

**XXIV ENCONTRO NACIONAL DO
CONPEDI - UFS**

**TEORIAS DA DEMOCRACIA E DIREITOS
POLÍTICOS**

JOSÉ FILOMENO DE MORAES FILHO

MATHEUS FELIPE DE CASTRO

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – Conpedi

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Conselho Fiscal

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR

Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches - UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)

Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

Secretarias

Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC

Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU

Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC

Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC

Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM

Diretoras de Eventos - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA

Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladimir Oliveira da Silveira – UNINOVE

T314

Teorias da democracia e direitos políticos [Recurso eletrônico on-line] organização
CONPEDI/UFS;

Coordenadores: Matheus Felipe De Castro, José Filomeno de Moraes Filho – Florianópolis:
CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-070-1

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: DIREITO, CONSTITUIÇÃO E CIDADANIA: contribuições para os objetivos de
desenvolvimento do Milênio

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Democracia. 3. Direitos
políticos. I. Encontro Nacional do CONPEDI/UFS (24. : 2015 : Aracaju, SE).

CDU: 34



XXIV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - UFS

TEORIAS DA DEMOCRACIA E DIREITOS POLÍTICOS

Apresentação

Em um momento de grave crise política e com uma reforma do sistema eleitoral brasileiro em curso, realizamos o Grupo de Trabalho Teorias da Democracia e Direitos Políticos no XXIV Encontro Nacional do CONPEDI, na Universidade Federal de Sergipe, cidade de Aracaju, colaborando para o debate e o amadurecimento de alternativas concretas para o aperfeiçoamento da democracia representativa e sua revitalização com instrumentos de participação efetiva.

Os trabalhos apresentados, no seu conjunto, refletem profundo senso crítico, mas ao mesmo tempo prático, por parte dos pesquisadores e pesquisadoras que participaram do evento e cobrem desde questões de ordem mais técnica quanto de cunho político mais geral. A leitura desses trabalhos é uma excelente oportunidade para conhecer o tipo de pesquisa que vem sendo desenvolvida na área nos mais diversos centros de pesquisa do país. Boa leitura!

Professor Dr. José Filomeno de Moraes Filho

Professor Dr. Matheus Felipe de Castro

CONSELHOS DE DIREITO: INSTRUMENTOS DE PARTICIPAÇÃO E CONTROLE POLÍTICO SOCIAL

COUNCIL OF RIGHTS: INSTRUMENTS OF POLITICAL PARTICIPATION AND SOCIAL CONTROL

**Luiz Henrique Batista De Oliveira Pedrozo
Fernando De Brito Alves**

Resumo

Esse estudo procura analisar a importância que a Constituição Federal de 1988 dá aos Conselhos de Direito, reconhecendo-os como legítimos instrumentos democráticos de participação popular, voltados não só ao exercício da cidadania e à gestão qualitativa das políticas públicas, mas como garantia da dignidade da pessoa humana e do processo de inclusão social. Para tanto, parte do pressuposto que são eles espaços públicos e plurais onde através do respeito à diversidade de ideias podem ser alavancadas propostas coletivas efetivamente válidas. Assim, busca a identificação histórico-positiva destes, frisando suas potencialidades, ao mesmo tempo em que aponta as dificuldades que obstaculizam o cumprimento dos objetivos de sua própria existência.

Palavras-chave: Conselhos de direito, Participação popular, Cidadania.

Abstract/Resumen/Résumé

This study analyzes the importance the Federal Constitution of 1988 gives law Councils, recognizing them as legitimate democratic instruments of popular participation, aimed not only to the exercise of citizenship and qualitative management of public policies, but as a guarantee of the dignity of human person and of the social inclusion process. Therefore, it assumes that they are public spaces and plural where by respecting the diversity of ideas can be leveraged collective proposals effectively valid. So search the positive-historical identification of these, emphasizing its potential, while pointing the difficulties obstaculizam meet the objectives of their own existence.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Councils of law, Popular participation, Citizenship

INTRODUÇÃO

Uma significativa parte da bibliografia encontrada a respeito dos Conselhos de Direito, além de não abordar o assunto pelo viés jurídico, é desarmônica em relação às denominações atribuídas a eles e tampouco se dão ao trabalho de justificar a adoção de uma determinada terminologia.

Tanto que, nas obras referenciadas neste trabalho é possível encontrar as mais diversas denominações: Conselhos de Direito, Conselhos de Políticas Públicas, Conselhos Gestores de Direitos, Conselhos Gestores de Políticas públicas e Conselho Temático Institucionalizado.

Não obstante todos os termos apresentarem certa coerência optou-se pela nomenclatura Conselhos de Direito por ser a empregada em todas as leis em que se teve a oportunidade de consultar, sempre com a adição da política pública de interesse do Conselho, como, por exemplo, Conselho de Direito da Criança e do Adolescente.

Estabelecidas estas considerações, resta-nos buscar uma conceituação para o tema, ainda que pouco tenha tratado a doutrina sobre o assunto.

De fato, os Conselhos de Direito, em princípio, podem ser conceituados como canais, instrumentos ou espaços permanentes, que, fundados nos princípios constitucionais da Federação, da República, do Estado Democrático de Direito, da Cidadania e da Soberania popular, e criados por lei específica, possibilitam, por meio de sua constituição paritária e participação popular, a implantação, acompanhamento, deliberação e fiscalização de questões ligadas a políticas públicas em âmbito municipal, estadual e nacional.

Assim, há de se frisar que os Conselhos de Direitos não são canais de participação eventuais, mas sim, permanentes. Não podendo ser encarados como sendo uma mera coletividade que vez ou outra se reúne sob o chamado de alguma autoridade ou diante da verificação de um caso previsto em lei. Esta característica se mostra essencial para que os Conselheiros possam cumprir algumas funções dos Conselhos, quais sejam, de acompanhamento e fiscalização das políticas públicas.

Observa-se também, que os Conselhos possuem caráter participativo, justamente por buscar uma aproximação com os cidadãos, e representativo, a partir do momento em que se escolhem algumas pessoas para atuarem como mandatários.

Esta conjugação de ideologias se faz necessária pela impossibilidade de implantação da Democracia Direta no Estado moderno. Por isso, por mais que se busque uma participação

popular, que realmente faça a diferença nestes conselhos, o direito a voto será exercido por representantes desta mesma população.

Ademais, os Conselhos que devem existir em âmbito municipal, estadual ou nacional, proporcionam o controle das políticas públicas por meio de suas deliberações, poder esse que emana da própria soberania popular e deve ser exercido de acordo com as competências previstas pela lei de criação dos Conselhos.

Os Conselhos caracterizam-se por serem paritários, ou seja, seus membros provêm do Poder Público e da sociedade civil em igualdade numérica. Nos termos explicados por Oscar Joseph de Plácido e Silva, paridade, “do latim *paritas*, de *par*, exprime a igualdade, ou melhor, a relação de igualdade entre duas coisas, em virtude do que se mostram da mesma proporção ou do mesmo valor” (2005, p. 1006).

Mencionados estes pontos, faz-se necessária uma investigação mais aprofundada no sentido de buscar a real natureza do que sejam os Conselhos do Direito. A grande maioria das obras, produzidas principalmente por outras ciências diferentes do Direito, referem-se a ele como um espaço, um fórum, um instrumento, um canal de participação da população. Entretanto, qual é a essência dos Conselhos? É possível chegar a uma conclusão a respeito disto? Vejamos.

1. BREVE EXCURSO SOBRE TEORIA DA DEMOCRACIA

Concepções de democracia, no senso comum teórico, estão sempre ligadas a dois fenômenos distintos. Se de um lado ocorre a valorização do seu sentido etimológico para designar o “governo do povo”, ou aquela forma de organização do Estado em que ocorre ampla participação popular, de outro, significa o modelo de organização do Estado em que os representantes são eleitos, através de concorrências públicas, organizadas especialmente para tal finalidade.

Não obstante é preciso considerar que as teorias da democracia possuem uma responsabilidade muito maior do que problematizar modelos de participação, para discutir inclusive princípios de justiça substantiva. É certo que as discussões sobre democracia, na filosofia política contemporânea, podem abordar teorias de primeira e segunda ordem. De acordo com Gutmann e Thompson¹, as teorias de primeira ordem procuram solucionar

¹ GUTMANN, Amy, THOMPSON, Dennis. Porque democracia deliberativa? *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais*. Belo Horizonte: Editora Forum. jan./mar. 2007, v. 1., p 29.

discordâncias morais, de forma alter-excludente, como houvesse apenas uma teoria capaz de solucionar a discordância moral (são elas o utilitarismo, o liberalismo, o igualitarismo liberal e o comunitarismo, todas compreendidas em seu sentido mais amplo); as teorias de segunda ordem são espécie de meta-teorias, são sempre teorias sobre outras teorias, de modo que fornecem soluções para lidar com conflitos de primeira ordem, são por exemplo as teorias da democracia deliberativa e da democracia agregadora, como dito alhures.²

Do ponto de vista epistemológico é possível afirmar que teorias são sempre relatos, ou discursos, sobre objetos específicos, que podem assumir uma perspectiva locomana, onde a realidade descrita permanece a mesma em todos os universos possíveis, ou uma perspectiva paralática, onde o real explica a sua própria multiplicidade sem anular os conflitos que subjazem às aparências desse mesmo real³. Dessa forma, qualquer teoria da democracia pode apresentar uma narrativa linear de como e onde a democracia se desenvolveu, e esboçar uma definição unívoca do conceito, ou reconhecer sua natureza controversa e plurívoca.

Abandonemos intencionalmente discussões de ordem etimológica sobre a palavra democracia, ou a descrição de sua extensão (bastante restritiva) nos regimes democráticos clássicos⁴, e para apresentar um conceito inicial, passamos a analisar uma imagem apresentada por Robert A. Dahl⁵, que é bastante elucidativa das principais convicções que se generalizaram sobre o conceito de democracia ao longo de sua utilização multimilenar, mas, sobretudo, nos últimos dois séculos.

A primeira dessas convicções é a de que a democracia é um atributo de governo (que equivaleria o conceito, ao de “popular” ou “republicano”), essa noção ampliou-se em uma escala ascendente e constante em todo o mundo; e a segunda é de que a democracia foi inventada de uma vez por todas, como são inventados outros artefatos (por exemplo, a máquina a vapor). Essas duas convicções podem ser consideradas equivocadas, na medida em que, ali a idéia de democracia é reduzida ao sufrágio periódico (masculino ou universal), e

² Richard Posner sugere outra classificação, ele divide a democracia conceitualmente em dois grupos, o primeiro seria composto pela democracia idealista, deliberativa e deweyana, o segundo grupo pela democracia de elites, pragmática e shumpeteriana. Cf. POSNER, Richard A. *Direito, pragmatismo e democracia*. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

³ Cf. SLAVOJ, Zizek. *A visão em paralaxe*. São Paulo: Boitempo, 2008, p. 32-44 passim.

⁴ “Antes do experimento ateniense, existiam formas de governo, mas não formas de política, que envolvem ampla negociação e debate sobre a vida coletiva. Sem a mediação de representantes, os cargos públicos eram distribuídos por sorteio e, em casos raros, pelo voto. Além do direito à participação nas assembleias públicas deliberativas, todos os cidadãos tinham chances iguais de ocupar postos na administração pública. A criação e a execução das leis eram tarefas desempenhadas diretamente pelo povo, sem distinção de origem social. Esse envolvimento estreito com a vida da cidade definia a condição de liberdade no mundo ateniense: eram livres os homens que gozavam da possibilidade de constituir a vida pública. Apenas por vício um cidadão daria mais importância à vida privada que aos interesses do coletivo.” (cf. HOLLANDA, Cristina Buarque. *Teoria das elites*. Rio de Janeiro: Zahar, 2011. p. 7.)

⁵ DAHL, Robert Alan. *On Democracy*. New Haven & London: Yale University Press, 2000, p. 7 ss.

aqui, não se admite a possibilidade de reproposição da democracia, como conceito, mas especialmente suas práticas, onde quer que existam condições apropriadas para tanto.

Assume-se que o contexto da democracia é caracterizado por uma lógica da igualdade e pela necessidade de consenso sobre valores fundamentais (o que, evidentemente, não significa univocidade), características permeadas por *standarts* do tipo: participação efetiva, paridade de voto, entendimento esclarecido, controle de agenda e inclusão.⁶

A tentação de apresentar um conceito *prima facie* de democracia pode reduzir a complexidade do fenômeno as suas “referências normais”, esvaziando seu sentido e conteúdo polissêmicos e suas possibilidades pragmáticas.

Isso considerado, passamos a analisar os Conselhos de Políticas Públicas, a partir de um conceito substantivo de democracia, que delimitará as fronteiras epistemológicas e metodológicas de nossas análises.

2. NATUREZA JURÍDICA DOS CONSELHOS DE DIREITO

A busca pela natureza jurídica de um instituto consiste em um dos principais e mais complexos problemas que o Direito enfrenta ao se debruçar sobre um determinado instituto, sobretudo, quando a dinamicidade da vida social produz novas realidades que só passam a receber atenção dos juristas após certo tempo.

A investigação da natureza jurídica consiste em um esforço no sentido de verificar as características de um instituto e enquadrá-lo em determinada categoria jurídica, da mesma forma em que nas ciências biológicas se analisa as peculiaridades dos organismos vivos para classificá-los segundo determinado reino, classe ou ordem.

É este o posicionamento de Maria Helena Diniz, que expressa ser a natureza jurídica o “[...] significado último dos institutos jurídicos. Afinidade que um instituto tem, em diversos pontos, com uma grande categoria jurídica, podendo nela ser incluída a título de classificação” (2005, p. 381).

Tal esforço intelectual se mostra importante já que o enquadramento de um instituto em determinada categoria jurídica possibilita conhecer de maneira aprofundada as delimitações, características e efeitos do instituto por serem comuns a toda categoria.

Levando-se em consideração as principais características dos Conselhos de Direito, quais sejam, o caráter permanente, a criação mediante lei específica, a paridade em sua

⁶ Op. cit., p. 37-38.

constituição, o poder de deliberar como expressão da Soberania Popular, dentre outros, resta indagar: em qual categoria jurídica ele poderia ser enquadrado?

A resposta não é simples, haja vista o problema já exposto no neste trabalho, qual seja, a escassez de obras que tratem dos Conselhos de Direito do ponto de vista jurídico. Entretanto, no intuito de ao menos se aproximar da resposta para o problema, válidas são algumas considerações.

Em princípio, pode-se afirmar não serem os Conselhos de Direito uma Pessoa Jurídica de Direito Privado, já que, não obstante a possibilidade de se identificar uma vontade humana criadora e uma finalidade lícita, não há o preenchimento de requisitos legais, como o ato constitutivo e o registro (VENOSA, 2005, p. 260).

Não é possível a aproximação com as sociedades, associações ou fundações até porque a criação dos Conselhos de Direito emana da própria lei. Justamente por este motivo, conclui-se que ele se aproxima em verdade do Direito Público.

Também por esta razão, não há qualquer motivo para qualquer confusão com as pessoas jurídicas de direito privado da Administração Pública Indireta: Empresas Públicas, Sociedades de Economia Mista e Fundações Públicas, já que suas finalidades destoam totalmente das dos Conselhos de Direito.

Partindo do pressuposto de sua natureza Pública, já que sua existência coincide com o início de vigência da lei, o dispositivo de maior atenção passa a ser o que nomina as pessoas jurídicas de Direito Público no Código Civil. Dessa forma, consoante o disposto no seu artigo 41, são pessoas jurídicas de direito público interno: I - a União; II - os Estados, o Distrito Federal e os Territórios; III - os Municípios; IV - as autarquias, inclusive as associações públicas; V - as demais entidades de caráter público criadas por lei.

Os três primeiros incisos ficam descartados, assim como a segunda parte do inciso quarto, que passou, com alteração legislativa, a conferir personalidade jurídica aos consórcios públicos criados para a gestão associada de serviços públicos (PIETRO, 2008, p. 453).

É na autarquia que reside um dos pontos de interesse, haja vista a aparente aproximação com algumas características dos Conselhos de Direito, graças a não tão clara redação do dispositivo legal do Decreto-lei 200/1967 (CARVALHO FILHO, 2008, p. 441), que, logo a primeira vista, propõe sua conceituação sem mencionar o Regime Jurídico a que pertence. A norma retrocitada, no inciso I, de seu artigo 5º., define autarquia como sendo o serviço autônomo criado por lei, com personalidade jurídica, patrimônio e receita próprios,

para executar atividades típicas da Administração Pública, que requeiram, para seu melhor funcionamento, gestão administrativa e financeira descentralizada.

Outra questão que pode causar confusão diz respeito ao uso da terminologia autonomia. Autonomia é uma figura de conotação política, porque indica que alguns entes podem criar sua própria administração e estabelecer sua organização jurídica. Na autarquia a conotação é administrativa. O Estado visa atribuir-lhe algumas funções que merecem ser executadas de forma descentralizada. Por isso não podem criar regras jurídicas de auto-organização, nem terem capacidade política (CARVALHO FILHO, 2008, p. 439).

Falando-se em capacidade de auto-administração, diferencia-se a autarquia das pessoas jurídicas públicas políticas (União, Estados e Municípios), que têm o poder de criar o próprio direito, dentro de um âmbito de ação fixado pela Constituição. Não é demais repetir que se deve evitar o termo autonomia, em relação às autarquias, porque estas não têm o poder de criar o próprio direito, mas apenas a capacidade de se auto-administrar a respeito das matérias específicas que lhes foram destinadas pela pessoa pública política que lhes deu vida (PIETRO, 2008, 409).

O que se percebe é que as autarquias voltam sua atuação para a execução de determinadas políticas públicas, enquanto os Conselhos de Direito implantam, acompanham, executam e fiscalizam a própria política Pública.

Os Conselhos de Direito possuem conotação política e buscam deliberar sobre determinadas questões, enquanto as autarquias constituem um rol de pessoas jurídicas que devem concretizar estas decisões.

Complementando esse pensamento, interessante se faz a colocação de Fernando de Brito Alves:

(..) políticas públicas são aqui entendidas como o “Estado em ação”. Ação, não é, contudo, sinônimo de atividade. É uma ação sistemática e qualificada, de um determinado governo, com o objetivo específico de intervir em contextos sociais, específicos a fim de promover a inclusão. Isso faz com que as políticas públicas guardem profunda relação com a políticas (2010, p. 2013).

Os Conselhos necessitam de autonomia para tomarem suas decisões sem interferências internas, enquanto as autarquias, na condição de integrantes da Administração Pública Indireta são criadas para desempenhar funções próprias do Estado e passam a ser controladas nos termos da lei.

Ainda que considerada inconclusiva a questão a respeito da natureza jurídica dos Conselhos, forçoso se faz apresentar o dispositivo excedente do Código Civil, qual seja, o inciso quinto do artigo 41 que expõe serem pessoas jurídicas de direito público interno as demais entidades de caráter público criadas por lei.

A construção de uma idéia valendo-se deste dispositivo perpassa pelo que seja a Administração Direta, entendida como:

O conjunto de órgãos que integram as pessoas federativas, aos quais foi atribuída a competência para o exercício, de forma centralizada, das atividades administrativas do Estado. Em outras palavras, significa que “a Administração Pública é, ao mesmo tempo, a titular e a executora do serviço público” (CARVALHO FILHO, 2008, p. 426).

A centralização é justamente esta situação em que o Estado executa suas tarefas por meio dos órgãos e agentes administrativos que compõem sua estrutura fundamental. Mas o que vem a ser o órgão?

Conforme a doutrina, órgão público vem a ser “[...] o compartimento na estrutura estatal a que são cometidas funções determinadas, sendo integrado por agentes que, quando as executam, manifestam a própria vontade do Estado” (CARVALHO FILHO, 2008, p. 14).

Órgãos são unidades abstratas que sintetizam os vários círculos de atribuições do Estado. Por se tratar, tal como o próprio Estado, de entidades reais, porém abstratas (seres de razão), não têm nem vontade nem ação, no sentido de vida psíquica ou anímica próprias, que, estas, só os seres biológicos podem possuí-la. De fato, os órgãos não passam de simples repartições de atribuições, e nada mais (BANDEIRA DE MELO, 2004, p. 130).

Entretanto, o simples enquadramento dos Conselhos de Direito enquanto órgão se mostra insustentável, na medida em que esta categoria jurídica limitaria demasiadamente alguns atributos dos Conselhos.

Como já dito, os órgãos, enquanto componentes da Administração Direta, são politicamente submetidos à vontade do Executivo, a ponto de não possuírem personalidade jurídica e serem meros mecanismos no exercício da atividade administrativa. Não comportariam esta conotação política deliberativa dos Conselhos devido à ausência de autonomia e limitação de sua própria estrutura.

Ademais, a utilização da natureza jurídica do órgão para se tratar dos Conselhos de Direito e a subordinação a Administração Pública apresentar-se-ia como retrocesso, já que, como se verificará no próximo tópico, este modelo fora utilizado nos Conselhos Comunitários

na época da Ditadura Militar como meio de causar a aparente participação da população no poder em um canal totalmente submetido ao Executivo.

Em meio a tantas dificuldades para a questão, a única resposta coerente parece ser a apontada por Wilson Donizete Liberati (2003, p. 93). Em sua obra a respeito dos Conselhos e Fundos no Estatuto da Criança e do Adolescente, o autor enquadra os Conselhos de Direito como sendo órgãos autônomos e especiais, pautando-se no artigo do Decreto-lei 200/1967:

Art. 172 O Poder Executivo assegurará autonomia administrativa e financeira, no grau conveniente aos serviços, institutos e estabelecimentos incumbidos da execução de atividades de pesquisa ou ensino ou de caráter industrial, comercial ou agrícola, que por suas peculiaridades de organização e funcionamento, exijam tratamento diverso do aplicável aos demais órgãos da administração direta, observada sempre a supervisão ministerial.

§ 1º Os órgãos a que se refere este artigo terão a denominação genérica de Órgãos Autônomos.

§ 2º Nos casos de concessão de autonomia financeira, fica o Poder Executivo autorizado a instituir fundos especiais de natureza contábil, a cujo crédito se levarão todos os recursos vinculados às atividades do órgão autônomo, orçamentários e extra-orçamentários, inclusive a receita própria.

Desta previsão legal, infere-se que nem todos os órgãos são iguais e que alguns deles recebem tratamento jurídico diferenciado. Os previstos nesse dispositivo são denominados genericamente de órgão autônomo. É nesse sentido o ensinamento de Manoel de Oliveira Franco Sobrinho⁷:

Órgão autônomo é aquele que se qualifica por dois fatores que fazem unidade: a) um de vontade estatal; b) outro de faculdades consagradas em lei. Em matéria de serviço, podem aparecer como primários (órgãos) ou secundários (subórgãos), em razão da competência ou das funções. Na sua dinâmica, por força da infra-estrutura, assumem poderes de direção (diretivo no sentido do negócio público), de normatividade (produção de normas reguladoras), de operação administrativa (consecução dos objetivos básicos).

As especificidades dos Conselhos de Direito, levando-se em conta sua composição paritária (vez que existe em sua formação pessoas fora do quadro de servidores do executivo), seu caráter descentralizado (exercício de atribuições com liberdade e autonomia) e poder deliberativo (a ponto de suas decisões configurarem manifestação da própria vontade do Estado), são capazes de atribuir-lhe o status de órgão público especial (LIBERATI, 2003, p. 95).

Embora não se trate de atividade industrial, agrícola, comercial ou de ensino, não retira o caráter especial de tais Conselhos, vez que a enumeração do texto legal é exemplificativa e não exaustiva, posto que o elemento ensejador

⁷ FRANCO SOBRINHO *apud* LIBERATI. *op. cit.* p. 94.

do tratamento diferenciador especial está menos na natureza da atividade a desempenhar e mais nas “peculiaridades de sua organização e funcionamento” (LIBERATI, 2003, p. 95).

Portanto, os Conselhos de Direito passam a ser entendidos como órgãos especiais, não só devido à sua estrutura e funcionamento específicos, autônomos, ou por não estarem subordinados hierarquicamente ao governo e descentralizados, mas também, por possuírem capacidade pública para decidir as questões que lhes são afetas com a peculiaridade de que suas deliberações se tornem vontade estatal, sujeitando o Executivo ao seu cumprimento, pautando-se nos Princípios Constitucionais, sobretudo o da Soberania Popular.

Em relação a sua autonomia, deve-se lembrar que os Conselhos de Direito, na qualidade de órgãos diferenciados, continuam a não possuir personalidade jurídica e, apesar de não subordinados politicamente ao Executivo, passa a ter com ele um vínculo meramente administrativo. Isto se mostra necessário justamente porque parte da Administração o orçamento necessário à manutenção das estruturas dos Conselhos e dos espaços por eles utilizados (LIBERATI, 2003, p. 113).

Quanto ao caráter descentralizado, resta frisar que deve ser entendido em seu sentido substancial, pois consiste na simples transferência de poder de uma autoridade central para uma periférica, e não no sentido jurídico-positivo empregado no Direito Administrativo, o que por óbvio, ensejaria a existência de uma pessoa jurídica.

Com isso, só neste momento é possível chegar a uma conceituação definitiva de Conselhos de Direito. São eles órgãos públicos, especiais, autônomos e descentralizados que, fundados nos princípios constitucionais da Federação, da República, do Estado Democrático de Direito, da Cidadania e da Soberania popular, e criados por lei específica, possibilitam, por meio de sua constituição paritária e participação popular, a implantação, acompanhamento, deliberação e fiscalização de questões ligadas a políticas públicas em âmbito municipal, estadual e nacional.

Traçadas estas considerações jurídicas a fim de identificar o objeto do trabalho, mostra-se relevante o esforço de situar os Conselhos de Direito no tempo.

2. HISTÓRIA DOS CONSELHOS DE DIREITO

O esforço para se buscar os processos e eventos que antecedem a existência dos Conselhos demonstra-se deveras importante, já que uma compreensão holística deste instrumento de participação popular deve, necessariamente, obedecer este caminho.

Neste sentido, a História, ciência que trata dos grandes acontecimentos humanos do passado dentro do seu contexto social, econômico e político, interrelacionando-os, revela que os Conselhos, de modo genérico, se fazem presentes desde tempos longínquos (BERBEIRO, 1976, p. 04).

Quanto a isto, importante é a contribuição de Maria da Glória Gohn, que expõe serem os Conselhos uma invenção tão antiga quanto a própria democracia participativa e remeter sua origem aos próprios clãs visigodos, que povoaram a Europa no século V d.C.(GOHN, 2007, p. 65).

Ademais, a referida autora também elenca a importante contribuição de outros famosos conselhos, como a Comuna de Paris, os conselhos soviéticos russos, os conselhos alemães de 1920, dentre outros, que irromperam em épocas de crises políticas e institucionais, conflitando com as organizações de caráter mais tradicionais.

Para nós a importância de registrar a experiência da Comuna como um grande legado histórico das lutas populares está no fato da novidade histórica que ela inaugurou: a autogestão da coisa pública pelos próprios mandatários, a possibilidade da participação direta da população na gestão da cidade e, principalmente, a possibilidade da gestão pública estatal, articulada com a gestão da produção, em um projeto político emancipatório (GOHN, 2007, p. 65).

Já os soviéticos russos nasceram em 1905 e foram recriados em 1917 pela revolução socialista. Eram organismos de classe, compostos por operários, soldados e intelectuais revolucionários que desempenharam tarefas públicas que outrora eram responsabilidade do Estado, tais como na área da saúde e da manutenção da segurança pública (GOHN, 2007, p. 65).

Já os conselhos alemães sobreviveram até 1923 e eram eleitos sobre a base de uma empresa, não considerada apenas uma unidade de produção, mas uma célula social. Eram órgãos de autogestão da produção e auto-administração da população existente sobre a base dessa empresa.

Os conselhos alemães tratavam ainda da questão dos salários e da rotatividade das tarefas, com o objetivo de quebrar as escalas de hierarquia: controlavam os preços dos aluguéis e dos gêneros de primeira necessidade, além de ter mecanismos de combate à especulação (GOHN, 2007, p. 68).

No Brasil, Cleiton de Oliveira assevera que a existência dos Conselhos, sobretudo em âmbito municipal não é nova. Segundo o autor, é possível registrar a existência desses colegiados no século XIX em diferentes províncias: Alagoas, Bahia, Rio de Janeiro, Espírito Santo, Paraná e Santa Catarina. Na província de São Paulo é registrada a existência do Conselho de Instrução, em 1871⁸.

No entanto, a discussão a respeito dos Conselhos no Brasil ganha maior relevância na segunda metade do século XX. Neste período, os autores identificam basicamente a existência dos Conselhos Populares, construídos pelos movimentos populares ou setores organizados da sociedade civil em suas relações de negociações com o poder público; e os Conselhos Comunitários, criados pelo próprio Poder Público para mediar suas relações com os movimentos e organizações populares (LIBERATI, 2003, p. 37).

Os Conselhos Populares, nos anos de 1980, tinham como núcleo central a questão da participação popular. Os movimentos sociais da massa, não exclusivamente sindicais e nem exclusivamente político-partidários, eram elementos fundamentais para a construção dos Conselhos Populares representativos da população.

Sobre um caso em particular, disserta Maria da Glória Gohn (2007, p. 77):

Os conselhos populares de saúde surgiram a partir da unificação de movimentos reivindicatórios na área da saúde e do saneamento, atuantes desde a década de 1970. Na realidade, inicialmente eles abarcavam mais reivindicações na área do saneamento, relativos à falta de infra-estrutura urbana (água, esgoto, etc). Apesar da representatividade dos conselhos de saúde, eles eram desprovidos de autonomia na gestão dos seus recursos e não tinham poder deliberativo, dificultando o desempenho de uma de suas tarefas básicas e elementares: a da fiscalização.

Ainda, de acordo com a autora, os Conselhos Populares encontraram muitas dificuldades para o seu sucesso institucional, tanto em decorrência do momento pelo qual o país passava, tanto por problemas em sua própria estrutura, o que, diga-se de passagem, não foi capaz de anular sua importância histórica na luta pela participação popular na gestão do Poder.

Os movimentos sociais organizados não conseguiram, de início, na sua maioria, avançar além da apresentação de demandas e reivindicações, sem propostas concretas para disputar a hegemonia e ocupar os múltiplos espaços criados.

As diferentes formas de organização existentes nesses Conselhos disputaram reconhecimento e o atendimento prioritário do objeto de sua organização.

⁸ MOACYR *apud* OLIVEIRA, Cleiton. *et. al. Conselhos Municipais de Educação: um estudo na região metropolitana de Campinas*. Campinas: Alínea, 2006. p. 11.

Isto fez com que predominasse a visão pontual e fragmentada em relação ao conjunto da população e da cidade (LIBERATI, 2003, p. 38-39).

A exemplo, os Conselhos Comunitários consistiram em experiência concomitante aos Conselhos Populares, pois datam justamente da década de 1970 e 1980. Entretanto, diferentemente destes, os Conselhos Populares travam-se de mecanismos ligados diretamente ao Executivo ou à coordenação das Administrações Regionais de modo a ser intitulados por Maria da Glória Gohn como “virtuais instrumentos de mobilização popular” (2007, p. 72).

Eram, portanto, espaços de negociação entre o movimento popular e certas áreas do poder público. Eles eram mais consultivos do que deliberativos. Atuavam como apaziguadores e, não raro, praticavam políticas de cooptação de lideranças e incorporavam apenas os setores organizados que apóiam a facção política que estava no poder (GOHN, 2001, p. 212).

No entanto, a partir da década de 1980, uma série de acontecimentos envolvendo a política, a economia, o cenário internacional, dentre outros, proporcionou o renascimento do debate a respeito da democracia, em clara demonstração de falência do regime militar, autoritário e centralizador vigente até então.

Junto com a volta do jogo democrático teve-se o acirramento da crise econômica e uma onda geral de desemprego a que o país já se havia desacostumado. A inflação começou a galopar em seus índices, a mobilização social tomou características de agitação de massas com greves, saques a supermercados, linchamentos populares, expressando o desejo das massas de fazer justiça com as próprias mãos e desespero social (GOHN, 2001, p. 126).

O referido debate sobre a democracia, permeado também por certa dose de conflitos um pouco mais acalorados, envolviam os movimentos sociais organizados, apoiados pelos setores da esquerda nacional, e os militares, que se encontravam no governo e participaram do processo de abertura política e do fim do regime militar em 1985, e teve como resultado, a introdução da perspectiva de descentralização de poderes, aliada à participação política, por parte da sociedade civil, na deliberação de políticas públicas, devidamente elencadas na Constituição Federal (GOHN, 2001, p. 126).

Soma-se a esta mudança, um novo movimento na sociedade, que toma corpo a partir da década de 90, o qual ultrapassa o mero desejo de mudança na estrutura política.

Nos anos 90 o modelo referencial passa a ser outro: ele enfatiza os valores da ética e da moral. Uma nova moral, sem corrupção, com dignidade. Tratam-se de metas ambiciosas se considerarmos o passado da cultura política vigente, impregnada de vícios como o nepotismo, o clientelismo, e

uma visão patronalista do Estado. De um lado, eles são formas de descentralização do poder – demandada pela população -, mas de outro, eles são fruto da crise das instituições públicas e parte constitutiva das reformas estatais que implicam diminuição de custos e transferência de responsabilidade na solução dos problemas locais para os cidadãos, tratados como usuários ou clientes dos serviços públicos (GOHN, 2007, p. 94, 206 - *passim*).

É neste cenário que se constrói a idéia dos Conselhos de Direito, como espaços de democratização da coisa pública, de exercício da cidadania e, também, de controle e de fiscalização do poder público, fundamentando-se nos princípios constitucionais.

A par da consolidação dessa idéia de conselho de direito, é imperioso reconhecer que sua existência se cristaliza, não apenas por princípios, mas também por regras dispostas não só na própria Constituição como também por todo ordenamento jurídico.

3. PREVISÃO LEGAL DOS CONSELHOS DE DIREITO

A existência dos Conselhos de Direito foi a grande novidade na gestão das políticas públicas ao longo dos anos, vez que, tradicionalmente, a escolha das opções políticas, feitas por intermédio de um juízo de oportunidade e conveniência, cabia, ao Executivo, que concentrava o poder político.

Entretanto, como já exposto, a Constituição Federal consolidou uma série de reivindicações e estabeleceu não só princípios, como regras que exigem a existência dos Conselhos como forma de expressão, representação e participação popular na formulação e controle de determinadas políticas públicas (GOHN, 2007, p. 83).

Neste sentido, fazem-se presentes os seguintes dispositivos constitucionais apontados unissonamente pela doutrina:

Art. 194 A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social.

Parágrafo único. Compete ao Poder Público, nos termos da lei, organizar a seguridade social, com base nos seguintes objetivos:

[...]

VII - caráter democrático e descentralizado da administração, mediante gestão quadripartite, com participação dos trabalhadores, dos empregadores, dos aposentados e do Governo nos órgãos colegiados.

Art. 198 As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes:

I - descentralização, com direção única em cada esfera de governo;
[...]
III - participação da comunidade.

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

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

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

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

[...]

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

As expressões grifadas demonstram justamente os aspectos que merecem destaque (participação, descentralização, etc.) e que, apesar de relativa abstração, viabilizou a existência destes órgãos autônomos.

Não existe, portanto, a menção expressa dos Conselhos de Direito a nível constitucional. Esta tarefa coube a lei ordinária que passou a regulamentar o direito constitucional à participação por meio de Conselhos de Direito, de composição paritária, entre representantes do poder executivo e de instituições da sociedade civil.

As reformas operadas pelo Estado brasileiro, na última década, articularam a existência de conselhos ao repasse de recursos financeiros do nível federal ao estadual e ao municipal. Muitos deles já foram criados, a exemplo dos conselhos circunscritos às ações e aos serviços públicos (saúde, educação e cultura) e aos interesses gerais da comunidade (meio ambiente, defesa do consumidor, patrimônio histórico-cultural), assim como aos interesses de grupos e camadas sociais específicas como crianças, adolescentes, idosos, mulheres, etc. (GOHN, 2007, p. 84).

Dentre todas as legislações mencionadas por Maria da Glória Gohn, é possível mencionar o caso envolvendo os Conselhos da Saúde, cuja participação encontra-se expressa na Lei 8.080/90:

Art. 7º As ações e serviços públicos de saúde e os serviços privados contratados ou conveniados que integram o Sistema Único de Saúde (SUS),

são desenvolvidos de acordo com as diretrizes previstas no art. 198 da Constituição Federal, obedecendo ainda aos seguintes princípios:

[...]

VIII - participação da comunidade;

[...]

O tema também foi regulamentado pela Lei 8.142/90 que se distancia das abstrações e passa a tratar expressamente dos Conselhos de Direito da Saúde:

Art. 1º O Sistema Único de Saúde (SUS), de que trata a Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, contará, em cada esfera de governo, sem prejuízo das funções do Poder Legislativo, com as seguintes instâncias colegiadas:

I - a Conferência de Saúde; e

II - o Conselho de Saúde.

§ 2º O Conselho de Saúde, em caráter permanente e deliberativo, órgão colegiado composto por representantes do governo, prestadores de serviço, profissionais de saúde e usuários, atua na formulação de estratégias e no controle da execução da política de saúde na instância correspondente, inclusive nos aspectos econômicos e financeiros, cujas decisões serão homologadas pelo chefe do poder legalmente constituído em cada esfera do governo.

[...]

Art. 4º Para receberem os recursos, de que trata o art. 3º desta lei, os Municípios, os Estados e o Distrito Federal deverão contar com:

I - Fundo de Saúde;

II - Conselho de Saúde, com composição paritária de acordo com o Decreto nº 99.438, de 7 de agosto de 1990.

Além deste exemplo, pode-se mencionar o caso dos Conselhos de Direito da Criança e do Adolescente, cuja determinação partiu da própria Lei 8.069/90:

Art. 88 São diretrizes da política de atendimento:

[...]

II - criação de conselhos municipais, estaduais e nacional dos direitos da criança e do adolescente, órgãos deliberativos e controladores das ações em todos os níveis, assegurada a participação popular paritária por meio de organizações representativas, segundo leis federal, estaduais e municipais;

Percebe-se que o Estatuto da Criança e do Adolescente, assim como no caso da lei criadora dos Conselhos de Direito da Saúde, vincula o repasse de verbas destinadas ao atendimento de determinadas políticas públicas a existência dos Conselhos de Direito:

Art. 261 A falta dos conselhos municipais dos direitos da criança e do adolescente, os registros, inscrições e alterações a que se referem os arts. 90, parágrafo único, e 91 desta Lei serão efetuados perante a autoridade judiciária da comarca a que pertencer a entidade.

Parágrafo único. A União fica autorizada a repassar aos estados e municípios, e os estados aos municípios, os recursos referentes aos programas e atividades previstos nesta Lei, tão logo estejam criados os conselhos dos direitos da criança e do adolescente nos seus respectivos níveis.

É possível identificar também menções expressas em leis orgânicas de municípios, as quais, mesmo não necessitando, haja vista o arcabouço jurídico construído no âmbito federal, frisam a importância e necessidade dos Conselhos de Direito, como no caso da legislação orgânica do município de Londrina, que no capítulo III trata sobre Conselhos Municipais, assim estabelecendo:

Art. 64 Os Conselhos Municipais constituem-se em organismos representativos, criados por lei específica, com a finalidade de auxiliar as ações e o planejamento das políticas a serem implementadas nas áreas de sua competência.

§ 1º Na composição dos Conselhos Municipais, fica assegurada a representatividade dos Poderes Executivo e Legislativo e da sociedade civil organizada, limitada esta ao atendimento de concorrência e objetivos dos Conselhos.

§ 2º A participação nos Conselhos Municipais será gratuita e constituirá serviço público relevante.

§ 3º Os órgãos e entidades da Administração Pública Municipal ficarão obrigados a prestar as informações necessárias ao funcionamento desses Conselhos e a fornecer os documentos administrativos que lhes forem solicitados.

§ 4º O disposto neste artigo não se aplica aos conselhos de empresas públicas, de sociedades de economia mista e de suas subsidiárias, cuja constituição e finalidade serão disciplinadas por lei federal.

É a partir de previsões legais como estas, calcadas em princípios constitucionais, que os Conselhos de Direitos, por meio de leis específicas para sua criação, se tornam realidades jurídicas.

4. ORGANIZAÇÃO DOS CONSELHOS DE DIREITO

O ponto de partida para identificar a organização dos Conselhos figura na constatação da inexistência de uma lei em âmbito federal que determine, detalhadamente, suas estruturas de funcionamento, competências ou modo de organização.

Como já demonstrado, as regras superiores se limitam a instituir a possibilidade e, em muitos casos, a necessidade, de se criarem os Conselhos, bem como os princípios que nortearão o seu funcionamento, delegando ao legislador local relatada tarefa.

Se esta decisão se mostra acertada ou não, é difícil de se afirmar. O que se pode, contudo, sustentar, é que, de modo algum, esta decisão do legislador consubstancia vício de legalidade, haja vista os princípios constitucionais, que prezam pela descentralização e

participação do povo no poder, e as regras em diversos níveis que prevêm a existência dos Conselhos.

Mesmo diante desta aparente desordem, a análise de algumas leis observadas e devidamente referenciadas neste trabalho, tem demonstrado que os Conselhos de Direito geralmente adotam modos de organização e regimentos com estruturas similares, de tal forma que seja possível identificar e expor algumas de suas peculiaridades.

Como já mencionado, os Conselhos de Direito são criados por meio de lei ordinária. Conforme interpretação da redação do artigo 61, §1º da Constituição Federal, de sorte que, Wilson Donizete Liberati afirma que esta lei será de iniciativa do executivo municipal, estadual ou federal (2003, p. 95).

Art. 61 A iniciativa das leis complementares e ordinárias cabe a qualquer membro ou Comissão da Câmara dos Deputados, do Senado Federal ou do Congresso Nacional, ao Presidente da República, ao Supremo Tribunal Federal, aos Tribunais Superiores, ao Procurador-Geral da República e aos cidadãos, na forma e nos casos previstos nesta Constituição.

§ 1º - São de iniciativa privativa do Presidente da República as leis que:

I - fixem ou modifiquem os efetivos das Forças Armadas;

II - disponham sobre:

[...]

e) criação e extinção de Ministérios e órgãos da administração pública, observado o disposto no art. 84, VI.

Neste sentido se pronuncia José Nilo de Castro⁹:

O ordenamento jurídico constitucional reserva ao prefeito a iniciativa privada de leis que tratem de criação, estruturação e extinção de secretaria municipal, departamento, órgãos autônomo e entidade da Administração Indireta. Na verdade, qualquer órgão da Administração Pública só pode ser criado por lei de iniciativa privativa do Chefe do Executivo, em quaisquer das esferas de governo.

Mais do que mera recomendação, é dever do Executivo enviar à Câmara projeto de lei para criar os Conselhos de Direito, inclusive para que haja repasse de dotações orçamentárias de forma adequada.

Em que pese à omissão do Executivo quanto a este papel, esgotadas as negociações e articulações políticas, o Ministério Público (ator social de suma importância), que tem importante papel no controle do Poder também poderá acionar o Judiciário, bem como, tomar outras medidas legais (Mandado de Injunção, Ação Declaratória de Inconstitucionalidade por

⁹ CASTRO *apud* LIBERATI. *op. cit.* p. 102.

Omissão ou Ação Civil Pública), medidas estas que já têm sido tomadas em diferentes Comarcas do Estado do Paraná, inclusive.

Quanto ao conteúdo dessa lei, o que a princípio se pode afirmar, é que ela deve observar, sob pena de subverter o instituto, a natureza dos Conselhos, sua autonomia, caráter de descentralização política, participação popular paritária e possibilidade de deliberação dos assuntos de sua competência.

Ademais, é comum que a mesma lei, criadora dos Conselhos de Direito, crie outros órgãos e um fundo, o qual reunirá recursos financeiros com a perseguição dos objetivos dos próprios Conselhos, a fim de dar caráter sistêmico ao atendimento de determinada política pública.

A prática tem demonstrado que a lei também deve prever a natureza dos Conselhos (órgão público, autônomo e especial), suas competências e sua composição (de modo a discriminar a quantidade de membros e sua procedência, sempre observando a paridade); a forma de escolha dos conselheiros e duração de seus mandatos; forma de substituição dos conselheiros; hipóteses de perda dos mandatos; impedimentos para o exercício da função; estrutura administrativa para o seu funcionamento; caráter normativo das resoluções, dentre outros assuntos voltados à realidade do local.

Outras peculiaridades, como, por exemplo, a estrutura interna e funcionamento dos Conselhos, forma de escolha do presidente e demais funções, ordem a ser seguida em reuniões ordinárias e extraordinárias, dentre outros assuntos de cunho burocrático, devem ser regradados pelo o regimento interno.

Outro aspecto interessante tratado na lei de criação dos Conselhos diz respeito à observância da paridade. A experiência tem demonstrado que as entidades não governamentais que representarão a sociedade civil nos Conselhos de Direito serão selecionadas pela lei de acordo com o compromisso ou vínculo que tenham com a defesa ou promoção de determinada política pública ou área de interesse social.

Por parte das entidades governamentais, a escolha também levará em conta os servidores ou as instituições que possuem algum tipo de vínculo com a área de interesse dos Conselhos. Tanto em relação às entidades governamentais e não-governamentais, recomenda-se que o escolhido tenha certo poder de decisão dentro de sua entidade.

O procedimento para a escolha dos representantes da sociedade civil deve estar previsto na lei de criação do Conselho de Direito. Algumas cidades adotam a convocação de assembleia pelo prefeito, que escolherá os representantes populares. A respeito disso, discorda Wilson Donizete Liberati:

Se a cidade tem necessidade e condição de ter um Conselho desta natureza é porque tem grupos sociais organizados. Portanto, esses grupos reunidos (constituindo o Fórum-DCA) devem conduzir o primeiro processo de escolha, e os demais pelo próprio Conselho (2003, p. 112).

Já no que diz respeito ao procedimento para a escolha dos representantes do Poder Público, a experiência tem demonstrado que indicação obedece a critérios de cunho políticos.

Outro assunto de grande relevância, diz respeito à função exercida pelo Conselheiro. A doutrina e as leis consultadas enquadraram-na como de interesse público relevante, equiparada, por exemplo, a dos mesários e escrutinadores em eleições, ou de jurados do Tribunal do Juri, motivo pelo qual, nos termos do art. 439 do Código de Processo Civil, eles terão em seu favor as seguintes presunções de idoneidade moral e assegurará prisão especial, em caso de crime comum, até o julgamento definitivo.

Por este mesmo motivo, a função não é remunerada, como uma tentativa de atrair para as discussões pessoas realmente interessadas no tema e a fim de manter um afastamento do Executivo, já que uma eventual remuneração adviria deste ente.

Outro ponto identificado, diz respeito à posse dos Conselheiros, a qual, geralmente, é realizada pelo prefeito, demonstrando, mais uma vez, que, não obstante a ausência de subordinação dos Conselhos para com o Executivo, há um vínculo de cunho administrativo entre os dois.

No que tange à estrutura administrativa dos Conselhos, observa-se que para facilitar o desempenho de suas tarefas, poderão os Conselhos prever em seus regimentos internos seu modo de organização. Em regra, constata-se a existência de presidência, secretaria, plenária, comissões temáticas e grupos de trabalho.

Não obstante a existência de tal estrutura, os Conselhos podem estar vinculados a algum setor, departamento ou secretaria para facilitar o desenvolvimento de suas atividades administrativas. Como já frisado, esta vinculação não deve ser confundida com subordinação hierárquica, já que sua autonomia é peça fundamental de sua própria existência.

Ademais, a realidade de muitos municípios brasileiros, por exemplo, não proporciona que Conselhos de Direito possuam uma estrutura, um espaço e um corpo funcional próprio e exclusivo.

Há casos, entretanto, que os Conselhos gozam de importância considerável no meio social de tal forma que garante, por meio da devida previsão orçamentária do Município, do Estado ou da União, recursos financeiros para manter sua própria estrutura física e humana.

Um último aspecto a se abordar envolve a constatação da existência de um Fundo, que consiste em recursos financeiros destinados ao atendimento das políticas, programas e ações voltadas as finalidades dos Conselhos de Direito, distribuídos mediante suas próprias deliberações (LIBERATI, 2003, p. 215). Juridicamente, seu conceito é oferecido pela Lei 4.320/64, que assim institui:

Art. 71 Constitui fundo especial o produto de receitas especificadas que por lei se vinculam à realização de determinados objetivos ou serviços, facultada a adoção de normas peculiares de aplicação.

Como a própria redação legal esclarece, os fundos, assim como os Conselhos são criados por lei¹⁰. É comum que a mesma lei que cria o Conselho faça menção ao fundo, mas é certo que este deva receber tratamento em lei própria, tendo em vista até mesmo as diferenças existentes quanto ao fundamento e finalidade.

De fato, o Fundo consiste em uma conta, aberta em agência bancária, que será gerida pelos próprios Conselhos e administrada, do ponto de vista contábil, por profissional do ramo que poderá pertencer ao próprio Executivo, haja vista a mencionada vinculação entre esse e os Conselhos.

Em verdade, o Fundo é mais do que mera dotação financeira, a partir do momento em que se mostra importante para garantir ainda mais a autonomia dos Conselhos de Direito, que poderá executar suas decisões com certo distanciamento do Poder Público.

O Fundo também possui grande valor estratégico, na medida em que concentra os valores provenientes de repasses, doações, multas administrativas e judiciais, e propõe uma aplicação ordenada e eficiente dos recursos, evitando o paralelismo de ações do Poder Público em certas áreas e a conseqüente deficiência na gestão dos recursos.

Ainda de acordo com a Lei 4.320/64, é importante ressaltar que o saldo positivo do fundo especial apurado em balanço será transferido para o exercício seguinte, a crédito do mesmo fundo.

Além disso, a lei que instituir fundo especial poderá determinar normas peculiares de controle, prestação e tomada de contas, sem, de qualquer modo, elidir a competência específica do Tribunal de Contas ou órgão equivalente.

¹⁰ Art. 167. São vedados:

[...]

IX - a instituição de fundos de qualquer natureza, sem prévia autorização legislativa.
BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil. op. cit.*

Abordados os pontos relativos à organização dos Conselhos de Direito, importante se faz a menção a alguns dos pontos que dificultam ou até mesmo obstaculizam sua implantação e efetivação.

5. OBSTÁCULOS AO EFETIVO FUNCIONAMENTO DOS CONSELHOS DE DIREITO

Uma das principais observações a serem feitas em relação à própria efetividade dos Conselhos diz respeito ao grau de comprometimento e instrução dos Conselheiros, principalmente daqueles que representam a sociedade civil por meio das entidades não-governamentais.

De nada adiantaria possibilitar o exercício do poder político de modo paritário se a parcela dos Conselhos que representa justamente a sociedade não for envolvida com o tema ou então não tiver a instrução necessária para não se tornar refém de discursos evasivos e perniciosos.

Embora aparentemente exagerado, o alerta demonstra certa relevância para a discussão a respeito do funcionamento efetivo dos Conselhos.

No seu funcionamento haverá uma disputa (embora mascarada) pela hegemonia, pela predominância de posições. Entretanto, esta disputa não é uma guerra, uma “briga pessoal”. Será uma disputa de idéias, de concepções políticas e ideológicas divergentes. Por isso, deverá ser, antes de tudo, ética e respeitosa (LIBERATI, 2003, p. 111).

A colocação ganha sentido ao se constatar que em alguns casos a paridade encontrada nos Conselhos existe apenas no plano quantitativo. Não raro, é possível ver representantes das entidades não-governamentais serem dominados pela linguagem, por técnicas diversas ou conhecimentos empregados por indivíduos um pouco mais letrados.

Essas questões vêm suscitar o problema da falta de capacitação dos conselheiros [...]. Pode-se dizer que a maioria dos conselheiros nunca recebeu capacitação para exercer essa função. Tais problemas são ainda mais evidentes nos conselhos de saúde, onde fica clara a desigualdade entre o representante dos usuários e os representantes dos prestadores de serviço, os quais detêm um conhecimento prévio correspondente ao saber técnico (GUIMARÃES, 2008, p. 87).

É necessário que haja um equilíbrio no mais amplo sentido entre os representantes do Poder Público e da sociedade, ambos com potencial de bem representar os setores dos quais

originaram, sob pena de subversão do critério da paridade e, conseqüentemente, concentração do Poder.

Assim, não é difícil chegar à conclusão a respeito da necessidade de capacitação dos conselheiros, com cursos, seminários, trocas de experiências, fóruns, eventos diversos, etc.

Em relação aos problemas com o baixo grau de escolaridade da população, tem-se observado um grande número de programas e cursos de capacitação de conselheiros e associações civis envolvidos na participação política. Nas mais diversas análises realizadas a respeito dos conselhos gestores, a capacitação é vista como indispensável, assim como a formação dos conselheiros para uma atuação consciente e eficiente (GUIMARÃES, 2008, p. 101).

No entanto, cabe alertar que a instrução dos Conselheiros não deve ser entendida como um pressuposto para que os representantes da sociedade civil possam atuar, já que a democracia, segundo o próprio José Afonso da Silva, não necessita de pressupostos especiais (2006, p. 129).

Conforme lição de Manoel Gonçalves Ferreira Filho, só a experiência do autogoverno habilita o povo, em última análise, a autogovernar-se. A educação deve ser alcançada progressivamente ao autogoverno, sob pena de cair no círculo vicioso do discurso oligárquico, que concebe a instrução como pressuposto para o exercício do poder (2008, p. 107).

Ademais, há necessidade de haver real comprometimento dos representantes da sociedade civil com as entidades que representam, de tal modo que suas opiniões expressas nos Conselhos não tenham como base apenas suas próprias aspirações e pontos de vista. É imperioso, portanto, que o conselheiro tenha estreito e permanente vínculo com a comunidade que o elegeu.

Entretanto, a realidade fática demonstra que as dificuldades não se restringem aos conselheiros representantes da sociedade civil. Por mais que a lei faça referência à origem dos representantes do Poder Público, a indicação de um nome do determinado setor consiste em decisão de cunho político, o que, em alguns casos, também pode gerar distorções.

Ao serem indicados para compor o conselho por critérios de afinidade pessoal ou política com o Executivo municipal, esses representantes passam a compor uma base de apoio ao prefeito, defendendo e apoiando os seus projetos e interesses, em detrimento dos projetos e interesses do segmento social que representam. Nesse sentido, apesar de existir a paridade numérica, não existe a paridade decisória.¹¹

¹¹ REGO *apud* GUIMARÃES. *op. cit.* p. 77.

Esta constatação também pode colocar em xeque a questão do poder de representação nos Conselhos de Direito, já que os atores, valendo-se da prática clientelista, podem não possuir um real compromisso com a área de interesse dos Conselhos.

Consequentemente, estes funcionários tornam-se incapazes de levar questões importantes à deliberação nos Conselhos, desprivilegiando e enfraquecendo a instituição e tornando-a palco de jogos politiqueros.

Mas os Conselheiros não são os únicos atores dentro dos Conselhos de Direito. Como abordado anteriormente, a participação popular na gestão das Políticas Públicas constitui exigência consolidada na Constituição Federal de 1988. É uma conquista que não deve ser entendida apenas como direito, mas também como dever.

O arranjo político-institucional garante o funcionamento da democracia, mas não é capaz de criar uma cultura política democrática. É indispensável que o cidadão ocupe seu papel neste sistema para estender a democracia para além dos procedimentos formais (PAIVA, SOUZA & LOPES, 2010).

Entretanto, não é o que se observa. De fato, a sociedade brasileira foi alijada do processo de deliberação política ao longo de décadas, mesmo que se ressalte os importantes episódios que precederam o retorno do regime Democrático, o que sem dúvida provocou um distanciamento natural daquela para com o Poder Público.

Além disso, constata-se uma falta de interesse e desconhecimento da população a respeito da existência dos Conselhos de Direito e da possibilidade de participação. Nesta questão, frisa-se que esse desconhecimento não é exclusividade da população que desde cedo se afasta dos bancos escolares. Para sermos mais incisivos, até entre os próprios profissionais que atuam no Direito, o assunto é pouco estudado.

Do ponto de vista dos Executivos, há também a falta de vontade política para promover o compartilhamento das decisões com a sociedade civil. Por mais que haja todo um arcabouço legal possibilitando a existência dos Conselhos de Direito, sabe-se que a postura do Poder Público é determinante no sentido de incentivar ou não o surgimento deste espaço.

Um bom exemplo que ilustra a importância da postura do Poder Público consiste na dificuldade para se encontrar as leis criadoras dos Conselhos de Direito. São poucos os municípios ou estados que dispõem de espaço próprio em seus domínios virtuais ou mesmo arquivistas para possibilitar o acesso da população à legislação.

Há que se considerar também que os Conselhos são órgãos relativamente novos, já que só começaram a ser implantados em meados da década de 90, o que também influencia nesta falta de participação.

Além do mais, a existência dos Conselhos quando desarticulado com outras forças sociais da sua localidade, como movimentos sociais, universidades, organizações diversas, etc., tende a enfraquecer ainda mais a participação da população.

Portanto, mesmo diante da latente importância dos Conselhos de Direito, resta reconhecer que sua concretização passa necessariamente pelo esforço de superar situações como essas.

Como já abordado, uma das características dos Conselhos de Direito, é justamente a faculdade de deliberar sobre assuntos de sua competência, de tal modo que suas decisões se configurem verdadeiras manifestações do Poder Público.

Esta prerrogativa não deve ser vista como usurpação dos poderes do Poder Público, já que este também participa da composição dos próprios Conselhos de Direito paritariamente. Além disso, as ações e serviços prestados para o atendimento de determinados setores devem observar a participação popular.

Mesmo assim, a questão que envolve o grau de vinculação das decisões dos Conselhos, que usualmente se apresentam no formato das resoluções, consiste em outro grande problema jurídico que necessita de maiores investigações.

As normas constitucionais e infraconstitucionais analisadas atribuem claramente o caráter deliberativo aos Conselhos, mas a ausência de instrumentos coercitivos previstos nestas normas geraram a impressão de que as decisões dos Conselhos podem ou não ser acatadas pelo Poder Público.

O fato de as decisões dos conselhos terem caráter deliberativo não garante sua implementação efetiva, pois não há estruturas jurídicas que dêem amparo legal e obriguem o executivo a acatar as decisões dos conselhos (mormente nos casos em que essas decisões venham a contrariar interesses dominantes) (GOHN, 2007, p. 91).

Verifica-se também certa inércia de quem poderia assumir importante papel no sentido da fiscalização desta situação. Entretanto o próprio desconhecimento a respeito da existência dos Conselhos e de todo arcabouço jurídico que permeia sua criação impossibilita tal tarefa.

Observa-se que a forte institucionalização dos conselhos, vista do seu arcabouço legal, não é capaz de garantir, na prática, um compartilhamento homogêneo de poderes de decisão, nem mesmo uma automática homologação das decisões e suas sucessivas implementações. Parece não

haver uma relação direta entre grau de institucionalização, livre processo de deliberação, homologação e implementação das decisões. Os resultados parecem ficar na dependência do projeto político dos governos locais. Assim, governos comprometidos com a participação da sociedade civil na gestão da cidade estimulam, apóiam e valorizam essa participação, assim como as decisões dela decorrentes, buscando concretizá-las. Em outros casos, observa-se que as decisões dos conselhos são completamente ignoradas pelos governos, que mantêm esses espaços apenas por questões legais e para a garantia do repasse de recursos financeiros, advindos sobretudo do governo federal (GUIMARÃES, 2008, p. 93).

O conhecimento a respeito dos Conselhos e suas peculiaridades normativas seria um grande passo inicial para o enfrentamento do problema, mas é clarividente que uma normatização dos Conselhos poderia contribuir e muito para a solução desta controvérsia.

Eis mais um ponto que gera polêmica. Como já afirmado, a ausência de lei que sistematize a organização que os Conselhos devem possuir não chega a configurar vício de legalidade. Entretanto, é imperioso reconhecer que a discussão a respeito do assunto é mais do que necessária.

Um tratamento jurídico sistêmico a respeito dos Conselhos de Direito poderá resolver os problemas que permeiam sua natureza jurídica e, conseqüentemente, os efeitos daí decorrentes, dilapidar ainda mais os limites da vinculação entre os Conselhos e o Poder Público, determinar os moldes da observância das deliberações do Conselho enquanto manifestação do Poder Público e toda uma série de questões de grande polêmica.

Ademais, por mais que se possa identificar pontos comuns entre alguns Conselhos de Direito, sabe-se que existem muitas localidades em que a organização deles é deveras distinta, o que dificulta e muito seu bom funcionamento.

Quanto a este assunto, Wanderley Ribeiro realiza um estudo comparado entre as estruturas organizacionais dos Conselhos Municipais de Educação da região metropolitana de Salvador e discorre a respeito de algumas disparidades. Dentre algumas apontadas, destaca-se que alguns Conselhos chegam a exigir que os Conselheiros tenham nível superior e notório conhecimento em assunto educacional, que há disparidade quanto à duração do mandato do Conselheiro (dois, três ou quatro anos) e a existência de previsão de gratificação ao Conselheiro proveniente dos cofres municipais (RIBEIRO, 2004, s/n).

Por outro lado, há que se reconhecer que uma possível lei deve ser elaborada com a devida acuidade, já que um excesso de delimitação das estruturas dos Conselhos de Direito poderia engessar a lei de âmbito local e impossibilitar a adequação dos Conselhos à realidade de determinado município ou estado.

A sociedade é pluralista e os estados e municípios podem apresentar antagonismos que nem sempre podem ser conciliados. Há um tênue limite que permeia o problema, que assim como os outros aqui apresentados, deverão ser objeto de reflexão e pesquisas mais aprofundadas, já que o tema é amplo, mas pouco desbravado.

CONCLUSÃO

A elaboração deste estudo permitiu adentrar na investigação dos próprios Conselhos de Direito, que, após a devida caracterização e investigação de sua natureza jurídica, mostrou ser órgão especial, devido à sua estrutura e funcionamento específicos, autônomo, por não estar subordinado hierarquicamente ao governo e descentralizado, por possuir capacidade pública para decidir as questões que lhes são afetas com a peculiaridade de que suas deliberações se tornem vontade estatal, sujeitando o Poder Público ao seu cumprimento, pautando-se nos Princípios Constitucionais estudados, principalmente no da Soberania Popular.

Ainda foi possível identificar uma sucessão de importantes fatos no tempo que influenciaram decisivamente o surgimento de um ambiente favorável a idéia que permeia os Conselhos. Da mesma forma, verificou-se as experiências similares a dos Conselhos de Direito vivenciadas na década de 70 e 80 que, apesar do insucesso, relaram-se deveras importante no aperfeiçoamento dialético de ora vigente.

Constatou-se também que a viabilidade legal dos Conselhos de Direito não está albergada apenas na Constituição Federal, mas também em leis federais, estaduais e municipais, que exigem sua criação como forma da população participar na gestão da coisa pública e até como requisito para que os entes federativos recebam recursos financeiros.

Superada esta questão, buscou-se identificar a maneira como estes Conselhos se organizam, ressalvados as devidas peculiaridades típicas das diferentes localidades. Neste sentido, demonstrou-se que sua criação decorre da lei, que existe um conteúdo obedecido recorrentemente por estes diplomas legais, que a lei observa critérios para a escolha dos Conselheiros, cuja função também é considerada serviço de interesse público relevante, que os Conselhos costumam vincular-se administrativamente ao Executivo e que eles, em alguns casos, possuem um Fundo para a perseguição dos objetivos de sua existência, o que garantia de modo clarividente certa autonomia.

Em outro momento, verificou-se que, não obstante a importância dos Conselhos, eles enfrentam alguns problemas que obstaculizam sua concretização, tal como o grau de comprometimento e instrução dos Conselheiros representantes da Sociedade Civil, a ausência de critérios objetivos para a escolha dos Conselheiros representantes do Poder Público, falta de participação popular, ausência de amparo jurídico para sustentar suas deliberações e a ausência de uma lei que norteie sua organização.

Apesar desta questão, é imperioso reconhecer a importância deste órgão, que enquanto realidade já posta no ordenamento jurídico, apresenta-se como um instrumento a mais para englobar o sistema de vigilância sobre a gestão pública. Mais do que a questão do controle, os Conselhos de Direito aproxima a população das questões de interesse público revelando-se como importante meio a consolidação da democracia.

REFERÊNCIAS

ALVES, Fernando de Brito. **Constituição e participação popular**. Curitiba: Juruá, 2010.

BERBEIRO, Geraldo. **História Geral**. São Paulo: Moderna, 1976.

BRASIL. Código Civil. Disponível em:
<<http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/2002/L10406.htm>>. Acesso em 10 de Maio de 2010.

BRASIL. Código de Processo Penal. Disponível em:
<<http://www.planalto.gov.br/ccivil/decreto-lei/del3689.htm>>. Acesso em 10 de Junho de 2010.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em 10 de Maio de 2010.

BRASIL. Decreto-Lei nº 200. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/decreto-lei/Del0200.htm>>. Acesso em 12 de Maio de 2010.

BRASIL. Lei Orgânica do Município de Londrina. Disponível em:
<http://www.cml.pr.gov.br/downloads/lo_julho_2003.doc>. Acesso em 23 de Maio de 2010.

BRASIL. Lei nº 8.069. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8069.htm>. Acesso em 17 de Maio de 2010.

BRASIL. Lei nº 8.080. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8080.htm>. Acesso em 14 de Maio de 2010.

BRASIL. Lei nº 8.142. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8142.htm>. Acesso em 14 de Maio de 2010.

BRASIL. Lei nº 8.242. Disponível em:
<http://www.presidencia.gov.br/estrutura_presidencia/sedh/conselho/conanda/legis/link7/introducao_view/>. Acesso em 30 de Maio de 2010.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 20. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008

CONSEMA. **Lei da Política Municipal de Meio Ambiente**. Disponível em:
<<http://sites.google.com/site/consemmadelondrina/home/legislacao/lei-politica-municipal-de-meio-ambiente>>. Acesso em 12 de Maio de 2010.

DAHL, Robert Alan. **On Democracy**. New Haven & London: Yale University Press, 2000

DINIZ, Maria Helena. **Dicionário Jurídico**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. Vol 3 J-P. 381

FERREIRA FILHO, Manuel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

GOHN, Maria da Glória. **Conselhos gestores e participação sociopolítica**. São Paulo: Cortez, 2007.

_____. **História dos Movimentos Sociais e Lutas Sociais: a construção da cidadania dos brasileiros**. 2. ed. São Paulo: Loyola, 2001.

GUIMARÃES, Aline Moraes Melgaço. **Democracia Possível: espaços institucionais, participação social e cultura política**. Campinas: Alínea, 2008.

GUTMANN, Amy, THOMPSON, Dennis. Porque democracia deliberativa? **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais**. Belo Horizonte: Editora Forum. jan./mar. 2007, v. 1

HOLLANDA, Cristina Buarque. **Teoria das elites**. Rio de Janeiro: Zahar, 2011

LEIS MUNICIPAIS. *Lei nº 12.081*. Disponível em: <<http://www.leismunicipais.com.br/cgi-local/showinglaw.pl>>. Acesso em 12 de Maio de 2010.

LIBERATI, Wilson Donizete. **Conselhos e Fundos no Estatuto da Criança e do Adolescente**. 2. ed. São Paulo: Moderna, 2003.

OLIVEIRA, Cleiton; GANZELI, Pedro; GIUBILEI, Sonia; BORGES, Zacarias Pereira. **Conselhos Municipais de Educação: um estudo na região metropolitana de Campinas**. Campinas: Alínea, 2006.

PAIVA, Denise; SOUZA, Marta Rovey; LOPES, Gustavo de Faria. **As percepções sobre Democracia, Cidadania e Direitos**. Disponível em:
<<http://www.scielo.br/pdf/op/v10n2/22022.pdf>>. Acesso em 10 de Maio de 2010.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. **Direito Administrativo**. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

POSNER, Richard A. **Direito, pragmatismo e democracia**. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

RIBEIRO, Wanderley. **Municipalização: Os conselhos municipais de educação**. Rio de Janeiro: DP&A, 2004.

SÃO CARLOS. *Lei Nº 11. 252*. Disponível em:
<<http://www.saocarlos.sp.gov.br/images/stories/pdf/lei11252.pdf>>. Acesso em 12 de Maio de 2010.

SÃO CARLOS. *Lei nº 12. 751*. Disponível em:
<<http://www.saocarlos.sp.gov.br/images/stories/pdf/lei12751.pdf>>. Acesso em 12 de Maio de 2010.

SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

SILVA, Oscar Joseph de Plácido. **Vocabulário Jurídico**. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

SLAVOJ, Zizek. **A visão em paralaxe**. São Paulo: Boitempo, 2008.