Número 15 – setembro/outubro/novembro 2008 – Salvador – Bahia – Brasil - ISSN 1981-1888

NOVAS FORMAS DE PARTICIPAÇÃO SOCIAL NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: CONSELHOS GESTORES DE POLÍTICAS PÚBLICAS

Prof. Luciano Ferraz

Doutor e Mestre em Direito Administrativo pela UFMG, Professor Adjunto de Direito Administrativo da UFMG, Professor Adjunto de Direito Financeiro da PUC/MG (licenciado).

O DIREITO ADMINISTRATIVO É O DIREITO DA CIDADANIA.

A frase que acabo de lançar talvez possa pecar pelo reducionismo típico das frases de efeito, ou pela pretensão de colocar em cheque as clássicas lições, que desde Otto Mayer[1], conceituam-no, o Direito Administrativo, como direito centrado na Administração Pública e não no cidadão.

A perspectiva histórica trabalhada por dois expoentes das ciências sociais brasileiras, respectivamente, Caio Tácito e Jaime Pinsky, possibilitam-me almejar o sustento da assertiva.

O jurista Caio Tácito, como faz a doutrina dominante, em seu repertório Temas de Direito Público: estudos e pareceres, 3 Vol.[2], dedica páginas a afirmar que o direito administrativo como disciplina autônoma é fruto da instauração do liberalismo político que passa a subordinar a ação do Estado à afirmação de direito e liberdades individuais, pois *"na medida em que o poder absoluto sujeita-se ao império da lei, a conseqüente limitação dos poderes administrativos permite conceber o controle de legalidade sobre a autoridade do Estado em benefício do administrado."*

[1] MAYER, Otto. *Derecho Administrativo Alemán, Buenos Aires*, Depalma, 1949, Tomo I.
[2] TÁCITO, Caio. *Temas de Direito Público, Estudos e Pareceres*, Rio de Janeiro, Renovar, 3. V., 2002.

O historiador Jaime Pinsky, organizador da coletânea História da Cidadania[3], por sua vez, assevera que a cidadania instaura-se a partir dos processos de luta que culminaram na Declaração dos Direitos Humanos, dos Estados Unidos da América do Norte, e na Revolução Francesa, eventos que romperam o princípio da legitimidade que vigia até então, baseado nos deveres dos súditos, e passaram a estruturá-lo a partir dos direitos dos cidadãos.[4]

Como se vê, coincidem a opinião de ambos os autores não só no que toca à certidão de nascimento do Direito Administrativo e do conceito de cidadania, como na própria noção que os sustém, a da imposição de limites ao exercício do poder do Estado, como forma de garantia de direitos – e não só deveres – dos cidadãos.

> *"O fato de habitar uma cidade (de ser citadino) não basta mais ao homem. Os novos tempos exigem que este passe a ter também direitos nessa mesma cidade e não mais somente deveres. A obscuridade de uma Era de Deveres abre espaço para uma promissora Era dos Direitos."*[5]

Dessa forma, pode-se afirmar que, na base do Estado liberal, a infância do Direito Administrativo, ser cidadão significava ter, perante a lei, direito à vida, à liberdade, à propriedade, à igualdade. Em resumo, ter direitos civis (direitos de primeira geração).[6]

Contudo, essa liberdade perante a lei – corolário do princípio da legalidade sobre o qual se edificou o Direito Administrativo novecentista –, estava longe de se afirmar como instrumento efetivo de garantia da cidadania imaginada pelos teóricos iluministas. É que o poder político dos liberais instaurou-se como prerrogativa associada à posse de bens materiais, não restando aos destituídos (às mulheres da mesma forma) direito de se fazer representar em um dos três poderes: *"a cidadania liberal foi, pois, uma cidadania excludente, diferenciadora de cidadãos ativos e cidadãos passivos, cidadãos com posses e cidadãos sem posses."*[7]

Esta cidadania mitigada e sectária, a despeito de formulações teóricas (v.g., socialismo utópico e científico) e práticas (v.g., comuna de Paris, cooperativismo de Robert Owen), atravessa quase intacta o Século XIX, até que a seu cabo o caos das relações sociais-trabalhistas e econômicas e a crescente ameaça ao modo de produção capitalista, determinam mudanças

---

[3] PINSKY, Jaime. PINSKY, Carla Bassanezi (Org.). *História da Cidadania*, São Paulo, Contexto, 2003.
[4] *Idem. Ibidem*. p. 10.
[5] MONDANI, Marco. O Respeito aos Direitos dos Indivíduos. *In*: PINSKY (Org.). *Op. Cit.* p. 116.
[6] BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, 6. ed., São Paulo: Malheiros, 1999, 514-530.
[7] MONDANI. O Respeito... cit. *In:* PINSKY (Org.). *Op. cit.* p. 131

nas relações entre o Estado e a sociedade: *"quando a evidente desigualdade entre pessoas fez realçar a inoperância de garantias individuais de direitos, uma segunda geração de direitos humanos consolidou o sistema de direitos econômicos e sociais, notadamente no âmbito das relações de trabalho, visando à proteção dos mais fracos [...]: ao Estado prestador de serviços cumpre intervir para eliminar conflitos na sociedade e suprir necessidades coletivas até o limite da socialização."*[8]

Neste momento, o campo de incidência do Direito Administrativo se alastra aos domínios econômico e social, mas o instrumento de suas atenções continua a ser o princípio da legalidade, afinal são instrumentos legislativos – a exemplo das leis securitárias de Bismarck –, que garantem pautas mínimas de direitos sociais. Ser cidadão significa, a esta altura, além de participar do processo eleitoral, ter direito à educação, ao trabalho, ao salário justo, à saúde, a uma velhice sossegada.

Três guerras – duas quentes e uma fria – tornaram a ensejar modificações estruturais nos Estados capitalistas e então as atenções do Direito Administrativo voltaram-se não só aos cidadãos isoladamente considerados, seus direitos civis e sociais, como também aos direitos inerentes ao corpo dos citadinos. Revelam-se direitos difusos: o consumidor, como o carente, torna-se sujeito de direito e destinatário de serviços públicos assistenciais e a proteção ao meio ambiente é missão do Estado.[9]

As crises financeiras que abalaram a conformação desse Estado de bem-estar social determinaram mudanças no seu perfil orgânico e funcional, mas não puderam retirar da sociedade, do corpo dos cidadãos, a idéia de conscientizar-se, cada vez mais,, do seu papel de protagonista na formulação e no controle dos próprios destinos. Anuncia-se uma quarta geração de direitos, a que Paulo Bonavides intitula direitos genuínos da democracia participativa.[10]

O Direito Administrativo neste passo encontra-se permeado pela noção de vinculação ao Direito, em substituição à vinculação à lei, conforme diretriz das modernas Cartas principiológicas. Tais documentos elevam à sede de princípio jurídico o valor democrático, como decorrência mesmo de um novo modelo de Estado, o Estado Democrático de Direito: a democracia deixa de ser apenas garantida pela perspectiva tradicional, a representativa, para coroar-se também como democracia direta.

Daí que o Direito Administrativo Contemporâneo tende ao abandono da vertente autoritária para valorizar a participação de seus destinatários finais quanto à formação da conduta administrativa. O Direito Administrativo de mão única – monológico – caminha para modelos de colaboração: gestão associada, democrática e participativa.[11]

---

[8] TÁCITO. *Op. cit.* p. 18.
[9] TÁCITO. *Op. cit.* p. 10.
[10] BONAVIDES. *Op. cit*. p. 514-530.
[11] TÁCITO. *Op. cit*. p. 11.

No Brasil, a Constituição cidadã de 1988 deixou aberto o caminho para a participação democrática (v.g., art. 14, art. 29, XIII, art. 74, par. 2, art. 192, VII, art. 198, III, art. 204, II, art. 206, VI, art. 216, par. 1, art. 227, par. 1 – e a EC 19/98 incluiu o art. 37, par. 3), e a legislação infraconstitucional posterior seguiu a tendência ao regulamentar antigas e novas formas de participação direta da sociedade no exercício da atividade de administração pública (v.g. Lei 8.078/90, Lei 8.666/93, Lei 8.987/95, Lei 9.074/95, Lei 9.427/96, Lei 9.478/97, Lei 9.784/99, Lei Complementar 101/00, Lei 10.257/01, Lei 10.233/01): audiências e consultas públicas, cooperação de entidades representativas da sociedade civil em diversas áreas, participação e cooperação dos usuários na prestação de serviços públicos, orçamento participativo, ouvidorias gerais, gestão paritária de serviços e políticas públicas.

Em suma, o ordenamento jurídico brasileiro consagra uma pletora de instrumentos que preconizam a participação de diversos segmentos da sociedade no processo decisório e no controle social, tudo na busca da legitimidade no exercício do poder, em face da descrença generalizada nos meios de exercício da democracia representativa.

Os Conselhos Gestores de Políticas Públicas, objeto deste ensaio, inserem-se nesse contexto.

A idéia dos conselhos tem origens históricas na participação do Terceiro Estado na convocação dos Estados Gerais na primeira fase da revolução francesa (1789), nos conselhos instituídos pela Comuna de Paris (1871), nos *soviets* de Petrogrado (1905) e da Revolução Russa (1917), nos conselhos de fábrica italianos (Turim) e nas comissões operárias espanholas (*comissiones obreras*).[12]

No Brasil, aponta-se o germe dos conselhos nas Caixas de Assistência de Pensões instituídas nas primeiras décadas do século XX, nos conselhos comunitários da décadas de 60 e 70, e, ainda, nos "conselhos de notáveis", que atuavam em colaboração com as instâncias governamentais.[13]

Contudo, o atual modelo dos conselhos gestores foi resultado das pressões realizadas junto à Assembléia Nacional Constituinte, que culminaram na consagração pela Constituição de 1988 de órgãos colegiados com participação de representantes do Governo e da sociedade em setores sensíveis da ação governamental, tais como: saúde (art. 198, III), previdência social (art. 202, § 6º), assistência social (art. 204, II), educação (art. 206, VI), criança e adolescente (art. 227, § 1º).

---

[12] Cf. GOHN. Maria da Glória. Os Conselhos de Educação e a Reforma do Estado. *In*: CARVALHO, Maria do Carmo. TEIXEIRA, Ana Cláudia (Org.) *Conselhos Gestores de Políticas Públicas*, São Paulo, Pólis, 2000. Ver, ainda, na mesma obra TEIXEIRA, Elenaldo Celso. Conselhos de Políticas Públicas: efetivamente uma institucionalidade participativa?.

[13] *Idem. Ibidem*. Ver, ainda, na mesma obra RACHELIS, Raquel. Sistematização: Os Conselhos de Gestão no contexto internacional.

Existem outros conselhos, que não são propriamente gestores de políticas públicas, mas conselhos gestores de programas governamentais (v.g. crédito, merenda escolar), e conselhos temáticos (v.g., direitos humanos, violência, mulher, negro).[14]

Na área da saúde, as Leis 8.080/90 e 8.142/90 criaram o Conselho Nacional de Saúde e a Conferência de Saúde, o primeiro composto por representantes do governo, prestadores de serviço, profissionais de saúde e usuários, determinando, ainda, a criação de órgãos congêneres pelos Estados, DF e Municípios.

A Lei 8.742/93 criou o Conselho Nacional de Assistência Social, composto por representantes do governo e da sociedade civil, representantes dos usuários ou de entidades representativas deles, das entidades e organizações de assistência social e dos trabalhadores do setor.

No setor educacional, as Leis 9.394/96 (LBD) e 9.424/96 instituíram o Conselho Nacional de Educação, com funções normativa e de supervisão, composto, a despeito de a lei não determinar, com a participação efetiva de diversas representações (grupos parlamentares, setores do governo, assembléias regionais, associação de estudantes, universidades, sindicatos). Articulam-se com o Conselho Nacional, os Conselhos Estaduais e Municipais de Educação.

As Lei 8.069/90 e 8.242/91 previram a instituição dos Conselhos Nacional e Estaduais da Criança e do Adolescente, e, ainda, a Criação de Conselhos tutelares nos municípios. Da mesma forma, tais conselhos contam com a participação de extratos da sociedade e encerram a idéia de gestão democrática de políticas públicas.

Segundo dados previstos em estudo realizado pelo instituto Pólis (1999), somente na área de saúde, estima-se que existam no Brasil cerca de 4.000 Conselhos Municipais de Saúde, dos quais 3.000 funcionam com alguma regularidade. Dos Conselhos Estaduais, 27% funcionam regularmente, assim como o Conselho Nacional de Saúde.[15]

De maneira geral – existem variações orgânicas e funcionais entre os Conselhos – afirma-se que eles são

> *"espaços de co-gestão entre o Estado e a sociedade que vêm se contrapor a uma tradição autoritária e excludente que caracterizava os espaços de decisão política no Brasil [...]. São formas inovadoras de gestão pública que permitem o exercício da cidadania ativa,*

[14] TEIXEIRA. Conselhos... cit. *In*: TEIXEIRA (Org.), *Op. cit*. p. 101-2.
[15] Cf. SANTOS, Nelson Rodrigues dos. Implantação e Funcionamento dos Conselhos de Saúde no Brasil. *In*: CARVALHO, Maria do Carmo. TEIXEIRA, Ana Cláudia (Org.) *Conselhos Gestores de Políticas Públicas*, São Paulo, Pólis, 2000.

incorporando as forças vivas de uma comunidade à gestão de seus problemas e à implantação de políticas públicas que possam solucioná-las."[16]

Em síntese, afiguram-se – os conselhos – instrumentos de desconcetração e participação, integrantes do aparato estatal, sem personalidade jurídica, ou seja, são órgãos públicos, criados por lei, com estrutura *sui generis*, haja vista sua composição híbrida (representantes do governo e da sociedade).

Os conselhos, do ponto de vista formal, caracterizam-se pelo pluralismo das categorias integrantes, pela paridade Estado/sociedade na representação, pela função de controle social que desempenham, pelo caráter deliberativo.[17]

Tais características deveriam garantir aos Conselhos uma efetiva participação no processo decisório acerca da formulação e implementação das políticas públicas nas áreas afins.

Todavia, nem tudo são flores na questão dos Conselhos Gestores de Políticas Públicas.

a) A maioria dos Conselhos Estaduais e Municipais foi criada única e exclusivamente para atender à determinação da legislação federal, em ordem a evitar a suspensão do repasse de verbas advindas dos cofres da União.

b) Os Conselhos não possuem autonomia, sobretudo financeira, e dependem das benesses do poder público (de tradição autoritária) para que possam minimamente exercer suas funções.

c) Os Conselheiros representantes da sociedade civil, na maioria das vezes, não possuem conhecimentos básicos sobre administração pública e orçamento, tendendo a seguir as orientações dos representantes governamentais.

d) Enfim, o caráter deliberativo dos Conselhos é simplesmente um adorno no processo decisório das políticas públicas, sem caráter vinculativo, para a implantação e a execução de tais políticas a cargo das mais altas instâncias governamentais.

No ponto atinente à inexistência de vinculação das deliberações dos Conselhos, penso residir o aspecto jurídico principal. É que no atual estágio de evolução do Direito Administrativo – o direito administrativo participativo – não se me afigura possível que decisões de instâncias

[16] TEIXEIRA (Org.). *Op. cit*. p. 8.
[17] Cf. SANTOS. Implantação..., cit. *In*: TEIXEIRA (Org.), *Op. cit*. p. 15 *et seq*.

interlocutoras da sociedade possam simplesmente ser ignoradas no processo decisório. Não há, no particular, discricionariedade plena.

Com efeito, da deliberação do Conselho há de extrair vinculação pelo menos no que se refere à substância da política pública ou das medidas executórias deliberadas. Paulo Modesto vislumbra na decisão do Conselho vinculação cognitiva, vale dizer: respeitante à formação do juízo acerca das diretrizes da política pública traçada pelo Conselho, atendendo em última análise ao seu aspecto teleológico.

Penso que as decisões do Conselho assumem, de fato, esta característica, o que determina que a autoridade competente se quiser adotar orientação diversa da definida pelo órgão deverá fazê-lo de maneira tecnicamente motivada. Trata-se de noção parelha à de quase-vinculação, que desenvolvi a propósito do julgamento das contas dos Chefes do Executivo, que se devem preceder de parecer prévio das Cortes de Contas.[18]

Vale dizer que se a decisão da autoridade alinha-se ao que deliberou o Conselho ela – a decisão – nasce automaticamente motivada. Do contrário, se intenta a autoridade afastar–se da deliberação do Conselho deverá demonstrar as razões de ordem técnica, operacional e política que subsidiam sua decisão, sob pena de nulidade do ato.

Julgo ainda ser necessário que os Conselhos trabalhem conjuntamente com os órgãos de controle interno e externo e o Ministério Público, que poderão servir de parceiros ao desiderato de efetivar o controle social a seu cargo.

Ressalto, também, que a eficácia no funcionamento dos Conselhos passa pelo desenvolvimento de uma cultura de participação, que somente se constrói sob os auspícios de um Estado efetivamente democrático.

Para finalizar, trago à reflexão trecho do conto “O nascimento de um cidadão”,[19] do escritor gaúcho Moacyr Scliar, que retrata a agonia da grande maioria do povo brasileiro que não raro almeja apenas trabalhar licitamente para ser reconhecido como cidadão.

> *“Para renascer, e às vezes para nascer, é preciso morrer, e ele começou morrendo.*
>
> *[Era] sexta-feira. O patrão chamou-o e disse [...], que ele estava despedido...*

[18] Cf. FERRAZ, Luciano. Due Process of Law e parecer prévio da Cortes de Contas, *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, CAJ, ano I, n.º 9, dezembro de 2001. Disponível em:. http://www.direitopublico.com.br.

[19] SCLIAR, Mozart. O nascimento de um cidadão. *In*: PINSKY. *Op. cit*. p. 585-588.

Passou no departamento de pessoal, assinou os papéis [...], recebeu seu derradeiro pagamento e, de repente, estava na rua.

Como poderia chegar em casa e contar à mulher que estava desempregado? [...]

Para criar coragem, entrou num bar, pediu um martelo de cachaça, depois outro e mais outro.

.... tomou o ônibus para o humilde bairro em que morava.

A reação da mulher foi pior do que ele esperava...

Ele tentou encorajá-la, disse que de imediato procuraria emprego [...]

... Passou o fim de semana embriagado.

Quando, na segunda-feira, saiu de casa para procurar trabalho, sentia-se de antemão derrotado.

[a semana se passou]

Na sexta à noite ... não voltaria para casa. Não tinha como fazê-lo.

Ficou no bar até que o dono o expulsou, e depois saiu a caminhar, cambaleante.

Na rua havia muitos como ele ... Perguntou se podia ficar com eles. Ninguém lhe respondeu ...

... clareou o dia e quando isso aconteceu, ele sentiu um inexplicável alívio: era como se tivesse ultrapassado uma barreira...

Como se tivesse morrido...

Mas também nada o empurrava para a morte ... num certo sentido, era um morto-vivo. Não tinha passado, não tinha futuro.

... E aí começou a esquecer coisas a respeito de si próprio ... o próprio nome ... havia muito tempo, ninguém lhe chamava pelo nome.

Mesmo assim foi com certa inquietação que pela primeira vez se perguntou: como é mesmo o meu nome?

... aquilo mexeu com ele. Pela primeira vez em muito tempo ... Resolveu tomar um banho.

Conhecia um lugar, um abrigo mantido por uma ordem religiosa. Foi recebido por um silencioso padre, que lhe deu uma toalha, um pedaço de sabão e o conduziu até o chuveiro.

Fez a barba também. E um empregado lhe cortou o cabelo...

Foi buscar as roupas...

- Joguei-as fora – disse o padre. Fediam demais.

- Tome, é roupa decente.

Ele entrou no vestiário. O pacote continha cuecas, camisa, uma calça, meias, sapatos. Tudo usado, mas em bom estado. Limpo.

Ele vestiu-se, olhou no espelho. E ficou encantado: não reconhecia o homem que via ali. Ao sair, o padre ... interpelou-o:

- Como é mesmo o seu nome?

Ele não teve a coragem de confessar que esquecera como se chamava.

- José da Silva.

Ele saiu. E sentia-se outro ... como que embriagado. Mas embriagado pelo céu, pela luz do sol, pelas árvores, pela multidão, que enchia as ruas. Tão arrebatado estava que, ao atravessar a rua, não viu o ônibus. O choque, tremendo, jogou-o à distância. Ali ficou ... curiosamente não sentia dor; ao contrário, sentia-se leve...

Alguém se inclinou sobre ele, um policial. Que lhe perguntou:

- Como é que está, cidadão? Dá para agüentar cidadão?

Isso ele não sabia. Nem tinha importância. Agora sabia quem era. Era um cidadão. Não tinha nome, mas tinha título: cidadão. Ser cidadão era pra ele, o começo de tudo. Ou o fim de tudo. Seus olhos se fecharam. Mas seu rosto se abriu num sorriso. O último sorriso do desconhecido. O primeiro sorriso do cidadão."

Salvador, setembro de 2004.

Referência Bibliográfica deste Trabalho:

Conforme a NBR 6023:2002, da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), este texto científico em periódico eletrônico deve ser citado da seguinte forma:

FERRAZ, Luciano. NOVAS FORMAS DE PARTICIPAÇÃO SOCIAL NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: CONSELHOS GESTORES DE POLÍTICAS PÚBLICAS. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 15, setembro/outubro/novembro, 2008. Disponível na Internet: <http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp>. Acesso em: xx de xxxxxx de xxxx

Observações:

1) Substituir "x" na referência bibliográfica por dados da data de efetivo acesso ao texto.

2) A RERE - Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado - possui registro de Número Internacional Normalizado para Publicações Seriadas (*International Standard Serial Numbe*r), indicador necessário para referência dos artigos em algumas bases de dados acadêmicas: ISSN 1981-1888

3) Envie artigos, ensaios e contribuição para a Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado, acompanhados de foto digital, para o e-mail: rere@direitodoestado.com.br

4) A RERE divulga exclusivamente trabalhos de professores de direito público, economistas e administradores. Os textos podem ser inéditos ou já publicados, de qualquer extensão, mas devem ser encaminhados em formato word, fonte arial, corpo 12, espaçamento simples, com indicação na abertura do título do trabalho da qualificação do autor, constando ainda na qualificação a instituição universitária a que se vincula o autor.

5) Assine gratuitamente notificações das novas edições da RERE – Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado por e-mail: http://www.feedburner.com/fb/a/emailverifySubmit?feedId=873323

6) Assine o feed da RERE – Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado através do link: http://feeds.feedburner.com/DireitoDoEstado-RevistaEletronicaDaReformaDoEstado

Publicação Impressa:

Revista Brasileira de Direito Público – RBDP. Ano 1, n. 07, out./dez. 2004. Belo Horizonte: Fórum, 2003. Trimestral. ISSN: 1678-7072. 1 – Direito Público – I. Fórum. CDD: 342. CDU: 34.

Texto base da palestra proferida no XVIII Congresso Brasileiro de Direito Administrativo, realizado em Salvador de 15 a 17 de setembro de 2004