

AS DECISÕES DOS CONSELHOS SOCIAIS GESTORES COMO PARÂMETRO PARA A DECISÃO JUDICIAL SOBRE POLÍTICA PÚBLICA.

Melissa Barbosa Tabosa do Egito¹

1 INTRODUÇÃO

As normas definidoras de direitos sociais são articuladas por meio de políticas públicas, que são o conjunto de programas e metas criados e executados pela Administração, no intuito de materializar o contido nas normas constitucionais e legais. Em razão disso, diante da omissão do legislador ou do administrador em implementar essas políticas, tem sido frequente a submissão ao Poder Judiciário de demandas afetas à sua formulação e execução.

Ao deixar claro seu caráter promovedor de direitos fundamentais, a Constituição consagrou, dentre outros, um importante mecanismo de exercício da democracia por parte da sociedade, e de controle sobre os Poderes constituídos: a participação popular a ser desempenhada por meio dos conselhos sociais.

Os conselhos sociais gestores ou deliberativos são organizações formadas por membros da sociedade civil e do governo, com a finalidade de, após ampla discussão, deliberar sobre a elaboração do orçamento e das políticas públicas prioritárias em cada área.

Seus membros são atores da democracia – movimentos sociais, associações, entidades profissionais, além do próprio Estado – e, como tais, detêm legitimidade para decidir acerca dos rumos das políticas públicas a serem elaboradas em suas respectivas áreas de atuação.

Eles têm o importante papel de mediador da relação sociedade/Estado e são instrumentos de expressão, representação e participação da população.

Por este motivo, quando da apreciação da decisão acerca da demanda que lhe for posta, o julgador deverá obedecer a ordem constitucional vigente, a qual consagra, em diversos dispositivos, o papel da participação popular na elaboração, implementação e fiscalização de políticas públicas afetas à saúde, à educação, à assistência social, às políticas da infância e juventude, dentre outras áreas. Portanto, tais deliberações devem ser especialmente valoradas quando da determinação ao Poder Público que elabore ou execute determinada política pública.

¹ Melissa Barbosa Tabosa do Egito, 7ª Promotora de Justiça de Parnamirim. Especialista em Direitos Difusos e Coletivos pela FESMPRN. Especialista em Direito da Criança e do Adolescente pela Escola de Governo da UFRN. Mestranda em Direito das Relações Sociais pela PUCSP. Email:melissaegito@rn.gov.br.

Nessa perspectiva, o objetivo deste artigo é investigar, diante da existência de interesse difuso à implementação de programas de ações ou políticas públicas, a legitimidade dos conselhos sociais para escolher as prioridades para a sociedade e se há, como consequência, a necessidade de o Judiciário levar em conta suas deliberações.

2 A PARTICIPAÇÃO POPULAR NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL/88 OS CONSELHOS SOCIAIS GESTORES

O texto constitucional de 1988 previu a convivência harmônica e complementar dos instrumentos da democracia representativa e da democracia participativa. Assim, a participação popular não somente é uma forma de controle sobre o Estado, mas principalmente valorada como um importante instrumento nos processos de decisão das políticas sociais e de sua implementação.

Gilson Carvalho, tratando da participação em matéria de saúde, prefere falar em *participação da* comunidade ao invés de controle social aponta os seguintes fundamentos para essa participação:

- a) Todo poder emana do povo (CF, 1, § único); b) Participação do trabalhador, do empregador (CF, 10); c) Participação do usuário na administração pública (CF, 37); d) Participação dos trabalhadores, empregadores, aposentados na gestão da seguridade (CF, 194); e) Participação da comunidade (CF, 198); f) Participação popular (LC 101,2000, art. 48, § único); f) Participação da comunidade na gestão (Lei nº 8.142/90).

Além disso, a Constituição ainda prevê que deve ser assegurada a participação dos trabalhadores e empregadores nos órgãos colegiados dos órgãos públicos para a defesa de interesses profissionais ou previdenciários (art. 10); colaboração de associações representativas da coletividade no planejamento municipal (art. 29, XII, CF); a colocação das contas dos municípios à disposição dos cidadãos (art. 31, § 3º); a participação dos usuários dos serviços públicos na administração direta e indireta (art. 37, § 3º); realização de audiências públicas pelo Legislativo com entidades da sociedade civil (art. 58, § 2º, II); a obrigação de o gestor dar informações e de ouvir o cidadão (art. 74, § 2º e 75); a obrigação de o gestor assegurar aos conselheiros a oportunidade de formulação de estratégias, acompanhamento e fiscalização dos fundos de saúde (art. 77, § 3º, ADCT) e do orçamento; a colaboração da sociedade para a defesa do patrimônio cultural brasileiro (art. 216, § 1º), do meio ambiente (art. 225); participação popular na formulação de políticas de assistência social (art. 204) e em defesa da criança e do adolescente (art. 227, § 7º).

Atualmente, a democracia participativa é exercida, dentre outros instrumentos, por conselhos organizados, com poder de discussão e decisão, aptos a deliberar sobre políticas públicas, fiscalizar sua execução e prestações de contas.

Os conselhos sociais gestores de políticas públicas ou conselhos setoriais são espaços públicos, nos quais os cidadãos exercem a democracia de forma não representativa, visando à discussão, decisão sobre elaboração, execução de políticas públicas, ações e programas governamentais.

Caracterizam-se pela distribuição de poder, que deixa de se concentrar na pessoa do gestor público, para garantir, ao lado deste, a participação das entidades envolvidas na execução políticas sociais e pessoas afetadas por estas políticas públicas: usuários de serviços públicos e beneficiários de programas.

Ao reconhecer a participação da sociedade como um dos elementos-chave na organização das políticas públicas, o constituinte agiu de modo a garantir os instrumentos para a efetivação dos direitos sociais e conferir maior legitimidade a quem escolhe as políticas públicas para a efetivação de tais direitos. Muitos autores apontam esse tratamento privilegiado à participação popular como uma das importantes inovações institucionais ocorridas no Brasil².

Para SILVA (2005, p. 275), três enunciados sintetizam os sentidos que a participação social passa a tomar:

- a) a participação social promove transparência na deliberação e visibilidade das ações, democratizando o sistema decisório;
- b) a participação social permite maior expressão e visibilidade das demandas sociais, provocando um avanço na promoção da igualdade da equidade das políticas públicas; e
- c) a sociedade, por meio de inúmeros movimentos e formas de associativismo, permeia as ações estatais na defesa e alargamento de direitos, demanda ações e é capaz de executá-las no interesse público.

No Brasil, os conselhos têm origem em experiências de caráter informal sustentadas por movimentos sociais, no formato de conselho popular ou ainda como estratégias de luta operária, apresentando-se como alternativa aos sindicatos oficiais, quando omissos e inertes TEIXEIRA (2000, p. 100).

Além da Carta Magna, a legislação constitucional também consagra a participação popular em nosso país. A Lei 8.142 trouxe todos os dispositivos relativos à participação popular na área da saúde, especificando a obrigatoriedade da criação de conselhos, bem como de realização de conferências municipais, estaduais e federais. Além desses, há previsão do conselho de assistência social (Lei Federal 8.742/93); conselho do idoso (Lei 8.842/94);

² A respeito, veja-se SILVA, Frederico Barbosa *et alli*. *Políticas Sociais do Brasil: Participação Social, Conselhos e Parcerias*. In: JACCOUD, Luciana. *Questão Social e Políticas Sociais no Brasil Contemporâneo*. Brasília: IPEA, 2005, p. 373-407.

conselho dos direitos da criança e do adolescente (Lei 8.069/90); conselhos de educação (Lei 9.394/96); prevê, dentre os princípios do ensino público, o da gestão democrática, que se operacionaliza mediante a participação dos profissionais da educação na elaboração do projeto pedagógico da escola e, a participação das comunidades escolar e local, em conselhos escolares ou equivalentes (art. 14). Esses conselhos têm, segundo suas respectivas leis, capacidade de deliberar, aprovar programas, ser consultado sobre o orçamento, dentre outras decisões sobre as políticas setoriais específicas. Na composição dos conselhos, deve ser observada a paridade entre os conselheiros, ou seja, existir quantidade idêntica de membros representantes do Poder Público e da sociedade civil.

O conselho deve concentrar-se em sua agenda e deliberar as prioridades consoante definidas na conferência nacional, estadual ou municipal, levando em conta as necessidades e peculiaridades da população da área a que está adstrito.

Além disso, é importante que o conselheiro se reporte com frequência à entidade que representa, mantendo constante intercâmbio entre as ações do conselho e seus representados. É exatamente dessa estreita vinculação do representante à sua entidade e desta, à população que decorre a legitimidade dos conselheiros.

As decisões devem ser tomadas por consenso. TEIXEIRA (2005, p. 104), aduz que essa nova institucionalidade dos conselhos incorpora novos agentes ao processo político e “modifica a natureza dos filtros pelos quais o sistema tradicional processa as demandas da população”, passando, desta feita, por processos de negociação e de explicitação de interesses. Nesse processo, ocorre o fortalecimento da democracia. Se o conselheiro for vencido, deve emitir seu voto em separado, expressando sua discordância, para que conste na ata da reunião (BORGES, 2007, p. 9).

É importante registrar que a ampla e pública discussão, movida pelo interesse público, é fator que confere legitimidade às deliberações dos conselhos.

A despeito da previsão constitucional e legal, os colegiados enfrentam dificuldades expressivas. Comumente, verifica-se, especialmente nos municípios de menor porte, devido à falta de informação e de politização da comunidade, a total ausência de funcionamento dos conselhos sociais, seja para fiscalizar as contas públicas, seja para deliberar acerca das políticas públicas prioritárias para o Município.

É comum a existência de conselhos, cujo funcionamento é mascarado, com membros que sequer sabem que o são, ou que têm papel apenas cartorial, de assinar as atas das reuniões as quais jamais existiram, tudo sob a coordenação do gestor público.

A representatividade também sofre interferência do gestor público, que, por vezes, escolhe ou conduz a escolha dos representantes da sociedade civil organizada.

Além disso, a despeito do caráter deliberativo de suas decisões, assegurados pela lei que o criou, é frequente o posicionamento de gestores públicos que defendem o caráter

apenas consultivo dos conselhos, restringindo sua atuação ao campo da opinião e aconselhamento.

Embora trate especificamente dos conselhos de saúde, CARVALHO (2007, p. 56/57) aponta, dentre as principais dificuldades, várias que podem ser estendidas a todos os conselhos gestores tais como: confusão do papel da participação da comunidade enfocando apenas o controle e perdendo de vista a ação propositiva; errônea representação de vários segmentos; conselheiros do segmento de usuários e profissionais que são escolhidos pelo gestor, prefeitos e secretários; falta de qualificação técnica de conselheiros, qualquer que seja o segmento; ausência de prestação de contas trimestral, seja ao conselho ou ao legislativo; negativa de homologação das deliberações do conselho; posição corporativa de membros do conselho.

Para uma efetiva implementação da participação popular nos moldes que o constituinte desejou, faz-se necessário que seja garantida a representatividade dos diferentes segmentos sociais; que se garanta a paridade entre os membros da sociedade civil e do governo; o acesso às informações da gestão. Além disso, a capacitação deve ser permanente, não apenas dos membros, mas também das lideranças comunitárias, que são conselheiros em potencial. A capacitação não deve se limitar ao papel do conselheiro, mas deve abranger a matéria orçamentária, a gestão de políticas públicas e sua operacionalização. Somente ciente de suas possibilidades e da forma como exercer sua intervenção, os conselheiros exercerão suas funções de forma qualificada.

GOHN (2001, p. 95) salienta a necessidade de se discutir alguns elementos para suprir as lacunas hoje existentes no controle social: a criação de mecanismos que garantam o cumprimento de seu planejamento; instrumentos de responsabilização dos conselheiros por suas resoluções; estabelecimento claro dos limites e das responsabilidades decisórias às ações dos conselhos; ampla discussão sobre restrições orçamentárias; necessidade de ações coordenadas entre os diversos conselhos, que competem por verbas e espaços políticos.

Os conselhos gestores têm grande potencial para transformar politicamente uma sociedade e, se efetivamente representativos, poderão realmente traduzir o que a sociedade deseja para si, dado o processo de formação das políticas e de tomadas de decisões.

3 A LEGITIMIDADE DAS DECISÕES DOS CONSELHOS GESTORES E SUA UTILIZAÇÃO COMO PARÂMETROS PARA A ANÁLISE DO CONTROLE DAS POLÍTICAS PÚBLICAS PELO JULGADOR

A despeito das dificuldades já enumeradas à efetiva implementação e funcionamento dos conselhos gestores, o exercício da democracia no âmbito desse colegiado revela-se de suma importância para a democratização do poder em dois âmbitos: Estado e Sociedade. Explica-se: com o exercício do controle anterior (elaboração) e, concomitante, (execução) das

políticas públicas pela comunidade, o Estado amplia a esfera de decisões e confere maior transparência às informações e prestações de contas; por outro lado, a própria sociedade, ao exercer a democracia, torna-se ainda mais apta para exercê-la, pois se cria uma cultura de participação e uma ética de responsabilidade (TEIXEIRA, 2000, p. 108).

Cabe tanto ao Judiciário, por intermédio das demandas que lhe são apresentadas e em razão do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, quanto à população, por meio da participação em conselhos sociais, o controle das políticas públicas.

Considerando essa matriz de objetivos comuns, entende-se que deve esse poder aproximar-se do controle social, especialmente, se se considerar que o regime representativo sofre uma crise de identidade decorrente dos ilícitos praticados durante o processo eleitoral, bem como no curso do mandato legislativo, como a imprensa tem divulgado frequentemente.

BARROS registra que, “deve, pois, existir, em paralelo, o controle social e o controle jurisdicional de políticas públicas”. E mais adiante, o autor salienta que o controle pelo Judiciário deve se dar ainda com mais firmeza porque “na sociedade atual, ainda não se formou caldo cultural suficiente para que estes conselhos de participação social assumam verdadeiramente seu papel” (2008, p. 129).

Para a efetiva realização dos preceitos constitucionais no que tange à promoção dos direitos fundamentais, é imprescindível que o julgador tenha a exata compreensão do caráter coletivo do direito em jogo: o direito a uma política pública é de natureza difusa e, como tal, seu titular é a coletividade.

É sabido que são características dos direitos difusos a indeterminação dos sujeitos, contrapondo-se aos direitos subjetivos, que têm titularidade definida; conflituosidade intrínseca, haja vista, que nos conflitos discutem-se valores, ideias, opções, fazem-se “escolhas políticas”; indivisibilidade do objeto, pois pertencem indistintamente a todos; tendência à mutação no tempo e no espaço, na medida em que podem revelar-se difusos e transmutar-se em individuais ou coletivos em sentido estrito (MANCUSO, 2000).

O direito à política pública enquadra-se nas características acima mencionadas, pois quando da avaliação de sua elaboração, é necessário escolher prioridades e coexistem vários interesses por vezes contrapostos. Além disso, seus beneficiários são sujeitos indeterminados, traduzindo-se em toda a sociedade.

Sendo indefinida a titularidade do sujeito e considerando a conflituosidade intrínseca de tais direitos, é natural que existam conflitos entre os grupos sociais envolvidos na sua consecução. Por este motivo, afirma-se que o Judiciário não deve decidir sem a oitiva de entidades representativas desses grupos. Além disso, a decisão, seja ela qual for, terá forte caráter político, pois implicará em escolha de prioridades.

Diante das observações ora formuladas, não mais se deve admitir que o julgador profira sua decisão no interior de seu gabinete, consultando doutrina, leis e decisões dos

tribunais. É premente a necessidade de o juiz interagir com os colegiados de controle social, pois são estes os habilitados – pela Constituição e pela representação que lhes foi conferida – para decidir sobre as prioridades na execução das ações e programas em suas respectivas áreas.

Com efeito, o Judiciário, ao concretizar a norma constitucional, deve considerar o amplo leque de intérpretes da Constituição: todos os participantes do processo e possíveis destinatários de seu texto: cidadãos, grupos de interesse, órgãos estatais, o sistema público e a opinião pública (HÄBERLE, 1997). Para HÄBERLE, a interpretação constitucional não é um evento exclusivamente estatal; o cidadão que formula um recurso constitucional é intérprete da Constituição, assim como organizações ou grupos. É o que o teórico denomina sociedade aberta dos intérpretes da Constituição.

Utilizando-se do conceito de HÄBERLE, pode-se afirmar que, ao invocar as deliberações e resoluções dos conselhos gestores como elemento hermenêutico, o judiciário está garantindo a versão dos destinatários da constituição quando de sua concretização.

A força normativa da constituição é desenvolvida não somente por intermédio do conteúdo do texto constitucional, mas essencialmente por sua *práxis* (HESSE, 2009).

Desse modo, cabe também ao Judiciário garantir, caso seja provocado, a realização do orçamento participativo, a inclusão em orçamento de programas e ações, entendidos como prioritários pelos respectivos conselhos setoriais (saúde, educação e assistência social)³.

Demonstra-se, portanto, que assim como o gestor público tem a obrigação de levar em consideração as deliberações dos conselhos de políticas públicas, também a tem o judiciário, quando da apreciação de questões que importem a efetivação de direitos fundamentais pela via da política pública.

³ Em decisão memorável, a Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, de forma diversa à que vinha se posicionando, prolatou acórdão de relatoria da Ministra Eliana Calmon, nos autos do Recurso Especial nº 193.811, reconhecendo obrigatória a execução de política específica definida pelo Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente de Santos. Na decisão, o STJ determinou a inclusão de verba no orçamento municipal do ano seguinte, a fim de implantar serviço oficial de auxílio, orientação e tratamento de alcoólatras e toxicômanos, tal qual deliberado pelo Conselho. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Administrativo e Processo Civil. Ação civil Pública. Ato administrativo discricionário: Nova visão. Recurso Especial n.º 493.811. Relator: Ministra Eliana Calmon. Brasília, 11 de novembro de 2003.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A participação popular é fruto de um longo período de luta e de transição de regime político, revelando-se importante espaço de decisão, nos quais os cidadãos exercem a democracia de forma direta, promovendo transparência na deliberação e visibilidade das ações.

A Constituição de 1988 estabeleceu a participação popular como forma de controle do Estado e, principalmente, instrumento no processo de decisão das políticas públicas realizadoras dos direitos sociais.

A participação popular na decisão sobre políticas públicas também é exercida por intermédio dos conselhos sociais gestores, que são formados por representantes da sociedade civil e do governo, visando a ampla discussão e deliberação sobre as matérias de interesse da comunidade.

Para fortalecer os conselhos, é importante que se lhe confirmem autonomia, se reconheça o caráter deliberativo de suas decisões, se garanta a paridade de seus membros e que as decisões sejam tomadas movidas pelo interesse público, deixando ao largo os interesses individuais e corporativos.

Sendo legítima a interpretação constitucional que leve em conta o que entende todos os possíveis destinatários do texto constitucional, o Judiciário deve considerar, quando do julgamento de lides que impliquem o controle de políticas públicas, as decisões dos conselhos sociais gestores, em suas respectivas áreas de atuação.

REFERÊNCIAS

BARROS, Marcus Aurélio de Freitas. Controle Jurisdicional de Políticas Públicas: Parâmetros Objetivos e Tutela Coletiva. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 2008.

BORGES, Alice Gonzalez. Democracia Participativa. Reflexões sobre a Natureza e a Atuação dos Conselhos Representativos da Sociedade Civil. Revista eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 14, jun,ago, 2008. Disponível em <www.direitodoestado.com.br/redae.asp>. Acesso em: 29 set de 2010.

CARVALHO, Gilson de Cássia Marques de. Participação da Comunidade na Saúde. Passo Fundo: IFIPE, CEAP, 2007.

COSTA, Vanda Maria Ribeiro. Teoria Democrática e Conselhos de Política Social. In: BRAVO, Maria Inês Souza e PEREIRA, Potyara A. P. (org). Política Social e Democracia. 2. ed. Rio de Janeiro: Cortez Editora, 2002.

GOHN, Maria da Glória. Conselhos Gestores e Participação Sociopolítica. Rio de Janeiro: Cortez Editora, 2001.

HÄBERLE, Peter. Hermenêutica Constitucional: A sociedade aberta dos intérpretes da constituição. Porto Alegre: Sergio Fabris, 2009.

HESSE, Konrad. A força normativa da Constituição. In HESSE, Konrad. Temas fundamentais do Direito Constitucional. Rio de Janeiro: Saraiva, 2009.

LYRA, Rubens Pinto. Democracia Representativa X Democracia Participativa. A Representação do Estado e da Sociedade Civil nos Conselhos de Políticas Públicas. XXII Congresso Brasileiro de Sociologia. Recife: UFPE, 2007.

SILVA, Frederico Barbosa. Políticas Sociais no Brasil: Participação Social, Conselhos e Parcerias. In: JACCOUD, Luciana. Questão Social e Políticas Sociais no Brasil Contemporâneo. Brasília: IPEA, 2005, p. 373-407.

TEIXEIRA, Elenaldo Celso. Conselhos de Políticas Públicas: Efetivamente uma nova institucionalidade participativa? In: Carvalho, Maria do Carmo e Teixeira, Ana Cláudia. Conselhos Gestores de Políticas Públicas. São Paulo: Pólis, 2000.