

Boletim Científico

Escola Superior do Ministério Público da União

Seção I

Direitos Humanos

Responsabilidade do Estado pela omissão do cumprimento das normas gerais do Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente

Renato Barão Varalda*

Sumário: 1 Introdução. 2 Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente (CONANDA). 2.1 Definição. 2.2 Natureza jurídica e competência. 3 Tratamento jurídico especial à infância. 3.1 Princípios gerais do direito da criança e do adolescente. 3.2 A doutrina da proteção integral à criança e ao adolescente. 4 Políticas públicas. 4.1 Conceito de políticas públicas. 4.2 Políticas públicas para a infância e a doutrina da proteção integral. 5 A discricionariedade administrativa e o controle jurisdicional da Administração Pública. 5.1 O princípio da juridicidade e a diferença entre a discricionariedade administrativa e o mérito do ato administrativo. 5.2 Controle jurisdicional da Administração Pública. 6 O controle jurisdicional das políticas públicas da infância perante a doutrina da proteção integral. 6.1 A responsabilidade do Poder Público na implementação de políticas públicas da infância. 6.2 A vinculação da Administração Pública às normas gerais da política de atendimento dos direitos da criança e do adolescente elaboradas pelo CONANDA. 7 Considerações finais.

* Renato Barão Varalda é Promotor de Justiça e coordenador administrativo da Promotoria de Justiça da Infância e Juventude do Distrito Federal; especialista em Direitos Humanos pela Universidade de Brasília e University of Essex; especialista em Direito Constitucional Contemporâneo pela Universidade de Brasília e mestre em Ciências Jurídico-Criminais pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

1 Introdução

A finalidade do presente estudo está circunscrita à demonstração da responsabilidade da Administração Pública na implementação das políticas públicas voltadas à concretização dos direitos fundamentais, normatizados pelo Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente (CONANDA) e positivados pela Convenção sobre os Direitos da Criança, de 1989 (ONU), e pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), em face do axioma constitucional “democracia participativa”, da doutrina da proteção integral e do princípio do melhor interesse da criança¹.

Analisar-se-ão, no âmbito do Direito brasileiro, a doutrina da proteção integral da criança e do adolescente, a partir de seu acolhimento no ordenamento jurídico nacional, materializada no artigo 227 da Constituição Federal de 1988 e na Lei Federal n. 8.069, de 13 de julho de 1990 (ECA), o decorrente princípio da prioridade absoluta na garantia dos direitos da criança e do adolescente, detalhado no artigo 4º da Lei n. 8.069/1990, bem como o axioma constitucional “democracia participativa”, que obriga o Poder Público a respeitar a preferência na execução das políticas públicas delineadas pelo CONANDA.

O tema é relevante na medida em que diariamente milhares de crianças e adolescentes do mundo inteiro, em especial do Brasil,

¹ Nos termos do artigo 1º da Convenção sobre os Direitos da Criança da ONU, “considera-se como criança todo ser humano com menos de dezoito anos de idade”. No Direito brasileiro, faz-se a distinção entre criança (considerada a pessoa de até doze anos incompletos) e adolescente (aquela entre doze e dezoito anos de idade), nos termos do artigo 2º da Lei Federal n. 8.069/1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente). Optou-se neste trabalho por se utilizar as expressões “criança” e “infância” ou “criança e adolescente” e “infância e juventude” para se designar as pessoas menores de 18 (dezoito) anos ou a fase de seus desenvolvimentos, respectivamente.

são privadas do exercício da cidadania e têm seus direitos fundamentais ameaçados ou violados justamente pela omissão ou ação inadequada do Poder Público em implantar as políticas públicas destinadas à concretização desses direitos. De acordo com o Fundo das Nações Unidas para a Infância (UNICEF), o Brasil possui uma população de cerca de 190 milhões de pessoas, dos quais quase 60 milhões têm menos de 18 anos de idade, o que equivale a quase um terço de toda a população de crianças e adolescentes da América Latina e do Caribe. São dezenas de milhões de pessoas que possuem direitos e deveres e necessitam de condições para desenvolver com plenitude todo o seu potencial².

Dados estatísticos apontam que no Brasil existem 21 milhões de crianças vivendo em famílias cuja renda familiar é de $\frac{1}{2}$ salário mínimo por mês, o que corresponde a 35% das crianças brasileiras. Além disso, 2,9 milhões de crianças estão sendo exploradas no trabalho infantil. Já 20 milhões de crianças não têm acesso à educação infantil, e a desnutrição infantil atinge 15% das crianças de 0 a 6 meses de vida e em torno de 30% na faixa etária de 6 meses a 2 anos³.

A falta de vontade política dos governantes na implementação de políticas básicas é uma das formas de violência institucionalizada contra a infância e a juventude, especialmente nos países periféricos, onde se constata uma péssima distribuição de renda, culminando na marginalização de grande parte da população, impedida de efetivamente usufruir as riquezas produzidas pelo país.

² Dados disponíveis em: <www.unicef.org/brazil/pt/activities.html>. Acesso em: 10 jan. 2008.

³ Dados disponíveis em: <www.mp.sc.gov.br/OAMP/CPI/maioridade.htm>. Acesso em: 12 nov. 2007.

2 Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente (CONANDA)

2.1 Definição

O artigo 86 do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) – Lei Federal n. 8.069, de 13 de julho de 1990 – determina que a política de atendimento dos direitos da criança e do adolescente far-se-á por meio de um conjunto articulado de ações governamentais e não-governamentais, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios; e o artigo 88, II, do referido estatuto aponta como diretriz da política de atendimento a criação de conselhos municipais, estaduais e nacional dos direitos da criança e do adolescente, como órgãos deliberativos e controladores das ações em todos os níveis, assegurando a participação popular paritária por meio de organizações representativas, nos termos de leis federal, estaduais e municipais. Embora não estabeleça limitação para o número de membros dos conselhos, o ECA determina a necessidade de garantir representação paritária do Poder Público e da sociedade civil organizada, possibilitando assim legitimidade democrática às suas deliberações.

Em razão de seu importante papel para garantia dos direitos fundamentais, a Lei Federal n. 8.242, de 12 de outubro de 1991⁴, criou o Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente (CONANDA), que

é integrado por representantes do Poder Executivo, assegurada a participação dos órgãos executores das políticas sociais básicas na área de ação social, justiça, educação, saúde, economia, trabalho e previdência social e, em igual número, por representantes de entidades não-governamentais de âmbito nacional de atendimento dos direitos da criança e do adolescente (artigo 3º).

⁴ Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil/Leis>. Acesso em: 1º nov. 2007.

Conforme consta na página da Presidência da República na Internet:

No contexto da luta pela redemocratização do País, nos anos 70 e 80, os movimentos sociais e jovens lideranças municipais criaram novas formas de participação popular na gestão das políticas públicas. Uma dessas inovações foi a organização de conselhos integrados com representantes de entidades da sociedade civil e dos governos de forma paritária. A Constituição de 1988 transformou essas inovações democráticas em parte de nosso ordenamento jurídico e consagrou a possibilidade de se governar mais próximo do povo por meio de mecanismos de participação direta. Este é o espaço histórico, político e institucional onde germinou e floresceu a idéia de conselho como forma de deliberar e gerir políticas públicas. O Estatuto da Criança e do Adolescente também é fruto desse processo de democratização do País, uma importante conquista da sociedade e se apóia em três eixos, que se mantêm articulados entre si formando o Sistema de Atendimento e Garantia de Direitos⁵.

Por sua vez, o *caput* do artigo 2º da Resolução n. 105, de 15 de junho de 2005, do CONANDA, estabelece que haverá um único Conselho dos Direitos da Criança e do Adolescente, na União, nos Estados, no Distrito Federal e nos Municípios, composto paritariamente de representantes do governo e da sociedade civil organizada, garantindo a participação popular no processo de discussão, deliberação e controle da política de atendimento integral aos direitos da criança e do adolescente, que compreende as políticas sociais básicas e demais políticas necessárias à execução das medidas protetivas e socioeducativas. Assim, o CONANDA é composto paritariamente por igual número de representantes do governo e da sociedade civil, possui caráter permanente e tem como fim específico decidir e controlar as políticas públicas de atendimento infanto-juvenil.

⁵ Disponível em: <www.presidencia.gov.br/estrutura_presidencia/sedh/conselho/conanda/historico>. Acesso em: 7 ago. 2007.

Segundo o artigo 24 da Lei n. 10.683/2003, o CONANDA constitui uma das estruturas básicas da Secretaria Especial de Direitos Humanos, que integra a Presidência da República e tem como função assessorar direta e imediatamente o Presidente da República na formulação de políticas e diretrizes voltadas à promoção dos direitos da criança e do adolescente, bem como coordenar a política nacional de direitos humanos, em conformidade com as diretrizes do Programa Nacional de Direitos Humanos (PNDH), articular iniciativas e apoiar projetos voltados para a proteção e promoção dos direitos humanos em âmbito nacional, tanto por organismos governamentais, incluindo os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, como por organizações da sociedade, e exercer as funções de ouvidoria-geral da criança e do adolescente.

2.2 Natureza jurídica e competência

Os Conselhos dos Direitos da Criança e do Adolescente são órgãos públicos, com a missão de exercer politicamente as opções relacionadas ao atendimento infanto-juvenil; executar atividade administrativa de governo, distinguindo-se dos demais órgãos que o compõem, já que possuem independência e autonomia em relação à chefia do Executivo, embora desprovidos de personalidade jurídica própria. Não mais são do que o próprio Poder Executivo desempenhando a sua função de gestor dos interesses da coletividade juntamente com representantes diretos da população, que, nessa atuação, são considerados agentes públicos⁶.

Devem, portanto, ser concebidos como órgãos situados na esfera do Poder Executivo, com capacidade decisória em relação à infância e à juventude, a cujas deliberações devem se submeter todos os demais, inclusive a chefia do ente federativo ao qual estiver vinculado, concebê-los desta forma significa ainda afirmar, como conse-

⁶ TAVARES, 2007, p. 311.

qüência, a impossibilidade de, na ala governamental, ser o colegiado composto de representantes dos Poderes Legislativo e Judiciário ou, ainda, do Ministério Público⁷.

Os Conselhos dos Direitos da Criança e do Adolescente representam um novo “*locus* de discricionariedade”⁸, já que a sociedade participa na definição das políticas infanto-juvenis, rompendo a exclusividade do Executivo à escolha de suas políticas públicas.

Quanto às atribuições dos Conselhos dos Direitos da Criança e do Adolescente, além das expressamente apontadas pelo ECA, outras poderão ser determinadas pelas legislações especiais, ou até mesmo ser exercidas pelo órgão sem expressa previsão, desde que compatíveis com a sua missão institucional e não representem invasão na esfera de outro órgão do Sistema de Garantias⁹.

O presente trabalho restringir-se-á a destacar a atribuição de deliberação e controle das ações relacionadas à política de atendimento. Prescreve a Lei Federal n. 8.242/1991 que compete ao CONANDA

elaborar as normas gerais da política nacional de atendimento dos direitos da criança e do adolescente, fiscalizando as ações de execução, observadas as linhas de ação e as diretrizes estabelecidas nos arts. 87 e 88 da Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente)¹⁰.

O § 2º do artigo 2º da Resolução CONANDA n. 105, de 15 de junho de 2005, dispõe que as decisões tomadas pelo Conselho dos Direitos da Criança e do Adolescente, no âmbito de suas atribuições e competência, vinculam as ações governamentais e da sociedade civil organizada em respeito aos princípios constitucio-

⁷ TAVARES, 2007, p. 311.

⁸ LIBERATI; CYRINO, 2003, p. 86.

⁹ TAVARES, 2007, p. 317.

¹⁰ Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil/Leis>. Acesso em: 1º nov. 2007.

nais da participação popular e da prioridade absoluta à criança e ao adolescente. Por sua vez, o § 3º do artigo 2º da citada resolução possibilita ao CONANDA representar ao Ministério Público em caso de descumprimento de suas deliberações para as providências cabíveis, até mesmo para demandar em juízo por meio do ingresso de ação mandamental ou ação civil pública.

3 Tratamento jurídico especial à infância

3.1 Princípios gerais do direito da criança e do adolescente

O tratamento jurídico conferido à criança e ao adolescente vem sendo construído progressivamente ao longo dos anos. No ano de 1899, no Estado de Illinois/EUA, foi criado o primeiro Tribunal de Menores; entretanto, foi na Declaração de Genebra de 1924 que se declarou a necessidade de proporcionar à criança uma proteção especial¹¹. A Declaração Universal dos Direitos Humanos das Nações Unidas, de 1948/Paris – importante marco dos direitos e liberdades fundamentais da pessoa humana –, já determinava que à criança deve-se garantir “o direito a cuidados e assistências especiais”.

A Declaração Universal dos Direitos da Criança (1959) salientava, em seu segundo princípio, que

a criança gozará de proteção especial e disporá de oportunidade e serviços, a serem estabelecidos em lei por outros meios, de modo que possa desenvolver-se física, mental, moral, espiritual e socialmente de forma saudável e normal, assim como em condições de liberdade e dignidade. Ao promulgar leis com esse fim, a consideração fundamental a que se atenderá será o interesse superior da criança.

¹¹ Nesse mesmo ano, foi criado o primeiro Juizado de Menores no Brasil, sob o comando do juiz Mello Mattos. Três anos depois, o Decreto n. 17.943, de 12.10.1927, criou o primeiro Código de Menores, conhecido como Código Mello Mattos, o qual se preocupou com o estado físico, moral e mental da criança, e com a sua situação moral e econômica.

Logo depois, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica, de 1969), além de reafirmar a necessidade de se conferir proteção especial à criança, impôs essa responsabilidade à família, ao Estado e à sociedade, dispondo, assim, em seu artigo 19: “Toda criança tem direito às medidas de proteção que na sua condição de menor requer por parte da família, da sociedade e do Estado”.

Posteriormente, os Estados-Membros das Nações Unidas, preocupados em garantir a dignidade dos jovens em conflito com a lei, editaram as Regras Mínimas da ONU para a Administração da Justiça de Menores (Beijing, 1985), as Diretrizes para a Prevenção da Delinqüência Juvenil (Ryad, 1990) e as Regras Mínimas das Nações Unidas para proteção dos jovens privados de liberdade (1990).

No cenário internacional, o documento que trouxe a mais significativa proteção aos direitos da criança foi a Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança. Adotada pela Assembléia-Geral das Nações Unidas, no dia 20.11.1989, a convenção foi ratificada por mais de 160 países e representou quase um consenso de diferentes culturas e regimes jurídicos em prol da garantia dos direitos da criança. Foi um avanço significativo, na medida em que constitui um marco jurídico, pois contém todos os princípios vinculados à criança e prescreve deveres dos representantes legais das crianças e do Estado signatário. Definiu criança como sendo todas as pessoas com idade inferior a dezoito anos, as quais não passavam de mero objeto do direito, conferindo-lhes o *status* de sujeitos de direito, além de ter apontado a família, a sociedade e o Estado como responsáveis pela efetivação desses direitos, dispondo claramente sobre a obrigação do Poder Público como garantidor das políticas públicas indispensáveis ao desenvolvimento sadio e harmonioso desses sujeitos de direitos.

A Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança é uma síntese de normas e princípios provenientes de outros instrumentos (documentos internacionais e nacionais dos Estados-Partes) de direitos humanos de caráter mais genérico. Dessa forma, é preciso interpretar os dispositivos da referida convenção de forma sistemática e harmônica, dando novas interpretações a antigos institutos, leis e princípios.

A situação da infância brasileira é constantemente exposta por meio dos diversos relatórios apresentados pelo Fundo das Nações Unidas para a Infância (UNICEF), a destacar: *Um Brasil para as crianças e os adolescentes – A sociedade brasileira e os objetivos do milênio para a infância e a adolescência – II Relatório*; *Selo UNICEF Município Aprovado*, resultados de dois anos de implementação no semi-árido brasileiro; *Situação mundial da infância 2007*; *Situação da infância brasileira 2006*; *Situação mundial da infância 2006*; *Situação da criança e do adolescente na tríplice fronteira – Argentina, Brasil e Paraguai*; *Sateré-Mawé – retrato de um povo indígena*; *O semi-árido brasileiro e a segurança alimentar e nutricional de crianças e adolescentes*; *Situação mundial da infância 2005*; *Um Brasil para as crianças – A sociedade brasileira e os objetivos do milênio para a infância e a adolescência*; *Ser criança na Amazônia – 2004*; *Situação mundial da infância 2004*; *Crianças e adolescentes no semi-árido brasileiro 2003*; *Situação da infância e adolescência brasileiras – 2003*; *Situação mundial da infância 2003*; *Situação da adolescência brasileira – 2002*; *A voz dos adolescentes – 2002*; *Situação mundial da infância 2002*; *Situação da infância brasileira 2001*¹².

Nos termos da convenção, os Estados-Partes comprometem-se a apresentar ao Comitê das Nações Unidas relatórios sobre as medidas já adotadas no âmbito interno administrativo, legislativo

¹² Disponíveis em: <www.unicef.org/brazil/pt/resources_9478.htm>. Acesso em: 5 jan. 2008.

e de outra natureza que visem à harmonização com o texto da convenção¹³. Os referidos relatórios deveriam ser apresentados, inicialmente, nos dois anos subsequentes à data da entrada em vigor da convenção para os Estados-Partes e, em seguida, relatórios periódicos a cada cinco anos.

A apresentação dos relatórios tem por finalidade a indicação de fatores e dificuldades que estejam impossibilitando o cumprimento pelos Estados-Partes das obrigações decorrentes da convenção, para verificar o estágio de implementação de seus dispositivos no referido país. Esses relatórios devem estar acompanhados de cópias dos principais textos legislativos, decisões judiciais e dados estatísticos sobre a matéria. Já se reconheceu a importância da apresentação desses relatórios como uma forma de reafirmação de compromisso por parte dos Estados no sentido de respeitar e assegurar os direitos humanos das crianças, bem como uma via para promover o diálogo e cooperação entre os Estados-Partes na convenção e o comitê responsável por receber os referidos relatórios.

3.2 A doutrina da proteção integral à criança e ao adolescente

A doutrina da proteção integral abarca os princípios do melhor interesse da criança e o da condição especial de pessoa em desenvolvimento. A Constituição Federal brasileira não somente adotou a doutrina da proteção integral, mas incorporou a ela o princípio da prioridade absoluta aos direitos da criança e do adolescente, conforme se verá a seguir.

¹³ “Artigo 4 – Os Estados-Partes adotarão todas as medidas administrativas, legislativas e de outra natureza, com vistas à implementação dos direitos reconhecidos na presente Convenção. Com relação aos direitos econômicos, sociais e culturais, os Estados-Partes adotarão essas medidas utilizando ao máximo os recursos disponíveis e, quando necessário, dentro de um quadro de cooperação internacional”.

O Princípio do Melhor Interesse da Criança e do Adolescente tem sua origem no instituto do *parens patriae* britânico, que *a priori* consistia numa prerrogativa real e buscava proteger os incapazes. A prerrogativa, inicialmente real, foi delegada ao Chanceler, a partir do século XIV, que passou a “proteger todas as crianças, assim como loucos e débeis [...]”¹⁴. No início do século XVIII, o Chanceler passou a diferenciar as atribuições do *parens patriae* de proteção infantil das demais, e a importância da criança como sujeito de direitos foi evoluindo até os dias atuais.

Miguel Cillero Bruñol, ao tratar do tema “El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño”, afirma que:

El análisis comparado de la evolución de los derechos de los niños en diferentes sistemas jurídicos revela una característica uniforme: el reconocimiento de los derechos de los niños ha sido un proceso gradual desde una primera etapa en que fueron personas prácticamente ignoradas por el derecho y solamente se protegían jurídicamente las facultades, generalmente muy discrecionales, de los padres. Los intereses de los niños eran un asunto privado, que quedaba fuera de la regulación de los asuntos públicos¹⁵.

A concepção da criança como coisa pertencente ao seu pai foi superada pelo entendimento de que a criança e seu bem-estar devem ser postos acima de quaisquer interesses, até mesmo os de seus pais. O mundo caminhou nesse sentido com a Declaração de Genebra de 1924 (declarou a necessidade de conferir proteção especial à criança); a Declaração Universal dos Direitos Humanos das Nações Unidas de 1948 (declarou o direito a cuidados e assistência especiais) e a Declaração Universal dos Direitos da Criança

¹⁴ GRIFFITH, Daniel B. The best interests standard: a comparison of the state's *parens patriae* authority and judicial oversight in best interests determinations for children and incompetent patients, apud PEREIRA, T. S., 2000, p. 1-3.

¹⁵ CILLERO BRUÑOL, 1998, p. 75.

de 1959. As referidas declarações, muito embora não tenham força cogente, representam compromissos morais ou princípios.

Nessa mesma linha evolutiva, foram celebradas convenções, impondo deveres aos Estados signatários, entre as quais a Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969 e a Convenção Internacional dos Direitos da Criança de 1989, que adotou definitivamente o princípio do melhor interesse da criança¹⁶.

Todas as garantias acima mencionadas surgiram para minimizar os abusos praticados historicamente contra seres humanos em situação especial de desenvolvimento físico, mental e psicológico, garantindo, assim, a isonomia material e um mínimo aceitável de condições que viabilizem o atingimento da idade adulta com dignidade.

Ao dar interpretação mais atual ao princípio do melhor interesse, Miguel Cillero Bruñol classifica-o como “princípio jurídico garantista”. O referido autor, citando Dworkin, consigna que:

La Convención contiene “principios” – que a falta de otro nombre denominaré “estructurantes” – entre los que destaco: el de no discriminación (art. 2º), de efectividad (art. 4º), de autonomía y participación (arts. 5º y 12), y de protección (art. 3º). Estos principios – como señala Dworkin – son proposiciones que describen derechos: igualdad, protección afectiva, autonomía, libertad de expresión, etc., cuyo cumplimiento es una exigencia de la justicia¹⁷.

Miguel Cillero Bruñol afirma que o princípio do interesse superior da criança representa uma limitação, uma obrigação ou

¹⁶ Vale ressaltar o avanço trazido pela Constituição Federal brasileira de 1998 que tratou cuidadosamente da questão, garantindo à criança e ao adolescente a condição de sujeitos de direitos fundamentais, conferindo-lhes a prioridade absoluta na efetivação dos direitos e reconheceu força normativa aos tratados internacionais dos quais o Brasil seja parte.

¹⁷ CILLERO BRUÑOL, 1998, p. 77.

uma prescrição de caráter imperativo não somente para o legislador, mas aos pais e a todas as autoridades privadas e públicas.

O tratamento jurídico especial e o princípio do melhor interesse da criança estão correlacionados com o princípio da condição peculiar de pessoas em desenvolvimento; isto é, a criança e o adolescente encontram-se em formação, seja sob aspectos físicos, emocionais, intelectuais. Desse modo, não conhecem totalmente os seus direitos e não são capazes de lutar por sua implementação. E é justamente por essa condição de pessoas em desenvolvimento que são detentores de direitos especiais.

Segundo o princípio da prioridade absoluta, inserido na Constituição brasileira de 1988, a criança e o adolescente devem figurar, obrigatoriamente, entre as prioridades das autoridades públicas, em que pese a realidade do país estar em flagrante contradição com o citado princípio constitucional.

De acordo com o parágrafo único do artigo 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente, a garantia de prioridade compreende: a) primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias; b) precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública; c) preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas; e d) destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude.

A Convenção sobre os Direitos da Criança, no cenário internacional, ao adotar a doutrina da proteção integral aos direitos da criança e do adolescente, elevou-os à condição de sujeitos de direito, aos quais são assegurados todos os direitos e garantias fundamentais do adulto e outros especiais, provenientes de sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento. O artigo 3º da referida convenção estabelece que as decisões públicas relacionadas com a criança devem ser tomadas atendendo ao interesse superior da

criança. A proteção integral se justifica em razão de serem pessoas incapazes, dada a sua condição temporária de, por si só, não estarem aptos a fazer valer seus direitos.

Demais disso, o artigo 3º do Estatuto da Criança e do Adolescente (Brasil) dispõe que

a criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral, assegurando-se-lhes, por lei ou outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e dignidade.

Ainda que a legislação brasileira assegure amplos direitos fundamentais à criança e ao adolescente, colocando os instrumentos legais para a sua garantia, a realidade do país é bem diferente.

4 Políticas públicas

4.1 Conceito de políticas públicas

A partir do reconhecimento da existência de um direito subjetivo do cidadão a prestações positivas do Estado, pretende-se conceituar o termo políticas públicas e analisar o que representam, especialmente para a garantia dos direitos da criança e do adolescente.

Iniciar-se-á pelo vocábulo política, o qual é derivado do latim *politice*, procedente do grego *politiké*, cujo significado é a ciência de bem governar um povo, estabelecendo princípios e normas necessárias ao bom funcionamento da administração estatal, para efetivar seus objetivos e garantir o bem comum.

Para Eros Roberto Grau,

o Estado social legitima-se, antes de tudo, pela realização de políticas, isto é, programa de ação; [...] essas políticas, contudo, não se reduzem à

categoria das *políticas econômicas*; englobam, de modo mais amplo, todo o conjunto de atuações estatais no campo social (*políticas sociais*). A expressão *políticas públicas* designa todas as atuações do Estado, cobrindo todas as formas de intervenção do poder público na vida social¹⁸.

J. J. Gomes Canotilho ensina que as políticas públicas prestam-se a realizar os direitos sociais, e descreve como

[...] política de solidariedade social o conjunto de dinâmicas político-sociais através das quais a comunidade política (Estado, organizações sociais, instituições particulares de solidariedade social e, agora, a Comunidade Européia) gera, cria e implementa protecções institucionalizadas no âmbito econômico, social e cultural como, por exemplo, o sistema de segurança social, o sistema de pensões de velhice e invalidez, o sistema de creches e jardins-de-infância, o sistema de apoio à terceira idade; o sistema de protecção da juventude [...]¹⁹.

Consoante leciona Rodolfo de Camargo Mancuso,

Em suma, a etiologia da questão das políticas públicas remete ao desenvolvimento histórico-político do próprio conceito de Estado moderno, inicialmente visto como fonte produtora de normas (supremacia do legislativo, ou nomocracia estatal), e daí evoluindo para uma concepção que hoje o coloca como *fonte provedora e mantenedora de políticas públicas estabelecidas em prol de finalidades específicas do bem comum*. Essa nova acepção – *a telocracia estatal* – vê o Estado, basicamente, como um pólo gerador de *funções e atividades* voltadas à efetiva consecução de uma *existência digna* para a população, mediante a oferta de serviços e utilidades (o Estado Social de Direito), conforme os programas estabelecidos nas normas-objetivo²⁰.

Para Maria Paula Dallari Bucci, o estudo do tema “políticas públicas”, além de ser muito complexo e pertencer ao universo da teoria política, é bastante novo, coincidindo com a introdução do novo conceito de Estado, mais voltado à concretização dos direitos

¹⁸ GRAU, 1996, p. 22.

¹⁹ CANOTILHO, 1998, p. 470-471.

²⁰ MANCUSO, 2001, p. 736.

sociais e econômicos, cujas funções transcendem ao conceito de serviço público, abrangendo também as funções de coordenação e de fiscalização dos agentes públicos e privados²¹. Acrescenta a autora que as políticas públicas podem ser definidas como os programas de ação do governo para a realização de objetivos determinados num espaço de tempo certo. Alerta ainda Bucci para a importância do processo de sua realização a partir de critérios fixados em lei, entendendo que a legitimidade do processo político na definição das prioridades e nos meios para realizá-las está diretamente relacionada com o grau de participação democrática da sociedade²².

Pode-se concluir que o conceito de políticas públicas, por ser mais amplo do que a mera prestação de serviço público, também abrange as funções de coordenação e de fiscalização dos agentes públicos e privados e engloba os programas de ação do Estado, elaborados a partir de um processo de escolhas políticas, seja por meio de atos emanados do Legislativo, como representante do povo, seja do Executivo, eleito para administrar a coisa pública e atingir metas e fins previamente determinados.

4.2 Políticas públicas para a infância e a doutrina da proteção integral

No tocante à política da infância, saliente-se que a Convenção sobre os Direitos da Criança trouxe grandes mudanças no tratamento jurídico até então dispensado a esses sujeitos. As leis de menores, especialmente na América Latina, serviram muito mais para reforçar a exclusão social, alimentando a adoção de políticas assistencialistas em vez de políticas básicas. As crianças eram vistas como o objeto do direito e não como os sujeitos de direitos.

²¹ BUCCI, 1997.

²² Ibidem, p. 95.

Alessandro Baratta, em sua importante contribuição para o tema no artigo “Infancia y democracia”, inicia ressaltando que o contexto democrático das políticas públicas de proteção às crianças adquire um determinado sentido e relevância a depender do reconhecimento ou não destas como parte integrante nas relações de democracia, por um lado, e de como são entendidas as relações entre as crianças e os adultos, por outro lado. Entende que o contexto democrático tem que ser considerado como a premissa básica no momento de definir as estratégias adequadas de implementação dos direitos estabelecidos na convenção²³.

O mencionado autor, ao interpretar o artigo 3º da Convenção sobre os Direitos da Criança (“Todas as ações relativas às crianças, levadas a efeito por instituições públicas ou privadas de bem-estar social, tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, devem considerar, primordialmente, o interesse superior da criança”), ensina que o princípio do interesse superior da criança

[...] se convierte en el principio de la relevância universal del interés del niño, lo cual implica la transversalidad de las políticas públicas y de las medidas internacionales dirigidas a la protección de los derechos de los niños. Eso quiere decir que la protección de estos derechos no es necesariamente solo la tarea de instituciones particulares com una competência específica, sino de una estratégia general que potencialmente interesa a cualquier institución pública o privada y a cualquier órgano del Estado o de sus entidades territoriales y de la comunidad internacional. Este principio exige la coordinación y la sinergia de todos os actores potencialmente competentes²⁴.

Emílio García Mendez preconiza que as políticas públicas de proteção às crianças, na Convenção dos Direitos, se distribuem em quatro níveis, apresentando-se tal como uma pirâmide, cuja área diminui à medida que nos distanciamos da base até a cúpula.

²³ BARATTA, 1998, p. 31-57.

²⁴ Ibidem, p. 32.

A parte mais larga está representada pelas políticas sociais básicas (educação, saúde). Em um segundo nível, encontramos as políticas de ajuda social (medidas de proteção em sentido estrito), mais acima, as políticas correicionais (medidas socioeducativas) e, finalmente, as políticas institucionais, que se referem à organização administrativa e judicial, os direitos processuais fundamentais das crianças²⁵.

Para Alessandro Baratta, o princípio central para a proteção integral da criança é o restabelecimento da prioridade na implantação das políticas básicas, sendo que as demais políticas devem ser subsidiárias e residuais e que

la concepción dinámica del principio de igualdad impone a los Estados-Parte de la convención y a la comunidad internacional respectivamente, el respeto de un standard mínimo de las normas del Estado social y de una regulación del desarrollo económico que respete los criterios del desarrollo humano y no sea contrario a ellos²⁶.

Ao tratar dos direitos declarados na Convenção Internacional dos Direitos da Criança, em especial do princípio do interesse superior da criança, Carlos Eroles (Argentina) dispõe que “así el Estado adquiere una obligación insoslayable con el bienestar de la infancia que tiene el deber de atender, con medidas adecuadas, eficaces y oportunas de política social”²⁷.

Ressalte-se que o artigo 41 da convenção determina a observância não apenas do catálogo dos direitos ali declarados, mas também a prevalência da legislação nacional ou internacional que seja mais ampla quanto à garantia dos direitos humanos e fundamentais.

O artigo 4º da convenção dispõe que

²⁵ MÉNDEZ, 1997, p. 241, apud BARATTA, 1998, p. 32.

²⁶ BARATTA, 1998, p. 33.

²⁷ EROLES, 2001, p. 40.

os Estados-Partes adotarão todas as medidas administrativas, legislativas e de outra natureza, com vistas à implementação dos direitos reconhecidos na presente Convenção. Com relação aos direitos econômicos, sociais e culturais, os Estados-Partes adotarão essas medidas utilizando ao máximo os recursos disponíveis e, quando necessários, dentro de um quadro de cooperação internacional.

A princípio, a referida cláusula poderia ser interpretada como uma forma de o Estado se recusar a implementar as políticas públicas necessárias, por questões orçamentárias, com a invocação da teoria da “reserva do possível”. No entanto, como bem exposto por Alessandro Baratta, a referida cláusula de reserva deve ser invocada apenas quando os Estados-Partes tiverem esgotado todas as suas possibilidades de cumprir sua obrigação de buscar recursos necessários, seja por intermédio das políticas fiscais, seja por intermédio das financeiras.

En general, la reserva no debería aplicarse, si el Estado no realiza serios esfuerzos para regular el sistema de producción y de distribución social de la riqueza así como para racionalizar técnicamente y controlar jurídicamente el empleo de los recursos disponibles²⁸.

No Brasil, a obrigação de priorizar as políticas públicas da infância e da juventude encontra-se estabelecida constitucionalmente, conforme previsão do artigo 227, que impõe prioridade absoluta na garantia dos direitos da criança e do adolescente. Posteriormente, ao reafirmar o princípio constitucional da prioridade absoluta, o legislador ordinário, por intermédio do Estatuto da Criança e do Adolescente, especificou em que situações a prioridade absoluta deve ser observada, determinando a observância da preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas e na destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude.

Demais disso, o artigo 6º do Estatuto da Criança e do Adolescente traz uma norma de interpretação em que obriga ao

²⁸ BARATTA, 1998, p. 37.

aplicador dessa lei a observância dos fins sociais a que se dirige, as exigências do bem comum, os direitos e deveres individuais e coletivos e a condição peculiar, da criança e do adolescente, de pessoas em desenvolvimento. E foi exatamente visando ao cumprimento dos princípios norteadores da proteção da criança e do adolescente que a citada Lei Federal n. 8.242/1991, em seu artigo 2º, atribuiu ao CONANDA: a elaboração de normas gerais da política de atendimento dos direitos da criança e do adolescente e a fiscalização das ações de execução; o zelo pela aplicação da política nacional de atendimento dos direitos da criança e do adolescente; o acompanhamento da elaboração e da execução da proposta orçamentária da União, indicando modificações necessárias à consecução da política formulada para a promoção dos direitos da criança e do adolescente; o apoio à promoção de campanhas educativas sobre os direitos da criança e do adolescente, com a indicação das medidas a serem adotadas nos casos de atentados ou violação desses direitos; o acompanhamento do reordenamento institucional, propondo, sempre que necessário, modificações nas estruturas públicas e privadas destinadas ao atendimento da criança e do adolescente; a gestão dos Fundos dos Direitos da Criança e do Adolescente e a fixação dos critérios para a sua utilização, entre outros.

5 A discricionariedade administrativa e o controle jurisdicional da Administração Pública

5.1 O princípio da juridicidade e a diferença entre a discricionariedade administrativa e o mérito do ato administrativo

Diante do desrespeito do Poder Executivo aos tratados e convenções internacionais e às normas constitucionais e infraconstitucionais que declaram direitos fundamentais, torna-se imperiosa

a necessidade do controle pelo Judiciário dos atos administrativos comissivos ou omissivos correlacionados com as prestações positivas obrigatórias da Administração, seja para obrigar o Poder Público a realizá-las, seja para corrigir os atos praticados com desvio do real interesse superior da criança e do adolescente.

No Brasil, inúmeras ações judiciais (especialmente coletivas) buscam a tutela jurisdicional em face do desrespeito do Estado à doutrina da proteção integral à criança e ao adolescente e, em especial, ao princípio da prioridade absoluta na garantia dos direitos da criança e do adolescente, estabelecidos no artigo 227 da Constituição Federal de 1988, cujo conteúdo teve seu alicerce jurídico e social na Convenção dos Direitos da Criança de 1989 (ONU).

Em que pese os órgãos legitimados (Ministério Público e associações civis) estarem elegendo a via judicial como uma das alternativas para forçar o Estado a cumprir suas obrigações, muitas decisões judiciais têm insistido na tese da insindicabilidade dos atos administrativos ditos discricionários, sob o amparo de doutrinas clássicas, como a tripartição dos Poderes, porém, sem atentar para a necessidade de redefini-las e adequá-las à nova era do Estado Social.

Nesse sentido, o Poder Judiciário, em decisão proferida nos autos de uma ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público em desfavor do Distrito Federal, cujo objeto era compelir a parte-ré a dar estrutura mínima de funcionamento (de material e de pessoal) ao Conselho Tutelar de Santa Maria (região administrativa do Distrito Federal), entendeu que o pedido do *Parquet* tinha caráter “intervenционista” sobre a atual administração do Distrito Federal. Na referida decisão, chega-se a consignar que o pedido liminar pleiteado afigurava-se “como uma tentativa do Ministério Público de intervir, indevidamente, na Administração Pública do Distrito Federal”²⁹.

²⁹ BRASIL, Vara da Infância e da Juventude do Distrito Federal, Autos n. 2001.01.3.000664-8, juiz José Carlos Souza e Ávila, 19.12.2001.

Outro não foi o entendimento do Superior Tribunal de Justiça (Brasil) ao negar provimento ao recurso do Ministério Público Federal, que ajuizou ação civil pública, pleiteando ao Poder Judiciário a condenação do Executivo à obrigação de realizar tarefas, tais como aparelhar e realizar alterações necessárias ao pleno funcionamento de pronto-socorro infantil, com o fim de zelar pela saúde e pelo serviço de relevância pública. Para o Ministério Público, o ato discricionário do administrador deve se pautar em critérios de razoabilidade e proporcionalidade, o que limitaria o poder de discricionariedade frente à destinação de verbas orçamentárias, cujos direitos constitucionais do cidadão devem ser priorizados³⁰.

Vale salientar que a teoria da discricionariedade administrativa originou-se em concomitância com o nascimento do Estado de Direito. A Revolução Francesa de 1789 provocou profundas alterações na própria concepção de Estado. Nessa época, houve a passagem do Estado de Polícia ou Absolutista (*L'État c'est moi*) para o Estado de Direito (nova concepção de Estado iniciada no século XVIII), que pregou a submissão da Administração à lei e representou uma evolução na medida em que a legalidade cedeu ao arbítrio da monarquia.

O conceito de discricionariedade administrativa foi construído em torno da idéia de *poder*. Vale transcrever as palavras do francês Maurice Hauriou, citado por Ana Maria Moreira Marchesan, ao analisar a evolução do conceito do ato administrativo:

³⁰ EMENTA: “O Juiz não pode substituir a Administração Pública no exercício do poder discricionário. Assim, fica a cargo do Executivo a verificação da conveniência e da oportunidade de serem realizados atos de administração, tais como compra de ambulâncias e de obras de reforma de hospital público. O princípio da harmonia e independência entre os Poderes há de ser observado, ainda que, em tese, em ação civil pública, possa o Município ser condenado à obrigação de fazer” (Brasil, Superior Tribunal de Justiça, Agr. Reg. RE n. 252.083-RJ – 2000/0026385-0, 2ª Turma, rel. min. Nancy Andrighi, 27.6.2000). Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 10 set. 2007.

A administração não é animada, naquilo que ela faz, por uma vontade interior, mas, sim, por vontade executiva livre submetida à lei como um poder exterior. Segue-se que, de um lado, nas matérias de sua competência, enquanto seu poder não está ligado por disposições legais, ele é inteiramente autônomo e, por outro lado, nas matérias em que seu poder parece ligado pela lei, ele se conforma sempre a uma certa escolha de meios que lhe permite se conformar voluntariamente à lei. Esta faculdade de se conformar voluntariamente à lei é tanto mais reservada à administração das leis quanto ela goza constitucionalmente de uma certa liberdade na escolha dos momentos e das circunstâncias em que assegura esta aplicação. Conforme este ponto de vista, convém mostrar novamente que o poder discricionário da administração consiste na faculdade de apreciar a “oportunidade” que pode ter de tomar ou não tomar uma decisão executória, ou de não tomá-la imediatamente, mesmo que seja prescrita pela lei³¹.

Marchesan arremata, sintetizando a concepção de Hauriou, do início do século, quando surge a compreensão da discricionariedade como “poder do administrador, que, nas matérias de sua competência, não delimitadas pela lei, estaria livre para agir de acordo com critérios de conveniência e oportunidade”³².

Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, a idéia de poder deve estar associada a mero instrumento para o cumprimento do dever, isto é, o “poder discricionário tem que ser simplesmente o cumprimento do *dever de alcançar a finalidade legal*”³³.

André Gonçalves Pereira assim distinguiu o poder do poder arbitrário:

O poder discricionário não resulta da ausência de regulamentação legal de dada matéria, mas sim de uma forma possível de sua regula-

³¹ MARCHESAN, *O princípio da prioridade absoluta aos direitos da criança e do adolescente e a discricionariedade administrativa*. Disponível em: <<http://www.mp.rs.gov.br/infancia/doutrina/id155.htm>>. Acesso em: 6 nov. 2007.

³² *Ibidem*.

³³ MELLO, 1998, p. 15.

mentação: através de um poder, ou seja, do estabelecimento por lei de uma competência, cuja suscetibilidade de produzir efeitos jurídicos compreende a de dar validade a uma decisão, a uma escolha, que decorre da vontade psicológica do agente. Discricionariedade e vinculação são assim formas diversas de regulamentação por lei de certa matéria; mas quando a lei não contemple determinada situação de vida, e não o integre pelo menos genericamente na sua previsão, nenhum poder tem em relação a ela o agente, e sustentar o contrário seria pôr em dúvida o valor do princípio da legalidade³⁴.

A discricionariedade administrativa deve ser vista sob nova ótica no Estado Democrático de Direito. Reconhece-se que a lei não consegue abarcar todas as situações da vida, tornando-se impossível ao legislador prever e regular todas as ações administrativas necessárias ao exercício do poder, subsistindo, em algum momento, a discricionariedade. No entanto, é inegável que o conceito de discricionariedade deve ser entendido sob a idéia de dever e não mais de poder.

Os atos administrativos devem ser controlados não somente quanto ao aspecto da legalidade, mas também com relação ao aspecto da juridicidade, que obriga o administrador a praticar os atos administrativos em conformidade não apenas com a lei, mas com o Direito, incluindo-se, pois, além das normas em sentido estrito (leis), os princípios gerais do Direito³⁵. No constitucionalismo contemporâneo, espera-se do Administrador uma atuação vinculada à promoção dos direitos fundamentais.

Ao se conceber a atividade administrativa como desempenho de função, consistente no cumprimento do dever jurídico de acertar a providência capaz de atingir a exata finalidade da lei, todo e qualquer ato administrativo deve estar em conformidade com o Direito.

³⁴ PEREIRA, A. G., 1962, p. 222-223, apud MARCHESAN.

³⁵ Nesse sentido tem-se a lição do mestre Robert Alexy, que classifica a norma como gênero, dos quais são espécies os princípios e as regras (1993, p. 130-133).

No presente estudo, adota-se o conceito de discricionarie-
dade a partir das concepções do constitucionalismo pós-positivista
(especialmente o princípio da juridicidade) em que se compreende
o direito não por regras, mas por princípios, os quais estão cada vez
mais integrando o campo da normatividade.

Germana de Oliveira Moraes reconhece que já não existem
atos administrativos completamente discricionários e que não
mais se sustenta a clássica distinção entre atos vinculados e atos
discricionários, considerando-se discricionários apenas certos
elementos do ato administrativo, permitindo o controle judicial
destes, com exceção do mérito do ato, o qual também se encontra
reduzido³⁶.

Para a autora acima citada, o mérito compreende os proces-
sos de valoração dos motivos e de definição do conteúdo do ato
administrativo, tendo como parâmetros critérios não positivados.
O mérito do ato administrativo restringe-se ao núcleo da discri-
cionariedade e somente sobre ele não há possibilidade de controle
judicial. Os ditos critérios não positivados resumem-se aos crité-
rios de conveniência e de oportunidade acerca da prática do ato
administrativo. Os critérios de moralidade, proporcionalidade e
razoabilidade, elevados a princípios constitucionais, no Direito
brasileiro, antes componentes do mérito do ato administrativo,
migraram para o domínio da juridicidade, ou legalidade em sen-
tido amplo³⁷.

Conclui Germana de Oliveira Moraes que, na atual fase do
constitucionalismo pós-positivista e da redefinição do princí-
pio da legalidade administrativa, que teve suas origens no Estado
Liberal e atualmente foi substituído pelo princípio da juridicidade

³⁶ MORAES, 1999, p. 42.

³⁷ *Ibidem*, p. 45.

da Administração Pública³⁸ (mais condizente com o arcabouço teórico do Estado Social), permite-se o controle jurisdicional dos atos administrativos não vinculados, restando intocável pelo Poder Judiciário a análise apenas do mérito do ato administrativo.

Por outro lado, leciona Carmen Lúcia Antunes Rocha que “oportunidade ou a conveniência, elementos sempre enfatizados para a conceituação e caracterização da discricionariedade, não está fora da juridicidade administrativa. Este é o limite fatal e incontornável à atuação do administrador público”³⁹.

Considerando que o controle jurisdicional dos atos administrativos deve abranger não só a conformidade dos aspectos vinculados com a lei (controle de legalidade), mas também a compatibilidade dos aspectos discricionários com os princípios da Administração Pública e os princípios gerais do Direito, conclui-se que, havendo regras e princípios que regulam a matéria abrangida pelo ato administrativo a ser praticado, é possível o controle pelo Poder Judiciário.

Ao discorrer sobre o controle judicial da discricionariedade, Eduardo García de Enterría aduz que

[...] ni es abrir la posibilidad a una libre estimación alternativa por los jueces a las estimaciones discrecionales que en virtud de la Ley corresponde legítimamente hacer a la Administración ni supone

³⁸ “A constitucionalização dos princípios gerais de Direito ocasionou o declínio da hegemonia do princípio da legalidade, que durante muito tempo reinou sozinho e absoluto, ao passo em que propiciou a ascensão do princípio da juridicidade da Administração, o que conduziu à substituição da idéia do Direito reduzido à legalidade pela noção de juridicidade, não sendo mais possível solucionar os conflitos da Administração Pública apenas à luz da legalidade estrita. [...] A noção de juridicidade, além de abranger a conformidade dos atos com as regras jurídicas, exige que sua produção (a desses atos) observe – não contrarie – os princípios gerais de Direito previstos explícita ou implicitamente na Constituição” (MORAES, 1999, p. 23).

³⁹ ROCHA, 1994, p. 118-119.

un desconocimiento de la función política que dentro del conjunto constitucional de poderes corresponde a ésta. Es, sencillamente, hacer efectiva la regla no menos constitucional de la vinculación de la Administración a la Ley y al Derecho – concepto este último que por sí sólo remite a los principios generales –, así como la de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, principios ambos que sólo como principios generales del Derecho en sentido rigurosamente técnico pueden actuar y ser hechos valer por los Tribunales de Justicia⁴⁰.

5.2 Controle jurisdiccional da Administração Pública

No Direito brasileiro, o controle judicial da atividade administrativa omissiva ou comissiva também se sustenta no princípio constitucional do direito à inafastabilidade da tutela jurisdiccional, previsto no artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal⁴¹. Todos os atos administrativos responsáveis por lesão ou ameaça de lesão a direito são *a priori* passíveis de controle judicial.

Muitas decisões dos juízes e tribunais brasileiros, amparados por acepções doutrinárias já ultrapassadas, sustentam que o Poder Judiciário não pode imiscuir-se na esfera do Poder Executivo, já que, ao adentrar em uma análise mais minuciosa do ato administrativo, haveria afronta à teoria da separação dos três Poderes, mesmo nos casos em que os agentes públicos não estejam cumprindo com os seus deveres constitucional ou legalmente estabelecidos.

No entanto, em face da nova ótica em que se insere o Poder Judiciário como detentor de poder político, a sua ação deve ser a de um agente de transformação da realidade, principalmente quando ela não se apresentar compatível com a preservação dos direitos e garantias constitucionalmente assegurados.

⁴⁰ ENTERRÍA, 2000, p. 151-152.

⁴¹ “A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Essa nova contextualização do Poder Judiciário não implica o superdimensionamento da função jurisdicional nem ingerência nas funções dos outros Poderes. Quando o Poder Judiciário é provocado para analisar a conduta, na verdade está apenas colaborando para a real identificação do interesse público, que é o fim único a ser perseguido por todos os Poderes.

Faz-se necessário abandonar o dogma de que estaria o Poder Judiciário intervindo no Poder Executivo ao lhe determinar o cumprimento de suas obrigações legais de implantar e efetivar políticas públicas. Com isso, dar-se-á ao princípio da separação dos Poderes uma interpretação mais atual e mais afinada com a realidade.

Nesse sentido tem sido o entendimento da moderna doutrina administrativista, que está sendo incorporado em algumas decisões judiciais dos tribunais brasileiros. Rodolfo de Camargo Mancuso entende:

Não se deve perder de vista que essas doutrinas clássicas (Locke, Rousseau), sobretudo a exposta por Montesquieu no *L'esprit des lois*, hoje se têm por confinadas no contexto histórico, político, social e econômico de um tempo pretérito, quando então se delineavam os contornos do Estado moderno, tratando-se, pois, de um quadro que não mais encontra correspondência no mundo globalizado de hoje, centrado numa economia de massa, onde mais cabe falar numa *interdependência* entre as funções ou atividades estatais. [...] Essa evidente *interação e complementaridade* entre as funções e atividades do Estado contemporâneo mostra a sem-razão do argumento que (ainda) pretende erigir a clássica separação dos poderes em obstáculo à ampla cognição, pelo Judiciário, dos questionamentos sobre as políticas públicas⁴².

A propósito, vale transcrever as conclusões de Germana de Oliveira Moraes acerca da compatibilidade dos princípios cons-

⁴² MANCUSO, 2001, p. 731.

titucionais do direito à inafastabilidade do controle judicial e da tripartição dos Poderes:

Como idéia central e conclusiva deste estudo, sustenta-se que, no Direito Brasileiro, os princípios da inafastabilidade da tutela jurisdicional e da separação de poderes são compatíveis entre si, pois quando, da atividade não vinculada da Administração Pública, desdobrável em discricionariedade e valoração administrativa dos conceitos verdadeiramente indeterminados, resultar lesão ou ameaça a direito, é sempre cabível o controle jurisdicional, seja de legalidade (art. 37, *caput*, da Constituição Federal Brasileira), seja de juridicidade, em sentido estrito, à luz dos demais princípios constitucionais da Administração Pública, de publicidade, impessoalidade, moralidade e eficiência (art. 37, *caput*, da Constituição Federal Brasileira), do princípio constitucional da igualdade (art. 5º, inciso II, da Constituição Federal Brasileira) e dos princípios gerais de Direito da razoabilidade e da proporcionalidade, para o fim de invalidar o ato lesivo ou ameaçador de direito e, em certas situações mais raras, ir ao ponto extremo de determinar a substituição de seu conteúdo por outro indicado judicialmente⁴³.

O desembargador relator Sérgio Gischkow Pereira enfrentou corretamente a questão, ao transcrever os argumentos da sentença de lavra do juiz de Direito João Batista Costa Saraiva (Comarca de Santo Ângelo), em seu voto proferido no julgamento de recurso de apelação:

O que deve acabar, isso sim, é a caolha perspectiva de que há um confronto entre os poderes cada vez que há uma ação judicial envolvendo atos dos demais poderes. Isso deve ser visto com naturalidade, repito, pois se todas as manifestações do Poder – que em si é uno, não se olvide – necessariamente devem buscar o bem comum, as eventuais demandas judiciais que forem propostas, colocando em dúvida a preservação de tal finalidade, nada mais representam do que uma oportunidade que o sistema oferece para uma última e detida análise da questão, buscando garantir a efetiva consecução do interesse público⁴⁴.

⁴³ MORAES, 1999, p. 176.

⁴⁴ BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Apelação n. 596.017897, 7ª Câmara Cível, j. em 12.12.1997.

Mauro Cappelletti confere ao Judiciário um papel efetivo de transformação social (com o conseqüente aumento de sua função e responsabilidade – criatividade dos juízes torna-se o remédio), sensível às necessidades da população e às aspirações sociais⁴⁵.

Na visão de Andreas J. Krell, no Estado Social de Direito, os assuntos relacionados com a formulação de políticas públicas sociais não são exclusivos do Governo e da Administração Pública, pois estão fundamentados em normas constitucionais sobre direitos sociais e, por isso, o seu controle pode e deve ser feito pelos Tribunais. Aduz ainda que a “essência de qualquer política pública é distinguir e diferenciar, realizando a distribuição dos recursos disponíveis na sociedade”, expressando as escolhas feitas pelos vários entes estatais, tendo por limite as normas constitucionais. Havendo falha ou omissão do Legislativo ou Executivo na “implementação de políticas públicas e dos objetivos sociais nelas implicados, cabe ao Poder Judiciário tomar uma atitude ativa na realização desses fins sociais através da correição da prestação dos serviços básicos”⁴⁶.

A possibilidade de se cobrar judicialmente do Estado a sua obrigação na implementação de políticas sociais que visam garantir os direitos sociais implica importante passo ao processo de democratização, em especial, nos países da América Latina⁴⁷.

⁴⁵ CAPPELLETTI, 1993, p. 33.

⁴⁶ KRELL, 2002, p. 100-101.

⁴⁷ “A ineficiência do Poder Público no fornecimento de programas sociais que garantam melhores condições de saúde, educação, moradia, profissionalização, dentre outros, tornou gigantesca a dívida deste para com a infância e juventude brasileiras. De sorte que a possibilidade de cobrar judicialmente do Estado, por seu descaso na aplicação de políticas sociais condizentes, significa um passo importante nesse processo de democratização, de resgate efetivo da cidadania. [...] Por fim, na área que envolve os interesses difusos de crianças e adolescentes, sobreleva o ‘novo’ papel do juiz, que terá por objetivo a busca e a concretização da justiça e da equidade no lugar da fria aplicação dos textos legais; isto se dará, sobretudo, na esfera processual, tendo em vista que muitos dos instrumentos existentes, consoante o modelo clás-

6 O controle jurisdicional das políticas públicas da infância perante a doutrina da proteção integral

6.1 A responsabilidade do Poder Público na implementação de políticas públicas da infância

Partindo-se da premissa de que o Estado nada mais é do que a representação da sociedade organizada, independentemente da teoria que se adote para a explicação sobre a sua origem, certo é que o povo é a síntese e a razão de sua existência, e é para o povo que o Estado se forma, modifica-se e aperfeiçoa-se no decorrer da história do homem⁴⁸.

Nesse sentido, importa ressaltar que foi sob a égide do Estado Moderno – surgido a partir do século XII – que se conheceu uma nova forma de organização política da sociedade, sendo seus principais pressupostos a separação das funções do Estado (sob a influência de Montesquieu), o Estado de Direito ou Constitucional, a concepção do liberalismo e o Estado mínimo de atuação da sociedade⁴⁹. A primeira fase do Estado Moderno, o Estado de Polícia ou Absolutista⁵⁰, destacou-se pela concepção de que o ser humano definitivamente não era o fim único a ser perquirido por todas as instituições que o compunham. Imperava o arbítrio nas relações do Estado para com o povo, destacando-se a ausência de limites normativos para regular a ação estatal, além de o Estado se abster em intervir nas relações sociais.

sico, não mais satisfazem a essas novas pretensões, que alcançam cada vez mais uma gama considerável de crianças e adolescentes” (VERONESE, 1997, p. 205-206).

⁴⁸ DALLARI, 1980, p. 131.

⁴⁹ SILVA; VERONESE, 1998, p. 21.

⁵⁰ Para alguns doutrinadores, o “Estado de Polícia” é localizado historicamente na primeira fase do Estado Liberal e nada mais é do que o “liberalismo administrativo” (ROCHA, 1994, p. 77).

Com o surgimento da segunda fase do Estado Moderno, o Estado de Direito, rompeu-se com o despotismo anterior para submeter o Estado à lei, entendida como regra geral e suprema, que se confundia com o próprio Direito. Houve, então, a substituição da vontade individual dos monarcas pela vontade da lei. Foi nesse momento histórico que surgiu o princípio da legalidade, pelo qual a lei era a única fonte normativa para regular a atividade pública. Foi, portanto, uma mudança significativa, já que, na ordem jurídica, importantes mudanças se concretizaram com a passagem do Estado de Polícia ao Estado de Direito, pelo qual se exigiu a submissão do Poder Executivo à lei, ao contrário do que acontecia no regime anterior, em que imperava o arbítrio.

O arcabouço teórico do liberalismo estava no culto à liberdade individual e à separação dos Poderes, o que possibilitava a autolimitação do poder, ao mesmo tempo em que o Estado era tido como inimigo do indivíduo, cultuando a livre-iniciativa. Pregava-se que os homens tivessem autonomia e que a sociedade seguisse seu próprio destino, devendo cada indivíduo decidir sobre os caminhos a seguir na busca da felicidade, tendo como limite apenas a lei. E foi justamente na primeira metade do século XVIII que surgiram os direitos fundamentais ditos de primeira geração, que visavam proteger o indivíduo contra o arbítrio e o abuso do Estado, assim entendidos como direitos de resistência ou de oposição perante o Estado. No entanto, o que se teve foi apenas um Estado de Direito formal, já que as declarações de direitos e garantias individuais não foram suficientes para frear os abusos praticados por governantes para a manutenção do poder em suas mãos.

A decadência do liberalismo ocorreu justamente no momento em que se verificou que todas as promessas do Estado àquela época resumiram-se às conquistas e privilégios das classes economicamente dominantes.

Já no final do século XIX, a insatisfação com o regime liberalista se faz presente e a Revolução Industrial modifica substancialmente a história política do mundo, já que o aparecimento dos burgueses e do proletariado faz surgir os problemas sociais e o povo passa a clamar por um Estado presente em suas vidas. E é nesse contexto que a tão propagada igualdade torna-se uma ficção e, ao reconhecer que os cidadãos são naturalmente desiguais, social e economicamente, surge a necessidade de tratá-los de forma desigual para atingir a igualdade no plano material. A proclamação pelo Estado do direito à liberdade e igualdade do homem já não bastava, havendo necessidade de que esse mesmo Estado proporcionasse ao cidadão os meios e possibilidades de serem livres.

É sob a égide desse novo regime que surge a obrigação do Estado em dar aos indivíduos o acesso à satisfação de suas necessidades mínimas para que pudessem efetivamente usufruir a liberdade e a igualdade no plano material. Dessa forma, considerando que os direitos civis e mesmo os políticos não se realizam sem o acesso sobretudo às políticas sociais básicas, como educação, saúde, trabalho, é de se reconhecer ao cidadão o direito subjetivo às prestações positivas do Estado, com o fim de assegurar a concretude dos direitos sociais reconhecidos nas Constituições. Nesse sentido, assevera Luiza Cristina Fonseca Frischeisen que

A igualdade de todos os cidadãos só é real se existem igualdade de oportunidades (também denominada como igualdade de chances ou igualdade na liberdade), pois que ligada com a própria natureza do que seria o justo, que só se realiza com as prestações positivas do Estado⁵¹.

Evoluiu-se da concepção de Estado de Direito formal para a de Estado de Direito material, em que o bem-estar do povo é

⁵¹ FRISCHEISEN, 2000, p. 71.

o fim único das organizações políticas. Alia-se a esse conceito de Justiça material o conceito de Justiça formal e o de Justiça eficaz e eficiente. O primeiro conceito é entendido como a segurança jurídica do indivíduo, conferida pela norma, e o segundo, como o atendimento da necessidade do ser humano na medida certa⁵².

Contudo, apesar dos avanços observados com a passagem do Estado Absolutista para o Estado de Direito, o mundo presenciou ainda muitas ditaduras sob a égide desse sistema político⁵³.

Surgiu, desse modo, a necessidade de se abandonar a concepção de Estado de Direito (direitos reconhecidos na medida da lei, com carta aberta ao legislador – protagonista principal – para dar conteúdo ao direito e a juízes legalistas, os quais reconheciam o direito na medida da lei) para o Estado Constitucional de Direito, no qual são assegurados ao cidadão não apenas os direitos e garantias fundamentais, mas também a participação democrática na elaboração e aplicação do Direito.

A partir dessa nova concepção de Estado, o princípio da legalidade, antes concebido como a submissão do Poder Executivo à lei, que era a única fonte e o limite para a atividade administrativa, passou a ter uma nova conotação, a da juridicidade, pela qual o cidadão pode controlar a Administração Pública, não apenas quanto ao cumprimento da lei formal, mas também quanto à submissão ao Direito, que não se confunde com a lei, incluindo, além da norma em sentido estrito (lei), os princípios gerais do Direito.

Mudanças nesse sentido começaram a ocorrer já no final do século XX com a inauguração da fase do constitucionalismo pós-

⁵² ROCHA, 1994, p. 73.

⁵³ Ibidem, p. 74.

positivista. A partir de então, passou-se a reconhecer a necessidade de normatização dos princípios gerais do Direito, com a hegemonia dos princípios em relação às regras.

O controle jurisdicional dos atos administrativos deve abranger não só a conformidade dos aspectos vinculados com a lei (controle de legalidade), mas também a compatibilidade dos aspectos discricionários com os princípios da Administração Pública e os princípios gerais do Direito. Havendo regras, princípios e normas, editadas pelo órgão deliberativo e controlador das ações da Presidência da República (Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente), que regulam a matéria abrangida pelo ato administrativo a ser praticado, é possível o controle pelo Poder Judiciário.

No Direito brasileiro, o controle judicial da atividade administrativa omissiva ou comissiva também se sustenta no princípio constitucional do direito à inafastabilidade da tutela jurisdicional, previsto no artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal⁵⁴. Todos os atos administrativos responsáveis por lesão ou ameaça de lesão a direito são *a priori* passíveis de controle judicial. Ora, estando erigido à categoria de direito fundamental (que se encontra positivado), o controle jurisdicional da Administração Pública tem como função a criação e manutenção *dos pressupostos elementares para a garantia da liberdade e da dignidade humana*.

A doutrina da proteção integral abarca os princípios do melhor interesse da criança e o da condição especial de pessoa em desenvolvimento. A Constituição Federal, em seu artigo 227, não somente adotou a doutrina da proteção integral, mas também incorporou a ela o princípio da prioridade absoluta aos direitos da criança e do adolescente. No mesmo caminho seguiu o legislador

⁵⁴ “A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

ordinário quando procedeu ao detalhamento da referida doutrina no Estatuto da Criança e do Adolescente.

A Convenção sobre os Direitos da Criança, no cenário internacional, ao adotar a doutrina da proteção integral aos direitos da criança e do adolescente, elevou-os à condição de sujeitos de direito, aos quais são assegurados todos os direitos e garantias fundamentais do adulto e outros especiais, provenientes de sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, atribuindo à família, ao Estado e à sociedade a responsabilidade pela efetivação desses direitos. A proteção integral se justifica em razão de serem pessoas incapazes, dada a sua condição temporária, de, por si só, não estarem aptos a fazer valer seus direitos. O artigo 3º da referida convenção estabelece que as decisões públicas relacionadas com a criança devem ser tomadas atendendo ao interesse superior da criança.

Demais disso, o artigo 3º do Estatuto da Criança e do Adolescente (Brasil) dispõe que

a criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral, assegurando-se-lhes, por lei ou outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e dignidade.

Diariamente, milhares de crianças e adolescentes do mundo inteiro, em especial do Brasil, são privadas do exercício da cidadania e vêem seus direitos fundamentais sendo ameaçados ou violados justamente pela omissão ou ação inadequada do Poder Público em implantar as políticas públicas destinadas à concretização desses direitos. Dados estatísticos apontam que o Brasil é um país repleto de contradições e de uma intensa desigualdade social, já que 1% da população rica detém 13,5% da renda nacional, contra os 50% mais pobres, que detém 14,4% desta (IBGE, 2004). Essa desigualdade

social traz conseqüências sérias nas condições de vida da população infante-juvenil.

O Brasil possui 25 milhões de adolescentes na faixa de 12 a 18 anos, o que representa cerca de 15% da população. Segundo levantamento da Subsecretaria de Promoção dos Direitos da Criança e do Adolescente da Secretaria Especial dos Direitos Humanos (MURAD, 2004), existem no Brasil cerca de 39.578 adolescentes no sistema socioeducativo, sendo que 27.763 encontram-se em cumprimento de medida socioeducativa em meio aberto (liberdade assistida e prestação de serviço à comunidade). Por sua vez, segundo Rocha (2002), havia 9.555 adolescentes em cumprimento de medida de internação, destes, 90% eram do sexo masculino, 51% não freqüentavam a escola, 90% não concluíram o Ensino Fundamental, 12,7% viviam em famílias que não possuíam renda mensal, 66% em famílias com renda mensal de até dois salários mínimos e 85,6% eram usuários de drogas. Dos 1.260 adolescentes que cumpriam medida de semiliberdade, segundo Fuchs (2004), 96,6% eram do sexo masculino, 58,7% estavam fora da escola formal antes do cometimento do ato infracional, 70% se declaravam usuários de drogas (BRASIL, 2006).

A falta de vontade política dos governantes na implementação de políticas básicas é uma das formas de violência institucionalizada contra a infância e a juventude, especialmente nos países periféricos, onde se constata uma péssima distribuição de renda, culminando com a marginalização de grande parte da população, impedida de efetivamente usufruir as riquezas produzidas pelo país.

Muitos dispositivos do ECA ainda precisam ser implementados, a começar pela concretização dos direitos fundamentais das crianças e dos adolescentes. Como é de conhecimento público, inúmeras crianças e adolescentes vivem à margem das mais básicas

políticas públicas, como educação, saúde, lazer, cultura, segurança etc. O desrespeito começa justamente na falta de vontade política dos dirigentes do país em priorizar recursos orçamentários para a garantia desses direitos fundamentais. É marcante a desigualdade social e o desrespeito ao princípio da prioridade absoluta.

A mudança dessa dura realidade depende da conscientização de que a implementação das políticas públicas sociais da infância é responsabilidade do Poder Executivo, havendo a necessidade urgente de seu controle pelo Poder Judiciário.

De acordo com a moderna doutrina *jus administrativista*, a atividade administrativa deve estar em conformidade tanto com o princípio da legalidade quanto com o princípio da juridicidade, não podendo contrariar os princípios gerais do Direito (razoabilidade e proporcionalidade) ou, ainda, no Direito brasileiro, os princípios constitucionais da Administração Pública (publicidade, moralidade, eficiência e impessoalidade).

Diante da omissão do Executivo na adequação do interesse público e sua harmonização com os outros interesses públicos (conveniência do ato administrativo), verifica-se o necessário ingresso do Judiciário no resgate e na garantia dos direitos fundamentais positivados e desrespeitados.

Para Luiza Cristina Fonseca Frischeisen, as normas da ordem social constitucional vinculam o administrador, obrigando-o a implementar políticas públicas para concretização dos direitos sociais. A não-implementação constitui ato omissivo da Administração, passível de controle pelo Poder Judiciário⁵⁵.

No plano da implementação das políticas públicas sociais, assevera Luiza Cristina Fonseca Frischeisen que a Administração

⁵⁵ FRISCHEISEN, 2000, p. 95.

Pública está vinculada à Constituição e às normas infraconstitucionais, inexistindo discricionariedade para a deliberação sobre a oportunidade e a conveniência na implementação dessas políticas públicas, diante da opção do constituinte e das normas de integração. Assegura que a discricionariedade poderá ser exercida nos espaços não preenchidos pela Constituição e pela lei e que cabe ao Poder Judiciário resolver sobre eventuais dúvidas da extensão dessa discricionariedade, dando sentido concreto à norma e controlando a legitimidade do ato administrativo, especialmente para aferir se a finalidade constitucional foi atingida⁵⁶.

Sobre o tema, assim expõe Rodolfo de Camargo Mancuso:

Destarte, na política da educação nacional, quando a Constituição Federal estabelece que os Municípios “atuarão prioritariamente no ensino fundamental e na educação infantil”, devendo aplicar certo percentual mínimo “na manutenção e desenvolvimento do ensino” (art. 211, § 2º, art. 212, *caput*), aí não se cuida de conceitos vagos ou indeterminados, nem tampouco de valores sujeitos a manejo discricionário, e, menos ainda, de normas programáticas, a serem implementadas ou não, segundo as contingências do momento. O mesmo se pode dizer de outras políticas públicas, como as concernentes à assistência social (CF, art. 203; Lei 8.742/93); criança e adolescentes (CF, art. 227; Lei 8.069/90) [...]. *É dizer, no plano das políticas públicas*, onde e quando a Constituição Federal estabelece um *fazer*, ou uma *abstenção*, automaticamente fica assegurada a possibilidade de *cobrança* dessas condutas comissiva ou omissiva, em face da autoridade e/ou órgão competente[...]⁵⁷.

Como exposto, não há discricionariedade na omissão do Poder Público na implementação das políticas públicas da ordem social constitucional, principalmente quando o ato administrativo está vinculado às diretrizes traçadas por um órgão da própria

⁵⁶ FRISCHEISEIN, 2000, p. 95-96.

⁵⁷ MANCUSO, 2001, p. 725-726.

Administração, com representatividade tanto da sociedade civil quanto do Poder Público.

No campo do Direito da Criança e do Adolescente, cabe à Administração Pública respeitar a doutrina da proteção integral e, em especial, o princípio garantista do interesse superior da criança e do adolescente nas opções de implementação de políticas públicas. Dessa forma, nos assuntos relacionados com a implementação de políticas públicas destinadas à infância e à juventude, torna-se impossível ao administrador o exercício da discricionariedade, sobretudo quando há omissão na concretude de direitos fundamentais constitucionalmente assegurados, cujos rumos foram traçados pela própria Administração por um órgão com representatividade da sociedade civil e do Poder Público.

E é justamente a composição dos membros integrantes do CONANDA que lhe confere legitimidade para a elaboração das normas gerais da política nacional de atendimento dos direitos da criança e do adolescente e fiscalização das ações de execução, garantindo assim construção democrática e participativa da sociedade nas políticas públicas a serem executadas pelos órgãos estatais. Disso decorre a vinculação do Poder Executivo à execução das diretrizes traçadas pelo CONANDA, bem como a possibilidade de controle judicial da ação ou omissão das políticas públicas à criança e ao adolescente devidamente normatizadas pelo referido conselho.

E ainda sobre o tema, decidiu a 7ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (Brasil), no recurso de apelação acima citado, em acórdão assim ementado:

A CF, em seu art. 227, define como prioridade absoluta as questões de interesse da criança e do adolescente; assim, não pode o Estado-Membro, alegando insuficiência orçamentária, desobrigar-se da implantação de programa de internação e semiliberdade para adolescentes infratores,

podendo o Ministério Público ajuizar ação civil pública para que a Administração Estadual cumpra tal previsão legal, não se tratando, na hipótese, de afronta ao poder discricionário do administrador público, mas de exigir-lhe a observância de mandamento constitucional.

No Direito brasileiro, o princípio constitucional da prioridade absoluta⁵⁸, materializado no artigo 227 da Constituição Federal e detalhado no artigo 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente, e o princípio da democracia participativa vinculam o Poder Legislativo e o Poder Executivo a respeitar a preferência estabelecida na formulação e na execução das políticas públicas sociais e na destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude quando tais diretrizes foram determinadas pelo CONANDA. Assim, a possibilidade de cobrança judicial das políticas públicas para a infância ultrapassa a simples garantia do “mínimo existencial”, abrangendo, ainda, todos os direitos sociais, cujas políticas públicas foram regularmente traçadas pelo órgão da própria administração (CONANDA), com representatividade paritária da sociedade civil e dos poderes públicos.

⁵⁸ “Para o eventual embate jurídico, cabe registrar que o princípio constitucional da *prioridade absoluta* (art. 227 da CF), somado ao da *democracia participativa* (arts. 1º, parágrafo único, 204, II, e 227, § 7º, todos da CF e concretizados com a atuação dos Conselhos dos Direitos da Criança e do Adolescente na formulação da política – municipal, estadual e nacional – de atendimento aos interesses da população infanto-juvenil – art. 88, II, do ECA), são limitadores e condicionantes ao poder discricionário do administrador público. Enfim, a atuação dos Magistrados e agentes do Ministério Público em dar concretude (vida e eficácia) ao princípio constitucional da *prioridade absoluta* para a área da infância e juventude importará efetivo cumprimento de dever institucional *prioritário* e possibilidade de que as promessas de cidadania contidas no ordenamento jurídico compareçam realidade nas suas vidas cotidianas, *universalizando-se* os direitos que *parte* da população infanto-juvenil já exercita. A certeza é de que, interagindo articuladamente com os segmentos organizados da sociedade civil e cumprindo prioritariamente a tarefa de promoção dos direitos das crianças e adolescentes, o Poder Judiciário e o Ministério Público estarão colaborando decisivamente para que a Nação brasileira venha a alcançar um dos seus objetivos fundamentais: o de instalar – digo eu, a partir das crianças e adolescentes – uma sociedade livre, justa e solidária” (MAIOR NETO, 2007).

6.2 A vinculação da Administração Pública às normas gerais da política de atendimento dos direitos da criança e do adolescente elaboradas pelo CONANDA

A Constituição Federal, em seu artigo 204 e § 7º do artigo 227, prevê a descentralização político-administrativa das ações governamentais e a participação da população, por meio de organizações representativas, na formulação de políticas e no controle das ações em todos os níveis no atendimento dos direitos da criança e do adolescente. A par disso, o Estatuto da Criança e do Adolescente, regulamentado pela Lei Federal n. 8.242, de 12 de outubro de 1991, que criou o Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente, exigiu em sua estruturação uma composição paritária de representantes do Poder Público e da sociedade civil, que direta ou indiretamente estejam relacionados à área infanto-juvenil.

Segundo Paulo Bonavides, a democracia é um direito de quarta geração. Aponta o autor que a *democracia participativa* e o Estado Social constituem axiomas que permanecerão invioláveis e invulneráveis se os povos da América Latina estiverem decididos a batalhar por um futuro que reside apenas na democracia, na liberdade e no desenvolvimento. Para os países em que não lograram êxito na concretização dos direitos positivados, faz-se necessário tornar explícitos os meios técnicos de realização e sustentação desse direito *principal*. Por sua vez, há quatro princípios cardeais compondo a estrutura constitucional da democracia participativa: princípio da dignidade humana, princípio da soberania popular, princípio da soberania nacional e princípio da unidade da Constituição. Considera-se assim que a Constituição não foi feita para quem governa, mas sim, primacialmente, para o homem, que é o sujeito e destinatário na concretude do sistema. “A teoria constitucional da democracia participativa segue a trilha renovadora que fará o povo senhor de seu futuro e de sua soberania, coisa que

ele nunca foi nem será enquanto governarem em seu nome privando-o de governar-se por si mesmo”⁵⁹.

O controle social dos atos da administração deixou de ser realizado apenas por meio de ação popular, mas também passou a ocorrer de forma sistemática e permanente, por meio dos Conselhos dos Direitos da Criança e do Adolescente, cujo funcionamento adequado exige o cumprimento de suas atribuições legais e constitucionais, bem como uma participação popular isenta, efetiva e decisiva em seus debates e deliberações, tomadas de forma impessoal e transparente. O constituinte não se restringiu a conceder ao cidadão melhores condições para o exercício do direito de fiscalizar os atos do administrador público, mas também lhe concedeu o próprio poder de decisão em certas áreas, no pleno exercício da democracia participativa, prevista no parágrafo único do artigo 1º da Constituição Federal⁶⁰.

O CONANDA, ao deliberar e controlar as políticas públicas em âmbito federal, escolhe e decide a política de atendimento infante-juvenil.

Adotando como referência a doutrina de Direito Administrativo, tem-se que as deliberações são atos administrativos típicos dos órgãos colegiados, sendo estes, por sua vez, compreendidos como aqueles que projetam uma única vontade, como resultado de várias vontades internadas da Administração Pública; as deliberações dos Conselhos dos Direitos da Criança e do Adolescente, materializadas nas suas respectivas resoluções, são, portanto, decisões da própria Administração Pública⁶¹.

Assim, as decisões do CONANDA são verdadeiras manifestações “de mérito” adotadas por um órgão público visando o interesse público.

⁵⁹ BONAVIDES, 2001, p. 9-11.

⁶⁰ DIGIÁCOMO, 2007.

⁶¹ TAVARES, 2007, p. 319.

Há uma transferência do *locus* onde a opção a discricionariedade administrativa deixa de ser um ato exclusivo do Executivo, passando para um órgão colegiado, cujo ato administrativo se torna complexo, submetido às múltiplas vontades, que serão sintetizadas em um único ato (resolução) exteriorizado como vontade da Administração⁶².

Dessa forma, se a deliberação do CONANDA, por meio de seu ato administrativo colegiado, estiver em conformidade com os requisitos e pressupostos dos atos administrativos em geral e de acordo com as regras procedimentais da legislação, o Chefe do Poder Executivo estará vinculado, devendo assim acatar a vontade do colegiado, sendo-lhe coibido criar embaraços a sua execução, sob pena de responder administrativa, civil ou penalmente⁶³.

Nesse sentido, a natureza cogente (e não meramente administrativa) das resoluções oriundas dos Conselhos dos Direitos da Criança e do Adolescente já foi afirmada em decisões de Tribunais brasileiros, cujas ementas seguem abaixo transcritas:

ADMINISTRATIVO E PROCESSO CIVIL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – ATO ADMINISTRATIVO DISCRICIONÁRIO: NOVA VISÃO. 1. Na atualidade, o império da lei e o seu controle, a cargo do Judiciário, autoriza que se examinem, inclusive, as razões de conveniência e oportunidade do administrador. 2. Legitimidade do Ministério Público para exigir do Município a execução de política específica, a qual se tornou obrigatória por meio de resolução do Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente. 3. Tutela específica para que seja incluída verba no próximo orçamento, a fim de atender a propostas políticas certas e determinadas. 4. Recurso especial provido (Superior Tribunal de Justiça. REsp n. 493811/SP; Recurso Especial n. 2002/0169619-5, rel. Eliana Calmon, j. em 11.11.2003, 2ª Turma, DJ de 15 mar. 2004, p. 00236)⁶⁴.

⁶² LIBERATI; CYRINO, 2003, p. 88.

⁶³ TAVARES, 2007, p. 320.

⁶⁴ A ministra Eliana Calmon, ao fundamentar o seu voto, destacou que “[...] não é mais possível dizer, como no passado foi dito, inclusive por mim mesma, que o

“AÇÃO CIVIL PÚBLICA – OBRIGAÇÃO DE FAZER. Implantação de programa para atendimento de crianças e adolescentes viciados no uso de entorpecentes e inclusão de previsão orçamentária respectiva, com adoção de providências administrativas cabíveis – Sentença de improcedência, sob argumento de que o município já vem oferecendo este programa – Inadmissibilidade – Necessidade de observância de resolução baixada pelo Conselho Municipal de Direitos da Criança e do Adolescente – Programa oferecido que, em última análise, não atende aos casos crônicos, por não prever tratamento mais acurado, com internação, se necessária – Dever do poder público em dar cumprimento às normas programáticas previstas na Constituição Federal e efetividade dessas normas – Implantação de programa e inclusão de previsão orçamentária determinada, assim como adoção de todas as providências indispensáveis à sua efetivação – Desacolhimento da argumentação de intromissão indevida do Judiciário na esfera de atuação do Executivo – Necessidade, no entanto, de que seja fixado prazo para cumprimento de todos os pedidos – Recurso provido (Tribunal de Justiça de São Paulo, Apelação Cível n. 057.700/7-00, rel. des. Nigro Conceição, j. em 11.1.2001)⁶⁵.

A resolução do CONANDA, deliberada regularmente pelo órgão

Judiciário não pode imiscuir-se na conveniência e oportunidade do ato administrativo, adentrando-se na discricionariedade do administrador. E as atividades estatais, impostas por lei, passam a ser fiscalizadas pela sociedade, através do Ministério Público, que, no desempenho de suas atividades precípuas, a representa. Dentre as numerosas funções, estão as constantes do Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei 8.069/90, especificadamente, de interesse nestes autos a de zelar pelo efetivo respeito aos direitos e garantias legais assegurados às crianças e adolescentes. Daí a legitimidade do Ministério Público e a irrecusável competência do Poder Judiciário, porquanto estabelecida a responsabilidade estatal na Resolução Normativa 4/97, baixada pelo Conselho Municipal de Direitos da Criança e do Adolescente, segmento social em destaque para agir em parceria com o Estado, nos termos do art. 88, II, do ECA. Conseqüentemente, tenha-se presente que o pleiteado pelo Ministério Público não foi fruto de sua ingerência. O pedido foi a implementação de um programa adrede estabelecido por um órgão do próprio município, o Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente, com função normativa fixada em conjugação com o Estado (Município) e a sociedade civil” (disponível em: <www.stj.gov.br/jurisprudencia>. Acesso em: 12 nov. 2007).

⁶⁵ Disponível em: <www.tjsp.gov.br>. Acesso em: 12 nov. 2007.

colegiado, vincula o administrador público, que não mais poderá discutir seu mérito, sua oportunidade ou conveniência, cabendo-lhe tão-somente adotar as medidas necessárias ao seu cumprimento,

a começar pela adequação do orçamento público às demandas de recursos que em razão daquela decisão porventura surgirem. [...] Se não age ao tempo e modo devidos e não participa das discussões e do processo de elaboração das resoluções do órgão que detém a competência constitucional para definir as políticas que sua administração deverá implementar em prol da criança e do adolescente, não pode pretender, *a posteriori*, modificar ou descumprir uma deliberação legal e *soberana* do órgão legitimado para tanto⁶⁶.

Incumbe ao CONANDA tomar providências administrativas e judiciais em caso de descumprimento pelo administrador público de suas deliberações, visando fazer prevalecer a sua decisão, bem como responsabilizar o Estado, que tem o dever de zelar pelos princípios que regem a Administração Pública (artigo 11 da Lei n. 8.429/1992), e, criminalmente, os integrantes do citado conselho, que são equiparados a funcionários públicos, segundo o artigo 327 do Código Penal. Não há que se falar, assim, em interferência indevida do Poder Judiciário quando haja descumprimento das deliberações dos Conselhos dos Direitos da Criança e do Adolescente pelo Poder Executivo, pois é “nos Conselhos dos Direitos onde os Poderes Executivos dos entes da Federação, em parceria com a sociedade, por força de mandamento constitucional, adotam, entre as várias opções políticas legítimas, aquela que julgam a mais conveniente e oportuna”⁶⁷. Caso contrário, estar-se-ia desconhecendo os Conselhos dos Direitos da Criança e do Adolescente como instrumento de democracia participativa.

A vinculação da Administração Pública aos princípios citados acima se sustenta em razão do princípio da juridicidade, já que a

⁶⁶ DIGIÁCOMO, 2007.

⁶⁷ TAVARES, 2007, p. 322.

atividade administrativa não pode contrariar a lei, os princípios gerais do Direito e as diretrizes traçadas pelo CONANDA, diante do princípio da democracia participativa, uma vez que o CONANDA, órgão da própria Administração, tem representatividade paritária de sociedade civil e do Poder Público. Tem-se, pois, que, no campo do Direito da Criança e do Adolescente, cabe à Administração Pública respeitar as normas gerais delineadas justamente pelo órgão deliberativo e controlador das ações do Poder Executivo Federal (CONANDA), que resguarda o cumprimento da doutrina da proteção integral e, em especial, o princípio garantista do interesse superior da criança e do adolescente nas opções de implementação de políticas públicas. Dessa forma, nos assuntos relacionados com a implementação de políticas públicas destinadas à infância e à juventude, torna-se impossível ao administrador o exercício da discricionariedade para a omissão na concretude de direitos fundamentais delineados pelo CONANDA e constitucionalmente assegurados, já que tais diretrizes desse órgão o vinculam.

Há, portanto, a necessidade do controle jurisdicional dos atos administrativos vinculados às diretrizes traçadas pelo CONANDA, no que se refere à implantação de políticas públicas para a concretização dos direitos da criança e do adolescente em face da doutrina da proteção integral e do princípio do interesse superior da criança e do adolescente, os quais devem ser observados com prioridade absoluta, em razão da condição peculiar de pessoas em desenvolvimento. Assim, a possibilidade de cobrança judicial das políticas públicas para a infância ultrapassa a simples garantia do “mínimo existencial”, abrangendo, ainda, todos os direitos sociais.

7 Considerações finais

Diante do desrespeito do Estado aos tratados e convenções internacionais e às normas constitucionais e infraconstitucionais

brasileiras e, até mesmo, às diretrizes traçadas pelo CONANDA, torna-se imperiosa a necessidade do controle pelo Judiciário dos atos administrativos comissivos ou omissivos correlacionados às prestações positivas obrigatórias da Administração delineadas pelos Conselhos dos Direitos da Criança e do Adolescente, seja para obrigar o Poder Público a realizá-las, seja para corrigir os atos praticados com desvio do real interesse superior da criança e do adolescente.

No Brasil, inúmeras ações judiciais (especialmente coletivas) buscam a tutela jurisdicional diante do desrespeito do Estado à doutrina da proteção integral à criança e ao adolescente e, em especial, no Direito brasileiro, ao princípio da prioridade absoluta na garantia dos direitos da criança e do adolescente, estabelecidos no artigo 227 da Constituição Federal de 1988, cujo conteúdo teve seu alicerce jurídico e social na Convenção dos Direitos da Criança de 1989 da Organização das Nações Unidas.

Em que pese a sociedade estar elegendo a via judicial como uma das alternativas para forçar o Estado a cumprir suas obrigações⁶⁸, muitas decisões judiciais, especialmente dos tribunais brasileiros, têm insistido na tese da insindicabilidade dos atos administrativos, sob o amparo de doutrinas clássicas como a da tripartição dos Poderes, sem, no entanto, atentar para a necessidade de redefinir e adequá-las ao Estado Social.

⁶⁸ O juiz de Direito julgou procedente a ação civil pública interposta pelo Ministério Público, condenando o Distrito Federal a criar programa eficaz destinado a atender crianças e adolescentes portadores de transtornos mentais e/ou alcoolatras e toxicômanos, bem como construir ou definir estabelecimento próprio de saúde, equipando-o de forma adequada e dotando-o de profissionais especializados em número suficiente ao suprimento da demanda, tendo por finalidade específica garantir o implemento do referido programa, bem assim das medidas de proteção previstas no artigo 101, incisos V e VII, do ECA, tudo no prazo de 180 (cento e oitenta) dias, fixando-se multa diária no valor de R\$5.000,00 (cinco mil reais) em caso de descumprimento (Vara da Infância e Juventude, Autos n. 766/53, juiz Renato Rodovalho Scussel, j. em 24.11.2006).

O presente trabalho demonstrou a responsabilidade da Administração Pública na implementação das políticas públicas voltadas à concretização dos direitos fundamentais positivados pela Convenção sobre os Direitos da Criança de 1989 (ONU) e pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) em face do axioma constitucional “democracia participativa” e da doutrina da proteção integral e do princípio do melhor interesse da criança, devidamente normatizados pelo CONANDA. A doutrina da proteção integral da criança e do adolescente, acolhida no ordenamento jurídico nacional, materializada no artigo 227 da Constituição Federal de 1988 e no ECA e o axioma constitucional “democracia participativa” obrigam o Poder Público a respeitar a preferência na execução das políticas públicas delineadas pelo CONANDA.

A representação paritária do Poder Público e da sociedade civil organizada na composição do CONANDA, possibilitando assim legitimidade democrática às suas deliberações, confere legitimidade à elaboração das normas gerais da política nacional de atendimento dos direitos da criança e do adolescente e fiscalização das ações de execução, garantindo assim construção democrática e participativa da sociedade nas políticas públicas a serem executadas pelos órgãos estatais. Disso decorre a vinculação do Poder Executivo à execução das diretrizes traçadas pelo CONANDA, bem como a possibilidade de controle judicial da ação ou omissão das políticas públicas à criança e ao adolescente devidamente normatizadas pelo referido conselho.

Assim, é demonstrada a possibilidade do controle jurisdicional dos atos administrativos vinculados (às diretrizes traçadas pelo CONANDA), destinados à implantação das políticas públicas para a concretização dos direitos fundamentais da criança e do adolescente, em face da elaboração de normas gerais da política nacional de atendimento dos direitos da criança e do adolescente pelo

CONANDA, que viabiliza o acatamento à doutrina da proteção integral e do princípio do interesse superior da criança e do adolescente, os quais devem ser observados com prioridade absoluta, em razão da condição peculiar de pessoas em desenvolvimento desses sujeitos, bem como ao axioma constitucional da democracia participativa.

Referências

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1993.

BARATTA, Alessandro. Infancia y democracia. In: MÉNDEZ, Emilio García; BELOFF, Mary (Comp.). *Infancia, ley y democracia en América Latina*. Santa Fé de Bogotá; Buenos Aires: Temis; Depalma, 1998.

BONAVIDES, Paulo. *Teoria constitucional da democracia participativa: por um direito constitucional de luta e resistência, por uma nova hermenêutica, por uma repolitização da legitimidade*. São Paulo: Malheiros, 2001.

BRASIL. Presidência da República. Secretaria Especial dos Direitos Humanos. Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente. *Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo – Sinase/ Secretaria Especial dos Direitos Humanos*. Brasília-DF: CONANDA, 2006. Disponível em: <www.condeca.sp.gov.br/legislacao/sinase_integra.pdf>. Acesso em: 12 nov. 2007.

BRUÑOL, Miguel Cillero. El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño. In: MÉNDEZ, Emilio García; BELLOFF, Mary (Comp.). *Infancia, ley y democracia en América Latina*. Santa Fé de Bogotá; Buenos Aires: Temis; Depalma, 1998.

BUCCI, Maria Paula Dallari. Políticas públicas e direito administrativo. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 34, n. 133, p. 89-98, jan./mar. 1997.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *O futuro do Estado*. São Paulo: Moderna, 1980.

DIGIÁCOMO, Murillo José. *Conselho de Direitos da Criança e do Adolescente: transparência de seu funcionamento como condição indispensável à legitimidade e legalidade de suas deliberações*. Disponível em: <www.mp.pr.gov.br/cpca/crianca.html>. Acesso em: 12 nov. 2007.

ENTERRÍA, Eduardo García de. *Democracia, jueces y control de la administración*. 5. ed. Madrid: Civitas, 2000.

EROLES, Carlos. *Políticas públicas de infancia*. Buenos Aires: Espacio, 2001.

FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca. *Políticas públicas: a responsabilidade do administrador e o Ministério Público*. São Paulo: Max Limonad, 2000.

GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. São Paulo: Malheiros, 1996.

KRELL, Andreas J. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.

LIBERATI, Wilson Donizeti; CYRINO, Públio Caio Bessa. *Conselhos e fundos no Estatuto da Criança e do Adolescente*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

MAIOR NETO, Olympio de Sá Sotto. *Poder Judiciário, Ministério Público e a prioridade absoluta para a infância e a juventude*. Disponível em: <<http://www.mp.pr.gov.br/institucional/capoio/caopca/artigos/>>. Acesso em: 1^o nov. 2007.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Ação civil pública como instrumento de controle judicial das chamadas políticas públicas. In:

MILARÉ, E. (Org.) *Ação Civil Pública – 15 anos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

MARCHESAN, Ana Maria. *O princípio da prioridade absoluta aos direitos da criança e do adolescente e a discricionariedade administrativa*. Disponível em: <<http://www.mp.rs.gov.br>>. Acesso em: 6 nov. 2007.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

MÉNDEZ, Emilio García. *Derecho de la infancia-adolescencia en América Latina: de la situación irregular a la protección integral*. 2. ed. Santa Fé de Bogotá: Fórum Pacis, 1997.

MÉNDEZ, Emilio García; BELOFF, Mary (Comp.). *Infancia, ley y democracia en América Latina*. Buenos Aires: Temis; Depalma, 1998.

MORAES, Germana de Oliveira. *Controle jurisdicional da administração pública*. São Paulo: Dialética, 1999.

PEREIRA, Tânia da Silva. *O melhor interesse da criança: um debate interdisciplinar*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

PEREIRA, André Gonçalves. *Erro e ilegalidade no acto administrativo*. Lisboa: Ática, 1962.

RIVERA, Deodato. In: CURY, Munir (Coord.). *O Estatuto da Criança e do Adolescente comentado*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. *Princípios constitucionais da administração pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

SILVA, Moacyr Motta da; VERONESE, Josiane Rose Petry. *A tutela jurisdicional dos direitos da criança e do adolescente*. São Paulo: LTr, 1998.

VERONESE, Josiane Rose Petry. *Interesses difusos e direitos da criança e do adolescente*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

TAVARES, Patrícia Silveira; MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (Coord.). *Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.