CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS
PROGRAMA DE MESTRADO EM CIÊNCIA JURÍDICA
Campus de Jacarezinho

GISELE CAVERSAN BELTRAMI MARCATO

O CONSELHO TUTELAR E A EFETIVAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À CONVIVÊNCIA FAMILIAR E COMUNITÁRIA: QUESTÕES CRÍTICAS

JACAREZINHO

2014

GISELE CAVERSAN BELTRAMI MARCATO

O CONSELHO TUTELAR E A EFETIVAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À CONVIVÊNCIA FAMILIAR E COMUNITÁRIA: QUESTÕES CRÍTICAS

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em Ciência Jurídica da Universidade Estadual do Norte do Paraná, como requisito final para a obtenção do título de Mestre em Ciência Jurídica.

Linha de Pesquisa: Estado e Responsabilidade – questões críticas.

Orientador: Professor Doutor Antônio Carlos de Souza.

JACAREZINHO

2014

GISELE CAVERSAN BELTRAMI MARCATO

O CONSELHO TUTELAR E A EFETIVAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À CONVIVÊNCIA FAMILIAR E COMUNITÁRIA: QUESTÕES CRÍTICAS

Esta dissertação foi julgada adequada para a obtenção do título de Mestre em Ciência Jurídica e aprovada em sua forma final pela Banca Examinadora e pela Coordenação do Programa de Mestrado em Ciência Jurídica da Universidade Estadual do Norte do Paraná, na Área de Concentração “Teorias da Justiça: Justiça e Exclusão”, Linha de Pesquisa “Estado e Responsabilidade – questões críticas”.

Banca Examinadora:

_____

Presidente: Professor Doutor Antônio Carlos de Souza (UENP).

_____

Membro:

_____

Membro:

_____

Coordenador do Programa: Professor Doutor Vladimir Brega Filho.

Jacarezinho, __ de agosto de 2014.

AGRADECIMENTOS

Ao professor Antônio Carlos de Souza, por seu preciosos ensinamentos. É louvável sua dedicação à pesquisa e ao meio acadêmico, servindo assim de inspiração.

A todos os professores do programa de mestrado da Universidade Estadual do Norte do Paraná pelas aulas ministradas, dedicação, comprometimento e um carinho pelo ensinar incomparável.

Entre os professores agradeço de forma especial ao Professor Doutor Fernando de Brito Alves pela generosidade no ato de ensinar, pelas inestimáveis contribuições a esta pesquisa.

Ao Professor Doutor Edinilson Donisete Machado pela prontidão no auxílio e as valiosas considerações a esta pesquisa.

A minha amada Natalina da Costa, sempre tão prestativa, comprometida, nunca poupando seu empenho para nos ajudar. O seu carinho e dedicação ao programa de mestrado nos inspira. Tornou-se uma grande amiga

Ao eterno mestre Sérgio Tibiriçá, pelo incentivo, apoio e inspiração, por uma vida dedicada à docência. Pelo incentivo ao crescimento alheio.

Ao Coordenador do Programa de Mestrado Professor Doutor Vladimir Brega Filho que serve de inspiração. Seu comprometimento e dedicação ao mestrado são dignos de infinitos elogios. O senhor é responsável pelo grande crescimento pessoal e profissional que obtive nesses anos.

Aos meus amigos de mestrado pelos momentos que passamos juntos. Foi uma luta árdua, mas juntos, completamos mais um desafio.

A minha família, apoio incondicional, em especial, a minha amada mãe que nos intervalos das aulas, com sua ligação, apesar da distância foi à força que me fez

seguir. Seu amor e dedicação que me fizeram chegar até aqui. Minha admiração será eterna. Obrigada! A meu pai que com suas palavras tornava essa jornada mais amena. Você contribuiu para essa conquista. A minha amada irmã, Daniele, sem você minha vida não teria sentido, minha fiel e terna companheira. Todas conquistas minhas e suas são na verdade "nossas". Agradeço a Deus você em minha vida. Ao meu cunhado, Vanderson, que me incentivou nas horas de desânimo. E ao meu marido, meu grande amor, que me impulsiona para às vitórias, me ergue das quedas, me acalma nas tempestades, compartilha sorrisos, angústias, sonhos, medos, alegrias, enfim você é meu "pedacinho" de felicidade! Obrigada pelo apoio durante essa luta, que foi nossa! Te amo!

.

Ao Téo, meu cachorrinho e grande companheiro que dividiu comigo horas e horas de pesquisa.

Aos meus alunos, razão do meu aprimoramento.

Por fim, a todas as crianças e adolescentes abrigados, que vivem a angústia de não conviver uma família.

“Ele encherá de novo sua boca de sorrisos e seus lábios com gritos de alegria. Você fará um projeto que se realizará, e a luz brilhará em seu caminho.”

Jó (8 e 22 – 22-28)

MARCATO, Gisele Caversan Beltrami. O Conselho Tutelar e a efetivação do Direito Fundamental à Convivência Familiar e Comunitária: Questões Críticas. 2014. 170 f. Dissertação (Mestrado em Ciência Jurídica) – Universidade Estadual do Norte do Paraná, Jacarezinho - PR.

RESUMO

A presente pesquisa tem a finalidade precípua de analisar, de forma crítica e problematizada, o papel do Conselho Tutelar na efetivação do direito à convivência familiar e comunitária de crianças e adolescentes, sob o enfoque das questões analisadas na Linha de Pesquisa "Estado e Responsabilidade – questões críticas" tendo como área de concentração as políticas públicas que caracterizam o papel do Estado nesse diapasão. O trabalho se inicia com o delineamento do panorama histórico das políticas públicas voltadas a esse público no Brasil ao longo dos anos, como forma de criar uma base teórica segura para o que virá a seguir: os deveres e limites do Estado na efetivação desse direito. Além de permitir constatações acerca das mudanças paradigmáticas ocorridas ao longo dos tempos em relação ao reconhecimento dos direitos infanto-juvenis, o que contribuiu para o modelo de política pública desenvolvida no Brasil a pesquisa, também, aborda o modelo estatal e a diretriz ideológica presente na Constituição Federal de 1988. Nesse aspecto a pretensão é de identificar o Brasil dentre os principais modelos de Estado possíveis. Por isso, a pesquisa examina o modelo de Estado Liberal, Estado Social e Estado Democrático de Direito. A identificação do modelo estatal traz como escopo, ao final, determinar a responsabilidade do Estado no que se refere à efetivação do direito à convivência familiar de crianças e adolescentes. A pesquisa coloca a Constituição Federal como um acoplamento entre o jurídico e o político como forma de analisar a política de atendimento voltada à criança e ao adolescente da maneira mais abrangente possível. Essa política deve atender as mais variadas necessidades, como questões de direito, questões orçamentárias, questões estruturais, enfim a política de atendimento deve observar os mais variados sistemas que compõem uma sociedade (jurídico, político, econômico, familiar). Delineado o objeto de estudo, são analisadas questões críticas, como a falta de engajamento da sociedade civil, a falta de capacitação dos conselheiros tutelares que por vezes não têm ciência da própria função que desempenham.

PALAVRAS-CHAVE: Direito à convivência familiar e comunitária. Conselho Tutelar. Responsabilidade do Estado. Políticas públicas. Institucionalização.

MARCATO, Gisele Caversan Beltrami. The Guardian Council and the realization of the Fundamental Right to Family and Community: Critical Issues. 2014. 170 f. Dissertation (Legal Science Master's Degree) – State University Northern Paraná, Jacarezinho-PR.

ABSTRACT

This research is primarily designed to analyze, in a critical and problematic way, the function of the Guardian Council about ensuring the right to family and community life for children and adolescents. The project begins with a historical overview about the design of public policies aimed at this audience in Brazil over the years as a way to create a strong theoretical basis for what comes next: the duties and limits of the state in the enforcement of this right. Besides allowing findings about the paradigmatic changes over time concerning the recognition of children and youth rights, which contributed for the model of public policy developed in Brazil. The research follows the state model and the ideological guideline present in the 1988 Constitution. The intention is to identify Brazil among the following models of possible state: Liberal State, welfare state and a democratic state.The identification of the state model is meant to determine the responsibility of the State in relation to the achievement of the right to family life of children and adolescents.The research puts the Federal Constitution as a coupling between the legal system and the political as a way to analyze the attendance policy aimed at children and adolescents in the most comprehensive way, envolving questions of law, budget issues, structural issues, finally, the policy should observe the various systems that make up a society (legal, political, economic, family).Then it goes back to the Guardian Council as a key organ of the health care policy. Belonging to the state structure, the Guardian Council allows the participation of civil society in the promotion and control of policies for service to children and youth rights.Outlined the object of study, are analyzed critical issues such as lack of engagement of civil society, the lack of training of council members. In this respect the research uses systems theory as a way of describing the dynamics of the Guardian Council.

KEYWORDS: Right to family and community life. Guardian Council. State responsibility. Public policy. Institutionalization

LISTA DE ILUSTRAÇÕES, TABELAS E QUADROS

GRÁFICO

GRÁFICO 1 - Brasil: proporção de crianças e adolescentes abrigados, segundo a raça/cor.....141
GRÁFICO 2- Brasil: motivo de ingresso em abrigamento relacionado à pobreza.....141
GRÁFICO 3 – Brasil: Proporção de crianças e adolescentes, segundo tempo de abrigamento.....142
GRÁFICO 4 – Brasil: Instituições que mais encaminhas crianças e adolescentes aos abrigos.....143

TABELA

TABELA 1 – Brasil: Crianças e Adolescentes abrigados por grupo de idade.....140

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO 11

1 PANORAMA HISTÓRICO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS VOLTADAS ÀS CRIANÇAS E AOS ADOLESCENTES NO BRASIL 16

1.1 A Trajetória da Política de Atendimento à Infância e Adolescência do Brasil Colônia até o Brasil Contemporâneo 17

1.2 Percurso Histórico da Institucionalização de Crianças e Adolescentes no Brasil 25

1.3 Do Direito Fundamental à Convivência Familiar: Violação e Salvaguarda 35

2 O MODELO DE ESTADO E A DIRETRIZ IDEOLOGICA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 46

2.1 Discussões sobre o Estado de Direito e o Estado Democrático de Direito 47

2.2 O Estado Democrático de Direito na Sociedade Moderna: uma Sociedade de Sistemas 61

2.3 O Modelo de Estado Brasileiro e a Política de Atendimento da Criança e do Adolescente Preconizada na Constituição Federal de 1988 75

3 DEMOCRACIA, PARTICIPAÇÃO POPULAR E OS CONSELHOS DE DIREITO E TUTELAR 91

3.1 Concepções de Democracia na Sociedade Civil 93

3.2 A Questão das Políticas Públicas no Atendimento à Criança e ao Adolescente: Aspectos Gerais e Históricos 101

3.3 O Direito Fundamental à Convivência Familiar e Comunitária e o Conselho Tutelar: Obstáculos, Perspectivas e o Panorama da Institucionalização – Questões Críticas 115

3.4 A Atuação do Conselho Tutelar na Efetivação do Direito Fundamental à Convivência Familiar e Comunitária de Crianças e Adolescente: A aplicação da Teoria dos Sistemas 144

CONCLUSÃO 159

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS 162

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa tratará da efetivação do direito à convivência familiar e comunitária de crianças e adolescentes através atividade desenvolvida pelo Conselho Tutelar, nos moldes que preconiza a Constituição Federal e o Estatuto da Criança e do Adolescente, órgão que ocupa posição de destaque na estrutura estatal atual no que concerne à política de atendimento voltada a esse público.

Terá, portanto, como recorte espacial os abrigos, instituições, bem como o Conselho Tutelar em que é possível constatar práticas irregulares de institucionalização. O período circunscrito, ou seja, o recorte temporal engloba uma pesquisa histórica que vai do período de colonização aos dias atuais. Torna-se evidente, portanto, que a população em estudo será crianças e adolescentes abrigados, encaminhados a abrigos, bem como o papel de conselheiros tutelares na efetivação do direito à convivência familiar e comunitária.

A escolha do tema justifica-se pela mudança paradigmática quanto ao modo de tratamento dispensado à criança e ao adolescente ao longo dos anos. O Estado brasileiro coadunando-se a doutrina internacional da proteção integral passou a considerar crianças e adolescentes como sujeitos de direitos, e, não meros objetos sobre qual o direito recaí.

Sendo assim, tais direitos ganharão o status de direitos subjetivos, passando ser obrigação de o Estado efetivá-los. No que tange, ao objeto da pesquisa: o direito fundamental a convivência familiar e comunitária, propriamente dito, com essa mudança paradigmática a perda do poder familiar em virtude de carência material passou a ser proibida expressamente.

Daí a relevância da temática proposta trazendo aos operadores do direito e agentes públicos e comunidade acadêmica a discussão desse novo paradigma da proteção integral.

Para tanto será abordado no primeiro capítulo o panorama histórico das políticas públicas voltadas à criança e ao adolescente. Como meio de dar suporte seguro para o entendimento da mudança paradigmática de

tratamento atribuído a esse público ao longo dos tempos. Da invisibilidade passando pela doutrina da situação irregular até chegar à doutrina da proteção integral foi abordado autores como Michael Foucault, Phillip Àries, Maurício Saliba, Mary Del Priore e Irma e Irene Rizzini.

O segundo capítulo abordará o fato de que no Estado Liberal as responsabilidades se limitavam a garantir ao cidadão uma esfera de liberdade e individualidade de onde não se admitia a intervenção estatal. Já no Estado Social ocorreu a dilatação dos fins reconhecidos pelo Estado, que agora além de garantir essa parcela de liberdade e individualidade ao cidadão, tem também o dever de garantir a efetivação de certos direitos de ordem social. Nesse aspecto, não basta uma postura de abstenção, mas sim uma postura pró-ativa e prestacional.

No entanto, o processo evolutivo do modelo estatal não termina com o Estado Social. Pode ser apontado como produto desse processo evolutivo o modelo de Estado Democrático de Direito que conjuga conquistas, direitos, estrutura e demandas dos dois modelos de Estado, podendo ser visto como produto do referido processo de evolução histórica.

A ideia central de Estado de Direito é a eliminação do arbítrio estatal, tendo este que se subordinar a Lei, que garante direitos aos cidadãos.

Já a grande característica do Estado democrático é a legitimação do poder constituído pelo povo, seu verdadeiro titular.

O Estado de Direito garante a liberdade a cada cidadão. O Estado Democrático garante a igualdade na participação política na busca por efetivação de direitos. A junção permite, portanto, um Estado que garante os ideais liberais e sociais. Esse é o modelo atual de Estado. Mas, qual será o modelo atual da sociedade que esse Estado visa regulamentar?

Vive-se uma sociedade pluralista e policontextural[1] formada por diferentes grupos de pessoas, com diferentes interesses, mas que se inter-relacionam e precisam de um sistema abrangente capaz de regula-la.

Não é possível identificar um único centro na sociedade moderna do qual se irradia todos os outros mecanismos e aspectos. A política, muitas

[1] Cf. NEVES, Marcelo. Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil : o estado democrático de direito a partir e além de Luhmann e Habermas. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008. 354 p. (Justiça e direito).

vezes, foi apontada como o ponto privilegiado da sociedade, e até mesmo, central. Nesse sentido, deixa de fora aspectos de extrema relevância como família, a economia, o direito, entre outros.

Daí o enfoque adotado, segundo o qual a Constituição Federal não pode ser tida como simples catálogo de direitos prestacionais, mas sim, como um mecanismo de inter-relação entre os sistemas que compõe uma sociedade plural, como sistema jurídico, político, econômico, familiar, entre outros.

É preciso um mecanismo de interpenetração permanente entre esses sistemas, de modo a permitir a influências de um sistema no outro. A Constituição do Estado Democrático de Direito deve fazer o acoplamento estrutural, principalmente, entre o sistema político e o jurídico, permitindo a troca de influências entre eles, donde se terá decisões políticas legais e decisões jurídicas efetivas.

Uma vez identificado o modelo de Estado atual se analisará o que esse Estado e a sua Constituição disciplina em relação aos direitos das crianças e dos adolescentes.

A política de atendimento dos direitos da criança e do adolescente nada mais é do que o conjunto de ações que devem ser operadas de forma intergovernamental, em todas as suas esferas federativas (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) e extragovernamental, conforme preceitua o Estatuto da Criança e do Adolescente em seu art. 86.

O processo pelo qual se chega a determinadas decisões pode ser entendida como “política de atendimento” que visam efetivar direitos infanto-juvenis.

A política de atendimento voltada à criança e ao adolescente esculpida no Estatuto da Criança e do Adolescente ainda compreende a constituição e manutenção de variados órgãos públicos.

Por isso, o terceiro e último capítulo se concentrará em destacar a atuação do Conselho Tutelar, que pode ser considerado a espinha dorsal dessa rede de proteção. Por isso, a pesquisa dedicou atenção especial a analise do cenário de criação desse órgão, suas atribuições, sua forma de organização e funcionamento e o papel no que se refere à efetivação do direito

fundamental à convivência familiar e comunitária de crianças e adolescentes. Nele, deve, de igual modo, ser assegurada a participação popular na sua composição, através do voto direito, na escolha dos conselheiros.

Será destacado o papel da sociedade civil nessa arena de participação social o que dá sustentabilidade para as demandas sociais.

Tal abordagem dará suporte para pesquisa adentrar nas questões críticas da dinâmica do Conselho Tutelar na efetivação do direito à convivência familiar. Indo de encontro com a sua função, o Conselho Tutelar é o órgão que mais encaminha crianças e adolescentes a abrigos, retirando-os da convivência familiar e comunitária. Por isso, se trabalhou com a falta de capacitação e de engajamento da sociedade civil como obstáculos.

Além disso, se observará o perfil de crianças e adolescentes abrigados, onde a pobreza é apontada como causa determinante para institucionalização.

Nesse aspecto, o trabalho se utilizará da Teoria dos Sistemas do sociólogo alemão Luhmann, que metaforicamente desenha a sociedade por meio de um conjunto de sistemas: jurídico, político, econômico, familiar, entre outros. O trabalho aplica essa teoria na dinâmica do Conselho Tutelar.

Ao desenvolver suas atribuições esse órgão deve dialogar com os mais variados sistemas no sentido de produzir uma decisão juridicamente legal e politicamente efetiva, atendendo aos interesses da criança e do adolescente.

Para uma melhor visualização a pesquisa se utilizará, também, no último capítulo da análise de uma atuação específica do Conselho Tutelar, onde ao final aplicando a Teoria dos Sistemas se identificou a atuação do conselheiro tutelar como adequada ou não.

A pesquisa bibliográfica juntamente com a análise de exemplos que irá estimular a compreensão do objeto pesquisado.

Não será preocupação da presente pesquisa a representatividade numérica da problemática levantada, mas sim o aprofundamento da compreensão do papel do Conselho Tutelar na efetivação do direito à convivência familiar e comunitária de crianças e adolescentes. Nesse aspecto a abordagem se caracteriza como qualitativa, atendendo a especificidade da pesquisa inserida no campo das ciências sociais aplicadas.

Pretende-se, ainda, discutir a dinâmica do Conselho Tutelar, estando este atuando ou não de acordo com o que preceitua o ordenamento jurídico, em seguida apontar o que convém ser feito, por isso os dados obtidos foram não-métricos e se valeram da abordagem qualitativa.

1 PANORAMA HISTÓRICO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS VOLTADAS ÀS CRIANÇAS E AOS ADOLESCENTES NO BRASIL

A proposta desse capítulo é promover, por meio de um enfoque histórico, um estudo sobre as políticas sociais direcionadas às crianças e adolescentes.

Para tanto serão analisadas pesquisas bibliográficas já realizadas, tendo como recorte aquelas voltadas à assistência pública à criança e ao adolescente no Brasil aos longos dos anos.

Esse capítulo busca demonstrar o tratamento dispensado às crianças e adolescentes desde os tempos mais remotos, a partir do Brasil Colônia – como eram tratadas as crianças indígenas e as que aqui nasceram ou que para aqui vieram nesse período da história; como era a política de atendimento dessas crianças, praticadas pelos jesuítas.

Daí em diante, qual foi o modelo assistencial voltado a esse público e as mudanças advindas das mais variadas reformas políticas. Com isso, serão pontuados os principais marcos sobre o tratamento e a assistência no Brasil à criança e ao adolescente; os que, por sua vez, foram capazes de definir o modelo político e jurídico de cada época.

Apesar de ser uma análise voltada ao passado, importante destacar que se revela atual, à medida que é possível perceber no presente práticas cujas raízes vêm de muito longe. O tratamento atual de crianças e adolescentes parece, muitas vezes, repetir práticas retrógradas, pautadas na disciplina rígida e até mesmo na violação de direitos.

A análise histórica do tratamento dispensado a crianças e adolescentes denota o ponto de partida para muitas outras análises nesse campo.

Revisitar a origem histórica da política de atendimento de crianças e adolescentes é essencial na presente pesquisa por constituir uma base concreta para o melhor compreender da atual política, por desvendar a

razão do tratamento se dar de determinada maneira e, ainda por possibilitar a identificação dos pontos críticos.

Por isso, o presente trabalho traça o panorama histórico, analisa políticas públicas vigentes e aponta alternativas a serem observadas para melhoria no tratamento dispensado a crianças e adolescentes no Brasil.

Assim é relevante traçar um breve panorama histórico pelo qual passaram as crianças e os adolescentes até o momento atual do seu reconhecimento como sujeitos de direitos, detentores de uma condição peculiar de pessoa em desenvolvimento e merecedores de proteção integral com prioridade absoluta.

No entanto, não é pretensão deste trabalho o esgotamento de todas as fontes literárias e documentais, mas sim a análise de alguns autores contemporâneos que se debruçaram sobre a respectiva temática.

1.1 A Trajetória da Política de Atendimento à Infância e Adolescência do Brasil Colônia até o Brasil Contemporâneo

O debate acerca do direito fundamental à convivência familiar de crianças e adolescentes no Brasil passa, obrigatoriamente, por um percurso histórico do tratamento que lhes for dispensado ao longo da História. Do Brasil Colônia ao Brasil Democrático de Direito atual, foram aplicadas muitas doutrinas, teorias e normas legais.

Em um primeiro momento, a preocupação era “normalizar” crianças e adolescentes indígenas, para que os portugueses alcançassem com mais facilidade o seu único intuito: explorar as riquezas e encaminhá-las integralmente para metrópole. Os indígenas e suas crianças eram vistos como o caminho mais rápido para esse fim, além de mão-de-obra farta e gratuita.

Acerca da utilização dos índios como mão-de-obra, descreve Chambouleyron (2000, p. 75) que “[...] as relações com os moradores portugueses nem sempre eram amigáveis, principalmente em relação ao

eterno problema de inadaptação da mão-de-obra indígena ao sistema de trabalho trazido da Europa [...]".

Nesse aspecto, era mais fácil amoldar os índios aos costumes dos europeus quando ainda pequenos, pois não haviam sido expostos aos seus costumes e tradições na mesma intensidade que os adultos.

E essa "normalização[2]" das crianças indígenas sustentou-se em um sistema disciplinar rígido com uso de castigos físicos.

Conforme descreve Chambouleyron (2000, p. 69):

> Fortalecia-se aos poucos a convicção de que os índios só se converteriam se fossem sujeitos a alguma autoridade, daí o constante apelo ao poder da Coroa, para a consecução da conversão dos índios. Inclusive, do ponto de vista do ensino dos meninos índios, essa perspectiva coincidia com a estruturação de um rígido sistema disciplinar, como vimos, que, no mesmo sentido que o próprio repensar da disciplina desde o século XV, dependia de uma vigilância constante, da delação e dos castigos corporais.

Ressalta-se que a assistência pública à criança, no Brasil Colônia, ficava a cargo das Câmaras Municipais, segundo descreve Marcílio (1993, p. 151):

> Pelas ordenações Manuelinas (1521), depois confirmadas pelas Filipinas (1603), às Câmaras Municipais incumbia a obrigação de criar as crianças abandonadas, mesmo que tivesse de criar novos impostos para essa defesa.

[2] "Normalização" é a terminologia utilizada por Michael Foucault. O autor trabalha com a noção de "disciplina" e de "normalização". Por meio da disciplina o homem é "domesticado" de modo a se tornar dócil, aceitando, dessa forma, as regras sociais que lhe são impostas, tornando-se um indivíduo dócil e obediente será útil para Estado nos mais variados aspectos. No aspecto econômico o homem dócil é uma mão-de-obra perfeita, a produção é aumentada e o pleito por direitos é insignificante, quando não inexistente. No aspecto político, a passividade e a resignação alcançada por meio da disciplina rígida aniquila qualquer postura proativa. A "normalização" por sua vez, segundo o autor, é o regime de poder adotado pelos Estados que pretendem se manter no poder. A "normalização" é o fenômeno social que se utiliza das leis, regras como normas de controle social. E são irradiadas por toda a sociedade. Podemos encontrar escolas, ambientes de trabalho e até ambientes sociais que se pautam em regras disciplinares rígidas como meio de impor ao homem um perfil passivo e resignado. Trata-se de mecanismos utilizados para manter a ordem social entre dominados e dominantes, baseado no controle social. (FOUCAULT, 1999).

Importante destacar, ainda, a Irmandade da Santa Casa de Misericórdia[3] que assumiu parte da responsabilidade da assistência dada às crianças necessitadas no Brasil, no período colonial.

Essas fontes remotas do tratamento dispensado a crianças e adolescentes no Brasil tornam-se importantes à medida que, revisando a história, torna-se possível uma melhor análise acerca da relação do direito fundamental à convivência familiar com as práticas sociais vigentes e as políticas públicas implementadas; ou seja, o modo como o Estado vê e trata crianças e adolescentes.

Com o passar dos séculos houve profunda alteração político-filosófica na percepção da importância da criança e do adolescente dentro da sociedade, passando estes de meros objetos de direitos para sujeitos destes.

A legislação brasileira acompanhou essa evolução e, atualmente, tem-se uma legislação garantista que, adotando a doutrina da proteção integral, fundamenta-se no tripé: o princípio da prioridade absoluta; a observância a especial condição de pessoa em desenvolvimento e a responsabilidade solidária da família, da sociedade e do Estado na efetivação de direitos e de garantias concernentes a crianças e adolescentes.

Entretanto, há marcante descompasso entre a lei e a realidade vivenciada por crianças e adolescentes no Brasil. A medida da institucionalização vem sendo aplicada de maneira descontrolada. Há total falta de monitoramento pelo Poder Judiciário, o que dificulta o Ministério Público a desempenhar sua função de identificar as causas do abrigamento e encaminhar a criança e o adolescente institucionalizados, bem como sua família, a programas governamentais que garantam a convivência familiar digna.

A discussão e o debate desse tema tornam-se primordiais para o avanço no tratamento de crianças e adolescentes institucionalizados.

[3] A Irmandade da Santa Casa de Misericórdia foi fundada em 1498 em Lisboa por um grupo de leigos e disseminada nas colônias portuguesas da África, Oriente e também no Brasil. Apesar do ser caráter leigo o que lhe garantia autonomia, mantinha bom relacionamento com a realeza e com a Igreja católica. (FALEIROS, 2011, p. 219).

A perpetuação de crianças e adolescentes em abrigos, por mais tempo que a lei prevê, usurpa o direito à convivência familiar; fator essencial para a maturidade emocional.

No entanto, a institucionalização - que de acordo com o Estatuto da Criança e do Adolescente, é medida provisória e excepcional - tornou-se regra e vem sendo aplicada de maneira desmedida e por mais tempo que a lei prevê.

Percebe-se que a mera política assistencialista não resolve o problema, pois embora os recursos governamentais estejam sendo utilizados, principalmente na construção de novas entidades de internação, a marginalização só vem aumentado. Se a mudança de paradigma não ocorre, continuar-se-á, com dinheiro público, a financiar a marginalização.

No Brasil, estudos realizados por Foucault, Donzelot e Freire Costa merecem destaque e apontam para a preocupação lançada às crianças e aos adolescentes no início do século XX, caracterizada pela ligação com a medicina higienista.

No entanto, até o final do século XVII não havia sequer o reconhecimento dessas categorias específicas: a criança e o adolescente. No contexto histórico, até o final do século XVII, na Europa, ignorava-se tanto a criança quanto o adolescente.

A sociedade da época não volta seu olhar à criança, muito menos ao adolescente. Quanto à criança, ainda, lhe era direcionado um sentimento superficial nos seus primeiros anos de vida, considerando-a “engraçadinha”, o que proporcionava aos adultos um divertimento parecido com o proporcionado por um animalzinho de estimação, um “macaquinho pudico”. A morte era tida como natural, sem dramas, pois logo viria o nascimento de outra criança. Por vezes, até mesmo o infanticídio tornava-se uma praticada tolerada, pole simples fato da família não querer aquela criança, o que levava a deixá-la morrer, a não conservá-la (ÀRIES, 1981, p. 10-17).

Como se vê, a sociedade ainda não tinha descoberto a criança e o adolescente como sujeitos de direito. Os considerava como bibelôs que serviam para enfeitar certas ocasiões da vida adulta, chegando ainda como

aponta o autor, à prática do “infanticídio tolerado”, que consiste em deixar morrer ou até mesmo ajudar a morrer as crianças que não queria manter vivas.

Nesse sentido, é claro o tratamento dispensado à criança e ao adolescente até o século XVII, na Europa: a invisibilidade caracterizou esses séculos como séculos perdidos no que concerne aos direitos infanto-juvenis. Tanto que na literatura e nos documentos há pouquíssimos registros da definição de criança e adolescente. Del Priore (2000, p. 84) relata que:

> Há pouquíssimas palavras para definir a criança no passado. Sobretudo no passado marcado pela instabilidade e tremenda mobilidade populacional dos primeiros séculos de colonização. “Meúdos”, “ingênuos”, “infantes” são expressões com as quais nos deparamos nos documentos referentes à vida social na América portuguesa.

Essa lacuna demonstra que na mentalidade da época a criança não era vista como sujeito de direitos, mas como objeto sobre qual o direito recaia.

Os cuidados se restringiam as mães. Era disseminada na época a ideia de que não era coisa de homem os cuidados com os filhos. Destaca-se também a figura da “ama negra”, que, segundo Gilberto Freyre, contribui para “enternecer” a relação com as crianças.

Ainda, no século XVI, vigorava o castigo físico, caracterizado como direito dos pais em relação a seus filhos e que foi introduzido, no Brasil, pelos jesuítas.

Nesse aspecto, a visão dos jesuítas é bem explicada por Del Priore (2000, p. 97):

> O muito amor devia ser repudiado. Fazia mal aos filhos. “A muita fartura e abastança de riquezas e a boa vida que tem com ele é causa de perder” admoestava em sermão José Anchieta. O amor de pai devia inspirar-se naquele divino no qual Deus ensinava que amar “é castigar e dar trabalhos nessa vida”. Vícios e pecados, mesmo cometidos por pequeninos, deviam ser combatidos com “castigos e açoites”.

Já na segunda metade do século XVIII instalou-se no Brasil as chamadas “Aulas Régias”, onde a palmatória era o instrumento de correção. O Brasil colonial teve a educação básica disseminada eminentemente pelos

jesuítas que ensinaram a ler e a escrever como meio de doutrinar religiosamente as crianças.

Del Priori (2000, p. 100) relata que:

> Cartilhas de alfabetização e ensino da religião eram comumente usadas, tanto no aprendizado a domicílio, quanto naquele público. Sedimentando o trabalho que já deveria ter sido feito pela mãe, na primeira fase da vida da criança, tais cartilhas voltavam à carga sobre tudo o que dizia respeito à vida espiritual. A escola deveria ter um crucifixo diante do qual, ao entrar, as crianças se persignavam ajoelhando e benzendo-se, pois "o sinal da cruz é o mais forte para vencer as tentações do inimigo comum": o terrível e maldoso Satã.

Educação e religião se misturavam. E, os jesuítas, ao alfabetizar as crianças, as ensinava a rezar o pai nosso e a ler a bíblia. O intuito era o de se adestrar as crianças de modo a tornarem adultos dóceis e responsáveis.

O suplício e os castigos físicos que desde o período colonial eram dispensados às crianças, dão espaço ao controle social destas pelo Estado. A sociedade industrial precisava de adultos dóceis e aptos para o trabalho. A tarefa se tornava mais fácil se o trabalho de normalização se iniciasse quando este adulto era ainda criança. "É nesse contexto que os cuidados e a preservação das crianças se tornam uma obrigação social" (SALIBA, 2006, p. 37).

Merece destaque o estudo de Philippe Ariès (1981) que afirma que tanto a criança como a própria infância é algo formado a partir do século XVII. Essa formação é produto da ascensão burguesa e seu modelo de família que transformou a vida das pessoas de todas as classes sociais. Foi nessa época que o citado autor relata a "invenção" da infância, utilizando-se para tanto da análise de pinturas da França moderna.

Nesse sentido, Ariès (1981, p. 70):

> No séc. XVII, entretanto, a criança, ou ao menos a criança de boa família, quer fosse nobre ou burguesa, não era mais vestida como os adultos. Ela agora tinha um traje reservado à sua idade, que a distinguia dos adultos. Esse fato essencial aparece logo ao primeiro olhar lançado às numerosas representações de crianças no início do século XVII.

Até aquele momento as atenções estão voltadas à criança. Quanto ao adolescente, até o século XVIII, confundia-se adolescência com infância. Foi a partir do século XVII que a pedagogia e a psicologia começam a adentrar no mundo infantil. Essas ciências voltaram suas atenções à educação, sendo farta a literatura moral e pedagógica nesse período. A preocupação dos moralistas do século XVII era com a disciplina e a racionalidade (ARIÈS, 1981, p. 163).

A educação e a difusão das escolas foi fundamental, segundo Ariès (1981) na mudança de paradigma em que a criança e o adolescente passam a ser vistos. O autor afirma que os colégios são tidos como “espaço próprio para educação e vigilância”.

Frisa-se que a “descoberta” da criança, a partir do século XVII, não se deu por razões humanitárias, mas sim pela necessidade advinda da reorganização da sociedade da época. A sociedade, cada vez mais industrializada, precisava de mão-de-obra domesticada. Trata-se de verdadeira “fábrica de indivíduos” (FOUCAULT, 1987, p. 143). Mais uma vez, destaca-se a substituição dos castigos e suplícios pela disciplina; sem, contudo, perder a origem religiosa.

Cabe destacar as mudanças ocorridas também em relação à família. Diferentemente da família medieval, a partir do século XVII a família passa a ser valorizada e reconhecida socialmente.

Muda-se o modelo familiar, conforme. Saliba (2006, p.41) explica:

> A família se torna nuclear, formada pelos seus membros próximos, pais e filhos, amparada por esse sentimento tão forte se formou em torno da família conjugal, a família formada pelos pais e filhos. Esse sentimento está muito ligado ao sentimento de infância. As preocupações com a honra, com a linhagem, com a integridade do patrimônio ou com a antiguidade do nome são cada vez mais afastadas e vão sendo substituídas pela preocupação exclusiva com a reunião inseparável dos pais e filhos.

A “invenção” da infância ou seu “descobrimento” está diretamente ligado a essa mudança de valores e a mudança no modelo de família. É possível constatar que a família volta-se em torno da criança.

Nesse sentido, RIZZINI (2008, p. 23):

> Em meio às grandes transformações econômicas, políticas e sociais, que marcam a era industrial capitalista do século XIX, o conceito de infância adquire novos significados e uma dimensão social até então inexistente no mundo ocidental. A criança deixa de ser objeto de interesse, preocupação e ação no âmbito privado da família e da Igreja para tornar-se uma questão de cunho social, de competência administrativa do Estado.

Como se pode ver, a “invenção” ou “descoberta” da criança não tiveram razões puramente humanitárias, mas sim razões de cunho social. A demanda social da época requeria do Estado um reconhecimento dessa categoria, que passa a ser vista como necessária ao futuro da nação.

Continua Rizzini (2008, p. 24):

> O interesse pela infância, nitidamente mais aguçado e de natureza diversa daquela observada nos séculos anteriores, deve ser entendido como reflexo dos contornos das novas ideias. A criança deixa de ocupar uma posição secundária e mesmo desimportante na família e na sociedade e passa a ser percebida como valioso patrimônio de uma nação; como “chave para o futuro”, um ser em formação – “dúctil e moldável” – que tanto pode ser transformado em “homem de bem” (elemento útil para o progresso da nação) ou num “degenerado” (um vicioso inútil a pesar nos cofres públicos).

Nesse aspecto, a defesa e promoção dos direitos das crianças e adolescentes, ou seja, o ato de zelar pelas crianças e adolescentes não foi, conforme já se afirmou incorporado como política pública por razões puramente humanitárias, mas sim, em razão dos interesses estatais.

Um Estado precisa de homens e mulheres saudáveis, fortes, dóceis e com força produtiva; do contrário, dispensa sujeitos dependentes e incapazes de produzir. Nesse sentido, investir em crianças é projetar crescimento econômico para o futuro de qualquer Estado. Daí a razão do “descobrimento” dessa categoria de seres humanos. Assim, estabelecida essa compreensão, desse momento em diante começam a surgir políticas públicas voltadas a esses sujeitos: as crianças e os adolescentes.

1.2 Percurso Histórico da Institucionalização de Crianças e Adolescentes no Brasil

Diferentemente da colonização de povoamento[4], onde há por parte dos colonizadores um latente ideal de fixação permanente, para o fim de se prosperarem e se desenvolver economicamente, no Brasil, a colonização foi de exploração, com a finalidade de ocupação temporária e enriquecimento exclusivamente da metrópole pelo envio total dos lucros relativos ao que se produzia na colônia.

Outra grande diferença ocorre em relação à valorização da educação e da instrução de mulheres, que na colônia de povoamento era presente, enquanto que, na colônia de exploração não havia.

No Brasil, com a chegada dos primeiros colonizadores, houve a devastação daqueles que se manifestaram contrariamente, e os demais foram segregados (incluindo aqui mulheres e crianças). Como dito alhures, a finalidade da colonização brasileira era o enriquecimento rápido da metrópole. Para tanto, tornou-se indispensável à participação indígena como meio de facilitar o acesso às riquezas e de proporcionar farta mão-de-obra.

O meio encontrado pelos colonizadores foi a "domesticação" dos nativos, por meio dos jesuítas. Controlaram a prole dos indígenas e até capacitaram as crianças, mas com o intuito de adestrá-los, formando um

[4] A pesquisa realizada não pode deixar de considerar um importante contraponto acerca da colonização de povoamento em contraposição a colonização de exploração. Trata-se do olhar lançado por Richard Morse na sua obra "O Espelho de Prospero" (1988). O historiador norte-americano (1922-2001) trabalha com a tese de que o continente sul-americano apenas desenvolveu-se de maneira diferente do norte-americano, mas houve desenvolvimento. Tratou-se de mera opção por se civilizar de um jeito diferente. Além disso, Morse destaca algumas deformidades no desenvolvimento de seu país. E observa que a América Latina não era tão selvagem e grotesca, como relata outros historiadores. Toda essa sistemática compõe o seu livro mais conhecido, O espelho de Próspero – Cultura e ideias nas Américas, que gerou críticas severas pelos conterrâneos do autor. As críticas eram tão severas que a obra nunca foi lançada em inglês, embora tivesse sido publicado em espanhol (1982) e em português (1988). A maior parte da literatura brasileira dedicada a formação do povo latino e a colonização de exploração defende que o subdesenvolvimento dos sul-americanos se deve, exatamente, a essa modalidade de colonização. Quem não já se deparou com a seguinte lamentação: "Se nós tivéssemos sido colonizados pelos ingleses não estaríamos nessas condições!". Por isso, as críticas severas a Morse, pois foi espantoso um norte-americano criticar profundamente o american way of life, e, mais, ainda alegar que as sociedades ibéricas eram mais sofisticadas, pelos valores mais nobres do seu povo.

“exército de pequenos-Jesus” (CORAZZA, 2000, p. 134). Pode até parecer que algo de bom havia nisso: pelo menos as crianças estavam sendo alfabetizadas.

No entanto, o método utilizado para a alfabetização impunha castigos físicos aos pequenos que não se curvavam aos ensinamentos. Por óbvio, que essa disciplina rigorosa retirava dos indígenas sua identidade, correspondendo a uma verdadeira “fábrica de indivíduos” (FOUCAULT, 2005, p. 143) e funcionando como verdadeiro mecanismo penal, no qual o poder disciplinar dos jesuítas se manifestava por meio da repressão, controlando o tempo todo os pequenos indígenas.

Nas palavras de Focault (2005, p. 143):

> A disciplina “fabrica” indivíduos; ela é a técnica específica de um poder que torna os indivíduos ao mesmo tempo como objetos e como instrumentos de seu exercício (...) O sucesso do poder disciplinar se deve sem dúvida ao uso de instrumentos simples: o olhar hierárquico, a sanção normalizadora e sua combinação num procedimento que lhe é específico, o exame.

Os jesuítas implantaram as primeiras instituições educacionais, destinadas a crianças órfãs, filhas de imigrantes e filhos de famílias em condição de pobreza. Tratava-se de um ensino pautado no medo, em sistema asilar e norteado por educação religiosa. As crianças filhas de escravos não eram incluídas, pois estes eram tratados como bens de seus senhores. Nessa época, existia também as “rodas de expostos”, criadas pelas Santas Casas de Misericórdia, destinadas aos bebês abandonados. (FACHINETTO, 2009, p. 23-24)

Esse sistema era caritativo, arcado quase que integralmente pela ordem religiosa dos jesuítas. A Coroa contribuía parcialmente com os gastos. A criança quando transgressora de alguma regra social era apenada como se adulto fosse. Essa situação perdurou pelos próximos séculos.

Oportuno salientar que, na Europa, diferente do que acontecia no Brasil, a criança começava a ganhar espaço na família e na sociedade. Nesse sentido Ariès (1981, p. 158):

> Um novo sentimento da infância havia surgido, em que a criança, por sua ingenuidade, gentileza e graça, se tornava uma fonte de

> distração e de relaxamento para o adulto, um sentimento que podemos chamar de paparicação.

Já no Brasil império, um país livre de Portugal, caracterizado pelo eminente intuito de progredir e se tornar um país civilizado, tais interesses influenciaram diretamente no modelo educacional da época. O ensino religioso não era mais a prioridade, mas sim o ensino útil à pátria.

Com relação à responsabilização penal entra em vigor o Código Criminal de 1830, sob a égide da Constituição Federal de 1824, ficando a idade penal para 14 anos.

A assistência social se incumbia do recolhimento de crianças órfãs, às quais eram dispensados o ensino primário e a formação profissional, juntamente com as crianças, filhos de pais pertencentes a população de baixa renda. Frisa-se que, para as meninas órfãs restava o ofício referente ao aprendizado de atividades subalternas. Já os meninos encontrados abandonados nas ruas o destino era o recrutamento militar.

No Brasil Império foi editada a Lei do Ventre Livre (1871) pela qual se previa a liberdade de filhos de escravos, desde que não tivessem nascido e vivido com o seu senhor até os 18 anos de idade, quando, então, poderiam ser entregues ao Governo, que dispunha de colégios agrícolas, garantindo-lhes sustento. Ocorre que a maioria esmagadora permanecia com seus senhores, sendo libertados apenas após os 21 anos de idade.

Mesmo que precária, a situação de crianças e adolescentes estava melhorando, pois passaram a ser preocupação do Império a sua profissionalização e a sua civilidade, como meios de garantir o progresso da nação.

No final do século XVIII e meados do século XIX, dá-se a urbanização, ocasionado pelo o êxodo rural. Ocorre que as cidades não estavam preparadas para receber um número grande de pessoas que, na maioria das vezes, passavam a morar em condições precárias, o que levava ao surgimento de doenças infectocontagiosas.

Notou-se a relação entre a pobreza e as doenças e o Estado percebeu que devia investir na instrução da mulher tornando-a a “esposa-mãe”,

como meio de prevenir e erradicar tais doenças. Entra em cena o conhecimento médico-higienista, assim definido por Rizzini (2004, p. 29):

> O movimento higienista constitui na sistemática manifestação de setores ligados à medicina que denunciava as mazelas sanitárias dessa população e a exigir que o Estado assumisse a responsabilidade por cuidado e proteção.

Com relação às crianças ricas, passava-se a vigiar as criadas responsáveis por seus cuidados, instruía-se as mães para os cuidados com os filhos. Para as crianças pobres havia os hospícios de menores[5] e os conventos. Surgem os programas filantrópicos que davam ajuda financeira às mães pobres, (fonte remota do bolsa-família). Sendo assim, a mãe de classe baixa, passa de mãe desleixada a verdadeira mandatária do Estado, que dava auxílio financeiro, mas fiscalizava os cuidados com as crianças.

Cresce a medicina familiar com a finalidade de se conservar as crianças. Outra medida foi o incentivo às moradias individuais, substituindo os cortiço e pensionatos, que contribuíam para proliferação das doenças.

Frisa-se que a preocupação do Estado, era recrutar os cidadãos tornando-os úteis ao desenvolvimento social. E a civilização do adulto devia começar quando ainda era criança.

Já no Brasil República surge outra preocupação: o menor em conflito com a lei. A delinquência juvenil estava diretamente ligada a infância pobre. Tratava-se do binômio carência-delinquência.

Os ideais de Ordem e Progresso incentivaram mudanças no tratamento do menor em desconformidade com a lei. Inspirados nos estudos advindos dos Estados Unidos, estudiosos brasileiros passam a analisar a criminalidade juvenil pelo viés preventivo e não apenas repressivo. A criança ganha nova condição social e jurídica, inspirando proteção, motivando a criação dos Juizados de menores, em 1924.[6]

O respectivo órgão tinha função eminentemente vigiante. Cria-se a vigilância familiar. A família que tinha o filho apreendido, ficava por muito

[5] O termo menor, mesmo que impróprio, foi utilizado, pois era o termo que a legislação e a doutrina utilizavam para designar crianças e adolescentes em situação de risco ou irregular. Isso acabou por negativar o termo, que passou a ser sinônimo de marginalização.
[6] Decreto nº 16.273, de 20 de dezembro de 1923 – cria o primeiro Juizado de Menores.

tempo sendo alvo de controle e de vigilância. O trabalho de profissionais da assistência social ganha respaldo do Poder Judiciário e ambos passam a trabalhar em conjunto. Os primeiros traçando o perfil do delinquente ou pré-delinquente, e vão a campo vigiando e educando a criança e a família. Além deles, profissionais da psiquiatria assumem os cuidados com a criança em risco.

O judiciário implementa a liberdade assistida, com a finalidade de educar e não punir, prevenir e não aplicar sanção. Desse modo, é por meio desse sistema que o Poder Judiciário invade a esfera da intimidade da família, com o intuito de vigiar as crianças em situação de risco,. como meio de monitorá-las.

Os olhos do Estado são educadores, pedagogos, assistentes sociais, etc. Como dito alhures, esses profissionais traçam o perfil do delinquente através do oposto, ou seja, do que considera como perfil normal. Trata-se, portanto, de verdadeira normalização da criança e do adolescente. Desse modo, indivíduo normalizado é aquele apto a conviver em sociedade, por obedecer seus padrões. O monitoramento deixa o indivíduo visível, o que evita surpresas.

Oportuno salientar que essa normalização deixou resquícios e encontra previsão legal no Estatuto da Criança e do Adolescente, nos termos do artigo 119, veja:

> Art. 119. Incumbe ao orientador, com o apoio e a supervisão da autoridade competente, a realização dos seguintes encargos, entre outros:
> I - promover socialmente o adolescente e sua família, fornecendo-lhes orientação e inserindo-os, se necessário, em programa oficial ou comunitário de auxílio e assistência social;
> II - supervisionar a frequência e o aproveitamento escolar do adolescente, promovendo, inclusive, sua matrícula;
> III - diligenciar no sentido da profissionalização do adolescente e de sua inserção no mercado de trabalho;
> IV - apresentar relatório do caso.

As ações previstas no referido dispositivo legal evidenciam a normalização. Trata-se de verbos de ação que tendem a direcionar a criança e o adolescente para determinados modelos de adultos, que serão uteis para o Estado. Quando o artigo 119 do Estatuto da Criança e do Adolescente

prescreve o dever do Estado em promover socialmente o adolescente, supervisionar sua frequência escolar, diligenciar no que corresponde sua profissionalização, inclusive com apresentação de relatórios, nada mais faz senão do que normalizá-lo, ou seja, modelar essa criança e esse adolescente de acordo com os seus interesses. Não é intenção dessa pesquisa criticar essa normalização, quando sua finalidade for capacitar, profissionalizar e inserir essa criança e esse adolescente na sociedade.

Sendo assim, a normalização produz o indivíduo dócil, gentil e acima de tudo útil ao Estado a que pertence. Será facilmente transformado em força de trabalho, e o produto deste é revertido para o desenvolvimento da nação.

Esse sistema foi bem acolhido pelas famílias carentes que passaram a ter no Poder Judiciário, mais precisamente no Juizado de Menores, um auxílio no cuidado e na educação de seus filhos.

Com o Código de Menores (1926), a intervenção do Estado na educação de crianças e adolescentes, principalmente, as em situação de risco, tomou contornos maiores. Previa a possibilidade de intervenção sobre o menor em situação de risco, com a sua colocação em asilo, casa de educação, ou até mesmo, confiá-lo a pessoa considerada idônea que iria monitorá-lo e educá-lo até que completasse 21 anos de idade[7].

O Código de Menores trazia a grande tendência à internação e dava aos juízes ampla discricionariedade. Para tanto, o governo criou uma rede de atendimento; porém sem conseguir atender às necessidades crescentes. Por óbvio, esse modelo institucionalizante entrou em colapso. A ampla discricionariedade do juiz somada a tendência à institucionalização do menor, leva à saturação desse sistema. O resultado foi instituições lotadas e atendimento precário.

Com o advento da Ditadura Militar, no governo de Getúlio Vargas (1937-1945), o chamado Estado Novo, reconheceu-se a necessidade de fortalecer o sistema público de assistência social, criando-se órgãos como o

[7] Decreto 17. 943/1927 – Consolida as leis de assistência e proteção aos menores (art. 26 a 29). Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1910-1929/d17943a.htm. Acesso em 18 abr. 2013.

Departamento Nacional da Criança, o Serviço de Assistência aos Menores, responsáveis pelo controle e fiscalização das crianças em situação de risco.

Na prática, a realidade vivenciada pelas crianças e pelos adolescentes institucionalizadas nesse período não mudou muito. O tratamento dispendido continuava precário e as instituições lotadas.

Com isso, nesse período oficializou-se a caridade; a política pública estatal limita-se a uma assistência mal praticada e sem organização e resultados efetivos. Nesse sentido, Rizzini (2011, p. 226-227):

> No período inicial do regime republicano, a assistência pública à infância foi classificada por seus críticos como uma espécie de "caridade oficial". A expressão é de Ataulpho de Paiva (1903), que a utilizou em um sentido pejorativo, denunciando o estado de assistência pública, caracterizada pela dispersão, pela desorganização, pela "duração efêmera e defeitos inteiramente nulos", de vez que não havia um "rígido controle" sobre os seus rumos.
> A assistência oficial durante esse período orientava-se pela tradição das práticas caritativas, constituindo-se a partir da criação de instituições do tipo asilar, a despeito dos clamores pela especialização do atendimento. Ao longo das duas primeiras décadas da jovem República, surgiram os *reformatórios* essas *escolas premonitórias* e *correcionais,* para onde serão distribuídos os "menores abandonados e viciosos". Essas denominações substituindo o termo asilo indicam mudanças na concepção da assistência, destinada, agora, a prevenir as desordens e recuperar os desviantes.

Como se vê, a política pública voltada à criança e ao adolescente até esse momento se caracterizou pela caridade. Vale destacar, contudo, a mudança terminológica de "asilo" para "reformatórios" e "escolas premonitórias e correcionais", que se caracterizavam, por sua vez, por uma política repressiva.

Até que se começou a questionar essa situação, a partir do momento em que o Brasil passa a ser signatário da Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, a qual previa normas protetivas à infância – desrespeitadas pelo sistema brasileiro de institucionalização da época.

O Serviço de Assistência aos Menores pecava pela falta de uma política de ressocialização do menor, não prestava atividade educacional, profissionalizante; apenas a atividade corretiva do menor. Os maus tratos, a incapacidade de ressocializar e a corrupção levaram ao fim desse serviço.

Relevante para seu fim foi à promulgação da Declaração Universal dos Direitos das Crianças, em 1959, que preconiza a proteção à criança e a supremacia de seus interesses. Com o intuito de se adequar à Declaração, criou-se no lugar da função de assistência aos menores a FUNABEM (Fundação Nacional de Bem-Estar do Menor), a correspondência nos estados federados se dando por meio da FEBEM (Fundação de Bem-Estar do Menor).

Com o advento da Ditadura Militar, sob o argumento de segurança nacional, a política de internação volta a ganhar força e sob o fundamento de limpeza urbana as internações voltam a ser desenfreadas.

A situação crítica desencadeou vários debates entre os estudiosos e operadores do direito, conforme descrição de Fachinetto (2009, p. 40):

> De um lado, Juízes de Menores, tendo no Rio de Janeiro seu vértice principal, advogavam a adoção das bases do chamado Direito Menorista, com ênfase no resgate dos poderes normativos dos Juízes de Menores, nos moldes do Código Mello Mattos de 1929. De outro, juristas de São Paulo, pregavam a ampla restrição da intervenção da esfera jurídica com concomitante perspectiva social e humanitária,, cujo foco eram os direitos da criança, de acordo com a Declaração Universal dos Direitos das Crianças da ONU, de 1959.

Prevaleceram os Juízes de Menores do Rio de Janeiro, com seus amplos poderes discricionários por meio dos quais condenavam reiteradamente crianças e adolescentes - quer estivessem abandonados, quer fossem infratores - a internações sem qualquer limitação de tempo. A legislação adotou a doutrina da situação irregular, considerada para o Código de Menores de 1979, que trabalha com a ideia de “situação irregular”[8]

[8] Art. 2º, Código de Menores – Lei 6697/79: Para os efeitos deste Código, considera-se em situação irregular o menor:
I – privado de condições essenciais à sua subsistência, saúde e instrução obrigatória, ainda que eventualmente, em razão de:
a) falta, ação ou omissão dos pais ou responsáveis;
b) manifesta impossibilidade dos pais ou responsável para provê-las.
II – vítima de maus tratos ou castigos imoderados impostos pelos pais ou responsável;
III – em perigo moral, devido a:
a) encontrar-se, de modo habitual, em ambiente contrário aos bons costumes;
b) exploração em atividade contrária aos bons costumes.
IV- privado de representação ou assistência legal, pela falta eventual dos pais ou responsável;

De perceber que a situação irregular, portanto, abrangia variadas situações, como por exemplo: abandono, infração penal, desvio de conduta, falta de assistência ou de representante legal. Portanto, era notório que a preocupação era em repreender ou cuidar daquele menor que já se encontrava em conflito. A função preventiva era omitida.

Outro ponto a se criticar é o fato da legislação colocar no mesmo patamar a criança em situação de abandono e a transgressora. Isso ia além da previsão legal e se repetia nos abrigos. Possível, então, a conclusão de que crianças e adolescentes eram vistos como meros objetos de direitos e não como titulares de direitos.

No entanto, doutrinas estrangeiras passam a influenciar fortemente o sistema brasileiro. Métodos alternativos à internação passam a ser buscados e, principalmente, começa-se a focar na mudança de paradigma: a criança e o adolescente devem deixar de serem vistos como meros objetos de direito, para ser reconhecidos e declarados como seus titulares. Além dos direitos fundamentais, é preciso lhes assegurar direitos concernentes à sua especial condição de pessoa em desenvolvimento.

Percebe-se que a internação ocasiona outro problema: o afastamento da família. Além de não ser capaz o suficiente para ressocializar[9]. O mais eficaz é atingir a causa da marginalização e do abandono, que é a má distribuição de renda e a sua consequente desigualdade social.

A democracia incentivou a criação da Comissão Nacional da Criança Constituinte que, acolhendo a doutrina da proteção integral, influenciou no texto do artigo 227 da Constituição Federal de 1988:

V – com desvio de conduta, em virtude de grave inadaptação familiar ou comunitária;
VI – autor de infração penal.
Parágrafo único. Entende-se por responsável aquele que, não sendo pai ou mãe, exerce, a qualquer título, vigilância, direção ou educação de menor, ou voluntariamente o traz em seu poder ou companhia , independentemente de ato judicial.

[9] Cabe aqui uma reflexão acerca da terminologia “ressocialização” frente à “normalização”. A busca pela significação de ambas palavras levaram a seguinte explanação: Se normalizar significa o retorno a uma situação normal, ao passo que ressocializar importa no ato de socializar-se novamente, nos deparamos com a ditadura do “ser normal”. E se fizermos um concatenar dessas palavras poderemos chegar na conclusão de que somente é merecedor de participar da sociedade aquele que se enquadra nos seus moldes pré-estabelecidos. Veicular valores como dogmas é temeroso a medida que a consequência é a exclusão. Portanto, destaque-se a necessidade de se normalizar e ressocializar capacitando o individuo, tendo por finalidade a inserção social.

> Art. 227, CF/88. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, 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.

Referida doutrina da proteção integral reconhece às crianças e os adolescentes como sujeitos de direitos, seus verdadeiros titulares. Além disso, garante-lhes direitos especiais, por levar em conta sua condição, também especial, de pessoa em desenvolvimento. Por fim, atribui a crianças e adolescentes prioridade absoluta em relação aos seus interesses. Estabelece, assim, a solidariedade na responsabilidade da família, da sociedade e do Estado em efetivar seus direitos.

Nesse sentido, Garrido de Paula (2002, p. 25):

> (...) se num passado remoto, a criança e o adolescente era coisa consequentemente descartável e, num passado recente, interessava apenas ao direito penal, depois, em razão de alguma patologia, erigia-se num conjunto de normas tendentes à integração sócio familiar (doutrina da situação de risco), modernamente passa a ser considerado como sujeito de direitos, sendo-lhe devida a proteção integral perante a família, a sociedade e o Estado.

Frisa-se, portanto, que a doutrina da proteção integral se fundamenta no trinômio: a garantia de direitos especiais, dada a condição, também, especial de pessoa em desenvolvimento; a prioridade absoluta e a condição de sujeitos de direitos. Tudo isso, somado à responsabilidade solidária da família, da sociedade e do Estado na garantia de tais direitos.

Esses três elementos estão diretamente ligados entre si. A condição especial de pessoa em desenvolvimento indica que crianças e adolescentes, nessa fase de suas vidas, encontram-se mais vulneráveis, com o desenvolvimento físico, mental, social, etc., incompletos e por esse motivo, necessitam de proteção especial. A prioridade absoluta, como dito alhures, relaciona-se diretamente com a condição de pessoa em desenvolvimento, visto que se não atendidos os direitos nessa etapa da vida, mais tarde de nada adiantará.

Por fim, a responsabilidade solidária da família, da sociedade e do Estado é de extrema importância, aplicando-se, aqui também a prioridade absoluta. Sendo assim, dentro da família os interesses da criança e do adolescente devem vir em primeiro lugar, assim como, na sociedade e no Estado, no que se refere à implementação de políticas públicas.

Assim entende Liberati (1991, p. 5):

> Por absoluta prioridade, entende-se que, na área administrativa, enquanto não existirem creches, escolas, postos de saúde, atendimento preventivo e emergencial às gestantes, dignas moradias e trabalhos, não se deveria asfaltar ruas, construir praças, sambódromos, monumentos artísticos, etc., porque a vida, a saúde, o lar, a prevenção de doenças são mais importantes que as obras de concreto que ficam para demonstrar o poder do governante.

Desse modo, para o referido autor, a prioridade absoluta, a ser observada pelo Estado, refere-se à implementação, em primeiro lugar, de políticas públicas voltadas às crianças e aos adolescentes. E, tão somente, depois de efetivados seus direitos, que sejam realizadas as demais obras públicas.

1.3 Do Direito Fundamental à Convivência Familiar: Violação e Salvaguarda

Para se ter de uma vez, assegurada à criança e aos adolescentes a proteção integral, a convivência familiar, figura sem dúvida nenhuma, como um dos mais importantes direitos no que se refere ao amplo rol de direitos que devem ser assegurados a tais titulares.

Tanto que a Constituição alargou o quanto pode o conceito de família, assegurando aos vários modelos a proteção legal. Seja qual for o modelo de família, sem dúvida, este deve ser o ambiente mais adequado para o desenvolvimento de uma criança ou de um adolescente, ao ponto de atingir a maturidade para enfrentar os desafios que a vida lhe proporcionará.

Garantir o direito à convivência familiar corresponde a garantir o cuidado, este visto sob dois viés: um objetivo, que se caracteriza pelo dever de cuidado dos pais em relação aos filhos, de maneira a lhes proporcionar os

direitos estabelecidos pela lei, tais como alimentação, vestuário, educação, etc. Já no que se refere ao viés subjetivo, o cuidado se consubstancia no amor e no carinho dispendidos à criança e ao adolescente, o que lhes garantirá maturidade emocional.

Devem ser garantidos os dois aspectos, igualmente importantes à formação social e moral do indivíduo. Nesse sentido, defende-se a atribuição de valor jurídico ao cuidado, relembrando seus dois aspectos (objetivo e subjetivo).

Ao viés subjetivo do cuidado deve ser dada a devida importância, pois existirão casos em que não haverá o dever legal derivado do vínculo biológico, mas estará presente o vínculo sócio-afetivo.

Trata-se de um direito fundamental, cuja compreensão surge da lição de Bobbio (2004, p. 24):

> [...] porque cabem ao homem enquanto tal e não dependem do beneplácito do soberano, nascidos em certas circunstâncias, caracterizados por lutas em defesas de novas liberdades e contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma só vez e nem de uma vez por todas.

Conclui-se que é direito da criança e do adolescente serem criados dentro de uma família (onde terão o desenvolvimento biopsicossocial pleno), tenha ela qual modelo tiver, e nunca dentro de abrigos. No entanto, a realidade está repleta de exemplos contrários.

Esse problema foi detectado, anos atrás, por meio do Levantamento Nacional de Abrigos para Crianças e Adolescentes (2004). Participaram desse levantamento exatos 589 abrigos. Das crianças e adolescentes institucionalizados, 78,4% estavam em regime de permanência continuada; ou seja, fazem dos abrigos suas moradias. Cerca de 55,2% das crianças e dos adolescentes institucionalizados estavam nesses abrigos por um período que variava de 7 meses a 5 anos (SILVA, 2004, s.p). O que configura frontal violação ao que reza o artigo 19, § 2º do Estatuto da Criança do Adolescente, que prevê como tempo de permanência máxima em abrigos o

período de 2 anos[10]. Além disso, o artigo 101 do mesmo Estatuto dispõe que o acolhimento institucional é medida provisória e excepcional.

E o dado mais alarmante: das crianças e adolescentes institucionalizados, apenas 54,6% tinham processos nas Varas da Infância e Juventude, significando que quase metade das outras crianças e adolescentes institucionalizados estavam sendo privados do direito fundamental à convivência familiar, sem o conhecimento do Poder Judiciário, sem um devido processo legal. Trata-se de mais uma afronta à legislação, uma vez que o Estatuto da Criança e do Adolescente prevê que as instituições terão até 24 horas para comunicar ao Juiz da Infância e Juventude sobre o acolhimento, devendo este ser excepcional e de urgência.

A principal causa de institucionalização apontada pela pesquisa foi à pobreza. O que demonstra a omissão do Estado, no que se refere a políticas públicas que diminuam as desigualdades sociais, garantindo aos mais carentes o direito de se ter uma família, e poder com ela conviver.

Ressalta-se, ainda, que nesses abrigos a precariedade dos anos 70 ainda predomina. O que mudou, foi a legislação. Agora, tem-se uma legislação garantista em conformidade com os Tratados Internacionais.

Desse modo, vive-se um hiato entre o que prevê o texto legal e a verdadeira realidade de crianças e adolescentes. O Estatuto da Criança e do Adolescentes encontra-se em consonância com o que prevê a Constituição Federal e dá destaque ao direito fundamental à convivência familiar.

No entanto, é preciso reafirmar o enorme descompasso entre o dever ser, estabelecido pelo legislador, e o que é, estabelecido na realidade. E é urgente reverter tal situação vez que os estragos ocasionados por uma institucionalização desnecessária e má conduzida são inúmeros. Dentre eles, os reflexos na maturidade emocional dessas crianças. Como assevera Pereira (2007, p. 651-652):

> (...) a falta de identificação com uma pessoa de forma continuada e afetuosa conduz ao desenvolvimento de um quadro conhecido como

[10] Artigo 19, § 2º, ECA - A permanência da criança e do adolescente em programa de acolhimento institucional não se prolongará por mais de 2 (dois) anos, salvo comprovada necessidade que atenda ao seu superior interesse, devidamente fundamentada pela autoridade judiciária.

> **hospitalismo**, manifestado em crianças abrigadas em instituições, sem afastar a possibilidade de se desenvolver um **quadro psicotizante** pela falta de uma segura referência materna e familiar.

Forma-se, então, um círculo vicioso, pois essa criança terá uma tendência maior a comportamentos delinquentes, justificando, para profissionais desavisados, a permanência no abrigo. O que é um equívoco, pois é exatamente essa permanência que gera referido comportamento.

Não se pretende afirmar que o abrigamento é o único mal para o regular desenvolvimento de crianças e adolescentes no Brasil e que a cura para todas as chagas seria o seu fim. Até porque as condições de vida familiar, em algumas famílias, se mostra tão maléfica à formação biopsicossocial da criança e do adolescente quanto a institucionalização.

Fatores adversos dentro da família estão diretamente ligados a distúrbios psicológicos e a uma série de comportamentos delinquentes, desenvolvido por crianças criadas nesse meios. O número excessivo de filhos, baixa renda familiar, brigas conjugais, alcoolismo, drogas, número excessivos de pessoas morando na mesma residência, são fatores adversos à convivência familiar e, como dito alhures, diretamente ligados ao desenvolvimento de comportamento delinquente.

Assim, advoga-se por uma intervenção estatal por meio de políticas públicas que possibilitem a restauração da vida familiar e, quando esta for impossível a colocação dessas crianças em família substituta ou o encaminhamento para adoção. Mas, jamais sua perpetuação em abrigos, como vem ocorrendo.

O dado apontado acima, demonstra que a maioria das crianças vivem em abrigos de 7 meses a 5 anos. O raciocínio é simples: 5 anos para uma criança que foi institucionalizada e que se encontra com 8 anos completos, equivale dizer que esta perdeu sua infância, pois a viveu dentro de um abrigo. Onde está a prioridade absoluta? E o respeito pela condição peculiar de pessoa em formação? A formação infantil já se expirou. O direito de brincar e de desenvolver-se emocionalmente no seio de uma família, não têm mais razão de ser defendidos.

Nas palavras de Gulassa (2006, p. 53): “O acolhimento institucional é uma medida de proteção integral e especial, de caráter provisório e excepcional, através da qual a guarda provisória das crianças e adolescentes é assumida pelo dirigente da instituição de acolhimento” (grifado).

Destaca-se o caráter provisório e excepcional da medida. Como já foi relatado, a permanência nos abrigos brasileiros em nada vem sendo provisória. Além disso, a excepcionalidade, de igual modo, não vem sendo respeitada.

O Estatuto da Criança e do Adolescente traz um rol de medidas no caso de violação dos direitos das crianças e dos adolescentes, que devem, obrigatoriamente, ser respeitadas antes da retirada da criança ou do adolescente de seu lar[11].

O abrigamento aparece em sétimo lugar; antes de ser decretado, há um rol de medidas cuja ordem deve ser respeitada. Mas, não é isso que vem ocorrendo. Ainda há a política do Código de Menores com a institucionalização reiterada. Sem contar as inúmeras situações em que o Judiciário não é informado da internação, que muitas vezes ocorre por decisão e determinação de profissionais como conselheiros tutelares e policiais, que levam a criança e o adolescente até as instituições, que os internam e deixam de observar o que prevê o ECA acerca do tempo máximo de 24 horas para que o Juiz da Infância e da Juventude seja informado desta.

O abrigamento deve passar a ser visto com excepcionalidade. Primeiro, deve ser constada a situação de risco ou abandono, por qual passa a

[11] Art. 101. Verificada qualquer das hipóteses previstas no Art. 98, a autoridade competente poderá determinar, dentre outras, as seguintes medidas:
I - encaminhamento aos pais ou responsável, mediante termo de responsabilidade;
II - orientação, apoio e acompanhamento temporários;
III - matrícula e frequência obrigatórias em estabelecimento oficial de ensino fundamental;
IV - inclusão em programa comunitário ou oficial de auxílio à família, à criança e ao adolescente;
V - requisição de tratamento médico, psicológico ou psiquiátrico, em regime hospitalar ou ambulatorial;
VI - inclusão em programa oficial ou comunitário de auxílio, orientação e tratamento a alcoólatras e toxicômanos;
VII - abrigo em entidade; (grifado)
VII - acolhimento institucional; (Alterado pelo L-012.010-2009)
VIII - colocação em família substituta.
VIII - inclusão em programa de acolhimento familiar; (Alterado pelo L-012.010-2009)
IX - colocação em família substituta. (Acrescentado pelo L-012.010-2009)

criança ou o adolescentes. Em seguida, devem ser aplicadas as medidas antecessoras do abrigamento, previstas no ECA. Para, tão somente, depois optar-se pelo abrigamento. Além disso, é obrigatória a participação de autoridades como o Juiz da Infância e Juventude e o Ministério Público, devendo ser instaurado por este o inquérito civil que constate as causas do abrigamento, para o fim de se encontrar uma solução o mais rápido possível.

A participação do Estado, por meio de Juízes, conselheiros, assistentes, psicólogos, é essencial. O papel do Ministério Público ganha especial importância, porque é por meio do inquérito civil, por ele instaurado é que se apurará as causas do abrigamento, e uma vez identificadas, nasce para o *parquet* o dever de encaminhar a criança ou adolescente institucionalizado, junto com sua família, para uma solução que por conseguinte, será alcançada por meio de políticas públicas.

A principal causa de abrigamento é a pobreza vivenciada pelas famílias. A falta de dinheiro, gerada pelo desemprego do pai ou da mãe de família leva a brigas conjugais, alcoolismo, uso de drogas; enfim, de fatores adversos à convivência familiar, o que joga a criança ou o adolescente para a marginalização.

Sendo assim, o Estado por meio de programas assistenciais deve monitorar essas famílias, e uma vez identificados à miséria ou a pobreza como fatores de risco para a criança, que seja dado aos pais programas de profissionalização e/ou de aperfeiçoamento; e até que esses programas termine o auxílio na renda familiar.

Os olhos do Estado devem estar atentos a essa situação, porém mais uma vez, a questão da responsabilização do Estado esbarará com o chamado princípio da reserva do possível[12] que é recorrentemente ligado à alegação de falta de renda para implementação de políticas públicas.

[12] Esbarra nos limites da pesquisa a classificação e análise mais aprofundada da “reserva do possível”. No entanto, torna-se necessário mencionar que a reserva do possível pode ser divida reserva do possível em fática e jurídica, onde a primeira refere-se à existência de recursos, ao passo que a segunda relaciona-se à previsão orçamentária para as despesas. Nesse sentido é o posicionamento de Ana Paula de Barcellos, para quem “a expressão reserva do possível procura identificar o fenômeno econômico da limitação dos recursos disponíveis diante das necessidades quase sempre infinitas a serem por eles supridas” (BARCELLOS, 2011, p. 276).

Sob esse prisma Edinilson Donisete Machado e Luiz Henrique Martim Herrera (2010, p. 3292):

> A reserva do possível, também chamada de “cláusula da reserva do possível”, refere-se àquilo que o indivíduo pode esperar de maneira racional da sociedade, ou seja, diz respeito à razoabilidade da pretensão pleiteada. Embora a teoria da reserva do possível não se refira direta e unicamente à existência de recursos materiais suficientes para a concretização do direito social, no Brasil ela se tornou uma teoria da reserva do financeiramente possível, ou reserva dos cofres públicos, ao alegar a insuficiência de recursos públicos e a falta de previsão orçamentária da respectiva despesa como limite absoluto à intervenção judicial nas políticas públicas.

Em contrapartida, tem-se a alegação do mínimo existencial, que é a defesa apresentada por aquele que necessita de uma prestação estatal. Trata-se de discussão amplamente debatida em nossos Tribunais. É como também se posiciona o presente estudo defendendo que, pela aplicação do princípio da absoluta prioridade de direitos e garantias de crianças e adolescentes, o mínimo existencial, referente a eles - e aqui inclui-se o direito à convivência familiar - deve ser atendido prioritariamente, ainda que obstacularize, inclusive, a realização de obras como asfaltamento, construção de praças, compra de veículos oficiais, realização de festividades, etc.

Os programas assistenciais, voltados à garantia de direitos de crianças e adolescentes, hoje em vigor no Brasil, são: 1) Erradicação do trabalho infantil; 2) Proteção social à infância, adolescência e juventude; 3) Combate ao abuso e à exploração sexual de crianças e adolescentes; 4) Atendimento socioeducativo do adolescente em conflito com a lei; 5) Promoção e defesa dos direitos da criança e do adolescente; 6) Transferência de renda com condicionalidades.

Com relação a esses programas, defende-se sua aplicação, com absoluta prioridade, atribuindo-lhes a força impedir investimentos em outras áreas até a sua efetivação.

Com relação ao primeiro programa referente à erradicação da pobreza, foi realizada uma pesquisa entre 2004 a 2007, onde se constatou que a transferência de verba governamental aumentou, ao passo que o índice de

trabalho infantil, nesse mesmo período, cresceu cerca de 85,50% (TELLES, SUGUIRIHO E BARROS, 2011, p. 50-66).

O programa de proteção social à infância, adolescência e juventude funcionou nos anos de 2004 e 2005 e foi apesar, do alto grau de execução que chegou a 95% em 2005, foi injustificadamente, extinto (TELLES, SUGUIRIHO E BARROS, 2011, p. 50-66).

Já o programa de combate à exploração sexual teve um crescente incentivo governamental com altos índices de execução, chegando a patamares de mais de 90%. Entretanto, se comparado com outros programas como o bolsa-família, ainda apresenta transferência de renda governamental aquém do desejado, face ao bem jurídico tutelado: a dignidade de crianças e adolescentes.

O programa de atendimento socioeducativo de adolescentes em conflito com a lei obteve crescente investimento governamental; porém, os dados mostram que também foi crescente o número de crianças e de adolescentes institucionalizados. Isso demonstra que o equívoco do Estado está em investir na criação de novas entidades de internação, com o mesmo modelo retrógrado, que não ressocializa, não profissionaliza e não previne a reincidência desses adolescentes infratores. O modelo está fracassando e continua-se a investir renda pública nele[13].

Conforme Telles, Suguiriho e Barros (2011, p. 50-66) o programa de promoção da defesa dos direitos de crianças e adolescentes executou em 2004 apenas 56% dos recursos que lhes foi disponibilizado pelo Estado. No

[13] Em 2002 existiam 12.051 adolescentes em atendimento socioeducativo, internação provisória e semiliberdade. Em 2004 esse número foi para. 13.957 adolescentes e, em 2006, passou para 15.426. Entre 2002 e 2006 houve um crescimento de aproximadamente 28,01% no número de adolescentes cumprindo medidas socioeducativas. O orçamento destinado a esse programa foi R$.97.108.090 entre os anos de 2004 e 2007, com média de execução de 81,23% No ano de 2004, foram executados R$ 8.665.087,00, 81,65% do total autorizado No ano de 2005 houve execução de apenas 44,32%, dos R$ 25.447.549,00 liberados. Em 2006, foram executados 99,77% do montante de R$ 12.821.005,00, disponibilizado. Por fim, em 2007, foram executados R$ 48.837.789,00, ou seja, 99,19% do valor autorizado. TELLES, SUGUIRIHO E BARROS (2011, p. 50-66).

ano seguinte, 47% e em 2006, apenas, 41% dos recursos foram executados pelo programa[14].

Por tais razões, defende-se a realização de políticas públicas que estimulem o crescimento físico, psíquico e social de crianças, de adolescentes e de suas famílias. Sobretudo, porque, assim, a criança, e o adolescente e sua família galgarão espaço dentro da sociedade e serão reconhecidos, definitivamente, como sujeitos de direito. E contribuirão para o crescimento de toda a sociedade.

É preciso o investimento em programas que possam potencializar as capacidades e instruir crianças e adolescentes, assim como seus familiares.

Isso, sem dúvida, mesmo que a longo prazo, diminuirá progressivamente os índices de marginalização e a consequente institucionalização de crianças e adolescentes.

Somente assim se conseguirá soltar as amarras que prendem a cultura da institucionalização, advinda do Código de Menores. A transformação já ocorreu no campo legal, na abstração; mas não há correspondência com a realidade. A efetivação dos direitos de crianças e de adolescentes tem prioridade absoluta na lei, perante a lei. Entretanto, não apresenta referida prioridade no âmbito das políticas governamentais.

Defende-se o direito à convivência familiar; mas uma convivência familiar digna, com a garantia de moradia digna, com alimentação adequada, com renda condizente com as necessidades diárias. Com isso, certamente, diminuirão os fatores de adversidades familiares como alcoolismo, uso de drogas, brigas conjugais e violência doméstica. E, assim, as causas da delinquência infanto-juvenil serão atingidas e superadas.

Em síntese, o que se pretende demonstrar nesse breve estudo é: (1) Há frontal desrespeito a legislação pátria, no que se refere ao direito fundamental à convivência familiar de crianças e adolescentes no Brasil. Há, verdadeiro, descompasso entre a lei e a realidade vivenciada por crianças e adolescentes. A institucionalização vem sendo aplicada de maneira reiterada, e não como medida excepcional e nem provisória, pois a institucionalização se prolonga por anos, roubando de crianças e de adolescentes o direito de

[14] Op. Cit.

amadurecer mental, física e emocionalmente no seio de uma família. Causando-lhes estragos de grande monta ao caráter biopsicossocial. (2) O Judiciário (3) É preciso a ingerência de políticas públicas, com a criação de programas que capacitem crianças e adolescentes, bem como seus familiares, proporcionando o desenvolvimento físico, psíquico e social destes, que passarão a ter autonomia e competência que lhes possibilite conquistar um lugar dentro da sociedade.

O abrigamento deixará de ser regra e passará a ser excepcional e provisório mediante o agir ativo da população, por meio do exercício dos direitos inerentes à cidadania, entre eles a fiscalização da criação e execução de programas que envolvam esse objetivo.

Por isso, deve ser estimulada a discussão dessa temática na esfera acadêmica e em espaços públicos. A democracia participativa relaciona-se diretamente com a efetivação de direitos, que nesse caso, têm absoluta prioridade.

Por meio da análise do panorama histórico do tratamento dispensado a crianças e adolescentes no Brasil foi possível constatar certa segregação de crianças e de adolescentes pobres.

A prática da institucionalização, verdadeira afronta ao direito fundamental de crianças e adolescentes, pois está colocada como medida excepcional e provisória somente na legislação, ou seja, in abstrato. Na realidade, crianças e adolescentes continuam sendo institucionalizados de maneira desenfreada. E, muitas vezes, o Poder Judiciário, sequer toma conhecimento dessa realidade.

Nesse sentido, outro ponto que clama por mudanças. As políticas públicas voltadas às crianças e adolescentes devem ser no sentido de capacitá-las, bem como à sua família, uma vez que a principal razão apontada para a institucionalização foi a pobreza. Sendo assim, com a educação e a profissionalização, a criança e o adolescente e sua família terão plena capacidade de desenvolvimento físico, social, psíquico, moral e espiritual, para ganharem autonomia e valor na sociedade a qual pertencem.

Existem políticas públicas no Brasil voltadas às crianças e aos adolescentes; entretanto, quando não são executadas corretamente, se prestam apenas para fins assistenciais.

Os gastos com as políticas públicas voltadas ao adolescente infrator vêm aumentando progressivamente nos últimos anos; entretanto, a marginalização é, também, crescente. Trata-se de uma política voltada à criação de entidades de internação. A conclusão salta aos olhos: o investimento está sendo feito de maneira errada. Não se deve criar mais instituições com os mesmos modelos que não ressocializam, não profissionalizam, não educam; pelo contrário, são verdadeiras fábricas de delinquentes.

Apliquemos integralmente o princípio da prioridade absoluta, pois se está diante de direitos de crianças e adolescentes. Que seja obstacularizada a realização de obras como construção de praças, asfaltamento, gastos com festividades, com compra de automóvel para uso particular de agentes políticos; pois, em primeiro lugar, deve-se garantir saúde, educação e convivência familiar às crianças e adolescentes.

Defende-se, assim, a efetivação do direito fundamental à convivência familiar **digna:** que sejam assegurados moradia, emprego, saúde, educação e outros fatores que extinguem as adversidades no seio da família e garantem um ambiente saudável para o desenvolvimento físico, psíquico, espiritual, moral e social de crianças e de adolescentes.

2 O MODELO DE ESTADO E A DIRETRIZ IDEOLOGICA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Será abordado, no presente capítulo, o processo histórico que culminou no modelo de Estado Democrático de Direito, afim de que sejam analisados os fins desse modelo de Estado, principalmente, no que se refere à efetivação dos direitos das crianças e dos adolescentes.

Além disso, destaca-se o papel da Constituição Federal de 1988 nesse sentido, identificando sua ideologia – o que diretamente se liga ao modelo de Estado adotado e à resposta deste às demandas sociais. Destaca-se a análise do Estatuto da Criança e do Adolescente, norma regulamentadora de tais direitos.

Para entender o papel do Estado moderno seria fundamental revisitar o processo de formação deste à luz de estudiosos como Hobbes e Rousseau entre outros, a fim de construir uma base teórica que justifique o estado liberal moderno.

Porém, na impossibilidade de aprofundamento das bases teóricas de tais pensadores, consideramos somente alguns de seus aspectos, presentes nos fundamentos do Estado Moderno, alguns de cunho mais liberal e outros de cunho mais social. Na análise do processo de formação do Estado são pontuados os aspectos liberais e sociais, até que se chegue ao modelo atual de Estado: “o Estado Democrático de Direito”.

Já no modelo de Estado atual se lança uma abordagem conjunta com a sociedade moderna e a Teoria dos Sistemas de Luhmann, onde se analisa a dinâmica desse arranjo social e a Constituição Federal como acoplamento dos sistemas que compõem a sociedade moderna.

Esse suporte teórico permite concatenar o modelo de Estado Brasileiro e sua politica de atendimento à criança e ao adolescente, prevista na Constituição Federal.

2.1 Discussões sobre o Estado de Direito e o Estado Democrático de Direito

Uma vez delineado os dois arquétipos de Estado é preciso destacar que a ideia de substituição de um modelo de Estado por outro será, aqui, refutada.

Defende-se o caráter cumulativo do processo evolutivo pelo qual passou o modelo de Estado. A ideia é de complementariedade, de agregação e não de substituição.

O modelo de Estado Liberal não pode ser considerado totalmente extinto. Não desapareceu com o surgimento do Estado Social. Na verdade, houve uma soma de valores de direitos conquistados por um ao que foi conquistado pelo outro.

Como dito acima, foram, justamente, as conquistas e, por que não, até mesmo as adversidades enfrentadas no modelo liberal que proporcionaram o surgimento do modelo social.

Os direitos e valores alcançados pelo Estado Liberal não podem ser desprezados e muito menos descartados com o surgimento do Estado Social. Não é possível uma visão fragmentada e atomizada do Estado ao longo do processo histórico.

O modelo de Estado passou por um processo de expansão e não de sucessão, até porque, torna-se impossível e desnecessário apagar as conquistas do modelo de Estado Liberal.

A ideia ventilada nesses últimos parágrafos nada mais é do que reflexos da Teoria da Dimensão dos Direitos Fundamentais que de igual modo, trabalha com a sucessão de direitos e não exclusão de uns por outros[15].

[15] Ingo Sarlet (2007, p.55), assim explica a Teoria Dimensional dos Direitos Fundamentais: "[...] a teoria dimensional dos direitos fundamentais não aponta, tão-somente, para o caráter cumulativo do processo evolutivo e para a natureza complementar de todos os direitos fundamentais, mas afirma, para, além disso, sua unidade e indivisibilidade no contexto do direito constitucional interno [...]". Sarlet, explica que a causa de sua opção por tal termo: "Em que pese o dissídio na esfera terminológica, verifica-se crescente convergência de opiniões no que concerne à idéia que norteia a concepção das três (ou quatro, se assim preferirmos) dimensões dos direitos fundamentais, no sentido de que estes, tendo tido sua trajetória existencial inaugurada com o reconhecimento formal nas primeiras Constituições escritas dos clássicos direitos de matriz liberal-burguesa, se encontram em constante processo de

Portanto, a sociedade é eminentemente mutável, variável e inconstante. A evolução social, política, jurídica, econômica é irrefreável. O processo evolutivo do modelo estatal não termina com o Estado Social. Este pode ser apontado como produto do processo evolutivo, no qual o modelo de Estado Democrático de Direito conjuga conquistas, direitos, estruturas e demandas dos dois modelos de Estado vistos anteriormente, podendo ser visto como produto do referido processo de evolução histórica.

O modelo atual de Estado pode ser identificado na diretriz ideológica presente na Constituição Federal que proclama ser o Estado brasileiro um Estado Democrático de Direito. A expressão: "Estado Democrático de Direito", nos remete a uma democracia social que é caracterizada pela estreita relação entre Estado e Sociedade Civil.

Essa relação dicotômica entre Sociedade Civil e Estado será objeto do próximo tópico para que, em seguida, se possa esmiuçar o conteúdo e a representatividade da expressão "Estado Democrático de Direito".

A análise do modelo estatal atual será, em um primeiro momento fragmentada no estudo do Estado de Direito para, em seguida, se discutir aspectos do Estado Democrático.

A Assembleia Nacional Constituinte optou em um primeiro momento pela expressão "Estado de Direito" substituindo-a em seguida por "Estado Democrático de Direito", modelo expressamente esculpido no artigo 1º da Constituição Federal de 1988.

Pela leitura dos Anais da Constituinte é possível extrair a preocupação em se reforçar que mais do que um Estado constituído sob a égide do Direito e da Lei, este Estado teve como origem um Direito manifestamente livre e derivado do povo, tendo o Estado à função de assegurar direitos mínimos aos cidadãos e manter a sociedade civil que regulamenta.

---

transformação, culminando com a recepção, nos catálogos constitucionais e na seara do Direito Internacional, de múltiplas e diferenciadas posições jurídicas, cujo conteúdo é tão variável quanto as transformações ocorridas na realidade social, política, cultural e econômica ao longo dos tempos. Assim sendo, a teoria dimensional dos direitos fundamentais não aponta, tão-somente, para o caráter cumulativo do processo evolutivo e para a natureza complementar de todos os direitos fundamentais, mas afirma, para além disso, sua unidade e indivisibilidade no contexto do direito constitucional interno e, de modo especial, na esfera do moderno 'Direito Internacional dos Direitos Humanos."

Além disso, o termo “Democrático” também traz consigo a ideia de Justiça Social e ultrapassa a ideia de Estado de Direito meramente formal e subordinado à Lei e revela um Estado que resguarda os valores fundantes da comunidade que regula, e mais: assegura direitos.

Nesse sentido, esse é o valor esculpido pela Constituição Federal de 1988, podendo ser reconhecido como sua diretriz fundante.

Nessa linha de pensamento, a presente pesquisa separa os dois termos: Estado de Direito e Estado Democrático. Além disso, não se se considerará como sinônimos os termos Estado de Direito e Estado Democrático de Direito[16].

O Estado de Direito apresenta configurações diversas para cada Estado. Isso significa que existe uma lei regulando cada Estado.

Os Estados são fundados sobre códigos binários de valores como: exclusão/inclusão, público/privado, cidadão/estrangeiro, direito/não direito. Nesse tipo de estudo nos interessará a dicotomia direito e não direito.

A ideia central de Estado de Direito é a eliminação do arbítrio estatal, tendo este que se subordinar à Lei, que garante direitos aos cidadãos. Canotilho (1999, p.12), assim o conceitua: “Estado de Direito é um Estado ou uma forma de organização político-estadual cuja atividade é determinada e limitada pelo Direito”.

Referido autor segue seu pensamento afirmando, por exclusão, que Estado de não direito seria aquele em que o Estado não se vincula a limites jurídicos, não reconhecendo, por conseguinte, a seus cidadãos uma esfera de liberdade protegida por direitos previstos em Lei. Nesse sentido, o Estado de não direito ficaria caracterizado por leis arbitrárias, desumanas e cruéis, em que tais leis se identificariam com a vontade do chefe, rei, soberano, e não com a vontade do povo; tendo, por consequência direta, a injustiça e a desigualdade.

Segundo Canotilho (1999, p. 21), o Estado de Direito teria surgido como um paradigma jurídico-político da cultura ocidental e do Estado Liberal do

[16]REALE, (2001, p. 2).comunga-se dos ensinamentos de Miguel Reale que assim considera: “Não concordo, por conseguinte, com os juristas que consideram sinônimos os termos “Estado de Direito” e “Estado Democrático de Direito”. Tal entendimento não me parece admissível em hermenêutica Jurídica, notadamente no plano da Carta Magna, porquanto, em princípio, a termos novos deve corresponder nova interpretação.

Ocidente. Foi no Ocidente que se desenvolveu juridicidade estatal[17], que é baseada no consenso de princípios e de valores inseridos em um dado Estado.

Nesse sentido, são possíveis os princípios e os valores esculpidos pelo Estado de Direito e que, segundo Canotilho (1999, p. 22), são: a liberdade do indivíduo, a segurança individual e coletiva, a responsabilidade e responsabilização dos titulares do poder, a igualdade de todos os cidadãos e a proibição da discriminação.

Para efetivar tais valores é preciso todo um aparato estatal que caracteriza o que o citado autor denomina de poder democrático, soberania popular, representação política, separação de poderes e de deveres do Estado.

Importante salientar que a ideia de um Estado de Direito originou-se no Ocidente, primeiro nos países da Europa e depois no continente americano. Na Inglaterra, por exemplo, sedimentou-se a ideia do *rule of law* – o chamado "império do direito". Na França, por sua vez, foi desenvolvido o *État legal* – Estado de Legalidade. Nos Estados Unidos, a ideia foi divulgada com a denominação de Estado Constitucional. E na Alemanha é que se convencionou chamar essa modalidade de Estado de: Estado de Direito *(Rechtsstaat)* (CANOTILHO, 1999, p. 25).

Cada uma dessas ideias apresenta características semelhantes, umas mais valoradas em determinadas culturas do que em outras. Na Inglaterra, por exemplo, o "império do direito" representa valores como: processo justo, a prevalência das leis e dos costumes em detrimento da discricionariedade do rei, a sujeição dos atos soberanos ao parlamento e o direito e a igualdade de acesso à justiça.

Essas características quebraram as barreiras da cultura inglesa e se transportaram para outros Estados que adotaram o modelo de Estado de

[17] Segundo Canotilho são dimensões fundamentais à juridicidade estatal: governo de leis (e não do homens) gerais e racionais, organização do poder segundo o princípio da divisão de poderes, primado do legislador, garantia de tribunais independentes, reconhecimento de direitos, liberdades e garantias, pluralismo político, funcionamento do sistema organizatório estadual através de instrumentos jurídicos constitucionalmente determinados. Essas dimensões fundamentais acabarão por constituir um paradigma que influenciou a formação de outros sistemas de organização do Estado, tornando-se modelo. Nesse sentido, é arriscado a divisão simplória e dicotômica advinda do risco da pretensão da universalização. O autor deixa a seguinte indagação: Será o Estado de direito Ocidental a medida justa do mundo, da civilização e do desenvolvimento humano?

Direito. É o que ocorreu com os Estados Unidos que além desses valores ainda acrescentaram ao seu modelo próprio de Estado de Direito o Poder Constituinte de titularidade do povo. Isso significa que o povo é quem detém o direito de fazer a lei superior, ou seja, a Constituição Federal respectiva – até, por isso, a expressão "Estado Constitucional" - diploma que contém as regras limitadoras dos atos do Governo.

Outra característica destacável é um forte catálogo de direitos e de garantias fundamentais. Além disso, as medidas adotadas pelo governo deveria refletir o interesse público. Desse modo, o governo se subordina de maneira integral aos princípios e às regras de direito, garantidoras de liberdades e de direitos fundamentais. É marcante, portanto, a natureza vinculadora da Constituição Federal em um modelo de Estado como esse. Por fim, outra característica de extrema relevância é a fiscalização judicial da constitucionalidade das leis.

A França, por sua vez, deixou um incomparável legado quando se fala em Estado de Direito. Com a inconfundível marca revolucionária trouxe o preceito de que não existe Estado quando a Constituição Federal que o regula não derivou do povo ou seus representantes. E, de igual modo, um Estado que tenha uma Constituição que não preveja um catálogo de direitos fundamentais e não estabeleça o princípio da separação de poderes, não tem, verdadeiramente, uma Constituição[18].

Quanto à Alemanha, imprescindível destacar que a terminologia "Estado de Direito", lhes é atribuída. Além de todas as características e dos valores já elencados por outros Estados como a Inglaterra, os Estados Unidos e a França, soma-se à Alemanha outro valor fortemente protegido no seu modelo de Estado de Direito: a autonomia individual ou também a chamada autodeterminação da pessoa. Daí surgem postulados eminentemente liberais.

Assim explica Canotilho (1999, p. 27):

[18] Vale apontar a Teoria política de Carl Schmitt que trabalha com várias acepções e sentidos no que tange a Constituição. A par dessas considerações destaca-se o conceito ideal de Constituição trabalhado pelo autor, segundo o qual seria a elaboração político-jurídica de um sistema de direitos e garantias fundamentais e a separação de poderes, devendo, sobretudo ser escrita. Importante frisar tratava-se de um período de forte influência do mundo liberal burguês e da Revolução Francesa. SCHMITT, Carl. Teologia Política. Trad. Elisete Antoniuk. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 59-61.

> É a autonomia individual que explica alguns dos postulados nucleares do Estado de direito de inspiração germânica. Desde, logo, o estado de direito, para ser verdadeiramente, tem de assumir-se como um Estado liberal de direito. Contra a ideia de um Estado de polícia que tudo regula a ponto de assumir como tarefa própria a felicidade dos súditos, o Estado de direito perfila-se como um Estado de limites, restringindo a sua ação à defesa da ordem e segurança públicas.

Desse modo, um Estado de direito nos moldes germânicos é aquele Estado domesticado pelo direito, ou seja, que se submete ao império das leis; mas que, acima de tudo, se tem sua ação restringida limite certo e determinado, qual seja: a autonomia da vontade.

Isso é manifesto respeito à esfera de liberdade do indivíduo.

Segundo Canotilho (1999, p. 50), “Um Estado pode considera-se Estado de direito quando: (1) está sujeito ao direito; (2) *actua* através do direito; (3) positiva normas jurídicas informadas pela *ideia de direito”.*

Isso significa que o Estado de direito se sub-roga ao direito. A ideia central é a de que o poder político desse Estado deve observar as regras de direito, o império do direito e isso significa, que o respectivo poder não é livre e desvinculado.

Daí a expressão “império do direito”, significando o poder se curvando ao direito, tal como devem fazer os particulares. O Estado se submete ao direito, não estando de maneira nenhuma, sobre ele. Tendo que agir, age em conformidade com o direito.

Ocorre que, para compreendermos a fundo a dimensão do Estado de direito, é preciso trabalhar com a noção de Estado material de direito. Trata-se de um Estado que não se submete a qualquer direito, mas ao bom direito, ao direito justo.

Daí surge a ideia de direito que traz a ideia de leis boas e leis justas, devendo estas serem observadas pelo Estado, ao passo que leis más e injustas podem e devem ser afastadas.

Um Estado que restringe as liberdades individuais de seus cidadãos, que impede a liberdade de expressão, que intervém desmedidamente na propriedade privada, que concebe penas cruéis, pode até fazer isso pautado em leis, porém não se terá justiça.

Nesse sentido explica Canotilho (1999, p. 53):

> Merece a qualificação de Estado de direito o Estado – e só esse! Que em todos os seus actos jurídicos, em todos os seus esquemas organizatórios, em todos os seus procedimentos, incorpore os princípios jurídicos que, de forma indisponível por qualquer poder, dão validade ou legitimidade a uma ordem jurídica. Em síntese: que o torne intrinsecamente um Estado de direito.

Outra dimensão importante acerca do Estado de direito refere-se aos direitos fundamentais, pois o Estado de direito pode ser denominado de Estado de direitos fundamentais que refletem o núcleo essencial desse modelo de Estado.

A onda da constitucionalização[19] dos direitos atribui àqueles direitos catalogados nas Constituições positividade. E isso significa que podem ser exigidos juridicamente, ou seja, sua efetivação e observância se tornam obrigatórias por força da lei, deixando de ser meras proclamações filosóficas, desprovidas de efetividade.

Ocorre que outro aspecto também merece ser observado: não basta apenas a previsão legal na Constituição. É preciso mais que a mera previsão de um catálogo de direitos na Constituição. Essa mesma Constituição deve prever meios de garanti-los, de efetivá-los. Do contrário, teremos uma rica previsão legal com uma pobre efetivação. Isso caracteriza as Constituições denominadas de “Constituição de Fachada”, “Constituição Simbólica”, “Constituição Semântica”, “Constituição álibi”, entre outras terminologias (CANOTILHO, 1999, p. 57).

Tais Constituições “gastam muitas palavras na afirmação de direitos, mas pouco podem fazer quanto à sua efetiva garantia” (CANOTILHO, 1999, p. 57). Isso desnaturaria o Estado de direito. A solução para tal problema seria a observância de princípios informadores das atividades estatais, tais como: princípio da justa medida e da legalidade.

O princípio da justa medida é também chamado de princípio da proibição do excesso. Referido princípio pretende, sobretudo, garantir a

[19] O fenômeno da constitucionalização inicia-se com a Declaration of Rigths da Virgínia de 1776, na qual onde catalogou-se direitos e liberdades a serem observados pelo Estado e pelos particulares reciprocamente. De igual modo, tivemos a Declaração de Independência dos Estados Unidos. Referido fenômeno atribui ao direito o status de direito positivo, considerado juridicamente vigente devendo ser observado. Na Europa outros diplomas legais são referencia no que tange a constitucionalização de direitos.

proteção dos direitos individuais e limitar os poderes estatais que se mostrem violadores de tais direitos.

A atividade do legislador na feitura das leis deve observar tal princípio. Não é permitido que em um Estado de direito se edite leis arbitrárias, excessivas, desnecessárias ou violadoras dos direitos e das garantias fundamentais. Esse princípio deve ser igualmente observado pelo Poder Judiciário no momento da aplicação da lei.

Em síntese o princípio da proibição do excesso refere-se à razoabilidade, à proporcionalidade e à necessidade da lei, no sentido de se respeitar os direitos e as garantias fundamentais. No momento da elaboração e aplicação de uma lei é preciso observar referidos princípios.

Outro princípio básico ao Estado de direito é o da legalidade.

O Estado de direito atribui à lei extrema importância. Isso porque a lei reflete a vontade da sociedade, do povo. E isso fica claro quando passamos a observar o processo legislativo que culmina na elaboração da lei, expressando a vontade do povo.

Todos, indistintamente, estão sujeitos à lei. Da maior autoridade do Estado até o particular de maneira individualizada estão sujeitos à lei. Até mesmo o Estado deve a ela se subordinar.

Por isso, é possível afirmar que o próprio poder deriva da lei. Dessa forma, não teremos jamais poder legítimo que não se fundamente na lei. É proibida, portanto, qualquer atividade desvinculada da lei. Essa é uma característica eminentemente do Estado de direito, e não poderia ficar sem análise[20].

Outra característica relevante do Estado de direito é a responsabilização do Estado pelos atos praticados. Essa ideia é frontalmente oposta ao modelo de Estado absoluto com as conhecidas frases: “O Estado não comete falhas”, “O rei não erra”, “O Estado não é civilmente responsável”, “O Estado não está sujeito à responsabilidade por danos” (CANOTILHO, 1999, p. 68).

[20] Adverte-se que não é a finalidade da presente pesquisa aprofundar nos princípios elencados, como o da legalidade. Limitar-se-á a salientar as análises básicas que se mostram importante para o estudo dos modelos de Estado, objeto da presente pesquisa.

Em um Estado de direito qualquer dano causado a um particular por um agente público que represente o Estado gerará direito ao ressarcimento. Desse modo, é possível afirmar que, em um Estado de direito, este será civilmente responsável pelos danos que causar. E, frisa-se, trata-se de responsabilidade objetiva; portanto, independe de prova de culpa do agente público que cometeu o ato lesivo.

Em tempos modernos existem grandes chances dos serviços estatais funcionarem mal, por vezes, gerando danos aos particulares. Isso revela a importância desta característica do Estado de direito. No Estado de direito este responderá pelo mal que ocasionar aos seus cidadãos[21].

Mais uma característica destacável é a garantia de acesso ao direito. O Estado de direito detém o monopólio da jurisdição, cabendo, dessa forma, ao Estado o poder-dever de "dizer o direito". Trata-se, portanto, do direito de ter acesso ao direito (CANOTILHO, 1999, p. 71).

No entanto, na atual conjuntura jurídica, vivencia-se uma crise de desigualdade na justiça. Quem já não se deparou com frase: "Prisão é feita para pobres". E os estudos sociológicos, infelizmente, confirmam que as prisões estão cheias, na maioria das vezes, de minorias, tais como: negros, pobres, etc.

É disseminada a ideia de que somente vai para prisão aquele que não detém condições de pagar um bom advogado, que, por vezes, de maneira ardilosa se utiliza dos procedimentos e das garantias processuais para encontrar brechas na lei que garantam uma liberdade injusta. Aquele que melhor conhecer das regras procedimentais mais facilmente obterá êxito.

Aqui residem as críticas ao formalismo que coloca a forma acima do conteúdo material do direito e até mesmo acima da realidade fática. As críticas encontram respaldo; porém, não respingam na qualidade de garantias processuais e procedimentais que garantem a defesa dos direitos dos cidadãos

[21] Adverte-se, novamente, que foge do objeto da pesquisa a análise da responsabilidade do Estado pelos danos que vier a causar em seus cidadãos. Trata-se de matéria minuciosa. A finalidade de se citar referido assunto é apenas no sentido de se delinear as características do Estado de direito, já que o objeto da pesquisa vislumbra o estudo de modelo de Estado brasileiro atual.

e, consequentemente, evitam, desse modo, o decisionismo arbitrário, impedindo a violação de direitos.

Nesse sentido, Canotilho (1999, p. 71-72) afirma com maestria que “a forma, no Estado de direito, é inimiga jurada do arbítrio e irmã gêmea da liberdade”. E continua afirmando que:

> Quer se trate de regras ou princípios a observa-se nos processos em tribunais (garantias procedimentais), parece lícito dizer que sem garantias processuais ou procedimentais não se vive em um Estado de direito. Muitas vezes, só quando estas garantias desaparecem do nosso quotidiano, ou porque o Estado é fraco (veja-se o problema endémico de alguns países da América Latina), ou porque o Estado é forte e até demasiado forte (é o caso dos Estado autoritários e, em maior medida, dos Estados totalitários), nos damos conta da importância delas para se respirar a liberdade e a segurança individual e colectiva.

Entretanto, o Estado de Direito ganha sua completude com a junção ao Estado Democrático. Passa-se a análise nesse sentido.

A fim de se entender a composição do “Estado Democrático de Direito” a presente pesquisa optou pelo fracionamento da análise em duas facetas: O Estado de Direito, visto alhures e passando, por conseguinte, a análise do “Estado Democrático”.

A grande característica do Estado democrático é a legitimação do poder constituído pelo povo, seu verdadeiro titular. Isso significa que o poder do Estado deve, além de se organizar de maneira democrática, ser exercido e aplicado dessa forma. Trata-se de verdadeira associação entre Estado de direito e a Democracia[22].

É sabido que o Estado de direito tem como função a limitação do poder político por meio das leis. Reporta-se, nesse momento, à expressão já mencionada “império das leis” que, adequadamente, transmite essa ideia de

[22] A ideia defendida na presente pesquisa é a de que não há que se falar em Estado de Direito sem Democracia. Democracia é conditio *sine qua non* do Direito na sociedade atual. Impossível a formação e consolidação de um ordenamento jurídico e sua positividade sem democracia. Tornou-se inaceitável um ordenamento jurídico irradiador de injustiças e que usa o Direito como força legitimadora desconsiderando os fins danosos. Canotilho (1993, p. 458) comunga desse entendimento e rechaça a afirmação de que “um Estado de direito é também possível sem democracia”.Por isso, ações ilegítimas e opressivas mesmo que pautadas em normas cogentes não pode ser chamada de Direito. Comunga-se da acepção de que Política e Direito são sistemas que se comunicam (ROTHENBURG, 2013, p. 252-253).

submissão do Estado ao direito e a consequente limitação de seu poder por meio deste, cabendo à Constituição Federal que o regulamenta essa função limitadora.

Diante disso, podemos afirmar que a ideia central do Estado de direito seria "o governo das leis e não dos homens[23]". Como já citado, é o Estado se submetendo ao direito e a forma como isso ocorre é através da limitação do poder político estatal à Constituição Federal.

Para alguns[24], essa simbiose entre o Estado de Direito e o Estado Democrático é impossível de ocorrer, pois há valores preconizados por um sem correspondência, nos exatos termos, pelo outro, ou seja, existem valores que em um Estado de direito recebe determinado valor e no Estado Democrático valor distinto. Como conciliar isso?

Por exemplo, a liberdade. No Estado de direito, a liberdade é considerada na sua faceta negativa, isto é, o Estado deve se limitar para não invadir a esfera de liberdade do indivíduo. Nesse sentido, a liberdade limita o poder político de um dado Estado.

Já no Estado democrático a liberdade é considerada na sua faceta positiva, e isso significa que é a liberdade de cada cidadão que legitima o poder político do Estado.

Canotilho (1999, p. 29) as denomina de liberdade liberal e liberdade democrática, respectivamente. Se confrontadas teremos o sacrifício da democracia frente ao império do direito ou o enfraquecimento ou abalo do poder político do Estado em face da democracia.

Nas palavras de Canotilho (1999, p. 29) "o coração balança, portanto, entre a vontade do povo e a regra do direito".

---

[23] CANOTILHO, JJ. 1999, p. 27.

[24] Para Habermas (1997, p. 293) "Estado de direito e democracia aparecem a nós como objetos inteiramente separados. Há boas razões para isso. Porque o governo político é sempre exercido na forma jurídica, o sistema legal pode existir onde a força política não foi ainda domesticada pelo Estado de direito". Segundo o autor, "o Estado de direito existe onde o poder de governar não foi ainda democratizado". Portanto, para Habermas (1997, 293) "governos ordenados legalmente sem as instituições do Estado de direito e há Estado de direito sem constituição democrática". Já em Weber, é perfeitamente possível um Estado sem direito, mas não direito sem Estado. Para o autor é impossível conceber a ideia de um direito substancial sem um aparato normativo. Weber se filia ao positivismo. Por fim, resta consignar que a teoria que separa direito e Estado, de Kelsen, chamada de Teoria bilateral, vincula o Estado aos direitos que ele mesmo produziu. Daí defende a ideia de que o Estado existiria independentemente do direito. Ato seguinte seria a criação de direitos pelo Estado, donde seria transformado de um fato de poder em um Estado de direito.

O liberalismo político clássico é tendencioso à liberdade negativa ou liberal, por razões óbvias. Nessa linha de pensamento, as liberdades individuais têm maior importância, se sobrepondo às liberdades políticas.

Nesse sentido, discorre Canotilho (1999, p. 30):

> O homem civil precederia o homem político, o burguês estaria antes do cidadão. O homem privado que preza a sua liberdade em face do poder terá mais liberdade do que o cidadão público que cultiva a liberdade política.

Impossível não mencionar o dilema entre liberdade e igualdade. Tratam-se de valores sobre os quais se assenta o Estado democrático de direito e a simbiose do Estado de direito está, porque não, relacionada à simbiose dos valores: igualdade e liberdade.

No entanto, é impossível fugir da indagação: São conciliáveis? Será que a conquista de uma, realmente, importa abrir mão da outra[25]?

Sobre o possível confronto entre liberdade e igualdade, afirma Coelho (2009, p. 510):

> A visão liberal corresponde à liberdade dos modernos, uma liberdade negativa cuja finalidade seria livrar o indivíduo dos constrangimentos legais. A visão republicana ou de liberdade positiva enfatiza a preocupação com a res publica, com o bem coletivo (Belin, 1981). A concepção republicana de liberdade, se bem que pressupõe a inclusão do conjunto dos direitos fundamentais, valoriza a inserção do indivíduo na vida pública. Não se restringe a uma interpretação individualista de liberdade, de ação voltada para si mesmo, mas tem a conotação de ação no mundo. A liberdade é assim percebida como um conceito nascido da política e a sua própria razão de ser (cf. Arendt, 1972).

A ideia de liberdade negativa leva, portanto, a uma liberdade individualista. No entanto, o homem compartilha sua vida pública com seus pares, na medida em que não existe apenas para si mesmo, mas também para os outros. Nesse sentido, é imprescindível a democracia responsável pela defesa da cidadania e concretizadora de justiça social, onde se alcança a igualdade.

---

[25] Não é pretensão da pesquisa rememorar a antinomia entre igualdade e liberdade de maneira minuciosa, apenas relacionar o confronto desses valores à crítica quanto à simbiose entre o Estado de direito e a democracia. A liberdade se relacionando com a limitação do poder político pelo “império do direito” e a igualdade com a democracia.

Por isso, mais que refutar a ideia de valores inconciliáveis, talvez a saída fosse à efetivação de uma para alcance da outra.

Outra questão latente nessa seara seria a impossibilidade de se ter liberdade sem legitimidade do poder constituído. Mais uma vez retornamos a relação entre do Estado de direito (império da lei) e a democracia.

Essa legitimidade do poder político é alcançada por meio da democracia. Nesse sentido, Canotilho (1999, p. 29) faz a seguinte distinção:

> [...] temos que distinguir claramente duas coisas: (1) uma é a legitimidade do direito, dos direitos fundamentais e do processo de legislação no Estado de direito; (2) outra é a legitimidade de uma ordem de domínio e da legitimação do exercício do poder político no Estado democrático.

Em um Estado democrático o poder emana do povo[26]. É assegurada igual participação no processo de formação da vontade popular. É, exatamente, aqui que reside a conciliação entre Estado de direito e Estado Democrático, tendo como produto o modelo "Estado democrático de direito". E porque não, a conciliação entre igualdade e liberdade, no sentido de que uma possibilita a outra, pois será através da igualdade na participação[27] do processo democrático de escolha do poder político, que este último terá legitimidade para garantir a observância do "império da lei" que atuará como freio aos poderes estatais, garantindo a liberdade de cada cidadão.

---

[26] Artigo 1º, Parágrafo único, Constituição Federal - Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

[27] Oportuno esclarecer que a presente pesquisa comunga do entendimento de que Democracia não se resume a mera igualdade na participação do processo de escolha dos governantes, o que significaria entender que Democracia se restringe a mero procedimento, ou seja, um desencadear de atos pré-ordenados e pré-estabelecidos. O que dá ideia de algo solidificado norteados por regras imutáveis, onde basta a igualdade de participação no que se refere ao direito e exercício do voto. Se assim fosse a Democracia não teria o condão de atender as demandas sociais e modificar padrões já estabelecidos, quando estes não correspondem aquelas. Nesse sentido, Fernando de Brito Alves e Claudinei J. Göttems (s.a, p. 7) explicam que: "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". Portanto, reduzir Democracia a mero procedimento ou até mesmo à pretensão de conceitua-la de maneira unívoca esvaziaria o seu sentido e possibilidades. (Cf. ALVES, Fernando de Brito Alves; GÖTTEMS, Claudinei J. Educação para a Democracia. Disponível em: http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=fc528592c3858f90. Acesso em: 07 jul. 2014).

Nesse sentido, Canotilho (1999, p. 30): “[...] o Estado de Direito é democrático; é democrático e só sendo-o é que é Estado de direito; o Estado democrático é Estado de direito e só sendo-o é Estado democrático”

Adentramos, nesse momento, no modelo de Estado preconizado pela Constituição Federal brasileira que, no caput do artigo 1º, prevê: “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos”. (grifado).

O Estado de direito, como já foi visto, é caracterizado pelo conjunto de regras e princípios que compõem o sistema jurídico-constitucional, formando o “império do direito”, como, por exemplo, o catálogo de direitos e de garantias fundamentais, a forma de organização dos poderes, os princípios das mais variadas ordens de valores, etc.

A ideia de império do direito é explicada através da submissão do Estado (poder político) a tais regras e princípios constituidores do sistema jurídico-constitucional. E é, exatamente, essa submissão que garantirá a liberdade e a igualdade dos cidadãos deste Estado.

No entanto, resta frisar que o poder político exercido pelo Estado tem como titular o povo, que o legitima nesse exercício através do um processo democrático que é realizado por meio de instrumentos que refletem a soberania popular, tais como o voto universal (art. 14, § 1º, CF), da ação popular (art. 5º, LXXIII, CF), a iniciativa popular (art. 14,III, CF), etc.

Estes são apenas alguns dos mais variados direitos que refletem a soberania popular e encontram previsão na Constituição Federal brasileira. Por isso, o Estado de democrático deve ser visto sob o viés do Estado de direito, ou seja, sujeito a regras jurídicas. Assim como o Estado de direito deve ser entendido à luz do Estado democrático que legitima esse império do direito.

Nesse aspecto, a tensão entre Estado de Direito e Estado Democrático cai por terra.

O modelo adotado pela Constituição Federal brasileira pode ser descrito como um governo de homens e mulheres guiados pela lei. Qual será, portanto, a realidade no atual desenho democrático? Para responder tal

pergunta será iniciado o estudo acerca do Estado Democrático de Direito na sociedade moderna.

2.2 O Estado Democrático de Direito na Sociedade Moderna: uma Sociedade de Sistemas

Entre as características da sociedade moderna estão a multicentralidade e a complexidade. Nesse sentido, uma análise que partisse de um único ponto de observação da sociedade, talvez deixasse a desejar.

A análise parcial, partindo de um único ponto de observação, como, por exemplo, alguns modelos simplicistas que vislumbram a sociedade a partir de um único aspecto, tendem a esclarecer ou justificar a sociedade a partir de um único mecanismo.

Ocorre que a sociedade na modernidade se tornou policontextural[28]. Vive-se uma sociedade pluralista, formada por diferentes grupos de pessoas, com diferentes interesses, mas que se inter-relacionam e precisam de um sistema abrangente capaz de regula-la.

Nesse aspecto, qualquer teoria parcial da sociedade se tornará infrutífera, incapaz de regular esta sociedade sob todos os seus aspectos. Na atualidade uma teoria socialmente adequada seria aquela multicêntrica e policontextural.

Isso significa que não é possível identificar um centro na sociedade moderna do qual se irradiam todos os outros mecanismos e aspectos. A política, muitas vezes, foi apontada como o ponto privilegiado da sociedade, e, até mesmo, central. Nesse sentido, deixa de fora aspectos de extrema relevância como a família, a economia e o direito, entre outros.

Por isso, uma teoria geral e, principalmente, multicêntrica atenderia melhor uma sociedade plural. Nesse aspecto, pretende-se analisar o Estado atual a partir da Teoria dos Sistemas de Luhmann.

De maneira geral, Luhmann, diante da multicentralidade e da policontextualidade da sociedade, pretendeu analisá-la como um conjunto de sistemas autônomos e fechados, constituídos por códigos próprios. A união de todos esses sistemas, denominou de ambiente.

Isso corresponde à complexidade e pluralidade da sociedade moderna.

Cada sistema é autônomo, segundo Luhmann (1986, p. 85), para produzir determinada decisão, e se pauta em códigos próprios. Por exemplo, o sistema jurídico, produz suas decisões, pautado no código lícito/ilícito, o sistema político no código poder/não poder e o econômico no ter/não ter.

Segundo Luhmann (1993, p. 38) essa alterabilidade do sistema a partir de códigos próprios, caracterizando o sistema como autônomo e fechado, recebe o nome de autopoiese.

Essa sistemática atende também a uma sociedade mais horizontal, ou seja, menos estratificada. Na sociedade vertical, cuja característica é essencialmente a divisão de classes, os interesses da camada social mais alta sempre acabam por se sobrepor aos da camada social inferior. Nesse sentido, as decisões, mesmo que jurídicas, são contaminadas pela política.

A dinâmica de uma sociedade assim é a seguinte: o poder que se concentra na camada mais elevada dessa sociedade estratificada acaba por determinar toda e qualquer decisão, tanto política quanto jurídica ou econômica. Isso significa que o interesse daquele que detém o poder sempre prevalece sobre o interesse das camadas mais baixas da sociedade.

Neves (2008, p. 80) explica que em uma sociedade assim:

> O direito permanecia sobredeterminado pela política e pelas representações morais estáticas, político-legitimadoras, não dispondo exclusivamente de um código-diferença específico entre um sim e um não. A positivação do direito na sociedade moderna implica o controle do código-diferença ”lícito/ilícito” exclusivamente pelo sistema jurídico, que adquire dessa maneira seu fechamento positivo.

Na sociedade moderna, menos estratificada e cada vez mais plural, o fato de um sistema específico possuir um código próprio e exclusivo o

tornará autônomo e fechado, de forma que as decisões sofram menor influência externa.

Ressalva-se, no entanto, que a escolha pelo sim/não, lícito/ilícito, ter/não ter, poder/não poder sofrer, no mínimo, *interferência* do ambiente. Ocorre que a distinção entre lícito/ilícito somente pode ocorrer exclusivamente pelo sistema jurídico.

Nesse sentido, descreve Luhmann (1983, p. 139):

> O direito constitui, em outras palavras, um sistema normativamente fechado, mas cognitivamente aberto [...] A qualidade normativa serve a autopoiese do sistema, à sua autocontinuação diferenciada do sistema. A qualidade cognitiva serve a concordância desse processo com o ambiente do sistema.

Portanto, o diálogo entre o sistema e o ambiente e entre os sistemas é possível e necessário para que o sistema jurídico, por exemplo, se altere de modo a se adaptar ao ambiente complexo em que é inserido e dê respostas à demanda da sociedade que regulamenta.

Frisa-se, entretanto, que essa alterabilidade e, consequente, adaptação ao ambiente deve ocorrer conforme os critérios específicos do sistema.

O ambiente, como dito alhures, é composto por uma gama variada de sistemas, entre eles: o político, o econômico, o científico, etc. O sistema jurídico sofrerá, portanto, influência dos demais sistemas do ambiente: no entanto, para garantir sua autonomia deve ter o que Neves (2008, p. 82) denomina de “processo seletivo de filtragem”.

O movimento do sistema ocorre com a abertura desse ao ambiente, de onde capta expectativas cognitivas, as lê e opera sob seu código próprio (autopoiese): nesse momento, ocorre seu fechamento com a formulação da decisão (frisa-se, a partir, de seu código-diferença).

Nesse sentido, o sistema é normativamente fechado, porém cognitivamente aberto ao ambiente em que é inserido. A abertura cognitiva do sistema ao ambiente o recicla, pois a normatividade (autopoiese) sofrerá essa interferência do ambiente, tornando o sistema adaptável ao ambiente e sendo capaz de responder às demandas da sociedade.

Em linhas gerais, a Teoria dos Sistemas pode ser considerada como uma interação dos mais variados sistemas com o ambiente.

Dentre esses vários sistemas, cabe ao presente estudo a análise da relação entre dois deles: o sistema jurídico e o sistema político, pois como já verificado anteriormente, o modelo de Estado Democrático de Direito é caracterizado pela autonomia do direito, como também pela relação com o poder político.

Transportando essa compreensão para a Teoria dos Sistemas, significa que o direito opera com código próprio (lícito/ilícito) e de acordo com uma estrutura organizacional e programática própria (Constituição, leis, jurisprudências, etc.).

Entretanto, esse *modus operandi* do sistema jurídico não é, por si só, suficiente para caracterizar o Estado em Estado de Direito. Para tanto se faz necessária, uma autonomia do sistema jurídico em relação aos demais, principalmente em relação ao sistema político, e, paradoxalmente, é preciso uma relação específica entre ambos os sistemas.

Tratam-se de dois lados da mesma moeda. Não basta a autonomia do sistema jurídico; é imprescindível, de igual modo, a autonomia do sistema político (sua autopoiese) aliada a uma interação entre os sistemas.

Para Luhmann (1995, p. 103) o sistema político é a esfera onde se tomam decisões que irão vincular a sociedade. O código próprio do sistema político, segundo Luhmann (1986, p.199) é poder superior/poder inferior. Contemporaneamente, fala-se em governo/oposição ou poder/não poder. O sistema político é o responsável pela produção de decisões políticas vinculantes.

O movimento do poder dentro do sistema político é circular e se dá do seguinte modo: o povo elege seus representantes, os representantes são responsáveis por tomada de decisões vinculantes ao povo que, por sua vez, reage a essas decisões, novamente, por meio da escolha de seus representantes. Essa é uma das características do Estado em Estado Democrático. O processo democrático pode ser desenhado através dessa dinâmica: a autopoiese do sistema político.

Luhmann (1981, p.164) explica que as informações do ambiente somente são absorvidas pelo sistema político quando relevantes para essa circulação de poder.

Retomando a ideia de sociedade plural, a escolha dos representantes e dirigentes poderá ser a mais variada possível. E isso importa dizer que não se terão decisões imediatamente vinculantes, sendo, preciso a busca pelo consenso dentro da organização política.

E, nesse sentido, a tomada de decisão sofrerá influência da circulação de poder e o povo, através do processo eleitoral, poderá se manifestar mantendo ou não os dirigentes no poder, a partir da avaliação das decisões por eles já tomadas. Identifica-se, nesse aspecto, claramente, o processo democrático se desenhando – característica inerente ao Estado Democrático.

Os representantes passam a decidir de acordo com a vontade do povo, como forma de se manter no poder. Isso reduz, consideravelmente, as alternativas decisórias dos dirigentes.

Essa sistemática, característica do Estado Democrático de Direito, substituiu a estrutura verticalizada existente entre dominantes e dominados. Tudo graças à circulação de poder.

No entanto, isso somente se torna possível quando o código próprio do sistema jurídico é observado dentro do sistema político. Isso significa que a tomada de decisões politicas vinculantes deve levar em consideração o código de diferença lícito/ilícito.

Retoma-se a ideia da relação entre “Estado de Direito” e “Estado Democrático”, anteriormente, delineado. E, mais uma vez, se volta à análise da relação entre o poder político e a legitimidade do direito. O que fora metaforicamente associado por Marcelo Neves (2008) com as figuras de Leviatã e Têmis, respectivamente.

É preciso partir da distinção entre poder lícito/poder ilícito. E assim, explica Neves (2008, p. 89): “Ao lado da distinção primária “poder/não poder”, o esquema binário “lícito/ilícito” passa a desempenhar, na perspectiva de observação do sistema político, o papel de segundo código de poder”.

Ousa-se atribuir a essa sistemática a denominação de código de 2º grau. Tem-se a aplicação de um código sobre o outro. Isso significa que a decisão envolveria dois códigos, ao invés de apenas um. Traça-se, portanto, uma estreita relação entre Estado de Direito e Estado Democrático, tendo como produto desse processo o modelo atual de “Estado Democrático de Direito”.

Desse modo, com a inserção do código próprio do sistema jurídico (lícito/ilícito) no sistema político (poder/não poder) proporcionaria uma circulação de poder isenta de particularismos de privilégios injustificados.

Por isso, para a Teoria dos Sistemas, o Estado de Direito pode ser definido como aquele onde há relevância do lícito/ilícito para o sistema político e, assim, retoma-se a ideia do “império do direito”, característico do Estado de Direito, pois todas as decisões políticas vinculantes (produto do sistema político) atendem ao código lícito/ilícito, ou seja, estão subordinadas ao direito.

Há, portanto, uma interdependência dos sistemas, jurídico e político. Daí a afirmação de que as decisões políticas se subordinam a um controle jurídico.

Desta forma é chegada a hora da retomada da ideia já trabalhada anteriormente: a relação dos sistemas sob o ponto de vista político, ou seja, a relação do Estado de Direito com o Estado Democrático sob o viés deste último.

Nesse sentido, o direito positivo (o império do direito – Estado de Direito) deve ser controlado e deliberado politicamente (Estado democrático). Nesse aspecto, há uma relação de subordinação do direito à política gerando uma simetria entre o direito e a política, já que se verificou pouco antes a subordinação da política ao direito, quando as decisões políticas perpassam pelo código próprio do sistema jurídico (lícito/ilícito).

Anteriormente, houve um período onde apenas o direito se subordinava à política: era o período do Estado Absolutista, caracterizado por essa assimetria entre direito e política, uma vez que o monarca, o soberano não se subordinava à lei; esta somente era a ele dirigida se fosse como meio para atribuir-lhe direitos e prerrogativas. Ao passo que em relação aos súditos

a lei lhes era dirigida como meio de atribuir deveres, responsabilidades e sanções.

Nesse sentido, o poder político se sobrepunha ao direito.

No Estado Democrático de Direito, a inserção de um código de 2º grau, ou seja, a inserção do código jurídico lícito/ilícito dentro do sistema político contribuiu para simetria entre o sistema jurídico e o sistema político.[29]

O sistema político toma suas decisões vinculantes levando em consideração o código próprio do sistema jurídico (lícito/ilícito), ao passo que o sistema jurídico é posto por um processo político, o que caracteriza uma relação sinalagmática.

Essa relação reflete na relação do Estado com seus cidadãos.

Diferentemente do que ocorria no Estado Absolutista, no Estado Democrático de Direito, o ordenamento jurídico atribuiu ao Estado, direitos e prerrogativas inerentes à função de governar; no entanto, de igual modo, atribui também deveres e responsabilidades perante os cidadãos. Dessa forma, o cidadão, além de deveres perante o Estado, tem também direitos e garantias individuais e coletivas[30].

Neves (2008, p. 91) conclui que: “Nesse sentido, o direito não se apresenta simplesmente como mecanismo de justificação do poder ou como instrumento de dominação, mas também serve à delimitação e ao controle do poder”. E, mais, à efetivação de direitos.

Isso significa que o Estado, antes ilimitadamente soberano, agora deve se submeter ao império do direito, que garantirá ao cidadão, direitos e garantias de ordem individual e, também, coletiva.

Do movimento circular poder-direito deriva, por via reflexa, outro: Estado-cidadania. A relação entre o Estado e o cidadão que, de maneira geral, se concentra na efetivação ou não de direitos pode se dar das mais variadas

---

[29] Essa inserção do código jurídico nas decisões políticos pode ser atribuída ao Estado Liberal, que através do império das leis, passou a frear as arbitrariedades do absolutismo estatal, limitando o seu poder do soberano que a partir de então deveria observar os preceitos legais, estes deixaram de servir apenas para atribuir direitos e prerrogativas ao soberano, lhes atribuindo de igual modo também deveres e ônus.

[30] Já aqui podemos notar as características de um Estado Social, que após conseguir frear as arbitrariedades estatais, dilata os fins reconhecidos desse Estado, passando este a ser obrigado a garantir um mínimo de direitos e garantias individuais e coletivas. Trata-se de deveres prestacionais que exigem desse Estado um agir positivo no sentido de se efetivar direitos.

maneiras, o que será determinante para a caracterização do modelo de Estado e da ideologia presente em sua Constituição.

Diante disso, passa-se a delinear o papel da Constituição Federal como acoplamento estrutural da relação entre o sistema político com o sistema jurídico, e a influência no modelo de Estado.

À Constituição Federal no Estado de Direito cabe diferenciar, por meio de suas normas, a política do direito e vice-versa. Por isso, no viés abordado pela pesquisa, a Constituição será analisada como produto do processo evolutivo da sociedade moderna.

Nesse momento, surge a ideia do contrato social ou do pacto político, na qual uma das partes transfere à outra (Estado) sua liberdade, de maneira voluntária e livre, legitimando o poder deste (soberano) que em contrapartida, fica responsável em garantir a segurança de todos indistintamente. O que se denomina de pacto de poder ou contrato social.

Em seguida, no Estado absolutista a demanda de uma sociedade eminentemente burguesa não era mais atendida por aquele modelo de Estado. Assim, as revoluções que marcaram o século XVIII ensejaram o surgimento do constitucionalismo moderno que traz uma Constituição que engloba tanto o aspecto normativo (jurídico) quanto o político, caracterizando-se em uma Constituição abrangente e universal.

Pode-se exemplificar esse modelo de Constituição através da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, que é considerada moderna, justamente, por inserir em seu corpo essa diferenciação entre o político e o jurídico.

Nesse contexto, é possível compreender a Constituição como meio jurídico de limitação do poder governamental, já que atua como limitador de arbitrariedades política característica típica de um Estado Liberal. Ressalta-se que, nesse sentido, a Constituição não é vista, necessariamente, como uma declaração de valores inerentes à pessoa humana e conquistados historicamente – como ocorre na acepção de Canotilho. Nem tão pouco é vista como um “conceito ideal” e estrutural concebido por Carl Schmitt, que preconizava que a Constituição deve, obrigatoriamente, ser escrita, trazer normas de estruturação do Estado e o núcleo de direitos fundamentais.

De acordo com Luhmann, a Constituição é verdadeiro "acoplamento estrutural" entre a política e o direito (político X jurídico), pois os diferencia. Cai por terra a Constituição como simples catálogo de direitos prestacionais, agora, típica de um Estado Social. Pelo contrário: a Constituição passa a ser tida como um mecanismo de inter-relação entre os sistemas jurídico e político.

Tem-se uma sociedade onde é possível identificar o sistema jurídico, autonomamente, do sistema político e vice-versa. Entretanto, é preciso um mecanismo de interpenetração permanente entre esses sistemas, de modo a permitir às influências de um sistema no outro.

Não se trata de mero vínculo entre os sistemas. É como se na autopoiese de um sistema sofresse a permanente influência do outro, contando com suas particularidades. A Constituição do Estado Democrático de Direito deve fazer o acoplamento estrutural entre os dois sistemas, permitindo a troca de influências entre eles.

Neves (2008, p. 98) bem explica essa troca, ocorrida entre os sistemas, jurídico e político e proporcionada pela Constituição, ao explanar sobre a Teoria dos Sistemas de Luhmann:

> A Constituição assume a forma de acoplamento estrutural entre direito e política, filtrando-as. Como "forma de dois lados" (Zwei-Seinten-Form), inclui e exclui, limita e facilita simultaneamente a influência entre ambos os sistemas. (...) Enquanto para a política é provocadora de irritações, perturbações e surpresas jurídicas, para o direito provoca irritações, perturbações e surpresas políticas. Nesse sentido, "possibilita uma solução jurídica do problema de auto-referência do sistema político e, ao mesmo tempo, uma solução política do problema de auto-referência do sistema jurídico".

Evidente que nenhuma teoria social é completa e perfeita. Entretanto, a Teoria dos Sistemas de Luhmann é, sem dívida, extremamente abrangente à medida que visualiza a sociedade como o conjunto de vários sistemas e a interação recíproca entre eles. Com isso possibilita uma visão ampla e abrangente do mundo social.

Não se concentra apenas em um dos sistemas que compõem a sociedade. Por isso, na relação "input/output", onde o Estado deve responder às demandas sociais, pela Teoria dos Sistemas, as respostas e soluções,

mesmo que inerentes a apenas um dos sistemas, sofrerá influências dos demais, sendo a mais completa possível.

Quando se pensa em um sistema de maneira isolada e em sua capacidade de se auto reproduzir, está-se diante da autopoiese já mencionada anteriormente. A autopoiese transmite a ideia de um sistema autossuficiente e fechado, capaz de solucionar sozinho o conflito formado em seu interior, sem necessidade de sofrer influência dos demais sistemas.

Por exemplo, pensar no sistema jurídico capaz de atender todas as expectativas normativas do cidadão em relação à lei, isto é, apenas com a aplicação do código de diferença lícito/ilícito, pode se deixar de atender a demanda jurídica de uma sociedade.

Imaginemos a situação de um juiz que deve decidir acerca de uma ação de obrigação de fazer com pedido de tratamento médico ou medicamentos de um pai que, tendo um filho deficiente e não conseguindo suportar os gastos desse tratamento, pleiteia-o face ao Estado. O mérito da causa, no nosso exemplo, é decidir sobre a condenação ou não do Estado em custear o tratamento médico da criança.

Nesse exemplo, aplicar o código específico do sistema jurídico seria julgar se o seria lícito ou ilícito o Estado ser condenado a cumprir essa obrigação.

Ocorre que o Estado, por sua vez, apresenta como matéria de defesa a tese da “reserva do possível”, alegando que não há no seu orçamento recurso financeiro disponível para custear referido tratamento. Essa matéria de defesa alegada pelo Estado é eminentemente de natureza econômica.

Decidindo, somente pautado na defesa do Estado o juiz profere sua decisão sob o código do sistema econômico ter/não ter. Isso porque se desprezar essa alegação e decidir somente pautado no sistema jurídico poderia acarretar consequências desastrosas também, afetando, talvez, todo um planejamento orçamentário relacionado à política de saúde do Estado.

Por isso, essa decisão deve atender o interesse político, o econômico e também o jurídico e não apenas um ou outro.

Veja que o sistema jurídico se reproduz mediante a repetição de seu elemento essencial: a decisão. Através da aplicação de uma norma jurídica

obtém-se a decisão judicial. Trata-se do ciclo: ato-norma-ato (decisão), o que constitui o movimento autopoiético do sistema jurídico. Suas normas são derivadas de outras normas, e as decisões são pautadas em outras decisões que, por sua vez, se sustentam em normas.

Cumpre referir, entretanto, que o sistema jurídico não consegue fornecer sempre decisões satisfatórias e estáveis à sociedade.

E isso não é uma característica que pertença, exclusivamente, ao sistema jurídico. Por vezes, o sistema político, o econômico, o familiar não conseguirão, única e exclusivamente, através da autopoiese, responder às demandas sociais.

O produto da autopoiese no sistema jurídico afeta e influencia o produto da autopoiese dos demais sistemas que compõem uma sociedade.

Pensar em sistemas fechados e autossuficientes é tarefa possível apenas em uma sociedade de baixa complexidade, na qual se pode identificar papeis sociais bem definidos, instituições bem definidas e que possam perdurar no tempo; uma homogeneidade marcante, baixa expectativa de mudança e revolução, direitos bem definidos, etc.

Nesse caso, fica mais fácil a tarefa de regular as relações sociais de uma sociedade pouco complexa, pois o sistema jurídico teria como dar apenas e tão somente respostas satisfatórias às demandas sociais, assim como os outros sistemas.

O direito está intimamente ligado à sociedade que regula. São indissociáveis. Pensar em um sistema jurídico desconecto da sociedade resulta em decisões judiciais que não atendem as expectativas sociais. Frisa-se: ainda mais em uma sociedade complexa, onde não é possível se ter homogeneidade, nem poucas mudanças, nem papeis sociais bem definidos, nem instituições tradicionais, etc.

A autopoiese é algo necessário e imprescindível para o fortalecimento dos sistemas e para a manutenção do arranjo social. Entretanto, é necessário para a evolução do próprio sistema, o que permitirá responder às demandas sociais da sociedade onde encontra-se inserido, uma interação com outros sistemas. É, exatamente, nesse ponto que reside à evolução do sistema, e da própria sociedade.

Assim ocorrem as influências de um sistema em outro, como explica Luhmann (1997, p. 228): “Significa, por exemplo, que a economia, enquanto forma de pagamento em dinheiro, não entra no Direito, mas é “decodificada” juridicamente em legal ou ilegal”.

Isso significa que um sistema não pode se auto-reproduzir a partir do código de um outro sistema; pelo contrário, é preciso decodificar o código do outro sistema e codificar segundo seu próprio código. Do contrário teríamos, por exemplo, decisões ilegais. Como no exemplo acima citado, julgar única e exclusivamente no código ter/não ter leva a uma decisão ilegal. É preciso a interferência entre os sistemas.

Essa permanente e necessária influência entre os sistemas (heteropoiese) é circular e não hierarquizada, como acontece em Estados autocráticos, onde o jurídico se subordina ao político. Mas, em um Estado de Direto as influências advindas do entorno de um sistema, isto é, o acoplamento estrutural entre os sistemas advém, justamente, da Constituição.

A ideologia presente em uma Constituição que regula um Estado Democrático de Direito é a de delinear os vários sistemas que formam uma sociedade e permitir um diálogo entre eles, de modo a permitir que se tenha decisões políticas lícitas e decisões jurídicas que atendam ao justo interesse político.

Isso significa que as influências advindas do sistema político através do código de diferença próprio são decodificadas e seguidamente codificadas para o código próprio do sistema jurídico e vice-versa. Por isso, a Constituição é instrumento de interpenetração de um sistema em outro.

Se analisarmos a Constituição do ponto de vista do sistema jurídico, esta representará a estrutura normativa que lhe possibilita a autonomia, uma vez que o sistema jurídico quando se auto-reproduz através do código de diferença lícito/ilícito faz isso se sustentando nos preceitos esculpidos na própria Constituição.

A Constituição delimita as fronteiras do sistema jurídico à medida em que impede que critérios externos como moral, política, dinheiro tenham validade imediata no sistema jurídico. A Constituição garante o sistema fechado e, desse modo, o fortalece.

Por isso, qualquer influência do sistema político através da formulação de leis sofrerá a limitação do código constitucional/inconstitucional, o que limita a atuação legislativa, por meio de normas jurídicas previstas na Constituição.

A consequência disso é que o sistema político sofrerá influência do sistema jurídico na elaboração de novas leis. Não se podendo falar em sobreposição do sistema político sobre o sistema jurídico. Nesse sentido, a Constituição age no sistema político o imunizando de pressões particularistas.

E nesse momento entra em cena a principal característica do Estado Democrático: essa imunização do sistema político através do jurídico ocorre por meio do processo eleitoral democrático e da repartição de poderes, impedindo que o sistema político atue em favor de interesses particulares.

A Constituição em um Estado Democrático de Direito, para permitir o acoplamento estrutural do sistema político com o jurídico e vice-versa, obrigatoriamente, disciplinará o processo eleitoral democrático, a divisão de poderes e o catálogo de direitos fundamentais, garantindo a relação circular entre os sistemas e não a hierarquizada, em que um se sobrepõe ao outro.

Os direitos fundamentais, que devem ser compreendidos como a reunião dos direitos e garantias individuais, direitos de cidadania e de participação política representam um limite para a atuação do sistema político.

Situando a questão da cidadania no Brasil, é preciso destacar o descompasso entre a cidadania formal ou jurídica e a cidadania efetiva. O Brasil é um país marcado pela desigualdade social. As classes sociais são fortemente desnivelada. Ocorre que na Constituição Federal os direitos de cidadania são atribuídos a todos os cidadãos de maneira indistinta. No entanto, os cidadãos são supostamente iguais, ou melhor, legalmente ou juridicamente iguais. Substancialmente, há cidadãos de primeira classe, os quais exercem seus direitos de cidadania e os “cidadãos” de segunda categoria excluídos da cidadania. Nesse sentido, Wanderley Guilherme dos Santos explica que no Brasil a cidadania não obedece uma lógica de valores políticos universalizados, mas sim a lógica de um sistema social estratificado, dividido entre interesses

capitalistas e a busca pela redução das desigualdades, o que o autor denomina de “cidadania regulada”[31].

Nesse sentido, as decisões políticas estão intimamente ligadas e limitadas a esse catálogo de direitos fundamentais previstos na Constituição, sendo proibida qualquer decisão política que os viole.

É possível observar que os sistemas assumem posição de centralidade dentro da Teoria dos Sistemas. Por esse motivo, surgem severas críticas, no sentido, de se atribuir a essa teoria a característica de anti-humanista.

Neves (2004, p. 126) rebate essa crítica com a alegação de que:

> O anti-humanismo metodológico foi mal compreendido. Não se trata de um anti-humanismo ético, mas antes lhe subjaz um “humanismo ético”, ao não incluir o homem como parte da sociedade: ele é um problema para a sociedade, que deve ser enfrentado considerando-se a autonomia do sistema psíquico e do sistema biológico nele envolvido. É evidente que não pode haver sociedade (pois não pode haver comunicação) sem que haja o homem. O homem é uma condição de possibilidade de comunicação e da sociedade.

O homem faz parte do ambiente da sociedade. A sociedade é produto das comunicações entre os sistemas e a comunicação jamais poderia acontecer sem o homem. Foi, exatamente, o fato de colocar o homem não como parte integrante da sociedade, mas sim como parte do ambiente da sociedade que levou Luhmann a sofrer várias críticas.

Ocorre que Luhmann vê o homem como um problema para a sociedade, como também, vê a sociedade como um problema para o homem. O que evidencia um grande respeito pelo homem. Enfim, na visão de Luhmann, a sociedade e o homem são interdependentes, ou seja, um se diferencia do outro; porém são imprescindíveis entre si.

O papel do homem nesse jogo entre os sistemas ganha destaque no processo eleitoral democrático, por meio da participação democrática; nos direitos fundamentais, a ele direcionados; nas decisões e soluções às demandas sociais, que nele se originam; e na luta para efetivação dos direitos de sua titularidade.

---

[31] Cf. SANTOS, Wanderley Guilherme dos. Cidadania e Justiça – A Política Social na Ordem Brasileira. 3.ª ed. Rio de Janeiro: Campus, 1994.

Desse modo, o homem é o objetivo central de toda essa sistemática; é o problema da sociedade, como dito alhures; mas, é também o canal para a solução.

2.3 O Modelo de Estado Brasileiro e a Política de Atendimento da Criança e do Adolescente Preconizada na Constituição Federal de 1988

Revisitar a origem do Estado tem, nesta pesquisa, o objetivo de facilitar a compreensão do modelo atual de Estado e a ideologia presente na Constituição Federal de 1988. Após isso, em um segundo momento, identificar a política de atendimento aos direitos da criança e do adolescente e, dessa forma, poder identificar de igual modo se o sistema de proteção esculpido na lei vem sendo efetivado pelo Estado.

O Estado apresenta uma razão de existir, já que o homem não abriu e não abre mão de uma parcela da sua liberdade e a atribui ao Estado por mera liberalidade. O bom selvagem queria segurança e paz social. E nós o que queremos do Estado atual?

O homem que vivia em um Estado Absolutista queria que seu Estado deixasse de oprimi-lo, queria ter direitos e não somente deveres, queria que o Estado tivesse deveres em relação a ele, queria uma esfera de liberdade e privacidade. E o modelo de Estado Absolutista não conseguiu solucionar essa demanda social.

Nasceu o Estado Liberal que garantiu ao seu cidadão a liberdade almejada, através do respeito à lei; lei que atribuiu ao Estado direitos em face do cidadão. Evitaram-se atitudes arbitrárias, pois qualquer decisão deveria observar a lei (império da lei). Nesse modelo de Estado surgiu a responsabilização em razão de qualquer dano causado ao cidadão. A partir de então, o Estado não tinha sempre razão. A liberdade e a privacidade foram consagradas. Era isso o que homem queria de seu Estado? Era, até o momento em que uma posição apenas abstencionista do Estado, como forma de assegurar a liberdade, tornou-se insuficiente.

O homem passou a almejar a concretização de mais direitos. Os direitos sociais e políticos. Os fins atribuídos ao Estado se alargaram, mas o Estado Liberal por si só, não estava efetivando-os. Nasceu o ideário do Estado Social, na qual há a obrigação de efetivação de um rol mínimo de direitos que assegurassem ao cidadão uma vida digna. O cidadão tomou consciência de que o poder emana do povo que é livre para escolher os representantes que melhor gerencie, administre a coisa pública, e isso se faz através da efetivação de direitos.

No entanto, não é possível com o surgimento do Estado Social afirmar que desapareceu o Estado Liberal. Ou, ainda, que deva-se obrigatoriamente optar por um ou outro modelo de Estado.

O Estado Social é um estágio superveniente ao Estado Liberal e só foi possível o seu surgimento com os avanços obtidos por meio deste Estado Liberal. O povo livre começou a usar seu poder através do processo de escolha de seus representantes e, tendo tomado consciência disso, pugnou pela efetivação de seus direitos.

Por isso, o império da lei, a liberdade, a autonomia, características do Estado Liberal somadas ao reconhecimento de direitos sociais e políticos, - estes, características do Estado Social - resultaram no Estado de Direito Democrático, o modelo atual de Estado.

Dessa forma, o atual modelo de Estado permite ao cidadão a segurança, derivada da observância à lei; a liberdade; a autonomia; bem como o dever estatal de efetivação de direitos; e a participação popular democrática no processo político.

Diante dessa identificação do modelo de Estado atual é preciso analisar o que esse Estado e a sua Constituição disciplinam em relação aos direitos das crianças e dos adolescentes.

A política de atendimento dos direitos da criança e do adolescente[32] nada mais é do que o conjunto de ações que devem ser operadas de forma intergovernamental, em todas as suas esferas federativas

[32] O artigo 86, Lei 8069/90. Determina que a política de atendimento dos direitos da criança e do adolescente far-se-á através de um conjunto articulado de ações governamentais e não-governamentais, da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios.

(União, Estados, Distrito Federal e Municípios) e extragovernamental, conforme preceitua o Estatuto da Criança e do Adolescente em seu art. 86.

O processo pelo qual se chega a determinadas decisões pode ser entendido como “política de atendimento”. Esse processo se desenvolve da seguinte maneira: Em um primeiro momento buscam-se na Constituição Federal os postulados, os princípios e os valores nela esculpidos, relativos aos direitos das crianças e dos adolescentes, para então, em um segundo momento, serem especificados tais direitos, no sentido de se determinar as diretrizes programáticas, agora traçadas pelo legislador infraconstitucional.

É como se fossem identificados, em duas etapas, a origem e a forma de se efetivar tais direitos. Na Constituição Federal tem-se seu nascedouro, sua fonte, sua origem. E na Lei 8069/90, principalmente, as diretrizes programáticas que visam à efetivação dos direitos das crianças e dos adolescentes.

Uma vez identificados o direito e os valores norteadores que vêm previstos por norma constitucional, o segundo passo é efetivá-los, por meio da atuação do Estado. Nesse sentido, é possível identificar uma política pública de atendimento específico, à criança e ao adolescente.

No que se refere a “políticas públicas”, Fernando de Brito Alves (2013, p. 232) assim conceitua[33]:

> De qualquer sorte, 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 precípuo de intervir em contextos sociais específicos a fim de promover a inclusão. Isso faz com que as políticas públicas guardem profunda relação com a política.

O autor explica que “políticas públicas” eram, originalmente, compreendidas como qualquer ação sistemática do Estado. Em seguida, ressalta o equívoco, já que a mera atuação sistemática do Estado é tida como seu programa de governo – ato de governar - ao passo que a política pública

[33] Segundo Fernando de Brito Alves (2013, p. 232) o conceito de política pública apresenta definições divergentes, e elenca as seguintes: (1) política pública é o campo de estudo da política que analisa os governos sob a ótica das grandes questões públicas; (2) um conjunto de ações governamentais para produzir efeitos específicos; (3) a soma das atividades, diretas ou delegadas, dos governos que influenciam a vida dos cidadãos; (4) as escolhas públicas.

apresenta um *plus*: pois, além de ser considerada uma ação sistemática do Estado é também qualificada, pois atua em um contexto específico e com uma finalidade específica, que é a de promover a inclusão social.

Nesse sentido, a política pública pode ser entendida como uma ação sistemática e qualificada do Estado voltada para um contexto específico e com o objetivo precípuo de promover a inclusão social.

Transportando para o objeto dessa pesquisa, é possível identificar, portanto, uma política pública de atendimento dos direitos das crianças e dos adolescentes, uma vez que será analisada, justamente a atuação sistemática e qualificada do Estado na efetivação dos direitos destes, a fim de promover sua inclusão social.

Desse modo, a política pública optada pelo Estado determinará os objetivos e as metas que deverão ser cumpridas, identificando o que realmente o Estado faz de fato; ou seja, qual sua real intervenção em determinado contexto social, e se obteve ou não o resultado almejado, o que, geralmente, é constatado em longo prazo.

A política pública está diretamente relacionada com o modelo de Estado adotado e com a ideologia esculpida em sua Constituição Federal, pois será por meio de uma decisão política que se determinará os rumos desta política pública.

Como visto, anteriormente o Estado brasileiro adotou o modelo denominado de “Estado Democrático de Direito” e a Constituição Federal traça a ideologia preconizada no contexto social para as crianças e os adolescentes, ficando, por fim, a cargo do Estatuto da Criança e do Adolescente preconizar as diretrizes programáticas para efetivação de tais direitos.

Nesse sentido, o artigo 88 do Estatuto da Criança e do Adolescente elenca as seguintes diretrizes: (1) Municipalização do atendimento; (2) Criação de Conselhos de Direitos presentes nas três esferas federativas (União, Estados e Municípios); (3) Criação e manutenção de fundos programas específicos descentralizados; (4) Criação e manutenção de fundos vinculados aos Conselhos de Direitos; (5) Integração dos seguintes órgãos e entidades governamentais: Poder Judiciário, Ministério Público, Defensoria Pública, Segurança Pública e Assistência Social; (6) Participação efetiva e

ampla da sociedade tanto na elaboração, quanto na execução da política pública voltada à criança e ao adolescente.

Ao se traçar tais balizas entendeu-se que é por meio da sua observância que se atenderá aos direitos e, por via de consequência, se alcançará os fins sociais a que se destina a Lei. Todas as ações estatais voltadas ao atendimento de crianças e adolescente devem, portanto, ser orientadas por estas diretrizes.

A fim de atender tais diretrizes, o Estatuto da Criança e do Adolescente elenca no seu artigo 90 os programas de proteção e os sócio educativos que deverão ser desenvolvidos na esfera governamental e, também, não-governamental. São eles: (1) Orientação e apoio sócio familiar; (2) Apoio sócio educativo; (3) Colocação familiar; (4) Abrigo; (5) Liberdade assistida; (6) Semi-liberdade; (7) Internação[34].

As medidas voltadas ao cumprimento das diretrizes voltadas á criança e ao adolescente não terminam no artigo 90. Ainda é preciso destacar as previstas no artigo 101, quais sejam: (1) Orientação, apoio e acompanhamento temporários; (2) Controle de matrícula e frequência escolar; (3) Programas comunitários ou oficiais de assistência à família, bem como à criança e ao adolescente; (4) Tratamento médico, psicológico e psiquiátrico quando necessário; (5) Abrigo em entidade e colocação em família substituta.

Ainda disciplinam-se as medidas relativas ao adolescente em conflito com a lei[35].

Todas essas medidas são, essencialmente, voltadas à criança e ao adolescente. No entanto, cabe observar que, por vezes, a fim de se assegurar os direitos inerentes à criança e ao adolescente também são necessárias medidas voltadas para seus pais ou responsáveis. Tais medidas encontram previsão no artigo 129 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

---

[34] A lei não restringe que tais medidas sejam executadas por entidades não governamentais. No entanto, o ECA dispõe que cada entidade não governamental será responsável por sua manutenção, ou seja, deverá ter recursos financeiros próprios. Além disso, ressalva-se que as medidas inerentes à segurança pública como, por exemplo, internação, semi liberdade, liberdade assistida, serão prestadas com exclusividade pelo Estado.

[35] Oportuno esclarecer que não será objeto dessa pesquisa a análise do adolescente em conflito com a lei, mas sim daquele que se encontra em situação de risco em consequência de outras adversidades que não dessa natureza, como por exemplo, os riscos sociais, a miséria, a falta de amparo, etc.

São elas: (1) Encaminhamento a programa comunitário ou oficial de proteção à família e/ou de auxílio, orientação e tratamento de alcoólatras e dependentes químicos; (2) Encaminhamento a tratamento psicológico ou psiquiátrico; (3) Encaminhamento a cursos ou programas de orientação; (4) Comprovação de matrícula e frequência escolar; (5) Comprovação de encaminhamento da criança e do adolescente a tratamento especializado quando indicado.

Todas essas medidas, específicas para a criança e o adolescente e as voltadas aos seus pais e responsáveis, são consideradas canais de efetivação para os direitos elencados, de igual modo, no Estatuto da Criança e do Adolescente. São eles: direito à vida e a saúde; direito à liberdade, ao respeito e à dignidade; direito à convivência familiar e comunitária; direito à educação, à cultura, ao esporte e ao lazer; e direito à profissionalização e à proteção no trabalho.

Trata-se de reflexo ao princípio norteador de toda essa política de atendimento e que é denominado de “princípio da proteção integral”. Devem ser atendidos todos os direitos, de modo a suprir todas as necessidades inerentes à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento na qual se encontram a criança e o adolescente de um modo geral. E o atendimento de tais direitos é dever do Estado que deve ser por ele cumprido com prioridade absoluta.

A política de atendimento voltada à criança e ao adolescente esculpida no Estatuto da Criança e do Adolescente, ainda compreende a constituição e manutenção de variados órgãos públicos que compõem uma rede sistematizada de proteção especial à criança e ao adolescente. Além da criação desses órgãos, na época da promulgação do Estatuto da Criança e do Adolescente, outros órgãos já criados tiveram sua atuação ampliada.

Nessa seara, é preciso destacar a atuação do Conselho Tutelar, que pode ser considerado a espinha dorsal dessa rede de proteção. Trata-se de um órgão autônomo e permanente que se encontra fora do sistema jurisdicional. Nele, deve ser assegurada a participação popular na sua composição, através do voto direito, na escolha dos conselheiros.

É mantido pelo Poder Executivo, devendo receber deste a infraestrutura necessária para o bom desempenho de sua função. Nesse

sentido, o artigo 134, § único do Estatuto da Criança e do Adolescente, disciplina que o Poder Executivo Municipal deve, obrigatoriamente, fazer constar em sua lei orçamentária as verbas e os recursos direcionadas ao Conselho Tutelar.

As atribuições do Conselho Tutelar são inúmeras, pois todas as medidas acima elencadas e os respectivos programas prescritos devem ser seguidos por ele. Entretanto, oportuno esclarecer que a efetivação dos direitos fundamentais acima descritos é de responsabilidade do Estado. Nesse sentido, uma vez constatada, por parte do Conselho Tutelar, violação ou não cumprimento desses direitos, a obrigação deste será no sentido de encaminhar ou requisitar serviço público pertinente, quer pela intervenção do Poder Judiciário ou não.

Como visto acima as políticas públicas estão diretamente relacionadas à política, pois decorrem de decisões políticas que, por sua vez, estão submetidas ao “jogo político”, no qual são inerentes pressões, interesses específicos, particularismos, etc.

Nesse sentido, se torna essencial a opinião e participação públicas, como forma de fazer valer os direitos catalogados na Constituição Federal, que serão efetivados a depender das decisões políticas que forem tomadas naquele ou neste sentido.

Fernando de Brito Alves (2013, p. 233) afirma que: “É possível constatar um déficit de participação popular generalizado na gestão de políticas públicas”. O autor afirma, em seguida, que esse déficit, na América Latina, somente começou a ser compensado na década de 90, pela adoção do modelo democrático de regime político, por meio das eleições periódicas.

Entretanto, somente através das eleições periódicas não se garante uma participação substancial da sociedade civil na gestão das políticas públicas. Por meio do voto é garantida uma participação formal, diante da crise democrática pela qual passam os países de modernidade tardia, como o Brasil.

Além das eleições periódicas é preciso disponibilizar outros mecanismos de participação popular; como, por exemplo, a criação de Conselhos de Direitos, órgão público central responsável pela deliberação e controle da política pública voltado ao contexto de proteção da criança e do

adolescente, cuja previsão está estabelecida no Estatuto da Criança e do Adolescente.

Tais conselhos atuarão, justamente, na integração paritária da comunidade nas políticas públicas, tanto na constituição, no processo deliberativo, na avaliação quanto na sua gestão.

No Brasil, a Constituição Federal assegura essa participação popular. Inicia-se essa análise pelo artigo 1º[36] que traz a cidadania como um dos fundamentos do Estado brasileiro.

Em seguida, do artigo 14 ao 17 a Constituição Federal trata dos direitos políticos, elencando no artigo 14, propriamente dito, as formas de participação popular[37].

Ainda há a garantia de participação popular através do direito de petição e na fiscalização das contas públicas.

Mais atinente ao tema está o direito de participação popular na formulação, deliberação e controle das políticas públicas, referente aos direitos dos trabalhadores, à política agrícola, à saúde, à assistência social, à educação, entre outros[38].

---

[36] Art. 1º, Constituição Federal - A república Federativa do brasil, formada pela união indissolúvel dos estados e municípios e do Distrito Federal, constitui-se em estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...]
II– a cidadania; [...]
Parágrafo único. todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta constituição.

[37] Art. 14, Constituição Federal – A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante:
I– plebiscito;
II– referendo;
III– iniciativa popular.

[38] Art. 10, Constituição Federal. É assegurada a participação dos trabalhadores e empregadores nos colegiados dos órgãos públicos em que seus interesses profissionais ou previdenciários sejam objeto de discussão e deliberação. [...]

Art. 187, Constituição Federal. A política agrícola será planejada e executada na forma da lei, com a participação efetiva do setor de produção, envolvendo produtores e trabalhadores rurais, bem como dos setores de comercialização, de armazenamento e de transportes, levando em conta, especialmente (...):

Art. 194, Constituição Federal. 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: [...]

Adentrando no tema objeto dessa pesquisa, o artigo 227 da Constituição Federal disciplina a participação comunitária na elaboração e na gestão da política pública voltada aos direitos infanto-juvenis, estando esculpido no Estatuto da Criança e do Adolescente a regulamentação:

> Art. 227. É dever da família, da sociedade e do estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, 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.

A participação da família e da sociedade no cumprimento desse dever, é assegurada por meio da formação dos Conselhos de Direitos, uma vez que tais conselhos garantem a participação da população na gestão de assuntos públicos.

Fernando de Brito Alves (2013, p. 235) conclui que:

> [...] os Conselhos de Políticas Públicas constituem-se como órgãos públicos de composição prioritariamente paritária entre a sociedade e o governo, criados por lei, nas hipóteses previstas na Constituição Federal, ou em outras, em que a transcendência e a singular relevância dos interesses públicos geridos demandam uma abertura democrática na gestão de projetos, programas e políticas.

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, Constituição Federal. 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: [...]

III– participação da comunidade. [...]

Art. 204, Constituição Federal. 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: [...]
II– participação da população, por meio de organizações representativas, na formulação das políticas e no controle das ações em todos os níveis. [...]

Art. 206, Constituição Federal. O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios: [...]
VI– gestão democrática do ensino público, na forma da lei; [...]

Trata-se de verdadeiro canal de participação da população e de interação desta com o poder público. Um espaço onde os conflitos que envolvam o interesse público devam ser debatidos. Por isso, sua composição paritária entre sociedade e governo.

Esses conselhos devem ter autonomia normativa e regulamentar, com atribuições consultivas e também deliberativas, devendo sua instalação ser de caráter obrigatório quando previstos na Constituição Federal ou em lei regulamentadora.

Fernando de Brito Alves (2013, p. 235) aponta ainda algumas objeções identificadas na elaboração e manutenção desses conselhos:

> Entre as objeções mais comuns, tem-se que a paridade normalmente se reduz a paridade numérica, legal ou normativa, sem que haja, de fato, igualdade material nas condições de acesso à informação, de capacidade técnico-política dos respectivos conselheiros, principalmente no que diz respeito a disponibilidade de tempo, recursos físicos, humanos e tecnológicos, o que faz com que os representantes governamentais tenham melhores condições nos processos de deliberação pública.

O poder público atua de forma principal, deixando a população como coadjuvante. Por isso, o autor afirma que a participação paritária é apenas numérica, legal ou normativa, ou seja, a participação passa a ser meramente formal, apenas para cumprir o que disciplina a lei, deixando de lado a participação substancial na gestão da política pública.

Outra crítica é no sentido de que a representatividade não se mostra, muitas vezes, verdadeiramente, democrática, pois não são eleitos pelo voto universal, mas sim através da relação que possuem com entidades e setores específicos.

Além disso, a falta de responsabilização e de controle específico da atuação dos conselheiros também descompromete o desempenho dos mesmos.

A soma desses fatores culmina no excesso de consenso dentro desses Conselhos, o que é contrario a sua própria natureza deliberativa.

A esse respeito, Fernando de Brito Alves (2013, p. 239) aponta que no, Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente de Curitiba, por exemplo, pouquíssimas vezes aconteceram diálogo entre dois

atores; o que aponta, por sua vez, uma rara possibilidade de conflito nesse espaço.

Esse consenso desnatura sobremaneira a real razão de existência de um Conselho. Trata-se de um espaço onde conflitos envolvendo assuntos públicos devem ser obrigatoriamente, debatidos entre o Estado e a sociedade civil.

Nesse sentido, cabíveis novamente as palavras de Fernando de Brito Alves (2013, p. 239-240):

> Os conselhos constituem-se em espaços institucionais de interlocução da sociedade civil e dos governos, cuja atuação depende de um complexo processo de negociação, que passa por instâncias não colegiadas, nas quais a pressão da sociedade civil e a mobilização de movimentos sociais são de extrema relevância, não apenas para a definição de pautas, mas também para definir os próprios processos de deliberação.

Desse modo, não havendo uma mudança substancial, no sentido de se incrementar os mecanismos de atuação desses conselho, e, principalmente, de se alterar o processo de escolha desses conselheiros por meio do voto universal, com o devido controle e responsabilização de suas funções, além de tornar pública a função desses órgãos a toda a população, corre-se o risco desses Conselhos terem atuação meramente formal, cumprindo um papel restrito de homologar as decisões do Poder Público, deixando de lado o interesse da população.

Quanto aos papeis do Conselho de Direito Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente e do Conselho Tutelar cumpre destacar que serão oportunamente analisados no próximo capítulo.

Feita a releitura da forma como está disciplinada a política de atendimento dos direitos das crianças e dos adolescentes é preciso observar a forma como esse atendimento deve ser e é realizado. Nesse sentido, será objeto de estudo a municipalização e a descentralização dessa política, preconizada pela Constituição Federal.

O Estatuto da Criança e do Adolescente incorporou vários princípios norteadores dos direitos infanto-juvenis, já preconizados em nível constitucional[39].

Dois destes princípios, e que se referem a esse tópico, são, exatamente, os Princípios da Descentralização e da Municipalização.

Por meio da aplicação desses princípios aos direitos das crianças e dos adolescentes não é mais possível identificar a União como ente federativo no qual se centraliza a política de atendimento voltada à criança e ao adolescente. Identifica-se a fragmentação de competência entre União, Estado e Municípios.

Diretamente conectado ao Princípio da Descentralização, está o Princípio da Municipalização. Frisa-se que a aplicação do primeiro princípio se dá, também, através da municipalização do atendimento à criança e ao adolescente. O Princípio da Municipalização está previsto tanto na Constituição Federal, quanto no Estatuto da Criança e do Adolescente[40], conforme dito anteriormente.

A Constituição Federal de 1988 eleva o Município à categoria de ente da federação, assim como ocorreu com os Estados e com o Distrito Federal. A consequência disso é que, como ente federativo, o município passou a assumir atribuições que, até então, não tinham.

É nesse contexto, que surge no ordenamento jurídico brasileiro o Princípio da Municipalização. A razão do surgimento é explicada pela complexidade cada vez maior das relações sociais, no que tange ao atendimento dos direitos sociais.

Com a dilatação dos fins reconhecidos pelo Estado, conforme analisado anteriormente, esse Estado precisava estar mais próximo da

---

[39] Art. 204, Constituição Federal - 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; (grifado)

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

[40] Art. 88, Lei 8069/90. São diretrizes da política de atendimento:

I - municipalização do atendimento;

realidade da população. Para tanto o Município, passando ao status de ente federativo, poderia cumprir referida tarefa, uma vez que ocupa espaço geográfico crucial, já que é o ente federativo mais próximo dos problemas sociais enfrentados pelas crianças, adolescentes e suas famílias.

Quando se utiliza da expressão “municipalizar”, importa dizer que os demais entes federativos transferiram atribuições, exclusivas, aos Municípios. No que se refere, principalmente, aos direitos de crianças e de adolescentes, realmente, o ente mais próximo da realidade das crianças e dos adolescentes cidadãos é o Município.

Nesse sentido, Temer (1997, p. 105), citando Pedro Calmon, salienta que “o Município é uma instituição mais social do que política, mais histórica do que constitucional, mais cultural do que jurídica”.

Isso significa que está mais próximo da população, dos negócios locais e também das demandas locais. Por isso, as ações e decisões tomadas pelos municípios em relação às demandas da população é mais acertada e eficaz na grande maioria das vezes.

Com a municipalização, desde a iniciativa para formular programas direcionados ao atendimento dos direitos da criança e do adolescente até a execução desses mesmos programas passou a ser de competência do município.

Ressalta-se que essa municipalização deve ser real e não apenas formal, no sentido de que sejam instalados os Conselhos de Direitos, bem como os Conselhos Tutelares com todos os recursos necessários para o cumprimento da importante função que devem desempenhar. Isso significa que o Município deve, realmente, se envolver com os problemas de crianças e adolescentes munícipes.

Porém, cabe destacar que não basta que apenas o Município se envolva também é necessário o envolvimento da população nos referidos Conselhos e na fiscalização da lei orgânica orçamentária que prevê o investimento realizado nos Conselhos e nos programas voltados à defesa dos direitos de crianças e adolescentes.

Entretanto, esse engajamento não vem ocorrendo nem dá parte da população e nem tão pouco da parte do município. Evidente que é

necessário frisar que o processo de municipalização e de descentralização é recente no Brasil, somente ocorrendo a partir de 1988, com a promulgação da Constituição Federal, que o previu no seu artigo 30.

Os Municípios, em sua grande maioria, ainda não conseguiram se organizar plenamente neste sentido. Tanto os prefeitos, quanto os seus servidores não incorporaram esse novo comando advindo do Princípio da Municipalização e desse novo status de entre federativo. Não houve um verdadeiro preparo técnico para que esse comando se torne realidade, e tão pouco investimento nesse sentido.

Raramente se tem nos Conselhos Municipais um espaço de elaboração e de deliberação sobre políticas públicas na área da infância e juventude. Essa triste realidade deve ser repensada pela sociedade civil, pois sua falta de conhecimento e sua omissão contribuem para a falta de efetividade no que tange aos direitos das crianças e dos adolescentes.

A sociedade civil, segundo o Estatuto da Criança e do Adolescente tem o dever de diligenciar no sentido de garantir o exercício de direitos, principalmente, se está diante de direitos fundamentais.

Por isso torna-se flagrantemente necessário o engajamento da sociedade civil nos Conselhos de Direitos e no Conselho Tutelar. Isso significa que a população deve, efetivamente, cumprir o papel que lhe foi destinado no artigo 227 da Constituição Federal.

A descentralização da política de atendimento das crianças e dos adolescentes abrange também a responsabilidade pelos gastos respectivos.

O gasto será de igual modo descentralizado.

Tem-se um gasto descentralizado dependente quando há repasse de recursos financeiros de um ente federativo maior a um ente federativo menor. Por exemplo: quando a União transfere recursos para os Estados ou Municípios. O gasto é descentralizado e autônomo quando se trata de recurso próprio do ente federativo, ou seja, não há repasse para o cumprimento das funções que titulariza.

Os gastos descentralizados dependentes podem ser tutelados, quando há margem para negociação acerca da transferência de recursos

financeiros, e vinculados, quando a transferência é automática e obrigatória por derivar de um comando legal ou constitucional.

Um obstáculo a se considerar é a descentralização de funções aliada à descentralização dos recursos. Os Municípios querem receber os recursos mais não cumprem, por vezes, as funções. Ou ainda, a União pretende descentralizar a função, sem contudo, repassar os recursos respectivos e necessários.

O modelo de descentralização atinente aos direitos das crianças e dos adolescentes encontra-se previsto no artigo 204 da Constituição Federal[41], que preceitua que a coordenação e as normas gerais da política de assistência social cabem à esfera federal, e a coordenação e a execução dos programas respectivos cabem às esferas estadual e municipal e às entidades beneficentes.

É possível identificar a descentralização das funções, mas não a dos recursos.

Outra diretriz da política de atendimento à criança e ao adolescente é criação e a manutenção de um fundo em cada uma das esferas federativas.

O Fundo Nacional dos Direitos das Crianças e dos Adolescentes foi instituído por meio da Lei Federal 8242/91, que, em seu artigo 6º, disciplina os recursos que o comporão. Os dois maiores recursos que o compõem são os recursos federais e as deduções fiscais do imposto de renda[42].

A análise dos Fundos, sua composição, recursos e funções requerem estudo específico que foge do objetivo da presente pesquisa. O ponto que se quer destacar nesse estudo é que o repasse vem sofrendo uma queda, ao passo que a arrecadação só vem aumentando ao longo dos anos.

---

[41] Art. 204, Constituição Federal - 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;

[42] Às pessoas físicas é permitida dedução de 6% no imposto de renda, quanto às pessoas jurídicas o limite é de 1% de abatimento.

Restou demonstrada de uma maneira geral a dinâmica da política de atendimento à criança e ao adolescente, preconizada pela Constituição Federal de 1988 e regulamentada por leis infraconstitucionais, dentre as quais a Lei 8069/90 – o Estatuto da Criança e do Adolescente.

Entretanto, para uma melhor compreensão acerca do tema pesquisado será necessário lançar um olhar detalhado ao Conselho de Direitos e ao Conselho Tutelar, como órgãos responsáveis pela deliberação e pelo controle das políticas públicas voltadas aos direitos infanto-juvenis.

No capítulo seguinte será abordada a dinâmica desses Conselhos dentro de um quadro democrático e a relação desses órgãos com a família e a sociedade civil, bem como a função que desempenham na efetivação de direitos das crianças e dos adolescentes.

3 DEMOCRACIA, PARTICIPAÇÃO POPULAR E OS CONSELHOS DE DIREITO E TUTELAR

A ideia inicial tratada nesse capítulo é o enfrentamento de algumas formas de concepção de democracia, começando pelo diálogo da dinâmica sistematizada por Bobbio (1999, p. 36) em relação às demandas sociais. Para o autor, as demandas sociais se originam no seio das sociedades e cabe ao Estado atendê-las. Trata-se do sistema input – output.

Trabalhando com essa ideia de demandas sociais às quais o Estado tem o dever de atender, passa-se a analisar a relação entre o Estado e a sociedade civil. Nesse sentido, serão analisados a democracia representativa e a democracia direita, esta com suas limitações e vantagens. Nesse aspecto, destaca-se a intersecção dessas duas modalidades de democracia, como forma de se atender as demandas sociais típicas de uma sociedade moderna.

Por isso, essencial é a análise das assembleias e dos conselhos como manifestação de outra modalidade de democracia: a participativa, na qual se pontuou sua adequação em sociedades tipicamente multiculturais. Nesse sentido, lançou-se um olhar acerca do consenso e da liberdade do dissenso e nessa seara, adentrou-se na criação dos Conselhos pela Constituição Federal de 1988.

Toda essa delimitação temática deu suporte para o estudo da criação dos Conselhos de Direitos e do Conselho Tutelar, órgãos responsáveis pela promoção e defesa dos direitos infanto-juvenis, objeto dessa pesquisa.

Em seguida, foi possível debruçar-se sobre as funções, atribuições, organização, funcionamento e a implantação do Conselho Tutelar, órgão responsável por zelar pelos direitos de crianças e adolescentes no Brasil, em atendimento ao que preceitua tanto a Constituição Federal de 1988 quanto o Estatuto da Criança e do Adolescente.

Com base em toda a análise feita do Conselho Tutelar é que se apontou a relação desse órgão com a efetivação do direito fundamental de convivência familiar e comunitária, destacando os obstáculos e as perspectivas.

A pobreza foi identificada como uma das principais causas de abrigamento, além disso, podendo-se traçar um perfil certo das crianças e dos adolescentes institucionalizados, de acordo com a pesquisa realizada pelo IPEA. Uma vez apontada à pobreza como uma das principais causas de abrigamento passou-se a analisar o papel do Conselho Tutelar na efetivação do direito fundamental à convivência familiar e comunitária.

As atribuições e funções do Conselho Tutelar preconizadas pela legislação apontam para um órgão que defenda, promova e zele pelos direitos infanto-juvenis. Entretanto, a realidade vivenciada por crianças e adolescentes institucionalizados evidencia questões críticas na atuação desses órgãos.

Quanto à efetivação da convivência familiar para a criança e para o adolescente, destacou-se que, a despeito das atribuições e funções do Conselho Tutelar, preconizadas pela legislação, apontarem para um órgão que defenda, promova e zele pelos direitos infanto-juvenis, no entanto, a realidade vivenciada por crianças e adolescentes institucionalizados evidencia questões críticas na atuação desses órgãos.

Nesse capítulo, sendo possível observar que a pobreza é a principal causa de abrigamento, constatou-se a atuação do Conselho Tutelar na contramão da legislação atual, pelo qual a pobreza, não pode ser o único motivo determinante. O abrigamento não é solução para miséria e pobreza enfrentadas pelas famílias brasileiras.

Quando o conselheiro tutelar retira uma criança ou um adolescente do lar por falta de condições financeiras da sua família de origem, age contra ao que preceitua a legislação. Nesse aspecto, foi apontado um caso real, nessas condições, e que se repetem infinitas vezes no Brasil, analisando-o da aplicação da Teoria dos Sistemas, formulada pelo sociólogo alemão Niklas Luhmann.

3.1 Concepções de Democracia na Sociedade Civil

Mais uma vez retoma-se a ideia de demanda social (input) e a solução desta pelo Estado (output), agora, aplicada no modelo democrático do atual modelo de Estado.

Com a dilatação dos fins reconhecidos pelo, Estado a exigência por efetivação de direitos se torna cada vez mais latente. Nesse sentido, inegável é a exigência de que a democracia representativa seja ladeada ou mesmo substituída pela democracia direta (BOBBIO, 2000, p. 53).

Por democracia representativa devemos compreender o processo eleitoral através do qual os eleitores elegem representantes e a eles delegam, por um período determinado (mandato), o poder de tomar decisões políticas em seu nome. Trata-se de verdadeira legitimação extraordinária, se possível essa comparação, através da qual o representante eleito toma decisões em nome dos cidadãos. A democracia representativa surgiu com a impossibilidade de se reunir milhões de eleitores num mesmo local para diariamente deliberar acerca das decisões políticas ordinárias e diárias em um Estado.

Porém a ideia de soberania popular não pode e não deve se restringir ao processo democrático de escolha dos governantes. O povo não pode ser soberano somente nas eleições. No entanto, não se ignora que os Estados se tornaram cada vez maiores, populosos, dando ensejo a uma sociedade cada vez mais plural e complexa, com problemas e demandas das mais diversas ordens.

Sem dúvida, essa realidade é um obstáculo para a democracia direta, uma vez que, em um Estado pequeno, onde a reunião do povo é mais facilitada, onde os costumes são mais homogêneos, onde a sociedade, por si só, é mais homogênea, a participação da população e o consenso acerca das decisões políticas seria bem mais fácil.

Se partirmos do pressuposto de que a democracia direta se consubstancia na participação de *todos* os cidadãos em *todas* as decisões políticas, a proposta de instalação de um modelo desses em uma sociedade

grande, complexa e plural, como as sociedades modernas, se revela impossível e, até mesmo, insensata.

Nas palavras de Bonavides (2002, p. 29):

> (...) a democracia direta não quer dizer o povo todos os dias, todas as horas, todas as ocasiões, pessoalmente se reunindo ou sendo consultado para fazer leis, baixar decretos, expedir regulamentos, nomear, demitir, administrar ou exercitar toda aquela massa de poderes e funções sem as quais a máquina do poder e do governo fica paralisada ou atravancada.

E, continua Bonavides (2002, p. 32):

> O que determina a democracia direta, com a verticalidade de sua penetração e a horizontalidade de sua expansão em todos os domínios e esferas da Sociedade, é fazer valer assim, sem contraste, uma cidadania hegemônica, virtualmente senhora de seus destinos e governativamente capacitada a chefiar o Estado.

A democracia direta, portanto, se consubstancia na presença de dois elementos distintos: (1) político: controle final e soberano do povo em todas as instâncias do poder e (2) jurídico: “princípio democrático erigido à categoria de direito fundamental” (BONAVIDES, 2004, p. 499).

Desse modo, a democracia direta é alcançada com a intervenção do povo de maneira imediata e eficaz nas decisões políticas.

Bobbio (2000, p. 65), afirma que os institutos próprios da democracia direta seriam as assembleias de cidadãos deliberantes e o referendum. Em seguida, conclui que: “[...] nenhum sistema complexo como é o de um Estado moderno pode funcionar apenas com um ou com outro, e nem mesmo com ambos conjuntamente”.

A assembleia de cidadãos, por exemplo, é eficaz em Estados pequenos, como era o modelo clássico da Atenas dos séculos V e IV, onde era possível a reunião de todos seus cidadãos em um lugar público, onde deliberavam acerca das decisões políticas.

Podemos voltar os olhos às assembleias de bairro e caracteriza-las como “assembleia de cidadãos”, e o são. Ocorre que, “mesmo os bairros são governados não pela assembleia de cidadãos, mas por seus representantes” (BOBBIO, 2000, p. 66).

Quanto ao referendum, é humanamente impossível um Estado ser governado por ele. O homem não exerce a função de cidadão de maneira exclusiva, cumulando à função de cidadão o papel de chefe de família; profissional; amigo; marido; enfim, um Estado não é formado por cidadãos que só se dedicam a essa função. Inviável imaginar um governo que decide suas questões políticas, única e exclusivamente, através do referendum.

Nesse sentido, explica Bobbio (2000, p. 66):

> Quanto ao referendum, que é o único instituto da democracia direta de concreta aplicabilidade e de efetiva aplicação na maior parte dos Estados de democracia avançada, trata-se de um expediente extraordinário para circunstâncias extraordinárias Ninguém pode imaginar um Estado capaz de ser governado através do contínuo apelo ao povo: levando-se em conta as leis promulgadas na Itália, por exemplo, seria necessário prever em média uma convocação por dia. Salvo na hipótese, por ora de ficção científica, de que cada cidadão possa transmitir seu voto a um cérebro eletrônico sem sair de casa e apenas apertando um botão[43].

Sabiamente, afirma o autor que o referendum é um "expediente extraordinário para circunstâncias intermediárias". Não é viável um Estado ser governado exclusivamente através do referendum. Diariamente, tornam-se milhares de decisões políticas, nesse sentido, diariamente, seria necessária a

[43] Quanto à limitação trazida por Bobbio acerca da inviabilidade de se consultar diariamente cada cidadão no que tange ao processo de escolhas públicas, se faz necessário discorrer sobre a temática inerente a chamada "ciberdemocracia". É certo que novas tecnologias modificaram de maneira significativa a dinâmica das relações sociais, uma vez que há uma maior difusão das informações. As novas tecnologias, como por exemplo, a internet e suas redes sociais contribuíram para uma nova forma de organização social, onde o acesso mais fácil e rápido às informações permite um engajamento social rápido e eficaz. Além de serviços públicos oferecidos pela internet, o que se convencionou denominar de *e-government,* há, também, a *e-democracy* que, segundo Fernando de Brito Alves (2013, p. 185) se consubstancia em um "conjunto de pressuposições tanto sobre a participação civil quanto sobre os efeitos da internet sobre ela". Nesse sentido, a internet é vista como solução para a democracia representativa e direta, visto que torna a participação social mais fácil e ágil, além de confortável, uma vez que cada cidadão poderia participar das escolhas políticas, confortavelmente, do sofá de sua casa, manuseando seu celular, notebook ou *tablet*. Na acepção do autor "democracia digital" ocorreria quando os processos de deliberação (*public choice*) ocorressem no espaço comunicacional digital, ou ainda, quando fosse possível, na realização de plebiscitos ou referendos pela internet (democracia *plug'n play*). (ALVES, 2013, p. 186)
Cabe observar que a limitação apontada por Bobbio e a necessidade por ele indicada de que "cada cidadão possa transmitir seu voto a um cérebro eletrônico sem sair de casa e apenas apertando um botão", tendem a ser superadas. Entretanto, ressalta-se que a democracia digital, nesses exatos moldes, não ocorreu ainda, integralmente, por razões de ordem técnica e moral, conforme aponta Fernando de Brito Alves (2013, p. 187)

convocação de cada um dos cidadãos para deliberarem acerca dessas decisões.

Uma vez apontadas as formas de democracia, cabe dizer que não há que se falar em democracia puramente representativa ou democracia puramente direta. Bobbio (2000, p. 64) explica que:

> (...) os significados históricos de democracia representativa e de democracia direta são tantos de tal ordem que não se pode pôr os problemas em termos de ou-ou, de escolha forçada entre duas alternativas excludentes, como se existisse apenas um única escolha possível; o problema da passagem de uma a outra somente pode ser posto através de um *continuum* no qual é difícil dizer onde termina a primeira e onde começa a segunda.

O autor explica com maestria a intersecção que deve existir entre essas duas modalidades de democracia. Impossível pensar em um Estado moderno onde as decisões políticas são tomadas exclusivamente via democracia direta, pelas características já citadas acima. No entanto, impensável também um Estado Democrático de Direito sem a participação, por vezes, direta do povo na tomada das decisões políticas. Trata-se de um processo democrático cumulativo no qual as modalidades de democracia se agregam, se cumulam e não se excluem. Há total compatibilidade entre esses dois modelos.

O produto desse processo de democratização, que parte da democracia representativa somada à democracia direita, é a democracia participativa, que se assentar no Princípio da Soberania Popular, concretizado por meio de mecanismos de participação direta do cidadão nas decisões políticas acerca das escolhas e da gestão de políticas públicas.

Segundo Bonavides (2001, p. 60) explica que, na democracia participativa: o “centro de gravidade, sua mola chave, em todas as ocasiões decisivas, é a vontade popular, é o povo soberano.”

Por isso, na democracia participativa o povo é o protagonista, assumindo o controle final do processo político. Nesse cenário, a democracia representativa tem papel coadjuvante, ou seja, instrumental, no sentido de auxiliar na concretização da democracia participativa.

Esse processo de democratização é caracterizado pelo engajamento da sociedade civil nas suas mais variadas esferas. Bobbio (2000, p. 67) o identifica da “escola a fábrica”. O autor identifica esse processo de democratização não como o surgimento de um novo modelo democrático, mas sim pela ocupação da forma tradicional de democracia em novos espaços. E de maneira brilhante sintetiza esse raciocínio com a frase: “da democratização do Estado à democratização da sociedade” (BOBBIO, 2000, p. 67).

Isso significa que esse processo democrático do Estado agora avança e alcança a sociedade civil, e denomina esses fenômenos de democracia política e democracia social, respectivamente.

Nas palavras de Bobbio (2000, p. 68):

> Hoje, se se deseja apontar um indicador do desenvolvimento democrático, este não pode mais ser o número de pessoas que têm o direito de votar, mas sim o número de locais, diferentes dos locais políticos, nos quais se exerce o direito de voto (...).

Desse modo, o nível de democratização de um Estado deve ser analisado sob o critério de “onde” se vota e não “quem” vota. Isso significa que não se pode limitar a análise quantitativa de eleitores. É preciso adentrar na análise dos espaços onde o cidadão pode exercer sua participação nas decisões políticas mais variadas.

Nesse sentido, a instalação dos conselhos de pais nas escolas, de conselhos de bairro, conselhos de consumidores, conselhos de defesa dos direitos dos idosos, do meio ambiente, dos animais, são verdadeiras reformas democráticas que se consubstanciam no fortalecimento da participação popular na tomada das decisões políticas e na escolha de políticas públicas.

O engajamento da sociedade civil moderna na democracia passará, obrigatoriamente, pelo multiculturalismo. Antes de adentar nessa temática oportuno demarcar a diferença entre pluralismo e multiculturalismo.

O pluralismo é característico das sociedades livres e democráticas, formadas por setores variados de poder, e se contrapõe à ideia de poder centralizado, uno. Os diversos grupos da sociedade se fiscalizam e influenciam as tomadas de decisões políticas.

Portanto, em uma sociedade plural os diversos grupos devem conviver, e se contrapor, reconhecendo os contrastes existentes entre eles. Não há uma gradação de pensamentos e posições, um não é melhor que o outro. Há o respeito mútuo.

Segundo Giovanni Sartori (1995, p. 115):

> Una cultura pluralista implica una visión del mundo basada, en esencia, en la creencia de que la diferencia, y no la semejanza, el disenso, y no la unanimidad, el cambio y no la inmutabilidad, contribuyen a la buena vida.

Na ideologia pluralista, portanto, a diferença e não a semelhança, o dissenso e não a unanimidade, contribuirão para o bem-estar geral. O pluralismo repudia o pensamento único[44].

Já o multiculturalismo se caracteriza pela convivência em um mesmo país ou região de culturas, tradições e costumes distintos. Há, verdadeira, mescla de valores. Nesse sentido, uma sociedade multicultural pode ter dificuldade em encontrar o consenso entre os variados grupos que a constituem. Mas, é exatamente na liberdade do dissenso que a democracia das sociedades modernas se fortalece.

Segundo BOBBIO (2000, p. 74):

> "(...) o dissenso, desde que mantido dentro de certos limites (estabelecidos pelas denominadas regras do jogo), não é destruidor da sociedade mas estimulante, e uma sociedade em que o dissenso não seja admitido é uma sociedade morta ou destinada a morrer.

Para essa explicação, Bobbio, cita um artigo de Franco Alberoni intitulado de "Democracia quer dizer dissenso", no qual explica que um sistema político democrático é pautado no dissenso, na concorrência, na competição.

---

[44] A ideologia presente na Constituição Federal reproduz esse valor no seu preâmbulo:
Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma **sociedade fraterna, pluralista** e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. (grifo nosso)

Óbvio que democracia se faz com consenso, mas o consenso da maioria já pressupõe o dissenso de uma minoria. O que é impossível em um processo verdadeiramente democrático nas sociedades modernas é o consenso unânime, que provavelmente foi manipulado ou forçado.

Entretanto, Fernando de Brito Alves (2013, p. 239) explica que: “o déficit de representatividade se reflete em uma espécie de excesso de consenso, que é evidentemente contrário às expectativas dos processos de deliberação pública”.

Fernando de Brito Alves (2013, p.239) também crítica o excesso de harmonia em espaços onde naturalmente deveriam ocorrem debates, entendendo tal excesso como demonstrativo de pouco envolvimento da sociedade civil e segue afirmando que:

> Os conselhos constituem-se em espaços institucionais de interlocução da sociedade civil e dos governos, cuja atuação depende de um complexo processo de negociação, que passa por instâncias não colegiadas, nas quais a pressão da sociedade civil e a mobilização dos movimentos sociais são de extrema relevância, não apenas para a definição de pautas, mas também para definir os próprios processos de deliberação. (ALVES, 2013, p. 240).

O dissenso característico desses espaços será alcançado com o real engajamento da sociedade civil nesse cenário. No entanto, no capítulo anterior, no tópico que trata dos Conselhos de Direito, foi apontado um déficit de participação generalizado na gestão de políticas públicas.

A Constituição Federal de 1988 e o Estatuto da Criança e do Adolescente trazem, de igual modo, aspectos da democracia participativa, estabelecendo órgãos apropriados ao exercício de tal democracia.

Nas palavras de Fernando de Brito Alves (2013, p. 233):

> Esse déficit democrático começa a ser compensado na América Latina, na década de 90, quando ocorre a abertura política com a adoção de um modelo democrático de regime político, que era capaz de assegurar, além da participação formal, por meio de eleições periódicas, outros mecanismos de participação popular, **como a constituição de conselhos, que integram paritariamente representantes do poder público e da comunidade, com competência para estabelecer, gerir e avaliar políticas públicas desenvolvidas pelos governos. (grifado)**

De maneira esclarecedora, o autor discorre sobre a participação popular que deixa de ser meramente formal, esta limitada ao direito ao voto, ou seja, a participação no processo de escolha dos representantes (democracia representativa), e avança para a democracia participativa à medida que aponta outros mecanismos de participação popular, como por exemplo, a criação de Conselhos de Direitos, cuja função é exatamente a de integrar o poder público com a comunidade de modo que esta participe da elaboração, da gestão e da avaliação das políticas públicas desenvolvidas pelo governo.

Dal Bosco (2008, p. 254) afirma que a participação da sociedade civil na elaboração e gestão das políticas públicas ocorre por pressão dos grupos que compõem a sociedade civil e não pela voluntariedade do Estado.

Voltando os olhos para os Conselhos de Políticas Públicas é possível observar que se trata de verdadeiros *locus* de participação da sociedade civil e de interação entre esta e o poder público quando a pauta é a escolha e a gestão de políticas públicas.

Nesse sentido, Gohn (2001, p. 7) os conceitua como “canais de participação que articulam representantes da população e membros do poder público estatal em práticas que dizem respeito à gestão de bens públicos.”

A sociedade civil passa a agir por mudanças na gestão pública, bem como na elaboração da própria política pública deixando o ato de governar mais transparente e democrático.

Fernando de Brito Alves (2013, p. 234) explica que:

> Esse novo modelo de gestão de políticas consubstanciado nos conselhos paritários compostos por representantes da sociedade civil e dos governos, com uma área específica de atuação, significou o abandono de modelos antigos dos conselhos populares ou comunitários, que eram as únicas configurações até então conhecidas.

A criação de Conselhos de políticas públicas vem preconizada na Constituição Federal de 1988, como visto alhures; os conselhos são criados para que se promova a participação da sociedade civil nos mais variados assuntos públicos, como por exemplo: planejamento municipal, gestão da seguridade social, da saúde, da assistência social, do ensino público (educação), bem como de assistência integral à criança e ao adolescente.

Fernando de Brito Alves explica que esses conselhos são órgãos públicos compostos paritariamente entre sociedade civil e Estado, criados por lei, nas hipóteses previstas na Constituição Federal. Nesse sentido, considera a criação desses conselhos obrigatória, e mais, pressuposto de repasse de recursos públicos (2013, p. 235).

O autor ainda esclarece que esses conselhos podem assumir três diferentes atribuições: a consultiva, a deliberativa e/ou a controladora. No que se refere aos Conselhos de Direitos das crianças e adolescentes 73% são deliberativos.

3.2 A Questão das Políticas Públicas no Atendimento à Criança e ao Adolescente: Aspectos Gerais e Históricos

Os Conselhos de Direitos da Criança e do Adolescente existem nas esferas nacional, estadual e municipal conforme preceitua o artigo 260, § 2°, da Lei n° 8.069/90:

> Os Conselhos Municipais, Estaduais e Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente fixarão critérios de utilização, através de planos de aplicação das doações subsidiadas e demais receitas, aplicando necessariamente percentual para incentivo ao acolhimento, sob a forma de guarda, de criança ou adolescente, órfãos ou abandonados, na forma do disposto no art. 227, § 3º, VI, da Constituição Federal.

O Estatuto da Criança e do Adolescente, em seu artigo 88, II, de igual modo traz previsão acerca dos Conselhos dos Direitos da Criança e do Adolescente e os define como: “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”.

Desse modo, trata-se de órgãos deliberativos responsáveis por assegurar, na União, nos Estados, Distrito Federal e nos Municípios, prioritariamente, os direitos das crianças e dos adolescentes, através da formulação de políticas públicas nesse sentido. Isso significa que, conforme

disciplina o Estatuto da Criança e do Adolescente, os Conselhos são responsáveis por formular e acompanhar a gestão de políticas públicas de atendimento à criança e ao adolescente.

Trata-se de órgão especial, uma vez que sua estrutura e funcionamento apresentam fins específicos. Além disso, pode ser classificado como órgão autônomo e independente por não estar subordinado hierarquicamente ao governo. Conforme a política de atendimento disciplinador no Estatuto da Criança e do Adolescente, também nos conselhos temos presente a administração descentralizada.

Os Conselhos de Direitos das crianças e dos adolescentes têm, portanto, capacidade pública para tomar decisões acerca da elaboração e da gestão das políticas públicas que envolvam direitos das crianças e dos adolescentes. Ressalta-se que tais deliberações apresentam uma peculiaridade: se tornam vontade estatal, pois sujeitam o próprio Estado ao seu cumprimento.

Aponta-se como atribuições dos Conselhos dos Direitos: (1) Formular as diretrizes para a política de promoção, proteção e defesa dos direitos da criança e do adolescente em âmbito federal, estadual e municipal, de acordo com suas respectivas esferas de atuação; (2) Fiscalizar o cumprimento das políticas públicas para a infância e a adolescência executadas pelo poder público e por entidades não-governamentais; (3) Acompanhar a elaboração e a execução dos orçamentos públicos nas esferas federal, estadual, distrital e municipal, com o objetivo de assegurar que sejam destinados os recursos necessários para a execução das ações destinadas ao atendimento das crianças e adolescentes; (4) Conhecer a realidade do seu território de atuação e definir as prioridades para o atendimento da população infanto-juvenil; (5) Definir, em um plano que considere as prioridades da infância e adolescência de sua região de abrangência, as ações a serem executadas; (6) Gerir o Fundo para a Infância e Adolescência (FIA), definindo os parâmetros para a utilização dos recursos; (7) Convocar, nas esferas nacional, estadual, distrital e municipal, as Conferências dos Direitos da Criança e do Adolescente; (8) Promover a articulação entre os diversos atores que integram a rede de proteção à criança e ao adolescente; (9) Registrar as

entidades da sociedade civil que atuam no atendimento de crianças e adolescentes[45].

Destaca-se, entre as atribuições acima elencadas a função de deliberar sobre as políticas de assistência destinada ao público infanto-juvenil, a de controlar as ações (programas) das entidades governamentais e não-governamentais em todos os níveis, ou seja, federal, estadual, distrital e municipal e a de gerir os recursos do fundo dos direitos da criança e do adolescente; pois, por meio destas atribuições é possível identificar a típica função do Conselho de Direitos da Criança e do Adolescente, o que retoma a ideia de participação popular na elaboração e na gestão de politicas públicas.

Esses Conselhos, são, portanto, espaços de participação onde a sociedade civil pode dialogar com o Estado, no que se refere à decisões acerca das políticas públicas voltadas ao atendimento dos direitos de crianças e adolescentes.

Os Conselhos Tutelares, de igual modo, encontram previsão no Estatuto da Criança e do Adolescente. Tratam-se de órgãos municipais[46] que apresentam a finalidade de zelar pelos direitos das crianças e dos adolescentes. Suas atribuições estão previstas no artigo 137 do Estatuto da Criança e do Adolescente[47].

---

[45] Disponível em http://www.direitosdacrianca.org.br/conselhos/conselhos-dos-direitos-da-crianca-e-do-adolescente, acesso em 10 de março de 2014.

[46] Importante destacar que “a terminologia municipalização não é sinônimo de ‘prefeiturização’, haja vsta que também é dever da União e dos Estados articular políticas de atendimento” (DIGIÁCOMO, 2010, p. 107)

[47] Art. 136. São atribuições do Conselho Tutelar:

I - atender as crianças e adolescentes nas hipóteses previstas nos arts. 98 e 105, aplicando as medidas previstas no Art. 101, I a VII;
II - atender e aconselhar os pais ou responsável, aplicando as medidas previstas no Art. 129, I a VII;
III - promover a execução de suas decisões, podendo para tanto:
a) requisitar serviços públicos nas áreas de saúde, educação, serviço social, previdência, trabalho e segurança;
b) representar junto à autoridade judiciária nos casos de descumprimento injustificado de suas deliberações.
IV - encaminhar ao Ministério Público notícia de fato que constitua infração administrativa ou penal contra os direitos da criança ou adolescente;
V - encaminhar à autoridade judiciária os casos de sua competência;
VI - providenciar a medida estabelecida pela autoridade judiciária, dentre as previstas no Art. 101, I a VI, para o adolescente autor de ato infracional;
VII - expedir notificações;

Assim como o Conselho de Direitos da Criança e do Adolescente, o Conselho Tutelar é um órgão autônomo e permanente.

Trata-se de um órgão não jurisdicional, conforme preceitua o artigo 131, do Estatuto da Criança e do Adolescente. Isso significa que não depende de autorização para o exercício das atribuições legais que lhe foram conferidas pelo Estatuto da Criança e do Adolescente.

Desse modo, por ser órgão público autônomo, no que tange ao exercício de suas atribuições, não se subordina aos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, bem como ao Ministério Público. Como se vê a independência é característica.

Oportuno salientar, que prevê o artigo 135 do Estatuto da Criança e do Adolescente que "O exercício efetivo da função de conselheiro constituirá serviço público relevante, estabelecerá presunção de idoneidade moral [...]". As funções atribuídas pelos conselheiros tutelares são exercidas com independência, isso lhes dá respaldo para denunciar e corrigir distorções da administração municipal, no que se refere a política de atendimento às crianças e adolescentes.

As funções são eminentemente de zelo pelos direitos da criança e do adolescente a fim de evitar ou fazer cessar possíveis violações.

Destaca-se a função de assessorar o Poder Executivo local na elaboração da proposta orçamentária para planos e programas de atendimento dos direitos da criança e do adolescente, é reflexa da participação ativa da população da gestão e elaboração das políticas públicas voltadas ao atendimento dos direitos das crianças e dos adolescentes; verdadeira manifestação de uma democracia participativa, uma vez que a formação dos Conselhos Tutelares observa um processo eleitoral para a escolha de seus

---

VIII - requisitar certidões de nascimento e de óbito de criança ou adolescente quando necessário;

IX - assessorar o Poder Executivo local na elaboração da proposta orçamentária para planos e programas de atendimento dos direitos da criança e do adolescente; (grifado)

X - representar, em nome da pessoa e da família, contra a violação dos direitos previstos no Art. 220, § 3º, inciso II, da Constituição Federal;

XI - representar ao Ministério Público, para efeito das ações de perda ou suspensão do pátrio poder.

XI - representar ao Ministério Público para efeito das ações de perda ou suspensão do poder familiar, após esgotadas as possibilidades de manutenção da criança ou do adolescente junto à família natural.

membros, que é estabelecido por lei municipal, e realizado sob a presidência de um juiz eleitoral e fiscalizado pelo Ministério Público, conforme prevê o artigo 139 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Veja que esse processo de escolha dos membros do Conselho Tutelar ocorre em data unificada em todo o território nacional a cada 4 (quatro) anos, no primeiro domingo do mês de outubro do ano subsequente ao da eleição presidencial.

Uma vez esclarecida a natureza e a formação do referido órgão, passa-se a abordar o contexto histórico em que foi instituído os Conselhos Tutelares no Brasil.

Por volta dos anos 80, retoma-se, no Brasil, a democracia. O país recém saía do regime ditatorial que gerou no cidadão dessa época uma sede por proteção e efetivação de direitos. Por isso, fala-se em redemocratização.

Transportando esse contexto para a seara de direitos das crianças e dos adolescentes, Souza (2010, p. 67) explica que:

> Com a retomada da democracia no Brasil na década de 80, cria-se um ambiente favorável ao fortalecimento de movimentos sociais populares, que se intensificaram pelas pressões internacionais, para que os governos assumissem compromissos concretos e objetivos de transformação da realidade de crianças e adolescentes brasileiros.

Por isso, a Constituição Federal de 1988, produto dessa atmosfera, trouxe uma ideologia protetiva e garantista em relação aos direitos das crianças e adolescentes. As normas constitucionais preveem um aparato de instrumentos de proteção voltados à efetivação dos direitos infanto-juvenis, coadunando-se com os preceitos do atual modelo de Estado Democrático de Direito. Os valores que fundam esse modelo de Estado, conforme já visto em capítulo anterior, são a cidadania, a soberania popular, a dignidade humana, a efetivação de direitos e a segurança jurídica, enfim.

A Constituição Federal, ao disciplinar que o “poder emana do povo, que o exerce por meio de seus representantes eleitos ou diretamente” está preconizando a democracia representativa e direta, ou seja, pode-se afirmar que a Constituição Federal proporciona a democracia participativa com a abertura política para que ocorra a participação popular não somente no

processo eleitoral de escolha dos representantes políticos, mas também na participação direta da população na elaboração e gestão das políticas públicas.

Nesse sentido, explica Gohn (2001, p. 84):

> [...] essa Constituição adotou como princípio geral a cidadania e previu instrumentos concretos para o exercício via democracia participativa. Leis orgânicas específicas, pós-1988, passaram a regular o direito constitucional à participação por meio de conselhos deliberativos de composição paritária, entre representantes do poder executivo e de instituições da sociedade civil. Desde então, um número crescente de estruturas colegiadas passou a ser exigência constitucional em diversos níveis das administrações (federal, estadual e municipal).

Ressalta-se, portanto, que, uma vez previsto na Constituição Federal, a instalação desses Conselhos passa a ser obrigatória. Essa ideologia preconizada por meio da norma constitucional facilitou o reconhecimento dos Conselhos na gestão pública.

Na análise do panorama histórico do Conselho Tutelar no Brasil, torna-se necessário mencionar que no século XX se deram experiências importantes nesse sentido. No final da década de 1970, é que foram criados, pelo Poder Executivo, com o intuito de mediar as relações entre Estado e sociedade civil. Em seguida, no final de 1970 e inicio de 1980, alargou-se a finalidade desses conselhos lhes sendo atribuída a possibilidade de gestão pública (GOHN, 2001, p. 70).

Nessa seara, o povo passa a ser co-autor das políticas públicas, pois sua participação é garantida desde a elaboração até a gestão e o controle destas. É, nesse sentido, que a democracia deixa de ser puramente representativa e passa a ser também participativa.

Com a consolidação do sistema democrático, que se deu com a promulgação da Constituição Federal de 1988, a sociedade civil passou a ocupar outro espaço dentro do Estado. Ela foi incorporada a ele e a inter-relação e inter-dependência são características de um Estado Democrático de Direito.

Agora, a sociedade civil assume o papel de controle e participação na esfera pública, tomando parte, dessa forma, da construção das políticas públicas.

A participação social é tida como verdadeira influencia direta na tomada de decisões políticas. Santos (2002, p. 58) explica que "(...) se estamos em uma nova fase no país, é possível e é preciso que o movimento comunitário avance e **influa diretamente"** (negritado).

Nesse ambiente de redemocratização surgiram, no que tange aos direitos das crianças e dos adolescentes, propostas para a criação do Conselho Tutelar.

É preciso destacar, contudo, que, anteriormente, a esse período de redemocratização, vigorou no Brasil, no que se refere aos direitos da criança e do adolescente, a chamada doutrina da situação irregular, que dividia crianças e menores, considerando esses últimos como aqueles que estivessem em situação de irregularidade com a lei, e a consequência seria a aplicação de sanções que, na maioria das vezes, eram na modalidade de internação. Isso quer dizer que vigora a politica de segregação desses "menores". Daí o tom pejorativo até hoje identificado na expressão "menor".

O "Código de Menores" data de 1926.

Com a promulgação da Declaração Universal dos Direitos das Crianças em 1959[48] que traz a doutrina da proteção integral consagradora das crianças e dos adolescentes como verdadeiros sujeitos de direitos, caiu a ideia de que eram meros objetos sobre os quais os direitos apenas recaem. Essa doutrina é frontalmente oposta à doutrina da situação irregular. Nesse sentido,

[48] Antes, contudo, tivemos a Declaração de Genebra, de 1924, onde se percebe a preocupação internacional com os direitos infanto-juvenis. Com o fim da Segunda Guerra Mundial tivemos a criação da ONU, bem como da UNICEF, subsidiária específica para a criança, foi a partir de então que se intensificaram as atenções para a proteção dos direitos das crianças e dos adolescentes. Nesse sentido, foi a partir da década de 1950, que os países voltaram os olhos e se debruçaram sobre a situação dos "menores".
Foi, então, em 1959, que é aprovada a Declaração Universal dos Direitos das Crianças, que foi, posteriormente, aprimorada com as chamadas: 1- "Regras de Beijing", de (1985); 2- Regras Mínimas das Nações Unidas para a Elaboração de Medidas não Privativas de liberdade (Regras de Tóquio) Adoptadas pela Assembleia Geral das Nações Unidas na sua resolução 45/110, de 14 de Dezembro de (1990)., e; 3- as "Diretrizes de Riad", para prevenção da delinqüência juvenil (1990).
Especificamente, no Continente Americano, foi celebrado o tratado de 1969, chamado de Pacto de São José da Costa Rica que estabelece, em seu artigo 19, que "toda criança tem direito às medidas de proteção que sua condição de menor requer por parte da família, da sociedade e do Estado", ou seja, traz a co-responsabilidade de todas na promoção e proteção dos direitos das crianças e dos adolescentes. Disponivel em : http://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10120.htm. Acesso em 11 mar. 2014.

o modelo de proteção engendrado pelo Estado brasileiro se torna insustentável.

Por isso, na década de 70, acirram-se as discussões políticas a esse respeito. Nesse momento, surgem dois movimentos: O primeiro encabeçado pelos Juízes de Menores, que se concentravam no Rio de Janeiro e defendiam a manutenção do Direito Menorista, ainda pautado na doutrina da situação irregular. De outro lado, estavam os juízes do Estado de São Paulo, que defendiam um programa de proteção que se coaduna com a Declaração Universal dos Direitos da Criança e do Adolescente de 1959, recepcionando, desse modo, a doutrina da proteção integral. Os juízes do Rio de Janeiro tiveram êxito no embate e obtiveram a promulgação do Código de Menores de 1979, mantendo-se a doutrina da situação irregular.

Anos mais tarde, com a redemocratização do Brasil, agora já no final da década de 80, a Constituição Federal acolhe plenamente as regras da Declaração dos Direitos da Criança e do Adolescente e, de maneira antecipada, as regras atinentes à Convenção sobre os Direitos da Criança das Nações Unidas de 1989.

Vindo a desaguar em um panorama político, onde foram apresentados no Senado Federal três projetos: (1) Projeto de Lei nº 255 de 1989; (2) Projeto de Lei nº 193 de 1989 e (3) Projeto de Lei nº 279 de 1989. Todos eles apresentados no mesmo mês de setembro do ano de 1989.

O primeiro Projeto de Lei previa a manutenção do Código de Menores, dando-lhe nova redação. Já o segundo, visava instituir, por sua vez o Estatuto da Criança e do Adolescente. O último, previa a alteração dos artigos 32 e 34 do Código de Menores vigente, dispositivos estes que regulavam a adoção, com a intenção de coadunar os respectivos dispositivos com a Constituição Federal, que acabara de ser promulgada.

Observa-se que o projeto de lei nº 255/89 é antagônico ao nº 193/89, posto que o primeiro pretendia a promulgação do Código de Menores e o segundo a do Estatuto da Criança e do Adolescente. Foram, justamente, nesses dois projetos que se concentrou o Congresso Nacional.

Foi o projeto de lei nº 193/89 que obteve maior apoio e foi aprovado, por se coadunar com a ideologia preconizada tanto pela Constituição

Federal de 1988, quanto pela Declaração Universal dos Direitos das Crianças de 1959 e pela Convenção dos Direitos das Crianças da ONU de 1989[49].

Oportuno salientar que, nesse projeto original foram acrescentadas 35 emendas que foram acatadas, cabendo voltar a atenção para a emenda de número 19 que guarda relação com o objeto de estudo da presente pesquisa.

Referida emenda tinha a finalidade de suprimir os artigos 130 a 156 e 162 a 164, que dispunham, exatamente, pela criação e regulamentação do Conselho Tutelar. A emenda foi de autoria do Senador Francisco Rollemberg (1990, p. 12) que apresentou o seguinte argumento:

> Em princípio, inclinávamos a tomar essa decisão. Achavamos que as atribuições dos conselheiros tutelares já eram exercidas pelos juízes de menores, aos quais faltava apenas maiores recursos para oferecer a crianças e adolescentes abandonados ou infratores um tratamento condizente com sua condição humana. Igualmente não víamos com simpatia a criação de conselhos de defesa da criança e do adolescente nos três níveis de governo, porque teríamos o inchaço das atividades-meios.

Ocorre que depois de vários debates, o Congresso Nacional, concluiu que retirar esses artigos do Estatuto da Criança e do Adolescente o desnaturaria, além de contrariar de maneira frontal o que prevê a Constituição Federal de 1988 no que se refere à participação popular e à ideologia do Estado Democrático de Direito. Vimos, até então, toda uma sistemática que preconiza a soberania popular, a cidadania e a participação popular esculpida na Constituição Federal, retirar disposições nesse sentido, certamente, iria de encontro com a norma constitucional.

---

[49] Na promulgação do Estatuto da Criança e do Adolescente, o senador Gerson Camata, proferiu o seguinte discurso: “Aqui consta o título de Código do Menor, mas as pessoas, os líderes, os prelados, os pastores, as assistentes sociais preferem a palavra “estatuto” – não sou advogado, mas me parece que “código” aqui, no Brasil, tem o sentido de coibir, de colocar proibições, de punir, e “estatuto” representa mais os direitos da criança. Essas entidades já começam a pedir que, em vez de código se coloque a palavra “estatuto” e se garantam amplos diretos, se apliquem recursos, para que essas crianças sejam efetivamente recuperadas, que elas possam ter educação como as outras crianças têm que possam não viver só da mendicância e não comecem a perder sua dignidade logo no inicio da sua infância, quando atiradas à rua, são submetidas a todo tipo de vexame, quase tratadas como animais, certamente tratadas de maneira pior que os animais domésticos da classe média e da classe média-alta brasileira. BRASIL. Senado Federal. Relatório de aprovação do Estatuto da Criança e do Adolescente. Diário Oficial da União, Brasília, 30 de maio de 1990.

Diante disso, foi apresentada outra emenda, de autoria do Senador Louremberg Nunes da Rocha, mantendo os artigos 162 e 163, mas suprimindo o artigo 164 e fazendo algumas alterações. Rollemberg (1990, p. 14-15), a cita:

> Retira do artigo 130 a conotação de inconstitucionalidade, incluindo nela a expressão "não jurisdicional", para qualificar os conselheiros tutelares.
> No artigo 131, I, acrescenta a palavra "Direito", a fim de que os membros dos conselhos tutelares possam ser escolhidos também entre os bacharéis em Direito.
> No artigo 135, VII, suprime as palavras "ou pelo Ministério Público", considerando que esse Ministério não tem função judicante e que cabe tão somente à autoridade judiciária concluir se o menor é ou não infrator e encaminhá-lo, se for o caso, ao conselho tutelar.
> Substitui o título do capítulo VI – "Dos Vencimentos" – para "As Retribuições", e, igualmente, a palavra "remuneração" por "pagamento" nos artigos 138, §2º, e 145, caput, §§2º e3º, para conceituar a retribuição salarial dos conselheiros tutelares, retirando-lhes a conotação mais abrangente de remuneração.
> Suprime, *in totum,* o artigo 164, que cria a figura do agente de proteção da infância e da juventude, acatando, neste caso, a arguição de inconstitucionalidade.

Essas alterações no projeto de lei ainda passariam por outras análises antes da aprovação.

Formou-se uma Comissão temporária que se manifestou pela aprovação das emendas, o que deu origem a um parecer de número 40/90, que foi encaminhado para deliberação no Plenário do Senado Federal. Esse parecer foi debatido em sete sessões e culminou na aprovação e remessa para à Câmara dos Deputados, onde, de igual modo, se constituiu uma Comissão Especial, cuja relatora foi a Deputada Rita Camata.

O Conselho Tutelar sofreu várias modificações do projeto original até a previsão atual do Estatuto da Criança e do Adolescente. Nesse sentido, Souza E Souza (2010, p. 78) explica:

> O projeto original descrevia um Conselho Tutelar como órgão administrativo, tendo como finalidade o atendimento dos direitos das crianças e dos adolescentes. Esse órgão tinha uma proximidade com o Poder Judiciário na sua organização, inclusive havia a previsão de um Conselho Tutelar em cada comarca judiciária, foro regional ou distrital.

Antes das alterações, o Conselho Tutelar, originalmente, seria composto por cinco membros, que deveriam atender diretamente às crianças, adolescentes e suas respectivas famílias.

A escolha dos conselheiros seria de maneira prioritária entre pessoas que possuíssem graduação em serviço social, direito, educação, saúde e psicologia. Onde pelo menos três dos cinco membros deveria ter essa formação.

Quanto aos outros dois membros, um deles deveria ser indicado por entidades cuja finalidade fosse a defesa dos direitos das crianças e dos adolescentes e o outro membro teria que ser indicado por entidades de atendimento (os abrigos).

E mais, na falta dos três membros capacitados, seriam os educadores das instituições de educação pública, com experiência mínima de 2 anos na função, que deveriam preencher essas vagas.

Diante dessas considerações, oportunas são as palavras de Silva (1994, p. 215):

> [...] a tônica era marcada pela avaliação da necessidade de um órgão popular distribuidor de justiça social, célere, e com mínimo de formalidade, que pudesse solucionar no próprio município casos individuais caracterizados pelo descumprimento dos direitos fundamentais das crianças e adolescentes. Verdadeira instância administrativa, preferencialmente composta por profissionais versados nas questões relativas à infância e a juventude, o Conselho Tutelar atuaria nos casos onde a valoração jurídica seria secundaria ante a preferencia do pronto atendimento, capaz de rapidamente concretizar a proteção especial, resumida em medidas de proteção destinadas a criança e adolescente.

Os requisitos necessários para ser um conselheiro tutelar, na atual sistemática, são completamente diversos dos exigidos no projeto original. Quanto aos atuais, estes, serão analisados posteriormente. Entretanto, impossível não tecer comentários acerca da temática. Sem dúvida, a redação original atendia muito mais aos direitos das crianças e dos adolescentes e se coadunava com a tônica do Estatuto da Criança e do Adolescente.

A necessidade de profissionalização, por exemplo, caiu por terra. Atualmente, não é exigida capacitação profissional que se relacione com os

direitos infanto-juvenis, como por exemplo, assistente social, advogado, psicólogo, pedagogo, enfim. Verdadeiro equívoco.

O Conselho Tutelar apresenta uma característica destacável: é verdadeiro mecanismo de efetivação dos direitos preconizados no Estatuto da Criança e do Adolescente. Essa função é extremamente importante. O Conselho Tutelar trabalha na busca pela materialização do direito.

O advento do Estatuto da Criança e do Adolescente teve uma importância ímpar. No entanto, todo esse esforço de pesquisa, elaboração e aprovação tornam-se inúteis se não houver efetivação de tais direitos. Daí, a extrema importância do Conselho Tutelar como órgão materializador dos direitos, como garantia de efetividade.

Se as atenções não se voltarem para a sistemática do Conselho Tutelar mais e mais violações dos direitos das crianças e dos adolescentes irão surgir. O Estatuto da Criança e do Adolescente não passará de um amontoado de folhas de papel, assim como a Constituição Federal do que se refere aos direitos infanto-juvenis.

Será abordada, a seguir, a atual sistemática do Conselho Tutelar e as mudanças necessárias, para que este órgão cumpra a finalidade para a qual foi instituído.

No projeto, os Conselhos Tutelares teriam que funcionar também em regime de plantão nas comarcas com mais de 200 mil habitantes. Além disso, não dispunha acerca da remuneração dos conselheiros, apenas se limitava a prever que caberia ao Conselho Estadual de Direitos da Criança e do Adolescente fixar pagamento ou gratificação se o conselheiro fosse funcionário público. Ainda, havia a previsão de que esses Conselhos Estaduais deveriam repassar recursos aos Conselhos Tutelares, sem, contudo fazer referência acerca da manutenção dos Conselhos Estaduais, se esta seria feita pela União ou pelo próprio Estado.

Quanto às atribuições, pouca coisa mudou do projeto original para a redação atual esculpida no Estatuto da Criança e do Adolescente. A redação do artigo 136, I, do Estatuto da Criança e do Adolescente era originalmente esta:

> Artigo 136, Estatuto da Criança e do Adolescente – São atribuições do Conselho Tutelar:
>
> I - atender crianças e adolescentes em situação de risco aplicando as medidas previstas no art. 101, I a VII.

Atualmente, a redação é:

> Art. 136, Estatuto da Criança e do Adolescente - São atribuições do Conselho Tutelar:
>
> I - atender as crianças e adolescentes nas hipóteses previstas nos arts. 98 e 105, aplicando as medidas previstas no Art. 101, I a VII;

Há dois aspectos que precisam ser analisados. Primeiro, foi retirada a expressão “situação de risco”, fazendo-se menção aos artigos 98 e 105 do Estatuto da Criança e do Adolescente, que trazem situações onde os diretos infanto-juvenis são ameaçados ou violados.

O artigo 98 do referido diploma legal disciplina que devem ser aplicadas medidas de proteção à criança e ao adolescente sempre que os seus direitos forem ameaçados ou violados: (1) por ação ou omissão da sociedade ou do Estado; (2) por falta, omissão ou abuso dos pais ou responsável; e (3) em razão de sua conduta.

Retirou-se a expressão genérica “situação de risco” e se especificou que, havendo violação ou ameaça de direitos decorrentes de atos do Estado, da família ou da própria criança ou adolescente, será cabível a intervenção do Conselho Tutelar através da aplicação de medidas protetivas.

Além disso, há a referência expressa ao artigo 105 do mesmo diploma que preconiza que aplica-se ao adolescente infrator as medidas elencadas no artigo 101 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

A análise desses dispositivos legais faz surgir celeuma jurídica acerca da possibilidade ou não do conselheiro tutelar poder proceder ao acolhimento institucional. Isso será objeto de análise do último capítulo.

Retomando a análise do papel do Conselho Tutelar no projeto original e na redação atual do Estatuto da Criança e do Adolescente, outra mudança significativa está no fato de que, no projeto original, o Conselho Tutelar poderia substituir a medida original de proteção, imposta pelo juiz, por outra se a considerasse mais adequada.

Veja que isso até poderia ser visto com bons olhos, ou seja, como um fator de segurança para a criança ou o adolescente, que teriam um segundo juízo de valor na aplicação de medida protetiva. O juiz, assim como qualquer outro homem, pela própria condição humana, é totalmente passível de erros, e sua decisão, poderia, nesse sentido, ter sido equivocada, podendo ser alterada pelo conselheiro, desde que este fosse capacitado para tal prerrogativa. O que não ocorre. Será visto a seguir o processo de escolha e capacitação desses conselheiros adiantando-se que não estão aptos a ter competência para rever uma decisão judicial.

Muitas foram as mudanças e alterações. O projeto original serviu de mola propulsora para os avanços na proteção dos direitos das crianças e dos adolescentes. Críticas ainda surgem em relação ao atual modelo, como veremos a seguir. Entretanto, ressalta-se a importância do papel do Conselho Tutelar na efetivação dos direitos infanto-juvenis.

Nas palavras de Kaminski (2001, p. 2):

> [...] Conselho Tutelar provoca a efetiva mudança social, promove a instalação do novo, e trabalha a CONSCIÊNCIA DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE ENQUANTO CIDADÃOS. O Conselho Tutelar não é eminentemente técnico, para enfrentar questões técnicas, e sim essencialmente político, para enfrentar questões políticas. É um mobilizador, um articulador, um verdadeiro conselheiro, que define as coisas em Conselho e com fundamento na sua representação e no seu saber popular e comunitário. O Conselho Tutelar é autônomo exatamente por isto, para que não exista vinculação político-partidária ou subordinação aos governantes e às demais autoridades municipais; para que não haja submissão aos interesses elitistas que excluem e que continuam a passar a visão da criança e do adolescente como uns coitados e não como cidadãos, situações estas que não lhe permitiriam cumprir com fidelidade o seu papel de proteger e defender a criança, o adolescente e suas famílias[50].

O Conselho Tutelar, portanto, deve ser visto como campo fértil para o exercício da cidadania pela população, bem como pela criança e pelo adolescente. Trata-se de um órgão que trabalha na seara das políticas de atendimento voltadas à criança e ao adolescente e, por isso, deve ser eminentemente político. Deve, assim, articular essa política de atendimento em conselho por meio da participação popular; enfim, deve junto com a sociedade cumprir seu papel em defesa dos interesses infanto-juvenis.

A próxima temática abordada serão os aspectos pontuais de organização do Conselho Tutelar, bem como os obstáculos que impedem a promoção e a defesa dos direitos das crianças e dos adolescentes.

3.3 O Direito Fundamental à Convivência Familiar e Comunitária e o Conselho Tutelar: Obstáculos, Perspectivas e o Panorama da Institucionalização – Questões Críticas

Neste tópico, examinaremos os aspectos pontuais do Conselho Tutelar na efetivação do direito fundamental à convivência familiar e comunitária de crianças e adolescentes, preconizado pela Constituição Federal de 1988 e regulamentado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente.

O Conselho Tutelar desempenha a importantíssima tarefa de aproximar a lei da realidade. Isso significa que os direitos esculpidos e regulamentados na Constituição Federal de 1988 e no Estatuto da Criança e do Adolescente deixam de ser violados e são efetivados através do exercício de função dos conselheiros tutelares.

Tradicionalmente, como foi delineado no primeiro capítulo, toda violação em relação aos direitos de crianças e adolescentes no Brasil, ficava restrita ao âmbito de competência do Poder Judiciário.

Foi uma inovação, no Brasil, a criação de um novo órgão representativo com poder de decisão. Essa representatividade contribui para uma maior participação da sociedade civil, se coadunando com a democracia participativa, valor este esculpido na Constituição Federal, como foi visto anteriormente.

Com a promulgação do Estatuto da Criança e do Adolescente, se implementou os Conselhos Tutelares no Brasil. Citado diploma preconiza, em seu artigo 134[51], que o Conselho Tutelar terá sua origem em lei municipal que,

[51] Art. 134. Lei municipal ou distrital disporá sobre o local, dia e horário de funcionamento do Conselho Tutelar, inclusive quanto à remuneração dos respectivos membros, aos quais é assegurado o direito a: (Alterado pela L-012.696-2012)

ainda, será competente para disciplinar horário de funcionamento, remuneração dos conselheiros tutelares, bem como os recursos necessários para seu funcionamento.

Trata-se de um órgão permanente, autônomo e não jurisdicional, cuja finalidade é zelar pela efetivação dos direitos infanto-juvenis. É um órgão público criado por lei e pertencente ao Estado. Isso significa que compõe as estruturas das instituições oficiais e, desse modo, se sujeita às regras de responsabilização de agente estatal. Em relação à autonomia, frisa-se que, é livre para desempenhar as atribuições que lhes são conferidas pelo poder estatal.

A criação foi impulsionada pela onda de redemocratização pela qual passou o Estado brasileiro no final dos anos 80. Vimos que as demandas sociais devem ser solucionadas pelo Estado e que, por vezes, este Estado não consegue supri-las, até que uma reforma se torna imprescindível. Insatisfeitos com o regime ditatorial, o povo foi às ruas pugnando pela redemocratização do país.

Marcados pelo autoritarismo, desejavam um Estado com mais espaços para a participação popular nas decisões politicas e na elaboração, gestão e controle das políticas públicas. Nesse sentido, a Constituição Federal trouxe dispositivos que garantem esse modelo de democracia participativa.

Mais uma vez retomamos a ideia de relação entre sociedade civil e Estado, onde a primeira é, portanto, o local onde nascem e se desenvolvem as demandas sociais, ação denominada por Bobbio de *input.* O estado, por sua vez, é o responsável por emitir decisões políticas cuja função é solucionar estas demandas, o que Bobbio denomina de *output.*

I - cobertura previdenciária; (Acrescentado pela L-012.696-2012)
II - gozo de férias anuais remuneradas, acrescidas de 1/3 (um terço) do valor da remuneração mensal;
III - licença-maternidade;
IV - licença-paternidade;
V - gratificação natalina.

Parágrafo único. Constará da lei orçamentária municipal e da do Distrito Federal previsão dos recursos necessários ao funcionamento do Conselho Tutelar e à remuneração e formação continuada dos conselheiros tutelares. (Alterado pela L-012.696-2012)

Diante disso, é possível determinar a governabilidade de um determinado Estado a partir da sua capacidade para responder e solucionar as demandas sociais da sociedade civil que regulamenta.

O Estado passa a enfrentar a ingovernabilidade à medida em que não é capaz, qualitativa e quantitativamente, de responder às demandas sociais. E isso gera uma crise de legitimidade já que à sociedade civil se submete às decisões políticas estatais à medida que reconhece no Estado uma autoridade que toma decisões consideradas válidas a sociedade toda.

Por isso, a sociedade civil é, nesse caso, o lugar onde se iniciam os processos de deslegitimação do Estado e a, consequente, relegitimação.

Essa explosão de direitos políticos de valores atrelados à soberania popular permitiu que a sociedade construísse um modelo político totalmente distinto do anterior, que era marcado pelos movimentos políticos autoritários.

Transportando para a seara do direito das crianças e dos adolescentes, esse modelo mais participativo e democrático visa impedir violações e garantir a efetivação de direitos infanto-juvenis, o que reflete um atendimento adequado à condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento.

É nesse cenário que surge o Conselho Tutelar como órgão cuja finalidade é garantir a não violação de direitos e efetivá-los, substituindo o modelo antigo, onde a competência era limitada à Justiça da Infância e da Juventude, que ao longo histórico tratou a criança e o adolescente como meros objetos sobre os quais se recaiam as leis, na maioria das vezes, no sentido de puni-los, com aplicação de sanção, por considerá-los em situação irregular.

O tônico do Estatuto da Criança e do Adolescente em relação ao Conselho Tutelar, é de um órgão, que diferentemente, do modelo anterior, vê essa criança e esse adolescente, como verdadeiros sujeitos de direito. A lei não é aplicada somente como forma de ônus, sanções e punições, mas também como fonte de direitos e garantias. O Conselho Tutelar atua de acordo com a doutrina da proteção integral e, levando em consideração a condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, volta seus esforços na efetivação de

direitos e garantias que supram as necessidades especiais, de forma integral e prioritária.

É possível observar uma ruptura com o modelo de atendimento anterior. A ordem de valores antes preconizada foi quebrada e surgiu um novo paradigma. A Justiça da Infância e da Juventude, a partir de então, se restringiu a função jurisdicional, decidindo conflitos e aplicando a lei em caso de violação.

Ao passo que o Conselho Tutelar, com eminente função social e política, surgiu responsável por zelar pela efetivação e cumprimento dos direitos infanto-juvenis. Não tem a função punitiva e cumpre a sua função de atendimento à crianças e adolescentes de modo descentralizado, como já foi visto.

Isso significa que suas funções são desempenhadas no âmbito municipal. Essas características importam em duas benesses: (1) os problemas do Município, relativos aos direitos infanto-juvenis, são resolvidos pelos próprios munícipes e (2) essa proximidade entre o problema e os sujeitos que o resolverão implica em uma solução mais eficaz e efetiva, porque ninguém melhor do que os próprios envolvidos para encontrar uma solução que se adeque as suas próprias necessidades.

Nesse sentido, tanto a Constituição Federal de 1988 quanto o Estatuto da Criança e do Adolescente atribuem ao Munícipio o poder de traçar planos e diretrizes voltados à proteção e defesa dos direitos das crianças e adolescentes, bem como o poder de decisão relativo às políticas públicas voltadas a essa área.

Essa política de descentralização se deu com a Constituição Federal e com o Estatuto da Criança e do Adolescente. Antes, a política de atendimento voltada a essa área era de competência da União, conforme a Política de bem-estar do menor, disciplinada pela Lei 4.513/64, que foi revogada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente.

O Município recebe do Estado essa prerrogativa de decidir e gerir matérias de ordem social. Nesse sentido, afirma Sêda (1993, p. 25) que o Munícipio alcança sua:

> [...] maioridade política, ao mesmo tempo que as crianças e adolescentes brasileiros também têm reconhecida a sua cidadania

> social, decorrente de real e concreta aplicação no Brasil da Convenção internacional dos Direitos da Criança, quando a Constituição inscreve em seus art. 227[52] os direitos constitucionais brasileiros da criança e do adolescente.

Oportuno salientar que o município terá competência para disciplinar acerca da quantidade de Conselhos Tutelares, conforme preceitua o artigo 132[53] do Estatuto da Criança e do Adolescente. Trata-se de mais uma decisão que deve surgir do consenso entre sociedade e poder público. Não há limitação nesse sentido. A lei pode criar tantos quantos forem necessários para suprir as necessidades locais.

Quanto à instalação, é preciso observar que, o local de funcionamento deve ser acessível à população, digno e sem burocracia, uma vez que a característica essencial desse órgão é o pronto atendimento, pois trabalha com situações urgentes onde a morosidade burocrática e o formalismo não devem ter lugar, sob pena de perecimento dos direitos infanto-juvenis.

Nesse sentido, bem esclarece Sêda (1993, p. 31) que:

> O Conselho Tutelar não é mais uma repartição pública onde o povo seja submetido à tortura de ser destratado, maltratado e violado em seus direitos de cidadão. Deve ser o contrário disso. Foi criado para fazer o contrário do que as repartições, em seus hábitos, usos e costumes vêm fazendo com a população brasileira, desrespeitada em sua cidadania.

O autor segue afirmando que o Conselho Tutelar deve ultrapassar o estigma de órgão de proteção, pois tem competência legal para resolver problemas jurídicos com força administrativa (SÊDA, 1998, p. 55)

É possível observar que a Constituição Federal de 1988 e o Estatuto da Criança e do Adolescente diretamente definem a tônica que deve preencher o Conselho Tutelar. É preciso o pronto atendimento, o tratamento

---

[52] Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, 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.

[53] Art. 132. Em cada Município e em cada Região Administrativa do Distrito Federal haverá, no mínimo, 1 (um) Conselho Tutelar como órgão integrante da administração pública local, composto de 5 (cinco) membros, escolhidos pela população local para mandato de 4 (quatro) anos, permitida 1 (uma) recondução, mediante novo processo de escolha.

respeitoso e digno, o comprometimento com a criança e do adolescente, a visão garantista e de efetivação de direitos e não a punitiva, sancionadora.

Infelizmente, não é essa a essência de muitos Conselhos Tutelares, que desnaturam sua finalidade protetora e acabam se limitando à postura punitiva referente à ideologia do Código de Menores e da doutrina da situação irregular.

Em razão da peculiar condição de pessoa ainda em desenvolvimento, crianças e adolescentes, apresentam necessidades especiais que devem ser atendidas de maneira absolutamente prioritária.

Liberati (1991, p. 21) entende que a prioridade absoluta de crianças e adolescentes, é no sentido de que estes "deverão estar em primeiro lugar na escala da preocupação dos governantes; devemos entender que, primeiro, devem ser atendidas todas as necessidades das crianças e adolescentes [...]".

Para o autor não é lícito à construção de praças, de aquisição de carro oficial, de recapeamento de ruas, antes da efetivação dos direitos infanto-juvenis. Em um plano de governo, a construção de creches, a contratação de pediatras, programas culturais devem vir em primeiro lugar.

De acordo com Sêda (1993, p.3): “o atendimento à criança e ao adolescente passa pelo atendimento de seus direitos, que devem ser garantidos primeiramente nas políticas públicas postas em execução por meio de dinheiro público arrecadado nos impostos”.

Nesse sentido, entra em cena o Conselho Tutelar, que não atua como prestador de serviços relacionados aos direitos fundamentais da criança e do adolescente, porém lhe incumbe receber as reclamações e reivindicações relativas a esses direitos, feitas pela família, pela sociedade e pela própria criança ou adolescente.

Trata-se de verdadeiro espaço de garantia de direitos, tendo a função de escutar as queixas, orientar as crianças e os adolescentes, assim como a sua família, mediar conflitos entre eles, requisitar serviços públicos.

Não se confunde com instituição de atendimento, conhecido por abrigos. Mais uma vez ressalta-se a essência do Conselho Tutelar como órgão

garantidor de direitos e não como aplicador de sanções, ou seja, o Conselho Tutelar exerce verdadeiro múnus público.

O Estatuto da Criança e do Adolescente elenca expressamente as atribuições do Conselho Tutelar, em seu artigo 136:

> Art. 136. São atribuições do Conselho Tutelar:
>
> I - atender as crianças e adolescentes nas hipóteses previstas nos arts. 98 e 105, aplicando as medidas previstas no Art. 101, I a VII;
> II - atender e aconselhar os pais ou responsável, aplicando as medidas previstas no Art. 129, I a VII;
> III - promover a execução de suas decisões, podendo para tanto:
> a) requisitar serviços públicos nas áreas de saúde, educação, serviço social, previdência, trabalho e segurança;
> b) representar junto à autoridade judiciária nos casos de descumprimento injustificado de suas deliberações.
> IV - encaminhar ao Ministério Público notícia de fato que constitua infração administrativa ou penal contra os direitos da criança ou adolescente;
> V - encaminhar à autoridade judiciária os casos de sua competência;
> VI - providenciar a medida estabelecida pela autoridade judiciária, dentre as previstas no Art. 101, I a VI, para o adolescente autor de ato infracional;
> VII - expedir notificações;
> VIII - requisitar certidões de nascimento e de óbito de criança ou adolescente quando necessário;
> IX - assessorar o Poder Executivo local na elaboração da proposta orçamentária para planos e programas de atendimento dos direitos da criança e do adolescente;
> X - representar, em nome da pessoa e da família, contra a violação dos direitos previstos no Art. 220, § 3º, inciso II, da Constituição Federal;
> XI - representar ao Ministério Público, para efeito das ações de perda ou suspensão do pátrio poder.
> XI - representar ao Ministério Público para efeito das ações de perda ou suspensão do poder familiar, após esgotadas as possibilidades de manutenção da criança ou do adolescente junto à família natural. (Alterado pelo L-012.010-2009)
> Parágrafo único. Se, no exercício de suas atribuições, o Conselho Tutelar entender necessário o afastamento do convívio familiar, comunicará incontinenti o fato ao Ministério Público, prestando-lhe informações sobre os motivos de tal entendimento e as providências tomadas para a orientação, o apoio e a promoção social da família. (Acrescentado pelo L-012.010-2009)

Ao Conselho Tutelar cabe o atendimento tanto da criança e do adolescente quanto da sua família ou de seu responsável. Além disso, lhe cabe requisitar serviços públicos relativos às áreas de saúde, educação, serviço social, previdência, trabalho e segurança. Nesse sentido, conforme explicitado inicialmente, não lhe cabe prestar esses serviços públicos relacionados aos

direitos fundamentais de crianças e adolescentes; contudo, uma vez verificada qualquer violação incumbe ao Conselho Tutelar solicitar esses serviços.

No campo das políticas públicas caberá ao Conselho Tutelar assessorar o Poder Executivo local na elaboração da proposta orçamentária para planos e programas de atendimento dos direitos da criança e do adolescente. É, exatamente, esse um dos principais papeis do Conselho Tutelar. Ocorre que na prática, o órgão se restringe a uma postura retrógrada, própria do Código de Menores, e de maneira recorrente atribui a criança e ao adolescente tratamento como se este estivesse em situação irregular, usando a lei apenas para aplicar sanções e punições, quando sua postura é de atuar como um mecanismo de efetivação de direitos. Poucas vezes, se identifica uma atuação do Conselho Tutelar junto ao Poder Executivo na elaboração de propostas orçamentárias para realização de planos e programas voltados às crianças e aos adolescentes.

Atrelada a essa função está também a de encaminhar ao Ministério Público notícia de fato que constitua infração administrativa ou penal contra os direitos da criança ou adolescente. Além de participação da elaboração das políticas públicas, lhe é dada a competência de denunciar ao Ministério Público irregularidades nessa área. Outra atribuição pouco realizada.

Também lhe cabe representar ao Ministério Público, para efeito das ações de perda ou suspensão do pátrio poder, além de representar ao órgão ministerial, para efeito das ações de perda ou suspensão do poder familiar, depois de esgotadas as possibilidades de manutenção da criança ou do adolescente junto à família natural. Trata-se de última *ratio*, já que a manutenção da convivência familiar é a regra, somente em último caso, quando a criança e o adolescente têm seus direitos violados pelos próprios pais, após tentativas de manutenção desse convívio é que o Conselho Tutelar está apto a agir dessa forma e neste sentido.

Ainda é sua atribuição providenciar a medida estabelecida pela autoridade judiciária, dentre as previstas no Art. 101, I a VI, para o adolescente autor de ato infracional;

O Conselho Tutelar ainda é apto a proceder ao afastamento do convívio familiar, comunicando de imediato o fato ao Ministério Público. Este

aspecto será discutido em tópico próprio o papel do Conselho Tutelar frente à efetivação do direito à convivência familiar.

Como se vê suas atribuições vão desde uma simples requisição de certidão de nascimento ou óbito até o afastamento da convivência familiar, o que deflagra a sua responsabilidade de zelar pelo cumprimento dos direitos das crianças e dos adolescentes.

Ressalta-se que apesar de anos de sua implementação o Conselho Tutelar ainda é um órgão em construção. Há polêmicas e divergências em torno de suas atribuições. Escapa do objetivo desta pesquisa esgotá-las. Um bom modo de entendê-las melhor é observar a organização e o modo de funcionamento desse órgão.

A Organização das Nações Unidas e, principalmente, a UNICEF marcaram os anos 90 com seus discursos e campanhas de promoção e defesa dos direitos das crianças e dos adolescentes. Tais instituições colocaram os direitos fundamentais infanto-juvenis na ordem de preferência entre os países. Passaram a exigir dos países a efetivação de tais direitos como forma de comprovação de desenvolvimento econômico e social. Isso significa que no cenário internacional, o reconhecimento como país desenvolvido passa pela comprovação da efetividade dos direitos fundamentais de crianças e adolescentes.

É nesse cenário de promoção e defesa de direitos que surge o Conselho Tutelar, trazendo a ideia de participação da população na escolha, gestão e controle das políticas públicas voltadas à criança e ao adolescente.

Ressalta-se que o esforço, no campo das crianças e dos adolescentes, é maior, uma vez que o passado é marcado por tratamento disciplinar, repressivo, sancionatório e punitivo. As políticas de atendimento eram eminentemente repressoras e olhavam a criança e o adolescente sob o viés de irregularidade e do desvio perante a lei, que só previa ônus.

Por isso, é necessária uma organização específica na defesa e proteção dos direitos infanto-juvenis, onde a participação popular seja garantida. Nesse sentido, é que se implementou o Conselho Tutelar.

Como já foi visto, o Conselho Tutelar se origina através da vontade do Poder Executivo, isto é, por meio de uma lei municipal. Não se

pode, no entanto, deixar de observar a participação da sociedade civil na sua formação.

Nesse sentido, afirma Aragão (2011, p. 137):

> De acordo com os preceitos do ECA, o Conselho Tutelar é instituído por lei municipal. No entanto, seu caráter instituinte é complexo: se por um lado se origina da vontade do Poder Executivo, ainda que seja expresso no ECA nos art. 131 a 140, por outro, tem sua gênese fundada na correlação de forças que emanam da sociedade relativa à proteção infanto-juvenil. Ou seja, a instituição de um órgão da sociedade civil, como o Conselho Tutelar, por parte do Poder Executivo, pode revelar muitos aspectos contraditórios do "fazer política".

O Conselho Tutelar é instituído, portanto, por lei municipal, cabendo ao Conselho Municipal dos Direitos das Crianças e dos Adolescentes, realizar a eleição entre a comunidade onde é instituído.

No entanto, nem sempre foi assim. No texto original, o Estatuto da Criança e do Adolescente, disciplinava que o processo eleitoral cujo objetivo era a escolha de conselheiros tutelares junto à comunidade local seria estabelecido por lei municipal, porém realizado pelo juiz eleitoral, com a intervenção do Ministério Público.

A mudança veio com a criação do Conselho Nacional dos Direitos das Crianças e dos Adolescentes – CONANDA, instituído pela Lei 8.242, de 1992, que alterou os artigos 132 e 139 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Tais dispositivos disciplinam que "em cada Município haverá, no mínimo, um Conselho Tutelar, composto de cinco membros, escolhidos pela comunidade local para mandado de três anos, permitida uma recondução".

Além disso, o processo de escolha dos membros do Conselho Tutelar passa a ser realizado sob a responsabilidade do Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente, o que acentua mais a característica democrática e a participação popular.

Destaca-se que o voto para escolha dos conselheiros tutelares não é obrigatório, pois a obrigatoriedade fixada por meio de lei municipal não seria viável. Talvez o Estatuto da Criança e do Adolescente tivesse que vir disciplinando essa obrigatoriedade, como meio de fomentar a participação

popular. Nessa temática, surge a questão: quantos, dentre nos, já participamos de um processo eleitoral de escolha dos membros do Conselho Tutelar de nosso município? Quantos sequer ficaram sabendo da data e local da eleição?

A participação popular preconizada pela Constituição Federal de 1988 e sedimentada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente encontra essas duas dificuldades: déficit generalizado de participação popular e falta de divulgação do próprio processo eleitoral.

Surge a indagação: será que uma coisa leva a outra? Não encontramos a origem do problema. A falta de divulgação do processo eleitoral leva ao déficit de participação popular? Ou o déficit de participação leva ao desincentivo de divulgação desse processo de escolha?

O ponto em comum nesses dois obstáculos é, sem dúvida nenhuma, a falta de conscientização do papel de cidadão junto ao Município e de responsabilização da sociedade na realização dos direitos das crianças e dos adolescentes. A responsabilidade é solidária entre família, sociedade e Estado. A falta de engajamento da sociedade demostra a não conscientização dessa responsabilidade.

No campo das políticas públicas muito se exige do Estado, mas no campo das políticas públicas voltadas às crianças e aos adolescentes a responsabilidade não é exclusiva do Estado.

Muitos outros direitos como saúde, educação, moradia, enfim, muitos direitos sociais apresentam em sua efetivação uma dependência total do Estado, ou seja, a efetivação depende de uma ação direta do Estado, é de sua responsabilidade integral.

Nesse caso específico e dos direitos das crianças e dos adolescentes, a concretização, dependerá, de igual modo, da atuação estatal; entretanto, a participação popular é sua mola propulsora, além da sociedade ser responsável pela defesa e proteção de crianças e adolescentes de maneira solidária.

Por isso, uma questão crítica apontada em pesquisa é o déficit de participação popular na escolha dos membros do Conselho Tutelar. De acordo com o Projeto Ciranda - Central de Notícias dos Direitos da Infância e Adolescência, na cidade de Curitiba, capital do Estado do Paraná, por exemplo,

menos de 2,2% da população participou do processo eleitoral de escolha dos conselheiros tutelares do município:

> Em Curitiba, nas eleições municipais de outubro deste ano 1,17 milhões de eleitores estavam aptos a votar. De acordo com a presidente do Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente de Curitiba (Comtiba), Márcia Terezinha Steil, na última eleição para conselheiro tutelar, em 2009, foram 26 mil votantes. Ou seja, se repetida à frequência daquele ano, hoje apenas 2,2% dos eleitores da cidade participariam do pleito.

A participação popular precisa ser fomentada. A divulgação da eleição bairro a bairro, a organização de debates entre os conselheiros em espaços públicos e a possibilidade de novas formas de votação são medidas que impulsionariam a divulgação e a consequente maior participação popular no processo eleitoral de escolha dos conselheiros tutelares.

No Distrito Federal, por exemplo, a eleição para conselheiro tutelar em 2012 alcançou o patamar de 360 mil votos. Foi o maior registro de participação popular desde a instituição do órgão em 1992.

A conquista deve ser atribuída, também, ao novo modelo de votação. Pela primeira vez, se permitiu a votação por tablet.

> A eleição para conselheiro tutelar ocorrida neste domingo (16) registrou a maior participação popular desde que a escolha desses agentes públicos foi instituída, em 1992, no Distrito Federal: 360.125 votos foram computados. Em 2009, somente 79 mil eleitores participaram do processo.
> O número de votos e de votantes foi quatro vezes maior do que o da eleição de 2009: 360.125 votos e 72 mil eleitores. Das 31 regiões administrativas, houve problemas somente em cinco e a renovação nos 33 conselhos foi quase total. Segundo Rejane Pitanga, o balanço feito pela equipe da secretaria coincide com o posicionamento do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios (MPDFT).
> Ambos reconhecem que a votação foi muito positiva em um processo considerado complicado desde o primeiro dia. Foi um processo político de disputa em que uma parte dos conselheiros não queria compreender ou não se interessava pela mudança de modelo adotado em que se aliou o exame de conhecimento à comprovação da experiência e ao voto popular. "O nosso governo cria uma nova fórmula em que se deixa de ter um processo no qual o poder econômico e a influência de interesses alheios é muito maior do que os interesses das crianças e dos adolescentes, portanto, entramos em uma nova com esse modelo".

> (...) É a primeira vez também que se usa tablet como urna eletrônica[54].

Como se vê, a divulgação e a facilitação da participação popular são medidas imprescindíveis para a diminuição do déficit de participação. A ciberdemocracia mais uma vez entra em cena. As novas tecnologias, como o uso de tablets ou celulares com acesso a internet, como meios de se votar, modificam de maneira significativa a dinâmica das relações sociais, permitindo um engajamento social rápido e eficaz.

Além disso, a organização de debates em espaços públicos fortalece a cidadania e também contribui para o engajamento da população em assuntos de interesse público. Portanto, a solução para esse problema será encontrada através do fortalecimento do sentimento de "comunidade".

Principalmente, na seara dos direitos infanto-juvenis, a ideologia presente na Constituição Federal de 1988 e refletida no Estatuto da Criança e do Adolescente, é de cidadania e participação popular na concretização de tais direitos.

É preciso encontrar uma forma de inserir nos cidadãos a preocupação com o todo, com a comunidade, com todas as crianças e com os adolescentes de maneira geral. É preciso caminharmos em busca do bem comum.

Michael Sandel (2013, p. 325) faz uma ligação entre a manutenção dos espaços públicos e o engajamento da população em assuntos de interesse público. O autor traça a seguinte ligação: em tempos de bons serviços públicos nos espaços públicos como escolas, praças, exército, teatros, estádios, transportes coletivos, centros recreativos, se reuniam cidadãos das mais variadas e diversificadas classes sociais. E lá se cultivavam sentimentos de solidariedade e responsabilidade mútua. Michael Sandel (2013, p. 328) segue afirmando: "O esvaziamento do domínio público dificulta o cultivo do hábito da solidariedade e do senso de comunidade dos quais dependem a cidadania democrática".

---

[54] Informação retirada da internet disponível em: (Disponível em: http://www.crianca.df.gov.br/noticias/item/2089-df-adota-modelo-in%C3%A9dito-e-realizar-elei%C3%A7%C3%A3o-para-conselho-tutelar.html. Acesso em: 16 mar. 2014).

Temos dois efeitos negativos: a falta de qualidade do serviço público e o enfraquecimento da virtude cívica. Forma-se um círculo vicioso, pois o enfraquecimento da cidadania levará à falta de engajamento social nas questões de interesse público, como à continuidade da prestação de serviços públicos de má qualidade.

Michael Sandel (2013, p. 328) explica que esses locais públicos serviam de escolas informais da virtude cívica e aponta a seguinte solução:

> Em vez de se voltar para a redistribuição de renda no intuito de ampliar o acesso ao consumo privado, cobraria impostos aos mais ricos para reconstruir as instituições e os serviços públicos, para que os ricos e pobres pudessem usufruir deles igualmente.
> [...] escolas públicas para quais ricos e pobres, igualmente, gostariam de mandar seus filhos; sistemas públicos de transportes confiáveis a ponto de atrair os cidadãos mais abastados; e hospitais, áreas de recreação, parques, centros sociais, bibliotecas e museus públicos capazes de fazer, pelo menos idealmente, com que as pessoas deixassem seus condomínios cercados por grades para compartilhar os espaços comuns de uma sociedade democrática.(SANDEL, 2013, p. 329).

Portanto, a solução apontada pelo autor é uma das questões críticas encontrada na pesquisa acerca das políticas públicas voltadas aos direitos infanto-juvenis: uma vida cívica mais sadia e engajada (SANDEL, 2013, p. 330).

Essa vida sadia e engajada proporcionaria um maior comprometimento nas questões de interesse público, dentre eles os direitos das crianças e dos adolescentes, através da participação popular nos Conselhos já instituídos.

Voltando à composição e atribuição do Conselho Tutelar, segundo Tânia Pereira (2008, p. 1048), as linhas de ações e política de atendimento do Conselho Tutelar, segundo Estatuto da Criança e do Adolescente, são: (1) Políticas sociais básicas; (2) Políticas e programas de assistência social, em caráter supletivo, para aqueles que deles necessitem; (3) Serviços especiais de prevenção e atendimento médico e psicossocial às vítimas de negligência, maus-tratos, exploração, abuso, crueldade e opressão; (4) Serviço de identificação e localização dos pais, responsável, crianças e adolescentes desaparecidos; (5) Proteção jurídica social por entidades de defesa aos direitos

da criança e do adolescente. As atribuições apresentam papel importantíssimo, mas para que o objetivo seja alcançado a participação da população, tanto na escolha dos membros, quanto nas atribuições do Conselho Tutelar, é imprescindível.

Além do déficit de participação popular, ainda é possível apontar outra questão crítica na composição e organização do Conselho Tutelar.

No projeto original[55], dentre os requisitos necessários para o preenchimento da função de conselheiro tutelar, era exigida capacitação em áreas afins como: direito, serviço social, psicologia, pedagogia; enfim, a capacitação atinente a profissões que facilitariam o exercício da função.

Ocorre que isso foi alterado e o Estatuto da Criança e do Adolescente apenas disciplina que os requisitos são: (1) idoneidade moral, (2) idade superior a 21 anos e (3) residência no Município.

Tratam-se de requisitos mínimos. A idoneidade moral é primordial à função: um conselheiro tutelar cumprirá a função social junto à crianças e adolescentes, atuando junto a políticas orçamentárias e promoção de direitos; nesse sentido, a idoneidade moral não pode ser afastada.

A faixa etária é exigida como forma de garantir um mínimo de experiência de vida no tratamento de assuntos dessa natureza e, por fim, a residência no município atende aos fins preconizados pela política de atendimento que optou pela descentralização política. O munícipe está mais próximo dos problemas locais.

Ressalta-se que Estatuto da Criança e do Adolescente elenca apenas os requisitos mínimos para candidatura, cabendo a cada Município ampliar os requisitos, isso porque o artigo 30, II, da Constituição Federal

[55] O Projeto de Lei do Senado Federal, PLS nº 5.172/901, aprovado de forma unânime em sessão publicada no Diário do Congresso Nacional de 31 de maio de 1990, previa esta redação para explicitar a finalidade do Conselho Tutelar: "O Conselho Tutelar é órgão administrativo, permanente e autônomo, não jurisdicional, tendo por finalidade o atendimento dos direitos2 das criança e do adolescente" 3. Para assegurar um atendimento de direitos efetivamente protetivo por parte do Conselho Tutelar, justamente no sentido da vinda do ECA, o Projeto estabelecia como critério a ser obedecido no momento da escolha do candidato a conselheiro tutelar que "3 (três) membros (seriam) escolhidos prioritariamente dentre pessoas com formação universitária nas áreas de direito, educação, saúde, psicologia e serviço social; 1 (um) membro (seria) indicado pelas entidades não governamentais de defesa dos direitos e interesses; e 1 (um) membro (seria) indicado pelas entidades de atendimento a crianças e adolescentes" (Disponível em: http://www.ambito juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5565. Acesso em: 16 mar. 2014).

vigente, atribui competência suplementar do Município em relação à legislação federal e a estadual no que couber.

A crítica que se faz é referente à falta de especialização dos conselheiros tutelares. Dos cinco, pelo menos, três deveriam ser capacitados profissionalmente, o que contribuiria para o desempenho de suas funções. Sem dúvida, um assistente social, recebeu nos anos de sua formação orientação específica para o tratamento com esse público, o bacharel em direito de igual maneira. O pedagogo e o psicólogo são capacitados para o diálogo e reconhecimento dessas demandas.

A exigência evitará outro problema: a incompreensão das atribuições pelos próprios conselheiros. Muitos não conhecem suas próprias funções, os procedimentos a serem tomados, o objetivo a ser alcançado.

Em matéria veiculada em uma emissora de televisão, mostrou-se situações delicadas vividas na prática profissional dos conselheiros tutelares. Em uma delas, o conselheiro tutelar explica para o repórter que a criança e o adolescente que desrespeita seus pais e infringe regras, perde seus direitos. O que demonstra o despreparo e a postura equivocada no desempenho da função.

Esse é apenas um exemplo do que a falta de especialização pode provocar. O agente que cumpre a função de defender e promover os direitos das crianças e dos adolescentes, nesse caso específico, é aquele que de maneira equivocada decreta sua perda.

A lei municipal que regulamenta o processo eleitoral de escolha dos conselheiros municipais deve exigir especialização de pelo menos uma parte dos membros. Muitos conselhos são formados em parte por equipe técnica. E isso deve ser aplicado também no que concerne ao Conselho Tutelar.

Por fim, ainda ressalta-se a necessidade de capacitação permanente de seus membros, uma vez que, de quatro em quatro anos haverá nova eleição. Sendo assim, projetos, planos e programas de uma equipe devem ter continuidade e, para isso, os novos membros eleitos devem ser capacitados. Além disso, um registro desses programas é fundamental para o trabalho continuo e uma conclusão eficaz. Nesse sentido, o Município deve

garantir equipamentos e estruturas adequadas ao bom funcionamento do órgão, como, computadores, scanners, impressoras, telefone, fax, etc.

Nessa acepção a finalidade e atuação do Conselho Tutelar, nos Municípios, onde a demanda é cada vez mais crescente, torna-se imprescindível que este Conselho esteja bem equipado e com profissionais dedicados à causa pública, especializados e capacitados, como meio de dar solução as demandas sociais (input – output).

Quanto ao funcionamento, no que concerne à efetivação do direito fundamental à convivência familiar e comunitária do Conselho Tutelar, faremos a aplicação da Teoria dos Sistemas de Luhmann, analisada no capítulo anterior, refletindo sobre a dinâmica do Estado junto à sociedade civil, e as respostas às demandas sociais, o que será abordado em tópico específico a seguir.

Uma vez revisitado o modelo de Estado, a ideologia presente na Constituição Federal, a política de atendimento voltada a criança e ao adolescente e, de maneira específica, o papel do Conselho Tutelar na efetivação de direitos infanto-juvenis, é chegada a hora de adentrar, especificamente, no direito fundamental à convivência familiar e comunitária voltado a esses sujeitos de direitos.

O direito à convivência familiar e comunitária galgou status de direito fundamental com o advento da Constituição Federal de 1988. E a consequência disso é a efetivação em caráter obrigatório. Desse modo, é dever do Estado efetivar tal direito, depreendendo deste um agir prestacional.

Nesse sentido, leciona Fachin e Ruzik (2006, p. 100):

> Os direitos fundamentais adquirem, também, feição prestacional, como ocorre, por exemplo, com os direitos sociais de segunda geração. O princípio da garantia da dignidade da pessoa humana, fundamento de todos os demais, também possui dupla dimensão, negativa e prestacional: negativa no sentido de que o Estado e os particulares têm o dever de se eximirem de ofensas à dignidade, em uma ordem de ideias protetiva; prestacional, na medida em que há o dever de promoção da dignidade da pessoa. Ambas as dimensões se dirigem tanto às relações entre Estado e cidadãos quanto nas relações interprivadas.

A essência da dinâmica entre Estado, sociedade e família quanto à efetivação dos direitos infanto-juvenis é protetiva e prestacional, como meio de promoção e, também, de defesa. Nesse aspecto, a Constituição Federal de 1988, como visto alhures, prevê intensa participação popular, até porque foi formulada em um período de redemocratização. O ordenamento jurídico infraconstitucional também acompanhou essa tendência, como foi possível observar na análise da política de atendimento voltada às crianças e aos adolescentes, regulamentada pelo Estatuto respectivo.

Ressalta-se que essa constitucionalização de tais direitos reflete uma ruptura paradigmática entre a Doutrina da Situação Irregular com a Doutrina da Proteção Integral, que foi impulsionada, no Brasil, por influências externas, entra elas: a Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948), a Convenção das Nações Unidas Sobre Direitos da Criança (1989), as Regras Mínimas das Nações Unidas para Administração da Justiça de Menores (Regras Mínimas de Beijing) (1985), as Diretrizes das Nações Unidas para a Prevenção da Delinquência Juvenil (1990) e Regras Mínimas para a Proteção dos Jovens Privados de Liberdade (1990).

Na ordem de valores anterior, a criança e o adolescente, eram vistos como meros objetos sobre os quais recaiam deveres, obrigações e sanções. Quando tratados legalmente, esse tratamento se restringia a disciplinar uma situação de irregularidade, ou seja, do "menor"[56] em conflito com a lei.

Emílio Garcia Mendez (1994, p. 24) esclarece:

> Desde a tosca e pioneira Lei do Patronato argentina de 1919, passando pelos complexos e 'modernos' códigos "Mello Mattos" do Brasil, de 1927, e da "Criança" do Uruguai, de 1934, até as mais recentes legislações de adequação à Convenção Internacional, é possível verificar uma assombrosa continuidade que se manifesta na

[56] Os pesquisadores do tema advertem que o termo "menor" usado ao se referir a crianças e adolescentes é impróprio, por refletir um significado negativo, menorista, inferior esculpido pelo Código de Menores que aplicava a Doutrina da Situação Irregular. Nesse sentido, explica VERONOSE (2001, p. 35): "O cuidado dos que trabalham com o Direito da Criança e do Adolescente deve se dar também no plano da linguagem. Utiliza-se indiscriminadamente a expressão 'adolescente infrator' ou o que é ainda pior: 'menor infrator', esta última preza a concepção do menorismo (Códigos de Menores de 1927 e 1979), segundo a qual reduzia-se a objeto a nossa infância".

> negação formal e substancial da criança e do adolescente como sujeitos de direito.

A Doutrina da Proteção Integral rompe com essa ordem de valores e reconhece a criança e o adolescente como verdadeiros sujeitos de direitos. Reconhece-se, de igual modo, nesses sujeitos uma situação peculiar de pessoas ainda em desenvolvimento, e que, por esse motivo, precisam de proteção especial em absoluta ordem de prioridade em relação aos demais.

Agora, a lei não pode se limitar a disciplinar deveres e sanções, bem como a descrever apenas situações de crianças e adolescentes em situação irregular, ou seja, em conflito com a lei. A Constituição Federal cataloga direitos e garantias voltados a esse sujeito, de modo especial, atendendo a tendência internacional.

Na sistemática anterior o Estado somente passava a intervir em situações caracterizadas como irregulares, tais como delinquência, marginalidade, orfandade, etc. A criança e o adolescente só eram visto pelo Poder Público nessas condições.

Nesse sentido, afirma André Viana Custódio (2001, p. 25):

> [...] os poderes legislativo, executivo e judiciário mantinham-se regularmente omissos, manifestando-se apenas quando as crianças assumiam a condição de objeto de interesse 'jurídico', seja pela prática de infrações, seja pela própria condição de exclusão social que as colocava em evidência. Aí, era o momento de configurar a irregularidade, que nunca era das instituições, mas sempre recaía sobre a criança, pela própria previsão ordenada do sistema jurídico ou pela condição de fragilidade que a submetia as imposições adultas produzindo o paradoxo da reprodução da exclusão integral pela via da inclusão na condição de objeto de repressão."

No caso de caber ao Estado apenas uma política repressora explica-se que na época disseminou-se os acolhimentos em massa. Era a política da segregação. Todo e qualquer "menor", indistintamente, que encontrava-se em situação de abandono, ou pela violência doméstica, vítima da exclusão social, era colocado na mesma vala comum daquele que cometia atos infracionais.

No entanto, essa política de acolhimento encontra óbice com a atribuição de fundamentalidade à convivência familiar e comunitária de crianças e adolescentes.

Dentre todos os direitos elencados pela Constituição Federal de 1988, sem dúvida, o direito à convivência familiar e comunitária que se consubstancia no direito da criança e do adolescente ter uma família estruturada, bem organizada, pautada no afeto e conviver em sociedade, que lhe garantirá todos os outros direitos atribuídos.

A Convenção dos Direitos da Criança de 1989 disciplina que: "a criança, para o pleno e harmonioso desenvolvimento de sua personalidade, deve crescer no seio da família, em um ambiente de felicidade, amor e compreensão[57]".

Internamente, a Constituição Federal de 1988, refletindo a tendência internacional prevê que a base da sociedade é a família, e atribui a esta proteção especial[58].

No que se refere ao direito fundamental à convivência familiar, Lobo (2010, p. 68) discorre que convivência familiar é:

> [...] a relação afetiva diuturna e duradoura entretecida pelas pessoas que compõem o grupo familiar, em virtude de laços de parentesco ou não, no ambiente comum. Supõe-se o espaço físico, a casa, o lar, a moradia, mas não necessariamente, pois as atuais condições de vida e o mundo do trabalho provocam separações dos membros da família no espaço físico, mas sem perda da referência ao ambiente comum, tido como pertença de todos. É o ninho no qual as pessoas se sentem recíproca e solidariamente acolhidas e protegidas, especialmente as crianças

O direito à convivência familiar, portanto, engloba a relação de afeto entre as pessoas que compõe o grupo familiar, sejam parentes ou não, e que convivem em um ambiente comum a todos. Esse ambiente comum deve ser entendido como a casa, o lar ou a moradia da família. O autor acima citado relaciona esse espaço como um ninho, onde as pessoas se sentem acolhidas e

---

[57] Preâmbulo da Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança, aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas, em 20 de novembro de 1989.

[58] Art. 226, Constituição Federal de 1988. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

protegidas. Se esse espaço é necessário para que um adulto viva em condições de dignidade, quiçá para uma criança que, por estar em uma condição peculiar de desenvolvimento, precisa muito mais de proteção e acolhimento.

Qualquer adulto que se imagine em condições de abandono, que vive nas ruas, já provoca, nos seus pares, sentimentos de piedade. Assim, imaginar uma criança convivendo em ambientes inóspitos é roubar-lhe a infância e a dignidade.

Assim como a importância da família é inegável para o saudável desenvolvimento de crianças e adolescentes, a manutenção destes em uma família desestruturada, marcada pela violência, pelo uso de drogas e de álcool, pela falta de condições mínimas de existência, é extremamente prejudicial para o seu desenvolvimento.

Na sistemática anterior a solução para esses problemas era o acolhimento institucional, como visto anteriormente. O Estatuto da Criança e do Adolescente continua a disciplinar o acolhimento institucional. No entanto, essa medida passou a ser, obrigatoriamente, excepcional e provisória, além do mais breve possível. A explicação disso, é que uma unidade de acolhimento, por mais cuidada possível, jamais se equipar ao ambiente familiar. Não há afeto, a individualidade, a proteção que há em uma família.

O desenvolvimento de uma criança em um abrigo gera prejuízos das mais variadas ordens.

Bowlby (1995, p. 61) sintetiza esses danos:

> O fracasso no desenvolvimento da personalidade nas crianças que sofreram privação é, talvez, melhor compreendido quando se considera que é a mãe que, nos primeiros anos de vida da criança, funciona como sua personalidade e consciência. A criança em instituição nunca teve estas experiências, dessa forma, não pode nunca completar a primeira fase do desenvolvimento - estabelecer uma relação com uma figura materna claramente definida. Tudo que teve foi uma sucessão de agentes paliativos, cada um auxiliando-a de uma forma limitada, mas nenhum deles proporcionando-lhe a continuidade no tempo, que faz parte da essência da personalidade. É bem possível que essas crianças, gravemente privadas por nunca terem sido objeto de um cuidado por parte de um mesmo ser humano, nunca tenham tido a oportunidade de aprender os processos de abstração e de organização do comportamento no tempo e no espaço. Certamente, suas graves deformações psíquicas são exemplos claros do princípio de que os danos infligidos muito cedo produzem perturbações generalizadas no crescimento.

O autor afirma que a privação da convivência familiar, principalmente, nos primeiros anos de vida levará a uma psicopatologia. Bowlby (1995), ainda explica que muitos distúrbios psiconeuróticos e da personalidade estão diretamente ligados à falta de vínculos afetivos, o que levará a transtornos posteriores. O autor toma como base várias pesquisas realizadas na década de 60, que relacionam a psicopatia, a sociopatia, a depressão e a delinquência à privação materna, paterna ou orfandade.

Em contrapartida, Rutter (1972) crítica essa associação da privação da maternidade ao desenvolvimento de psicopatias e afirma que crianças institucionalizadas desenvolvem tais enfermidades em razão das péssimas condições institucionais a que eles foram submetidas do que propriamente à privação materna.

Independente de qual seja a causa relacionada aos danos psíquicos desenvolvido por crianças institucionalizadas, seja pela privação da convivência com a mãe, seja pelas péssimas condições de abrigamento, os danos são certos e determinados.

Além desses fatores, o trato coletivo é determinante para ocasionar danos às crianças e adolescentes institucionalizados. Nas instituições eles são considerados como mais um, talvez um número de registro, talvez o número de um prontuário ou de uma cama. Nesse sentido, explica Costa e Rosseti-Ferreira (2009, s.p.):

> Outro aspecto a se considerar é que tal concepção sobre o desenvolvimento humano coloca o contexto familiar como o locus privilegiado para o estabelecimento das relações de apego, contexto em que a criança teria um cuidador individualizado. Também apresenta uma tendência à patologização de contextos coletivos de desenvolvimento da criança (como os abrigos), especialmente para a criança pequena. Nesse caso, pouco valor é dado para o estabelecimento de vínculos afetivos com outros cuidadores que não a mãe ou substituta, ou mesmo, com coetâneos. Essa visão de estabelecimento de apego centra-se na análise de relações diádicas, pouco considerando o dinamismo das relações familiares, os outros interatores, as significações e práticas presentes nesse contexto, que são marcados pela cultura em que se inserem

Por isso, a ruptura afetiva ocasionada pela institucionalização é geradora de danos das mais variadas ordens e viola frontalmente o direito

fundamental à convivência familiar e comunitária, mesmo que usada como medida de proteção. Esses danos se agravam quando a referida medida se prolonga no tempo.

O abrigamento continua a ser a medida mais fácil para o abandono, à violência e até mesmo a pobreza. Por isso, tal medida deve ser provisória, excepcional, breve e sofrer um forte controle por parte do Poder Público e da sociedade, co-responsável.

O Levantamento Nacional de Abrigos para Crianças e Adolescentes (IPEA, 2005) apontou para a violação do direito à convivência familiar e comunitária de crianças e adolescentes acolhidos institucionalmente nos 589 abrigos espalhados pelo Brasil. Neles estão institucionalizadas cerca de 20 mil crianças e adolescentes.

O IPEA (Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada) realizou uma ampla pesquisa nesses abrigos e instituições de recolhimentos por todo o Brasil. E delineou o retrato recente da realidade vivenciada por crianças e adolescentes abrigados. Em linhas gerais são, atualmente, cerca de 20 mil crianças e adolescentes vivendo em abrigos. Dessas, 58%, são meninos, aproximadamente 63% são negros e por volta de 61% tem de 7 a 15 anos . O que caracteriza fielmente o retrato da exclusão social no Brasil.

O Instituto fez uma radiografia dos 589 abrigos do país, que recebem recursos do Governo Federal. O dado que mais chama atenção é o fato de que das cerca de 20 mil crianças e adolescentes abrigados por todo o país, 87% têm família e, o mais importante, 58,2% mantêm vínculos com essas famílias, por meio de visitas[59].

A grande maioria, portanto, vive o paradoxo de ter uma família, mas, estar privada da convivência familiar. O dilema vivenciado por essas crianças e adolescentes é o fato de que suas famílias não detêm condições econômicas para mantê-los em casa. A pobreza é apontada como uma das principais causas do afastamento de crianças e adolescentes do lar.

[59] IPEA/DISOC. O Direito à Convivência Familiar e Comunitária : os abrigos para crianças e adolescentes no Brasil. Disponível em: http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=5481&catid=300&Itemid=1. Acesso em 28 ago. 2013.

Essas crianças e esses adolescentes vivem a realidade de terem uma família, que são juridicamente responsáveis por eles, no entanto, não apresentam condições de mantê-los em casa. O que significa que estão impedidos de serem colocados à adoção, ou seja, são condenados a viver nos abrigos.

Frisa-se que, ao apontar a pobreza como uma das causas principais de afastamento de crianças e adolescentes do lar, outras causas se mostram como subjacentes. A violência doméstica, o uso de drogas, por exemplo, são ensejados, muitas vezes, pela situação de miséria e falta de recursos vivenciados por suas vítimas.

Outro dado de destaque, apontado no estudo realizado pelo IPEA é o fato de que 46,2% dessas crianças e adolescentes permanecem nos abrigos por volta de dois a dez anos, e apenas 10,7% delas encontravam-se judicialmente em condições de serem adotadas.

Enid Rocha Andrade Silva, coordenadora da pesquisa do IPEA e, atualmente, secretária adjunta da Secretaria Nacional de Articulação Social da Secretaria- Geral da Presidência da República, pontua que o panorama traçado pela pesquisa é revelador :

> O livro mostra que não é verdade que os abrigos estejam abarrotados com crianças para adoção. A maioria tem família com a qual mantém vínculos. Estão lá porque são pobres. O que pudemos perceber é que muito do que o ECA prevê não acontece de fato.
> O estatuto prevê, por exemplo, que o abrigo é medida provisória e excepcional, utilizável como forma de transição para a colocação em família substituta, não implicando privação de liberdade. Entretanto, não foi isso que o estudo do Ipea verificou. Os pais não abrem mão do poder familiar, mesmo não tendo condições de criar as crianças. A conseqüência é que elas envelhecem e entram numa faixa etária difícil para adoção.

Alexandre Valle dos Reis, assessor da subsecretaria de Promoção dos Direitos da Criança e do Adolescente da Secretaria Especial de Direitos Humanos (SEDH), analisando os resultados da pesquisa, afirmou que: "No Brasil, há uma cultura de institucionalização. Muitos abrigos pegam a criança para cuidar e não entendem seu papel como intermediários. A criança não pode ficar esquecida lá".

A violação do direito à convivência familiar e comunitária geram consequências gravosas para o desenvolvimento de crianças e adolescentes. A individualidade e a capacidade de socialização ficam extremamente comprometidas. Há, também, o comprometimento do desempenho cognitivo. Num lugar em que a massificação é a tônica, em que os brinquedos, quando existem, são bens coletivos, a construção da individualidade fica comprometida.

Uma vez identificada a pobreza como uma das principais causas para a institucionalização de crianças e adolescentes, a fim de evitar um longo período de institucionalização algumas instituições propuseram uma solução intermediária: o acolhimento. As crianças vivem em casas de outras famílias enquanto esperam que suas famílias originais recuperem as condições para recebê-las de volta.

Uma alternativa para esse dilema é o Serviço Alternativo de Proteção Especial à Criança e ao Adolescente (Sapeca), da Secretaria de Assistência Social da Prefeitura Municipal de Campinas, em São Paulo, que já atendeu 46 crianças nos seus nove anos de funcionamento - quinze estão em acolhimento, dezesseis já retornaram à família natural, nove foram encaminhadas para adoção e seis voltaram ao abrigo. A criança e o adolescente são acolhidos, e nesse período é feito um trabalho de restruturação da sua família de origem, visando sua recolocação.

O período de acolhimento, nesse caso, varia bastante, pois depende do tempo que a família de origem vai precisar para se reorganizar, mas, Jane Valente, coordenadora do Sapeca, explica que eles tentam trabalhar com o prazo de um ano para crianças com até 5 anos de idade e vinte meses para as maiores de 5 anos, e explica que[60] :

> Ajudamos a formar uma rede social em torno da família de origem. Localizamos os problemas, que podem ser financeiros, dependência química ou falta de moradia, e estabelecemos parcerias para que a família tenha acesso aos serviços que vão ajudá-la a reverter o quadro.

[60] Informação retirada da Revista de Informação e Debates do IPEA. 2006. Ano 3. Edição 20. Disponivelem:http://www.ipea.gov.br/desafios/index.php?option=com_content&view=article&id=972:reportagens-materias&Itemid=39. Acesso em: 25 ago 2013.

A adoção é última medida e somente acontece quando a recolocação na família de origem se mostra inviável.

O sucesso desse tipo de programa está atrelado à existência de políticas públicas sociais que visam reestruturar a família. Uma vez identificado o fator determinante do afastamento da criança e do adolescente do lar, é preciso trabalhar para eliminá-lo. Se for o desemprego, a falta de moradia, a dependência química, a violência doméstica, será preciso trabalhar nessas causas. Por isso, uma rede social interligada aos vários setores da Assistência Social se mostra de extrema importância.

Muitos desses programas já existem. Agora é preciso um agente que identifique o problema que gerou o afastamento da criança e do adolescente do lar e trabalhe nesse sentido.

Passa-se a demonstrar, em linhas gerais, o panorama do tema e da problemática a ser enfrentada na pesquisa.

A grande maioria de crianças e adolescentes abrigados são meninos, negros, pobres e com idade entre 7 a 15 anos. Na tabela a seguir pode-se constatar que a maior parte de crianças e adolescentes abrigados encontra-se com idade entre 7 e 15 anos de idade.

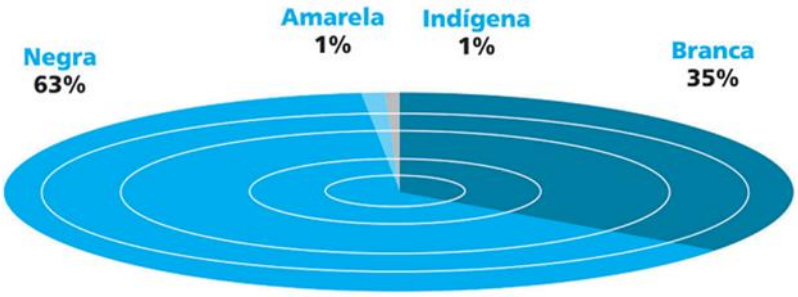
TABELA 1 – Brasil: Crianças e Adolescentes abrigados por grupo de idade.

Idade (em anos completos)	Regiões brasileiras					BRASIL
	Norte	Nordeste	Sudeste	Sul	Centro-Oeste	
0 a 3 anos	16,3	7,6	14,4	12,1	9,1	**11,7**
4 a 6 anos	12,4	9,1	15,1	10,6	10,4	**12,2**
7 a 9 anos	15,8	20,2	18,8	17,3	19,9	**19,0**
10 a 12 anos	17,1	23,8	20,4	22,2	23,3	**21,8**
13 a 15 anos	22,0	23,2	18,6	20,7	20,5	**20,5**
16 a 18 anos	14,5	12,5	11,1	12,3	12,6	**11,9**
Mais de 18 anos	1,8	2,4	1,6	4,1	2,1	**2,3**
Sem informação	0,0	1,1	0,1	0,6	1,8	**0,6**
Total	**100,0**	**100,0**	**100,0**	**100,0**	**100,0**	**100,0**

Fonte: IPEA/DISOC (2003). Levantamento Nacional dos Abrigos para Crianças e Adolescentes da Rede SAC.

Atualmente, no Brasil, ficou evidenciado que a maioria é da raça negra. Abaixo segue o gráfico que evidencia esta realidade:

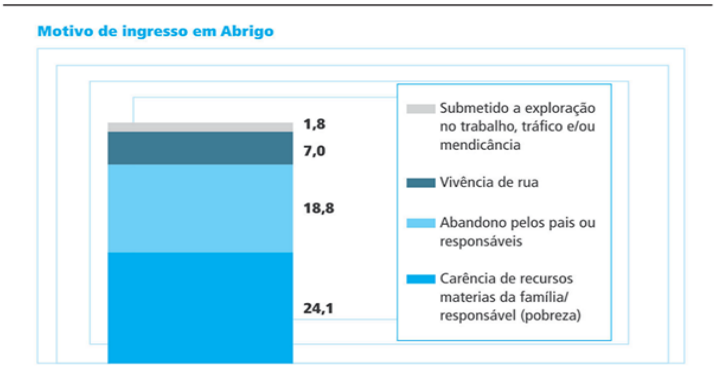
GRÁFICO 1 – Brasil: proporção de crianças e adolescentes abrigados, segundo a raça/cor:



Fonte: IPEA/DISOC (2003). Levantamento Nacional dos Abrigos para Crianças e Adolescentes da Rede SAC.

Entre os principais motivos apontados pela pesquisa como fator ensejador do abrigamento destacaram-se os relacionados com a pobreza: 24,1% carências de recursos materiais das famílias; 18,8% abandono dos pais ou responsáveis; 7,0% vivência nas ruas e 1,8% por envolvimento com tráfico, trabalho infantil e mendicância. O gráfico abaixo identifica, claramente, esses fatores:

GRÁFICO – 2: Brasil: motivo de ingresso em abrigamento relacionado à pobreza:



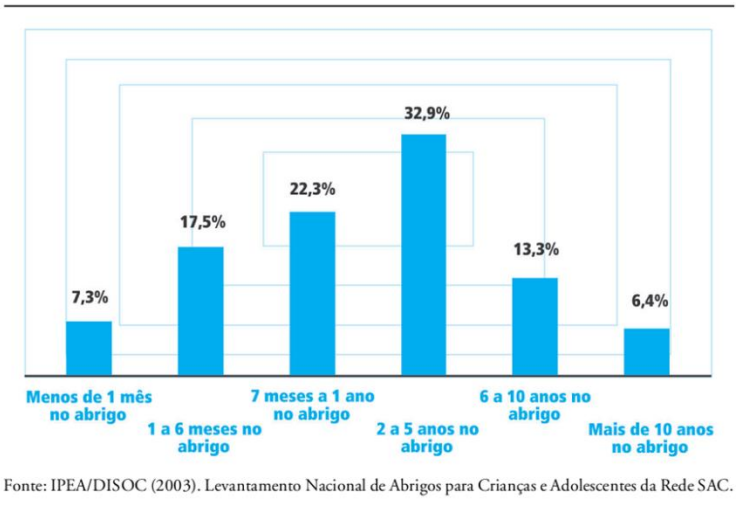
Fonte: IPEA/DISOC (2003). Levantamento Nacional de Abrigos para Crianças e Adolescentes da Rede SAC.

Outro fator de grande relevância para a pesquisa é o tempo de permanência das crianças e dos adolescentes nos abrigos, o que comprova a violação ou não do direito à convivência familiar e comunitária.

A pesquisa demonstrou que a maioria das crianças e adolescentes permanecem nos abrigos por até 5 anos, quando o Estatuto da Criança e do Adolescente traz 2 anos como tempo limite de permanência . E o dado mais alarmante: parte considerável dessas crianças e adolescente abrigados chega a permanecer abrigadas por volta de 10 anos. Total violação do direito à convivência familiar e comunitária. Essas crianças perdem uma importante etapa de suas vidas. Etapa fundamental para uma formação e desenvolvimento plenos.

Metade das crianças e adolescentes que participaram da pesquisa vivia nas instituições por mais de 2 anos, tempo que já é considerado demasiadamente longo. A situação é gravíssima, sobretudo quando se considera o caráter provisório da medida de abrigo. Abaixo segue gráfico demonstrando essa realidade:

GRÁFICO 3 – Brasil: Proporção de crianças e adolescentes, segundo tempo de abrigamento.



Fonte: IPEA/DISOC (2003). Levantamento Nacional de Abrigos para Crianças e Adolescentes da Rede SAC.

E, ao contrário do que o senso comum pressupõe, grande parte dessas crianças e adolescentes abrigados mantêm o vínculo com sua família de origem. Por isso, apenas 10,7% estavam judicialmente em condições de

serem adotadas. A maior parte vive o paradoxo de ter uma família, estar privado da convivência familiar e, ainda, não estar em condições de serem adotados.

Um ponto de destaque da pesquisa é a análise do papel do Conselho Tutelar nessa realidade. Que agente social é esse? Qual a sua função em um cenário de exclusão social? A pesquisa realizada pelo IPEA aponta esse órgão como a instituição que mais encaminham crianças e adolescentes aos abrigos. Veja o gráfico abaixo que representa essa realidade.

GRÁFICO 4 – Brasil: Instituições que mais encaminhas crianças e adolescentes aos abrigos.

Fonte: IPEA/DISOC (2003). Levantamento Nacional de Abrigos para Crianças e Adolescentes da Rede SAC.

Uma vez demarcado o Conselho Tutelar como órgão que mais encaminha crianças e adolescente a abrigos, será abordada a sua atuação no que refere-se a efetivação do direito à convivência familiar e comunitária de crianças e adolescentes de maneira mais detalhada no próximo tópico.

3.4 A Atuação do Conselho Tutelar na Efetivação do Direito Fundamental à Convivência Familiar e Comunitária de Crianças e Adolescente: A aplicação da Teoria dos Sistemas

A teoria sistêmica foi desenvolvida, originalmente, na Biologia, pelos cientistas chilenos Humberto Maturana e Francisco Varela. Luhmann é quem transporta essa teoria para as ciências sociais e jurídicas. A sociedade, seria, portanto, formada por vários sistemas autônomos, cada um com elementos próprios, os seus códigos. Cada um desses sistemas se produz por si próprio e por isso são considerados sistemas autônomos.

Guerra Filho (2009, p. 209), explica que: “Esse sistema é autônomo porque o que nele se passa não é determinado por nenhum componente do ambiente, mas sim por sua própria organização, isto é, pelo relacionamento entre seus elementos”.

Luhmann, ao definir a autopoiese do sistema, explica que deve haver o fechamento sistêmico. Desse modo, a dinâmica de auto-produção dos sistemas ocorre da seguinte forma: cada sistema tem seu código próprio. E tudo o que recebe do exterior deve ser processado de acordo com o seu código próprio, e não de acordo com código externos que compõem outros sistemas.

Azevedo (2006, p. 133) explica que cada sistema tem códigos próprios, a exemplo: “no sistema jurídico, legal-ilegal; no científico, verdadeiro-falso; no econômico, posse-ausência de dinheiro; no político, Governo-oposição, na moda, atual-ultrapassado; na religião, sacro-profano; na ética, moral-imoral; na família, afeto-indiferença”.

Segundo Neves (1993, p. 323-324), a modernidade é marcada pelo: “surgimento de sistemas sociais operacionalmente autônomos, reproduzidos com base nos seus próprios códigos e critérios, embora condicionados pelo seu meio ambiente circundante”.

Assim, no lugar de uma moral material globalizante há o surgimento de vários sistemas sociais autônomos, como, por exemplo, o sistema jurídico, o político, o econômico, o religioso; enfim, bem exemplifica

essa mudança paradigmática a separação entre Igreja e Estado, simbolizando cada um, um sistema autônomo.

Entretanto, em algumas sociedades essa autonomia entre os sistemas fica comprometida. Não há que se falar em autonomia entre os sistemas, jurídico e político, talvez pela falta de efetivação da própria cidadania.

Em países subdesenvolvidos há uma séria dificuldade de se aplicar homogeneamente o direito. Há situações extremas onde sequer é aplicado. Há algumas em que é adaptado a tradições culturais locais. Isso pode resultar, por vezes, em ilicitudes.

Transportando para a realidade brasileira, um país subdesenvolvido, a dinâmica dos sistemas fica comprometida, uma vez que, o sistema jurídico produz a norma, porém não consegue aplicá-la de maneira uniforme.

Volta-se os olhos para o objeto da pesquisa a fim de se analisar a atuação do Conselho Tutelar na efetivação do direito fundamental à convivência familiar e comunitária de crianças e adolescentes.

Em reportagem veiculada pela rádio local de Curitiba e publicada em site foi noticiada história de uma menina de sete anos que comoveu os professores da Escola Municipal Piratini, no bairro Pinheirinho, em Curitiba.

Na reportagem, a rádio local relata que a menor S.M.S. ia para o colégio e, na hora da merenda, guardava parte do lanche para dividir com os avós, que não tinham condições de criá-la.

Diante dessa informação o Conselho Tutelar recolheu a menina a retirando do convívio familiar junto aos avôs, depois que funcionários da escola divulgaram o caso. A responsabilidade sobre o destino de S.M.S., agora é da Vara da Infância em Juventude.

A rádio descreveu a notícia da seguinte maneira[61]:

> Segundo a professora Cristiane Kufky, que dava aula para a menina, a aluna era criada pelos avós, que apresentam sérios problemas de saúde. O senhor Alinor Durcino Soares tem dificuldade de locomoção e, mesmo assim, levava a neta todos os dias para a escola, de muletas. A avó Sebastiana Catarina Teixeira sofreu um derrame e hoje passa mais tempo em uma cama.

[61] Disponível em: http://www.bandab.com.br/jornalismo/menina-que-guardava-merenda-para-avos-segue-em-abrigo-e-autoridades-nao-falam-sobre-o-caso/. Acesso em: 18 mar. 2014.

> “Eles moram em uma casinha muito pobre, em condições muito difíceis, sem ter comida nem nada. Por causa dos problemas de saúde, eles não conseguem mais sustentar a família. A menina percebeu a dificuldade dos avós e passou a dividir a merenda para alimentá-los ”, contou a professora em entrevista à Banda B.
> Cristiane disse que percebeu que havia alguma coisa errada com a aluna quando ela começou a faltar muito. “A gente também tinha a impressão de que ela estava muito cansada, provavelmente por falta de alimentação. Foi aí que nós chamamos os órgãos responsáveis”.
> A professora afirmou que S.M.S. foi recolhida em prantos pelo Conselho Tutelar. Ela está preocupada com o futuro da menina e também dos avós. “O que vai acontecer com o casal agora? Quando ela foi levada, o avó chegou a perguntar ‘será que não podem me recolher também?’. Nós estamos fazendo de tudo para ajudar essa família”, falou, emocionada.
> Sebastiana Catarina Teixeira, avó de S.M.S., contou em entrevista à Banda B na manhã deste sábado (10) que cuida da menina desde que ela tinha quatro anos de idade, depois que ela foi abandonada pelos pais. A garota, de apenas sete anos, foi recolhida pelo Conselho Tutelar nesta sexta-feira (9), depois que professores da escola onde ela estudava notaram que a aluna estava em condições complicadas de saúde. O caso foi relatado em primeira mão pela Banda B.
>
> “O meu filho, pai da criança, abandonou a garota e hoje mora com outra mulher. A mãe da minha neta está com outro homem, eu nem sei onde ela vive agora. Essa mulher abandonou a menina e outra criança, que está com a minha filha”, explicou Sebastiana. (Ouça a entrevista da professora no ícone de áudio acima)
> Além disso, a avó afirmou que ela tem comida em casa e que a garota levava a merenda da escola por opção. “Eles não precisavam ter levado a minha neta, eu estou preocupada com ela”.

Cumpre analisar esse fato, dentre muitos semelhantes, com base na teoria dos sistemas, a fim de esmiuçar a conduta do Conselho Tutelar local. Esse fato pode ser analisado com base na dinâmica entre quatro sistemas: o jurídico, o político, o econômico e a família.

O sistema econômico trabalha com o código ter/não ter. Nesse caso, os idosos, avós da menina, vivem em condições precárias e lhes falta assistência social. Não foi passada essa informação, mas se são aposentados, essa aposentadoria não é suficiente para lhes garantir uma condição digna de vida, pois essa família vivia em condições de precariedade, a ponto da menina deixar de comer e se preocupar com alimentação dos avós. Isso reflete a incapacidade do Estado de suprir as necessidades desse sistema familiar, motivado pelo sistema econômico.

O sistema familiar trabalha com o código afeto/indiferença. Sem dúvida, nessa família o afeto estava presente. O avô mesmo de muletas se

esforçava e levava a menina a escola todos os dias. Tanto avô quanto avó se esforçaram para tê-la de volta ao convívio familiar. O problema enfrentado nesse sistema deriva do código de outro: ter/não ter. Não foi a falta de afeto que motivou a retirada da criança do convívio familiar, mas sim a falta de condição econômica.

Foi apontado acima que o principal motivo ensejador do abrigamento está relacionado com a pobreza. Dos abrigamentos realizados em 2005, 24,1% foram por carências de recursos materiais das famílias; 18,8% por abandono dos pais ou responsáveis; 7,0% por vivência nas ruas e 1,8% por envolvimento com tráfico, trabalho infantil e mendicância. Veja que a carência de recursos das famílias aparece como fator determinante para o abrigamento.

O sistema jurídico, que atua através do código lícito/ilícito nessa situação específica preconiza que "toda criança e adolescente tem direito de ser criado e educado no seio de sua família"[62]. Sendo que "a manutenção ou reintegração de criança ou adolescente à sua família terá preferência em relação a qualquer outra providência"[63].

Ressalta-se, ainda, que "a falta ou carência de recursos materiais não constitui motivo suficiente para perda ou suspensão do poder familiar"[64]. E, em "não existindo outro motivo que por si só autorize a decretação da medida, a criança ou o adolescente será mantido em sua família de origem, a qual deverá obrigatoriamente ser incluída em programas oficiais de auxílio"[65].

Além disso, o Conselho Tutelar somente é autorizado a proceder ao acolhimento institucional nos casos mencionados no artigo 98 do Estatuto da Criança e do Adolescente, veja:

> Art. 98, Estatuto da Criança e do Adolescente. As medidas de proteção à criança e ao adolescente são aplicáveis sempre que os direitos reconhecidos nesta Lei forem ameaçados ou violados:
> I - por ação ou omissão da sociedade ou do Estado;
> II - por falta, omissão ou abuso dos pais ou responsável;
> III - em razão de sua conduta.

[62] Art. 19, Estatuto da Criança e do Adolescente.
[63] Art. 19, § 3º do Estatuto da Criança e do Adolescente.
[64] Art. 23, Estatuto da Criança e do Adolescente.
[65] Art. 23, § único do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Na situação concreta não é possível identificar nem o inciso II, nem o inciso III. Talvez a omissão da sociedade e do Estado contribuíram para a condição precária de vida dessa família.

Contudo, o abrigamento deve ser decretado em caráter excepcional, quando outras medidas se mostram insuficientes para salvaguardar os direitos de crianças e adolescentes.

Conforme explicitado acima, a medida mais fácil é o acolhimento; mas, com certeza, não é a que melhor atende os interesses da criança e do adolescente. No caso telado não foi a mais adequada. Pelo que preceitua o Estatuto da Criança e do Adolescente o abrigamento deve ser excepcional, provisório e o mais breve possível.

Diante disso, pela aplicação do código próprio do sistema jurídico, alcançado com a aplicação de lei ao fato concreto, tem-se que o abrigamento nessa situação concreta é ilícito, por afrontar a essência da lei.

Quanto ao sistema político, pautado no código poder/não poder, temos o Conselho Tutelar, um órgão eminentemente político, de onde derivam decisões que devem refletir a defesa e a proteção dos direitos infanto-juvenis. Nesse sentido, o Conselho Tutelar não tinha poder para determinar o abrigamento, por contrariar a essência da lei.

Percebe-se que a decisão foi pautada, única e exclusivamente, no código do sistema econômico: ter/não ter. Desse modo, essa ação: o abrigamento, nessas condições, deve ser classificado pelo sistema jurídico como ilícita.

Entretanto, foi entendida como necessária, pelo sistema econômico, uma vez que a família não tinha condições financeiras de se sustentar dignamente. Essa decisão corrompeu o sistema família, no qual o código era afeto, e não a indiferença.

Há, nesse caso ora analisado, uma flagrante corrupção dos códigos dos sistemas envolvidos.

Nesse sentido, Neves (1993, p. 330) explica que:

> O intrincamento do(s) código(s) jurídico(s) com outros códigos sociais atua auto destrutivamente e hetero destrutivamente. O problema não reside, primariamente, na falta de abertura cognitiva (heterorreferência ou adaptação), mas sim no insuficiente fechamento

> operacional (auto-referência), que obstaculiza a construção da própria identidade do sistema jurídico.

Realmente, o problema não está na abertura dos sistemas, que é necessária. O sistema jurídico precisa produzir suas normas a partir de um diálogo com os sistemas político, econômico, familiar, sob pena de não refletir o valor fundamental da sociedade a qual regulamenta. Isso significa que uma decisão puramente jurídica pode ser ineficaz.

No mesmo sentido, o sistema político deve se nortear pela lei, sob pena se incorrer em arbitrariedade, particularismos etc. Também é imprescindível um diálogo com o sistema econômico, que quer queira, quer não, influencia e impulsiona os demais sistemas.

Nesse sentido, a abertura dos sistemas é extremamente importante e necessária. O problema reside no fechamento desses sistemas. Quando um sistema se abre e capta um código próprio de outro sistema, é preciso que, em seguida, se feche e processe o código alheio por meio do seu código próprio, sob pena de haver uma violação de identidade.

Nessa situação concreta, o Conselho Tutelar decidiu com base puramente no código econômico ter/não ter, infringindo a lei, a família, pois não tinha poder para isso. Os códigos dos outros sistemas tinham que ser levados em conta, mas o órgão teria que respeitar seu próprio código e decidir com base nele.

Figura como protagonista dessa situação a pobreza que assola milhares de famílias brasileiras. O Conselho Tutelar surge como um mecanismo político de intervenção nesse tipo de problema, com a finalidade de zelar pelo direito à convivência familiar de crianças e adolescentes, em razão da sua proximidade com essa realidade subdesenvolvida.

Nessa esteira, a participação popular torna-se fundamental. O Conselho Tutelar é um espaço onde a cidadania deve ser exercida.

O conselheiro tutelar deve ser capacitado e quebrar o paradigma da “situação irregular” incluindo de vez a “proteção integral” de nossas crianças e adolescentes. No entanto, ao contrário, disso pode-se observar que é o agente que mais encaminha crianças e adolescentes para os abrigos, conforme visto acima.

O conselheiro tutelar deve tomar ciência da função que desempenha. Deixar de atuar apenas em situações extremadas quando a criança e o adolescente já se encontram em situação de risco ou irregularidade com a lei, e agir preventivamente, atuando, como por exemplo, de acordo com o preconiza o artigo 136, IX do Estatuto da Criança e do Adolescente que prevê a função de assessoramento junto ao Poder Executivo local na elaboração da proposta orçamentária para planos e programas de atendimento dos direitos da criança e do adolescente.

Agindo antecipadamente, assessorando o Poder Executivo local nos programas e planos de atendimento, na elaboração de proposta orçamentária, sem dúvida, a situação de risco e irregularidade será evitada.

Várias questões críticas foram apontadas no que tange aos conselheiros tutelares à falta de especialização e de capacitação permanente; a falta de ciência da função que desempenha; a falta de divulgação nas eleições; fatores que contribuem para a falta de efetivação de direitos nessa seara.

Além disso, a falta de estrutura enfrentada pelo órgão também é considerável. Muitos Conselhos operam sem telefone, automóvel e, por vezes, até sem mobília adequada.

Outra questão crítica já mencionada é o déficit de participação popular. Muitos não tomam ciência sequer da eleição para escolha dos conselheiros tutelares, quiçá da possibilidade de atuar em conjunto com o órgão, participando ativamente, através do Conselho de Direito Municipal.

Sem dúvida, quando se fala em políticas públicas, o grande obstáculo é o orçamento do Estado, a tese da reserva do possível é ventilada todas as vezes que se cobra o Estado na efetivação dos direitos.

Pelo modelo de Estado Democrático de Direito e pela ideologia esculpida na Constituição Federal de 1988 o Estado tem responsabilidade na efetivação de direitos, e na seara dos direitos infanto-juvenis isso também ocorre, com um plus: deve-se efetiva-los com absoluta prioridade.

Sendo assim, é responsabilidade do Estado essa efetivação, ocorre que a encerramos na vala comum da falta de recursos financeiros.

Uma vez identificada à falha na dinâmica do Conselho Tutelar e o consequente descumprimento do comando legal previsto no Estatuto da Criança e do Adolescente, torna-se imprescindível demarcar a responsabilidade do Poder Executivo.

O artigo 227 da Constituição Federal de 1988 influenciou diretamente o Estatuto da Criança e do Adolescente. Tratam-se de diplomas legais que reproduzem o comando da "doutrina da proteção integral".

Esse comando somado à diretriz da democracia participativa, já delineada no presente trabalho, resulta na obrigação do Poder Público em realizar com prioridade políticas públicas voltadas à efetivação dos direitos das crianças e dos adolescentes.

Milhares de crianças no Brasil[66] são privadas do direito fundamental à convivência familiar e comunitária e demais direitos pela omissão ou ação ineficaz do Poder Público na realização e implementação de políticas públicas, o que caracteriza uma violência institucionalizada contra essas crianças.

O desrespeito do Poder Executivo das normas constitucionais, infraconstitucionais, bem como dos comandos internacionais nessa seara evidencia a responsabilidade estatal. O que possibilita a intervenção do Poder Judiciário, tendo como legitimado o órgão do Ministério Público e as associações civis. Na contra mão desse entendimento encontra-se a tese que reconhece os atos administrativos relativos à implementação de políticas públicas como discricionários, o que se fundamenta na doutrina tradicional da clássica tripartição de poder de Montesquieu. Importante relembrar que essa doutrina teve sua origem junto com o surgimento do Estado de Direito com o ideário de frear as arbitrariedades de um Estado Absolutista.

---

[66] No Brasil e em outros países periféricos a violação desses direitos pela precária ou inexistente implementação de políticas públicas é agravada pela má distribuição de renda. As estatísticas apontam que no Brasil existem 21 milhões de crianças vivendo em famílias cuja renda familiar é de ½ salário mínimo por mês, correspondendo a 35% das crianças brasileiras. O trabalho infantil é outro complicador, já que 2,9 milhões de crianças estão sendo exploradas. No campo educacional, 20 milhões de crianças não têm acesso sequer à educação infantil. Além disso, 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 anos (Dados disponíveis em: <www.mp.sc.gov.br/OAMP/CPI/maioridade.htm>. Acesso em: 17 jul. 2014).

Ocorre que foi possível observar ao longo da pesquisa que a ideologia preconizada pela Constituição Federal de 1988 molda o Estado como “Democrático de Direito”. Nesse sentido, a discricionariedade administrativa deve nos dias atuais ser analisada com base nesse respectivo modelo de Estado e não com base no Estado de Direto e sua clássica e tradicional repartição de Poderes.

Dessa forma, mais que estar em consonância com a lei os atos administrativos devem efetivar direitos. Transportando para os direitos das crianças e dos adolescentes isso importa dizer que a efetivação deve ser integral e prioritária, ou seja, a implementação de políticas públicas nesse aspecto é uma obrigação estatal.

É possível observar que muitos dispositivos do Estatuto da Criança e do Adolescente não são efetivados, principalmente, os que se refere aos direitos fundamentais. Na presente pesquisa constata-se especificamente a falta de efetivação do direito fundamental à convivência familiar e comunitária, e afunila-se mais ao analisar a questão do conselheiro tutelar nesse aspecto. Entretanto, a falta de efetivação pela falha ou omissão de políticas públicas é generalizada no que se refere a gama de direitos que vem sendo atingidos, como por exemplo, educação, saúde, cultura, lazer, segurança, entre outros.

A começar pela falta de observância ao princípio da prioridade absoluta, sendo de fácil identificação a falta de vontade dos governantes na implementação de políticas públicas voltadas a efetivação de direitos infanto-juvenis.

A mudança desse cenário depende do reconhecimento da responsabilidade do Estado na falha ou omissão de políticas públicas.

A discricionariedade administrativa atribuída ao Poder Público lhe confere a prerrogativa de um agir mediante conveniência e oportunidade.

Desse modo, tem-se 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 lei” (MARCHESAN, 2007, s.p).

Sendo assim, o agente público no que se refere às matérias de sua competência, se e somente se estas não estiverem delimitadas pela lei, este poderia atuar de atuar mediante critérios de conveniência e oportunidade. Não havendo, portanto, a obrigação de agir.

E nesse aspecto deve-se atentar para não desvirtuar o poder discricionário o que caracterizaria poder arbitrário. E esse cuidado passa a ser observado quando se interpreta o poder discricionário à luz dos ditames do Estado Democrático de Direito.

A cognição humana é finita. Dessa forma, é preciso reconhecer a impossibilidade do legislador de prever todas as situações da vida humana passíveis de regulamentação. Se fosse possível, todo ato administrativo seria vinculado.

Diante dessa impossibilidade, a discricionariedade administrativa torna-se imprescindível para a atuação do Poder Público.

Entretanto, essa discricionariedade deve ser entendida também como dever, e não apenas como poder. Nesse sentido, o administrador público deve agir em conformidade com a lei, bem como atuar de maneira vinculada a promoção de direitos fundamentais, o que de forma alguma, se caracteriza com uma hipótese de conveniência e oportunidade.

Isso significa que, quando se está diante de promoção e efetivação de direitos fundamentais, não há escolha. A atuação do Poder Público está vinculada obrigatoriamente a sua promoção, independente se ser conveniente ou oportuno.

Nesse sentido, cai por terra o tradicional entendimento de que quanto ao mérito[67] administrativo não há possibilidade de controle judicial e a consequente responsabilização do Estado.

A atividade administrativa deve e, não somente pode atingir a finalidade da lei, que em um Estado Democrático de Direito é a efetivação de direitos.

---

[67] O mérito no ato administrativo seria o juízo de valoração e conceituação, o que não se encontra positivado em lei. Não estando positivado o Poder Público não estaria vinculado a determinado modo de agir, podendo atuar de acordo com critérios de conveniência e oportunidade. Esta seria a razão que impossibilitaria o controle judicial destes atos e a consequente responsabilização do Estado.

Além da releitura da discricionariedade administrativa de acordo com os ditames do Estado Democrático de Direito, o princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário esculpido no artigo 5º, XXXV da Constituição Federal de 1988[68] dão sustentação ao controle e apreciação do Poder Judiciário em relação aos atos administrativos e a consequente responsabilização do Estado.

Nessa seara reside a crítica concernente à violação do princípio da separação de poderes, que assim como a atividade administrativa discricionária merece uma nova leitura.

Nesse sentido, Rodolfo de Camargo Mancuso (2001, p. 73) 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 públicas.

É preciso, portanto, lançar um novo olhar sobre a dinâmica dos Poderes no atual modelo de Estado.

Nesse aspecto, Edinilson Donisete Machado e Luiz Henrique Martim Herrera (2010, p. 3289) entendem que:

> Com efeito, no enfrentamento do debate do controle judicial dos atos da administração pública, inevitavelmente, as questões das políticas passam a ser consideradas como "justiciáveis", ou seja, delas o Poder Judiciário pode fazer derivar direitos decorrentes do processo de interpretação e sopesamento de provisões constitucionais, conferindo-lhes proteção positiva sempre que necessária a tutela dos princípios constitucionais frente à ineficiência do Estado na execução de políticas públicas, sobretudo em países de modernidade tardia como o Brasil. O caso em apreço é exemplo claro dessa realidade.

[68] "A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito."

No que se refere às políticas públicas, sua formulação, implementação e controle não pode ser de exclusividade do Poder Executivo. Isso porque, a fundamentação das políticas pública está pautada nos direitos sociais constitucionais, apresentando, portanto, um viés de efetividade obrigatória, motivo que leva a necessidade de interação entre e Poderes, bem como coparticipação da sociedade civil.

Para Andreas Joachim Krell (2002, p. 101) “essência de qualquer política pública é distinguir e diferenciar, realizando a distribuição dos recursos disponíveis na sociedade”, em prol da sociedade de acordo com os preceitos constitucionais. Nesse aspecto, o autor conclui que havendo falhas ou omissões na atividade administrativa ou legislativa relativa à implementação de políticas públicas há espaço para controle pelo Poder Judiciário.

Além do controle pelo Poder Judiciário é preciso o engajamento da sociedade civil.

É possível observar a interligação entre a implementação de políticas públicas e o fortalecimento da democracia e vice-versa.

Coaduna com esse entendimento Veronese (1997, p. 205):

> 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.

Desse modo, a responsabilização do Estado pela falha ou omissão na efetivação de direitos através da ingerência entre os poderes e da sociedade nestes fortalece sobremaneira a democratização de países com esta é tardia.

Por isso, defende-se que o controle dos atos administrativos não deve se limitar apenas no que se refere à lei (controle de legalidade), mas também no que tange a efetivação de direitos.

Mais uma vez, destaca-se a importância da responsabilização do Estado pela falta ou omissão em relação às políticas públicas voltadas ao público infanto-juvenil.

O Poder Executivo é sem dúvida um dos principais protagonistas nesse sentido. Entretanto, não é o único. O Poder Judiciário deve atuar no controle dessas políticas, pautado na sua inafastabilidade quando ocorrer lesão ou ameaça a direitos. O que se adequa perfeitamente a realidade vivenciada por crianças e adolescentes no Brasil.

Não é surpreendente o resultado de pesquisas nessa área que aponte para inúmeras violações de direitos, entre elas, e de maneira específica a privação da convivência familiar, com a retirado da criança e do adolescente e o seu encaminhamento para abrigos de maneira recorrente e por mais tempo que a lei prevê.

Por isso, a violação é flagrante, demandando um controle de maneira urgente quer por meio de outros poderes, quer pelo engajamento da sociedade civil.

A falta de capacitação de conselheiros tutelares, a falta de estrutura física, a falta de poder de ingerência na estruturação orçamentária das políticas públicas evidenciam a falha e muitas vezes a omissão propositada do Poder Executivo nesse aspecto da política de atendimento de crianças e adolescentes.

Nesse sentido, salta aos olhos a necessidade de intervenção do Poder Judiciário e o engajamento da sociedade civil para o resgate dos direitos e garantias infanto-juvenis.

Para Luiza Cristina Fonseca Frischeisen (2000, p. 95) o fato de não haver a implementação de políticas públicas no que tange aos direitos constitucionalmente previstos, caracteriza ato omissivo da Administração, passível de controle pelo Poder Judiciário, portanto. A autora defende que a implementação de políticas públicas sociais está vinculada à Constituição Federal, inexistindo, nesse aspecto, espaço para juízo de conveniência e oportunidade na implementação dessas políticas (FRISCHEISEN, 2000, p. 96).

Desse modo, a discricionariedade somente poderia ser utilizada em situações não previstas pela Constituição Federal e pela lei de modo geral, o que não é o caso do direito fundamental a convivência familiar e comunitária, que além de previsão constitucional também tem previsão expressa no Estatuto da Criança e do Adolescente.

Nesse sentido, Rodolfo de Camargo Mancuso (2001, p. 725-726):

> [...] 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. (grifado).

Dessa forma, na seara dos direitos das crianças e dos adolescentes cabe ao Poder Executivo observar a doutrina da proteção integral, que se sustenta entre outros no princípio da prioridade absoluta, o que evidencia a obrigatoriedade de implementação de políticas públicas voltadas à efetivação de direitos infanto-juvenis.

Por isso, a falta de investimento e capacitação no Conselho Tutelar e dos seus conselheiros, não demarca a discricionariedade administrativa, mas sim, a falta ou omissão na implementação de políticas públicas sociais. O que culminará em lesão ou pelo menos ameaça a direito fundamental pertence a um público que possível prioridade absoluta[69], as crianças e os adolescentes.

Diante das particularidades da política de atendimento dos direitos das crianças e adolescentes constata-se a responsabilidade do Estado na falha ou omissão na implementação de políticas públicas voltadas a efetivação do direito fundamental à convivência familiar e comunitária positivado na Constituição Federal de 1988 e regulamentado no Estatuto da Criança e do Adolescente, em face da democracia participativa aliado a doutrina da proteção

[69] O princípio da prioridade absoluta encontra amparo constitucional no artigo 227, além de ser melhor detalhado no artigo 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente. Esse princípio aliado a democracia participativa vinculam os Poderes Executivo e Legislativo no que concerne a implementação de políticas públicas sociais voltadas à criança e ao adolescente, importando em destinação prioritária de recursos públicos quando suas diretrizes forem constitucionalmente prevista.

integral, que obrigam o Poder Público a observar de maneira prioritária a execução e implementação dessas políticas públicas.

CONCLUSÃO

Conforme assentado na pesquisa acima, o tratamento dispensado à criança e ao adolescente sofreu mudanças significativas. Até o século XVII não havia qualquer sinal de reconhecimento, por esse motivo Phillip Àries fala em “invenção” e “descoberta”. No que se a direitos infanto-juvenis trata-se de um século perdido.

Em seguida, as políticas públicas voltadas a esse público visavam mais atender necessidades estatais do que ter cunho humanitário. No Brasil Colônia o interesse era o de “normalizar” a criança indígena para torna-la mão-de-obra fácil. Nesse sentido, a disciplina rígida com castigos físicos se fez presente. Desse período em diante, vigorou no Brasil uma política pública assistencialista que via nas crianças mais pobres um problema e procurava uma solução. A solução seria moldar tais crianças para torna-las úteis à nação.

A Constituição Federal e o Estatuto da Criança e do Adolescente reconheceram de maneira definitiva a criança e o adolescente como sujeitos de direitos, incorporando no Brasil a doutrina da proteção integral.

Nesse aspecto, os direitos devem ser obrigatoriamente efetivados, o que configura uma responsabilidade estatal.

No que se refere ao direito fundamental à convivência familiar e comunitária, é preciso destacar que a sua violação é latente. O abrigamento de crianças e adolescentes, segundo a Constituição Federal de 1988 e o Estatuto da Criança e do Adolescente, deve ser medida excepcional, provisória e em menor tempo possível. Entretanto, não é isso que a realidade vivenciada pelos abrigos aponta.

A criança e o adolescente abrigados tem um perfil característico, que traz na pobreza a principal causa de abrigamento. Porém, esse não pode ser o motivo exclusivo da institucionalização. Para a falta de condições financeiras familiar é que existem programas de transferências de renda ou de profissionalização, o que não é o escopo da pesquisa. A solução para problemas financeiros em uma família não pode vir a ser a retirada de seus filhos do lar.

O Conselho Tutelar, órgão cuja função é zelar pelos direitos infanto-juvenis, foi o órgão que mais encaminhou crianças e adolescentes aos abrigos nos últimos anos. Reside aqui um contrassenso, pois esse seria o órgão que deveria atuar no sentido de mantê-los em seus lares.

Nesse sentido, questões críticas foram apontadas como: a falta de capacitação e reconhecimento da própria função pelo conselheiro tutelar. Além da falta de engajamento da sociedade civil nesse aspecto.

Uma das funções do Conselho Tutelar é atuar juntamente com o Poder Executivo local no momento da elaboração das políticas públicas voltadas a criança e ao adolescente, formando assim uma arena fértil para a participação popular no controle e fiscalização.

Mas, não é essa a função mais exercida. O que foi possível notar é que a solução mais fácil: a institucionalização é bem mais exercida.

A atuação do Conselho Tutelar é permeada pela tomada de decisões acerca das políticas públicas que atingiram crianças e adolescentes e decisões que refletiram na efetivação ou não de seus direitos.

Aplicando a Teoria dos Sistemas: quando um conselheiro tutelar opta por um abrigamento pautado exclusivamente em problemas financeiros que determinada família esteja enfrentando, sem dúvida, esse órgão político decide, única e exclusivamente, pautado no código do sistema econômico (ter/não ter), o que viola os preceitos da Constituição Federal.

Agindo adequadamente, o conselheiro tutelar deverá dialogar com os códigos do sistema jurídico, analisando o que preceitua o Estatuto da Criança e do Adolescente e a Carta Magna. Também deverá se pautar no código inerente ao sistema “família” (amor/indiferença). E ao final decidir com base no código do sistema político (poder/não poder).

Nesse sentido, ao se analisar o encaminhamento de uma criança ao abrigo é preciso verificar se a lei assim permite, se a família o trata com indiferença, e havendo problemas financeiros como sana-lo. Por fim, decidir se pode ou não mantê-la na família.

A palavra de ordem é a convivência familiar e comunitária. O diálogo com todos esses sistemas que compõem a sociedade moderna

atenderá a pluralidade de demandas existentes, e a decisão jurídica se tronará efetiva e a decisão política será lícita.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVES, Fernando de Brito. **Constituição e participação popular: a construção histórico-discursiva do conteúdo jurídico-político da democracia como direito fundamental.** Curitiba: Juruá, 2013.

_____; GÖTTEMS, Claudinei J. **Educação para a Democracia.** Disponível em: http:www.publicadireito.com.br/artigos/?cod/fc528592c3858f90. Acesso em: 7 jul. 2014.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana.** 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

BECHMANN, Gotthard; STEHR, Nico. **Niklas Luhmann.** Tempo Social – Revista de Sociologia, USP, São Paulo, n. 13, p. 185-200, nov. 2001.

BECKER, Maria Josefina. In: CURY, Munir; AMARAL e SILVA, Antônio Fernando; MENDES, Emílio Garcia (org.), **Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado - comentários jurídicos e sociais.** 5ª edição, São Paulo: 2002.

BERNARDI, Renato. **Ensaios escolhidos de direito constitucional.** Brasília: Kiron, 2013.

_____; LAZARI, Rafael José Nadim de. A intervenção do Estado na vida da pessoa: Estudos sobre a proteção à criança e ao adolescente. Birigui. Boreal, 2012.

BOBBIO, Norberto. **O conceito de sociedade civil.** Rio de Janeiro: Graal, 1994.

_____. **Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito.** Barueri, SP: Manole, 2007.

_____. A era dos direitos. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

_____. Estado, governo, sociedade: por uma teoria geral da política. 7. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1999.

_____. O futuro da democracia. 7. ed. Sao Paulo: Paz e Terra, 2000.

BONAVIDES, Paulo. **A Constituição aberta.** Belo Horizonte: Del Rey, 1993.

_____**Os poderes desarmados: à margem da Ciência Política, do Direito Constitucional e da História: figuras do passado e do presente.** São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. Ciência política. São Paulo: Malheiros, 2001.

BOWLBY, J. (1995). **Cuidados maternos e saúde mental** (V. L. B. de Souza & I. Rizzini, Trads.). São Paulo, SP: Martins Fontes. (Original publicado em 1952).

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília, DF, Senado, 1998.

BRASIL. Estatuto (1990) Estatuto da Criança e do Adolescente. Brasília, DF, Senado, 1990.

BREGA FILHO, Vladimir. **Direitos fundamentais na Constituição de 1988: contéudo jurídico das expressões.** 1. ed. São Paulo: Ed. Juarez de Oliveira, 2002.

CADEMARTORI, Sérgio. **Estado de direito e legitimidade: uma abordagem garantista.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Estado de direito.** Lisboa: Gradiva, 1999.

_____. **Estudos sobre direitos fundamentais.** 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

_____. **Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas.** Coimbra: Coimbra Ed., 1994.

_____. **Direito Constitucional e teoria da Constituição. Coimbra:** Almedina, 1999.

_____. **Direito constitucional.** 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993.

CARVALHO NETTO, Menelick de. **Requisitos paradigmáticos da interpretação jurídica sob o paradigma do Estado democrático de direito.** Revista de Direito Comparado, Belo Horizonte, n. 3, p. 478, mai., 1999.

CATTONI, Marcelo. **Direito constitucional.** Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

CHAUÍ, Maria Helena. **Estado de natureza, contrato social, Estado Civil na filosofia de Hobbes, Locke e Rousseau.** Disponível

em:www.cefetsp.br/eso/filosofia/contratualistaschaui.html. Acesso em: 08 fev. 2014.

Eleições para conselhos tutelares de Curitiba acontecem neste domingo. **Site Central de Notícias dos Direitos da Infância e da Adolescência.** Disponível em: http://ciranda.org.br/eleicoes-para-conselhos-tutelares-de-curitiba-acontecem-neste-domingo/. Acesso em: 7 jul. 2014.

COSTA, Ilton Garcia da; FREITAS, Paulo Henrique de Souza Freitas (Orgs.). **Terceiro Setor, ONGS – questões críticas.** São Paulo: Verbatim, 2012.

COSTA, Nina Rosa do Amaral and ROSSETTI-FERREIRA, Maria Clotilde. **Acolhimento familiar: uma alternativa de proteção para crianças e adolescentes.** Psicol. Reflex. Crit. [online]. 2009.

CORAZZA, Sandra Mara. **História da infância sem fim.** Ijui/RS: Editora Unijui, 2000.

CUSTÓDIO, André Viana. **Teoria da Proteção Integral: Pressuposto para Compreensão do Direito da Criança e do Adolescente.** Disponível no site: http://online.unisc.br/seer/index.php /direito/article/viewFile/657/454. Acesso em: 17 mar. 2014.

DAL BOSCO, Maria Goretti. **Discricionariedade em Políticas Públicas: um olhar garantista da aplicação da lei de improbidade administrativa.** Curitiba: Juruá, 2008.

DEL PRIORI, Mary (org.). **HISTÓRIA das crianças no Brasil.** 2. ed. São Paulo: Contexto, 2000.

DIAS, Augusto Silva. **Delicta in se e delicta mere prohibita. Uma análise das descontinuidades do ilícito penal moderno à luz da reconstrução de uma distinção clássica.** Coimbra: Editora Coimbra, 2008.

FACHIN, Luiz Edson; RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. **Direitos fundamentais, dignidade da pessoa humana e o novo Código Civil: uma análise crítica.** In: COUTINHO, Adalcy Rachid, SARLET, Ingo Wolfgang [org.]. Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado. 2ª ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2006.

FACHINETTO. Neidemar José. **O direito à convivência familiar e comunitária – Contextualizando as políticas públicas (in) existentes.** Ed. Livraria do Advogado. Porto Alegre/RS. 2009.

FALEIROS, Eva Teresinha Silveira. **A criança e o adolescente. Objetos sem valor no Brasil Colônia e no Império.** In: A Arte de governar crianças: a

história das políticas sociais, da legislação e da assistência à infância no Brasil. RIZZINI, Irene; PILOTTI, Francisco. (org.). 3.ed. rev. São Paulo: Cortez, 2011.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Estado de direito e constituição.** 2. ed., rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 1999.

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

FOCAULT, Michel. **Vigiar e punir. A história das violências nas prisões.** Petrópolis. Vozes, 2005.

_____. **Vigiar e punir: nascimento da prisão.** 19. ed. Petrópolis: Vozes, 1999.

GARRIDO DE PAULA, Paulo Afonso. **Direito da criança e do adolescente e tutela jurisdicional diferenciada.** São Paulo: RT, 2002.

GUERRA FILHO, W. S**.. Teoria da Ciência Jurídica.** 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

GONÇALVES, Vania Mara Nascimento. **Estado, sociedade civil e princípio da subsidiariedade na era da globalização.** Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

GOHN, Maria da Glória. **Conselhos Gestores e Participação Sociopolítica.** Cortez Editora, São Paulo, 2001.

HOBBES, Thomas. **Leviatã: ou matéria, forma e poder de uma república eclesiástica e civil.** 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

KAMINSKI, André Karst. **O Conselho Tutelar como mecanismo para efetivação da proteção integral da criança e do adolescente.** Dissertação (Mestrado em Direito), Unisinos, São Leopoldo, 2005.

_____. **Conselho Tutelar: Dez anos de experiência na defesa dos direitos das crianças e dos adolescentes.** In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, II, n. 6, ago 2001. Disponível em: < http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5565

>. Acesso em 11 mar. 2014.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito.** 3. ed., São Paulo: Martins Fontes, 1991.

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

IPEA/DISOC. **O Direito à Convivência Familiar e Comunitária : os abrigos para crianças e adolescentes no Brasil.** Disponível em: http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=5481&catid=300&Itemid=1. Acesso em 28 ago. 2013.

LASSALLE, Ferdinand. **Que é uma constituição?**. Rio de Janeiro: Laemmert, 1969.

LIBERATI, Wilson Donizeti. **Adoção Internacional: Verdades e Mitos.** Cadernos de Direito da Criança e do Adolescente. Brasília: ABMP. 1995. vol. 1.

_____. **Adolescente e ato infracional – medida sócio-educativa é pena ?** São Paulo: Ed. Juarez de Oliveira, 2004.

_____. **O Estatuto da Criança e do Adolescente – comentários.** Brasília: IBPS,1991.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Famílias.** 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

LOCKE, John. **Dois tratados sobre o governo civil.** São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LUHMANN, Niklas. **Teoria politica en el Estado de bienestar.** Madrid: Alianza Editorial, 1997.

_____. Introdução à teoria dos sistemas. Petrópolis: Vozes, 2009.

MACHADO, Edinilson Donisete; HERRERA, Luiz Henrique Martim. **O Mínimo Existencial e a Reserva do Possível: Ponderação Hermenêutica Reveladora de um Substancialismo Mitigado.** Trabalho publicado nos Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI realizado em Fortaleza - CE nos dias 09, 10, 11 e 12 de Junho de 2010.

MACHIAVELLI, Niccolò; NAPOLEÃO I. **O príncipe: com as notas da Napoleão Bonaparte.** 3. ed., rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

_____. I. **O príncipe: com as notas da Napoleão Bonaparte.** 1513. Trecho retirado da obra " O Príncipe" de 1513 disponível em: http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/cv000052.pdf.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Ação civil pública como instrumento de controle judicial das chamadas políticas públicas.** Ação Civil Pública – 15 anos. São Paulo: Ed. RT, 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.

MARCÍLIO, M. Luiza. **A cidade de São Paulo, povoamento e população, 1750-1850.** São Paulo: Pioneira/Edusp, 1974.

MENDEZ, Emílio Garcia. **Legislação de "Menores" na América Latina: Uma doutrina em situação irregular.** In: SIMONETTI, Cecília; BLECHER, Margaret; MENDEZ, Emilio Garcia [org.]. Do Avesso ao Direito. São Paulo: Malheiros Editores, 1994.

MELLO, Marcelo Pereira de. **A perspectiva sistêmica na sociologia do direito: Luhmann e Teubner.** Tempo Social – Revista de Sociologia. USP. São Paulo, v. 18, n.1, p. 351-373, junho.2006.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat. **Do espírito das leis: texto integral.** São Paulo: Martin Claret, 2002-2006.

MORSE. Richard. **O Espelho de Prospero: culturas e ideias nas Américas.** São Paulo. Companhia das Letras. São Paulo. 1988.

NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil : o estado democrático de direito a partir e além de Luhmann e Habermas.** 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

NEVES, Rômulo Figueira. **Acoplamento estrutural, fechamento operacional e processos sobrecomunicativos na teoria dos sistemas sociais de Niklas Luhmann.** 2005. 149f. Dissertação (Mestrado em Sociologia). Universidade de São Paulo – USP. São Paulo. 2005.

PEREIRA, Tânia da Silva. **O cuidado como valor jurídico.** In: PEREIRA, Tânia da Silva e PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). A ética da convivência familiar e sua efetividade no cotidiano dos tribunais. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2006.

_____. **Direito da Criança e do Adolescente uma proposta interdisciplinar.** São Paulo: Renovar, 2008.

_____. **Famílias possíveis: novos paradigmas na convivência familiar.** In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). Afeto, ética, família e o novo Có-digo Civil - Anais do IV Congresso Brasileiro de Direito de Família. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

REALE, Giovanni; ANTISERI, Dario. **História da filosofia.** Vol. 2. 8º Edição. Editora Paulus. São Paulo. 2008.

REALE, Miguel. **O Estado democrático de direito e o conflito das ideologias.** 3. ed., rev. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. **O Estado Democrático de Direito e o Conflito das**

RIZZINI, Irene. **O século perdido: raízes históricas das políticas públicas para a infância no Brasil.** Rio de Janeiro: Universidade Santa Úrsula, 1997.

_____. (Coord.) et al. **Acolhendo crianças e adolescentes: experiências de promoção de direito à convivência familiar e comunitária no Brasil .** 2. ed. São Paulo: Cortez, 2006.

_____(Org.). **A arte de governar crianças: A história das políticas sociais, da legislação e da assistência à infância no Brasil.** 3. Ed. São Paulo. Cortez, 2011.

ROLLEMBERG, Francisco. **Comissão temporária "Código de Menores".** Senado Federal. Brasília, 1990.

ROSSETTI-FERREIRA Maria Clotilde; Nina Rosa do Amaral and ROSSETTI-FERREIRA, Maria Clotilde. **Acolhimento familiar: uma alternativa de proteção para crianças e adolescentes.** Psicol. Reflex. Crit. [online]. 2009, vol.22, n.1, pp. 111-118. ISSN 0102-7972. http://dx.doi.org/10.1590/S0102-79722009000100015.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O contrato social: princípios de direito político.** 20. ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 2003..

ROTHENBURG, Walter Claudius. **Democracia como Direito Fundamental.** Argumenta (Programa de Mestrado em Ciência Jurídica da UENP), Jacarezinho, nº 18, p. 251 – 260, 2013.

SALES, Mione Apolinário; MATOS, Maurílio Castro de; LEAL, Maria Cristina (Orgs.). **Política social, família e juventude: uma questão de direitos.** 6. ed. São Paulo: Cortez, 2010.

SALIBA, Maurício Gonçalves. **O olho do poder: análise crítica da proposta educativa do Estatuto da criança e do adolescente.** São Paulo: UNESP, 2006.

SANDEL, Michael. **Justiça: O que é fazer a coisa certa.** Rio de Janeiro. Civilização Brasileira, 10 Ed. 2013.

SANTIN, Valter Foleto. **Crime econômico no comércio de combustível adulterado.** São Paulo: Verbatim, 2012.

SANTOS, Boaventura Souza (org.). **Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa.** 2 Ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira. 2003.

SANTOS, Wanderley Guilherme dos. **Cidadania e Justiça – A Política Social na Ordem Brasileira.** 3.ª ed. Rio de Janeiro: Campus, 1994.

SARTORI, Giovanni. **Homo Videns.** Alianza Editorial, Madrid, 1995.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais.** 8ª Edição, Porto Alegre : Livraria do Advogado Ed., 2007,

Secretaria de Estado da Criança do Distrito Federal. DF adota modelo inédito de eleição de conselheiro. Ascom/Secriança. Disponível em: http://www.crianca.df.gov.br/noticias/item/2089-df-adota-modelo-realizar-eleicao- para-conselho-tutelar.html.

SÊDA, Edson. In CURY, Munir; AMARAL e SOUZA, Antônio Carlos; MENDES,Emílio Garcia. 1993.

SILVA, Enid Rocha Andrade da Silva. **O direito à convivência familiar e comunitária: os abrigos para crianças e adolescentes no Brasil,** Brasília, IPEA/Conanda, 2004.

SILVA, José Luiz Mônaco da. **Estatuto da Criança e do Adolescente: Comentários.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

SILVA, Roberto da. **Os filhos do governo: a formação da identidade criminosa em crianças órfãs e abandonadas.** São Paulo: Ática, 1997.

SIQUEIRA, Dirceu Pereira; SILVA, Nilson Tadeu Reis Campos (Org.). **Minorias e grupos vulneráveis: reflexões para uma tutela inclusiva.** Birigui, SP: Boreal, 2013.

_____; AMARAL, Sérgio Tibiriçá (Org.). **Sistema constitucional de garantias: e seus mecanismos de proteção.** Birigui, SP: Boreal, 2013.

SOUZA, Jadir Cirqueira de. **A efetividade dos direitos da criança e do adolescente.** São Paulo: Pillares, 2008.

SOUZA, Ismael Francisco de; SOUZA, Marli Palma. O conselho tutelar e a erradicação do trabalho infantil. Criciúma: Ed. UNESC, 2010.

TELLES, Tiago Santos; SUGUIRIHO, Vera Lúcia Tieko; BARROS, Maria Nilza Ferrari de. Serv. Soc. Soc., São Paulo, n. 105, p. 50-66, jan./mar. 2011.

TRINDADE, André. **Para entender Luhmann e o direito como sistema autopoiético.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

WEBER, Max. **Ciência e política: duas vocações.** São Paulo: Martin Claret, 2004.

_____. **Ensaios de sociologia.** 2. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 1971.

_____. **Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva.** Brasília. Unb. 1999.

VERONESE, Josiane Rose Petry, RODRIGUES, Walkíria Machado. **A figura da criança e do adolescente no contexto social: de vítimas a autores de ato infracional.** In: VERONESE, Josiane Rose Petry, SOUZA, Marli Palma, MIOTO, Regina Célia Tamaso (Orgs.). Infância e Adolescência, o conflito com a lei: algumas discussões. Florianópolis: Funjab, 2001,

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