junho de 2005. *Diário da Justiça*, Primeira parte, Brasília, p. 4, 9 dez. 2005.

por alianças de partidos, mas se permitia o registro de lista de candidatos por grupos de, no mínimo, cem eleitores. E, ainda, o registro de candidato avulso» (COSTA PORTO, 2000, p. 304). Com o golpe de 1937 e a instalação de nossa Terceira República, houve o único hiato em nossa trajetória partidária. Mas a «redemocratização do País, no final de 1945, trouxe, por força do Decreto 7.586, de 28 de maio de 1945, o monopólio que não mais seria quebrado no País dos partidos políticos na apresentação de candidatos. Daí por diante, eles e somente eles concorreriam para a expressão do sufrágio» (COSTA PORTO, 2000, p. 304).

Importante, porém, é compreender que no Estatuto da Criança e do Adolescente admite-se legislação municipal para regular o processo de escolha dos conselheiros tutelares naquilo que não dispôs de forma expressa nem a Constituição Federal, nem o próprio Estatuto da Criança e do Adolescente (art. 139). Assim, é a realidade do Município que exigirá, por exemplo, além das condições estabelecidas na Constituição¹¹⁹ e no Estatuto¹²⁰, determinado nível de escolaridade, experiência na área de atendimento à criança e ao adolescente, não como condições de elegibilidade, mas sim como requisitos objetivos para o exercício da função de conselheiro tutelar¹²¹. Mas essas exigências não podem ser estabelecidas aleatoriamente ou implicar a dispensa de condições já previstas nas normas gerais consubstanciadas no Estatuto da Criança e do Adolescente e nas Resoluções do Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente ou na Constituição Federal e até mesmo na Constituição estadual. Deve-se ter em mente, sempre, os princípios da proteção integral e da prioridade absoluta da criança e do adolescente, e a vida da comunidade local.

No mesmo julgamento anteriormente mencionado, o Supremo Tribunal Federal entendeu que «lei estadual que disciplina os procedimentos necessários à realização das eleições para implementação da justiça de paz (art. 98, II, da CB/88) não invade, em ofensa ao princípio federativo, a competência da União para legislar sobre direito eleitoral (art. 22, I, da CB/88)»¹²², mas que «a fixação por lei estadual de condições de elegibilidade em relação aos candidatos a juiz

¹¹⁹BRASIL. Constituição Federal, art. 14, § 3º: «São condições de elegibilidade, na forma da lei: I - a nacionalidade brasileira; II - o pleno exercício dos direitos políticos; III - o alistamento eleitoral; IV - o domicílio eleitoral na circunscrição; V - a filiação partidária; VI - a idade mínima [...]».

¹²⁰«Art. 133. Para a candidatura a membro do Conselho Tutelar, serão exigidos os seguintes requisitos: I - reconhecida idoneidade moral; II - idade superior a vinte e um anos; III - residir no Município.»

¹²¹Com a Resolução 88, de 15 de abril de 2003, o Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente confere nova redação ao artigo 11 da Resolução 75, de 2001, que passa, então a dispor: «Art. 11. Para a candidatura a membro do Conselho Tutelar devem ser exigidas de seus postulantes a comprovação de reconhecida idoneidade moral, idade superior a vinte e um anos e residência fixa no Município, além de outros requisitos que podem estar estabelecidos na lei municipal e em consonância com os direitos individuais estabelecidos na Constituição Federal.»

¹²²Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 2938/MG, cit.

de paz, além das constitucionalmente previstas no art. 14, § 3º, invade a competência da União para legislar sobre direito eleitoral, definida no art. 22, I, da Constituição do Brasil»¹²³.

A lei municipal efetivamente não pode estabelecer condições de elegibilidade e inelegibilidades. Estas são aquelas previstas na Constituição e em leis federais. Nada obsta, porém, que, como já se insinuou linhas atrás, a lei municipal estabeleça requisitos indispensáveis ao exercício da função, de acordo com as peculiaridades locais. Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça¹²⁴ reconheceu a validade de lei municipal que estabeleceu como requisito para a candidatura a membro do conselho tutelar, o «primeiro grau completo». O voto vencedor, conduzido pelo relator, Ministro Francisco Falcão deixou assentado, textualmente:

A lei municipal nº 620/98 apenas regulamentou a aplicação do Estatuto da Criança e do Adolescente naquele Município de Duas Barras, adequando a norma às suas peculiaridades, agindo, portanto, dentro da sua competência legislativa suplementar (art. 30, inc. II, da CF).

Também não há que se falar que o art. 133 do ECA é taxativo, pois o que se percebe é a vontade do legislador em estabelecer requisitos mínimos para o candidato a integrante do Conselho Tutelar, vez que se trata de serviço público relevante, podendo, inclusive, ser remunerado.

Ressalto ainda, que não foram feitas exigências descabidas, nem em desconformidade com a intenção da norma protetiva da criança e do adolescente, vez que o que se exigiu foi um *minus* de escolaridade aos candidatos a integrantes do Conselho Tutelar. (FALCÃO, 2003, p. 3)

O recurso, entre outro fundamentos, sustentava: (1) violação ao Estatuto da Criança e do Adolescente (art. 133), «vez que o elenco de requisitos previstos não é taxativo»; (2) «a enumeração de requisitos para a investidura de integrante do conselho tutelar não constitui matéria de direito civil, já que, em sentido amplo, o membro será servidor municipal» (FALCÃO, 2003, p. 2).

Com efeito. Não se mencionou no relatório nem no voto, mas essa interpretação se harmoniza integralmente com o comando contido na Convenção Sobre os Direitos da Criança, na qual, como se mencionou anteriormente, dispõe-se que «**em todas as medidas relativas às crianças, tomadas por** instituições de bem estar social públicas ou privadas, **tribunais**, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, **terão consideração primordial os interesses superiores da criança**» (art. 3º).

Demonstra-se, dessa forma, a necessidade de se conferir interpretação mais coerente com o sistema de garantia dos direitos da criança e do adolescente preconizados na Constituição da República e no Estatuto da Criança e do Adolescente aos dispositivos legais que tratam do processo de escolha dos conselheiros tutelares.

¹²³ Ação Direta de Inconstitucionalidade 2938/MG, cit.

¹²⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial 402.155/RJ. Recorrente: Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Recorrido: Sebastião Wermelinger Pinto. Relator: Ministro Francisco Falcão. Brasília, 28 de outubro de 2003. *Diário da Justiça*, Primeira parte, Brasília, p. 189, 15 dez. 2003.

Com o nível de evolução da Justiça Eleitoral brasileira, que chega ao ponto de se afirmar que está isenta de fraudes relacionadas ao processo de votação e de apuração, o povo brasileiro não se pode dar ao luxo de vê-la dispensada, exatamente para a escolha de conselheiros tutelares, elementos políticos essenciais no sistema de garantias dos direitos de crianças e adolescentes, como se o voto para a escolha de conselheiros tutelares tivesse menos valor que o voto dado para a escolha de titulares de outros cargos de natureza política.

Não se pode aceitar a responsabilidade única do Conselho de Direitos para essa eleição em razão de notória inconstitucionalidade pela usurpação das funções da Justiça Eleitoral. E pode-se sustentar, até mesmo, que a modificação realizada no Estatuto da Criança e do Adolescente pela Lei 8.242, de 1991, e a interpretação que se lhe seguiu, consubstanciou retrocesso inconstitucional no nível de efetivação dos direitos políticos, por inserir incerteza sobre a indenidade do processo de escolha. A responsabilidade do Conselho de Direitos deve ser vista como sendo para divulgar o pleito; comunicar ao juiz eleitoral competente que o mandato dos conselheiros expirará em tal data; analisar currículos de candidatos e até mesmo impugnar candidaturas, tudo tendo como «**consideração primordial os interesses superiores da criança**», nos termos da Convenção sobre os Direitos da Criança (art. 3º). O processo de votação e apuração, a partir do registro das candidaturas, ficaria com a Justiça Eleitoral, aplicando-se integralmente a legislação eleitoral.

Trata-se da melhor exegese, diante das considerações feitas. Se será, ou não, o caminho a ser trilhado, depende do maior ou do menor comprometimento dos homens e mulheres públicos que detêm poder de decisão. A História, porém, guardará o devido lugar àqueles que queiram permitir a evolução para concretizar também na Justiça Eleitoral os princípios constitucionais da prioridade absoluta e da proteção integral de crianças e adolescentes.

É óbvio que a fixação do mandato dos conselheiros tutelares em três anos pelo Estatuto da Criança e do Adolescente pode constituir entrave porque é possível que as eleições para conselheiros tutelares coincidam com o ano em que a Justiça Eleitoral deve conduzir o processo de escolha de prefeitos e vereadores ou de Presidente e Vice-Presidente da República, senador, deputados federais e estaduais. Não obstante, não se trata de obstáculo incontornável porque a implementação da exegese proposta não implica qualquer óbice à modificação da legislação para dispor que o mandato dos conselheiros tutelares será de quatro anos e que a eleição será nacional e simultânea com a eleição de prefeitos e vereadores nos Municípios e isolada, no Distrito Federal, já que na Capital da República não há eleições municipais.

A par de se cumprir a legislação constitucional e infraconstitucional sobre eleições, somente se vislumbram vantagens práticas na concretização da exegese proposta. Em pri-

meiro lugar, os Municípios que ainda não possuem conselho tutelar seriam compelidos a criá-los, já que o processo de escolha dos conselheiros tutelares, pela Justiça Eleitoral daria a visibilidade que hoje o conselho tutelar não possui. Em segundo lugar, afastar-se-iam as dúvidas e fraudes que hoje cercam o sistema de escolha e que podem levar à desmotivação das pessoas de bem que se aventuram a concorrer nesses verdadeiros arremedos de eleições. O fantasma da fraude, com o voto em papel, e com o sistema sem as garantias da condução pela Justiça Eleitoral é sempre vulnerável. A respeito, ao prefaciá-la obra de Manoel Rodrigues Ferreira¹²⁵, o Professor Walter Costa Porto registrava:

Ao eleitor de agora, com a maravilha do voto eletrônico e apuração em poucas horas, fica o alívio de constatar como ficaram distantes essas irregularidades. Mas, mesmo recentemente, com cédula única de votação – grande avanço em relação às “chapas” que, reunidas em “marmitas”, permitiam o controle do voto pelos coronéis – via-se a desfaçatez do “voto corrente” que, em decisão no Tribunal Superior Eleitoral, o Ministro Sepúlveda Pertence explicava:

“Um primeiro eleitor participante do conluio, recebendo a cédula oficial autenticada, não a utiliza, introduzindo na urna um simulacro de cédula ou uma cédula oficial não autenticada. Com isso, entrega ao eleitor seguinte ou ao organizador do golpe a cédula autenticada, possibilitando, assim, que o cabo eleitoral o comitê, o candidato, ou seja lá quem for, já entregue ao eleitor seguinte a cédula previamente assinalada. Esse segundo eleitor, de sua vez, depositará na urna cédula que recebeu preenchida ao organizador da corrente. E assim sucessivamente.”¹³ [13 Acórdão nº 13.108 do Tribunal Superior Eleitoral]

É certo que permanecem, ainda, os abusos do poder político e econômico, o financiamento sinuoso das campanhas, que a legislação, por mais casuística, não consegue debelar. E só cabe esperar, aí, que a educação política do eleitor leve à recusa dos transgressores, dando razão ao velho Monarca, Pedro II, que, com uma frase, sempre repetida – “Não é o vestido que fará de vestal a messalina” –, pretendia mostrar o quanto era frágil o poder das leis para a correção dos maus costumes. (COSTA PORTO, *in* FERREIRA, 2001, pp. 30-31)

E a Cármen Lúcia Antunes Rocha¹²⁶ também não passou despercebida a evolução da Justiça Eleitoral com a adoção de avanços tecnológicos para garantir a verdade eleitoral expressão do direito fundamental ao progresso tecnológico a serviço do homem. Veja-se, textualmente:

O voto democrático tem que estar posto como a verdadeira vontade do eleitor, quer na sua emissão, quer no momento de sua apuração, quer no momento da implantação de seu resultado.

Voto enevoado pela mentira e pelo engodo é voto nulo; é não-voto. Mais ainda, o voto é uma forma de expressão do princípio da igualdade jurídica, pois o sistema eleitoral democrático é concebido na base de um homem, um voto. A cada cidadão um voto: é a igualdade política assegurada na base da igualdade jurídico-constitucional manifestada no sistema eleitoral (*one man, one vote*).

Como e qual o sistema para se expressarem os cidadãos por meio do voto, cada sistema constitucional eleitoral define. Todavia, quanto mais nele se assegurar a igualdade e a participação livre e direta do cidadão, mais verdadeiro é o resultado apurado na manifestação e tanto mais democrática é a sociedade.

¹²⁵ FERREIRA, Manoel Rodrigues. *A evolução do sistema eleitoral brasileiro*. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2001.

¹²⁶ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Op. cit.*

Introduz-se, nesse final de século, a conquista da teleinformática a serviço da verdade eleitoral como direito fundamental ao progresso tecnológico a serviço do homem, direito denominado de quarta geração.

Em benefício do aperfeiçoamento dos princípios e valores acima apontados e que se devem conter no exercício do direito de voto – liberdade, verdade e igualdade –, a tecnologia é aproveitada, agora, como instrumento de combate à fraude e à corrupção eleitorais, à agressão e ao desvirtuamento da vontade do eleitor expressos em sua declaração votada, à ilegitimidade do poder decorrente de eleições viciadas.

As denominadas “urnas eletrônicas”, que se põem aos eleitores como veículo de captação de sua vontade sem a necessidade da interferência de terceiros entre o eleitor e o sistema final de apuração de votos, determinam uma nova fase do processo de instrumentalização do direito político do cidadão. Tem-se por ela a tecnologia apresentando-se na vida política da sociedade, oferecendo-lhe alternativas de excluir-se do embuste, da tocaia havida nas sombras de juntas apuradoras, nas dobras de cédulas manietadas e computadas sem controle absoluto. É a tecnologia a serviço da cidadania mais verdadeira e livre. (ROCHA, 1997, pp. 137-138)

É verdade que o sistema informatizado, não pode coibir outras fraudes, como, por exemplo, «os abusos do poder político e econômico, o financiamento sinuoso das campanhas» (COSTA PORTO, *in* FERREIRA, 2001, p. 31). De qualquer forma, como lembra Gilberto Amado¹²⁷, a ação política não pode deixar de exercer-se senão por meio de homens bem intencionados que possam suprir pela própria energia construtiva, atividade e patriotismo – no sentido do desinteresse pessoal e da capacidade de resistência às agitações improficuas – as insuficiências de uma população ainda incapaz de exercer os seus direitos políticos e cumprir, como responsável pelos próprios destinos, os deveres cívicos que lhe incumbem (AMADO, 2000, p. 85).

¹²⁷ AMADO, Gilberto. *As instituições políticas e o meio social no Brasil*. . In: PORTO, Walter Costa (ed.). *A cidadania no Brasil: II – o voto*. Brasília: Senado Federal, Centro de Estudos Estratégicos, Ministério da Ciência e Tecnologia, 2002 (Leituras Sobre a Cidadania).

11. Conclusão.

Com fundamento nas concepções teóricas dos princípios constitucionais e institutos de direito administrativo examinados, além de disposições legais e constitucionais existentes no direito positivo brasileiro, podem ser enunciadas as seguintes premissas a título de conclusão (esclarecendo antes que elas devem ser consideradas muito mais como pontos de partida para meditações futuras – até para que sejam eventualmente refutadas – do que ponto de chegada de um trabalho cuja dimensão certamente não permite posicionamentos definitivos).

1. Na Constituição brasileira de 1988 estabeleceram-se os princípios da prioridade absoluta e da proteção integral a crianças e adolescentes, ao preconizar-se o dever da família, da sociedade e do Estado de 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 à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão (art. 227).

2. Para concretizar os princípios da prioridade absoluta e da proteção integral, o constituinte de 1988 estabeleceu que no atendimento dos direitos da criança e do adolescente as ações governamentais devem ser organizadas com base nas diretrizes de (1) descentralização político-administrativa, cabendo a coordenação e as normas gerais à esfera federal e a coordenação e a execução dos respectivos programas às esferas estadual e municipal; e (2) participação da população, por meio de organizações representativas, na formulação das políticas e no controle das ações em todos os níveis (art. 227, § 7º e art. 204, incs. I e II).

3. As mencionadas diretrizes de descentralização político-administrativa e de participação da população estão em perfeita sintonia com o princípio da soberania popular, segundo o qual «todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos» da Constituição (CF, art. 1º, par. ún.), e que «a soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos» (CF, art. 14).

4. O Brasil adota como forma de governo a república. Inerente à noção de democracia e à de república, é a de voto direto, secreto, universal e periódico, mecanismo garantidor da possibilidade permanente de eleições periódicas, sem as quais não se estarão dando a todos os cidadãos as mesmas oportunidades de votar e de ser votado. Tão importante é o voto direto, secreto, universal e periódico que a própria Constituição, excepcionou-o da possibilidade de abolição de qualquer desses atributos (art. 60, § 4º, e inc. II).

5. A elegibilidade de certos cargos públicos é imprescindível numa autêntica democracia, assim também como numa república. Ainda que os dois conceitos (democracia e

república) não se confundam, o de república – que abarca a noção de «coisa pública», coisa igualmente pertencente a todos os cidadãos e sobre a qual nenhum deles poderá, portanto, ter qualquer privilégio – implica também, de alguma forma, a necessidade de alternância de poder –, já que é por meio do poder instituído que a coisa pública é gerida –, o que só é possível por meio de eleições periódicas.

6. Se no Estatuto da Criança e do Adolescente prevê-se que os membros do conselho tutelar devem ser «escolhidos pela comunidade local», tratando-se de agentes do Estado, essa escolha só se pode dar pelos meios previstos na Constituição da República para a escolha de agentes do Estado, vale dizer, a soberania popular exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos (art. 14).

7. Quando no Estatuto da Criança e do Adolescente idealiza-se o conselho tutelar como colegiado responsável por zelar preventivamente pelos direitos e, portanto, pelo atendimento de crianças, adolescentes e famílias com direitos ameaçados ou violados, privilegia-se a descentralização político-administrativa e a participação da população mediante a organização representativa que é o conselho tutelar, diretrizes de observância obrigatória, nos termos da Constituição da República.

8. O conselho tutelar funda-se no fato de que um grupo de pessoas eleitas pela comunidade está em melhores condições de avaliar e decidir sobre qual medida deve ser aplicada em cada caso que surgir, numa relação dialógica com a comunidade. São os conselheiros tutelares, conhecedores da vida e da realidade social da comunidade, cuidando dos direitos das crianças e adolescentes que vivem naquele local, para que tenham um desenvolvimento saudável e equilibrado.

9. O conselho tutelar, assim como os conselhos dos direitos da criança e do adolescente, conquanto ainda não adequados à Constituição da República e à legislação federal e, no plano local, nem à Lei Orgânica do Distrito Federal, e não contarem com estrutura e meios necessários para funcionamento pleno, são os órgãos mais democráticos resultantes da Constituição da República (art. 227, § 7º e art. 204) e do Estatuto da Criança e do Adolescente. Os conselhos tutelares, órgãos representativos da sociedade, propiciam a adoção de soluções que evitam o clientelismo, a troca de favores políticos, e outros males, com a fiscalização e o controle direto da população interessada em que se cuide bem de suas crianças.

10. Pela Constituição Federal (art. 24, §§ 1º e 4º, e art. 227), bem como pela indefinição do que seja norma especial, deve-se fixar como diretriz exegética que os eventuais conflitos, nos quais a noção de norma geral e especial não seja suficiente, devem ser resolvidos pela prevalência da norma que melhor defenda o direito fundamental tutelado, por tratar-se de

preceito constitucional (lei nacional) que se impõe à ordem jurídica central ou regional. Assim, o brocardo *in dubio pro criança* deve constituir princípio inspirador da interpretação. Isso significa que, nos casos em que não for possível uma interpretação unívoca, a escolha deve recair sobre a interpretação mais favorável à proteção da criança e à preservação dos direitos fundamentais.

11. Se de exercício de direito de voto se trata, a competência para realizar o pleito para a escolha de conselheiros tutelares só pode ser da Justiça Eleitoral, que existe para realizar eleições. É importante lembrar que compete privativamente à União legislar sobre direito eleitoral e cidadania (CF, art. 22 e incs. I e XIII). Dessa forma, mesmo que lei complementar não dê à Justiça Eleitoral competência expressa para tal ou qual eleição, a competência para fazê-lo resulta diretamente da Constituição da República.

12. Há necessidade de se conferir interpretação mais coerente com o sistema de garantia dos direitos da criança e do adolescente preconizados na Constituição da República e no Estatuto da Criança e do Adolescente, aos dispositivos legais que tratam do processo de escolha dos conselheiros tutelares. Com o nível de evolução da Justiça Eleitoral brasileira, que chega ao ponto de se afirmar que está isenta de fraudes relacionadas ao processo de votação e de apuração, o povo brasileiro não se pode dar ao luxo de vê-la dispensada, exatamente para a escolha de conselheiros tutelares, elementos políticos essenciais no sistema de garantias dos direitos de crianças e adolescentes.

13. Não se pode aceitar a responsabilidade única do Conselho de Direitos para essa eleição em razão de notória inconstitucionalidade pela usurpação das funções da Justiça Eleitoral. E pode-se sustentar, até mesmo, que a modificação realizada no Estatuto da Criança e do Adolescente pela Lei 8.242, de 1991, e a interpretação que se lhe seguiu, consubstanciou retrocesso inconstitucional no nível de efetivação dos direitos políticos, por inserir incerteza sobre o processo de escolha. Com a atual normatização, a responsabilidade do Conselho de Direitos deve ser vista como sendo para divulgar o pleito; comunicar ao juiz eleitoral competente que o mandato dos conselheiros expirará em tal data; analisar currículos de candidatos e impugnar candidaturas. O processo de votação e apuração, a partir do registro das candidaturas, deve ficar com a Justiça Eleitoral, aplicando-se integralmente a legislação eleitoral.

12. Bibliografia.

- ANDI y Red ANDI America Latina. *Derechos, infancia y agenda pública: un análisis comparativo de la cobertura periodística latinoamericana*. ANDI, Brasília, 2006. Disponível em: [http://www.mpdft.gov.br/orgaos/promoj/infancia/Andi/Derechos Infancia y Agenda%20Publica ve rsao completa.pdf](http://www.mpdft.gov.br/orgaos/promoj/infancia/Andi/Derechos%20Infancia%20y%20Agenda%20Publica%20ve%20rsao%20completa.pdf). Acesso em: 27 nov. 2006.
- ARANTES, Esther Maria de Magalhães. Rostos de crianças no Brasil. *A Arte de Governar Crianças: a história das políticas sociais, da legislação e da assistência à infância no Brasil*. (Orgs. PILOTTI, Francisco e RIZZINI, Irene). Rio de Janeiro: Instituto Interamericano Del Niño, Editora Universitária Santa Úrsula, Amais Livraria e Editora, pp. 170-220, 1995.
- ASSIS BRASIL, Joaquim Francisco de. *Idéias políticas de Assis Brasil. Org. Paulo Brossard*. Brasília: Senado Federal; Rio de Janeiro: Fundação Casa de Rui Barbosa, 1989.
- Associação Brasileira de Magistrados e Promotores de Justiça da Infância e da Juventude. *Carta de Caxias do Sul pela indispensabilidade do Conselho Tutelar*. Caxias do Sul, 12 de julho de 2002. Disponível em: http://www.mp.rs.gov.br/infancia/cartas_politicas/id141.htm. Acesso em: 27 nov. 2005.
- BAESSO, Amarildo. *O papel do Estado e da sociedade na formulação e fiscalização de uma política para a criança e o adolescente* (Painel I). In: CONANDA. *Anais da VI Conferência Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente*, Brasília, 12-15 dez. 2005, pp. 68-86.
- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Teoria geral da cidadania: a plenitude da cidadania e as garantias constitucionais e processuais*. São Paulo: Saraiva, 1995.
- BENEVIDES, Maria Victoria, KERCHE, Fábio e VANNUCHI, Paulo (Orgs.). *Reforma política e cidadania*. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2003.
- BESTER, Gisela Maria. *Direito constitucional: volume I – fundamentos teóricos*. São Paulo: Manole, 2005.
- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- _____. MATTEUCCI, Nicola. PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*. 5.ed. Brasília: Universidade de Brasília; São Paulo: Imprensa Oficial do Estado, 2000.
- BOFF, Leonardo. *Saber cuidar: ética do humano compaixão pela terra*. 4.ed. Petrópolis: Vozes, 1999.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 5.ed. São Paulo: Malheiros, 1994.
- BORDENAVE, Juan E. Diaz. *O que é participação*. 8.ed. São Paulo: Brasiliense, 1994.
- BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei 514, de 1991. *Diário do Congresso Nacional*, Seção I, Brasília, 22 de junho de 1991, pp. 10861-10866.
- BRASIL. Assembléia Nacional Constituinte. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília: Presidência da República, Casa Civil, Subchefia para Assuntos Jurídicos.

Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso: 6 maio 2007.

_____. Congresso Nacional. Presidente da República. Lei 4.737, de 15 de julho de 1965: Código eleitoral. Brasília: Presidência da República, Casa Civil, Subchefia para Assuntos Jurídicos. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L4737.htm>. Acesso: 6 maio 2007.

_____. Congresso Nacional. Presidente da República. Lei 8.069, de 13 de julho de 1990: Estatuto da criança e do adolescente. Brasília: Presidência da República, Casa Civil, Subchefia para Assuntos Jurídicos. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8069.htm>. Acesso: 6 maio 2007.

_____. Congresso Nacional. Presidente da República. Lei 8.112, de 11 de dezembro de 1990: regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais. Brasília: Presidência da República, Casa Civil, Subchefia para Assuntos Jurídicos. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8112cons.htm>. Acesso: 6 maio 2007.

_____. Congresso Nacional. Presidente da República. Lei 8.242, de 12 de outubro de 1991. Brasília: Presidência da República, Casa Civil, Subchefia para Assuntos Jurídicos. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8242.htm>. Acesso: 6 maio 2007.

_____. Presidente da República. Decreto 99.710, de 21 de novembro de 1990. Promulga a Convenção sobre os direitos da criança. Brasília: Presidência da República, Casa Civil, Subchefia para Assuntos Jurídicos. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D99710.htm>. Acesso: 6 maio 2007.

BRASÍLIA. Câmara Legislativa do Distrito Federal. Comissão de Defesa de Direitos Humanos, Cidadania, Ética e Decoro Parlamentar. Condições de funcionamento dos conselhos tutelares: relatório 2005.

_____. Câmara Legislativa do Distrito Federal. Lei Orgânica do Distrito Federal. Brasília: *Imprensa Nacional*, 1993.

_____. Câmara Legislativa do Distrito Federal. Lei 234, de 15 de janeiro de 1992. Brasília: *Imprensa Nacional*, 1992.

_____. Câmara Legislativa do Distrito Federal. Lei 2.640, de 13 de dezembro de 2000. Brasília: *Imprensa Nacional*, 2000.

CALDAS, Vivian Barbosa. Os tratados internacionais de direitos humanos. *Revista Justilex*. Brasília: Justilex, n. 55, pp. 38-40, 2006.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional e teoria da Constituição. 7.ed. Coimbra: Almedina, 2003.

- CASTRO, Marcus Faro de. *Política e relações internacionais*. Brasília: Universidade de Brasília, 2005.
- CHALITA, Gabriel. *Educação: a solução está no afeto*. 9.ed. São Paulo: Gente, 2004.
- COSTA, Adriano Soares da. *Instituições de direito eleitoral: teoria da inelegibilidade: direito processual eleitoral: comentários à lei eleitoral*. 5.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.
- COSTA, Alexandre Bernardino. *Metodologia de pesquisa e ensino em Direito*. Brasília: Apostila, 2004.
- COSTA, Dorival da. *O Espaço participativo mercadorizado: a dimensão política e tecnológica na implantação dos conselhos tutelares no Paraná*. Curitiba: CEFET-PR, 2005.
- COSTA, Tito. *Recursos em matéria eleitoral*. 8.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- CRETELLA JUNIOR, José. *Curso de direito administrativo*. 17.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.
- CURY, Munir. SILVA, Antônio Fernando do Amaral. MENDES, Emílio García. Coords. *Estatuto da criança e do adolescente comentado*. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 1996.
- DAHL, Robert A. *Sobre a democracia*. Brasília: Universidade de Brasília, 2001.
- DIGIÁCOMO, Murillo José. *Algumas considerações sobre a composição do Conselho Tutelar*. Disponível em <<http://www.mp.pr.gov.br/cpca/crianca.html>>, Conselhos Tutelares, Doutrina. Acesso em 26 abr. 2006.
- DÍAZ, Elías. *Estado de Derecho y sociedad democrática*. Madrid: Taurus, 1998.
- DULCI, Otávio Soares. A incômoda questão dos partidos no Brasil: notas para o debate da reforma política. *Reforma política e cidadania* (Orgs. BENEVIDES, Maria Victoria, KERCHE, Fábio e VANNUCHI, Paulo). São Paulo: Fundação Perseu Abramo, pp. 300-320, 2003.
- FACHIN, Luiz Edson. Sobre o projeto do código civil brasileiro: crítica à racionalidade patrimonialista e conceitualista. *Boletim da Faculdade de Direito*, v.LXXVI. Coimbra, pp. 129-161, 2000.
- FALEIROS, Vicente de Paula. Infância e processo político no Brasil. *A Arte de Governar Crianças: a história das políticas sociais, da legislação e da assistência à infância no Brasil*. (Orgs. PILOTTI, Francisco e RIZZINI, Irene). Rio de Janeiro: Instituto Interamericano Del Niño, Editora Universitária Santa Úrsula, Amais Livraria e Editora, pp. 47-98, 1995.
- FARIAS, Paulo José Leite. *Competência federativa e proteção ambiental*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999.
- FEIJÓ, Consuelo Vidal de Oliveira. *Os conselhos tutelares do Distrito Federal: realidades e perspectivas*. Campo Grande, 2004. Monografia. Escola de Conselhos, UFMS.
- FERREIRA, Manoel Rodrigues. *A evolução do sistema eleitoral brasileiro*. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2001.
- FREITAS, Juarez. *A substancial inconstitucionalidade da lei injusta*. Petrópolis: Vozes, 1989.

- GARCIA, Elaine Maria Barreira. Conselheiro tutelar e a impossibilidade de concessão de “licença remunerada para atividades políticas”. Disponível em <<http://www5.mp.sp.gov.br:8080/caoinfancia/caoinfancia.htm>>. Acesso em 27 nov. 2005.
- GASPARINI, Diógenes. *Direito administrativo*. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 1993.
- JARDIM, Torquato. *Introdução ao direito eleitoral positivo: conforme a revisão constitucional e a lei n. 8.713/93*. Brasília: Brasília Jurídica, 1994.
- LAMOUNIER, Bolívar e MENEGUELLO, Rachel. *Partidos políticos e consolidação democrática: o caso brasileiro*. São Paulo: Brasiliense, 1986.
- LEAL, Victor Nunes. *Problemas de direito público e outros problemas*. Brasília: Imprensa Nacional, 1999.
- LIBERATI, Wilson Donizeti e CYRINO, Públio Caio Bessa. *Conselhos e fundos no estatuto da criança e do adolescente*. São Paulo: Malheiros, 1997.
- LYRA FILHO, Roberto. *O que é direito*. 17.ed. São Paulo: Brasiliense, 2003.
- LEBRUN, Gérard. *O que é poder*. São Paulo: Brasiliense, 1995.
- LOPES, Ana Frazão de Azevedo. *Empresa e propriedade: função social e abuso de poder econômico*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.
- LUCINDA, Elisa. *Euteamo e suas estréias*. 2.ed. Rio de Janeiro: Record, 2000.
- MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do Direito*. 11.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 16.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.
- MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 8.ed. São Paulo: Malheiros, 1996.
- MELLO, Cleyson de Moraes. FRAGA, Telma Araújo Esteves. *Direitos humanos: coletânea de legislação*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2003.
- MÉNDEZ, Emilio García. *Infância e cidadania na América Latina*. São Paulo: Hucitec e Instituto Ayrton Senna, 1998.
- MENDONÇA, José Vicente dos Santos. Vedação do retrocesso: o que é e como perder o medo. *Revista de direito da associação dos procuradores do novo estado do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: APERJ e Lumen Juris, pp. 205-236, 2003.
- MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional: constituição e inconstitucionalidade*, v.II. 3. ed. Coimbra, 1991.
- _____. *Manual de direito constitucional: direitos fundamentais*, v.IV. 3.ed. Coimbra, 2000.
- MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 13.ed. São Paulo: Atlas, 2003.

- NAÇÕES UNIDAS. *A democracia na América Latina: rumo a uma democracia de cidadãos e cidadãs* / preparado para o Programa das Nações Unidas Para o Desenvolvimento. Trad. Mônica Hirst. Santana do Parnaíba: LM&X, 2004.
- _____. *Convenção sobre os direitos da criança*. 44º Período de Sessões. 61ª Sessão Plenária. Resolução 44/25. Nova Iorque: Assembléia Geral, 20. nov. 1989.
- _____. *Direitos Humanos e Eleições: guia das eleições: aspectos jurídicos, técnicos e relativos aos direitos humanos*. Nova Iorque e Genebra, 1994.
- NOGUEIRA NETO, Wanderlino. [mensagem pessoal]. Mensagem recebida por <foncaij@grupos.com.br> em 11 maio 2006.
- NOGUEIRA, Paulo Lúcio. *Estatuto da criança e do adolescente comentado*. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 1996.
- NUNES, Brasilmar Ferreira. *Sociedade e infância no Brasil*. Brasília, Universidade de Brasília, 2003.
- PAES, José Eduardo Sabo. *Fundações e entidades de interesse social: aspectos jurídicos administrativos, contábeis e tributários*. Brasília: Brasília Jurídica, 5.ed. 2004.
- _____. *O Ministério Público na Constituição brasileira. Sua natureza, princípios e estrutura*. In *Boletim Científico Escola Superior do Ministério Público da União*, Brasília: ESMPU, Ano II, n.º 7, abr./jun., 2003, pp. 49-63.
- _____. *O Ministério Público na construção do Estado Democrático de Direito*. Brasília: Brasília Jurídica, 2003.
- PAIVA, Denise. Rede Internacional Solidária. *A experiência dos conselhos tutelares no Brasil*. São Paulo: 2004. Em: http://www.risolitaria.org.br/docs/ficheros/200410050007_87_0.pdf. Acesso em: 11 dez. 2005.
- PEREIRA, Cláudia Fernanda de Oliveira (Org.). *O novo direito administrativo brasileiro: o Estado, as agências e o terceiro setor*. Belo Horizonte: Fórum, 2003.
- PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución*. 5.ed. Madrid: Tecnos, 1995.
- PERROTA, Claudia. *Um texto pra chamar de seu: preliminares sobre a produção do texto acadêmico*. São Paulo: Martins Fontes, 2004.
- PILOTTI, Francisco e RIZZINI, Irene (Orgs.). *A Arte de Governar Crianças: a história das políticas sociais, da legislação e da assistência à infância no Brasil*. Rio de Janeiro: Instituto Interamericano Del Niño, Editora Universitária Santa Úrsula, Amais Livraria e Editora, 1995.
- PORTO, Walter Costa (ed.). *A cidadania no Brasil: II = o voto*. Brasília: Senado Federal, Centro de Estudos Estratégicos, Ministério da Ciência e Tecnologia, 2002 (Leituras Sobre a Cidadania).

- _____. *Dicionário do voto*. Brasília: Universidade de Brasília; São Paulo: Imprensa Oficial do Estado, 2000.
- _____. *O voto no Brasil*. 2.ed. Rio de Janeiro: Topbooks, 2002.
- PRESTES, Vanêsa Buzelato. Natureza jurídica da função conselheiro tutelar: legislação de Porto Alegre. *Revista da Procuradoria-Geral do Município de Porto Alegre*. Porto Alegre, n. 12, pp. 61-78, set. 1998.
- RAMIDOFF, Mário Luiz. *Autonomia e atribuições do conselho tutelar*. Tese apresentada no XVI Congresso Nacional do Ministério Público. Belo Horizonte: CONAMP Associação Nacional dos Membros do Ministério Público, 2005.
- RIBEIRO, Fávila. *Direito eleitoral*. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.
- RIBEIRO, Renato Janine. Sobre o voto obrigatório. *Reforma política e cidadania* (Orgs. BENEVIDES, Maria Victoria, KERCHE, Fábio e VANNUCHI, Paulo). São Paulo: Fundação Perseu Abramo, pp. 162-181, 2003.
- ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *República e federação no Brasil: traços constitucionais da organização política brasileira*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.
- ROLLO, Alberto, Org. *Propaganda eleitoral*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- SANTOS, Boaventura de Souza. *A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência*. 5.ed. São Paulo: Cortez, 2005.
- _____. *Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.
- _____. *Pela mão de Alice*. 10.ed. São Paulo: Cortez, 2005.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 4.ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.
- SAVE THE CHILDREN SUÉCIA. *Sem revisão de prioridades, Brasil não pode garantir direitos das crianças* (entrevista). Disponível em: http://www.scslat.org/news/por/noticias.php?_cod_60. Acesso em: 25 nov. 2006.
- SCURO NETO, Pedro. *Manual de Sociologia Geral e Jurídica*. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2000.
- SIERRA, Vânia Morales. *Conselho Tutelar: uma identidade em questão*. Disponível em <<http://www.abmp.org.br/>>. Acesso em 27 nov. 2005.
- SILVA, Christine Oliveira Peter da. Hermenêutica Constitucional e os princípios norteadores da concretização das normas constitucionais. *Notícia do Direito Brasileiro, Nova Série*. Brasília: Universidade de Brasília, n. 9, pp. 155-175, 2002.
- SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*. 10.ed. Rio de Janeiro, Forense, 1987. 4v.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 25.ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

- SOBREIRO NETO, Armando Antonio. *Direito Eleitoral: teoria e prática*. Curitiba: Juruá, 2000.
- SOUZA NETO, Manuel Onofre de. [mensagem pessoal]. Mensagem recebida por <foncaij@grupos.com.br> em 11 maio 2006.
- STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- _____. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 4.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.
- _____ e MORAIS, José Luis Bolzan de. *Ciência Política e Teoria Geral do Estado*. 3.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.
- TEMER, Michel. *Elementos de direito constitucional*. 14.ed. São Paulo: Malheiros, 1998.
- VAN CREVELD, Martin. *Ascensão e declínio do Estado*. São Paulo: Martins Fontes, 2004.
- VIEIRA, Rosa Maria. *O juiz de paz: do império a nossos dias*. Brasília: Universidade de Brasília, 2002.
- VIEIRA, Waldo. *Homo sapiens reurbanisatus*. Foz do Iguaçu: Associação Internacional do Centro de Altos Estudos da Conscienciologia CEAEC, 2003.
- _____. *Projeciologia: panorama das experiências da consciência fora do corpo humano*. 5.ed. Rio de Janeiro: Instituto Internacional de Projeciologia e Conscienciologia IIPC, 2002.
- WARAT, Luis Alberto. *Introdução geral ao Direito: o Direito não estudado pela teoria jurídica moderna*. Vol. III. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.
- _____. *Introdução geral ao Direito: interpretação da lei – temas para uma reformulação*. Vol. I. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1994.
- _____. *Introdução geral ao Direito: a epistemologia jurídica da modernidade*. Vol. II. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1995.
- _____. *O Direito e sua linguagem*. 2.ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1995.
- _____. *O ofício do mediador*. Vol. I. Florianópolis: Habitus, 2001.
- _____. *Por quem cantam as sereias: informe sobre ecocidadania, gênero e direito*. Porto Alegre: Síntese, 2000.
- ZANETTI, Hermes (Org.). *Democracia: a grande revolução*. Brasília: Universidade de Brasília, 1996.