

DANIELLE MARIA ESPEZIM DOS SANTOS

**O SISTEMA DE GARANTIAS DE DIREITOS SOCIAIS DA CRIANÇA E DO
ADOLESCENTE**

**Florianópolis (SC)
2007**

DANIELLE MARIA ESPEZIM DOS SANTOS

**O SISTEMA DE GARANTIAS DE DIREITOS SOCIAIS DA CRIANÇA E DO
ADOLESCENTE**

Dissertação apresentada ao Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientadora: Prof.^a Doutora Josiane Rose Petry Veronese

**Florianópolis (SC)
2007**

DANIELLE MARIA ESPEZIM DOS SANTOS

**O SISTEMA DE GARANTIAS DE DIREITOS SOCIAIS DA CRIANÇA E DO
ADOLESCENTE**

Esta dissertação, apresentada ao Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC, foi considerada adequada como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito.

Florianópolis, 08 de março de 2007.

Prof.^a Josiane Rose Petry Veronese, Doutora _____

Universidade Federal de Santa Catarina

Prof.^o Alexandre Morais da Rosa, Doutor _____

Universidade do Vale do Itajaí

Prof.^o Sérgio Cademartori, Doutor _____

Universidade Federal de Santa Catarina

Às crianças e aos adolescentes, nosso presente.

AGRADECIMENTOS

A Vanildo e Ana Luiza, pela paciência, sinceridade e apoio: Amor.

A Alcivandro e Salete, pelo empenho.

A Francinne, Smyrna Elisa, Fagner, João Paulo e João Vitor, pela presença reconfortante e alegre.

A professora Doutora Josiane Rose Petry Veronese, pela orientação segura, estimulante e integral.

“A Justiça é o Amor”
(San Juan de la Cruz)

RESUMO

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, o Estatuto da Criança e do Adolescente – Lei nº. 8.069/90, acolhendo demandas externas e internas, afirmaram direitos sociais para crianças e adolescentes, com alto nível de especificação de conteúdo e de obrigações decorrentes desta posituação, em grande parte, dirigidas aos Poderes Legislativo e Executivo. Nesse contexto, o presente trabalho objetiva demonstrar o *status* de direitos fundamentais dos direitos sociais da população em foco, descrever o sistema de garantias elaborado para os mesmos, enfatizando a integralidade, a peculiaridade e a centralidade da pessoa criança/adolescente e a conseqüente instrumentalidade dos poderes públicos, tendo como teoria de base, o garantismo jurídico. Objetiva, ainda, demonstrar a especificidade da atividade do juiz especializado da infância e da juventude, que encontrará via mais segura de atuação pela coerção à concretização de direitos sociais de crianças e adolescentes através do manejo dos instrumentos teórico-jurídicos garantistas da distinção entre vigência, validade e efetividade. Intenta-se, finalmente, demonstrar que a jurisdicionalidade das garantias dos direitos sociais de crianças e adolescentes se efetivará através da superação da concepção de que há obstáculos intransponíveis à exigibilidade judicial destes direitos. O método de abordagem adotado é o indutivo e a técnica de pesquisa, a bibliográfica.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos sociais. Criança. Adolescente. Estatuto da criança e do adolescente. Garantismo estatutário. Juiz da infância e da juventude.

RESUMEN

La constitución federal de 1988, el estatuto del niño y el adolescente - ley 8.069/90, recibiendo demandas externas e internas, había afirmado los derechos sociales para los niños y los adolescentes, con alto nivel de especificación del contenido y de las obligaciones decurrentes de esta positivación, dirigido en gran parte a lo legislativo y a lo ejecutivo. El actual trabajo demuestra el *status* de derechos fundamentales de los derechos sociales, describe el sistema de garantías elaborado para los mismos, acentuando la integralidad, la particularidad y la centralidad de la persona del niño/adolescente y el instrumentalidad consiguiente de los poderes públicos, teniendo como teoría baja, el garantismo jurídico. Demuestra, aún, la especificidad de la actividad del juez especializado de la infancia y de la juventud, que encontrará vía más segura para la coerción a la concreción de los derechos sociales de niños y de adolescentes, con la dirección de los instrumentos teórico-jurídicos garantistas de la distinción entre la vigencia, la validez y la eficacia. El trabajo evidencia, aún, que la jurisdiccionalidad de las garantías de los derechos sociales de niños y de adolescentes será lograda con la superación del concepto de que eso tiene obstáculos insuperables a la exigibilidad judicial de estos derechos. El método adoptado es lo inductivo y la técnica de la investigación, la bibliográfica.

PALABRAS-CLAVE: Derechos sociales. Niño. Adolescente. Estatuto del niño y del adolescente. Garantismo estatutario. Juez de la infancia y de la juventud.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	09
1 OS DIREITOS SOCIAIS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE.....	13
1.1 Os direitos sociais e o Direito da Criança e do Adolescente.....	13
1.2 A criança e o adolescente como sujeitos de direitos sociais.....	40
1.3 Conteúdo e obrigações decorrentes dos direitos sociais da criança e do adolescente.....	51
2 O SISTEMA DE GARANTIAS DOS DIREITOS SOCIAIS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE.....	63
2.1 A centralidade da pessoa como pressuposto da doutrina jurídica da proteção integral.....	63
2.2 As garantias de direitos sociais de crianças e adolescentes.....	80
3 A JURISDICIONALIDADE DO SISTEMA DE GARANTIAS DE DIREITOS SOCIAIS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE	102
3.1 A jurisdicionalidade e o aporte teórico-jurídico garantista.....	103
3.2 Estratégias de exigibilidade judicial.....	128
CONCLUSÃO.....	145
REFERÊNCIAS.....	148
ANEXO A – Resolução 113, de 19 de abril de 2006, do Conselho Nacional de Direitos da Criança e do Adolescente.....	154
ANEXO B – Decisão liminar do Juiz da Infância e da Juventude da Comarca de Joinville - Santa Catarina.....	167
ANEXO C – Acórdão e voto do Recurso Especial n.º 93.811 - SP	191

INTRODUÇÃO

Este trabalho pretende analisar os direitos sociais de crianças e adolescentes, criados pelo Direito Positivo pátrio com a vigência da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88), a teor do que dispõe o artigo 227, e a correspondente regulamentação deste artigo implementada pelo legislador no Estatuto da Criança e do Adolescente - Lei nº 8.096, de 13 de julho de 1990 - doravante simplesmente Estatuto.

Os direitos das crianças e dos adolescentes, além dos instrumentos normativos mais importantes mencionados, os direitos sociais das crianças e dos adolescentes estão presentes em documentos internacionais, que foram internalizados pelo ordenamento pátrio, a exemplo da Convenção Internacional dos Direitos da Criança, de 1989, e do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 1966, ambos adotados pela Organização das Nações Unidas (ONU).

Na análise pretendida, o problema focado será o da sistematização das garantias dos direitos sociais da criança e do adolescente, com especial enfoque em sua jurisdicionalidade.

O marco teórico adotado será o garantismo jurídico de Luigi Ferrajoli, cuja teoria tem como expressão a sua mais importante obra, intitulada *Diritti e Ragione*, de 1989, traduzida pela primeira vez para o espanhol em 1995, e sua quarta edição¹ circunscreve este trabalho como referencial de base.²

A obra é dedicada, em sua maior parte, à teoria do direito penal e, em nos dois últimos capítulos dedica-se à teoria geral da ciência do Direito, ampliando o campo de abrangência do garantismo. Nessa primeira elaboração, Ferrajoli explicita que o termo garantismo possui três acepções.

Primeiramente, representa um modelo normativo de Direito³ (próprio do Estado de Direito) em três planos: epistemológico – sistema cognoscitivo ou de poder mínimo; político – técnica de tutela capaz de maximizar a liberdade e minimizar a violência; e jurídico – sistema de vínculos impostos ao poder punitivo estatal para a garantia dos cidadãos.

¹ FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y Razón**: una teoría do garantismo penal. 4 ed.. Madri: Trotta, 2000.

² CADEMARTORI, Sérgio. **Estado de Direito e legitimidade**: uma abordagem garantista. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 72. Segundo Cademartori, Luigi Ferrajoli, membro aposentado da magistratura italiana, foi um dos expoentes da “jurisprudência alternativa” da década de 1970, grupo defensor da interpretação da lei conforme a Constituição, em detrimento do dogma liberal da sujeição cega do juiz à lei.

³ FERRAJOLI, Luigi. Op. Cit., p. 851-852.

O instrumental teórico decorrente dessa acepção leva à possibilidade de se detectar em que medida determinado sistema real responde às demandas do pressuposto da centralidade da pessoa. Segundo Ferrajoli, será preciso falar de graus de garantismo, “[...]; y además habrá que distinguir siempre entre el modelo constitucional y el funcionamiento efectivo del sistema”.⁴

Em segunda acepção, o termo indica uma teoria jurídica da validade⁵, da efetividade e da vigência normativas, que analisa o problema da divergência entre os modelos normativos - tendencialmente garantistas - e as práticas institucionais - tendencialmente anti-garantistas - e tem como pressuposto a noção de que os Estados contemporâneos incorporaram às suas constituições, princípios ético-políticos, do que decorre a importância da diferenciação entre juízos de vigência – apoiados nos requisitos formais de legalidade – e de validade – apoiados nos requisitos materiais de legalidade - das normas e das práticas normativas.

Como terceira acepção do termo, Ferrajoli aponta a filosofia jurídica⁶, que analisa a legitimidade do ponto de vista externo, *ex parte populis*. Isso a partir do pressuposto da centralidade da pessoa humana, da releitura da democracia pelo viés substancial, da função estatal e do direito pelo viés da instrumentalidade, chegando ao julgamento dos Poderes Públicos pelo critério da sujeição à Lei Maior e aos seus direitos fundamentais.

A importância da utilização da teoria geral do garantismo na análise aqui pretendida reside na constatação de que suas bases – a centralidade da pessoa e a instrumentalidade do Estado e do Direito – abrem diversas possibilidades, entre elas, as que servirão ao presente trabalho: a definição formal de direitos fundamentais; a distinção entre legalidade formal e legalidade substancial; a consolidação da noção de democracia substancial; a dissociação entre direitos fundamentais e suas garantias; a classificação das garantias como primárias e secundárias; a distinção teórico-jurídica entre vigência, validade e efetividade; e a superação do dogma da sujeição do juiz à lei.

Outras obras de Luigi Ferrajoli e a teoria defendida pelo autor serão aqui utilizadas para a elucidação do sentido dos elementos teóricos garantistas aptos à problematização acerca do sistema de garantias de direitos sociais de crianças e adolescentes.

Ademais, no que toca à jurisdicionalidade no sistema de garantias em estudo, a noção garantista de garantias secundárias – como a atividade judicial de provocar

⁴ FERRAJOLI, 2000, p. 852. ([...]; e ademais haverá que distinguir sempre entre o modelo constitucional e o funcionamento efetivo do sistema.) (tradução nossa).

⁵ Ibid., p. 852.

⁶ Ibid., p. 853.

coercitivamente a concretização das obrigações decorrentes dos direitos fundamentais – será determinante, assim como o resultado das pesquisas de Victor Abramovich e Christian Courtis na obra *Los derechos sociales como derechos exigibles*, com prólogo de Luigi Ferrajoli⁷.

Especificamente quanto aos direitos sociais no campo teórico do direito da criança e do adolescente, a referência principal será Josiane Rose Petry Veronese⁸, além de outras importantes contribuições de pesquisadores pátrios.

O método de abordagem adotado neste trabalho será o indutivo, em função da possibilidade de se partir do objeto e, da análise do mesmo, retirar conclusões gerais acerca do tema.

A técnica de pesquisa é exclusivamente bibliográfica, pois parte de obras importantes acerca do tema justo para possibilitar uma interface entre o direito positivo e as conquistas teóricas - com assumido endereço histórico e social - aqui consideradas indispensáveis.

Para empreender a tarefa que a presente investigação propõe entendeu-se necessário estruturá-la em três capítulos, que compõem a organização do estudo.

No primeiro capítulo será descrito o processo de incorporação dos direitos sociais ao campo jurídico em geral, e do direito da criança e do adolescente, em especial. Atenção será dada ao aprofundamento das características definidoras dessa última espécie de direito: sua conformação, o seu titular, os tipos de obrigações que costuma gerar e os responsáveis mais comuns por sua concretização; tudo na perspectiva da integralidade e da peculiaridade do sujeito criança/adolescente.

No segundo capítulo, abordar-se-á o sistema de garantias de direitos sociais de crianças e adolescentes a partir do pressuposto garantista da centralidade da pessoa humana e da decorrente instrumentalidade dos Poderes Públicos; estes elementos cruzados com a perspectiva adotada pelo direito da criança e do adolescente de positivar declarações de direitos sociais para a população envolvida e garantias destes mesmos direitos.

O terceiro capítulo tratará da jurisdicionalidade dos direitos sociais, ou das suas garantias secundárias, levando em conta o fato de que, além dos mecanismos processuais

⁷ ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. **Los derechos sociales como derechos exigibles**. 2. ed. Madri: Trotta, 2004.

⁸ VERONESE, Josiane Rose Petry Veronese. **Os direitos da criança e do adolescente**. São Paulo: LTr, 1990; _____. **A Tutela Jurisdicional dos direitos difusos da criança e do adolescente**. Belo Horizonte: Del Rey, 1997; _____. Humanismo e infância: a superação do paradigma da negação do sujeito. In: MEZZARROBA, Orides (org.). **Humanismo latino e Estado no Brasil**. Florianópolis: Fundação Boiteux, Fondazione Cassamarca, 2001, p. 421-452.

garantidores positivados, também a atividade do juiz especializado da criança e do adolescente é determinante na concretização destes direitos. As especificidades desta atividade serão analisadas à luz do garantismo, em sua acepção de teoria jurídica garantista, e dos obstáculos comumente impostos à coerção judicial para o cumprimento das obrigações decorrentes dos direitos sociais da criança e do adolescente.

A relevância do estudo repousa na constatada dificuldade de implementação das garantias aos direitos sociais em países em desenvolvimento, o que ocorre em função da lógica predominante de mercado. Essa dificuldade se mostra aprofundada quando unida às dificuldades relativas ao reconhecimento teórico-prático da condição de sujeitos de direitos fundamentais das crianças e dos adolescentes, especialmente no Brasil, onde a história demonstra um fenômeno de instrumentalização ou “coisificação” das pessoas com idade inferior a dezoito anos.

Por fim, é importante apontar que a dificuldade encontrada na pesquisa foi a de levantar número maior de decisões garantistas de juízos especializados da infância e da juventude, o que apenas confirma a relevância da sistematização das garantias dos direitos sociais desta população, especialmente de sua jurisdicionalidade. Ambos, objetivos aqui perseguidos.

1 OS DIREITOS SOCIAIS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

No Brasil, o Direito da Criança e do Adolescente se consolida como campo autônomo, com a marca da condição de sujeito e da afirmação de direitos fundamentais, a partir da entrada em vigor da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 – CRFB/88 e do Estatuto da Criança e do Adolescente em 1990. Esses instrumentos são responsáveis pela positivação e alta carga de normatividade dos direitos sociais das crianças e dos adolescentes brasileiros.

Contudo, a sua dinâmica tem correspondência com o que se pode chamar de raízes históricas e culturais, que implicaram tendências institucionais próprias e que devem ser levadas em conta na análise de sua configuração atual.

A análise do sistema de garantias de direitos sociais criado pelo Estatuto, apoiado na CRFB/88 e em outros documentos normativos, depende da definição do conteúdo destes direitos no ordenamento jurídico, seus elementos, alcance e amplitude e das características do sujeito-titular.

1.1 Os direitos sociais no Direito da Criança e do Adolescente

Antes do Estatuto da Criança e do Adolescente, com a sua doutrina da proteção integral, não havia direitos fundamentais positivados para esta faixa etária da população, nos moldes que a literatura atualmente os define. Também não se pode afirmar que referidos direitos tenham recebido *status* central na consolidação de uma doutrina jurídica.

É possível, apenas, trazer as doutrinas ou teorias jurídicas pátrias até então existentes referentes aos menores de idade à tona a fim de delinear suas características gerais e, eventualmente, um sinal – embora obscuro – de absorção da questão social referente à criança e ao adolescente. Nesse universo podem-se identificar as doutrinas do direito penal do menor⁹, da situação irregular e da proteção integral.

⁹ O termo menor será utilizado no contexto das doutrinas anteriores à da doutrina da proteção integral, por se tratar do termo adotado pela legislação respectiva e com sentido distinto dos termos criança e adolescente. Adiante será exposto o sentido da menoridade e a reação jurídico-social ao que o termo representa, acolhida pela doutrina atual.

A doutrina do direito penal do menor vigia sob a égide dos Códigos Penais de 1830 e 1890, com o mecanismo da pesquisa de discernimento “que consistia em imputar a responsabilidade ao menor em função de seu entendimento quanto à prática de um ato criminoso”¹⁰.

O Código Penal do Império, de 1830, considerava inimputáveis os menores de quatorze anos, para os quais era aplicada, então, a pesquisa de discernimento mencionada. Em caso de ficar constatada a capacidade de discernir, o menor de idade que tivesse praticado ato(s) anti-social(is) deveria ser institucionalizado até completar dezessete anos, nos termos dos artigos 10 e 13 do referido Código.

Na vigência do Código Criminal da República, de 1890, os menores de nove anos e aqueles com idade entre nove e quatorze anos, sem discernimento, não seriam considerados criminosos; já os menores com idade entre nove e quatorze anos, com configuração de prática delituosa acompanhada de discernimento, seriam mantidos em estabelecimentos disciplinares industrializados por período definido segundo o critério do juiz, desde que respeitado o limite de dezessete anos. Para tanto, deveriam ser levados em conta métodos subjetivos tais como “vida pregressa, seu modo de pensar, sua linguagem”¹¹.

Segundo Veronese¹², a pesquisa do discernimento foi eliminada pela Lei nº. 4.242 de 1921, quando os menores de quatorze anos tornaram-se totalmente inimputáveis. A fixação da maioridade em dezoito anos se deu a partir da Consolidação das Leis Penais, com o Decreto nº. 22.213/32, segundo a qual os menores de dezoito anos abandonados e delinquentes ficariam submetidos ao regime do Código de Menores em vigor.

Nesse período, os direitos sociais não estavam consolidados no mundo e também não possuíam, no Brasil, amparo constitucional; como conseqüência, os chamados menores eram alvo da atenção do Estado e da sociedade, apenas quando adquiriam visibilidade social na forma de “problemas a serem resolvidos”, a exemplo da prática de atos anti-sociais.

Data do surgimento da República, em 1889, a exigência por parte da elite intelectual brasileira, de legislação social mais elaborada, tendo como linhas de incidência, o oferecimento de formação aos desassistidos e a profissionalização como meio para o alcance do próprio sustento.

¹⁰ PEREIRA, Tânia da Silva. O melhor interesse da criança. In: _____ (org). **O melhor interesse da criança:** um debate interdisciplinar. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2000, p. 11.

¹¹ SIQUEIRA, Liborne, 1979, p. 52 *apud* PEREIRA, op. cit., p. 12.

¹² VERONESE, Josiane Rose Petry. **Os direitos da criança e do adolescente**, p. 25.

Em 1924 foi criado por um juiz chamado Mello Matos o primeiro juízo privativo de menores, onde seria dada ao magistrado a autoridade de declarar a condição da criança ou do adolescente (abandonada ou não, delinqüente ou não), assim como o tratamento que receberia. A pressão social crescia cada vez mais no sentido da criação de lei específica para a questão. Assim, em 1927, ainda sob a égide da doutrina penal menorista, foi sancionado o primeiro Código de Menores da América Latina, o Código de Mello Matos.¹³

A referida Lei, editada como Decreto n.º 17.943-A, em seu artigo 1.º, assim definia assim o sujeito de sua atuação: o menor: “abandonado ou delinqüente, que tiver menos de 18 anos de idade, será submetido pela autoridade competente às medidas de assistência e proteção contidas neste código.”

Com efeito, o substrato desta legislação era a ação assistencial Estado obrigatória e de caráter corretivo.

Não obstante o artigo 1º da citada lei referir-se aos abandonados e delinqüentes, ao longo de seu texto percebe-se que o Código era destinado a todos os sujeitos menores de dezoito anos, eis que versava sobre temas como a primeira infância, o trabalho do menor, crimes contra a fraqueza, a moralidade e a saúde da criança e do adolescente. Porém, a sociedade não compreendeu que o abandono e a delinqüência deveriam ser evitados¹⁴.

Apesar da universalidade encontrada na lei, pois já previa alguns direitos fundamentais previstos para todos os menores de dezoito anos, a sua aplicação foi direcionada para indivíduos de algum modo estigmatizados, ou seja, menores identificados com aqueles que – nos dias atuais pode-se fazer esta análise – eram resultado do processo de exclusão social, sensível à época.

Em 1964, sob as ordens dos militares, A FUNABEM – Fundação Nacional Para o Bem Estar do Menor, é criada pelo governo militar. Neste sentido, cumpre transcrever a denúncia de Lia Junqueira:

Para proteger a Segurança Nacional, muitas vidas foram prejudicadas e, na realidade, os controlados deste país não participaram de nenhum projeto que resultou no Brasil de hoje, com seus desempregados, com seu salário-mínimo, com sua falta de escola, com a sua falta de assistência à saúde, com suas dívidas, quer externa quer interna. Para garantir a Segurança Nacional, acredito que outras pessoas deveriam ter sido institucionalizadas, não nossas crianças, filhos da pobreza.¹⁵

¹³ VERONESE, Josiane Rose Petry. **Os direitos da criança e do adolescente**, p. 23.

¹⁴ *Ibidem*, p. 30.

¹⁵ JUNQUEIRA, Lia, 1986 *apud* VERONESE, Josiane Rose Petry. **Os direitos da criança e do adolescente**, p. 33.

O projeto de segurança nacional dos governos militares envolveu o controle das crianças e adolescentes pobres – os chamados menores – e se valeu disto, também, para criar o Brasil que a elite pretendia: um país que servisse às demandas de criação de um exército de mão-de-obra barata institucionalizada e de controle da resistência pela violência estatal legalizada.

Em 1979 entra em vigor o Código de Menores – Lei nº. 6.697 de 10 de outubro de 1979 –, contando com uma doutrina mais violentadora, eis que os sujeitos da nova lei eram os “menores em situação irregular”, assim considerados aqueles com menos de dezoito anos de idade, privados de condições essenciais à saúde e instrução obrigatórias, vítimas de maus-tratos ou castigos imoderados, em perigo moral, desassistidos juridicamente, com desvio de conduta e, ainda, autores de infração penal, nos termos do artigo 2.º.

A propósito, ainda não se vislumbra na nova legislação a nota da universalidade, haja vista que a população em estudo, ou seja, a pessoa que recebe a atenção do Estado através do Direito tem mais que faixa etária determinada; tem classe social, família bem definida, conduta “desviada” e vive em “perigo moral”. A vagueza desses dois termos qualificantes é inequívoca e tem ligação com um elemento das doutrinas pré-estatutárias, principalmente a da “situação irregular”, que é o subjetivismo do juiz de menores, aspecto que será aprofundado posteriormente.

Assim, com o novo Código de Menores aprofunda-se a marca da subjetividade do juiz, que se pautaria em critérios questionáveis e subjetivos, maculados pela desinformação, discriminação e pela insuficiência das instituições de apreciação de conflitos. As ações públicas voltadas aos ditos menores em situação irregular, nesse período, eram assistencialistas, pois não visavam à alteração da condição subalternizada dos atendidos¹⁶.

Por assistencialismo deve-se compreender uma atividade de assistência aos considerados menos favorecidos pelo sistema de distribuição de bens e serviços, cuja condicionante é a idéia da concessão de alguns favores referentes à manutenção básica de sua existência. As atividades perpassadas por esse fenômeno tendem a culminar em manutenção ou aumento da dependência do assistido em relação ao seu “bem feitor”.¹⁷

É importante sublinhar a diferença entre garantia a direitos fundamentais e assistencialismo: a primeira idéia baseia a doutrina da proteção integral, adotada pela lei atual

¹⁶ PEREIRA, Tânia da Silva. O melhor interesse da criança, p. 13.

¹⁷ Sobre o assunto, ver IAMAMOTO, Marilda. **Relações sociais e serviço social**. São Paulo: Cortez, 1982 e VASCONCELOS, Ana Maria. **A prática do serviço social**. São Paulo: Cortez, 2002.

– que a seguir será demonstrada – e a segunda, as doutrinas tutelares, entre as quais se inclui a doutrina da situação irregular.

O assistencialismo pode ser assumido por atores jurídicos¹⁸, e certamente o foi pelos juízes de menores. A competência desses juízes era de decidir sobre a vida dos menores, na hipótese da prática de crimes e da ocorrência de problemas sociais¹⁹.

O artigo 5º do Código de Menores permitia decisões judiciais sem fundamentação alguma, apenas movidas pela vontade do juiz, conforme se depreende, *verbis*: “Na aplicação desta lei, a proteção aos interesses do menor sobrelevará qualquer outro bem ou interesse juridicamente tutelado”.

Assim, em um contexto jurídico em que não há definição de direitos fundamentais, como foi o caso do período de vigência do Código de Menores, resta obscurecida a noção de quais são os interesses de crianças e adolescentes, os menores da época.

As decisões judiciais, que são efetivamente intervenções estatais, eram pautadas por concepções e valores dos julgadores.

Marques sustenta que o subjetivismo se caracteriza muito bem pela figura do “bom pai”, refletida no juiz de menores. Nas suas palavras:

Não havia, portanto, o império da fundamentação das decisões, ou do estabelecimento do contraditório ou da ampla defesa. O ‘bom pai’ poderia utilizar-se de sua experiência e bom senso para definir o destino de qualquer de seus assistidos, extrapolando mesmo o âmbito da jurisdição e invocando um poder normativo, restringir direitos de forma genérica, [...] ²⁰

O subjetivismo macula todas as ações referenciadas na doutrina em estudo e traz conseqüências sérias aos processos judiciais em que garantias constitucionais são ignoradas, como a ampla defesa e o contraditório, não apenas na área da prática infracional, como também em sede de suspensão ou destituição de poder familiar.

Além disso, a falta de vinculação das atividades do juiz de menores permitia que este se omitisse livremente da concretização da dignidade da pessoa humana no campo da manutenção de mínimos de subsistência.

¹⁸ O termo é utilizado na perspectiva relacional do sujeito que, ao ser privado da denominação de operador jurídico, é visto como aquele que não só aplica, mas interpreta o Direito e, ao interpretar, interfere no mundo. Encontra-se esse tipo de perspectiva em ROSA, Alexandre Morais da. **Direito infracional: garantismo, psicanálise e movimento antiterror**. Florianópolis: Habitus, 2005, p. 15, por exemplo.

¹⁹ PEREIRA, Tânia da Silva. O melhor interesse da criança, p. 13.

²⁰ MARQUES, Márcio Thadeu Silva. Melhor Interesse da Criança: do subjetivismo ao garantismo. In: PEREIRA, Tânia da Silva. **O melhor interesse da criança**, p. 468.

Veronese²¹ qualifica a doutrina da situação irregular, como um mecanismo de ideologia tutelar, propiciador de sistemas punitivos inquisitórios.

Para Zafaroni²²: “O *tutelado* sempre o tem sido em razão de alguma *inferioridade* (teleológica, racial, cultural, biológica, etc.). Colonizados, mulheres, doenças mentais, minorias sexuais, etc. foram psiquiatrizados ou considerados inferiores, e, portanto, necessitados de *tutela*.” [grifos no original].

Pode-se dizer que o erro da doutrina da situação irregular do Código de Menores é propriamente de concepção: a lei se volta para os menores, que por sua vez não são todas as crianças e os adolescentes, mas apenas aqueles com as qualificações acima apontadas, ou seja, aqueles considerados problemáticos e que devem ser tratados pelo Estado de forma individualizada e assistencialista, sem o reconhecimento da sua subjetividade e da privação de direitos fundamentais sofrida.

Essa doutrina também não assume a perspectiva da intervenção contextualizada, apenas a do controle social. Assim, as ações ou omissões públicas e da sociedade, propiciadoras da condição subumana, passavam despercebidas, atribuindo-se à família a única responsabilidade.

Segundo Paula²³, a lei menorista excluía qualquer possibilidade de responsabilização do Estado sobre a degradante situação de crianças e adolescentes brasileiros. A responsabilidade se resumia à família e inexistiam mecanismos de exigibilidade ou garantias jurídicas que compelissem o Estado a cumprir suas funções. Assim, o Estado não era colocado no banco dos réus, apenas havendo previsão de ações individuais. O autor aduz que “O Estado nunca foi chamado perante o judiciário, sequer para justificar suas constantes omissões”.

Alguns dos motivos do movimento de reação que se seguiu, pela revogação do Código de Menores, foram: a autorização do Código de intervenção estatal através de institucionalização em função da situação de carência; a existência de processo inquisitorial em que o menor era objeto de análise investigatória; o juiz de menores era dotado de poderes ilimitados e não estava sujeito a critérios objetivos; previsão de prisão cautelar para os

²¹ VERONESE, Josiane Rose Petry. **A Tutela Jurisdicional dos direitos difusos da criança e do adolescente**, p. 91.

²² ZAFARONI, Raul, artigo 206. In: CURY, Munir (coord.). **Estatuto da Criança e do Adolescente comentado**: comentários jurídicos e sociais. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 695.

²³ PAULA, Paulo Afonso Garrido de. **Menores, direito e justiça**: apontamentos para um novo direito das crianças e dos adolescentes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989, p. 122.

menores; ausência da garantia de proporcionalidade; e limitação da pena para o menor de dezoito anos²⁴.

No Brasil do período pós-78²⁵ ocorreram resistências de todas as espécies. A sociedade se opôs às variadas formas de arbitrariedade e violências. Paradoxalmente, o estado burocrático-autoritário, ao reduzir o espaço de participação popular, gerou movimentação de resistência na sociedade (organizações de classe, comunidades eclesiais de base etc.) no sentido de enfrentar as estruturas dogmatizadas e burocráticas.

Nesse contexto houve forte mobilização social que conclamava uma alteração do tratamento conferido pelo Estado às crianças e adolescentes brasileiros:

Diante desse quadro, e graças às possibilidades de organização e participação popular na luta pela garantia dos direitos, novos atores políticos entraram em cena. Em pouco tempo surgiu um amplo movimento social, em favor das crianças e dos adolescentes em situação de pobreza e marginalidade social. Essa frente, integrada, sobretudo, por ONG's, acrescidas dos demais grupos assim chamada sociedade civil, com apoio da Igreja e dos quadros progressistas dos órgãos de Governo, desencadeou o processo de reivindicação dos direitos de cidadania para crianças e adolescentes.²⁶

Assim é que muitos direitos de conhecidas minorias²⁷ foram acolhidos pela atual Carta Política. A acolhida das demandas da sociedade organizada em relação a crianças e adolescentes também foi considerável, e entre os direitos fundamentais acolhidos, estavam os direitos sociais.

O artigo 227 da CRFB/88 firma as obrigações do sistema social como um todo – e dos poderes públicos, especificamente – em face das crianças e adolescentes, nos seguintes termos:

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

Há uma profunda alteração na doutrina jurídica referente à população infanto-juvenil, já que “entra em cena” a doutrina da proteção integral – de cunho humanista – e “sai

²⁴ VERONESE, Josiane Rose Petry. **Os direitos da criança e do adolescente**, p. 37 e ss.

²⁵ ANDRADE, Vera Regina Pereira, **Cidadania: do direito aos direitos humanos**. São Paulo: Acadêmica, 1993, p. 127.

²⁶ RIZZINI, Irmã; PILOTTI, Francisco. **A arte de governar crianças: a história das políticas sociais, da legislação e da assistência à infância no Brasil**. Rio de Janeiro: Instituto Interamericano *Del Niño*, Universidade Santa Úrsula, Amais, 1995, p. 18.

²⁷ Para exemplificar, os direitos dos índios (artigo 231 e 232), dos idosos (artigo 230), da mulher na família (artigo 226, parágrafo 5º), da mulher no trabalho (artigo 7º, inciso XX).

de cena” a da situação irregular, modelo este que nega a condição de sujeito de crianças e adolescentes: “É neste sentido que a Constituição Federal de 1988, pela primeira vez na história brasileira, aborda a questão da criança como prioridade absoluta, e a sua proteção é dever da família, da sociedade e do Estado”²⁸.

O Estatuto da Criança e do Adolescente detalha o artigo 227 da CRFB/88 ao indicar os elementos da doutrina da proteção integral, o conteúdo e os obrigados pelos direitos fundamentais infanto-juvenis, além de estipular mecanismos de viabilização destes direitos, sem prejuízo da responsabilização das crianças e adolescentes autoras de ato infracional. E mais, em sua parte final caracteriza os crimes e infrações administrativas cometidos contra crianças e adolescentes.

É como confirma Veronese:

O Estatuto da Criança e do Adolescente contém em seu Livro I uma declaração dos direitos da criança e do adolescente, ou seja, trata-se de um detalhamento do artigo 227 da Constituição Federal e, em seu Livro II, diz respeito aos mecanismos de viabilização desses direitos, a maneira como podem ser garantidos. [...].²⁹

O Estatuto foi elaborado a partir da concepção da Doutrina da Proteção Integral, mudando radicalmente o enfoque dado pelo Código de Menores, que se baseava na doutrina da situação irregular. A nova lei protege todo o universo de crianças e adolescentes que passam a ser sujeitos de direitos, segundo o artigo 1.º.

Para Liberati, há dois sentidos para o termo integral na teoria adotada pelo legislador federal para o Direito da Criança e do Adolescente:

É integral, primeiro, porque assim diz a CF em seu artigo 227, quando determina e assegura os direitos fundamentais de todas as crianças e adolescentes, sem discriminação de qualquer tipo; segundo, porque se contrapõe à teoria do ‘Direito tutelar do menor’, adotada pelo Código de Menores revogado (Lei 6.697/79), que considerava as crianças e os adolescentes como objetos de medidas judiciais, quando evidenciada a situação irregular, disciplinada no art. 2.º da antiga Lei.³⁰

A positivação específica de direitos fundamentais para crianças e adolescentes é marca central da doutrina da proteção integral, e não foi igualada ou aproximada por qualquer outra doutrina jurídica anterior, tendo sido resultado de pressão social interna.

Quanto às bases sócio-políticas internas da proteção integral, é possível detectá-las no comentário de Almeida, segundo o qual a lei nº. 8.069/90 “[...]é o fruto do esforço

²⁸ AMARAL e SILVA, Antônio Fernando do. Artigo 1.º. In: CURY, Munir (coord.). **Estatuto da criança e do adolescente comentado**: comentários jurídicos e sociais. 6. ed. ver. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 15.

²⁹ VERONESE, Josiane Rose Petry. **Os direitos da criança e do adolescente**, p. 87-88.

³⁰ LIBERATI, Wilson Donizete. **Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente**. 8. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 15.

conjunto de milhares de pessoas e comunidades empenhadas na defesa e promoção das crianças e adolescentes do Brasil.”³¹. O autor ainda afirma que a sociedade brasileira, acostumada a se omitir diante das injustiças relativas à infância e à adolescência, deverá sofrer uma alteração no sentido da obediência aos preceitos da justiça, da solidariedade e do amor.

A doutrina da proteção integral é expressamente acolhida pelo Estatuto, em seu artigo 1º, nos seguintes termos, “verbis”: “Esta Lei dispõe sobre a proteção integral à criança e ao adolescente”.

Com essa disposição nota-se que foi recepcionado, no direito positivo brasileiro, o mesmo padrão internacional informador da Convenção dos Direitos da Criança aprovada na Organização das Nações Unidas (ONU) em 1989, calcado na matriz humanista, como bem assevera Veronese:

Tal paralelo tem sua razão de ser, uma vez que a Lei n.º 8069/90 ao assegurar em seu artigo 1.º a proteção integral à criança e ao adolescente, reconheceu como fundamentação doutrinária o princípio da Convenção que em seu artigo 19 determina: ‘Os Estados Partes adotarão todas as medidas legislativas, administrativas, sociais e educacionais apropriadas para proteger a criança contra todas as formas de violência física ou mental, abuso ou tratamento negligente, maus tratos ou exploração, inclusive abuso sexual, enquanto a criança estiver sob a custódia dos pais, do representante legal ou de qualquer outra pessoa responsável por ela.’³²

Além da mencionada Convenção de 1989, outros documentos internacionais anteriores, como a Declaração de Genebra de 1924, a Declaração Universal dos Direitos Humanos das Nações Unidas de 1948, a Declaração dos Direitos da Criança de 1959 e a Convenção Americana sobre os Direitos Humanos de 1969 (Pacto de São José), influenciaram a legislação brasileira no sentido de colocar a criança e o adolescente no patamar de sujeitos de direitos.

Sobre o assunto, Amaral e Silva faz o seguinte comentário:

O espírito e a letra desses documentos internacionais constituem importante fonte de interpretação de que o exegeta do novo direito não pode prescindir. Eles serviram como base de sustentação dos principais dispositivos do Estatuto da Criança e do Adolescente e fundamentaram a campanha Criança e Constituinte, efervescente mobilização nacional de entidades da sociedade civil e milhões de crianças, com o objetivo de inserir no texto constitucional os princípios da Declaração dos Direitos da Criança.³³

³¹ ALMEIDA, Luciano Mendes de. **Artigo 1º**. In: CURY, Munir (coord.). **Estatuto da criança e do adolescente comentado**: comentários jurídicos e sociais. 6. ed. ver. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 17.

³² VERONESE, Josiane Rose Petry. **Os direitos da criança e do adolescente**, p.99.

³³ AMARAL e SILVA, Antônio Fernando do. **Artigo 1º**. In: CURY, Munir (coord.). **Estatuto da criança e do adolescente comentado**, p. 16.

É possível perceber um encontro entre as iniciativas normativas internacionais e as aspirações da sociedade brasileira organizada em torno das demandas da cidadania da criança e do adolescente, na linha do que já foi mencionado acerca das pressões internas em torno da Assembléia Nacional Constituinte de 1985-88.

Nessa linha de raciocínio, a acolhida das demandas voltadas à criança e ao adolescente manifesta-se como reconhecimento de sua cidadania, da dívida do país em relação à sua condição social.

Para compreender os elementos da teoria ou doutrina da proteção integral é necessário analisar o sentido e as implicações do princípio do melhor interesse da criança, que tem servido de fundamento para muitas decisões judiciais, segundo anota Pereira³⁴.

A expressão “melhor interesse da criança” foi acolhida pela Convenção dos Direitos da Criança aprovada na Organização das Nações Unidas em 1989 e ratificada pelo Brasil em 1990 através do Decreto 99.710. Como consequência, o princípio integrou-se ao direito positivo brasileiro, indiscutivelmente, desde essa data.

Neste ponto do presente estudo, importa investigar qual o alcance e em que medida o princípio do melhor interesse da criança compõe a teoria da proteção integral.

Segundo Pereira³⁵, a origem remota do princípio do melhor interesse da criança estaria no instituto inglês do século XIV, o *parens patriae*, voltado à proteção dos considerados incapazes de se proteger, como os loucos e as crianças, tendo sido muito utilizado pela Coroa. Na história do instituto, por volta do século XVIII, sua utilização em favor de crianças foi separada da proteção dos loucos.

Alguns precedentes do direito anglo-saxão, onde este instituto criou raízes e se fortaleceu, demonstram que o sentido do *parens patriae* residia na assertiva de que “o bem-estar das crianças deveria se sobrepôr aos direitos de cada um dos pais”.³⁶

Atualmente, tanto nos Estados Unidos quanto na Inglaterra, o instituto se traduz pela obrigação de o juiz salvaguardar os interesses da infância e da adolescência frente aos dos adultos, sempre com o cuidado de analisar a concretude das situações apresentadas. Pereira³⁷, no entanto, adverte que é necessário ser vigilante quanto à “subjetividade de cada juiz”, fator que pode facilitar decisões genéricas e excessivamente discricionárias.

³⁴ PEREIRA, Tânia da Silva. O melhor interesse da criança, p. 1.

³⁵ Ibidem, p.2.

³⁶ Idem.

³⁷ Ibidem, p. 4.

Essa abordagem é um alerta importante quanto ao subjetivismo que pode resultar de interpretação generosa do princípio do melhor interesse da criança, nos moldes da doutrina da situação irregular, como visto.

Contudo, há que se ressaltar que uma interpretação restrita do princípio em apreço, que tenha como referente mais importante o sentido dos direitos fundamentais de crianças e adolescentes – já sob a égide da teoria da proteção integral – pode ser uma importante porta de entrada para conhecimentos de outras áreas do saber.

Marques concorda com essa ressalva e anota:

Envolvendo a visão jurídica da infante-adolescência um aspecto de integração e completude com o restante do sistema jurídico-legal, tem-se uma readequação da questão, sem infirmar a interdisciplinariedade intrínseca à visão que se deve ter da criança e do adolescente, sem, contudo, considerá-lo como categoria estanque, dissociada de seu meio e de sua condição de ser humano em desenvolvimento.³⁸

Como já referido, o princípio do melhor interesse da criança foi acolhido pelo ordenamento brasileiro através da Convenção Internacional de Direitos da Criança de 1989, ratificada pelo Decreto 99.710 de 1990, e consta do artigo 3.1: “todas as ações relativas às crianças, levadas a efeito por instituições públicas ou privadas de bem estar social, tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, devem considerar, primordialmente, o maior interesses da criança”³⁹.

O referido princípio, então, é elemento importante para a compreensão da doutrina da proteção integral, mas com esta não se confunde. A concepção doutrinária é vasta e envolve vários elementos que adiante serão estudados. O princípio foi forjado fora do país e acolhido pelo ordenamento interno, seu conteúdo é mais restrito e se refere à sobreposição de interesses infante-juvenis nos casos concretos em que estes colidirem com outros interesses.

É fato que o direito internacional influenciou diretamente na configuração da doutrina da proteção integral. Declarações Internacionais como a de Genebra de 1924 e a Declaração Universal dos Direitos da Criança de 1959, reconhecem a necessidade de uma proteção especial a esses sujeitos, assim como clama pela criação de leis especiais por meio das quais se atenda ao princípio do interesse superior da criança.⁴⁰

³⁸ MARQUES, Márcio Thadeu Silva. Melhor Interesse da Criança: do subjetivismo ao garantismo. In: PEREIRA, Tânia da Silva. **O melhor interesse da criança**, p. 472.

³⁹ A tradução gera dúvidas, já que no texto original o termo é “*best interest*” – ou *melhor* interesse. Para Pereira, estamos diante de um confronto entre um conceito qualitativo – *melhor* – e um quantitativo – *maior* – que deve ser resolvido em favor daquele, levando-se em consideração o conteúdo da Convenção, da Constituição e das normas infraconstitucionais brasileiras. Cf. PEREIRA, Tânia da Silva. O melhor interesse da criança, p. 6.

⁴⁰ PEREIRA, Tânia da Silva. O melhor interesse da criança, p. 4-5.

Numa comparação que leve em conta a exigibilidade dos documentos internacionais, é importante lembrar que as Convenções obrigam juridicamente os Estados que as ratificam, ao contrário das Declarações, que são intenções assumidas internacionalmente por seus signatários.⁴¹

Importa aprofundar, em relação à proteção especial para crianças e adolescentes, o que dispõe a Convenção Internacional dos Direitos da Criança, aprovada em 20 de novembro de 1989.

Segundo Bonnet⁴², uma questão seriamente debatida na fase de elaboração da Convenção, foi a relativa à definição de direitos universais “para as crianças, considerando a diversidade de percepções religiosas, sócio-econômicas e culturais da infância nas diversas nações.”.

A base doutrinária da proteção integral, existente nos dois documentos normativos – Convenção Internacional de 1989 e Estatuto da Criança e do Adolescente de 1990 – implica que:

[...] fundamentalmente, as crianças e adolescentes brasileiros passam a ser *sujeitos de direitos*. Essa categoria encontra sua expressão mais significativa na própria concepção de direitos humanos de *Lefort*: ‘o direito a ter direitos’, ou seja, da dinâmica dos novos direitos que surge a partir do exercício dos direitos já conquistados. [grifos no original]⁴³

Um paralelo entre as normativas em apreço, demonstra a existência de diretrizes comuns, por exemplo: respeito à condição da criança, garantia de direitos fundamentais aos sujeitos da lei sem qualquer discriminação através da disposição legal e criação de um sistema que defenda sempre e com zelo o melhor interesse da criança. Tais preceitos devem ser garantidos mediante fiscalização contínua⁴⁴.

A nota do respeito à condição da criança perpassa todas as determinações estatutárias, especialmente, na consagração da integralidade do sujeito, do princípio da prioridade absoluta na efetivação dos direitos, na proteção especial da integridade da criança e do adolescente e na relevância atribuída pelo legislador – para fins de interpretação – à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento⁴⁵.

⁴¹ VERONESE, Josiane Rose Petry. Humanismo e infância: a superação do paradigma da negação do sujeito, p. 434.

⁴² BONNET, Michel, 1988 *apud* PEREIRA, Tânia da Silva. O melhor interesse da criança, p. 5.

⁴³ VERONESE, Josiane Rose Petry. **Os direitos da criança e do adolescente**, p. 100.

⁴⁴ *Idem*.

⁴⁵ Esses elementos da teoria da proteção integral estão presentes no Estatuto, principalmente, nos seus seis primeiros artigos, que serão abordados nas páginas seguintes.

A universalidade dos direitos fundamentais infanto-juvenis vem afirmada no Estatuto, justamente em contraposição à doutrina jurídica anterior, que escolhia como alvos do Estado, através do Direito, apenas determinados sujeitos: os pobres ou aqueles com “desvio de conduta” ou, ainda, com autoria de atos anti-sociais⁴⁶ e intervinha sobre os mesmos sem garantir-lhes direitos fundamentais.

Em relação à criação de um sistema que privilegie o melhor interesse da criança, é possível estabelecer um paralelo entre os dois documentos – a Convenção e o Estatuto – com a análise do artigo 4º da Convenção:

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

Esse dispositivo determina a criação ou o ajuste de um sistema de garantias de direitos para a infância e a adolescência, dando especial atenção aos direitos sociais, econômicos e culturais.

O Estatuto implementa considerável regulamentação nesse sentido, tanto na parte geral, quando positiva direitos fundamentais e estipula o princípio da prioridade absoluta em sua efetivação, quanto no Livro II, cujas disposições criam mecanismos de exigibilidade destes direitos através de diversos atores e competências.⁴⁷

Há outras coincidências importantes entre a Convenção de 1989 e a Lei Federal de 1990, como a posição comum contra a institucionalização desenfreada, a intervenção no poder familiar em função de carência material e, de várias maneiras, o tratamento desumanizador dispensado freqüentemente aos adolescentes com suspeita ou comprovação de autoria de ato infracional.⁴⁸

A institucionalização é limitada pela teoria da proteção integral, tanto para aqueles com prática de ato infracional comprovada, quanto para aqueles que sofram violações de direitos fundamentais.

No caso de autoria comprovada de ato infracional, os direitos e garantias criados pelo Estatuto reduzem a possibilidade de restrição de liberdade de locomoção, principalmente

⁴⁶ Conforme explicitado anteriormente acerca da caracterização do “menor” no contexto técnico-jurídico e histórico da vigência do Código de Menores de 1979.

⁴⁷ Esse assunto será objeto de análise no segundo capítulo.

⁴⁸ VERONESE, Josiane Rose Petry. **Os direitos da criança e do adolescente**, p. 99 e ss.

se considerada a possibilidade de prisão cautelar para menores de idade, na doutrina anterior.⁴⁹

No que pertine a afastamentos do lar em função de ameaça ou violação de direitos fundamentais⁵⁰, o Estatuto determina que sejam efetivados apenas excepcional e provisoriamente, mediante medida de abrigo⁵¹.

Ainda, em relação a afastamento do lar nas hipóteses anteriores, estes não podem ocorrer em função de carência material; em caso desta ser a única motivação, cabe ao Estado a inclusão da família em programas de assistência social.⁵²

Estas medidas de abrigo devem ser revertidas em favor da família, no caso desta haver se reorganizado antes da ruptura do vínculo do poder familiar judicialmente, para receber a criança ou o adolescente, através da alteração na situação que propiciava violação grave a algum direito fundamental.

Se a reorganização familiar não ocorrer, os abrigamentos podem ser revertidos para “colocação em família substituta” – guarda, tutela ou adoção⁵³ –, a fim de que crianças e adolescentes deixem de ser “depositados” em instituições até o alcance da maioridade.

Nota-se aqui afinidade entre a norma interna e a Convenção Internacional dos Direitos da Criança, no que concerne ao acolhimento da doutrina da proteção integral.

Apenas para que não se incorra no erro de julgar a Doutrina da Proteção Integral e o Estatuto da Criança e do Adolescente, como frutos exclusivos de pressão internacional, é bom ressaltar os dados anteriormente mencionados acerca daquilo que foi chamado de bases sócio-políticas internas destes dois fenômenos.

⁴⁹ Conforme artigos 103 e seguintes do Estatuto da Criança e do Adolescente. Por exemplo, o artigo 106 – “Nenhum adolescente será privado de sua liberdade senão em flagrante de ato infracional ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente. Parágrafo Único – O adolescente tem direito à identificação dos responsáveis pela sua apreensão, devendo ser informado acerca de seus direitos.”; e o artigo 107 – “A apreensão de qualquer adolescente e o local onde se encontra recolhido serão incontinentemente comunicados à autoridade judiciária competente e à família do apreendido ou à pessoa por ele indicada. Parágrafo Único – Examinar-se-á, desde logo e sob pena de responsabilidade, a possibilidade de liberação imediata.”.

⁵⁰ Conforme o artigo 98, “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.”.

⁵¹ Em função do art.101, “Verificada qualquer das hipóteses previstas no art. 98, a autoridade competente poderá determinar, dentre outras, as seguintes medidas: [...]; VII - abrigo em entidade; [...]; Parágrafo Único – O abrigo é medida provisória e excepcional, utilizável como forma de transição para a colocação em família substituta, não implicando privação de liberdade.”.

⁵² Conforme o art. 23 do Estatuto e seu parágrafo único, “A falta ou a carência de recursos materiais não constitui motivo suficiente para a perda ou a suspensão do pátrio poder.” e “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.”.

⁵³ Esses procedimentos estão previstos pelos artigos 28 a 37 do Estatuto.

A história e as doutrinas jurídicas brasileiras sobre a questão da infância e da adolescência geraram e foram geradas por fenômenos muito próprios, tendo tido resposta social peculiar. As movimentações internas contra a doutrina da situação irregular são indiscutíveis; a pressão e as discussões sociais tiveram papel decisivo na conformação da doutrina da proteção integral.

Como já referido, o aspecto determinante e exclusivo da doutrina acolhida pelo Estatuto da Criança e do Adolescente é a definição de um rol de direitos fundamentais para a população em relevo, aspecto este que a separa definitivamente de qualquer outra doutrina jurídica já consolidada no Brasil.

É adequado abrir um parêntese para as ações sociais positivadas em relação a crianças e adolescentes pelo Código de Melo Matos, porém não se pode afirmar que este consolidou uma doutrina jurídica, apenas uma legislação especial que, por sua vez, foi sobrepujada pelo caráter discriminatório do contexto histórico e cultural. A pretensão de universalidade das referidas iniciativas legais de cunho social – direito à educação, por exemplo, para todos os chamados “menores” – foi obscurecida pela concepção de que interessa ao Estado e à sociedade intervir apenas em relação às situações em que o menor de idade gera “desordem social”.

No Estatuto da Criança e do Adolescente e na doutrina da proteção integral é inegável a relevância da afirmação dos direitos fundamentais, o que eleva as pessoas com idade entre zero e dezoito anos à condição de cidadãos, na acepção mais ampla do termo.

Decorre dessa alteração no Direito da Criança e do Adolescente, importante condicionante para uma quebra de paradigma⁵⁴, já que o cidadão pode e deve ter seus direitos concretizados, espontânea ou judicialmente, pelos poderes públicos e pela sociedade em geral.

Outra decorrência da análise feita em relação às sucessivas doutrinas jurídicas para crianças e adolescentes é o fato de que direitos geram obrigações em outras pessoas e instituições, o que também separa de forma abismal a doutrina atual das anteriores.

Para Bobbio:

‘Direito’ é uma figura deôntica e, portanto, é um termo da linguagem normativa, ou seja, de uma linguagem na qual se fala de normas e sobre normas. A existência de um direito, seja em sentido forte ou fraco, implica sempre a existência de um sistema normativo, onde por “existência” deve entender-se tanto o mero fato exterior de um direito histórico ou vigente, quanto o reconhecimento de um conjunto de normas como guia da própria ação. [...] **A velha idéia de que existem obrigações sem direitos**

⁵⁴ No sentido de um “[...] corpo implícito de crenças metodológicas e teóricas interligadas [...]” que permite “[...] a seleção, avaliação e a crítica.” no contexto da investigação científica. Cf. KUHN, Thomas. **A estrutura das revoluções científicas**. São Paulo: Perspectiva, 2003, p. 37.

correspondentes, como as obrigações de beneficência, derivava da negação de que o beneficiário fosse titular de um direito. [sem grifos no original]⁵⁵

A observação pode ser feita em relação à doutrina da situação irregular, fortemente enraizada no assistencialismo, especialmente na figura do “bom pai” encontrada no juiz de menores: a intervenção servia tutelar os “menores” e se baseava em critérios subjetivos.

Os direitos sociais têm posição privilegiada entre os direitos elencados pela Constituição e pelo Estatuto e envolvem os direitos à vida⁵⁶, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, à convivência familiar e comunitária e à assistência social.⁵⁷

Estes direitos integram, tradicionalmente, os direitos fundamentais nas Constituições ocidentais, ao menos desde o início do século XX, e compõem, junto com os direitos de liberdade, um conteúdo normativo a referenciar as ações estatais.

É necessário mencionar a forma como ocorreu a consolidação dos direitos sociais na história do Ocidente e também do Brasil, a fim de que as características deste processo possam ser compreendidas e confrontadas em termos de possíveis implicações perante crianças e adolescentes brasileiros.

O tempo que se seguiu ao constitucionalismo liberal⁵⁸ trouxe novas relações e novas demandas, as quais passaram a ser incorporadas progressivamente às constituições. Este tempo inaugurou um fenômeno que veio a ser denominado constitucionalismo social, e decorreu de alterações no contexto sócio-econômico, marcado pela proletarianização das massas.⁵⁹

O referido fenômeno foi marcado pela entrada dos direitos sociais no rol de direitos das constituições ocidentais, e resultou no aumento da intervenção estatal nas relações antes consideradas privadas. Essas alterações traduziram o “alargamento da questão social”

⁵⁵ BOBBIO, N. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 79.

⁵⁶ A inclusão do direito à vida pode gerar estranheza, mas a opção será explicitada na seção 1.3 deste capítulo.

⁵⁷ O conteúdo dos direitos sociais será abordado na seção 2.3 deste trabalho.

⁵⁸ WOLKMER, Antônio Carlos. **Constitucionalismo e direitos sociais no Brasil**. São Paulo: Acadêmica, 1989, p. 35. Segundo o autor, o ideário presente na consagração das Constituições Liberais deve ser analisado no contexto histórico em que efetivamente foi forjado, isto é, consiste no resultado da investida da classe burguesa contra a nobreza e o clero do século XVIII e do fim dos privilégios destas classes, em detrimento dos demais: “Explica-se a logicidade da concepção burguesa dos direitos e garantias fundamentais pelo fato de ter sido produzida por uma sociedade emergida de um processo libertário, que possuía a hegemonia ideológica de determinados princípios formalmente consagrados em textos político-jurídicos, tais como o individualismo, o liberalismo, a tolerância, a propriedade privada e o contratualismo”. Os direitos fundamentais foram cunhados, neste tempo, como os direitos individuais civis e políticos, e marcaram a natureza declaratória das Constituições da época.

⁵⁹ *Ibidem*, p. 18.

no Ocidente, com o aparecimento das reivindicações das massas trabalhadoras, do sindicalismo e do socialismo, do apoio da Igreja Católica “na afirmação de uma doutrina de justiça social”, da reestruturação do capitalismo – surge o capitalismo industrial e financeiro – e dos efeitos da Guerra de 1914-1918 e da Revolução Russa de 1917.⁶⁰

Para Wolkmer⁶¹, desde fins do século XIX, os direitos sociais no Ocidente foram objeto de inúmeros acordos em que agremiações representativas saíram vitoriosas, o que veio acompanhado de um pacto político entre o poder estatal e a porção dominante da sociedade, caracterizado pela incorporação da “Ordem econômica e social”.

Na interpretação do mencionado autor:

Tais transações e desencadeamentos particularizam-se em práticas de acentuada tendência socializante, como é o caso da Constituição Social Mexicana de 1917, da Declaração Russa dos Direitos do Povo Trabalhador e Explorado de 1918, da Lei Fundamental da República de Weimar de 1919, do Tratado de Versalhes (que estabelece as bases de uma Organização Internacional do Trabalho) e, finalmente, do Texto Político Espanhol de 1931.⁶²

A Constituição Mexicana merece destaque por ter representado o primeiro pacto político contendo uma declaração ideológica de direitos sociais e econômicos resultante de revolução⁶³. Além de direitos trabalhistas, foram positivados outros direitos sociais relacionados, como à educação, à subsistência. Além disso, os problemas humano-sociais foram colocados no centro do debate.⁶⁴

A Constituição de Weimar, de 1919, deve ser apontada como fato central na consolidação do constitucionalismo social, mas teve características a serem enfatizadas: buscou acomodar em seu texto as raízes da democracia burguesa individualista e as emergentes elaborações do socialismo, o que pode ser chamado de um projeto alternativo social-democrático⁶⁵. Registre-se, ainda, que esta foi a primeira empreitada feita por uma Nação para promover a conciliação entre princípios liberais e socialistas, em função dos exemplos negativos próximos da Revolução Soviética e dos excessos do capitalismo.⁶⁶

O processo de consolidação dos direitos sociais no Brasil merece certo destaque, em função de possuir características peculiares, como será aprofundado. Esses direitos foram incorporados, pela primeira vez a uma Constituição brasileira, em 1934.

⁶⁰ WOLKMER, Antônio Carlos. **Constitucionalismo e direitos sociais no Brasil**, p. 18.

⁶¹ Idem.

⁶² Idem.

⁶³ Ibidem, p. 19.

⁶⁴ Idem.

⁶⁵ Ibidem, p. 20.

⁶⁶ Idem.

Para Wolkmer, o processo brasileiro de modernização conservadora marca o período pós-Revolução de 1930⁶⁷ e se caracteriza pela acolhida de um “dirigismo pelo alto” que tem como finalidades: “a reordenação das funções e estruturas do Estado, a integração da sociedade nacional burguesa, o desenvolvimento econômico-industrial e a incorporação de uma ‘inovadora’ política de direitos sociais”⁶⁸. Um dado importante que veio aprofundar esta característica e, por conseguinte, a obstaculização da luta de classes no Brasil da década de 30 foi a “forma paternalista com que o novo referencial de Estado age em relação ao problema social”⁶⁹.

A forte vinculação do Governo Vargas à “questão social”, fato inédito no Brasil da época, foi fruto da importância assumida pela classe trabalhadora na implantação de um campo industrial no país. Assim é que:

Antes de 1930, portanto, a ‘questão social’ não aparecia no discurso dominante senão como fato excepcional e episódico, não porque não estivesse já, mas porque não tinha condições de se impor como questão inscrita no pensamento dominante. [...] A ‘questão social’, por ser ilegítima, não era uma ‘questão’ legal, mas ilegal, subversiva e que, portanto, deveria ser tratada no interior dos aparelhos repressivos do Estado.⁷⁰

O governo provisório pós-revolução nomeia então uma comissão para apresentar anteprojeto de um novo pacto político, chamada Comissão Itamaraty, que apresentou um anteprojeto constitucional, também voltado para a consolidação dos direitos sociais.

Embora acusado de ser apenas um “retoque” na ordem anterior – República Velha – o anteprojeto provocou reações da bancada oligárquica e de grupos acostumados aos privilégios políticos e econômicos do liberalismo burguês da Constituição de 1891.⁷¹

O resultado desse processo foi a absorção dos direitos sociais pela primeira vez em uma constituição brasileira, no Capítulo “Da Ordem Econômica e Social” do Título IV, artigos 115 a 143.

A política social constitucionalizada à época pode ser sintetizada pela pluralidade sindical – jamais regulamentada -, intervenção nas relações entre capital e trabalho para a proteção do trabalhador e dos interesses econômicos do país, remuneração igual para funções iguais, jornada mínima de oito horas, salário mínimo, férias remuneradas, repouso semanal –

⁶⁷ Cf. WOLKMER, Antônio Carlos. **Constitucionalismo e direitos sociais no Brasil**, p 36, 59-60. Essa revolução foi impulsionada, em poucas linhas, pela crise da depressão mundial de 1929, da economia agro-exportadora interna, da fraqueza das instituições da República Velha, da ineficácia do texto constitucional de 1891 e pelo aumento da consciência das classes trabalhadoras e resultou numa coalizão de forças que deu a Getúlio Vargas a chefia do governo provisório, com o intuito de instaurar uma nova ordem constitucional.

⁶⁸ *Ibidem*, p. 22.

⁶⁹ *Ibidem*, p. 27.

⁷⁰ *Ibidem*, p. 46.

⁷¹ *Ibidem*, p. 102.

preferencialmente aos domingos -, indenização por dispensa sem justa causa, assistência médica ao trabalhador ou trabalhadora e instituição da Justiça do Trabalho.

De acordo com Wolkmer:

Verificar-se-á, na redação do texto final, a singularidade de um hibridismo que busca conciliar as dissociações entre um projeto de modernização conservadora e a inflexível ‘resistência’ do liberalismo oligárquico. Não obstante o pacto político haver incorporado [...] ‘avançada’ política social – defendida na Constituinte pelas pequenas bancadas, pelas forças do autoritarismo revolucionário e pelo próprio tenentismo – refletirá, sobretudo, a supremacia das grandes bancadas, identificadas com as metas do regionalismo burguês-oligárquico do centro-sul do país. Estes setores, beneficiados com o ecletismo do texto, retomam e restauram alguns dos mais caros princípios do ideário federalista e do modelo político liberal-democrático.⁷²

Os dados relativos ao surgimento e à constitucionalização dos direitos sociais no mundo ocidental, mais especificamente no Brasil, demonstram uma característica importante dos direitos fundamentais em geral e dos sociais, em particular: a historicidade.

Se há discussões filosóficas quanto ao fundamento dos direitos do Homem – se é filosófico, se é jurídico, se é histórico⁷³ – o fato é que a historicidade, se não for o grande fundamento, é uma característica importante e determinante do sentido destes direitos.

Em relação aos direitos sociais essa assertiva torna-se mais clara, eis que não foram consolidados com a teorização do Contrato Social, tampouco com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão da Revolução Francesa. O que leva a crer que não podem ser considerados fora do contexto institucional.

Os direitos fundamentais sociais, e rigor, surgem do fenômeno capitalista de industrialização e sua concretização depende do Estado. Em outras palavras, não podem prescindir de ações públicas afirmativas que intentem e que obtenham uma equalização de condições de vida, no contexto histórico.

Outra característica importante – e especificamente nacional – decorre do fato de que as massas trabalhadoras foram tratadas como necessitadas do auxílio do Estado-provedor para a “conquista” de seus direitos, o que resultou na manutenção ou no aumento da relação de dependência. É o que se depreende de toda a descrição do processo de absorção das demandas sociais ao constitucionalismo brasileiro feita anteriormente.

⁷² WOLKMER, Antônio Carlos. **Constitucionalismo e direitos sociais no Brasil**, p. 121.

⁷³ Quanto ao fundamento dos direitos fundamentais, Bobbio entende ser histórico. Cf. BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**, p. 26. Nesse trabalho, o que se aponta é o fato de que a característica da historicidade é indiscutível e determinante na compreensão da categoria em si e de suas implicações teórico-jurídicas. Contudo, não se está afastando a hipótese de os fundamentos dos direitos fundamentais residirem em valores universais, por exemplo.

Em âmbito internacional, os direitos sociais foram positivados no Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC), adotado pela XXI Assembléia Geral das Nações Unidas, na Resolução nº. 2.200, de 16 de dezembro de 1966, que entrou em vigor em 3 de janeiro de 1976.

O PIDESC teve a finalidade de transformar os dispositivos da Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948 em preceitos dotados de obrigatoriedade para os Estados-parte.

De acordo com Piovesan:

[...] assumindo a roupagem de tratado internacional, o intuito desse Pacto foi permitir a adoção de uma linguagem de direitos que implicasse obrigações no plano internacional, mediante a sistemática da *international accountability*. Isso é, como outros tratados internacionais, esse Pacto criou obrigações legais aos Estados-partes, ensejando responsabilização em caso de violação dos direitos que enuncia⁷⁴.

A Presidência da República Federativa do Brasil promulgou o PIDESC através do Decreto nº. 592, de 7 de julho de 1992, anteriormente incorporado pelo Decreto Legislativo nº. 226, de 12 de dezembro de 1991.

Os direitos sociais adotados pelo referido Pacto não diferem em nada do rol acolhido pela CRFB/88: igualdade entre homens e mulheres no gozo dos direitos em apreço; direito ao trabalho e à profissionalização; à previdência e à seguridade social; à assistência e proteção à família, aos filhos e ao matrimônio; à alimentação, à moradia e à melhoria contínua das condições de vida; à saúde física e mental; à educação para o pleno desenvolvimento, para a dignidade da pessoa humana e para o respeito aos direitos humanos e liberdades fundamentais; à participação na vida cultural e no progresso científico.

Em relação a crianças e adolescentes o artigo 11 do PIDESC dispõe especificamente o seguinte:

1. Os Estados Partes no presente pacto reconhecem o direito de toda pessoa a um nível de vida adequado para si próprio e sua família, inclusive à alimentação, vestimenta e moradia adequadas, assim como a uma melhoria contínua de suas condições de vida. Os Estados Partes tomarão medidas apropriadas para assegurar a consecução desse direito, reconhecendo, nesse sentido, a importância essencial da cooperação internacional fundada no livre consentimento.
2. Os Estados Partes no presente Pacto, reconhecendo o direito fundamental de toda pessoa de estar protegida contra a fome, adotarão, individualmente e mediante cooperação internacional, as medidas, inclusive programas concretos, que se façam necessárias para:

⁷⁴ PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 7. ed. rev., ampl. e atualiz. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 168.

- a) melhorar os métodos de produção, conservação e distribuição de gêneros alimentícios pela plena utilização dos conhecimentos técnicos e científico, pela difusão de princípios de educação nutricional e pelo aperfeiçoamento ou reforma dos regimes agrários, de maneira que se assegurem a exploração e a utilização mais eficazes dos recursos naturais;
- b) assegurar uma repartição eqüitativa dos recursos alimentícios mundiais em relação às necessidades, levando-se em conta os problemas tanto dos países importadores quanto dos exportadores de gêneros alimentícios.⁷⁵

É clara a coerência entre normas relativas aos direitos sociais de crianças e adolescentes brasileiros: o PIDESC, criado em 1966 e promulgado em 1992, coincide com o padrão humanista da Convenção dos Direitos da Criança da ONU, de 1989, da Constituição Federal, de 1988, e do Estatuto da Criança e do Adolescente, de 1990

A CRFB/88 conferiu aos tratados de direitos humanos *status* de norma constitucional, ao estabelecer que:

Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

§ 1º - As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

§ 2º - Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

§ 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.⁷⁶

O primeiro parágrafo confere aplicação imediata às normas constitucionais definidoras de direitos e garantias fundamentais, nos seguintes termos:

Esse princípio realça a força normativa de todos os preceitos constitucionais referentes a liberdades e garantias fundamentais, prevendo um regime jurídico específico endereçado a tais direitos. Vale dizer, cabe aos Poderes públicos conferir eficácia máxima e imediata a todo e qualquer preceito definidor de direitos e garantia fundamental⁷⁷.

Para Piovesan, em decorrência do segundo parágrafo, a *contrario sensu*, estão incluídos no rol de direitos fundamentais do Estado brasileiro, os direitos constantes de tratados de direitos humanos em que o Brasil é parte. Para a autora, “Esse processo de

⁷⁵ ONU. **Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais** – PIDESC. Disponível em <<http://www.camara.gov.br/Internet/comissao/index/perm/cdh/Pidesc>>. Acesso: 9 fev. 2007

⁷⁶ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 5-13.

⁷⁷ PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**, p. 35-36.

inclusão implica a incorporação pelo Texto Constitucional de tais direitos”⁷⁸. Mais adiante, afirma que essa posição é a que respeita a racionalidade e a principiologia da CRFB/88, em especial, a consagração do princípio da dignidade da pessoa humana.

A tendência de parte da doutrina e do Supremo Tribunal Federal – a partir de 1977 - de equiparar as normas de tratados internacionais às leis federais fere a Convenção de Viena, segundo a qual todo o tratado em vigor possui obrigatoriedade em relação aos seus signatários e deve ser cumprido de boa-fé.

O terceiro parágrafo do artigo 5º da CRFB/88, incluído pela Emenda Constitucional nº. 45, de 8 de dezembro de 2004, pretende responder à polêmica doutrinária sobre o *status* normativo, submetendo a natureza constitucional das normas internacionais definidoras de direitos humanos à aprovação por três quintos dos votos dos membros das duas casas do Congresso Nacional, em dois turnos.

Piovesan alega que haveria mais coerência entre as disposições dos parágrafos segundo e terceiro do mesmo artigo, se este último apenas reconhecesse o *status* constitucional sem submissão a nenhuma aprovação parlamentar⁷⁹.

Os tratados já ratificados, à evidência, deverão ser considerados norma constitucional, senão pelos argumentos acima referidos – parágrafo 2.º do artigo 5.º da Constituição Federal, racionalidade e principiologia – pelo fato de que não teria lógica serem de nível federal, enquanto seus eventuais protocolos, com entrada em vigor após a Emenda Constitucional nº. 45, ascendessem à esfera constitucional. Também não é possível aceitar argumentos contrários à constitucionalização dos mesmos tratados baseados na falta da aprovação qualificada do parágrafo terceiro, já que, no momento de sua ratificação o procedimento não era previsto⁸⁰.

O PIDESC, por exemplo, que passou por procedimento legislativo de ratificação e foi devidamente promulgado pela Presidência da República nos termos que o ordenamento jurídico dispunha à época.

Segundo Abramovich e Courtis:

El derecho internacional y el derecho interno interactúan, cada vez con mayor énfasis, auxiliándose mutuamente en el proceso de tutela de los derechos humanos y superando así la visión clásica que los distinguía de

⁷⁸ PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**, p. 52. Para a autora, a tendência de parte da doutrina e do Supremo Tribunal Federal – a partir de 1977 - de equiparar as normas de tratados internacionais e as leis federais, fere o princípio da boa-fé e a Convenção de Viena, onde se determina que todo o tratado em vigor possui obrigatoriedade em relação aos que o firmaram e deve ser cumprido de boa-fé.

⁷⁹ Ibidem, p. 71.

⁸⁰ Ibidem, p. 72.

manera tajante. [...] En el últimos quince años, diversas constituciones iberoamericanas han subrayado la importancia de aplicar los instrumentos internacionales de derechos humanos en el derecho interno.⁸¹

A interpretação dada aos pactos e às obrigações neles instituídas deve ser levada seriamente em conta pelos tribunais internos, tanto por razões normativas – a delegação, por parte dos Estados, de poderes interpretativos a instancias internacionais⁸² – quanto por razões práticas, pois “[...] el desconocimiento de la interpretación de los organismos internacionales provocará, además de un dispendio jurisdiccional inútil tanto en sede interna como en sede internacional, la responsabilidad del Estado por incumplimiento de sus obligaciones de acuerdo a los Pactos”⁸³.

Após a análise do processo histórico de consolidação e de ampliação dos direitos fundamentais com a recepção dos direitos sociais, é necessário abordá-los na ótica da teoria garantista.

O posicionamento dos direitos fundamentais na teoria garantista é central para a compreensão da instrumentalidade do Estado e de seus poderes, assim como é importante para a compreensão da doutrina da proteção integral de crianças e adolescentes que, como já referido, é essencialmente matizada pelos direitos fundamentais desta população.

Segundo a teoria garantista de Ferrajoli, direitos fundamentais são:

[...] todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a ‘todos’ los seres humanos en cuanto dotados del *status* de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar; entendiendo por ‘derecho subjetivo’ cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica; y por ‘status’ la condición de un sujeto, prevista por una norma jurídica positiva, como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicio de éstas⁸⁴.

⁸¹ ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. **Los derechos sociales como derechos exigibles**, p. 71. (O direito internacional e o direito interno interagem, cada vez com maior ênfase, auxiliando-se mutuamente no processo de tutela dos direitos humanos e superando, assim, a visão clássica que os distinguia de maneira marcante. [...]. Nos últimos quinze anos, diversas constituições ibero-americanas têm acentuado a importância de aplicar os instrumentos internacionais de direitos humanos no direito interno.) [Tradução nossa].

⁸² Ibidem, p. 76

⁸³ Idem. ([...] o desconhecimento da interpretação dos organismos internacionais provocará, além de um dispêndio jurisdiccional inútil tanto em sede interna como em sede internacional, a responsabilidade do Estado pelo descumprimento de suas obrigações de acordo com os Pactos.) [Tradução nossa].

⁸⁴ FERRAJOLI, Luigi. **Derechos Fundamentales**. In: _____. **Derechos y garantías: la ley del más débil**. 2 ed.. Madri: Trotta, 2001, p. 37. ([...] todos aqueles direitos subjetivos que correspondem universalmente a “todos” os seres humanos enquanto dotados de *status* de pessoas, de cidadãos ou pessoas com capacidade de agir; entendendo por “direito subjetivo” qualquer expectativa positiva (de prestações) ou negativa (de não sofrer lesões) adstrita a um sujeito, prevista por uma norma jurídica positiva, como pressuposto de sua idoneidade para ser titular de situações jurídicas e/ou autor dos atos que são o exercício destas.) [Tradução nossa].

O conceito de direito subjetivo de Ferrajoli enseja uma comparação com a teoria clássica kelseniana, que será feita no próximo capítulo, necessária para a compreensão da relação entre os direitos e as garantias dos mesmos. Por ora, basta a análise da universalidade e da formalidade de seu conceito de direito fundamental.

Para Ferrajoli⁸⁵, a definição não é dogmática, pois não depende de análises empíricas, como do fato de determinado direito estar formulado em Constituições ou leis fundamentais, já que o núcleo de seu conceito de direitos fundamentais está na natureza universal.

Da universalidade presente nos direitos fundamentais decorre que a positivação em nível constitucional, por exemplo, é dado importante para concluir pela existência ou a vigência de determinado direito em determinado ordenamento, mas não para a compreensão do sentido do termo direitos fundamentais do ponto de vista garantista. A teoria em análise identifica o *status* de direito fundamental em direitos previstos, inclusive, em leis ordinárias, como é o caso das garantias processuais.

O caráter formal ou estrutural da definição se demonstra também no fato de basear-se na universalidade e não no conteúdo dos direitos. Para Ferrajoli⁸⁶, se o direito à liberdade fosse considerado alienável ou restrito, como nos regimes totalitários, deixaria de encaixar-se no conceito de direitos fundamentais.

A formalidade do conceito não exclui a base de igualdade jurídica dos direitos fundamentais, já que o elemento da universalidade é viés estrutural da categoria em análise. Em outras palavras, a igualdade jurídica reside no fato de que a teoria garantista reconhece como fundamentais aquelas expectativas positivadas de prestações ou de abstenções, que se ligam a toda uma gama de sujeitos, sem exceções. Ferrajoli enfatiza que a universalidade ou a titularidade de todos os sujeitos é relativa à classe aos quais estes pertencem e que está reconhecida pela lei.⁸⁷

A universalidade dos direitos atribuídos é elemento da doutrina da proteção integral. Por essa doutrina fica consubstanciada a condição de sujeito de direitos às crianças e aos adolescentes, pois as prerrogativas resguardadas à população infanto-juvenil são inalienáveis e irrestritas.

⁸⁵ FERRAJOLI, Luigi. Derechos Fundamentales. In: _____. **Derechos y garantías** p. 37.

⁸⁶ Ibidem, p. 38.

⁸⁷ Ibidem, p. 38-39.

Todavía, Ferrajoli⁸⁸ reconhece uma raiz axiológica para os direitos fundamentais, pois afirma que o fundamento ético-político destes direitos não está em seu conceito ou na sua própria existência; entende que os direitos fundamentais são meios para o alcance de determinados fins:

[...] la *igualdad*, en las expectativas asumidas axiológicamente como fundamentales, como los derechos a la vida, a algunas libertades y a la autodeterminación civil y política; la *democracia*, resultante, en sus distintas dimensiones, de la realización de la igualdad en otros tantos tipos de derechos; la *paz*, o sea, la pacífica convivencia proveniente, según el paradigma kantiano, de la convivencia entre los derechos fundamentales de cada uno y de todos; la *tutela del más débil* frente al abuso del más fuerte, que aquéllos pueden impedir o, en todo o caso, limitar.⁸⁹ [grifos no original]

Os conteúdos tradicionais dos direitos fundamentais – liberdades e direitos à sobrevivência, à igualdade e à dignidade dos seres humanos – adquiriram *status* fundamental em função de serem universais. Em rigor:

[...] si son normativamente de ‘todos’ (los miembros de una determinada clase de sujetos), estos derechos no son alienables o negociables sino que corresponden, por decirlo de algún modo, a prerrogativas no contingentes e inalterables de sus titulares y a otros tantos limites y vínculos insalvables para todos los poderes, tanto públicos como privados⁹⁰.

Os direitos fundamentais são tradicionalmente divididos em direitos de liberdade (direitos de) e direitos sociais (direitos a):

Los primeros, correspondientes a prohibiciones y prestaciones negativas, y los segundos, a obligaciones y prestaciones positivas del estado. [...] De los derechos de libertad, a los que corresponden prohibiciones, no son determinables los contenidos sino solamente los límites: así, por ejemplo, no cabe identificar los infinitos actos que constituyen el ejercicio de la libertad de palabra o de la libertad personal, sino sólo los límites (prohibición de difamar, de calumniar, etc) o las condiciones que legitiman su limitación (sólo por orden motivada de la autoridad judicial, cuando concurren indicios de criminalidad y similares). De los derechos sociales, a los que corresponden obligaciones, resultan por el contrario predeterminables los contenidos pero no los límites, siendo variables las necesidades y las expectativas que expresan, como también lo es el grado en que pueden ser

⁸⁸ FERRAJOLI, Luigi. Los Fundamentos de los derechos fundamentales. In: _____. **Los fundamentos de los derechos fundamentales**, p. 315.

⁸⁹ Ibidem, p. 317-318. ([...] a *igualdade*, nas expectativas assumidas axiológicamente como fundamentais, como os direitos à vida, a algumas liberdades e à autodeterminação civil e política; a *democracia*, resultante, em suas distintas dimensões, da realização da igualdade em outros tantos tipos de direitos; a *paz*, ou seja, a pacífica convivência proveniente, segundo o paradigma kantiano, da convivência entre os direitos fundamentais de cada um e de todos; a *tutela do mais fraco* frente ao abuso do mais forte, que aqueles podem impedir ou, em todo o caso, limitar.) [grifos no original] [Tradução nossa]

⁹⁰ Ibidem, p. 39. ([...] se são normativamente de “todos” (os membros de uma determinada classe de sujeitos), estes direitos não são alienáveis ou negociáveis, e sim correspondem, para dizê-lo de algum modo, a prerrogativas não contingentes e inalteráveis de seus titulares e a outros tantos limites e vínculos inafastáveis para todos os poderes, tanto públicos como privados.) [Tradução nossa].

satisfechas, según los momentos, los lugares, las circunstancias y, sobretudo, el grado de desarrollo económico y civil: así, los derechos a la educación, a la salud o a la subsistencia remiten a obligaciones de prestaciones cuantitativamente cambiantes según los distintos niveles de vida consentidos en cada ordenamiento.⁹¹

Ferrajoli, com sua proposta garantista, revisa a própria forma de legitimação do Estado – e de seus poderes – ao analisar a passagem do Estado Liberal de Direito para o Estado Social de Direito.⁹² O Estado Liberal, o primeiro a ser constituído na história da modernidade, é vinculado somente por proibições que garantem os direitos de liberdade dos cidadãos, como a liberdade de opinião, de crença religiosa, entre outros.⁹³ A anexação de outros direitos, como a subsistência, a alimentação, o trabalho, a saúde, a educação etc., levou a que se exigissem do Estado prestações positivas e não apenas abstenção. Por isso:

[...] cuando un ordenamiento constitucional incorpora sólo prohibiciones, que requieren prestaciones *negativas* en garantía de los derechos de libertad, se caracteriza como *estado de derecho liberal*; cuando por el contrario incorpore también obligaciones, que requieren prestaciones *positivas* en garantía de derechos sociales, se caracterizará como *estado de derecho social*. [grifos no original]⁹⁴

Para delinear melhor a recepção dos direitos sociais ao rol de direitos fundamentais importa compará-los com os direitos de liberdade e depois analisar a adequação entre os direitos sociais e os postulados tradicionais do Direito e do Estado, dentro dos limites do trabalho.

⁹¹ FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón**, p. 915-916. (Os primeiros, correspondentes a proibições e prestações negativas, e os segundos, a obrigações e prestações positivas do estado. [...] Dos direitos de liberdade, aos quais correspondem proibições, os conteúdos não são determináveis, mas somente os limites: assim, por exemplo, não cabe identificar os infinitos atos que constituem o exercício da liberdade de expressão ou da liberdade pessoal, mas somente os limites (proibição de difamar, de caluniar, etc.) ou as condições que legitimam sua limitação (somente por ordem motivada da autoridade judicial, quando concorram indícios de criminalidade e similares). Dos direitos sociais, aos quais correspondem obrigações, resultam, pelo contrário, predetermináveis os conteúdos, mas não os limites, sendo variáveis as necessidades e as expectativas que expressam, segundo os momentos, os lugares, as circunstâncias e, sobretudo, ao grau de desenvolvimento econômico e civil: assim, os direitos à educação, à saúde ou à subsistência remetem a obrigações de prestações quantitativamente alteráveis segundo os distintos níveis de vida consentidos em cada ordenamiento.) [Tradução nossa].

⁹² *Ibidem*, p. 918.

⁹³ Cf. FERRAJOLI, Luigi. **Derechos fundamentales**. In: **Derechos y garantías**, p. 45 e ss. O direito de propriedade foi inapropriadamente incluído como direito fundamental ao lado das liberdades. Apenas o direito de adquirir - e não as liberdades de negócio e de lucro – se conforma ao critério de indisponibilidade e inalienabilidade dos direitos fundamentais. Cf. Luigi. **Derechos fundamentales**. In: **Derechos y garantías**, p. 45 e ss.

⁹⁴ FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón**, p. 861. (Diremos, por conseguinte, que quando um ordenamento constitucional incorpora somente proibições, que requerem prestações *negativas* em garantia dos direitos de liberdade, se caracteriza como *estado de direito liberal*; quando pelo contrário incorpora também obrigações, que requerem prestações *positivas* em garantia de direitos sociais, se caracteriza como *estado de direito social*.) [Tradução nossa].

Prieto Sanchís analisa o traslado da teoria jusnaturalista racional do início do século XVII – contratualismo – para o constitucionalismo do fim do século XVIII, no ponto em que este absorve o fenômeno dos direitos humanos ou fundamentais. Isso ocorreu em função de três coincidências: de objetivo ou finalidade, de conteúdo e de sujeitos.

O objetivo ou finalidade se referia à preservação dos valores hegemônicos da época – vida, liberdade e propriedade –, que eram considerados inatos, inalienáveis e universais.⁹⁵

O sujeito dos direitos fundamentais ou humanos do fim do século XVIII é um sujeito “abstrato e racional”, “autônomo e independente”, assim como o sujeito-cidadão contratualista que abre mão de alguns direitos naturais em favor de um contrato social e da garantia de algum interesse próprio, o que legitimaria as instituições. Um sujeito que “[...] en calidad de propietario y movido asimismo sólo por el interés, pactaba sucesivos negocios jurídicos de acuerdo con unas reglas fijas y seguras, sin, que fuera relevante la condición social de quienes negociasen ni qué cosas se intercambiaran.”⁹⁶

Quanto ao conteúdo, os direitos se definiam pela necessidade de que estivessem garantidos pelo Estado, a vida, a propriedade e a liberdade frente aos demais indivíduos e ao próprio Estado.

No contexto do constitucionalismo liberal, são forjados dois os “lemas” da supremacia constitucional e da artificialidade ou instrumentalidade do Estado ou das instituições políticas. Referido lemas são basilares na concepção de Estado e de direitos no Ocidente. O primeiro significa que os direitos apontados pelas constituições como fundamentais constituem cláusulas de pedra contra as decisões da maioria. O segundo determina que as instituições só têm razão de existir se servirem à preservação dos direitos.⁹⁷

A questão que Prieto Sanchís põe em evidência ao refletir sobre os direitos sociais é a seguinte:

[...] si esta concepción de los derechos fundamentales resulta apta o aplicable a todo un conjunto de derechos que actualmente se hayan recogidos en las Constituciones y en las Declaraciones internacionales, pero que no presentan la fisonomía de los primeros derechos fundamentales incorporados por el constitucionalismo de finales del XVIII: [...].⁹⁸

⁹⁵ PRIETO SANCHÍS, Luis. **Ley, Principio, Derechos**. Madri: Dykinson, 1998, p. 69 e ss.

⁹⁶ Ibidem, p. 69. ([...] e que, na qualidade de proprietário e movido, do mesmo modo, somente pelo interesse, pactuava sucessivos negócios jurídicos de acordo com regras fixas e seguras, sem que fosse relevante a condição social de quem negociasse e nem a natureza dos bens transferidos.) [Tradução nossa].

⁹⁷ Ibidem, p. 70.

⁹⁸ Ibidem, p. 71. (Se esta concepção dos direitos fundamentais resulta apta ou aplicável a todo um conjunto de direitos que, atualmente, se encontram reconhecidos nas Constituições e Declarações internacionais, mas que não apresentam a fisionomia dos primeiros direitos fundamentais incorporados pelo constitucionalismo dos finais do século XVIII: [...].) [Tradução nossa].

Para Ferrajoli⁹⁹, conseqüência natural na abordagem garantista é que da passagem do Estado Liberal para o Estado Social decorrem duas mudanças: uma normativa, pois os poderes do Estado passam a conviver com vínculos de limitação e de implementação; e outra quanto à base de legitimação destes poderes, que se justificarão pelo respeito aos “direitos de” e aos “direitos a”.

Disto decorre que à pergunta de Prieto Sanchís – se os direitos sociais se encaixam no modelo ocidental de direito pensado a partir dos lemas da supremacia constitucional e instrumentalidade do Estado e de suas instituições –, Ferrajoli responderia afirmativamente: os direitos fundamentais vinculam os poderes públicos através do dever de se abster de interferir nas esferas estritamente individuais e através do dever de criar, executar e ordenar normas de organização para a concretização dos direitos sociais. Os poderes públicos se legitimam pela garantia dos direitos fundamentais que estão na Constituição. A supremacia constitucional permanece, mas com a absorção dos direitos sociais implica na ampliação da base de legitimação do Estado e do Direito.

Essa é a renovação que a própria doutrina da proteção integral, ao incluir direitos sociais no rol de prerrogativas de crianças e adolescentes, também apresenta ao Estado e ao Direito brasileiros. A supremacia constitucional e a instrumentalidade dos poderes públicos à consecução dos direitos fundamentais obrigam a um aprofundamento teórico.

A posição garantista em relação à centralidade da pessoa humana, em face dos poderes públicos, aponta para os objetivos da proteção integral como doutrina jurídica adotada pelo Estatuto, que tem como princípio constitucional, a prioridade absoluta na concretização dos direitos fundamentais de crianças e adolescentes brasileiros.

1.2 A criança e o adolescente como sujeitos de direitos fundamentais sociais

A condição de sujeito de direitos no âmbito do Direito da Criança e do Adolescente e da doutrina da proteção integral vem reconhecida nos artigos 2º a 6º do Estatuto. Para caracterizá-la é necessário, em primeiro plano, investigar o sentido do sujeito.

O sujeito do Direito da Criança e do Adolescente – criança ou adolescente – é toda pessoa com idade entre zero e dezoito anos, independentemente de outra espécie de

⁹⁹ FERRAJOLI, Luigi. **Dercho y razón**, p. 915.

caracterização, como por exemplo: delinquência, exposição a perigo moral ou pobreza. Crianças são aquelas pessoas com até doze anos incompletos, e adolescentes, aquelas com idade entre doze e dezoito anos incompletos, segundo o artigo 2.º do Estatuto.

Solari¹⁰⁰ alerta para a importância da distinção entre crianças e adolescentes, pois, se em regra possuem os mesmos direitos, há diferenças em relação ao encaminhamento da reação estatal perante a prática de um ato infracional e na hipótese de colocação em família substituta na forma de adoção.

O adolescente deve ter resposta estatal mais rigorosa em caso de prática de ato infracional, ou seja, quando incorre nas condutas tipificadas pelo Código Penal e pela legislação penal extravagante como crime ou contravenção¹⁰¹. As medidas sócio-educativas são as cabíveis para este caso e possuem certa gravidade, já que podem chegar, em último caso, à limitação da liberdade do adolescente, através de Internação¹⁰². Contudo, o caráter sócio-educativo implica resgatar o sujeito para um projeto de vida mais adequado aos valores humanistas. Não é por outra razão que o Estatuto opta pela natureza pedagógica da medida e pela preservação dos vínculos familiares¹⁰³.

Quando praticado por criança, o ato infracional requer a aplicação de medidas protetivas, que têm como referência a concretização dos direitos fundamentais da pessoa com idade inferior a doze anos¹⁰⁴. Essas medidas não implicam limitação de liberdade. Um exemplo é a matrícula e a frequência à escola¹⁰⁵, que devem ser observadas, pois podem estar comprometidas no momento da prática infracional.

¹⁰⁰ SOLARI, Ubaldino Calvento. Artigo 2º. In: CURY, Munir (coord.). **Estatuto da criança e do adolescente comentado**: comentários jurídicos e sociais. 6. ed. ver. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 15.

¹⁰¹ Cf. artigo 103 do Estatuto: “Considera-se ato infracional a conduta descrita como crime ou contravenção penal.”

¹⁰² Cf. artigo 112 do Estatuto, “Verificada a prática de ato infracional, a autoridade competente poderá aplicar ao adolescente as seguintes medidas: I - advertência; II - obrigação de reparar o dano; III - prestação de serviços à comunidade; IV - liberdade assistida; V - inserção em regime de semiliberdade; VI - internação em estabelecimento educacional; VII - qualquer uma das previstas no art. 101, I a VI. [...]”

¹⁰³ Cf. artigo 113 c/c artigo 100.

¹⁰⁴ Cf. o artigo 105 do Estatuto: “Ao ato infracional praticado por criança corresponderão as medidas previstas no art. 101”.

¹⁰⁵ Cf. artigo 101 do Estatuto: “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; VIII - colocação em família substituta. Parágrafo Único - O abrigo é medida provisória e excepcional, utilizável como forma de transição para a colocação em família substituta, não implicando privação de liberdade.”

Na seara da adoção, ao adolescente é resguardado o direito de ser ouvido a fim de dar seu consentimento ou não¹⁰⁶, o que ocorre com a criança apenas quando possível¹⁰⁷.

Quanto ao limite etário determinado pela lei para a proteção especial, Netto faz o seguinte comentário:

O que hoje sabemos sobre processos básicos de natureza psicológica nos primeiros anos de vida humana, sobre fatores que contribuem para retardar ou causar danos ao desenvolvimento, sobre riscos, distúrbios, anomalias e dificuldades que geram uma infância infeliz e prenunciam conflitos e problemas sérios na futura pessoa adulta, é mais do que suficiente para justificar a compreensão do caráter fundamental dos chamados ‘anos formativos’ que, em média, correspondem aos dois primeiros decênios de vida.¹⁰⁸

O reconhecimento de que os indivíduos de idade entre zero e dezoito anos são o futuro da sociedade não apreende satisfatoriamente o fenômeno infanto-juvenil. A infância e a adolescência precisam ser compreendidas como realidades diferentes da maturidade do mundo adulto e como seres que precisam de ações alheias para ter seu crescimento e desenvolvimento preservados e garantidos.¹⁰⁹

Aliás, este é um dado relevante, pois se crianças e adolescentes são o futuro terão – na prática das instituições públicas e sociais – expectativas de direitos e não exigências em relação ao seu desenvolvimento e suas características presentes, como é o que se depreende da positivação de direitos fundamentais pela lei atual.

Para Vercellone:

Crianças e adolescentes não são mais pessoas *capitis deminutae*, mas sujeitos de direitos plenos; eles têm, inclusive, mais direitos que os outros cidadãos, isto é, eles têm direitos específicos depois indicados nos títulos sucessivos da primeira parte [do Estatuto]; e estes direitos específicos são exatamente aqueles que têm que lhes assegurar o desenvolvimento, o crescimento, o cumprimento de suas potencialidades, o tornar-se cidadãos adultos livres e dignos.¹¹⁰

Como visto, às crianças e adolescentes estão reservados direitos fundamentais, direitos que obrigam aos demais: a família, a sociedade e o Estado. Estas obrigações

¹⁰⁶ Cf. artigo 45 do Estatuto: “[...] § 2º - Em se tratando de adotando maior de doze anos de idade, será também necessário o seu consentimento.”.

¹⁰⁷ Segundo o artigo 168: “Apresentado o relatório social ou o laudo pericial, e ouvida, sempre que possível, a criança ou o adolescente, dar-se-á vista dos autos ao Ministério Público, pelo prazo de cinco dias, decidindo a autoridade judiciária em igual prazo.”.

¹⁰⁸ NETTO, Samuel Pfromm. Artigo 2º. In: CURY, Munir (coord.). **Estatuto da criança e do adolescente comentado**: comentários jurídicos e sociais. 6. ed. ver. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 19.

¹⁰⁹ Ibidem, p. 20.

¹¹⁰ VERCELONE, Paolo. Artigo 3º. In: CURY, Munir (coord.). **Estatuto da criança e do adolescente comentado**: comentários jurídicos e sociais. 6. ed. ver. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 33-34.

envolvem, como será aprofundado adiante, deveres de abstenção e de prestação, dependendo do tipo de direito fundamental de que se esteja tratando.

Em função do novo Direito da Criança e do Adolescente, conceber estes sujeitos como meio-cidadãos não parece apropriado: a doutrina da proteção integral marca uma fase do processo social em que não se poderia mais considerar pessoas com idade inferior a 18 anos como “futuro do país” ou como “problemas” a serem resolvidos através da institucionalização.

Os níveis da pessoa humana para os quais as instituições, sejam elas privadas, sejam elas públicas, devem atentar na concretização da proteção integral a crianças e adolescentes são dados pelo artigo 3º do Estatuto, nos seguintes termos:

Artigo 3.º. A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros, meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.¹¹¹

Segundo Vercelone, é típica de uma revolução legislativa, a utilização de uma declaração de direitos para contrapor situação anterior de inferiorização. Trata-se de uma categoria de cidadãos reconhecida e defendida por outra categoria de cidadãos, os adultos.¹¹²

Observa-se que o artigo 3º do Estatuto dispõe objetivamente sobre as crianças e adolescentes como sujeitos de direitos e não como de meros objetos de intervenção, como nas doutrinas menoristas. Bem por isso, a integralidade do sujeito vem explicitada, a fim de que não se possa mais alegar falta de conhecimento acerca desta realidade.

A condição de sujeito mencionada é determinante na teoria da proteção integral de crianças e adolescentes e se manifesta na relação destas pessoas com seu grupo familiar e social, de seu nome e de sua imagem. A pessoa com idade inferior a dezoito anos, antes alvo da doutrina da situação irregular, agora sob a proteção integral, deve “deixar de ser tratada como objeto passivo, passando a ser, como os adultos, titular de direitos juridicamente protegidos”.¹¹³

A descrição desta condição é dada pelos artigos 5º e 6º do Estatuto:

Artigo 5º - Nenhuma criança ou adolescente será objeto de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão,

¹¹¹ BRASIL. **Estatuto da criança e do adolescente**. Lei Federal nº. 8.069, de 13 de julho de 1990. Brasília: MEC, ACS, 2005, p. 13.

¹¹² VERCELONE, Paolo. Artigo 3º, p. 32.

¹¹³ PEREIRA, Tânia da Silva. O melhor interesse da criança, p. 15.

punido na forma da lei qualquer atentado, por ação ou omissão, aos seus direitos fundamentais.¹¹⁴

Artigo 6º - Na interpretação desta Lei levar-se-ão em conta os fins sociais e a que ela se dirige, as exigências do bem comum, os direitos e deveres individuais e coletivos, e a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento.¹¹⁵

As disposições do artigo 5º demonstram claramente a opção do Estatuto pela defesa da integridade do sujeito, uma opção contra qualquer tipo de violência. É oportuno ressaltar que o legislador brasileiro, pressionado pela sociedade, foi generoso na denominação das espécies de violências. Além de se referir a agressões físicas e abandonos de modo geral, também aponta a violação a qualquer dos direitos fundamentais como violência.¹¹⁶

Um conceito ampliado de violência se refere a todo o ato que anule a condição de sujeito, de pertencimento irrestrito ao sistema social, econômico, jurídico e ético – inclusive as lesões físicas e sexuais – e às prerrogativas que este sistema gera aos seres humanos deve ser considerado para efeito de constatação da violência e da necessidade de sua reversão imediata.

O artigo 6º, por sua vez, além de reproduzir regras gerais de interpretação¹¹⁷, define um parâmetro central nas atividades interpretativas da lei: a condição peculiar de pessoa em desenvolvimento.

Segundo Pereira:

Esta condição especial deve garantir-lhes direito e deveres individuais e coletivos, bem como todas as oportunidades e facilidades a fim de facultar-lhes um bom desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.¹¹⁸

A condição de sujeito para crianças e adolescentes foi historicamente negada, especialmente no Brasil a exploração vitimou especialmente as crianças. Primeiro foram os jesuítas, com a educação violenta dos pequenos índios, depois os filhos dos negros no período

¹¹⁴ BRASIL. **Estatuto da criança e do adolescente**, p. 13.

¹¹⁵ *Ibidem*, p. 14.

¹¹⁶ Cf. FELIPE, Sônia 1996 *apud* ANDRADE, Vera Regina Pereira. **Sistema Penal Máximo X Cidadania Mínima**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 8, nota 2. Esse sentido de violência é mais amplo e, parece, traduz mais adequadamente a opção da teoria da proteção integral. Assim, violência é toda a “[...] ação momentânea ou uma série de atos praticados de modo progressivo com o intuito de forçar o outro a abandonar o seu espaço constituído e a preservação da sua identidade como sujeito das relações econômicas, políticas, éticas, religiosas e eróticas [...]. No ato de violência, há um sujeito [...] que atua para abolir, definitivamente, os suportes dessa identidade, para eliminar no outro os movimentos do desejo, da autonomia e da liberdade.”

¹¹⁷ Conforme o artigo 4º da Lei de Introdução ao Código Civil: “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito”.

¹¹⁸ PEREIRA, Tânia da Silva. O melhor interesse da criança, p 18.

da escravidão e os dependentes dos colonos europeus no processo de exploração de trabalho. Na última metade do século XX até a atualidade, meninos e meninas são explorados no trabalho ou através de seus corpos e, ainda, vistos como escória da sociedade – se pobres – e como um projeto de pessoa – se pertencentes a estratos superiores¹¹⁹.

Para Veronese¹²⁰, é necessário resgatar os valores humanistas aristotélicos de consolidação de virtudes para a busca da felicidade e assumir as faltas do processo civilizatório em relação a esta busca. Valores como solidariedade, fraternidade, partilha, misericórdia e compaixão, poderiam levar, segundo a autora, a uma reversão na visão do outro como concorrente para acolhê-lo como co-responsável na “construção de uma sociedade diferenciada”.

A própria Convenção Internacional dos Direitos da Criança assume, para fins de educação de crianças e adolescentes, os valores da dignidade, tolerância, liberdade, igualdade, solidariedade e espírito de paz.¹²¹

Dois dispositivos da Convenção reforçam a obrigatoriedade de adequar as práticas educativas formais aos valores universais supra: os artigos 28 e 29. O primeiro dispõe sobre a obrigatoriedade do ensino fundamental, no mínimo, e o respeito à dignidade da criança na administração da disciplina escolar. O segundo aponta para a necessidade de uma educação dirigida ao desenvolvimento da personalidade e dos talentos da criança com o objetivo de que esta se construa como pessoa autônoma e atenta aos direitos humanos e valores culturais próprios e alheios.¹²²

A noção de autonomia aqui desenvolvida é o contraponto à idéia da menoridade, pois reconhece a integralidade da criança e do adolescente como cidadãos.

Para Veronese¹²³, o reconhecimento da cidadania traz “[...] a grande possibilidade de construirmos o paradigma de sujeitos, em oposição à ideologia de toda uma práxis que coisificava a infância”.

A importância de propiciar uma educação autônoma, crítica e perpassada por valores humanistas, como os mencionados anteriormente, é fundamental e tem natureza processual: implementar essa espécie de educação é mudar a sociedade enquanto a própria

¹¹⁹ Há farta bibliografia sobre o assunto. Ver RIZZINI, Irma. A assistência à infância na passagem para o século XX – da repressão à reeducação. **Revista Fórum Educacional**, n. 2, 1990 e PRIORI, Mary del (org.). **História das crianças no Brasil**. São Paulo: Contexto, 1999.

¹²⁰ VERONESE, Josiane Rose Petry. Humanismo e infância, p. 423.

¹²¹ Idem.

¹²² Ibidem, p. 435 e ss.

¹²³ Ibidem, p. 440.

criança e o adolescente se preparam para o exercício de uma vida madura em melhores condições.

No que diz respeito à condição de sujeito de direitos fundamentais, a população infanto-juvenil brasileira teve este *status* reconhecido apenas a partir de 1988, com a entrada em vigor da Constituição.

O rol de direitos fundamentais está previsto na CRFB/88, artigos 227 e 203¹²⁴ e no artigo 4º do Estatuto. Esses dispositivos estabelecem que as crianças e os adolescentes brasileiros têm os direitos: à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, ao esporte, à profissionalização, à proteção no trabalho, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade, à convivência familiar e comunitária e à assistência social.

O artigo 4º do Estatuto – repetindo o dispositivo constitucional – atribui à família, à sociedade e ao Estado, o cumprimento, com prioridade absoluta, dos direitos fundamentais ali elencados. Explicita, também, em seu parágrafo único, o que significa agir com respeito ao princípio da prioridade absoluta:

Artigo 4.º - É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do Poder Público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

Parágrafo Único - A garantia de prioridade compreende:

- a) primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias;
- b) precedência do atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública;
- c) preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas;
- d) destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude.¹²⁵

Este princípio tem peso na compreensão da condição de sujeito de direitos, mas será aprofundado por ocasião da análise da instrumentalidade dos poderes públicos aos direitos sociais das crianças e dos adolescentes. Por ora, basta frisar que o princípio da prioridade absoluta tem tríplice função: (1) se dirige à sociedade, que deve fiscalizar, escolher governantes e acompanhar os atores jurídicos sempre com o olhar atento; (2) obriga a família que, além de responsável pela educação, guarda e sustento de seus filhos e filhas, também deve se posicionar ativamente perante os Poderes Públicos, para exigir-lhes prioridade

¹²⁴ Além do já transcrito artigo 227 da CRFB/88, que estabelece diretamente as bases da proteção integral, o art. 203 do mesmo diploma, dispõe: “A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos: I - a proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice; II - o amparo às crianças e adolescentes carentes; [...]”

¹²⁵ BRASIL. **Estatuto da criança e do adolescente**, p. 13.

absoluta na efetivação dos direitos; e (3) vincula os Poderes Públicos – Legislativo, Executivo e Judiciário – que devem pautar suas funções pelos mandamentos do artigo 4º do Estatuto.

A condição de sujeito de direitos implica o reconhecimento, após a promulgação do Estatuto e sua teoria da proteção integral, de que crianças e adolescentes não são pessoas inacabadas, mas indivíduos detentores de inúmeras necessidades, desejos e direitos. Este reconhecimento possui dupla faceta: crianças e adolescentes devem ser respeitados como uma pessoa que já existe, mas, para desenvolverem plenamente suas possibilidades necessitam de um mundo adulto responsável pelas suas vidas, que garanta seu crescimento através da concretização de seus direitos fundamentais.

Com efeito, foi com base na responsabilidade dos adultos, que em muitas situações exercem a função de decidir pelas crianças e adolescentes, que o legislador decidiu pela consolidação da condição de sujeito de direitos.

Nesse mesmo sentido, Vercelone assevera que:

[...] a escolha brasileira da declaração formal pela qual ‘a criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana’ é uma boa escolha. [...] reconhece-se formalmente que existe uma categoria de cidadãos – as crianças – que têm seus próprios interesses específicos, os quais nem sempre coincidem – e às vezes contrastam – com os dos adultos.¹²⁶

Vercelone¹²⁷ ainda adverte que todos os adultos – família, administradores, políticos, detentores do poder econômico – devem ser julgados tendo como referência o dever de exercitar os direitos fundamentais das crianças em seu lugar; é neste ponto que reside a definição dos interesses destes sujeitos.

A noção garantista é importante para facilitar a compreensão acerca da condição de sujeito de direitos de crianças e adolescentes, por se tratar do “fim do subjetivismo, por prescindir do arbítrio subjetivo, ante a baliza forte e estável da lei. Trata-se, sem dúvida, do primado dos direitos e do reconhecimento da criança e do adolescente como titulares destas obrigações do Estado, da sociedade e da família”.¹²⁸

Na lição de Marques:

O maior interesse da criança é de ser sempre interpretado a partir dos parâmetros do artigo 6º da Lei 8.069/90, com o intuito de garantir os direitos consolidados constitucionalmente, tendo como diretrizes não mais a divina inspiração do ‘bom pai’, mas a proteção integral e a prioridade absoluta objetivamente definidas na normativa nacional e internacional.¹²⁹

¹²⁶ VERCELONE, Paolo. Artigo 3º, p. 35.

¹²⁷ Idem.

¹²⁸ MARQUES, Márcio Thadeu Silva. Melhor Interesse da Criança: do subjetivismo ao garantismo, p. 472.

¹²⁹ Ibidem, p. 492.

A sociedade, a família e o Estado têm referências objetivas para se posicionar perante a criança e o adolescente: a doutrina da proteção integral, com seus direitos fundamentais estipulados e com a prioridade absoluta como princípio.

É necessário apontar especificidades dos sujeitos dos direitos fundamentais sociais. Entre essas características está o fato de que tais sujeitos são pessoas consideradas em seu contexto histórico, social e econômico: o homem concreto. Embora relativize a diferença radical entre homem concreto e abstrato, Prieto Sanchís utiliza esta imagem para explicar:

[...], en efecto, los derechos civiles y políticos se atribuyen a ese hombre abstracto y racional (a todos), mientras que los derechos económicos, sociales y culturales lo son del hombre trabajador, del joven, del anciano, de quien precisa asistencia, etc.; en suma, los primeros se dirigen al famoso sujeto del Código Civil que fuera objeto de la crítica de Marx, en tanto que los segundos tienden a considerar al hombre en su específica situación social¹³⁰.

O sujeito dos direitos sociais é aquele considerado em sua história e em seu tempo; é aquele a quem se pretende garantir parte adequada dos bens gerados pelo grupo social a que pertence, é aquele sujeito cuja qualidade de vida é julgada a fim de que se analise a existência ou não de desigualdades de fato.

Para explicitar melhor o fenômeno em que o sujeito liberal, abstrato, detentor de direitos inerentes que o libertasse do jugo do soberano passou a ser acompanhado, no imaginário jurídico-político, do sujeito concreto e contextualizado, Bobbio utiliza um mecanismo de especificação:

[...] através do reconhecimento dos direitos sociais, surgiram – ao lado do homem abstrato ou genérico, do cidadão sem outras qualificações – novos personagens como sujeitos de direito, personagens antes desconhecidos nas Declarações dos direitos de liberdade: a mulher e a criança, o velho e o muito velho, o doente e o demente, etc.¹³¹

comenta a noção de especificação do homem genérico para o homem específico:

Dicho de otro modo, las ventajas o intereses que proporcionan o satisfacen las libertades y garantías individuales son bienes preciosos para toda persona, mientras que las ventajas o intereses que encierran los derechos sociales se conectan a ciertas necesidades cuya satisfacción en el entramado de las relaciones jurídico-privadas es obviamente desigual.¹³²

¹³⁰ PRIETO SANCHÍS, Luis. **Ley, principios e derechos**, p. 76. ([...] ,com efeito, os direitos civis e políticos se atribuem a este homem abstrato e racional (a todos), enquanto que os direitos econômicos, sociais e culturais o são do trabalhador, do jovem, do ancião, de quem precisa de assistência, etc.; em suma, os primeiros se dirigem ao famoso sujeito do Código Civil que foi objeto da crítica de Marx, enquanto que os segundos tendem a considerar o homem em sua situação social específica.) [Tradução nossa].

¹³¹ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**, p. 72

¹³² PRIETO SANCHÍS, Luis. Op. cit., p. 77. (Dito de outro modo, as vantagens ou interesses que proporcionam ou satisfazem as liberdades e garantias individuais são bens preciosos para toda a pessoa, enquanto que as

Os direitos sociais implicam uma intervenção concreta na realidade das sociedades e devem reverter situações desvantajosas das pessoas, sejam elas consideradas individual ou coletivamente. Essa é a diferença entre o sujeito abstrato dos direitos civis e o sujeito concreto dos direitos sociais.

Para Moraes¹³³, a incorporação dos direitos sociais ao ideário jurídico-estatal traz consigo a noção de qualidade de vida, superando e alterando a noção de consumo, por envolver a consolidação de valores como democracia, igualdade como garantia de padrões mínimos de existência, respeito ecológico e desenvolvimento tecnológico com sustentabilidade.

A alteração na noção de titularidade dos direitos se dá justamente na superação da nota individualista:

Tais interesses pressupõem, de alguma forma, mesmo a idéia de direito social, que, em sentido amplo, não significa apenas a simples regulação dos interesses relacionados às relações de trabalho e de seguridade social. Para além do conteúdo que regula, ele representa um outro modelo de ordem normativa baseado no pressuposto de integração dos seus atores, e não como uma ordem subordinativa e hierarquizada.¹³⁴

Os direitos sociais são distintos dos individuais – privatísticos – porque apresentam um cerne coletivo ou difuso: são marcados essencialmente pela socialização e a coletivização.¹³⁵ É bom esclarecer que, nesse contexto, interesses e direitos estão sendo utilizados indistintamente, embora sejam dimensões do mesmo fenômeno: o primeiro significa a relação entre um bem da vida e o seu titular; o segundo refere aos interesses positivados por um ordenamento jurídico.

A análise dos direitos sociais expostos no artigo 6º da CRFB/88 - educação, saúde moradia etc. – e respectivos artigos constitucionais regulamentadores, demonstra o seu caráter coletivo em contraposição ao individual do artigo 5º, consoante o disposto na Carta Política - liberdade, igualdade perante a lei, vida, privacidade e propriedade.

Os chamados novos direitos não são fruíveis ou exequíveis individualmente, embora seja certo que possam, em algumas situações, ser demandados como são outros

vantagens ou interesses que encerram os direitos sociais se conectam a certas necessidades cuja satisfação no emaranhado das relações jurídico-privadas é obviamente desigual.) [Tradução nossa].

¹³³ MORAIS, José Luiz Bolzan de. **Do direito social aos interesses transindividuais**: o Estado e o Direito na ordem contemporânea. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996, p. 122.

¹³⁴ *Ibidem*, p. 123.

¹³⁵ *Idem*.

direitos subjetivos. No entanto, para sua eficácia, necessitam da prestação do Executivo e do Legislativo, em função do caráter de generalidade e publicidade que possuem.¹³⁶

O tema dos novos direitos leva à discussão de uma tendência do Direito atual – principalmente a partir das últimas duas décadas do século XX – de revisão do dogma individualizante de sujeito e da consolidação dos interesses ou direitos metaindividuais¹³⁷.

Veronese aponta certa confusão terminológica entre interesses difusos e coletivos, espécies que compõem o gênero interesses metaindividuais. Para a autora, os interesses coletivos são opostos aos individuais, porque estes, quando objetos de demandas judiciais, se limitam a atingir uma pessoa, o demandante. Em rigor, é acertada a doutrina que aponta serem os direitos coletivos os relativos a um grupo determinado ou determinável de pessoas, com um vínculo jurídico entre si ou entre cada uma delas e a parte contrária. Já os interesses difusos caracterizam-se pela indeterminação dos sujeitos, pela indivisibilidade do objeto, pela intensa litigiosidade interna e pela mutação no tempo e no espaço.¹³⁸

Ainda, segundo Veronese, o tema é atual, “principalmente ao se observar que uma das respostas que se configuram para a concretização e a garantia dos direitos sociais, quando estes não forem satisfatoriamente realizados pelo Poder Público (em especial), está na via jurisdicional”.¹³⁹

Crianças e adolescentes têm a sua condição de sujeitos em condição peculiar de pessoa em desenvolvimento prevista no Estatuto. Esta condição demanda respeito e sua violação deverá ser compensada por posturas da sociedade, da família e do Estado. As ações de compensação são aquelas resultantes da positivação dos direitos sociais, que podem ser denominadas de ações de implementação e devem levar em conta as especificidades do sujeito a que se destinam. Estas especificidades restam claras na análise aqui implementada: são sujeitos portadores de uma individualidade própria e diferente da adulta; não são projetos de pessoas e, sim, portadores de desejos, potencialidades, características peculiares a serem respeitadas e estimuladas pelos adultos através de posturas refletidas, decididas através do diálogo democrático.

Este sujeito é mesmo o homem concreto em sua condição histórica e em sua estruturação nos níveis mais variados. E exige do mundo adulto uma opção que passa pelo fenômeno jurídico, econômico e social, embora sem prejuízo de reflexões éticas.

¹³⁶ MORAIS, José Luiz Bolzan de. **Do direito social aos interesses transindividuais**, p. 124.

¹³⁷ Cf. VERONESE, Josiane Rose Petry. **Interesses difusos e direitos da criança e do adolescente**, p. 70-71. Os interesses metaindividuais ou superindividuais são assim chamados por superarem a ordem subjetivista e alcançarem uma órbita mais ampla, coletiva no sentido amplo..

¹³⁸ Ibidem.

¹³⁹ Ibidem, p. 15

1.3 Conteúdo e obrigações decorrentes dos direitos sociais da criança e do adolescente

O Estatuto, em sua parte geral, além das linhas gerais da doutrina da proteção integral já explicitadas, dispõe sobre os direitos fundamentais das crianças e dos adolescentes.

A teor do artigo 4º, são os direitos fundamentais: vida, saúde, alimentação, educação, esporte, lazer, profissionalização, cultura, dignidade, respeito, liberdade e convivência familiar e comunitária.

Nos artigos 7º a 69 estão especificados os conteúdos dos referidos direitos, os obrigados juridicamente, além de outros elementos necessários à compreensão e à concretização destes mesmos direitos.

Ao rol de direitos fundamentais apontado pelo Estatuto, deve ser acrescido o direito à assistência social, conforme já referido anteriormente, em função do que preconiza o artigo 203 da Constituição que, assim como o artigo 227, é base para que se conheça a amplitude dos direitos fundamentais da população infanto-juvenil brasileira.

Este rol é composto por direitos que exigem abstenção por parte dos demais – poderes públicos e instituições privadas – e direitos que exigem ações de implementação ou prestações, conforme se esteja referindo aos direitos de liberdade ou aos direitos sociais¹⁴⁰, respectivamente.

Integram os direitos individuais de crianças e adolescentes, os direitos à liberdade e ao respeito, conforme os artigos 16 e 17 do Estatuto, “*verbis*”:

Artigo 16 - O direito à liberdade compreende os seguintes aspectos:

- I - ir, vir e estar nos logradouros públicos e espaços comunitários ressalvadas as restrições legais;
- II - opinião e expressão;
- III - crença e culto religioso;
- IV - brincar, praticar esportes e divertir-se;
- V - participar da vida familiar e comunitária, sem discriminação;
- VI - participar da vida política, na forma da lei;
- VII - buscar refúgio, auxílio e orientação.

Artigo 17 - O direito ao respeito consiste na inviolabilidade da insanidade física, psíquica e moral da criança e do adolescente, abrangendo a preservação da imagem, da identidade, da autonomia, dos valores, idéias e crenças, dos espaços e objetos pessoais.¹⁴¹

¹⁴⁰ Essa é a distinção adotada por Ferrajoli, nas obras utilizadas nessa pesquisa como referências, conforme explicitado anteriormente.

¹⁴¹ BRASIL. **Estatuto da criança e do adolescente**, p. 15.

Os direitos à liberdade e respeito resultam da tradição jurídica liberal e, quando atribuídos às crianças e aos adolescentes, afirmam sua condição de sujeitos, do mesmo modo que os adultos. Além disso, exigem dos demais – família, sociedade e Estado – atitudes de abstenção e de valoração da liberdade de escolha e do respeito.

Ressalve-se que o direito à vida, entendido como direito de proteção, não é atribuível aos direitos sociais, visto enquadrar-se em uma classificação de critérios históricos e por ter sido marcado pela natureza individualista. Todavia, Sarlet¹⁴² entende haver um aspecto prestacional no direito à vida – no sentido de integridade física –, em função de exigir a intervenção estatal para sua manutenção em face de *outrem*. Por essa razão, o autor mantém a classificação tradicional dos direitos fundamentais, mas ressalva a inclusão do direito à vida nos direitos a prestações em sentido amplo.

No Estatuto, o direito à vida é incluído no grupo de artigos do Capítulo I, intitulado “Do Direito à Vida e à Saúde”, no Título II – Dos Direitos Fundamentais, no Livro I – Parte Geral. Isso leva à conclusão de que, embora, o direito à proteção da vida esteja incluído no rol constitucional de direitos fundamentais de toda a pessoa humana, o direito à vida regulamentado no Estatuto se refere à outra face do direito social à saúde.¹⁴³

Tendo em vista os direitos sociais resguardados a crianças e adolescentes pelo ordenamento jurídico brasileiro – vida, saúde, alimentação, educação, esporte, lazer, profissionalização, cultura, dignidade, convivência familiar e comunitária e assistência social – importa explicitar a forma como o legislador federal confere atenção especial, em sede de direitos sociais, à população infanto-juvenil, pois, além da legislação social voltada à população em geral, estão especificadas na lei especial, as hipóteses em que cabe aos poderes públicos e à sociedade, obrigações jurídicas sociais frente aos sujeitos em condição peculiar de pessoa em desenvolvimento. Nesse sentido, o exemplo dos direitos à vida e à saúde – artigos 7º a 14 – serão tomados como referências.

Cumprido esclarecer que no próximo capítulo a diferenciação entre direitos e garantias será aprofundada, o que levará à percepção de que no rol de artigos ora estudados há normas declaratórias – direitos – e normas assecuratórias – garantias. Contudo, para que se alcance os objetivos deste capítulo, será demonstrada apenas a sistemática de positivação detalhada e minuciosa adotada pelo legislador estatutário.

¹⁴² SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 192.

¹⁴³ Nos termos do artigo 7º do Estatuto, segundo o qual “A criança e o adolescente têm direito à proteção à vida e à saúde, mediante a efetivação de políticas sociais públicas que permitam o nascimento e o desenvolvimento sadio e harmonioso, em condições dignas de existências.”.

O atendimento à saúde da gestante, pré e perinatal, pelo do Sistema Único de Saúde (SUS), envolve proteção antes do nascimento, respeitada autonomia da ciência médica e os níveis e princípios do sistema público de saúde. Também faz parte desta assistência, o apoio alimentar e acompanhamento, no parto, pelo mesmo médico do atendimento pré-natal, segundo o artigo 8º do Estatuto. O direito fundamental à saúde é composto, ainda, pelo aleitamento materno, que tem como obrigados, o Poder Público e os empregadores, nos termos do artigo 9º.

Para Moreira:

A CLT [Consolidação das Leis do Trabalho], em seu artigo 396, protege o direito da mulher que trabalha, e a Constituição Federal, em seu artigo 5º, XLIX e L, assegura aos presos o respeito à integridade física e moral, bem como o direito da presidiária permanecer com o filho durante o período de amamentação.¹⁴⁴

Os hospitais e estabelecimentos de atenção à saúde estão obrigados, em função do artigo 10 do Estatuto, a manter documentação completa sobre o nascimento por dezoito anos, assim como implementar exames especiais para diagnóstico de doenças, fornecer declarações de nascimento e manter alojamento conjunto da mãe e do recém-nascido. Mais ainda, a “[...] garantia desses direitos encontra-se especificada nos artigos 228 e 229¹⁴⁵ do Estatuto, através das penas estabelecidas, a que estão sujeitos os seus infratores”¹⁴⁶.

A teor do que dispõe o artigo 11 do Estatuto, o atendimento pelo SUS deve ser assegurado nos moldes da universalidade e da integralidade, com especial atenção à inclusão dos portadores de deficiência, incluindo o fornecimento de próteses, medicamentos e tudo o que for necessário para a reabilitação.

Já a disposição do artigo 12 do Estatuto é no sentido de que crianças e adolescentes em regime de internação tenham garantido acompanhamento de pais ou responsáveis. Trata-se de um *plus* em relação ao que está disposto para o mundo adulto. Vê-

¹⁴⁴ MOREIRA, Sueli Roriz. Artigo 9º. In: CURY, Munir (coord.). **Estatuto da Criança e do Adolescente comentado: comentários jurídicos e sociais**. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 60.

¹⁴⁵ Artigo 228: Deixar o encarregado de serviço ou o dirigente de estabelecimento de atenção à saúde de gestante de manter registro das atividades desenvolvidas, na forma e prazo referidos no art. 10 desta Lei, bem como de fornecer à parturiente ou a seu responsável, por ocasião da alta médica, declaração de nascimento, onde constem as intercorrências do parto e do desenvolvimento do neonato. Pena - detenção de seis meses a dois anos. Parágrafo Único - Se o crime é culposo: Pena - detenção de dois a seis meses, ou multa.

Artigo 229: Deixar o médico, enfermeiro ou dirigente de estabelecimento de atenção à saúde de gestante de identificar corretamente o neonato e a parturiente, por ocasião do parto, bem como deixar de proceder aos exames referidos no art. 10 desta Lei: Pena - detenção de seis meses a dois anos. Parágrafo Único - Se o crime é culposo: Pena - detenção de dois a seis meses, ou multa.

¹⁴⁶ MOREIRA, Sueli Roriz.. Artigo 10. In: CURY, Munir (coord.). **Estatuto da Criança e do Adolescente comentado: comentários jurídicos e sociais**. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 63.

se, assim, que a condição peculiar de pessoa em desenvolvimento adotada como regra de interpretação estatutista – artigo 6º - fundamenta muito bem a escolha do legislador.

Há ainda, uma base eqüitativa para tal mandamento:

O artigo 12 do Estatuto da Criança e do Adolescente estende a todas as crianças e adolescentes internados em hospitais públicos e privados o mesmo direito até então reservado a uma pequena minoria. O artigo 12 está fundamentado, portanto, no princípio básico de que a hospitalização da criança e do adolescente acompanhado é, antes de tudo, uma questão de direito e justiça social.¹⁴⁷

Sob a epígrafe do direito à saúde, no artigo 13, está prevista, ainda, a necessidade de denúncia de “suspeita ou comprovação de maus tratos” contra a criança e ao adolescentes, ao Conselho Tutelar da localidade, sem prejuízo das demais providências cabíveis.

Segundo Grünspun:

O Estatuto da Criança e do Adolescente inova em duas situações importantes: 1) considera maus-tratos como problema de saúde, inserindo-os no capítulo ‘Do direito à vida e à saúde’; 2) comunica obrigatoriamente o caso ao Conselho Tutelar, órgão eleito pela comunidade local e por ela respeitado, que toma as iniciativas cabíveis, requisitando os serviços necessários para a suspeita ou confirmação de maus tratos.¹⁴⁸

Segundo o artigo 14, a prevenção tem lugar importante na configuração do direito à saúde infanto-juvenil, pois cabe ao SUS a criação de programas de assistência médica e odontológica para evitar as doenças que já são costumeiramente desenvolvidas pela população em apreço.

A incorporação dos direitos sociais ao rol de direitos fundamentais é a configuração de direito atribuída à necessidade humana de viver e viver de modo coerente com as possibilidades criadas por cada cultura. O legislador brasileiro, no Estatuto, adotou esse mandamento, impulsionado pela sociedade organizada. A constatação de que a história brasileira não havia dado a devida proteção à criança e ao adolescente, motivou o legislador a absorver as demandas sociais que se impunham.

A plêiade de direitos sociais de crianças e adolescentes é extensa. Além da vida e da saúde, a proteção se espalha pela condição familiar e comunitária do sujeito; afirma sua dignidade; manda que a família, a sociedade e os Poderes Públicos atentem para a necessidade básica de formação escolar de qualidade e democrática nos níveis infantil, fundamental e

¹⁴⁷ MONTEIRO FILHO, Lauro. Artigo 12. In: CURY, Munir (coord.). **Estatuto da Criança e do Adolescente comentado: comentários jurídicos e sociais**. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 68.

¹⁴⁸ GRÜNSPUN, Haim. Artigo 13. In: CURY, Munir (coord.). **Estatuto da Criança e do Adolescente comentado: comentários jurídicos e sociais**. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2003, p.55.

médio; reconhece e exige respeito aos valores culturais e ao desenvolvimento artístico; confere proteção especial à relação de trabalho e à necessidade de formação profissional adequada, que são dois momentos diferentes do direito ao trabalho.¹⁴⁹

Percebe-se, na análise dos direitos sociais da criança e do adolescente, o pano de fundo da equalização de oportunidades entre os sujeitos do Estatuto de todas as classes, etnias e gênero; além disso, entre a criança e o adolescente e o mundo adulto – respeitadas as diferenças essenciais. Essa idéia remete à reflexão sobre a igualdade material.

Para Prieto Sanchís¹⁵⁰ o direito à igualdade material é referência fundante na análise dos direitos sociais e envolve a prerrogativa de um regime jurídico desigual em face de desigualdades de fato, o que não quer dizer que está sendo superada a noção de igualdade jurídica ou perante a lei – igualdade formal.

A igualdade material¹⁵¹ é aquela voltada para a noção aristotélica de desigualar os desiguais e a igualdade formal ou perante a lei é aquela consolidada pelo ideário liberal e que se une à noção de isonomia. Em outras palavras, a igualdade material trata de restaurar situações injustas advindas de desigualdades, de diferenças criadas pelo sistema, e a igualdade formal se refere a tratar igualmente os iguais, aqueles que não possuem diferenças substanciais em relação à situação analisada.

Crianças e adolescentes brasileiros vistos como sujeitos de direitos sociais exigem do Estado, da sociedade e da família, a implementação de ações concretas que compensem as desigualdades, as diferenças criadas e constatadas pela história do país. A título de exemplo, a capacidade diminuída e a carência material – que levaram à institucionalização desses sujeitos no contexto da situação irregular –, no contexto da atual legislação, devem levar à inclusão das famílias respectivas em ações públicas de assistência social a fim de que o resgate aconteça e de que a violência do afastamento do lar seja erradicada.

Quanto à igualdade formal, ou perante a lei, pode ser exemplificada pela positivação dos direitos e garantias individuais¹⁵² que resguardam a adolescentes o direito de ser apreendido apenas em casos de decisão judicial fundamentada e de flagrante delito, como o sistema jurídico já previa para os adultos.

¹⁴⁹ Regulamentação nos artigos 15 a 69 do Estatuto, sem prejuízo das demais normas infraconstitucionais de direitos sociais, afirmados pela ordem constitucional.

¹⁵⁰ PRIETO SANCHÍS, Luis. **Ley, Principios e derechos**, p.75.

¹⁵¹ Idem.

¹⁵² Constantes dos artigos 106 a 111 do Estatuto. Por exemplo, o artigo 106, *caput*, dispõe que “Nenhum adolescente será privado de sua liberdade senão em flagrante de ato infracional ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente.[...]”.

Para Prieto Sanchís, não é possível proceder a uma diferenciação radical entre liberdade e igualdade e entre os direitos relativos a cada uma delas. O autor rechaça qualquer conceito excludente entre direitos de liberdade e direitos de igualdade:

[...] si la libertad jurídica debe poder convertirse en libertad real, sus titulares precisan de una participación básica en los bienes sociales materiales; incluso esta participación en los bienes materiales es una parte da libertad, dado que es un presupuesto necesario para su realización.¹⁵³

Já Ferrajoli considera não haver incompatibilidade necessária entre estas duas categorias de direitos, nem implicação recíproca. Na concepção de Ferrajoli há uma independência lógica entre os direitos de liberdade e os direitos sociais (ou de igualdade material):

[...] pueden darse (e históricamente se han dado) estados liberales profundamente antisociales, como lo fueron los paleocapitalistas del siglo pasado; estados sociales profundamente antiliberales, como los del socialismo real; estados antiliberales y antisociales al mismo tiempo, como muchas dictaduras del primero y del tercer mundo que han afligido a nuestro siglo; y, en fin, estados al menos normativamente tanto liberales como sociales en cuanto enuncian y garantizan los derechos fundamentales a prestaciones negativas y los asimismo fundamentales a prestaciones positivas.¹⁵⁴

O argumento histórico demonstra a lógica da posição de Ferrajoli, mas a posição de Prieto Sanchís – de que a liberdade prescinde da igualdade e de que a igualdade prescinde da liberdade – parece conter uma nota prescritiva, uma sentença sobre o que efetivamente deveria ser. Tal nota não deixa de ser interessante, pois no caso de crianças e adolescentes, parece que o direito à educação, por exemplo, se concretizará da forma mais apropriada se ocorrer a participação dos alunos e de seus pais no processo pedagógico¹⁵⁵. De outro lado,

¹⁵³ PRIETO SANCHÍS, Luis. **Ley, Principios e derechos**, p. 78. ([...] se a liberdade jurídica deve poder converter-se em liberdade real, seus titulares precisam de uma participação básica nos bens sociais materiais, inclusive esta participação nos bens materiais é uma parte da liberdade, dado que é um pressuposto necessário para a sua realização.) [Tradução nossa].

¹⁵⁴ FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón**, p. 862. ([...] podem haver (e historicamente tem havido) estados liberais profundamente anti-sociais, como o foram os paleocapitalistas do século passado; estados sociais profundamente antiliberais, como os do socialismo real; estados antiliberais e anti-sociais ao mesmo tempo, como muitas ditaduras do primeiro e do terceiro mundos que têm afligido nosso século; e, enfim, estados ao menos normativamente tanto liberais quanto sociais enquanto enunciam e garantem os direitos fundamentais a prestações negativas e os também fundamentais a prestações positivas.) [Tradução nossa].

¹⁵⁵ Conforme artigo 53 do Estatuto: “A criança e o adolescente têm direito à educação, visando ao pleno desenvolvimento de sua pessoa, preparo para o exercício da cidadania e qualificação para o trabalho, assegurando-se-lhes: I - igualdade de condições para o acesso e permanência na escola; II - direito de ser respeitado por seus educadores; III - direito de contestar critérios avaliativos, podendo recorrer às instâncias escolares superiores; IV - direito de organização e participação em entidades estudantis; V - acesso a escola pública e gratuita próxima de sua residência. Parágrafo Único - É direito dos pais ou responsáveis ter ciência do processo pedagógico, bem como participar da definição das propostas educacionais.”

também a concretização do direito à educação reforçará a capacidade de participação de crianças e adolescentes.

A interdependência pode até não estar, necessariamente, presente, mas quando ocorre, atua como uma espécie de catalisador na solidificação da dignidade da pessoa humana pensada como bem coletivo.

Quanto ao tipo de obrigação que os direitos sociais geram, Prieto Sanchís pondera:

En efecto, tras los derechos civiles y políticos existen deberes jurídicos, normalmente de abstención, que representan reglas primarias o de comportamiento por lo común con un sujeto obligado universal; en cambio, tras los derechos sociales existen además normas secundarias o de organización que, por así decirlo, se interponen entre el derecho y la obligación, entre el sujeto acreedor y el sujeto deudor.¹⁵⁶

O autor alerta para o fato de que a questão da determinação do conteúdo das obrigações decorrentes da positivação é uma grande diferença entre as duas espécies de direitos. Isso ocorre porque os obrigados em relação aos direitos de liberdade sabem com mais facilidade o que devem fazer – ou melhor, abster-se de fazer – enquanto os direitos sociais exigem um emaranhado de normas de organização que, por sua vez, geram obrigações para diversos sujeitos e, ainda, exigem que todos as cumpram em conjunto a fim de que sejam satisfeitos.¹⁵⁷

Uma definição corrente de direitos sociais é aquela que os caracteriza como direitos prestacionais, ou seja, aqueles direitos que exigem do Estado, direta ou indiretamente, prestação de serviços que visem à concretização dos interesses resguardados. Prieto Sanchís concorda com a ênfase da caracterização prestacional dos direitos sociais pelo ponto de vista jurídico. Contudo, levanta questões acerca desta opção: alguns direitos historicamente considerados sociais carecem do aspecto prestacional – direito à folga e à liberdade sindical – e outros, na mesma condição, demandam alguma intervenção pública, mas não propriamente prestacional – limitação na jornada de trabalho, salário mínimo ou férias anuais, e neste viés é importante lembrar que direito à tutela judicial é prestacional e não pode ser chamado de direito social.¹⁵⁸

¹⁵⁶ PRIETO SANCHÍS, Luis. **Ley, Principios e derechos**, p. 78. (Com efeito, atrás dos direitos civis e políticos existem deveres jurídicos, normalmente de abstenção, que representam regras primárias ou de comportamento geralmente a um sujeito obrigado universal; ao contrário, atrás dos direitos sociais existem, afinal, normas secundárias ou de organização que, por assim dizer, se interpõem entre o direito e a obrigação, entre o sujeito credor e o sujeito devedor.) [Tradução nossa].

¹⁵⁷ Ibidem, p. 75 e ss..

¹⁵⁸ Idem.

Outro óbice levantado por Prieto Sanchís refere-se à questão de que os direitos sociais em sentido estrito – os sociais, propriamente ditos, como estão sendo tratados neste trabalho – envolvem bens e serviços avaliáveis economicamente (prestação de serviço público de saúde, de educação, por exemplo). Isso os diferencia dos prestacionais em sentido amplo, que em certa medida também envolvem organização estatal (da tutela judicial ao direito ao voto, por exemplo).

Sarlet também contribui com a definição dos direitos sociais como direitos fundamentais a prestações, em contraposição aos direitos de defesa¹⁵⁹, que exigem uma posição de respeito, possuem um *status* de liberdade negativa e incluem os direitos de liberdade e igualdade. O mesmo autor divide os direitos fundamentais a prestações em direitos a prestações em sentido amplo e estrito. No primeiro tipo estão todos os direitos que podem ser denominados de liberdades positivas, pois demandam prestações dos poderes públicos, embora não remontem às funções do Estado Social. Aí estão os direitos de proteção¹⁶⁰ e os direitos a prestações normativas, normas jurídico-penais e normas de participação na organização e procedimento.¹⁶¹

Entre os direitos fundamentais a prestações em sentido estrito estão aqueles que o indivíduo obteria do mercado se tivesse condições financeiras para tanto¹⁶² e conduzem às funções dos Poderes Públicos no Estado Social.

Fato é que os direitos fundamentais sociais a prestações, diversamente dos direitos de defesa, objetivam assegurar, mediante a compensação das desigualdades sociais, o exercício real e efetivo da liberdade e da igualdade, pressupondo um comportamento ativo do Estado, já que a igualdade material não se oferece simplesmente por si mesma, devendo ser devidamente implementada.¹⁶³

Esses são os denominados direitos do *status positivus socialis*, de onde se excetuam os direitos de greve e de liberdade sindical, embora estejam unidos, no ordenamento pátrio e na tradição, aos direitos sociais, como já referido.

¹⁵⁹ Esta é uma classificação fundada na obra “Teoria dos Direitos Fundamentais” de Robert Alexy.

¹⁶⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**, p. 192. Esclarecendo melhor: “Quanto ao objeto dos direitos à proteção, é preciso levar em conta que estes não se restringem à proteção da vida e da integridade física, alcançando tudo que se encontra sob o âmbito de proteção dos direitos fundamentais como a dignidade humana da pessoa em geral, a liberdade, a propriedade, incluindo até mesmo a proteção contra os riscos da utilização pacífica da energia atômica.”

¹⁶¹ Ibidem, p. 196. Para o autor, cabe incluir aqui os exemplos concretos do direitos dos partidos políticos a recursos de fundos e propaganda, o direito de participar da implementação de procedimentos e organizações em geral. De modo geral, “centra-se na possibilidade de exigir-se do Estado (de modo especial do legislador) a emissão de atos legislativos e administrativos destinados a criar órgãos e estabelecer procedimentos [...] que objetivem garantir aos indivíduos a participação efetiva na organização e no procedimento”.

¹⁶² ALEXY, Robert, 1994 *apud* SARLET, Ingo Wolfgang. Op. cit., p. 191.

¹⁶³ SARLET, Ingo Wolfgang. Op. cit., p. 198.

Na lição de Sarlet:

Ademais, não deve passar aqui sem menção a distinção entre os direitos sociais dos trabalhadores e os direitos sociais em geral, já que os primeiros podem, em princípio, ser considerados uma categoria específica destes, na medida em que sua titularidade – ao contrário dos direitos sociais a prestações em geral (saúde, educação, assistência social, etc.), que são direitos de todos – se encontra restrita à classe dos trabalhadores, além de terem como destinatários principalmente as entidades privadas (os empregadores).¹⁶⁴

Na opinião do mencionado autor, nada em nosso direito constitucional positivo justifica a diferenciação de regimes jurídicos dos direitos de defesa e dos direitos à prestação, nem se pode falar em dicotomia, dualismo absoluto ou antagonismo inconciliável entre os dois tipos de direitos, por gozarem da “[...] mesma dignidade [...], assumindo caráter nitidamente complementar, e não excludente, de acordo com a unanimidade da doutrina.”¹⁶⁵

Prieto Sanchís entende que é apropriado centrar a discussão dos direitos sociais nos direitos prestacionais em sentido estrito, “[...] aquellos cujo contenido obligacional consiste en dar bienes o proporcionar servicios que, en principio, el sujeto titular podría obtener en el mercado si tuviera medios suficientes para ello.”¹⁶⁶

Lopes, problematizando a natureza prestacional, diz que o direito à educação não envolve apenas o direito à vaga e ao material escolar, mas também à necessidade de tempo livre para estudar ou de material escolar a baixo custo. Para o autor, é o mesmo raciocínio do direito à moradia: como transformar um direito de não interferência, como o de propriedade, que envolve os interditos possessórios ou a legítima defesa da propriedade, em direito à moradia, que envolve o acesso à propriedade ou à posse de uma família na cidade?¹⁶⁷

Sejam eles complementares ou independentes dos direitos fundamentais de tradição liberal, a afirmação e a positivação dos direitos sociais é sinal, no mundo, e não menos no Brasil, do reconhecimento oficial de que a humanidade não deu conta de distribuir o que produziu e ainda produz, cada vez mais aceleradamente, tanto do viés qualitativo quanto do quantitativo.

¹⁶⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**, p. 199.

¹⁶⁵ Ibidem, p. 200. Quanto à relação entre as duas categorias de direitos fundamentais, o jurista pátrio se aproxima da posição de Prieto Sanchís, da interdependência dos direitos de liberdade e dos direitos sociais, e se afasta de Ferrajoli.

¹⁶⁶ PRIETO SANCHÍS, Luis. **Ley, principios e derechos**, p. 81. ([...] aqueles cujo conteúdo obrigacional consiste em dar bens ou proporcionar serviços que, em princípio, o sujeito titular poderia obter no mercado se tivesse meios suficientes para tanto.) [Tradução nossa].

¹⁶⁷ LOPES, José Reinaldo Lima. Direitos subjetivos e direitos sociais e justiça. In: FARIA, José Eduardo (Org.). **Direitos humanos, direitos sociais e justiça**. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 127.

Nesse passo, estabelecer a vinculação entre direitos fundamentais e democracia é importante para a compreensão da implicação obrigacional que os direitos fundamentais em geral, e os sociais em particular, geram para os Poderes Públicos.

Para Ferrajoli¹⁶⁸, os direitos fundamentais são a própria dimensão substancial de democracia, em contraponto à dimensão política ou formal, que se impõe aos poderes do Estado. A fundamentação dessa hipótese se verifica com a comprovação dos elementos que, segundo a teoria garantista, caracterizam os direitos fundamentais: a universalidade, a igualdade jurídica, a indisponibilidade, atribuição *ex lege* e natureza comumente constitucional.

A dimensão substancial de democracia se sobrepõe à dimensão política ou formal, já que nenhuma decisão majoritária ou de mercado pode suprimir direitos fundamentais. Nas palavras de Ferrajoli:

Si las reglas sobre la representación y sobre el principio de la mayoría son normas formales en orden a lo que *es decidable* por la mayoría, los derechos fundamentales circunscriben la que podemos llamar *esfera de lo indecible*: de lo *no decible que*, y de lo *no decible que no*, es decir, de las obligaciones públicas determinadas por los derechos sociales. [grifos no original]¹⁶⁹

Os direitos fundamentais são conteúdos que vinculam – obrigando ou limitando – as normas inferiores ou as práticas normativas¹⁷⁰ e estabelecem requisitos de validade¹⁷¹ para estas normas ou práticas oficiais:

En efecto, en el Estado democrático de derecho, si las normas formales sobre la vigencia se identifican con las reglas de la democracia *formal o política*, en cuanto disciplinan las *formas* de las decisiones que aseguran la expresión de la voluntad de la mayoría, las normas sustanciales sobre la validez, al vincular al respeto de los derechos fundamentales y de los demás principios axiológicos establecidos en ellas, bajo pena de invalidez, la *sustancias* (o el *significado*) de las decisiones mismas, corresponden a las reglas con las que bien se puede caracterizar la democracia *sustancial*. [grifos no original]¹⁷²

¹⁶⁸ FERRAJOLI, Luigi. Derechos fundamentales. In: _____. **Derechos y garantías**, p. 50.

¹⁶⁹ Ibidem, p. 51. (Se as regras sobre a representação e sobre o princípio da maioria são normas *formais* na ordem do que é *decidível* pela maioria, os direitos fundamentais circunscrevem o que podemos chamar de *esfera do indecível*: do *não decidível que*, e do *não decidível que não*, quer dizer, das obrigações públicas determinadas pelos direitos sociais.) [grifos no original] [Tradução nossa].

¹⁷⁰ Esse termo é utilizado no sentido de quaisquer atos dos três poderes do Estado.

¹⁷¹ A distinção entre validade e vigência – a primeira correspondendo aos requisitos de conteúdo das normas e práticas e a segunda, aos requisitos de procedimento e competência destas mesmas normas e práticas normativas – será abordada no terceiro capítulo deste trabalho, a fim de pautar a definição de uma teoria jurídica garantista.

¹⁷² FERRAJOLI, Luigi. Op. cit., p. 52. (Com efeito, no Estado democrático de direito, se as normas formais sobre a vigência se identificam com as regras da democracia *formal ou política*, enquanto disciplinam as *formas* das decisões que asseguram a expressão da vontade da maioria, as normas substanciais sobre a validade, ao vincular ao respeito aos direitos fundamentais e aos demais princípios axiológicos estabelecidos nelas, sob pena de invalidez, as *substâncias* (ou o *significado*) das decisões mesmas, correspondem às regras com as quais bem se pode caracterizar a democracia *substancial*.) [grifos no original] [Tradução nossa].

Neste ponto, é possível desfazer a chamada “presunção de regularidade dos atos realizados pelo poder”¹⁷³, que serve apenas para obscurecer o fato de que os requisitos formais ou políticos da democracia são insuficientes. Melhor dizendo, o fato de uma maioria ter escolhido um governante ou o fato de um concurso público¹⁷⁴ regular ter dado acesso a determinado funcionário público, é o mínimo no seio de uma sociedade democrática, mas não garante a concretização de direitos fundamentais, considerados pela teoria garantista como fins do Estado e do Direito.

Ferrajoli é insistente em se contrapor a toda teoria que negue a preexistência dos direitos da pessoa humana ao Estado. O autor afirma que é equivocada a teoria germânica do direito público¹⁷⁵, segundo a qual os direitos subjetivos são reflexos da existência da lei e do Estado, pois entende estes direitos como fundantes e não fundados pelo Estado.

Com efeito, é clara a vinculação da teoria garantista às teorias jusnaturalistas do período da Ilustração, que viam o Estado como uma artificialidade criada pelo homem, já detentor de direitos naturais ou vitais, para os quais este mesmo “homem artificial” – o Estado – deveria estar voltado, assumindo-os como finalidades:

El pensamiento jusnaturalista y contractualista de Ilustración formulo esta regla primaria de la relación entre estado y ciudadano y de la convivencia civil entre mayoría y minorías, concibiendo los derechos vitales del hombre como ‘naturales’ y su garantía como condición de legitimidad de esse ‘hombre artificial que es el estado’ y del pacto social que él mismo asegura¹⁷⁶.

Ferrajoli¹⁷⁷ assevera que direitos fundamentais são valores e necessidades vitais de pessoas determinadas histórica e culturalmente e aduz, ainda, que é possível avaliar um sistema democrático específico em função da quantidade e da qualidade das garantias destes direitos.

A teoria jurídica garantista tem como pressuposto o Direito como um sistema de garantias que concretizem os direitos fundamentais, impondo vínculos de limitação (direitos de liberdade) ou vínculos de implementação (direitos sociais) aos poderes, principalmente

¹⁷³ GIANFORMAGGIO, Letizia, 1993 *apud* FERRAJOLI, Luigi. Derechos Fundamentales. In: _____. **Derechos y garantías**, p. 52.

¹⁷⁴ O concurso público devidamente positivado como critério formal de provimento de cargos públicos.

¹⁷⁵ Cf. FERRAJOLI, Luigi. Op. cit., p. 53. Ferrajoli se refere à teoria de G. Jellinek (final do século XIX), defensor da instrumentalização de qualquer direito do cidadão ao interesse do Estado.

¹⁷⁶ FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón**, p. 859. (O pensamento jusnaturalista e contratualista da Ilustração formulou esta regra primária da relação entre Estado e cidadão e da convivência civil entre maioria e minorias, concebendo os direitos vitais do homem como “naturais” e sua garantia como condição de legitimidade deste “homem artificial que é o Estado” e do pacto social que ele mesmo assegura.) [Tradução nossa].

¹⁷⁷ *Ibidem*, p. 864-866.

públicos, mas deixa clara a deficiência nos ordenamentos e na elaboração teórica de um sistema efetivo, ou mais efetivo, de garantia dos direitos sociais.¹⁷⁸

É da matriz garantista que o presente trabalho se serve para trazer os direitos sociais infanto-juvenis à luz da reflexão teórico-jurídica. Assim, depois de definir direitos sociais e seus contornos históricos, legais e teóricos, cabe apontar e analisar os mecanismos existentes para exigibilidade destes direitos – as garantias e os atores responsáveis pela sua concretização, o que será feito no próximo capítulo.

¹⁷⁸ FERRAJOLI, Luigi. O direito como sistema de garantias. In: OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebíades de (org.). **O novo em direito e política**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 100.

2 O SISTEMA DE GARANTIAS DOS DIREITOS SOCIAIS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE.

Neste capítulo, será feita a análise do sistema de garantias criado pelo ordenamento jurídico brasileiro para os direitos sociais da criança e do adolescente, através da lente da teoria garantista de Ferrajoli.

No entanto, a noção de sistema de direitos fundamentais aqui adotada segue a linha de Sarlet, segundo a qual:

[...] este necessariamente será, não propriamente um sistema lógico-dedutivo (autônomo e auto-suficiente), mas, sim, um sistema aberto e flexível, receptivo a novos conteúdos e desenvolvimentos, integrado ao restante da ordem constitucional, além de sujeito aos influxos do mundo circundante.¹⁷⁹

Aqui deve estar bem afastada a noção de sistema fechado, sem lacunas, com uma pretensão total de respeito e proteção, tendo todos os direitos fundamentais base no mesmo princípio fundamental da dignidade da pessoa humana¹⁸⁰.

Nesse passo, se estudará o pressuposto garantista da centralidade da pessoa humana incorporado ao Direito da Criança e do Adolescente e as garantias presentes no ordenamento jurídico para a defesa dos direitos sociais desta população, tendo como referências normativas a CRFB/88, os documentos internacionais ratificados e vigentes na ordem pátria, além da lei específica, ou seja, o Estatuto.

2.1 A centralidade da pessoa como pressuposto da doutrina jurídica da proteção integral.

O Direito da Criança e do Adolescente tem como doutrina jurídica informadora, como já mencionado, a proteção integral, conforme denomina o Estatuto. Essa doutrina, por sua vez, apresenta elementos humanistas, pois trata a criança e o adolescente como figura

¹⁷⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**, p. 75.

¹⁸⁰ Ibidem, p. 73. Esta concepção, aqui rejeitada, se manifesta nos termos da teoria germânica do sistema constitucional de direitos fundamentais de Günter Dürig, paradigmática, mas sujeita a invalidação em face de não descrever exatamente a realidade do Direito Positivo Constitucional alemão de 1949, muito menos do Direito Positivo brasileiro atual.

central e os concebe como sujeitos cujas integralidade e peculiaridade demandam ações garantidoras de direitos fundamentais.

Os primeiros seis artigos do Estatuto fornecem base normativa para a compreensão e o fundamento do que acaba de ser descrito, que pode ser chamado de pressuposto da doutrina jurídica da proteção integral. Por sua vez, a teoria garantista é marcada pelo mesmo pressuposto – a centralidade da pessoa.

Para Cademartori¹⁸¹, o fato de o garantismo ter um fundamento político liberal e desta liberdade ser tomada no sentido politicamente igualitário – o que remete à noção de que é desejável que se amplie a esfera da liberdade até o limite da igual liberdade dos demais – leva à implicação de que o Estado e o Direito são instrumentais à consecução de fins extrajurídicos considerados aceitáveis ou justos.

A instrumentalidade do Direito e do Estado serve à compreensão do sistema normativo criado pelo Estatuto, como garantista. Isso se justifica porque toda a elaboração estatutária é voltada para a garantia dos direitos da pessoa criança/adolescente. Os direitos positivados têm correspondência com obrigações de atores do sistema, sejam eles da esfera privada da sociedade, como a família, sejam eles da esfera pública, como o Poder Executivo e suas políticas.

Assim, a centralidade do sujeito criança/adolescente se afirma na instrumentalidade do Estado e do Direito. Os direitos sociais atribuídos a este sujeito têm como obrigados correspondentes, tanto sua família quanto o Estado, através dos três poderes.

É importante salientar que do Estatuto decorrem obrigações relativas aos direitos sociais, tanto de concretização em primeira hora, as chamadas garantias primárias, quanto de responsabilização no caso de falta de concretização espontânea, as garantias secundárias.¹⁸²

O Estado, apontado como responsável e como instrumento para a concretização de direitos sociais de crianças e adolescentes não se restringe ao Poder Executivo com suas necessárias políticas públicas, mas inclui, além deste, os outros dois poderes: o Legislativo e o Judiciário.

No modelo atual de Estado de Direito, a situação dos três poderes, no que concerne a deveres em relação às pessoas, apresenta peculiaridades.

¹⁸¹ CADEMARTORI, Sérgio. **Estado de Direito e Legitimidade**, p. 73-74.

¹⁸² FERRAJOLI, Luigi. *Derechos Fundamentales*. In: _____. **Los Fundamentos de los derechos fundamentales**: debate con Luca Baccell, Michelangelo Bovero, Riccardo Guastini, Mario Jori, Anna Pintore, Ermanno Vitale, Danilo Zolo. Madri: Trotta, 2001. Esta classificação será aprofundada ainda neste capítulo, quando forem analisadas as garantias criadas pelo Estatuto da Criança e do Adolescente.

O termo garantismo, em uma de suas acepções, segundo Ferrajoli, significa um modelo normativo de Direito, mais especificamente, o Estado de Direito, nascido com as Constituições. Esse Estado de Direito caracteriza-se pelo princípio da legalidade e pela instrumentalização dos três poderes do Estado à consecução dos direitos fundamentais de todos os cidadãos: no plano formal da legalidade, o que se utiliza para controle das ações potencialmente violadoras é a apreciação dos casos concretos por juízes independentes. Quanto à instrumentalização dos poderes, o processo é o de incorporação, pelas Constituições – no modelo de Estado Garantista – de obrigações públicas correspondentes.¹⁸³

As obrigações dos três Poderes Públicos são caracterizados de acordo com o tipo de direitos fundamentais de que se desprendem: podem ser de proibição de violar direitos de liberdade ou de obrigações de satisfazer direitos sociais.

O critério de legalidade, então, nos modelos garantistas de Estado – que representa, ao menos idealmente, a maior parte dos Estados ocidentais – se divide em dois: a legalidade em sentido amplo e a legalidade em sentido estrito. A legalidade em sentido amplo é aquela que legitima formalmente os Poderes Públicos por meio da subordinação à lei. A legalidade em sentido estrito legitima substancialmente estes mesmos Poderes, subordinando todos os atos aos conteúdos dos direitos fundamentais, sejam eles civis, políticos ou sociais.¹⁸⁴

O Estatuto, com seu rol considerável de direitos sociais, assim, não obriga apenas os gestores públicos à execução de ações de implementação, mas também o Poder Legislativo a submeter suas funções ao império da Constituição e do Estatuto e o Poder Judiciário a responsabilizar aqueles que deveriam concretizá-los e não o fazem ou o fazem irregularmente.

Pelo prisma garantista, os Poderes Públicos podem ser julgados, e efetivamente o são, em função de raciocínios do campo da legitimação formal e substancial, o que remete à análise dos critérios deste julgamento: Ferrajoli vincula a legitimação formal às regras de quem e como se pode decidir e a legitimação substancial às regras sobre o que se deve e sobre o que não se deve decidir¹⁸⁵, remetendo à noção ferrajoliana de democracia substancial, anteriormente analisada.

As regras de legitimação formal envolvem, tradicionalmente, o sufrágio universal, as formas de eleição direta ou indireta, o princípio da maioria na formação da vontade do Estado etc., e garantem o caráter democrático da política.¹⁸⁶

¹⁸³ FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón**, p. 851-852 e 856-857.

¹⁸⁴ *Ibidem*, p. 857.

¹⁸⁵ *Ibidem*, p. 858.

¹⁸⁶ *Idem*.

As regras de legitimação substancial dos Poderes Públicos são aquelas que conferem, justamente, a qualidade jurídica do Estado – se é autoritário, absoluto ou, efetivamente, se é um Estado de Direito – e definem sobre o que não se pode decidir e sobre o que se deve decidir.¹⁸⁷

Esses conteúdos são vinculantes dos atos dos poderes do Estado e se traduzem nos direitos fundamentais:

[...]; por una parte, las prohibiciones de suprimir o limitar, fuera de las formas y de los casos taxativamente previstos, la libertad personal, la inviolabilidad del domicilio y de la correspondencia, de culto y de circulación; **por otra, las obligaciones de remover las desigualdades sociales, de promover las condiciones que hacen efectivo el derecho al trabajo, de proteger las minorías lingüísticas, de asegurar la educación y la salud, de mantener y asistir a los incapacitados para el trabajo y a cuantos carezcan de medios de subsistencia.** [sem grifos no original]¹⁸⁸

Tais dados da teoria garantista do direito referenciam o juízo de legitimidade dos Poderes Públicos à luz dos direitos fundamentais sociais da criança e do adolescente, remontando ao que diz a CRFB/88 quanto ao que deve ser decidido neste campo. Em outras palavras, quanto à legitimação formal, os três poderes devem agir cumprindo os requisitos de procedimento e de competência que a Carta Política ou outras normas superiores estabelecerem; já no que diz respeito à legitimação substancial, cumpre que administradores públicos, magistrados, legisladores, além de todos os demais representantes do Estado – como os órgãos do Ministério Público ou das Defensorias Públicas -, atuem em consonância com as normas superiores que regulam o conteúdo de seus atos: os direitos sociais inscritos na CRFB/88 e no Estatuto, cujos titulares são as crianças e os adolescentes.

Como os direitos fundamentais das crianças e adolescentes têm base constitucional e vêm detalhados em termos de conteúdo e de obrigados pela sua efetivação em lei federal, é clara a vinculação dos poderes do Estado ao seu cumprimento.

Assim é que:

Gracias a estas dos fuentes no existen, en el estado de derecho, poderes sin regulación y actos de poder incontrolables: en él todos los poderes se encuentran limitados por deberes jurídicos, relativos no sólo a la forma sino también a los contenidos de su ejercicio, cuya violación es causa de

¹⁸⁷ FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón**, p. 858.

¹⁸⁸ Idem. ([...] por uma parte, as proibições de suprimir ou limitar, fora das formas e casos taxativamente previstos, a liberdade pessoal, a inviolabilidade do domicílio e de correspondência, de culto e de circulação; por outra, as obrigações de remover as desigualdades sociais, de promover as condições que fazem efetivo o direito ao trabalho, de proteger as minorias lingüísticas, de assegurar a educação e a saúde, de manter e assistir aos incapacitados para o trabalho e a quantos careçam de meios de subsistência.) [Tradução nossa].

invalidez de los actos accionables judicialmente y, al menos en teoría, de responsabilidad para sus autores.¹⁸⁹

A questão a ser levantada é o nível de especificação dessa obrigação estatal e em que medida se pode julgar os três poderes através deste referencial.

Está claro que o princípio da prioridade absoluta confere elementos para este juízo de legitimidade dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário em sede de Direito da Criança e do Adolescente.

O princípio¹⁹⁰ da prioridade absoluta consta do texto constitucional, no *caput* do artigo 227¹⁹¹, e foi especificado pelo parágrafo único do artigo 4.º do Estatuto, já transcrito. É interessante notar que a sua presença no texto constitucional e a forma como está incluído – antes da enumeração dos direitos fundamentais – lhe confere *status* de princípio fundamental¹⁹².

A especificação do referido princípio vem na forma de “garantia de prioridade”, conforme o parágrafo único do artigo 4.º, o que demonstra a opção do legislador estatutário pela definição do alcance deste preceito a fim de alcançar maior eficácia no intento protetivo da lei.

Na interpretação de Dallari:

Evidentemente, a lei não poderia prever todas as circunstâncias e descer a pormenores sobre cada uma delas. Mas a leitura atenta desses dispositivos fornece elementos suficientes para que se perceba seu espírito e sua abrangência. Em caso de dúvida trata da afirmação e garantia de direitos fundamentais, razão pela qual cabe perfeitamente a aplicação por extensão ou analogia, nunca podendo ser admitida uma interpretação restritiva.¹⁹³

¹⁸⁹ FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y Razón**, p. 857. (Graças a estas duas fontes não existem, no Estado de direito, poderes sem regulação e atos de poder incontroláveis: nele todos os poderes se encontram limitados pelos deveres jurídicos, relativos não só à forma, mas também aos conteúdos do exercício, cuja violação é causa de invalidade dos atos, acionável judicialmente e, ao menos em teoria, de responsabilidade para seus autores.) [Tradução nossa].

¹⁹⁰ A despeito de o parágrafo único do artigo 4.º do Estatuto denominar a prioridade absoluta de “garantia de prioridade”, a categoria tem conformação de princípio, de acordo com a conceituação corrente na literatura pátria: mandamento nuclear de um sistema, ordens irradiadas sobre as normas, condensações dos valores e bens de peso constitucional. Cf. SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 19. ed. rev. e atualiz. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 99.

¹⁹¹ Art. 227: “É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. [...]”.

¹⁹² Cf. SILVA, José Afonso da. Op. cit., p. 99. Os princípios fundamentais são retirados da análise do direito positivo, enquanto os princípios constitucionais gerais são resultantes de análises histórico-social dos estudiosos de direito constitucional. Enquanto princípios gerais podem ser exemplificados pela rigidez constitucional e pela supremacia da constituição, os fundamentais podem ser exemplificados pela separação de poderes e pela dignidade da pessoa.

¹⁹³ DALLARI, Dalmo de Abreu. Artigo 4º. In: CURY, Munir (coord.). **Estatuto da criança e do adolescente comentado**. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 44.

Nos termos do já transcrito artigo 4º do Estatuto, o princípio da prioridade absoluta compreende: a primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias; a precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública; a preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas; e a destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude.

A primazia de proteção e socorro em quaisquer circunstâncias tem obrigados indeterminados, pois envolve situações hipotéticas em que “[...] poderá haver opções entre proteger ou socorrer em primeiro lugar as crianças ou adolescentes ou os adultos. Isso pode ocorrer, p.ex., numa situação de perigo como, também, nos casos de falta ou escassez de águas, alimentos ou abrigo, [...]”¹⁹⁴ quando o destinatário da norma pode ser qualquer pessoa do povo e aqueles servidores públicos que têm dever funcional de socorrer.

Com efeito, a aludida primazia dirige-se aos direitos em geral, principalmente à vida e à saúde. No entanto, o grau de indeterminação dos destinatários da obrigação começa a reduzir nas demais manifestações do princípio da prioridade absoluta.

A precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública tem como obrigados os responsáveis pelas ações já disponibilizadas pelo Estado.

Para Dallari¹⁹⁵, serviço público é aquele prestado diretamente ou por delegação, pelos órgãos públicos. Na hipótese do dispositivo em análise, se algum serviço público for disponibilizado de forma concomitante para adultos e crianças ou adolescentes, estes últimos devem ser atendidos primeiramente, nos casos em que o nível de urgência for semelhante. Para o mesmo autor, o fundamento desta precedência é a resistência reduzida das pessoas em tenra idade, quando comparada a dos adultos.

No que diz respeito à preferência na formulação e na execução de políticas sociais públicas, os obrigados são os órgãos com atribuição de implementar ações de concretização dos direitos sociais, como administradores e funcionários públicos.

As políticas sociais, a serem preferencialmente elaboradas para crianças e adolescentes, deverão respeitar, no mínimo, as chamadas linhas de ações da política de atendimento descritas pelo próprio Estatuto, em seu artigo 87, nos seguintes termos:

Art. 87. São linhas de ação da política de atendimento:

I - políticas sociais básicas;

II - políticas e programas de assistência social, em caráter supletivo, para aqueles que deles necessitem;

¹⁹⁴ DALLARI, Dalmo de Abreu. Artigo 4º, p. 42.

¹⁹⁵ Idem..

- III - serviços especiais de prevenção e atendimento médico e psicossocial às vítimas de negligência, maus-tratos, exploração, abuso, crueldade e opressão;
- IV - serviço de identificação e localização de pais, responsável, crianças e adolescentes desaparecidos;
- V - proteção jurídico-social por entidades de defesa dos direitos da criança e do adolescente.¹⁹⁶

Sêda¹⁹⁷ anota que estas linhas de ação indicam exatamente o que deve ser feito para que os fins sociais a que se destina o Estatuto sejam alcançados. Assim, levando em conta os elementos da doutrina da proteção integral, como condição de sujeito de direitos, integralidade deste sujeito e instrumentalidade do Estado, é razoável afirmar que a primeira linha de ação deve receber maiores esforços. A própria racionalidade do Estatuto aponta para essa leitura, pois esta lei positiva um rol considerável de direitos e determina os obrigados por sua efetivação.

A integralidade do sujeito, bem descrita no artigo 3.º do Estatuto demonstra que devem ser considerados todos os direitos fundamentais para o fim de julgar se uma criança ou adolescente está sendo alvo de violência.

Segundo Piazza, somente políticas sociais básicas sérias podem garantir direitos fundamentais, pois não é possível conceber um país potencialmente rico com mais da metade de sua população pobre, com uma porção considerável na mais absoluta miséria.¹⁹⁸

As políticas assistenciais devem ser mantidas, sobretudo em um país como o Brasil, com sérias dificuldades sociais. No entanto, essa assertiva é válida para qualquer outro país pois, mesmo em condições de desenvolvimento mais favoráveis, sempre será possível a ocorrência de situações que retirem famílias inteiras e suas crianças e adolescentes do sistema de circulação de bens e serviços, essencial para a manutenção da dignidade da pessoa humana.

Nesse sentido, Piazza analisa:

A ‘assistência social’, para que possa pertencer à ‘política social’, tem que ter função redistributiva das riquezas que o país produz e que, ainda que bem canalizadas na intenção para toda a população, de fato acabam deixando um ‘resto’ não suficientemente atendido, à causa das dinâmicas de ajustamento do sistema.¹⁹⁹

¹⁹⁶ BRASIL. **Estatuto da criança e do adolescente**, p. 25.

¹⁹⁷ SÊDA, Edson. Artigo 87. In: CURY, Munir (coord.). **Estatuto da criança e do adolescente comentado**. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 278.

¹⁹⁸ PIAZZA, Pe. Clodoveo. Artigo 87. In: CURY, Munir (coord.). **Estatuto da criança e do adolescente comentado**. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 283.

¹⁹⁹ *Ibidem*, p. 283.

Ainda para Piazza²⁰⁰, as políticas assistências devem compor a política social básica, o que é acertado, já que a assistência social - que visa à redistribuição de riquezas - deve ser elaborada e implementada em conjunto com as demais políticas, como a de saúde, educação e trabalho, por exemplo.

O inciso III do artigo 87 do Estatuto se refere especificamente a crianças e adolescentes vítimas de violências do tipo negligência, maus-tratos, exploração, abuso, crueldade e opressão; e também indica a necessidade de programas de atendimento para situações em que, não obstante toda a proteção positivada, ainda se constatem esses tipos de violação.

A respeito, Piazza faz o seguinte comentário:

Por incrível que pareça, esta violência está em contínuo aumento no mundo. A linha de ação deste inciso precisa, assim, de uma atenção especial; e infelizmente, na perspectiva de que isso deverá tomar ainda mais consistência num próximo futuro, até o ponto de assumir a dimensão de um programa ou até de uma política social.²⁰¹

Liberati²⁰² denomina os serviços listados no inciso III do artigo 87, de proteção especial voltada para crianças e adolescentes em situação de risco pessoal e social.

Os dois últimos incisos do artigo 87 dizem respeito a serviços específicos, quais sejam: identificação de pessoas desaparecidas - crianças, adolescentes, pais ou responsáveis - e proteção jurídico-social.

No primeiro caso, o serviço é imprescindível e, se fosse informatizado, seria eficaz e demandaria menor custo para crianças e adolescentes.

Na avaliação de Piazza:

Quantas vezes, crianças fugitivas, ou levadas por um dos pais para outro Estado, perderam, por várias razões, o contato com a família de origem. Ainda que internados em estabelecimentos oficiais, pelas situações de abandono em que foram encontradas, não foi possível encontrar outros parentes, pois a procura foi feita na própria comarca ou em outra mais próxima, sendo que para as mais distantes os obstáculos se tornam praticamente intransponíveis.²⁰³

A proteção jurídico-social tem relevância para aqueles que não conseguem acessá-la por meios próprios - o que, aliás, é característica dos direitos sociais - e que não têm noção de seus direitos, tampouco conhecem a forma pela qual podem exigir que os obrigados os concretizem.

²⁰⁰ PIAZZA, Pe. Clodoveo. Artigo 87, p. 285.

²⁰¹ Ibidem, p. 284.

²⁰² LIBERATI, Wilson Donizete. **Comentários ao estatuto da criança e do adolescente**, p. 71.

²⁰³ PIAZZA, Pe. Clodoveo. Op. cit., p. 285.

Segundo Sêda:

Não basta à lei fixar norma abstrata, mormente tratando-se de destinatários dessa norma amplamente desprotegidos, como ocorre com a maior parte da população infanto-juvenil brasileira. Para que, na ordem prática da vida, se tenham mecanismos concretos de fazer valer o Direito Positivo, este também estatui, com a força da exigibilidade que é característica do Estatuto, que as comunidades podem exigir, pela via administrativa, ou judicial, que a presença de entidades de defesa de direitos se viabilize, quando obstáculos indevidos se interpuserem à sua criação.²⁰⁴

É importante salientar que as políticas sociais básicas, a assistência social, os serviços especiais e a proteção jurídico-social são linhas de ação diretamente ligadas à concretização dos direitos sociais, presentes nos incisos I, II, III e V do artigo 87 do Estatuto. Os serviços de localização – inciso IV do mesmo artigo – tratam de serviços de utilidade pública e dizem respeito à integridade, também, embora não se afaste demais de direitos sociais como a convivência familiar e comunitária, ou à educação e à saúde, dado que estes podem estar violados ou ameaçados em função do fato da falta de identificação ou do desaparecimento de pais ou responsáveis.

A última locução cunhada pelo Estatuto para definir prioridade absoluta refere-se à destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à criança e ao adolescente. Esse é, por certo, um imperativo relevante na efetivação da proteção integral de crianças e adolescentes. Como menciona Dallari:

Essa exigência legal é bem ampla e se impõe a todos os órgãos públicos competentes para legislar sobre a matéria, estabelecer regulamento, exercer controle ou prestar serviços de qualquer espécie para promoção dos interesses e direitos de crianças e adolescentes. A partir da elaboração e votação dos projetos de lei orçamentária já estará presente essa exigência.²⁰⁵

A justificativa corrente no discurso dos agentes públicos acerca da falta de verbas não poderá ser invocada quando o serviço demandado se relacionar, de alguma forma, com crianças e adolescentes. Em caso de questionamento sobre a obrigação de dar preferência na destinação de verbas, os obrigados deverão comprovar que, tendo em conta as verbas disponíveis, foi observada a prioridade imposta pelo Estatuto.²⁰⁶

O PIDESEC, através de seu artigo 2º, item 1, dispõe o seguinte:

Cada Estado-parte no presente Pacto compromete-se a adotar medidas, tanto por esforço próprio como pela assistência e cooperação internacionais, principalmente nos planos econômico e técnico, até o máximo de seus recursos disponíveis, que visem a assegurar, progressivamente, por todos os

²⁰⁴ SÊDA, Edson. Artigo 87, p. 282.

²⁰⁵ DALLARI, Dalmo de Abreu. Artigo 4º, p. 44.

²⁰⁶ Idem.

meios apropriados, o pleno exercício dos direitos reconhecidos no presente Pacto, incluindo, em particular, a adoção de medidas legislativas.²⁰⁷

Para Abramovich e Courtis²⁰⁸, o Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais do Conselho Econômico e Social das Nações Unidas, ao analisar o referido artigo, fornece elementos à elaboração do conteúdo das obrigações dos Estados no que se refere à destinação de recursos. O que é certo é a necessidade de comprovação de que está sendo feito todo o possível para a disponibilização de recursos existentes, como questão de prioridade. E mais: em tempos de crise e de ajuste econômico, é obrigação do Estado proteger seus membros mais vulneráveis em integridade econômica, social e cultural.

O Estatuto opera no mesmo sentido, pois da positivação de direitos sociais decorrem obrigações de natureza prestacional e que, por isto, exigem destinação de verbas, através de elaboração orçamentária.

Uma análise comparativa das duas últimas *alíneas* do parágrafo único do artigo 4.º - a preferência na formulação e na execução de políticas sociais públicas e a destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude – permite fazer a seguinte inferência:

Por absoluta prioridade entende-se que, na área administrativa, enquanto não existirem creches, escolas, postos de saúde, atendimento preventivo e emergencial às gestantes, condições dignas de moradia e trabalho, não se deveriam 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.²⁰⁹

Essa é uma elaboração valorativa de Liberati em total relação de coerência com o texto constitucional, o que remete à constatação de Ferrajoli²¹⁰ sobre as atuais constituições e sobre a forma como vinculam axiologicamente os poderes.

A vantagem do modelo garantista de Estado em relação ao velho Estado liberal, é justamente um fenômeno que Ferrajoli chama de dupla artificialidade: a positividade das normas e a sujeição de todos os poderes à Constituição, com suas normas formais e substanciais; o que redundará na regulação jurídica do próprio Direito Positivo.²¹¹

A positividade, característica do modelo positivista, que o autor não descarta, reside na característica de que o Direito é fenômeno determinado pela racionalidade e pela

²⁰⁷ ONU. Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC).

²⁰⁸ ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. **Los derechos sociales como derechos exigibles**, p. 91-92.

²⁰⁹ LIBERATI, Wilson Donizete. **Comentários ao estatuto da criança e do adolescente**, p. 19.

²¹⁰ FERRAJOLI, Luigi. O Direito como sistema de garantias, p. 93.

²¹¹ *Ibidem*, p. 94.

vontade humanas e não mais pelo que diz a moral ou a natureza. Já a sujeição dos poderes pelo viés substancial, além do formal, sofisticada o controle do Direito pelo Direito, propiciando que se dê o lugar devido aos valores positivados nos níveis mais altos do ordenamento a fim de que barrem a entrada de outros valores menos legítimos nos níveis mais baixos da produção jurídica:

São, em suma, os próprios modelos axiológicos do direito Positivo, e não só os seus conteúdos contingentes – o seu ‘dever ser’, e não apenas o seu ‘ser’ – que no Estado Constitucional de Direito são incorporados no ordenamento, como Direito sobre o Direito, sob a forma de limites e vínculos jurídicos da produção jurídica.²¹²

O modelo garantista concede uma defesa contra o Direito ilegítimo, pois programa formas aceitáveis de reprodução – requisitos de procedimento e competência - e também conteúdos, vinculando as leis e os atos normativos aos princípios e valores constitucionalizados, mediante técnicas de garantia que é obrigação e responsabilidade da cultura jurídica elaborar²¹³.

Importante observar que a valoração relativa à centralidade e integralidade da criança e do adolescente e à instrumentalidade do Estado e seus poderes, encontra reforço e especificação no princípio da prioridade absoluta com os elementos presentes no parágrafo único do artigo 4.º do Estatuto, após sua introdução no ordenamento pela CRFB/88. O perigo é a deslegitimação deste mesmo Estado e seus poderes através da negação da opção constitucional pela concretização da cidadania dos menores de dezoito anos, o que normalmente se dá de forma graduada nos Estados reais. Quanto a essa questão, Ferrajoli²¹⁴ alerta que antes de analisar os sistemas jurídicos como garantistas ou anti-garantistas genericamente, deve-se tratar de graus de garantismo, diferenciando o modelo ideal constitucional do modelo efetivo de funcionamento.

Em outras palavras, não se trata de julgar os poderes públicos brasileiros como sendo garantistas ou anti-garantistas, no que se refere aos direitos das crianças e adolescentes, mas julgar seu grau de garantismo levando em conta os princípios impostos pela ordem jurídica e acolhidos pelo Estatuto.

Ferrajoli anota, ainda, que é possível aferir a bondade do sistema em análise em função da previsão que faz de mecanismos de invalidação e de reparação idôneos à efetivação dos direitos proclamados. Nesse sentido:

²¹² FERRAJOLI, Luigi. **O Direito como sistema de garantias**, p. 93.

²¹³ *Ibidem*, p. 94.

²¹⁴ FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón**, p. 852.

[...] una Constitución puede ser avanzadísima por los principios y los derechos que sanciona y, sin embargo, no pasar de ser un pedazo de papel si carece de técnicas coercitivas – es decir, de garantías – que permitan el control y la neutralización del poder del derecho ilegítimo.²¹⁵

O garantismo de uma organização jurídica reside na inclusão de estruturas e de institutos que visem ao sustento, reparo, defesa e tutela dos direitos sociais e das liberdades individuais.²¹⁶

Além do princípio da prioridade absoluta, acima analisado, cumpre estudar duas diretrizes que têm relação com a atuação dos Poderes Públicos no que se refere aos direitos fundamentais das crianças e adolescentes: 1) a da descentralização político-administrativa e 2) a da participação popular.

Em sede de normas constitucionais, a base das duas diretrizes está na cominação do artigo 227, parágrafo 7.º, com o artigo 204, incisos I e II da CRFB/88: descentralização e participação. Em rigor, o parágrafo sétimo do artigo 227 envia as diretrizes da descentralização e da participação - artigo 204. I e II, da CRFB/88 - ao campo do atendimento dos direitos de crianças e adolescentes.

A descentralização político-administrativa implica a retirada de todas as ações de atendimento direto a direitos sociais da criança e do adolescente do âmbito da União, cabendo a esta a regulamentação por meio de normas gerais. Estados e Municípios, por sua vez, estão obrigados à execução dos programas de atendimento, o que também pode ocorrer por intermédio de entidades não governamentais devidamente fiscalizadas.

Segundo Sêda²¹⁷, é justamente na Parte Especial do Estatuto que está efetivado o regramento geral previsto para a União, consoante disposição do inciso I, artigo 204 da CRFB/88.

A participação popular relaciona-se com a idéia de democracia participativa, já que deverá acontecer através de “[...] organizações representativas, na formulação das políticas e no controle das ações em todos os níveis.”, nos termos do artigo 204, inciso II da CRFB/88.

Para La Mora:

²¹⁵ FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón**, p. 852, ([...] uma constituição pode ser avançadíssima pelos princípios e direitos que sanciona e, sem embargo, não passar de um pedaço de papel se carece de técnicas coercitivas – quer dizer, de *garantias* – que permitam o controle e a neutralização do poder e do direito ilegítimo.) [grifo no original] [Tradução nossa].

²¹⁶ CADEMARTORI, Sérgio. **Estado de direito e legitimidade**, p. 86.

²¹⁷ SÊDA, Edson. Artigo 86. In: CURY, Munir (coord.). **Estatuto da criança e do adolescente comentado: comentários jurídicos e sociais**. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 276.

É preciso reconhecer que a participação da população, por meio de suas organizações representativas, na formulação das políticas e no controle das ações em todos os níveis não constitui apenas um mandamento constitucional (art.204), mas, também, trata-se da própria garantia da preservação da qualidade dos serviços, descentralizados política e administrativamente.²¹⁸

Ambas as diretrizes foram recepcionadas claramente pelo Estatuto no Capítulo I, Parte Especial, Das Disposições Gerais.

A descentralização político-administrativa tem correspondência com o que dispõe o artigo 86 do Estatuto, “in verbis”: “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.”²¹⁹.

Antes do Estatuto, a forma como se concebiam e executavam políticas de atendimento à população menor de idade era isolada e autoritária, imposta através de programas e diretrizes emanados da Fundação do Bem Estar do Menor (FUNABEM), criada e regulamentada pela Lei nº. 4.153, de 1.º de dezembro de 1964.

Essa forma de elaboração de políticas públicas é contrária ao espírito da doutrina da proteção integral, que reconhece a importância de uma maior participação dos entes da federação – os Estados e os Municípios – cuja legitimidade repousa na proximidade com as reais necessidades das pessoas.

No que toca à parcela da população entre zero e dezoito anos de idade, o legislador foi muito claro: a opção é pela responsabilização dos Municípios no que concerne ao atendimento dos direitos fundamentais.

Diz o artigo 88, *caput* e inciso I²²⁰, do Estatuto, que uma das diretrizes da política de atendimento é a municipalização. Sendo assim, os Municípios são os responsáveis primeiros pela elaboração e execução da política de atendimento, embora não esteja dispensada a cooperação dos demais entes da federação, através de um conjunto articulado de ações, nos termos do artigo 86 do Estatuto. A CRFB/88 consagrou a autonomia dos municípios. E mais: se União e Estados perdem poder, o Município o recebe justo para ter mais liberdade de decidir qual a forma mais eficiente de concretizar o atendimento aos direitos das suas crianças e adolescentes.

²¹⁸ LA MORA, Luís de. Artigo 86. In: CURY, Munir (coord.). **Estatuto da criança e do adolescente comentado: comentários jurídicos e sociais**. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 278.

²¹⁹ BRASIL. **Estatuto da criança e do adolescente**, p. 25.

²²⁰ Art. 88: “São diretrizes da política de atendimento: I - municipalização do atendimento; [...]”

Segundo Liberati:

Para cumprir o dispositivo estatutário, o Município deverá, através de lei municipal: a) estabelecer as diretrizes básicas do atendimento infante-juvenil; b) atender às peculiaridades locais; c) organizar as estruturas adequadas para aplicar o Estatuto; e d) criar o Conselho Municipal dos Direitos, o Fundo Municipal e o Conselho Tutelar dos Direitos da Criança.²²¹

Nos casos concretos de responsabilização pela concretização dos direitos sociais de crianças e adolescentes, é possível que algum outro ente da federação seja o obrigado, além do Município, conforme será estudado adiante.

A participação popular está especificada no Estatuto na diretriz da criação de conselhos de direitos da criança e do adolescente nos níveis nacional, estadual e municipal, órgãos representativos da sociedade e do poder executivo – de forma paritária – com poder controlador e deliberativo sobre as ações em todos os níveis, conforme inciso II do artigo 88²²². Trata-se de órgãos criados por lei, mediante discussão e aprovação nos respectivos parlamentos, com função deliberativa e controladora e não consultiva.²²³

Em razão da diretriz da municipalização do atendimento, o Conselho Municipal de Direitos merece maior atenção em relação à atividade deliberativa e controladora no campo da concretização dos direitos fundamentais.

Do exposto é perceptível que a função deliberativa deve se pautar por um olhar sobre a cidade, que visualize a forma como os serviços estão organizados para o atendimento de crianças e adolescentes de todas as classes, etnias e gênero, tendo em vista a universalidade e a integralidade do sujeito criança/adolescente.

Assim:

Na ação de deliberar, deve o Conselho ser órgão intelectual, programando a linha de ação do Governo Municipal e demonstrando a ação prática que deve ser adotada. Para isso necessita-se de um estudo real e profundo da situação municipal, verificando os problemas existentes na localidade, com vistas a apresentar ao executivo municipal, planos e estratégias de intervenção.²²⁴

²²¹ LIBERATI, Wilson Donizete. **Comentários ao estatuto da criança e do adolescente**, p. 73.

²²² Art. 88: “São diretrizes da política de atendimento: [...] II - criação de conselhos municipais, estaduais e nacional dos direitos da criança e do adolescente, órgãos deliberativos e controladores das ações em todos os níveis, assegurada a participação popular paritária por meio de organizações representativas, segundo leis federal, estaduais e municipais; [...]”

²²³ LIBERATI, Wilson Donizete. Op. cit., p. 73.

²²⁴ VERONESE, Josiane. Rose Petry. **Direito da Criança e do Adolescente**. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2006, p. 68. (Resumos Jurídicos)

Pela assertiva de Veronese verifica-se a importância de diagnosticar para deliberar. Em outras palavras, as discussões e resoluções do órgão devem estar pautadas por verdadeiros dados sistematizados e interpretados à luz da doutrina da proteção integral, que se rege pela condição de sujeito de direitos fundamentais da criança e do adolescente.

Importa ressaltar que dentro do espaço do conselho de direitos, a sociedade e o Estado estão representados de forma paritária, o que garante que a Administração Pública municipal não fique excluída do campo de decisão.

Observa-se que está posto, ao menos normativamente, um importante instrumento de participação da sociedade civil na formulação de políticas públicas para a população de crianças e adolescentes.

Segundo Veronese: “O conselho é órgão de assessoramento municipal e o Prefeito passa a responsabilidade para este Conselho, somente agindo depois do estudo das causas propostas e apresentadas”.²²⁵

No momento posterior às resoluções do conselho de direitos, surge o poder controlador. E Veronese recomenda que “Como órgão controlador, deve o Conselho verificar se a Administração Municipal está agindo de acordo com as propostas oferecidas, e a partir de então agir como órgão fiscalizador”.²²⁶

É bom frisar que há clareza na separação entre ação deliberativa/controladora do Conselho e ação implementadora/executiva do poder executivo municipal. É como explica Liberati

No âmbito das políticas sociais básicas do Município, tal tarefa será atribuída aos próprios órgãos governamentais encarregados de implantá-las e executá-las. Assim, o Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente, após estudos e levantamentos das carências sociais do Município, indicará ao órgão executor, seja a Secretaria Municipal de Saúde, da Educação, do Trabalho, etc., a necessidade de se restabelecer, ou suprir, com prioridade administrativa, a carência detectada, utilizando, para tanto, os recursos que já deverão estar destacados no orçamento municipal.²²⁷

Os desdobramentos estatutários, advindos de normativas constitucionais relativas às diretrizes da descentralização político-administrativa e da participação popular, especificam ainda mais a maneira como os poderes públicos deverão agir em conformidade

²²⁵ VERONESE, Josiane Rose Petry. **Direito da Criança e do Adolescente**, p. 68.

²²⁶ Idem.

²²⁷ LIBERATI, Wilson Donizete. **Comentários ao estatuto da criança e do adolescente**, p. 74.

com as regras de forma e de conteúdo estabelecidas pelo ordenamento jurídico para a sedimentação da cidadania de crianças e adolescentes.

Contudo, os Estados de Direito atuais, segundo Ferrajoli, vivem uma crise em três aspectos: da legalidade, do Estado Social e das fontes. No campo da legalidade, o que se percebe é que os poderes públicos resistem à reconhecer a vinculação às regras, o que leva à redução dos controles e a fenômenos como corrupção e erosão dos valores incorporados pelas constituições. A crise do Estado Social relaciona-se com uma suposta inadequação deste Estado às formas originais do Estado de Direito e que, para Ferrajoli, trata-se de um equívoco. Por último, a crise se manifesta no deslocamento das fontes do Direito do Estado Constitucional para forças internacionais, enfraquecendo o constitucionalismo.²²⁸

Com o intuito de descrever melhor as relações dos três poderes com os imperativos da centralidade da pessoa e, mais especificamente, com a centralidade da criança e do adolescente e de seus direitos sociais, cumpre destacar os dois primeiros aspectos da crise apontados por Ferrajoli.

A deturpação do princípio do império da lei, segundo o autor, se manifesta em fenômenos como a corrupção e os *lobbies* de negócios, que materializam uma crise de erosão das regras do jogo institucional, substituídas por regras e racionalidades próprias, extra-institucionais e extralegais. Essa faceta da crise acaba por redundar em crise da legitimidade constitucional.²²⁹ Por essa razão, é necessário refletir acerca dos aparatos burocráticos criados pelos Estados contemporâneos para a concretização dos direitos sociais de crianças e adolescentes e de como podem ficar sujeitos a todo o tipo de interesses, mais ainda se forem mínimos os controles normativos sobre os Poderes Públicos.

Ademais, a própria existência, nos sistemas jurídicos atuais, de mecanismos de prevenção e de reversão de violações a direitos fundamentais, é o antídoto possível, conforme visto. De acordo com Ferrajoli, é na previsão dessas garantias que se mede a “bondade” de um sistema.

No que respeita à decantada crise do Estado Social, existe farta literatura a defender que o Estado de Direito, como foi concebido, não comporta a acomodação das demandas do Estado Social.²³⁰ Ferrajoli resume o raciocínio basilar dessa percepção, que julga equivocada:

²²⁸ FERRAJOLI, Luigi. **O direito como sistema de garantias**, p. 89-91.

²²⁹ *Ibidem*, p. 89.

²³⁰ Sobre o assunto ver o Prólogo de Luigi Ferrajoli na obra de ABRAMOVICH, Víctor; COURTIS, Christian. **Los derechos sociales como derechos exigibles**.

Uma tal crise, como é sabido, foi por muitos associada a uma espécie de contradição entre o paradigma clássico do Estado de Direito, que consiste num conjunto de limites e de proibições impostos ao poder público de maneira certa, geral e abstrata, para tutela dos direitos e liberdades dos cidadãos, e o estado social que, ao contrário, exige aos mesmos poderes a satisfação de direitos sociais mediante prestações positivas, nem sempre predetermináveis de forma geral e abstrata e portanto eminentemente discricionárias ou contingentes, subtraídas aos princípios da certeza e da estrita legalidade e confiadas à mediação burocrática e partidária.²³¹

Fenômenos como inflação legislativa, pressões setoriais e corporativistas, perda de certeza e generalidade das leis são tomados como premissa para as investidas contra os direitos sociais e estão ligados, também, ao aspecto da crise da legalidade mencionada. Nesse sentido, pode-se afirmar que há relação entre a deterioração da forma da lei e a incoerência gerada pela inflação legislativa.

No entanto, para Ferrajoli, é a razão jurídica que está em falta e expõe uma clara demanda: o surgimento histórico do Estado Social não veio acompanhado da elaboração de um sistema de garantias dos direitos sociais comparável, em sede de regulação e de controle, ao sistema criado para os direitos à liberdade e à propriedade.²³²

Aqui importa frisar que o argumento de que o Estado de Direito é incompatível com o Estado Social consiste em uma falácia naturalista e determinista, ou seja, uma inadequada passagem abrupta do campo do “ser” para o “dever ser”: do fato de que há efetivamente desregulação e corrupção no campo da concretização dos direitos sociais, se está deduzindo que não é possível, pelo caminho da racionalização jurídica, a criação de um sistema de vínculos aos Poderes Públicos no que pertine aos direitos fundamentais sociais.²³³ Falácia naturalista porque se está deduzindo normas de fatos e falácia determinista porque se está enxergando relações de causalidade necessárias entre fatos e conseqüências, onde não existem.

Ferrajoli leciona:

[...] não há nada de deterministicamente necessário nem de sociologicamente natural na ineficácia dos direitos e na violação sistemática das regras por parte dos titulares dos poderes públicos. Nem há nada de inevitável e irremediável no caos normativo, na proliferação das fontes e na conseqüente incerteza e incoerência dos ordenamentos [...].²³⁴

²³¹ FERRAJOLI, Luigi. **O direito como sistema de garantias**, p. 90.

²³² *Ibidem*, p. 90.

²³³ *Ibidem*, p. 92.

²³⁴ *Idem*.

A dívida da cultura jurídica em relação à elaboração de um sistema de garantias é conclusão obtida da constatação de que, em se tratando de concretização de direitos fundamentais sociais, realmente há problemas de ordem prática.

Os fenômenos acima apontados, como o deslocamento do campo de ação da esfera institucional para os *lobbies* e para a corrupção, podem ser recorrentes no campo do atendimento dos direitos sociais.

A ausência de técnicas de garantias apropriadas é um atraso e implica uma autorização tácita para que o Estado Social se organize aleatoriamente:

[...] através do mero alargamento dos espaços de discricionariedade dos aparelhos administrativos, do jogo desregulado dos grupos de pressão e de clientelas, da proliferação das discriminações e dos privilégios e do desenvolvimento desse caos normativo que hoje elas [as ciências jurídicas e políticas] denunciam e contemplam como ‘crise da capacidade reguladora do Direito’.²³⁵

A propósito, são justamente as técnicas de garantias de direitos sociais, presentes no Direito da Criança e do Adolescente, que compõem um sistema capaz de dinamizar efetivamente a proteção integral desta população.

2.3 As garantias de direitos fundamentais sociais de crianças e adolescentes

O termo “garantias” ainda é fruto de discordância na literatura, pois há posições que defendem sua distinção e posições que não a enxergam, estas últimas bem representadas pela frase: “[...] direitos são garantias e garantias são direitos [...]”.²³⁶

É importante esclarecer que tal confusão entre as duas categorias tem base na teoria kelseniana, segundo a qual, o direito subjetivo existe se corresponde a expectativas cuja frustração tenha possibilidade de ser seguida de sanção, tudo efetivamente previsto pelo direito positivo.²³⁷

Segundo Kelsen:

O entendimento da essência do direito subjetivo é dificultado pelo fato de com esta palavra serem designadas várias situações muito diferentes umas das outras. [...] A conduta do outro correlativa da conduta devida do indivíduo obrigado é designada, num uso de linguagem mais ou menos

²³⁵ FERRAJOLI, Luigi. **O direito como sistema de garantias**, p. 105.

²³⁶ DÓRIA, Sampaio, 1953 *apud* SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**, p. 189.

²³⁷ CABO, Antonio de; PISARELLO, Gerardo. Prólogo: Ferrajoli y el debate sobre los derechos fundamentales. In: FERRAJOLI, Luigi. **Los fundamentos de los derechos fundamentales**, 2001, p. 9-17.

conseqüente, como conteúdo de um ‘direito’; com o objeto de uma ‘pretensão’ correspondente ao dever.²³⁸

Para Kelsen, trata-se de simples confusão terminológica que depurou com seu trabalho teórico, pois denominar de direito a relação entre um indivíduo em face do qual uma conduta é devida, com o indivíduo obrigado a esta conduta, é ignorar que, na verdade, trata-se de um dever jurídico. É a noção de direito reflexo.²³⁹

A teoria kelseniana fornece as bases da absorção do direito e de sua garantia nesse contexto de “pureza metodológica”, o que gerou, na teoria do direito tradicional, a identificação total entre natureza declaratória do direito e natureza assecuratória das garantias.

A relação entre direitos e garantias, segundo Ferrajoli, é tema anterior a qualquer discussão acerca dos direitos, pois se forem rejeitados direitos sem garantias, será descartada uma das maiores conquistas do constitucionalismo do século XX: constitucionalização dos direitos sociais.²⁴⁰

A distinção entre os direitos e suas garantias realizada por Ferrajoli representa, inclusive, uma quebra no paradigma liberal e individualista, próprio do conceito de direito subjetivo da modernidade, bem representado pela teoria kelseniana.

Segundo Lima Lopes²⁴¹, o direito subjetivo, em sua concepção moderna, se confunde com a história do individualismo e funciona muito bem enquanto transita pela relação entre duas partes, pela idéia de direito-reflexo.

No entanto, não é tão simples quando se trata de “[...] falar de direitos, liberdades para a manutenção da vida em geral, não apenas das trocas individuais”.²⁴²

Embora não se possa restringir o fenômeno de apropriação à etapa histórica moderna, o conceito de direito subjetivo tem uma formulação própria na modernidade – a propriedade burguesa o forja – e fundamenta a ordem jurídica deste período.²⁴³

Do conceito de direito subjetivo de Kelsen – direito reflexo – para o conceito de direito subjetivo de Ferrajoli – qualquer expectativa positiva (de prestações) ou negativa (de não sofrer lesões) adstritas a um sujeito, prevista por uma norma jurídica positiva, como pressuposto de sua idoneidade para ser titular de situações jurídicas e/ou autor dos atos que são o exercício destas²⁴⁴ – se percebe a alteração profunda da própria realidade do Direito e

²³⁸ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 6. edição. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p.42.

²³⁹ Idem.

²⁴⁰ FERRAJOLI, Luigi. Derechos Fundamentales. In: _____. **Los fundamentos de los derechos**, p. 45.

²⁴¹ LOPES, José Reinaldo Lima. Direito subjetivo e direitos sociais, p. 120.

²⁴² Idem.

²⁴³ Ibidem, p. 123.

²⁴⁴ FERRAJOLI, Luigi. Derechos Fundamentales. In: _____, **Derechos y Garantías**, p. 37.

do Estado. Enquanto o primeiro tinha em mente a relação entre dois indivíduos em função da propriedade de algum bem, o segundo tem os direitos fundamentais como categorias intocáveis diante do poder da maioria ou de qualquer dos outros poderes.

Para Ferrajoli, o fato de que a absorção das garantias pelo conceito de direito, geraria a sedimentação da idéia de que, faltando as primeiras, a positivação dos direitos seria reduzida à mera programação política juridicamente irrelevante, é motivo suficiente para proceder à diferenciação entre os dois fenômenos.²⁴⁵

O autor, contudo, aponta outros motivos. A questão principal é mais profunda e tem ligação com a natureza positiva e nomodinâmica do direito atual. Explica a natureza nomoestática do sistema normativo moral para diferenciá-lo do sistema normativo jurídico, que é nomodinâmico: os sistemas nomoestáticos derivam de princípios racionais e todas as normas são deduzidas uma das outras em um processo considerado lógico.²⁴⁶

Assim, dada uma expectativa – ou um direito – positiva ou negativa, existe sempre a proibição ou a obrigação correspondentes: existente uma permissão, o comportamento não estará proibido; dada uma obrigação, a omissão estará proibida e sempre existirá o dever correspondente de outra pessoa.²⁴⁷

Ora, se as regras morais são deduzidas umas das outras, sendo sempre correlativas às normas superiores, que são “dadas”, não cabem nem antinomias e nem lacunas.

Em contraposição, as normas jurídicas pertencentes a um sistema nomodinâmico, não funcionam assim, eis que:

En estos sistemas la existencia o la inexistencia de una situación jurídica, o sea, de una obligación, una prohibición, un permiso o una expectativa jurídica, depende de la existencia de una norma positiva que la prevea, que, a su vez, no es deducida de la de otras normas, sino inducida, como *hecho empírico*, del acto de su producción. Por consiguiente, es muy posible que, dado un derecho subjetivo, no exista – aun cuando debiera existir – la obligación o la prohibición correspondiente a causa de la (indebida) inexistencia de la norma que las prevé. Como también es posible que, dado un permiso, exista – aun cuando no debiera existir – la prohibición del mismo comportamiento a causa de la (indebida) existencia de la norma que la prevé.²⁴⁸

²⁴⁵ Idem.

²⁴⁶ Ibidem, p. 46.

²⁴⁷ Idem.

²⁴⁸ Idem. (Nestes sistemas, a existência ou a inexistência de uma situação jurídica, ou seja, de uma obrigação, uma proibição, uma permissão ou uma expectativa jurídica, depende da existência de uma norma que a preveja, que, a sua vez, não é deduzida de outras normas, e sim induzida, como *fato empírico*, do ato de sua produção. Por conseguinte, é muito possível que, dado um direito subjetivo, não exista – ainda que devesse existir – a obrigação ou a proibição correspondente por causa da (indevida) inexistência da norma que as prevê. Como também é possível que, dada uma permissão, exista – ainda que não devesse existir – a proibição do mesmo comportamento por causa da (indevida) existência da norma que a prevê.) [Tradução nossa].

A crítica de Ferrajoli ao pensamento kelseniano é baseada no mesmo Kelsen, que ensinou ter o direito uma natureza nomodinâmica:

O sistema de normas que chamamos de ordem jurídica é um sistema do tipo dinâmico. As normas jurídicas não são válidas por terem, elas próprias, ou a norma básica, um conteúdo cuja força de obrigatoriedade seja auto-evidente. Elas não são válidas por causa de um atrativo que lhes é inerente. [...]. As normas particulares da ordem jurídica não podem ser logicamente deduzidas a partir dessa norma fundamental, [...]. Elas têm de ser criadas por um ato especial de vontade, e não concluídas a partir de uma premissa por meio de uma operação intelectual.²⁴⁹

A inevitabilidade das antinomias²⁵⁰ e das lacunas²⁵¹ é um fato nos sistemas normativos jurídicos, e a própria definição de que a uma expectativa jurídica – direito subjetivo – corresponde uma obrigação é normativa, ou seja, prescreve o que deve ser e não, muitas vezes, o que é²⁵².

Em outros termos, nada impede, (pelo contrário, é bem provável) que um dado sistema jurídico apresente situações de contradição entre normas - muitas vezes do mesmo nível hierárquico - ou falta de completude, determinadas situações não reguladas e que mereçam regulação.

Segundo Ferrajoli, a teoria kelseniana é verdadeira à medida que afirma o que deve ser, mas não pode ser considerada descritiva da realidade, pois antinomias e lacunas existem nos ordenamentos de forma corriqueira.²⁵³

Neste ponto do estudo, importa apontar o conceito e a classificação de garantias.

Para Silva²⁵⁴, a diferença entre direitos e garantias reside no fato de que direitos são bens e vantagens conferidos pela norma, enquanto garantias são meios destinados a fazer valer estes direitos; são instrumentos pelos quais se asseguram o seu exercício e gozo.

As garantias de direitos fundamentais se dividem em gerais e constitucionais.²⁵⁵ As garantias gerais são aquelas condições econômicas, sociais, culturais e políticas que favorecem o exercício dos direitos fundamentais de determinada organização política.²⁵⁶

²⁴⁹ KELSEN, Hans. **Teoria geral do Direito e do Estado**. Tradução de Luís Carlos Borges. 4. ed.. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 166-167.

²⁵⁰ Cf. BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. Trad. de Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. 9. ed.. Brasília: UnB, 1997, p. 86. Antinomias são relações entre duas normas do mesmo ordenamento e relativas ao mesmo âmbito – temporal, espacial, pessoal e material -, em que: ou uma norma obriga e a outra proíbe, ou uma norma obriga e a outra permite, ou uma norma proíbe e a outra permite o mesmo comportamento.

²⁵¹ *Ibidem*, p. 115. Lacunas ocorrem nas hipóteses em que inexistente norma proibindo e inexistente norma permitindo determinado comportamento: “De fato, se se pode demonstrar que nem a proibição nem a permissão de um certo comportamento são dedutíveis do sistema, da forma que foi colocado, é preciso dizer que o sistema é incompleto e que o ordenamento tem uma lacuna.”

²⁵² FERRAJOLI, Luigi. *Derechos Fundamentales*. In: _____. **Los fundamentos de los derechos**, p. 46.

²⁵³ *Ibidem*, p. 47.

²⁵⁴ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**, p. 415.

Trata-se, segundo Silva²⁵⁷, da estrutura de uma sociedade democrática, que conflui para a concepção do Estado Democrático de Direito, consagrada pela CRFB/88, em seu artigo 1.º, como segue:

Art. 1º 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:

I - a soberania;

II - a cidadania;

III - a dignidade da pessoa humana;

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V - o pluralismo político.

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.²⁵⁸

As garantias constitucionais assumem as mais variadas formas, por meio das quais a Lei Maior prevê o respeito ou a restauração dos direitos fundamentais. Essas garantias se dividem em gerais e especiais. As gerais dizem respeito às instituições criadas constitucionalmente para formar um sistema de freios e contrapesos apto a manter, de forma geral, o regime de respeito à pessoa e a seus direitos. As especiais se referem a todos os mecanismos e técnicas criados para limitar a atuação de poderes públicos e privados com o fito de proteger a “[...] eficácia, a aplicabilidade e a inviolabilidade dos direitos fundamentais de modo especial. São técnicas preordenadas com o objetivo de assegurar a observância desses direitos considerados em sua manifestação isolada ou em grupos”.²⁵⁹

Apesar da posição tradicional assumida por Silva quando utiliza o termo “limitar” e não “vincular” a atuação dos poderes – o que propiciaria sua adoção na teorização acerca de um sistema de garantias de direitos sociais sem reparos – é clara sua sensibilidade para o tema da vinculação dos Poderes quando interliga as garantias constitucionais especiais e a eficácia dos direitos fundamentais em geral. Em outras palavras, o autor abre caminho para a reversão da posição clássica de garantias exclusivas dos direitos tradicionais, como os de liberdade e os patrimoniais.

Distinguidas as duas categorias, cumpre explicitar melhor a definição de garantias dos direitos fundamentais pelo viés da teoria garantista.

²⁵⁵ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**, p. 191 e ss.

²⁵⁶ *Ibidem*, p. 191.

²⁵⁷ *Ibidem*, p. 191.

²⁵⁸ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, p. 3.

²⁵⁹ SILVA, José Afonso da. *Op. cit.*, p. 192.

Segundo Cademartori, garantias, na tradição jurídica, são os: “[...] instrumentos com os quais o direito assegura um certo número de liberdades e direitos, que são precisados, definidos ou instituídos pelo próprio direito.”²⁶⁰.

Para Ferrajoli, as garantias são técnicas criadas pelo ordenamento para reduzir a divergência estrutural entre normatividade e efetividade, e, portanto, para realizar a máxima efetividade dos direitos fundamentais conforme o que regulamenta a Constituição²⁶¹.

A tradição liberal do Estado de Direito – Estado limitado somente por proibições – implicou o surgimento da garantia do indivíduo de não ser privado dos bens pré-políticos da vida e das liberdades (principalmente da propriedade). Por isso consistem em garantias liberais ou negativas, isto é, deveres públicos negativos ou de não fazer – de deixar viver ou de deixar fazer – que têm por conteúdo prestações negativas.²⁶²

As garantias dos direitos de liberdade têm-se manifestado, principalmente, em relação ao uso da força, tanto que se referem, com base em normas constitucionais, à limitação do direito punitivo, tanto na forma de direito penal ordinário quanto de direito administrativo de polícia, pois:

Ninguna ley, acabamos de decir, aun votada por una mayoría aplastante, puede disponer o consentir que un hombre sea castigado sin haber cometido algún hecho prohibido o por haber realizado actos inofensivos, meramente internos o sin culpa; y un ciudadano, sobretodo si es discrepante o desviado, no goza del mínimo de garantías por el hecho de que la decisión de condenar-lo se adopte con el consenso unánime de sus conciudadanos si no se ha llegado a la prueba de su culpabilidad en un juicio desarrollado de forma contradictoria con su defensa.²⁶³

Quanto aos direitos sociais, Ferrajoli salienta sua característica de direitos-expectativa, aos quais correspondem obrigações ou deveres públicos de fazer, prestações positivas, o que marcou definitivamente a transformação do Estado Liberal em Social e vinculam, de forma diferenciada, os poderes públicos. Em decorrência, transformaram-se, também, as respectivas garantias:

[...] piénsese [...] en las formas gratuitas y obligatorias de asistencia y de instrucción, para los derechos a la salud y a la educación; o en las formas, igualmente *ope legis*, de un ingreso mínimo de ciudadanía para el derecho a la subsistencia. Y piénsese, incluso, como tutela de estos derechos, en los

²⁶⁰ CADEMARTORI, Sérgio. **Estado de direito e legitimidade**, p. 88.

²⁶¹ FERRAJOLI, Luigi. **O direito como sistema de garantias**, p. 100.

²⁶² FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón**, p. 860.

²⁶³ *Ibidem*, p. 860-861. (Nenhuma lei, acabamos de dizer, mesmo votada pela maioria acachapante, pode dispor ou consentir que um homem seja castigado sem haver cometido algum fato proibido ou por haver realizado atos inofensivos, meramente internos ou sem culpa; e um cidadão, sobretudo se é discrepante ou desviado, não goza do mínimo de garantias pelo fato de que a decisão de lhe condenar se adote com o consenso unânime dos concidadãos se não se tenha feito prova de sua culpabilidade em um julgamento desenvolvido de forma contraditória com sua defesa.) [Tradução nossa].

vínculos constitucionales que podrían imponerse a los gastos sociales mediante normas que reservasen para su satisfacción cuotas mínimos del presupuesto del Estado.²⁶⁴

A título de exemplo o autor menciona algumas técnicas de garantia dos direitos sociais dos trabalhadores italianos de 1970, além do procedimento de urgência previsto no estatuto processual civil italiano para direitos sociais não satisfeitos. E aprofunda a análise:

En general, la calificación constitucional de estas expectativas como ‘derechos’ no supone solo la obligación constitucional del legislador de llenar las lagunas de garantías con disposiciones normativas e políticas presupuestarias orientadas a su satisfacción, sino además el establecimiento de otras tantas directivas dotadas de relevancia decisiva en la actividad interpretativa de la jurisprudencia ordinaria y sobre todo en la de los Tribunais supremos.²⁶⁵

Esses argumentos justificam a impropriedade de se caracterizar normas definidoras de direitos sociais como programáticas, ou seja, indicações de programas políticos que os destinatários – os Poderes Públicos – podem cumprir quando bem lhes aprouver.

Ferrajoli também identifica as restrições da liberdade de empresários para contratar e para despedir, implementadas pelo Tribunal Constitucional italiano em face da norma constitucional acerca do direito ao trabalho, talvez a menos efetiva e mais retórica da Constituição italiana, como normas assecuratórias ou garantias sociais.²⁶⁶

Assim, na teoria garantista, garantias são técnicas de implementação das ações necessárias à concretização dos direitos sociais, por exemplo, a previsão normativa do pressupostos vinculantes com especificação de órgãos e procedimentos.²⁶⁷

Com efeito, os problemas relacionados à efetivação dos direitos sociais envolvem dois aspectos: o alto custo – não maior que os custos de um aparato burocrático paternalista e clientelista de prestação; e a deficiência de mecanismos de garantias, que tem deixado prestações de direitos sociais a cargo de um aparato burocrático que media politicamente os serviços correspondentes, causando desvios, esbanjamento, elevação de custos e ineficácia.²⁶⁸

²⁶⁴ FERRAJOLI, Luigi. Derechos Fundamentales. In: _____. **Los fundamentos de los derechos fundamentales**, p. 170.

²⁶⁵ FERRAJOLI, Luigi. Derechos Fundamentales. In: _____. **Derechos y garantías**, p. 109. (Em geral, a qualificação constitucional destas expectativas como ‘direitos’ não supõe somente a obrigação constitucional do legislador de preencher as lacunas de garantias com disposições normativas e políticas orçamentárias orientadas a sua satisfação, e sim, ademais, o estabelecimento de outras tantas diretivas dotadas de relevância decisiva na atividade interpretativa da jurisprudência ordinária e, sobretudo, nos Tribunais superiores.) [Tradução nossa].

²⁶⁶ Ibidem, p. 109. Interessante notar que, mesmo não sendo possível encontrar na literatura de Ferrajoli a distinção entre direitos sociais de defesa e de expectativa, esse exemplo da restrição da liberdade de contratar para o trabalho, configura um verdadeiro fenômeno de direito de defesa dentro da tradição dos direitos sociais, nos termos de Prieto Sanchís e Sarlet, conforme demonstrado no primeiro capítulo.

²⁶⁷ CADEMARTORI, Sérgio. **Estado de direito e legitimidade**, p. 86.

²⁶⁸ FERRAJOLI, Luigi. Derechos Fundamentales. In: _____. **Derechos y garantías**, p. 110.

Em outras palavras:

[...] el Estado social, al no hallar respaldo en modelos teórico-jurídicos equiparables a los que se encuentran en la base del estado liberal, se ha desarrollado sin ningún proyecto garantista, por medio de una caótica acumulación de leyes, aparatos y prácticas político-administrativas.²⁶⁹

Desse modo, a lógica discricionária e seletiva dos direitos sociais deve ser superada por uma lógica universalista – comum a todos os direitos fundamentais – que garanta, ao mesmo tempo, realismo e garantismo, através da desburocratização do aparato estatal. A idéia da redução da intermediação burocrática e a garantia de igualdade na consecução dos direitos sociais – independentemente de grau de necessidade e de procedimentos ineficazes – são caminhos apontados pelo autor para a elevação do grau de garantismo dos sistemas de direitos sociais; é o caso da renda básica que pode ser acrescida em função do número de filhos e por uma pensão por idade.²⁷⁰

Análogas são algumas idéias acerca de outros direitos sociais:

[...] las formas gratuitas y obligatorias de algunas prestaciones como a asistencia sanitaria y la educación para todos, ofrecidas de formas diversas por ese Estado social que hoy se tiende a restringir o a suprimir en nombre del valor y de la eficiencia del mercado. [...] la satisfacción de los derechos puede tener lugar en virtud de su carácter gratuito, generalizado y obligatorio, no ya en la forma de *ius singulare*, sin según el paradigma de la igualdad que caracteriza la forma universal de todos los demás derechos fundamentales.²⁷¹

A universalização está prevista pelo Direito da Criança e do Adolescente, conforme referido, já na definição de quem são os sujeitos da lei a partir da promulgação do Estatuto. A redução da intermediação política na concretização dos direitos sociais é uma necessidade e só se dará com a efetiva garantia destes mesmos direitos, com o aumento da utilização das técnicas criadas para tanto e com a redução dos níveis de assistencialismo e de subjetivismo por parte dos atores jurídicos atuantes no sistema de garantias em análise.

O argumento do alto custo econômico, aqui rebatido por Ferrajoli com o contra argumento da superação da tradição clientelista, será aprofundado quando da análise dos obstáculos à exigibilidade judicial dos direitos sociais, mais adiante, enquanto a falta de

²⁶⁹ FERRAJOLI, Luigi. Derechos Fundamentales. In: _____. **Derechos y garantías**, p. 110. (Em outras palavras, o Estado social, ao não encontrar respaldo nos modelos teórico-jurídicos equiparáveis aos que se encontram na base do Estado liberal, tem se desenvolvido sem nenhum projeto garantista, por meio de uma caótica acumulação de leis, aparatos e práticas político-administrativas.) [Tradução nossa].

²⁷⁰ Ibidem, p. 111.

²⁷¹ Idem. (As formas gratuitas e obrigatórias de algumas prestações, como a assistência sanitária e a educação para todos, oferecidas de formas diversas por esse Estado Social que, hoje, tendem a restringir ou suprimir em nome do valor e da eficiência do mercado. [...] a satisfação dos direitos pode ter lugar em virtude de seu caráter gratuito, generalizado e obrigatório, não na forma de *ius singulare*, e sim segundo o paradigma da igualdade que caracteriza a forma universal de todos os demais direitos fundamentais.) [Tradução nossa].

garantias está sendo demonstrada como lacuna no ordenamento jurídico, neste ponto do trabalho.

A classificação das garantias, no viés garantista, podem ser primárias ou secundárias. As garantias primárias são aquelas proibições ou obrigações correspondentes aos direitos²⁷², mais especificamente, em Direito da Criança e do Adolescente. São aqueles comportamentos que a norma exige de alguém – família ou Estado – em face dos direitos positivados em favor da população com idade inferior a dezoito anos.

No caso dos direitos sociais de crianças e adolescentes, é possível encontrar garantias e direitos positivados no mesmo dispositivo do Estatuto:

Art. 7º A criança e o adolescente têm direito a proteção à vida e à saúde, mediante a efetivação de políticas sociais públicas que permitam o nascimento e o desenvolvimento sadio e harmonioso, em condições dignas de existência.²⁷³

Percebe-se que os direitos à vida e à saúde estão declarados no dispositivo supra – “A criança e o adolescente têm direito à vida e saúde, [...]” - sendo seguidos pela garantia – “[...] mediante políticas sociais públicas que permitam o nascimento e o desenvolvimento sadio e harmonioso, em condições dignas de existência”.

Em seguida, o Estatuto aponta mais instrumentos assecuratórios e os descreve com generosidade:

Art. 8º É assegurado à gestante, através do Sistema Único de Saúde, o atendimento pré e perinatal.
 § 1º A gestante será encaminhada aos diferentes níveis de atendimento, segundo critérios médicos específicos, obedecendo-se aos princípios de regionalização e hierarquização do Sistema.
 § 2º A parturiente será atendida preferencialmente pelo mesmo médico que a acompanhou na fase pré-natal.
 § 3º Incumbe ao poder público propiciar apoio alimentar à gestante e à nutriz que dele necessitem.²⁷⁴

O exemplo dos direitos à vida e à saúde é representativo dos demais direitos sociais, tanto na demonstração do que são direitos e do que são garantias, quanto da forma como estas duas categorias se entrelaçam na positivação jurídica.

Também é um direito social que vem exposto no Estatuto em conformidade com o que o restante do ordenamento jurídico preconiza. Assim é que a CRFB/88, em seus artigos 196 a 200, e a Lei nº. 8.080, de 19 de setembro de 1990, que cria o SUS, adotam os princípios

²⁷² FERRAJOLI, Luigi. Los Derechos fundamentales en la teoría del derecho. In: _____. **Fundamentos de los derechos fundamentales**, p. 192

²⁷³ BRASIL. **Estatuto da criança e do adolescente**, p. 14.

²⁷⁴ Idem.

da regionalização e da hierarquização do sistema de atendimento de saúde, além da atenção especial à vida e à saúde na fase pré-natal e durante a lactação.

As garantias secundárias são as obrigações dos órgãos judiciais de declarar anulação ou de aplicar sanção perante atos inválidos ou ilícitos que violem obrigações ou proibições em que consistem as garantias primárias.²⁷⁵

Os direitos sociais receberam grande parte da atenção do legislador. As obrigações decorrentes desses direitos, ou suas garantias primárias, vêm determinadas na Parte Geral do Estatuto, na regulamentação dos direitos fundamentais, como já demonstrado, e as garantias secundárias, as obrigações judiciais de restauração das situações atentatórias aos direitos fundamentais, estão expostas na Parte Especial do mesmo diploma.

A jurisdicionalidade é entendida por Cademartori como um dos dois princípios básicos do leque de garantias de um sistema: o princípio da legalidade, que se refere à positividade jurídica em si, e o princípio da jurisdicionalidade, relacionado à “[...], possibilidade concreta de deduzir em juízo a pretensão emanada dos direitos sociais, por exemplo”.²⁷⁶

Na teoria de Ferrajoli, essa possibilidade concreta se traduz pelas garantias secundárias, que, por sua vez, dependem de instrumentos processuais e institucionais que proporcionem o acesso a esta reparação.

O Estatuto e o restante do ordenamento jurídico brasileiro estipulam um consistente sistema de garantias processuais e institucionais dos direitos sociais para crianças e adolescentes.

A existência de vara especializada, com juízes, órgãos do Ministério Público e servidores auxiliares capacitados, além da previsão da advocacia e da assistência judiciária gratuita, são provas contundentes de que o acesso à reparação judicial em casos de violação às obrigações decorrentes dos direitos sociais, foi uma opção do legislador estatutário.

A Justiça da Infância e da Juventude, inclusive a sua gratuidade, está prevista nos artigos 145 a 151 do Estatuto, sendo que os cinco primeiros dispositivos tratam do juiz e os dois últimos, dos serviços auxiliares. Também está autorizada, na lei federal, a criação de varas especializadas e exclusivas da infância e da juventude pelas leis de organização judiciárias dos Estados e do Distrito Federal e o Juiz da Infância e da Juventude é a autoridade diversas vezes referidas na Lei, nos termos dos artigos 145 e 146 do Estatuto.

²⁷⁵ FERRAJOLI, Luigi. Los Derechos fundamentales en la teoría del derecho. In: _____. **Fundamentos de los derechos fundamentales**, p. 192.

²⁷⁶ CADEMARTORI, Sérgio. **Estado de direito e legitimidade**, p. 87.

O legislador estadual, ao dispor em sede de organização judiciária, deverá levar em conta a CRFB/88, o Estatuto da Magistratura, as leis de processo, o Estatuto da Criança e do Adolescente, os princípios da doutrina da proteção integral, a Convenção dos Direitos da Criança de 1989 e as Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça da Infância e da Juventude – Regras de Beijing.²⁷⁷

As Regras Mínimas de Beijing – Resolução 40/33, da Assembléia-Geral da Organização das Nações Unidas, de 29 de novembro de 1985 – estipulam a obrigação dos Estados-parte de formar minimamente os juízes da infância e da juventude também em Sociologia, Psicologia, Pedagogia, a fim de que estejam mais bem preparados para a função especial que desempenham.²⁷⁸ Esta mesma obrigação é dirigida aos Tribunais Estaduais de Justiça e implica exigir e disponibilizar formação básica sobre aquelas áreas do saber, o que não exclui a necessidade de serviços auxiliares que periciem os casos concretos apresentados ao Poder Judiciário.

Sobre a chamada Justiça da Infância e da Juventude, Veronese leciona:

Outra questão que convém ser exposta, de início, é que o Estatuto da Criança e do Adolescente, ao usar como título do Capítulo II, ‘Da Justiça da Infância e da Juventude’, não foi muito preciso, tendo em vista que não se trata na realidade de uma *Justiça especializada*, como o é a Justiça Federal, a Justiça Militar, a Justiça do Trabalho e a Justiça Eleitoral, e sim de varas especializadas e exclusivas da infância e da juventude, [...].^[grifo no original]²⁷⁹

Veronese²⁸⁰ salienta que o rol de justiças especializadas da CRFB/88, explicitado no artigo 92, é exaustivo, o que não impede que emenda constitucional inclua a Infância e Juventude neste grupo.

Outra ressalva é relativa à terminologia “infância e juventude”, adotada pelo legislador estatutário, já que a mesma lei definiu como sujeitos da lei, “crianças e adolescentes”.²⁸¹

Destoa, mesmo, esta terminologia adotada no campo da organização judiciária, diferente e mais tradicional do que a eleita pelo mesmo legislador no restante do diploma especial.

²⁷⁷ AMARAL E SILVA, Antônio Fernando do. Artigo 145. In: CURY, Munir. **Estatuto da criança e do adolescente comentado**: comentários jurídicos e sociais. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 484.

²⁷⁸ AMARAL E SILVA, Antônio Fernando do. **O Estatuto, o novo Direito da Criança e do Adolescente e a Justiça da Infância e da Juventude**. Florianópolis: Tribunal de Justiça de Santa Catarina, 1996, p. 21.

²⁷⁹ VERONESE, Josiane Rose Petry. **Interesses difusos e direitos da criança e do adolescente**, p. 203.

²⁸⁰ Idem.

²⁸¹ Ibidem, p. 204.

A competência em razão do lugar e da matéria está dada nos artigos 147, 148 e 149 do Estatuto, nos seguintes termos:

Art. 147 - A competência será determinada:

I - pelo domicílio dos pais ou responsável;

II - pelo lugar onde se encontre a criança ou adolescente, à falta dos pais ou responsável.

§ 1º - Nos casos de ato infracional, será competente a autoridade do lugar da ação ou omissão, observadas as regras de conexão, continência e prevenção.

§ 2º - A execução das medidas poderá ser delegada à autoridade competente da residência dos pais ou responsável, ou do local onde sediar-se a entidade que abrigar a criança ou adolescente.

§ 3º - Em caso de infração cometida através da transmissão simultânea de rádio ou televisão, que atinja mais de uma comarca, será competente, para aplicação da penalidade, a autoridade judiciária do local da sede estadual da emissora ou rede, tendo a sentença eficácia para todas transmissoras ou retransmissoras do respectivo Estado.²⁸²

Quanto aos direitos sociais, cabe destacar que apenas os dois incisos são relevantes, pois os parágrafos se referem a direitos individuais, tais como liberdade – campo infracional – e honra, intimidade, integridade psicológica etc. – campo das comunicações sociais.

As ações, então, que visem à reparação de violações a direitos sociais de crianças e adolescentes devem ser propostas na vara especializada da infância e da juventude, no local onde os pais ou responsável estejam domiciliados, ou onde se encontre o sujeito da lei, se aqueles não forem encontrados. Exceto as causas relativas ao direito do trabalho de crianças e adolescentes, que serão atraídas pela Justiça do Trabalho, em função de sua especialidade e da determinação constitucional que fundamenta sua existência e funcionamento.

Em se tratando de competência em razão da matéria, as previsões estatutárias de restauração judicial de violações a direitos sociais podem se dar mediante as funções de: conhecer de pedidos de adoção e seus incidentes; conhecer ações civis fundadas em interesses individuais, difusos ou coletivos afetos à criança e ao adolescente; conhecer de casos encaminhados pelo Conselho Tutelar, aplicando as medidas cabíveis; aplicar medida de proteção de colocação em família substituta – guarda ou tutela; aplicar medidas pertinentes aos pais ou responsável – perda da guarda, destituição da tutela, suspensão ou destituição do poder familiar; conhecer de ações de alimentos em situações de ameaça ou violação a direitos²⁸³, essas são disposições do artigo 148 do Estatuto.

²⁸² BRASIL. **Estatuto da criança e do adolescente**, p. 38.

²⁸³ As últimas três hipóteses tratam de medidas específicas e individuais de proteção, que são demandadas em função da ocorrência de ameaça ou violação a direitos fundamentais, nos termos do parágrafo único do artigo 148 c/c artigo 98 e incisos. Este último determina quando uma criança ou adolescente demanda medidas de proteção: “Art. 98. As medidas de proteção à criança e ao adolescente são aplicáveis sempre que os direitos

As garantias secundárias dos direitos sociais, no sistema jurídico brasileiro em geral, e no sistema estatutário em especial, têm grande dependência da atuação do Ministério Público, nos termos do artigo 127 da CRFB/88: “[...] instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, [...]” a quem incumbe “[...] a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.”²⁸⁴.

Os artigos 200 a 205 do Estatuto tratam da competência e da atuação do órgão ministerial no campo do Direito da Criança e do Adolescente.²⁸⁵

Em matéria de direitos sociais, compete ao Ministério Público: promover o inquérito civil e a ação civil pública para a proteção dos interesses individuais, difusos ou coletivos relativos à infância e à adolescência, inclusive os definidos no art. 220, § 3º inciso II, da CRFB/88; zelar pelo efetivo respeito aos direitos e garantias legais assegurados às crianças e adolescentes, promovendo as medidas judiciais e extrajudiciais cabíveis; impetrar mandado de segurança, de injunção e *habeas corpus*, em qualquer juízo, instância ou tribunal, na defesa dos interesses sociais e individuais indisponíveis afetos à criança e ao adolescente; inspecionar as entidades públicas e particulares de atendimento e os programas de que trata O Estatuto, adotando de pronto as medidas administrativas ou judiciais necessárias à remoção de irregularidades porventura verificadas; requisitar força policial, bem como a colaboração dos serviços médicos, hospitalares, educacionais e de assistência social, públicos ou privados, para o desempenho de suas atribuições.

Como defensor de interesses sociais de crianças e adolescentes, o Ministério Público poderá manusear a ação civil pública, o mandado de segurança ou qualquer outra ação apta, prevista pelo ordenamento jurídico brasileiro, nos termos do artigo 212²⁸⁶ do Estatuto.

Em sede de ação civil pública, sua competência tem base na Lei nº. 7.347, de 24 de julho de 1985:

Alcança-se, pois, a proteção da criança e do adolescente, seja como destinatários de um meio ambiente sadio e equilibrado, seja ainda, agora como obreiros, enquanto destinatários de adequadas condições ambientais do

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.”

²⁸⁴ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, p. 98.

²⁸⁵ Frise-se a relevância da atuação do Ministério Público como único legitimado a representar em juízo para a apuração de prática de ato infracional por adolescente, podendo, também optar pela remissão como exclusão do processo ou pelo arquivamento do feito.

²⁸⁶ Artigo 212: “Para defesa dos direitos e interesses protegidos por esta Lei, são admissíveis todas as espécies de ações pertinentes. § 1º - Aplicam-se às ações previstas neste Capítulo as normas do Código de Processo Civil. § 2º - Contra atos ilegais ou abusivos de autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público, que lesem direito líquido e certo previsto nesta Lei, caberá ação mandamental, que se regerá pelas normas da lei do mandado de segurança.”

trabalho, seja enfim como consumidores efetivos ou potenciais, seja como destinatários de prioridades governamentais na área de educação e saúde e daí por diante.²⁸⁷

Para Veronese²⁸⁸, a importância do Ministério Público está clara, pois é o defensor, por excelência, da ordem jurídica democrática e dos direitos sociais e individuais indisponíveis, e, como tal, está legitimado para acionar tanto o Estado quanto os particulares violadores de direitos fundamentais sociais da criança e do adolescente.

Além da ação civil pública, o Estatuto prevê, em seu artigo 212, parágrafo 2º²⁸⁹, a ação mandamental, e mais, não se excluem as demais garantias processuais existentes no ordenamento jurídico, principalmente as chamadas ações constitucionais.

O Estatuto prevê, ainda, a defesa técnica por advogado, que deve estar presente em todos os procedimentos previstos na lei, o que garante a ampla defesa de direitos de crianças – inclusive os sociais – nos termos preconizados pela ordem constitucional, resguardando a garantia de assistência jurídica integral aos que dela necessitarem, conforme o artigo 206 do Estatuto.

Fora da esfera jurisdicional, mas merecendo destaque como verdadeiras garantias institucionais, estão: o Conselho de Direitos da Criança e do Adolescente e o Conselho Tutelar. Esses atores não-jurisdicionais efetuam garantias de direitos sociais, cada qual em sua esfera de atribuições. Ao Conselho de Direitos da Criança e do Adolescente cabem as funções deliberativa e controladora das ações em todos os níveis da política de atendimento aos direitos desta população. Ao Conselho Tutelar cabe a função de zelar pelos direitos ameaçados ou violados de forma individualizada ou coletiva.

Mesmo não detendo função jurisdicional, não cabendo considerá-las garantias secundárias, estas instituições podem ser consideradas garantias gerais²⁹⁰ de direitos fundamentais sociais de crianças e adolescentes, já que sua existência influencia diretamente na concretização dos mesmos.

Os Conselhos de Direitos, sendo o lugar privilegiado da elaboração de políticas sociais, “[...] são a instância em que a população, através de organizações representativas,

²⁸⁷ MAZZILI, Hugo Nigro. Artigo 201. In: CURY, Munir. **Estatuto da criança e do adolescente comentado: comentários jurídicos e sociais**. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, p. 667.

²⁸⁸ VERONESE, Josiane Rose Petry. **Interesses difusos e direitos da criança e do adolescente**, p. 126-127.

²⁸⁹ Esses instrumentos processuais e suas possibilidades garantistas serão analisados no terceiro capítulo.

²⁹⁰ Fazendo uso da classificação das garantias constitucionais de José Afonso da Silva, conforme explicitado anteriormente, neste mesmo capítulo.

participará, oficialmente, da formulação da política de atendimento dos direitos da criança e do adolescente e do controle das ações em todos os níveis”.²⁹¹

A diretriz de participação popular, constante do artigo 204, II da CRFB/88, é garantida através dos Conselhos de Direitos e se dá mediante a concretização de três princípios básicos:

1) o princípio da deliberação – ou seja, as esferas governamental e não governamental adotarão, conjuntamente, *deliberações* acerca de como se aplicará o artigo 227 da CF, no seu âmbito de atuação (municipal, estadual e federal), tendo como normas gerais de sua conduta o Estatuto.[...]; 2) o princípio do controle da ação – por este princípio, governo e sociedade também se unem para comparar as ações levadas a efeito em torno da criança e do adolescente com as normas gerais presentes no Estatuto e verificar se há desvio.[...]; 3) o princípio da paridade – a junção de dois atores sociais coletivos, governante e governado, para deliberar sobre políticas e controlar ações dela decorrentes não teria o caráter de freio ao arbítrio, nem de contrapeso ao desvio da norma, se não se lograsse equilibrar a balança.[...]. Cada lado entrará com o mesmo número de membros no Conselho. [grifo no original]²⁹²

As peculiaridades do funcionamento dos Conselhos de Direitos lhe conferem *status* de ator garantista, ao menos normativamente, pois asseguram o atendimento aos direitos sociais com implementação de políticas mais adequadas às demandas da sociedade.

O Conselho Tutelar, por seu turno, tem natureza e função determinadas pelo artigo 131 do Estatuto: é órgão permanente e autônomo, não-jurisdicional, escolhido pela comunidade e sua função é a de zelar pelo cumprimento dos direitos fundamentais da criança e do adolescente. O exercício de suas atribuições está condicionado pela existência de ameaça ou violação de direitos, seja por parte do Estado, da família ou da própria criança ou adolescente, nos termos do artigo 98 do Estatuto; e pela ocorrência de prática de ato infracional por crianças, conforme artigo 95 da mesma lei.

Dentro desse campo de atuação legalmente autorizado, as atribuições do conselho Tutelar estão enumeradas no Estatuto, nos incisos do artigo 136: atender crianças e adolescentes nas hipóteses previstas nos artigos 98 e 105, aplicando as medidas previstas no artigo 101, I a VII²⁹³; atender e aconselhar os pais ou responsável, aplicando as medidas

²⁹¹ SÊDA, Edson. Artigo 88. In: CURY, Munir. **Estatuto da criança e do adolescente comentado**: comentários jurídicos e sociais. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, p. 288.

²⁹² Ibidem, p. 288-289.

²⁹³ 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; [...]; Parágrafo único.

previstas no artigo 129, I a VII²⁹⁴; promover a execução de suas decisões através da requisição de serviços públicos (nas áreas de saúde, educação, serviço social, previdência, trabalho e segurança) e/ou da representação, junto à autoridade judiciária, dos casos de descumprimento injustificado de suas deliberações; encaminhar ao Ministério Público notícia de fato que constitua infração administrativa ou penal contra os direitos da criança ou adolescente; encaminhar à autoridade judiciária os casos de sua competência; providenciar a medida estabelecida pela autoridade judiciária, dentre as previstas no artigo 101, de I a VI, para o adolescente autor de ato infracional; expedir notificações; requisitar certidões de nascimento e de óbito de criança ou adolescente quando necessário; assessorar o Poder Executivo local na elaboração da proposta orçamentária para planos e programas de atendimento dos direitos da criança e do adolescente; representar, em nome da pessoa e da família, contra a violação dos direitos previstos no artigo 220, § 3º, inciso II²⁹⁵, da CRFB/88; representar ao Ministério Público, para efeito das ações de perda ou suspensão do poder familiar.

Veronese explica melhor a natureza do Conselho Tutelar:

Trata-se, portanto, de um órgão municipal; autônomo, isto é, desvinculado de outros órgãos da administração pública; permanente, uma vez que a sua existência não pode sofrer interrupção e sequer depender de definições de interesses político-partidários; não-jurisdicional, o que significa que não tem competência para aplicar sanção punitiva e trata-se, enfim, de um órgão colegiado, uma entidade de deliberação coletiva (art.131).²⁹⁶

O abrigo é medida provisória e excepcional, utilizável como forma de transição para a colocação em família substituta, não implicando privação de liberdade.”

²⁹⁴ Art. 129: “São medidas aplicáveis aos pais ou responsável: I - encaminhamento a programa oficial ou comunitário de proteção à família; II - inclusão em programa oficial ou comunitário de auxílio, orientação e tratamento a alcoólatras e toxicômanos; III - encaminhamento a tratamento psicológico ou psiquiátrico; IV - encaminhamento a cursos ou programas de orientação; V - obrigação de matricular o filho ou pupilo e acompanhar sua freqüência e aproveitamento escolar; VI - obrigação de encaminhar a criança ou adolescente a tratamento especializado; VII - advertência; [...]”

²⁹⁵ Art. 220: “A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição. [...] § 3º - Compete à lei federal: [...] II - estabelecer os meios legais que garantam à pessoa e à família a possibilidade de se defenderem de programas ou programações de rádio e televisão que contrariem o disposto no art. 221, bem como da propaganda de produtos, práticas e serviços que possam ser nocivos à saúde e ao meio ambiente.” Art. 221: “A produção e a programação das emissoras de rádio e televisão atenderão aos seguintes princípios: I - preferência a finalidades educativas, artísticas, culturais e informativas; II - promoção da cultura nacional e regional e estímulo à produção independente que objetive sua divulgação; III - regionalização da produção cultural, artística e jornalística, conforme percentuais estabelecidos em lei; IV - respeito aos valores éticos e sociais da pessoa e da família.”

²⁹⁶ VERONESE, Josiane Rose Petry. **Direito da criança e do adolescente**, p. 117.

O Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente (CONANDA), através da Resolução nº. 113, de 19 de abril de 2006²⁹⁷, localiza o Conselho Tutelar naquilo que chamou de “eixo da defesa dos direitos humanos” da criança e do adolescente.

A relevância da referida resolução, entre outros motivos, reside na referência expressa que faz ao sistema de garantias de direitos da população em apreço, ao apontar a centralidade da pessoa e a posição instrumental dos atores ou instituições, sejam eles jurisdicionais ou não, em relação aos seus direitos.

O campo de atuação e as atribuições do Conselho Tutelar indicam sua natureza garantista, dado o arsenal de instrumentos não-jurisdicionais aptos a cobrar implementação de direitos sociais de crianças e adolescentes.

Cumprido salientar que os órgãos especificados, além de contribuir com a efetivação de direitos sociais antes de qualquer provocação judicial, podem ser importantes na comprovação de que há direitos sociais ameaçados ou violados. Exemplificando: 1) se as deliberações do Conselho de Direitos, bem fundamentadas, permanecerem desatendidas pelo Poder Executivo, poderão ser base para ações de responsabilização idôneas; 2) as requisições de serviços públicos sociais regularmente efetuadas pelo Conselho Tutelar, que tenham como alvo as obrigações decorrentes da positivação destes direitos, quando não cumpridas pelos responsáveis, também constituem material probatório importante contra os violadores omissos.

Isso sem aprofundar a possibilidade de criminalização (que não é o foco deste trabalho) em face do artigo 236 do Estatuto: “Artigo 236: Impedir ou embaraçar a ação de autoridade judiciária, membro do Conselho Tutelar ou representante do Ministério Público no exercício de função prevista nesta Lei: Pena - detenção de seis meses a dois anos”²⁹⁸.

Diferenciando os campos de atuação dos dois órgãos, Veronese²⁹⁹ ressalta que o Conselho de Direitos trabalha com questões municipais, encontrando causas, estabelecendo metas e propondo encaminhamentos, enquanto o Conselho Tutelar trabalha com problemas e pessoas determinadas.

Como referido, esses Conselhos são importantes mecanismos institucionais assecuratórios extrajudiciais e não deixam de participar, de uma forma muito peculiar, do processo de reparação judicial, típico das garantias secundárias.

²⁹⁷ O texto da Resolução em análise consta do Anexo A.

²⁹⁸ BRASIL. **Estatuto da criança e do adolescente**, p. 54.

²⁹⁹ VERONESE, Josiane Rose Petry. **Direito da criança e do adolescente**, p. 120.

Dessa análise, que partiu da diferenciação entre direitos e garantias e entre garantias primárias e secundárias, percebe-se que confundir direitos e garantias, no passo da doutrina tradicional, é um retrocesso.

Para Ferrajoli³⁰⁰, a definição de Kelsen sobre direito subjetivo, antes citada como base da identificação equivocada de direitos e garantias, implica duas reduções do direito subjetivo: à garantia primária – quando afirma que não há direito subjetivo sem o correspondente dever jurídico; e à garantia secundária – quando afirma que o direito subjetivo não é um interesse, mas uma proteção jurídica a este interesse.

Essa assertiva é correta, porém, interessa destacar que a análise das garantias primárias dos direitos sociais de crianças e adolescentes demonstrou que mesmo a doutrina mais tradicional não pode negar a existência de obrigações muito claras, especificadas na Parte Geral do Estatuto, na forma de normas assecuratórias dos direitos sociais declarados.

Do mesmo modo, não é possível afirmar que os direitos sociais são meras programações políticas, já que além de obrigações muito claras, garantias primárias, o Estatuto e o sistema jurídico brasileiro como um todo, prevêm com detalhes as garantias secundárias necessárias à restauração de eventuais violações por ação ou omissão.

Assim, mesmo pelo superado olhar paleopositivista³⁰¹, os direitos sociais de crianças e adolescentes têm todas as características que concorrem para sua exigibilidade. Embora não se possa afastar, em hipótese alguma, as possibilidades de lacunas e antinomias a serem solucionadas pela atividade do intérprete ou pela via legislativa.

As antinomias existem mesmo com o princípio de não-contradição kelseniano, que é normativo e não descritivo. Quanto às lacunas, para Ferrajoli, são primárias ou secundárias à medida que se refiram à falta de estipulação de obrigações e proibições relativas ao direito subjetivo – garantias primárias – ou à falta de instituições competentes e instrumentos adequados à aplicação de sanções ou à invalidação de violações – garantias secundárias.³⁰²

A dinâmica do ordenamento jurídico, que é escalonado e se reproduz constantemente, não autoriza que seja determinado o grau de proliferação de antinomias e lacunas no Direito da Criança e do Adolescente.

³⁰⁰ FERRAJOLI, Luigi. Derechos Fundamentales. In: _____. **Los fundamentos de los derechos fundamentales**, p. 47.

³⁰¹ O termo é utilizado por Ferrajoli para designar as posturas puramente formais de análise do fenômeno jurídico, presentes, principalmente, em Hans Kelsen e sua teoria pura do direito.

³⁰² FERRAJOLI, Luigi. Op. cit., p. 48.

Neste passo, é possível afirmar que, no que se refere aos direitos sociais de crianças e adolescentes, as normas assecuratórias existem em grande número e em boa qualidade, o que não quer dizer que sejam suficientes.

Em face de todo o exposto, o sistema de garantias previsto tem consistência o suficiente para encaminhar um processo importante de concretização de direitos sociais de uma população há muito necessitada de respeito pela condição de sujeito. Não obstante, pode-se passar a necessitar, em função da dinâmica do sistema de garantias, de readaptação e reordenamento por parte de estudiosos, legisladores e dos demais atores do mesmo sistema.

Da centralidade da pessoa, da instrumentalidade dos poderes públicos e da dissociação entre direitos e garantias surge a constatação de que os atos públicos – tenham eles qualquer forma prevista pelo direito positivo (leis, decretos, portarias, resoluções, sentenças ou acórdãos) - que violam direitos fundamentais configuram antinomias e exigem anulação (atos inválidos) ou sanção (atos ilícitos).

As lacunas, muitas vezes encontradas nas análises de Ferrajoli como sendo caracteristicamente ligadas aos direitos sociais, em face da inexistência histórica³⁰³ de normas assecuratórias destes direitos - as garantias - têm menor proliferação no Direito da Criança e do Adolescente brasileiro.

Esse reduzido grau de incompletude é fato, tanto pelo exposto acerca do Estatuto em si, quanto pela constatação de que a própria Lei Maior do país tem o padrão garantista: além de apresentar garantias de direitos fundamentais no Título II - Dos Direitos e Garantias Fundamentais – artigos 5.º a 17, possui as chamadas garantias implícitas, que Cademartori aponta como aquelas decorrentes do modelo de Estado Constitucional de Direito e a constante do preceito constitucional expresso no parágrafo 2.º do artigo 5.º - “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.”³⁰⁴.

Do mesmo modo, embora haja positivação das obrigações e dos obrigados em relação aos direitos sociais das crianças e dos adolescentes, a falta de ação legislativa para

³⁰³ FERRAJOLI, Luigi. *Derechos Fundamentales*. In: _____. **Los fundamentos de los derechos fundamentales**, p. 50 e 51. Segundo Ferrajoli, a questão da concretude dos direitos sociais remonta à pergunta acerca das suas garantias, ou seja, a constitucionalização dos direitos sociais foi acompanhada de elaboração de técnicas de defesa e de jurisdicionalidade? Sua resposta é negativa, principalmente se utilizada a comparação entre as garantias sociais e as liberais. Entende que à constitucionalização dos direitos sociais se seguiu a ampliação da discricionariedade dos aparatos burocráticos estatais. Como se está relatando, em sede de Direito da Criança e do Adolescente, no Brasil, a realidade é um pouco diferente, ao menos no mundo do “dever ser”.

³⁰⁴ CADEMARTORI, Sérgio. **Estado de direito e legitimidade**, p. 172.

criar orçamentos protetivos e o desrespeito, por parte dos órgãos dos poderes executivos, para com as obrigações criadas pelo Estatuto, são lacunas a ser colmatadas.

Na interpretação de Jori:

[...] las normas (solamente) programáticas son tales sólo si verdaderamente se formulan como tales; las normas constitucionales sobre derechos carentes de garantías (por ejemplo, no justiciables, o privados de las leyes de desarrollo de los organismos oportunos) son, en cambio, normas que introducen (cuando menos) un deber jurídico de perfeccionamiento a cargo del legislador, y que, cuando no se aplican, introducen lagunas en el ordenamiento.³⁰⁵

Ferrajoli faz importante distinção entre possibilidade técnica e possibilidade política. A realização das garantias dos direitos sociais é, em tese possível, pois não se sustenta a afirmação de que os “[...] actos requeridos para su satisfacción serian inevitablemente discrecionales, no formalizables y no susceptibles de controles y coerciones jurisdiccionales.”³⁰⁶

Essa discricionariedade não é genérica, pois obrigações como ensino público obrigatório e assistência à saúde exemplificam muito bem as prestações claras, obrigatórias e automáticas. A jurisdicionalidade tem sido alcançada recentemente, através de medidas cautelares e reparatorias. Além disso, segundo Ferrajoli, os direitos sociais têm funcionado como princípios informadores das atividades dos Tribunais superiores³⁰⁷. O autor aponta as previsões constitucionais de gastos mínimos com direitos sociais, uma técnica utilizada pela CRFB/88, como referido.

Essas são provas de que a realização das garantias sociais não possui óbices técnicos intransponíveis. O que pode ocorrer é que existam óbices políticos, como é o caso do fator custo econômico e a necessidade de distribuição de renda, todos requisitos muito contrários à lógica de mercado. Ferrajoli vislumbra um “vento neoliberal” a propagar o absolutismo do mercado e da maioria, o que demonstra as dificuldades políticas de realização e nunca a impossibilidade técnica: “Lo que no puede consentirse es la falacia realista de la

³⁰⁵ JORI, Mario. Ferrajoli sobre los derechos. In: FERRAJOLI, Luigi. **Los fundamentos de los derechos fundamentales**: debate con Luca Baccell, Michelangelo Bovero, Riccardo Guastini, Mario Jori, Anna Pintore, Ermanno Vitale, Danilo Zolo. Madri: Trotta, 2001, p. 109. ([...] as normas são (somente) programáticas apenas se forem formuladas como tais; as normas constitucionais carentes de garantias (por exemplo, não exigíveis judicialmente, ou privadas das leis de desenvolvimento dos organismos oportunos) são, ao contrário, normas que introduzem (quando menos) um dever jurídico de aperfeiçoamento a cargo do legislador e que, quando não se aplicam, introduzem lacunas no ordenamento.) [Tradução nossa].

³⁰⁶ FERRAJOLI, Luigi. Derechos fundamentales. In: _____. **Los fundamentos de los derechos fundamentales**, p. 51.

³⁰⁷ Idem.

reducción del derecho al hecho y la determinista de la identificación de lo que acontece con lo que no puede dejar de acontecer”.³⁰⁸

Para Jori, a distinção entre os direitos fundamentais e suas garantias tem especial importância para o tema dos direitos sociais, como o direito à saúde e ao trabalho, que envolve, não só a ausência de legislação clara e de indicação normativa do tribunal competente, mas, também, a falta de estruturas materiais e organizativas para a implementação destes mesmos direitos.

Jori³⁰⁹ entende que a sensação de que falta algo no plano jurídico-normativo no tocante aos direitos sociais encontra eco na teoria de Ferrajoli sobre as garantias: a teoria das garantias seria o caminho correto para a colocação destes problemas em perspectiva e a maior contribuição da teoria de Ferrajoli para a reflexão jurídica.

A reflexão de Jori é relevante para a dinâmica do Direito da Criança e do Adolescente: o sistema de garantias de direitos sociais criados pelo Estatuto é generoso, se consideradas as dificuldades históricas e contextuais dos sociais direitos fundamentais, que aparecem como uma das maiores conquistas do século passado e um dos maiores desafios do século que inicia.

Contudo, por mais sistematizadas e idôneas que sejam as garantias jurídicas, nenhum poder está imune à tentação autoritária de desvio se não estiver rodeado por movimentos de luta social que assumam o ponto de vista externo, pressionando, controlando e negociando com o poder a concretização dos direitos de todas as pessoas; devidamente feita a distinção movimentos de lutas por direitos e movimentos de luta por privilégios corporativos.³¹⁰

Importa ressaltar que não se faz cidadania apenas com mecanismos técnico-jurídicos, estes são condição *sine qua non* no ambiente dos Estados contemporâneos, mas não suficiente para a elevação de uma categoria de sujeitos subalternizados à categoria de sujeitos de direitos.

Delineada a composição do sistema de garantias de direitos fundamentais sociais das crianças e dos adolescentes, cabe aprofundar a jurisdicionalidade destas garantias ou, em

³⁰⁸ FERRAJOLI, Luigi. Derechos fundamentales. In: _____. **Los fundamentos de los derechos fundamentales**, p. 52. (O que não se pode consentir é a falácia realista da redução do direito ao fato e a falácia determinista da redução dos fatos que ocorrem ao que não pode deixar de acontecer.) [Tradução nossa].

³⁰⁹ JORI, Mario. Ferrajoli sobre los derechos. In: FERRAJOLI, Luigi. **Los fundamentos de los derechos fundamentales**, p. 110.

³¹⁰ FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón**, p. 947.

outras palavras, as características dos meios criados pelo ordenamento pátrio para a coerção judicial relativa à concretização de tais direitos.

Tendo em vista as especificidades do Direito da Criança e do Adolescente, essa tarefa será empreendida pela confrontação entre o perfil do juiz especializado desta área do direito e as ferramentas teórico-jurídicas garantistas. E ainda, serão analisados obstáculos comumente apontados à exigibilidade judicial dos direitos sociais da criança e do adolescente à luz dos elementos do sistema de garantias estatutário.

3 A EXIGIBILIDADE JUDICIAL DOS DIREITOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

Mesmo diante da consistência do sistema de garantias de direitos sociais criado pelo Estatuto no ambiente seguramente garantista do ordenamento jurídico brasileiro, não se pode apostar na sua infalibilidade.

Os direitos sociais, por sua característica prestacional essencial, embora não exclusiva, têm como principais destinatários, os Poderes Públicos Executivo e Legislativo. Esses poderes são os maiores responsáveis pelas garantias primárias dos direitos sociais das crianças e dos adolescentes, ou seja, pelas obrigações decorrentes da posituação destes direitos. Em rigor, obrigações próprias de pais ou responsáveis só podem ser exigidas à medida que as prestações relativas aos direitos sociais estejam disponibilizadas pelo Estado.

Por outro lado, as garantias secundárias, que possuem a função de reparar os desvios dos Poderes Públicos quanto à violação de direitos fundamentais, em sede de direitos sociais de crianças e adolescentes, servem à chamada “bondade” do sistema jurídico respectivo, como já referido.

Essa espécie de garantia se refere à obrigação judicial de estipular sanção à omissão ou invalidar atos atentatórios aos direitos sociais e dependem da jurisdicionalidade do sistema de garantias dos direitos da criança e do adolescente.

Como visto, a jurisdicionalidade é um dos princípios básicos de um leque de garantias, ao lado da legalidade. No recorte deste trabalho, consiste na possibilidade concreta de obter implementação coercitiva das obrigações decorrentes dos direitos sociais.

Ao analisar o sistema de garantias de direitos sociais criado pelo Estatuto, observa-se que há um importante conjunto de instrumentos processuais e institucionais positivados para concretizá-lo. Tal concretização, ainda, depende de determinadas especificidades do juiz especializado, como se demonstrará.

Na lição de Cademartori:

Assim, o garantismo pode referir-se a uma organização jurídica ou a uma atitude dos vários tipos de operadores jurídicos em sua atividade voltada a aplicar ou a modificar o direito. Uma organização jurídica pode-se dizer garantista quando inclui estruturas e institutos aptos a sustentar, oferecer reparo, defesa e tutela das liberdades individuais e aos direitos sociais e coletivos. Um operador jurídico dir-se-á garantista quando dedica a sua atividade a aumentar o número ou a eficácia das estruturas e instrumentos

oferecidos pelo sistema jurídico para tutelar e promover aquelas liberdades e aqueles direitos.³¹¹

Para que o garantismo na organização jurídica voltada para os direitos sociais das crianças e adolescentes se manifeste, a coerção pela concretização destes direitos deve ser feito por juízes movidos no mesmo padrão do sistema positivado, o padrão garantista. A centralidade do sujeito criança/adolescente, a instrumentalidade dos poderes e os demais elementos da doutrina da proteção integral devem referenciar esse ator jurídico em suas ações.

3.1 A jurisdicionalidade do sistema de garantias de direitos sociais de crianças e adolescentes e o aporte teórico-jurídico garantista

O juiz da infância e da juventude é um dos atores jurídicos da teia de organismos e programas cuja função é garantir os direitos subjetivos das crianças e adolescentes.³¹²

Clara é a sua limitação, em função da superação do subjetivismo judicial constante da doutrina da proteção integral. Nesse sentido, Amaral e Silva afirma:

O novo juiz não é aquele que, para assegurar o pretense ‘melhor interesse da criança’ – o que é por demais subjetivo -, podia decidir livremente, sem limites, mas o magistrado, jungido às regras da Epistemologia e da Hermenêutica Jurídica, ao princípio da legalidade. O juiz da infância e da juventude, como os demais, é juiz de direito. Suas decisões não são simplistas, e muito menos arbitrárias, mas respaldadas em princípios científicos e normativos. Tais existem e se sedimentaram como meios de realização do bem comum, da paz social e da equidade.³¹³

O papel do juiz garantista é o de coagir os obrigados ao cumprimento dos direitos sociais positivados, tarefa que poderá empreender mais adequadamente se estiver munido de um arcabouço teórico sofisticado.

A CRFB/88, a Convenção Internacional dos Direitos da Criança e o Estatuto fornecem as bases normativas de um conhecimento sistematizado e mais rigoroso do Direito da Criança e do Adolescente.

³¹¹ CADEMARTORI, Sérgio. **Estado de direito e legitimidade**, p 86-87.

³¹² BRANCHER, Naiara. O Estatuto da Criança e do Adolescente e o novo papel do Judiciário. In: PEREIRA, Tânia da Silva. **O melhor interesse da criança: um debate interdisciplinar**. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2000, p. 138.

³¹³ AMARAL E SILVA, Antônio Fernando do. Artigo 146. In: CURY, Munir. **Estatuto da criança e do adolescente comentado: comentários jurídicos e sociais**. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 485-486.

Especificamente em relação aos direitos sociais dessa população, não se pode menosprezar o PIDESC e as Observações Gerais do Comitê dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais como fonte para a construção de uma dogmática protetiva. Esses documentos, interpretados à luz da teoria garantista, evidenciam os elementos teórico-jurídicos da doutrina jurídica da proteção integral e da garantia dos direitos sociais da criança e do adolescente, quais sejam: o pressuposto da centralidade da pessoa e a decorrente instrumentalidade dos poderes públicos; o princípio da prioridade absoluta; as diretrizes da descentralização político-administrativa e da participação popular; e a obrigação de não-regressividade.

Todo esse arcabouço indica a existência de especificação suficiente das obrigações decorrentes dos direitos sociais das crianças e dos adolescentes, assim como que há clareza quanto ao “que não se pode decidir” e sobre “o que se deve decidir” em relação a estes direitos positivados. Essas são as ferramentas para que se proceda a juízos das normas e das práticas normativas dos atos dos poderes públicos.

Com efeito, há mais de uma forma de se efetivar tal julgamento, tanto em relação aos critérios – formais e materiais – como em relação ao tipo de violação aos direitos sociais – ações ou omissões.

Os critérios formais e materiais valem para um determinado tipo de violação: as violações por ação contra os direitos sociais, que se manifestam em normas ou práticas dos poderes públicos; por outro lado, as violações por omissão, que redundam em lacunas no ordenamento, podem ser solucionadas através de colmatação, conforme será analisado adiante.

No que pertine aos critérios de julgamento de normas ou práticas normativas atentatórias aos direitos sociais de crianças e adolescentes podem ser: 1) formais, à medida em que se leve em conta requisitos do tipo “quem pode decidir” e “como se pode decidir”; ou 2) substanciais, se os requisitos utilizados forem do tipo “sobre o que não se pode decidir” e “sobre o que se deve decidir”.

O primeiro tipo de juízo é denominado por Ferrajoli³¹⁴ de juízo de vigência. Segundo o autor, trata-se de uma análise baseada em fatos, já que deverá ser constatado se as normas ou as práticas normativas respeitam as regras de procedimento e de competência. Em outras palavras, resolve-se por uma verificação empírica.

A análise substancial é chamada de juízo de validade, pois leva em consideração os imperativos materiais de produção do Direito, que em último caso redundam sempre nos

³¹⁴ FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón**, p. 874.

direitos fundamentais, localizados em posição superior a todos os poderes, funcionando “como parâmetros de validade”.³¹⁵

Ambos os juízos partem do pressuposto, de origem kelseniana, do escalonamento de normas e de sua relação hierárquica, e contribui para a idéia da unidade do ordenamento. Nas palavras de Bobbio³¹⁶: “[...]. Seu núcleo é que *as normas de um ordenamento não estão todas no mesmo plano*. Há normas superiores e normas inferiores. As inferiores dependem das superiores.” [grifos no original]. Assim é que do escalonamento decorre a ordem hierárquica das normas e a relação entre normas do tipo executivas e do tipo produtivas. Isso significa dizer que uma norma infraconstitucional é sempre executiva em relação às constitucionais e produtiva em relação às normas inferiores a ela que, por sua vez, são executivas em relação a ela e produtivas em relação às de nível mais baixo no ordenamento.³¹⁷

Para firmar a inclusão dos atos do Poder Executivo no ordenamento jurídico e frisar seu controle, é bom lembrar a lição básica de Bobbio:

Todas as fases de um ordenamento são, ao mesmo tempo, executivas e produtivas, à exceção da fase de grau mais alto e da fase de grau mais baixo. O grau mais baixo é constituído pelos atos executivos: esses atos são meramente executivos e não produtivos. O grau mais alto é constituído pela norma fundamental: essa é somente produtiva e não executiva.³¹⁸

Quanto mais baixo na pirâmide, menor o poder normativo, o que, para os direitos sociais das crianças e dos adolescentes, significa o império da garantia, com prioridade absoluta, destes direitos fundamentais sobre qualquer outra vontade dos representantes dos três Poderes. Em outras palavras, as normas de nível hierárquico inferior, como as leis orçamentárias, os regulamentos, decretos e práticas dos administradores públicos, devem obedecer às superiores no que pertine à garantia de direitos sociais, como a CRFB/88 e o Estatuto.

O sistema de produção de normas encontrado na CRFB/88 apresenta imperativos formais – competência e procedimento de produção de normas – e imperativos substanciais – princípio da igualdade e os direitos fundamentais. Esse sistema obriga os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário a adotar determinadas decisões e proíbe outras. Por essa razão, uma

³¹⁵ FERRAJOLI, Luigi. Derechos fundamentales. In: _____. **Derechos y Garantías**, p. 50.

³¹⁶ BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**, p. 49.

³¹⁷ *Ibidem*, p. 49-50.

³¹⁸ *Ibidem*, p. 52.

norma pode ser vigente ou formalmente existente e inválida, passível de anulação por ser contraditória com os conteúdos da norma que regula sua produção.³¹⁹

Ferrajoli analisa duas formas clássicas de tratamento das normas inválidas, mas vigentes, a fim de explicar melhor sua opção pela dissociação entre as duas categorias – vigência e validade.

Na avaliação de Ferrajoli, Kelsen abordou a questão, porém confundindo anulação com revogação, com o entendimento de que normas antinômicas seriam válidas até que fossem declaradas inválidas pela forma determinada no próprio ordenamento jurídico. Nas palavras de Ferrajoli: “[...] ele confundiu a anulação com a revogação e, o que é mais grave, sobrepôs o dever ser ao ser do direito, confirmando, com uma espécie de presunção geral de legitimidade, todas as normas vigentes como válidas”.³²⁰

A distinção entre “ser” e “dever ser” do Direito é recorrente na teoria kelseniana, adotada pela teoria jurídica em geral, e remete à questão posta pelo empirismo de Hume³²¹ de que “de fatos não se deduzem normas” e “de normas não se deduzem fatos”. Isso demonstra que o teórico positivista confunde o princípio da não-contradição do ordenamento com uma descrição dos ordenamentos reais e não com uma prescrição acerca do que estes deveriam ser.

Bem a propósito, na teoria pura de Kelsen, validade e vigência se confundem:

Por ‘validade’ queremos designar a existência específica de normas. Dizer que uma norma é válida é dizer que pressupomos sua existência ou – o que redundaria no mesmo – pressupomos que ela possui ‘força de obrigatoriedade’ para aqueles cuja conduta regula.³²²

A posição kelseniana de resguardar a obrigatoriedade das normas, apesar de eventuais defeitos de produção, reside no fato de que reconhece nas regras comandos obrigatórios porque emitidos por autoridades competentes.

A validade se verifica, pois, na constatação da competência de quem cria a norma.³²³ Em sua teoria validade e vigência são termos sinônimos. Tanto é assim, que a norma fundamental é justamente: “[...] a norma cuja validade não pode ser derivada de uma norma superior.” porque “[...] pressuposta como válida.”. E um conjunto de normas é um

³¹⁹ FERRAJOLI, Luigi. **O direito como sistema de garantias**, p. 95.

³²⁰ *Idem*.

³²¹ Filósofo inglês do século XVIII, empirista ou ceticista, David Hume defendeu que todas as idéias humanas estão submetidas aos sentidos, portanto, uma “verdade científica” é apenas uma probabilidade. Cf. JAPIASSÚ, Hilton; MARCONDES, Danilo. 3. ed. Rev. e Ampl. **Dicionário básico de filosofia**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1996, p. 132.

³²² KELSEN, Hans. **Teoria geral do Direito e do Estado**, p. 43.

³²³ *Ibidem*, p. 45.

ordenamento ou sistema quando: “Todas as normas cuja validade pode ter sua origem remontada a uma mesma norma fundamental [...]”³²⁴.

Segundo Bobbio, é a norma fundamental que confere poder ao constituinte, confere aos órgãos constitucionais o poder de criar normas válidas e a todas as pessoas o dever de obedecê-las. Ainda: “É uma norma ao mesmo tempo atributiva e imperativa, segundo se considere do ponto de vista do poder ao qual dá origem ou da obrigação que dele nasce”.³²⁵ Todavia, essa norma não é expressa, mas pressuposta para que se funde um sistema normativo e não um amontoado de normas; é um postulado, porque não dedutível de nenhuma outra norma.³²⁶ Trata-se da tese da unidade do ordenamento jurídico.

Também analisado como paradigmático por Ferrajoli, Hart colocou, acertadamente, as normas superiores definidoras de requisitos formais e substanciais de produção do Direito no mesmo nível, mas errou ao definir como inexistentes as normas não-vigentes, para considerar como não-vigentes as inválidas³²⁷. Acabou por sobrepor o “ser” ao “dever ser” do Direito.

Bobbio, embora identifique existência e validade das normas, cria a distinção entre validade formal e validade material.³²⁸ Contudo, não especifica se uma norma inválida materialmente – porque incompatível com norma superior material e anterior – subsiste ou não com efeitos até o reconhecimento de sua condição.³²⁹

A via garantista de superação dessas contradições é abandonar o paleopositivismo, reconhecendo a relevância das análises de conteúdo das normas:

A existência de normas inválidas só pode ser facilmente explicada se se distinguem duas dimensões da regularidade ou legitimidade das normas: a que podemos chamar de ‘vigência’ ou a ‘existência’, que respeita à *forma* dos atos normativos e que depende da sua conformidade ou correspondência com as *normas formais* sobre a sua formação; e a validade propriamente dita ou, se se trata de leis, a ‘constitucionalidade’, que se refere ao seu *significado* ou conteúdo e que depende da sua coerência com as *normas substanciais* sobre a sua produção.³³⁰ [grifos no original]

³²⁴ KELSEN, Hans. **Teoria geral do Direito e do Estado**, p. 163.

³²⁵ BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**, p. 59.

³²⁶ *Ibidem*, p. 60-61.

³²⁷ FERRAJOLI, Luigi. **O direito como sistema de garantias**, p. 95-96.

³²⁸ BOBBIO, Norberto. **Teoria da norma jurídica**. Tradução de Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. 3. ed. rev. Bauru, SP: EDIPRO, 2005, p. 47. O primeiro tipo de julgamento da norma envolve a investigação sobre a legalidade do poder de quem a norma emanou; o segundo, a investigação sobre sua incompatibilidade com normas superiores ou posteriores do mesmo sistema.

³²⁹ FERRAJOLI, Luigi. *Op. cit.*, p. 96, nota 5.

³³⁰ *Ibidem*, p. 96.

A vigência e a validade são fenômenos independentes entre si: a primeira trata de uma questão de correspondência ou subsunção, respeitando as formas dos atos normativos; e a segunda refere-se à coerência ou à compatibilidade entre conteúdos dos mesmos.

Cademartori sistematiza a dissociação entre vigência e validade das normas da seguinte maneira:

- a) uma norma é ‘vigente’ quando é despida de vícios formais; ou seja, foi emanada ou promulgada pelo sujeito ou órgão competente, de acordo com o procedimento prescrito;
- b) uma norma é ‘válida’ quando está imunizada contra vícios materiais; ou seja, não está em contradição com nenhuma norma hierarquicamente superior; [...].³³¹

Considerando a diferença entre legalidade formal e legalidade substancial, o juiz garantista se referencia pela primeira ao analisar a vigência de uma norma ou de um ato do Executivo, e pela segunda, ao julgar a respectiva validade dos mesmos.

Os juízos de validade servem ao objetivo de reparar violações a direitos sociais de crianças e adolescentes e, portanto, exigem aprofundamento e problematização.

As normas definidoras de direitos sociais do Direito da Criança e do Adolescente de níveis hierárquicos superiores têm correspondência material inequívoca. Assim é que a CRFB/88 e o Estatuto, além dos documentos internacionais ratificados pelo país, como a Convenção Internacional dos Direitos da Criança de 1989, o PIDESC, ao positivar esses direitos e suas garantias no mesmo padrão protetivo, estão em perfeita consonância.

Contudo, como já descrito, por mais considerável que seja o rol de garantias aos direitos sociais de crianças e adolescentes, não se pode assegurar que todos os atos dos poderes – normas dos níveis inferiores – sejam perfeitamente condizentes com as obrigações detalhadas no Estatuto. Como exemplo pode-se mencionar o nível de determinação da garantia de prioridade no atendimento aos direitos sociais.

Como referido alhures, o parágrafo único do artigo 4.º do Estatuto estabelece: primazia para receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias; precedência do atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública; preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas; destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude.

De todas essas especificações, as duas últimas fornecem base segura para juízos de validade das normas de níveis hierárquicos inferiores. Assim, as normas formuladoras de políticas sociais públicas e as normas que se referem à destinação de verbas públicas deverão

³³¹ CADEMARTORI, Sérgio. *Estado de direito e legitimidade*, p. 80.

ser julgadas pelo critério de materialidade, ou seja, deve-se verificar se violam direitos sociais de crianças e adolescentes.

É plenamente possível, e até provável, que esses tipos de atos legislativos – normalmente de iniciativa do Poder Executivo – e executivos sejam contrários, em alguns momentos, a imperativos materiais. Por exemplo, pode ocorrer que uma decisão do Poder Executivo venha restringir ou mesmo extinguir um serviço correspondente ao direito social à saúde³³² já implementado.

Uma importante construção dogmática acerca da questão reside na chamada proibição de regressividade. A não-regressividade é decorrência da obrigação de progressividade, constante no PIDESC, ínsita no artigo 2.1³³³.

Na lição de Abramovich e Courtis:

La noción de progresividad abarca dos sentidos complementarios: por un lado, el reconocimiento de que la satisfacción plena de os derechos establecidos en el Pacto supone una cierta gradualidad. [...] de allí que la noción de progresividad implique un segundo sentido, es decir, el de progreso, consistente en la obligación estatal de mejorar las condiciones de goce y ejercicio de los derechos económicos, sociales y culturales. [...] **De esta obligación estatal de implementación progresiva de los derechos [...] pueden extraerse algunas obligaciones concretas, pasibles de ser sometidas a revisión judicial en caso de incumplimiento. La obligación mínima asumida por el Estado es la obligación de no regresividad [...].**³³⁴ [sem grifos no original]

O sentido da obrigação de não-regressividade – ou proibição de regressividade - é dado pelas Observações do Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, que o interpretam da seguinte maneira: os Estados estão proibidos de adotar quaisquer políticas, medidas ou normas jurídicas que piorem a situação dos direitos afirmados pelo PIDESC.³³⁵

As observações gerais do referido Comitê, relativas a direitos como saúde, educação e alimentação adequada têm-se direcionado no sentido de rejeitar, *prima facie*,

³³² Afirmado no artigo 227, 196 e ss. da CRFB/88 e regulamentado nos artigo 7.º a 14 do Estatuto e demais leis afins.

³³³ Nos seguintes termos, como já transcrito: “Artigo 2º. 1. Cada Estado Parte no presente Pacto compromete-se a adotar medidas, tanto por esforço próprio como pela assistência e cooperação internacionais, principalmente nos planos econômicos e técnico, até no máximo de seus recursos disponíveis, que visem a assegurar, progressivamente, por todos os meios apropriados, o pleno exercício dos direitos reconhecidos no presente Pacto, incluindo, em particular, a adoção de medidas legislativas”.

³³⁴ ABRAMOVICH, Víctor; COURTIS, Christian. **Los derechos sociales como derechos exigibles**, p. 94. (A noção de progressividade abarca dois sentidos complementares: por um lado, o reconhecimento de que a satisfação plena dos direitos estabelecidos no Pacto supõe uma certa gradualidade. [...] daí que a noção de progressividade implique um segundo sentido, quer dizer, o do progresso, consistente na obrigação estatal de melhorar as condições de gozo e exercício dos direitos econômicos, sociais e culturais. [...]. Desta obrigação estatal de implementação progressiva dos direitos, [...] podem extrair-se algumas obrigações concretas, passíveis de ser submetidas à revisão judicial em caso de descumprimento. A obrigação mínima assumida pelo Estado é a obrigação de não-regressividade.) [Tradução nossa].

³³⁵ *Ibidem*, p. 93-94

qualquer medida deliberadamente regressiva, a não ser que haja justificativa que leve em consideração a totalidade dos direitos previstos no Pacto e o aproveitamento dos recursos existentes. Mesmo assim, nunca poderão ser aceitas medidas que afetem a satisfação de níveis essenciais do direito à saúde.³³⁶

A situação privilegiada das normas do PIDESC no Brasil, em face de sua ratificação e do reconhecimento de *status* constitucional por parte considerável da doutrina e pelo artigo 5.º, parágrafo 3.º da CRFB/88, não deixa dúvidas acerca da sua condição de fonte material do Direito da Criança e do Adolescente, ao lado da Carta Magna, da Convenção dos Direitos da Criança e do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Para especular no campo do direito à educação, eventuais atos do Poder Executivo, como a previsão de cobrança de taxas ou qualquer outra contraprestação em troca do ensino público de qualidade determinado pelas normas constitucionais e estatutárias, será ato normativo inválido por ferir o disposto na CRFB/88 no artigo 206, inciso I - “O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios: I - igualdade de condições para o acesso e permanência na escola; [...]”³³⁷ -, no artigo 208, inciso V e parágrafo 1.º - “O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de: [...]V - acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um; [...]§ 1º - O acesso ao ensino obrigatório e gratuito é direito público subjetivo.”³³⁸ -, este último repetido literalmente no artigo 54, inciso V, parágrafo 1.º do Estatuto.

Ainda na hipótese de ações violadoras dos direitos sociais, também é possível encontrar atos inválidos em sede de elaboração orçamentária: a CRFB/88 prevê percentuais mínimos de “dotação” para alguns direitos sociais. Desse modo, pode haver violação de direitos fundamentais sociais de crianças e adolescentes por meio de eventual lei orçamentária que estabeleça percentuais abaixo do mínimo constitucional ou que não os estabeleça, para a implementação do direito à educação: a CRFB/88 prevê, no artigo 212, segundo o qual “União aplicará, anualmente, nunca menos de dezoito, e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios vinte e cinco por cento, no mínimo, da receita resultante de impostos, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino.”³³⁹.

³³⁶ ABRAMOVICH, Víctor; COURTIS, Christian. **Los derechos sociales como derechos exigibles**, p. 94.

³³⁷ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, p. 148.

³³⁸ *Ibidem*, p. 148-149.

³³⁹ *Ibidem*, p. 150.

Para bem compreender a gravidade de tal violação a esta obrigação jurídico-social por parte de um ente federado, é relevante frisar que a CRFB/88 prevê, inclusive, a medida excepcional de intervenção federal a teor do que dispõe o artigo 34 seguinte:

Art. 34. A União não intervirá nos Estados nem no Distrito Federal, exceto para:
[...]
VII - assegurar a observância dos seguintes princípios constitucionais:
[...]
e) aplicação do mínimo exigido da receita resultante de impostos estaduais, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino e nas ações e serviços públicos de saúde.³⁴⁰

Essa análise possibilita inferir que **direito vigente** não é o mesmo que **direito válido**: uma norma pode ser vigente e efetiva, mesmo que descumpra as normas que regulam sua produção - pois ignora o viés dado sobre “o que se pode e o que não se pode decidir”, apenas respeita o viés de “como e quem pode decidir” -, ou seja, privilegia a legalidade lata ou formal e não a legalidade estrita ou substancial.

Questões pontuais antinômicas como essas poderão ser afastadas pelo Poder Judiciário especializado, no transcurso de qualquer ação em direito admitida, em face do inciso XXXV, do artigo 5.º da CRFB/88³⁴¹ e do artigo 212 do Estatuto.

Contudo, a exclusão de uma das regras do sistema jurídico em função de antinomias como as que ora se analisa só pode ser ocorrer através de ato do poder legislativo ou do controle concentrado de constitucionalidade.

Em sede de atividade magistral – tendo em vista o recorte do presente trabalho – o controle concentrado de constitucionalidade material é exclusivo do Supremo Tribunal Federal e também, no ambiente garantista do sistema jurídico brasileiro, deve ser implementado tendo em vista a dissociação acima exposta entre as categorias vigência e validade das normas.

Da mesma forma o Mandado de Injunção, previsto no inciso LXXI, do artigo 5.º da CRFB/88, que assim dispõe: “[...] LXXI - conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania; [...]”³⁴². Trata-se de remédio constitucional, impetrável perante os tribunais superiores que,

³⁴⁰ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, p. 40.

³⁴¹ Art. 5º: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] **XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito**; [...]” [sem grifos no original].

³⁴² BRASIL. Op. cit., p. 12.

todavia, foge aos objetivos deste trabalho, eis que a falta de regulamentação dificilmente seria sustentada perante os Tribunais Superiores, visto ter sido resolvida pelo legislador federal com o Estatuto, em 1990.

O juiz especializado em Direito da Criança e do Adolescente resolve o conflito que lhe é apresentado. A colisão de normas continua existindo depois de exarada a sentença naquela lide específica. Ocorre que esse ator jurídico é desafiado a manejar juízos de validade no seu cotidiano.

Com efeito, o encaminhamento dessa questão contemporânea, em sede de controle difuso da materialidade constitucional, típica de um ambiente normativo em que a Carta Política é invasora³⁴³, só poderá ocorrer se for abandonado o paradigma paleopositivista. De acordo com Rosa: “No paradigma paleopositivista, as normas conjugam atributos de validade ou invalidade, sendo o conflito das proposições, resolvido pelo Poder Judiciário, optando-se por uma das alternativas”³⁴⁴.

No olhar garantista a lógica da aferição de validade não obedece ao raciocínio binário válido/inválido, mas permite que o juiz analisar “[...] a norma isoladamente e deixar de aplicá-la por não ser válida em face do caso específico, apesar de válida em outra situação jurídica”³⁴⁵.

A validade no sistema garantista é, de qualquer forma, concebida em termos de graus: a crítica a esta forma de conceber a norma e o controle de sua constitucionalidade se dá sempre em direção da promessa da segurança jurídica, promessa esta que já não pode ser mantida no contexto atual de sociedade, em que direitos e garantias são sonogados abertamente.³⁴⁶

Para Rosa, essa possibilidade reside na resistência constitucional, que, por sua vez, repousa na “[...] legítima possibilidade de opinião material/constitucional sobre a própria norma jurídica”³⁴⁷.

Então, em conflitos de normas relativos a direitos fundamentais sociais de crianças e adolescentes, uma lei orçamentária ou outra norma do Poder Executivo de

³⁴³ O neoconstitucionalismo pode ser abordado como uma série de fenômenos que têm impactado o paradigma do Estado Constitucional – como a ampliação do rol de direitos fundamentais, a rigidez das Constituições e sua característica invasora nos níveis inferiores do ordenamento; e, ainda, pode se referir a uma teoria de direito que tem estudado estas alterações e aprofundado suas conseqüências. Cf. CARBONELL, Miguel. Prólogo: Nuevos tiempos para el constitucionalismo. In: _____ (Ed.). **Neoconstitucionalismo(s)**. Madri: Trotta, 2003, p. 9.

³⁴⁴ ROSA, Alexandre Morais da. **Garantismo Jurídico e controle de constitucionalidade material**. Florianópolis: Habitus: 2002, p. 72.

³⁴⁵ Ibidem, p. 64-65.

³⁴⁶ Ibidem, p. 135.

³⁴⁷ Ibidem, p. 65.

formulação de políticas públicas que violem diretamente preceito material superior hierarquicamente – estabelecendo percentual orçamentário abaixo do determinado pela CRFB/88 ou cobrando contraprestações à oferta de serviço público definido como gratuito, respectivamente – pode (e até deve) ter sua validade negada no curso de uma ação específica. Isto pode ocorrer com a transposição de ferramentas de controle concentrado de constitucionalidade para o universo do controle difuso da materialidade constitucional:

Daí que transferindo para o contexto brasileiro, no qual a Constituição Federal é aberta, aceitando a aderência das normas de *Direitos Humanos* com *status* constitucional, e o Juiz singular está autorizado a efetuar o controle difuso de constitucionalidade, possível a aplicação da nulidade parcial sem redução do texto, excepcionando a validade da norma jurídica na hipótese em análise, sem derogá-la genericamente. [grifos no original]³⁴⁸

Assim é que do controle difuso de constitucionalidade material que, em grande parte, depende o grau de garantismo da dinâmica do Direito da Criança e do Adolescente, especificamente no que pertine aos direitos sociais desta população.

Como já referido, as vias processuais existentes no ordenamento jurídico, sendo adequadas à dedução do pedido, são todas manejáveis em sede de Direito da Criança e do Adolescente, nos termos do artigo 212 do Estatuto:

Art. 212. Para defesa dos direitos e interesses protegidos por esta Lei, são admissíveis todas as espécies de ações pertinentes.
 § 1º Aplicam-se às ações previstas neste Capítulo as normas do Código de Processo Civil.
 § 2º Contra atos ilegais ou abusivos de autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do poder público, que lesem direito líquido e certo previsto nesta Lei, caberá ação mandamental, que se regerá pelas normas da lei do mandado de segurança.³⁴⁹

Para Grinover³⁵⁰, o dispositivo tem como motivação a efetividade da tutela jurídica processual dos direitos da população em tela, significando que o sistema processual deve propiciar, por provimento adequado, a tutela concreta de todos os direitos materiais existentes.

Nessa esteira, infere-se que o Mandado de Segurança, caracterizado especificamente como Ação Mandamental no parágrafo segundo do artigo 212 da CRFB/88,

³⁴⁸ ROSA, Alexandre Morais da. **Garantismo jurídico e controle de materialidade constitucional**, p. 135. Segundo o autor, a “declaração de nulidade sem redução do texto” é distinta da “interpretação conforme à Constituição” e da “declaração de constitucionalidade com apelo ao legislador”. A interpretação conforme à Constituição é uma ampliação do espaço de validade da norma através da indicação das interpretações em que esta é válida e daquelas em que a mesma é inválida - sem fechar questão em torno da atribuição de sentido e o apelo ao legislador se trata de uma última afirmação da constitucionalidade, o que pode ser alterado em seguida, motivo pelo qual se clama pela atuação imediata do poder respectivo.

³⁴⁹ BRASIL. **Estatuto da criança e do adolescente**, p. 51.

³⁵⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini. Artigo 212. In: CURY, Munir. **Estatuto da criança e do adolescente comentado: comentários jurídicos e sociais**. 6. ed. ver. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 710.

tem especial função na seara da garantia secundária dos direitos sociais das crianças e dos adolescentes.

Sobre a relação entre os dois termos – Mandado de Segurança e Ação Mandamental – ensina Grinover:

Na verdade, o legislador não quis ousar, como haviam feito os autores dos diversos projetos legislativos que culminaram no Código de Defesa do Consumidor: neste, o artigo 85 (que foi vetado) previa uma ação mandamental, regida pelas normas da lei do Mandado de Segurança, contra atos ilegais ou abusivos de pessoas físicas ou jurídicas que lesassem direito líquido e certo previsto no Código.³⁵¹

Para a autora, o dispositivo referente à Ação Mandamental é inócuo, pois não inovou em nada o que a Lei do Mandado de Segurança – Lei 10533/51, com alterações posteriores – já dispunha. Manteve, apenas, as autoridades públicas no pólo passivo da ação.

Importante salientar que nas hipóteses acima analisadas – violação de direitos sociais por ação contrária de algum dos Poderes Públicos – o que se verifica é que esta espécie de direito fundamental gera, para crianças e adolescentes, direitos subjetivos de defesa, na classificação de Sarlet³⁵².

Nesse caso, os direitos fundamentais de tradição social assumem feições típicas de direitos que impõem restrições aos Poderes Públicos e a outros particulares, o que leva à confirmação da relativização da caracterização dos direitos sociais como geradores, sempre, de obrigações positivas por parte do Estado. Esse tema será analisado adiante, em função de ser objeto de críticas à viabilização judicial dos direitos sociais.

A Ação Civil Pública, instrumento processual rico no que tange à garantia secundária dos direitos sociais de crianças e adolescentes, poderá ser manejada em casos de violação por ação, pois prevê a condenação a obrigações de não fazer. Contudo, esse instrumento processual será abordado na seqüência deste estudo, por ser mais frutuoso na análise das violações por omissão.

Outra forma de violação de direitos sociais a exigir garantia secundária são as hipóteses de omissão no cumprimento de obrigações sociais, que não podem ser resolvidas apenas com juízos de validade e de vigência, já que tratam de lacunas de garantias primárias no ordenamento jurídico. Segundo Ferrajoli³⁵³ são ausências a serem resolvidas pelo Poder obrigado – Executivo ou Legislativo – e ser sancionadas pelo Judiciário.

³⁵¹ GRINOVER, Ada Pelegrini. Artigo 212, p. 712.

³⁵² Cf. SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**, p. 167 e ss.

³⁵³ FERRAJOLI, L. Derechos Fundamentales. In: **Los fundamentos de los derechos fundamentales**, p. 48. Como visto anteriormente, o Direito da Criança e do Adolescente brasileiro prevê garantias secundárias em quantidade e qualidade satisfatórias, ao menos em tese. Para o autor, é possível que haja direitos sociais sem

Uma reflexão sobre a questão refere que cumpre ao Poder Executivo implementar os direitos sociais de crianças e adolescentes, pois está posto no artigo 227 da CRFB/88 que cabe à família, à sociedade e ao Estado “assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, [...] e à convivência familiar e comunitária, [...]”³⁵⁴.

Verifica-se, assim, que o princípio da prioridade absoluta fornece, novamente, uma via de especificação útil à verificação de impropriedades no sistema, mediante a previsão da garantia primária de preferência na formulação de políticas públicas e de destinação privilegiada de verbas para a concretização dos direitos de crianças e adolescentes.

A possibilidade de reconhecimento de omissão depende do nível da federação a que se esteja referindo, visto que, em virtude da municipalização da política de atendimento aos direitos da criança e do adolescente, a maior parte das obrigações de implementação de direitos sociais desta população pertence ao Município, muito embora algumas obrigações sejam imputáveis aos demais entes – União, Estados e Distrito Federal.

Em cada caso concreto o direito positivo deve ser analisado com cuidado. Por exemplo, não se pode aplicar sanção por omissão a um determinado Município que não tenha orçado verbas específicas, tampouco implementado a obrigação jurídica relativa ao ensino médio, pois esta é obrigação dos estados federados, em virtude do que dispõem os artigos 10, inciso VI e 11, inciso V, da Lei nº. 9.394 de 20 de dezembro de 1996 – Lei de Diretrizes e Bases da Educação: “Art. 10. Os Estados incumbir-se-ão de: [...]; VI - assegurar o ensino fundamental e oferecer, com prioridade, o ensino médio. E o artigo; [...]”³⁵⁵.

Contrariamente, um Município em que a lei orçamentária não destine verbas para a educação infantil e cujas ações não estejam voltadas também para este direito social, estará desrespeitando, por omissão, as normas superiores que vinculam suas ações:

Art. 11. Os Municípios incumbir-se-ão de:

[...];

V - oferecer a educação infantil em creches e pré-escolas, e, com prioridade, o ensino fundamental, permitida a atuação em outros níveis de ensino somente quando estiverem atendidas plenamente as necessidades de sua área de competência e com recursos acima dos percentuais mínimos vinculados pela Constituição Federal à manutenção e desenvolvimento do ensino.[...].³⁵⁶

especificação das obrigações respectivas de satisfação (lacunas primárias) e que haja, ainda, direitos sociais sem a obrigação correlata de aplicar sanção às violações a estes direitos (lacunas secundárias).

³⁵⁴ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, p. 159.

³⁵⁵ BRASIL. **Lei de diretrizes e bases da educação**. Lei 9.394, promulgada em 20 de dezembro de 1996, publicada em 23 de dezembro de 1996. Não paginado. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/Leis/L9394.htm>> . Acesso em 25 de fev. 2007.

³⁵⁶ Idem.

Brancher faz o seguinte alerta:

Nas ações garantidoras dos direitos de crianças e adolescentes previstos no Estatuto, quando exigido seu cumprimento através da via judicial, o entendimento dominante vem sendo de que tais providências cobradas do Poder Público são vinculadas a atos administrativos condicionados ao exame de conveniência e oportunidade por parte do administrador, sendo impossível, assim, que o Poder Judiciário venha substituir os Poderes Executivo e Legislativo sob pena de afronta ao princípio constitucional da tripartição de poderes.³⁵⁷

Diante das especificações do direito positivo acerca dos direitos sociais de crianças e adolescentes, há pouco espaço para discricionariedade ou juízo de conveniência e oportunidade do administrador; até mesmo a liberdade do legislativo fica tolhida, pois todos os poderes públicos devem-se mover dentro do limitado campo da constitucionalidade.

O artigo 208 do Estatuto referencia o julgamento do Estado e a constatação ou não da sua situação irregular por omissão frente aos direitos fundamentais sociais de crianças e adolescentes:

Art. 208. Regem-se pelas disposições desta Lei as ações de responsabilidade por ofensa aos direitos assegurados à criança e ao adolescente, referentes ao não oferecimento ou oferta irregular:

- I - do ensino obrigatório;
- II - de atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência;
- III - de atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a seis anos de idade;
- IV - de ensino noturno regular, adequado às condições do educando;
- V - de programas suplementares de oferta de material didático-escolar, transporte e assistência à saúde do educando do ensino fundamental;
- VI - de serviço de assistência social visando à proteção à família, à maternidade, à infância e à adolescência, bem como ao amparo às crianças e adolescentes que dele necessitem;
- VII - de acesso às ações e serviços de saúde;
- VIII - de escolarização e profissionalização dos adolescentes privados de liberdade.

§ 1º As hipóteses previstas neste artigo não excluem da proteção judicial outros interesses individuais, difusos ou coletivos, próprios da infância e da adolescência, protegidos pela Constituição e pela Lei. [...].³⁵⁸

Ainda, há que se levar em consideração que o parágrafo primeiro do referido artigo preceitua ser exemplificativo, e não exaustivo, o rol de direitos sociais constantes dos incisos. Essa característica indica ser incontável a lista de causas possíveis de pedir em sede de exigibilidade de direitos fundamentais sociais de crianças e adolescentes. Frise-se que é o Poder Judiciário quem poderá concretizar o direito subjetivo que surge para esses sujeitos de relativamente à aplicação coercitiva da norma.

³⁵⁷ BRANCHER, Naiara. O Estatuto da criança e do adolescente e o novo papel do judiciário, p. 147.

³⁵⁸ BRASIL. **Estatuto da criança e do adolescente**, p. 50.

Como já explicitado, os direitos ou interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos são fenômenos jurídicos vinculados ao surgimento dos direitos sociais. São também chamados direitos ou interesses metaindividuais e representam a superação da matriz individualista de direitos do sistema liberal a fim de alcançar os bens jurídicos compartilhados e aqueles que, mesmo deduzidos individualmente, possuem a marca da indisponibilidade e da universalidade. Pode-se dizer que são opções de encaminhamento da inadequação da concepção de direitos subjetivos, de matriz liberal, ao viés socializante do Direito.

Quanto aos interesses individuais, Bezerra ensina que:

Os interesses individuais relativos à infância e à adolescência são indisponíveis, por isso compreendidos na esfera de atribuição do Ministério Público, à luz do artigo 201, V, do ECA, e – veja-se – com exclusividade, porquanto o ECA, em seu artigo 210, ao elencar os legitimados para a ação civil concorrentemente com o Ministério Público limitou-se às ações fundadas em interesses coletivos e difusos, coerentemente com a linha adotada pela Lei 7.347 de 24.7.85.³⁵⁹

Já os direitos coletivos e difusos se aplicam a mais titulares: os primeiros se caracterizam pela soma de mais de um interesse, podendo ser deduzidos individualmente e se caracterizando pela determinação dos sujeitos; os interesses ou direitos difusos são marcados pela indeterminação do sujeito, pois os titulares não podem ser individualizados a fim de defenderem seu interesse separadamente.

Na exigibilidade dos direitos sociais aqui analisados, principalmente em casos de violação por omissão a direitos ou interesses metaindividuais, a Ação Civil Pública tem importância vital, pois comporta concessão de liminares, participação popular por intermédio de associações legitimadas ativamente e determinação judicial de obrigações de fazer e não fazer perante a Administração e particulares que ameacem ou violem interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos. Há, inclusive, possibilidade de cominação de multa para o caso de inadimplemento, conforme a Lei nº. 7.347 de 1985³⁶⁰.

Para Veronese³⁶¹, a referida ação possibilitou que temas de interesse social fossem apreciados pelo Poder Judiciário mais apropriadamente e a CRFB/88 assegurou esta apreciação para os interesses sociais de crianças ou adolescentes:

Ao aprovar os dispositivos constantes no artigo 129, III, e seu parágrafo 1.º, projetou normas fundamentais, de largo alcance social, o que possibilitará o acesso à Justiça de um número, pode-se dizer, indeterminável de crianças e adolescentes [...], por intermédio do Ministério Público ou de terceiros, cujo

³⁵⁹ BEZERRA, Adão Bomfim. Artigo 208. In: CURY, Munir (coord.). **Estatuto da criança e do adolescente comentado**: comentários jurídicos e sociais. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 701.

³⁶⁰ Essa lei é apontada como fonte do Direito da Criança e do Adolescente pelo artigo 224 do Estatuto: “Aplicam-se subsidiariamente, no que couber, as disposições da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985”.

³⁶¹ VERONESE, Josiane Rose Petry. **Interesses difusos e direitos da criança e do adolescente**, p. 86.

objetivo será a satisfação dos direitos sociais preteridos ou postergados pelas políticas sociais governamentais, de modo a obrigar o Estado a cumpri-los.³⁶²

O dispositivo constitucional mencionado pela autora é base constitucional da legitimação do Ministério Público para propor Ação Civil Pública em defesa do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos, além de resguardar legitimidade ativa para outros atores que a lei apontar. A lei da Ação Civil Pública confere legitimação ativa, além do Ministério Público, à União, aos Estados e aos Municípios. Há, ainda, legitimação para autarquias, empresas públicas, fundações, sociedades de economia mista ou associações. Contudo, a legitimação para agir em juízo em defesa de direitos sociais de crianças e adolescentes por essa via processual se deduz do cruzamento dos preceitos da Lei 7.347/85 e do artigo 210 do Estatuto:

Art. 210. Para as ações cíveis fundadas em interesses coletivos ou difusos, consideram-se legitimados concorrentemente:

I - o Ministério Público;

II - a União, os estados, os municípios, o Distrito Federal e os territórios;

III - as associações legalmente constituídas há pelo menos um ano e que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses e direitos protegidos por esta Lei, dispensada a autorização da assembléia, se houver prévia autorização estatutária.

§ 1º Admitir-se-á litisconsórcio facultativo entre os Ministérios Públicos da União e dos estados na defesa dos interesses e direitos de que cuida esta Lei.

§ 2º Em caso de desistência ou abandono da ação por associação legitimada, o Ministério Público ou outro legitimado poderá assumir a titularidade ativa.³⁶³

Restam excluídos, então, os órgãos da Administração Pública indireta: as autarquias, as empresas públicas, as fundações e as sociedades de economia mista; previstos na referida lei 7.347/85.

O Ministério Público, em face do artigo 201, inciso V, do Estatuto³⁶⁴, embora não tenha exclusividade na interposição da Ação Civil Pública, é ator privilegiado, pois possui a prerrogativa de iniciar sua atividade em relação ao interesse social específico, mediante de procedimento extrajudicial denominado inquérito civil público³⁶⁵:

³⁶² VERONESE, Josiane Rose Petry. **Interesses difusos e direitos da criança e do adolescente**, p. 86.

³⁶³ BRASIL. **Estatuto da criança e do adolescente**, p. 50.

³⁶⁴ Art. 201: “Compete ao Ministério Público: [...] V - promover o inquérito civil e a ação civil pública para a proteção dos interesses individuais, difusos ou coletivos relativos à infância e à adolescência, inclusive os definidos no art. 220, § 3º inciso II, da Constituição Federal; [...]”

³⁶⁵ Art. 8º: “Para instruir a inicial, o interessado poderá requerer às autoridades competentes as certidões e informações que julgar necessárias, a serem fornecidas no prazo de 15 (quinze) dias. [...] § 1º O Ministério Público poderá instaurar, sob sua presidência, inquérito civil, ou requisitar, de qualquer organismo público ou particular, certidões, informações, exames ou perícias, no prazo que assinalar, o qual não poderá ser inferior a 10 (dez) dias úteis. [...]”

Não se caracteriza o inquérito civil como procedimento contraditório; ressalte-se nele, antes, sua informalidade, pois destina-se tão-somente a carrear elementos de convicção para que o próprio órgão ministerial possa identificar ou não a hipótese propiciadora do ajuizamento da ação civil pública.³⁶⁶

Trata-se de instrumento que pode ser utilizado para embasar melhor a decisão de propor a ação, embora não seja obrigatório. Assim, se estiver convencido de que subsistem os elementos necessários à demanda, o órgão ministerial estará livre para impetrar a Ação Civil Pública sem a referida e prévia investigação formal.

Importa salientar que a novidade trazida pelo Estatuto confere legitimação ativa às associações, independente de autorização por assembléia, desde que a autorização para demandar em defesa do interesse de crianças e adolescentes conste dos respectivos estatutos constitutivos. Essa novidade é coerente com a diretriz do parágrafo 7.º, do artigo 227, e artigo 204, II, ambos da CRFB/88: a já analisada participação popular.

Além da referida autorização, outro requisito importante para o manejo da Ação Civil Pública pela associação em nome de crianças e adolescentes, é a exigência de funcionamento regular por, no mínimo, um ano.³⁶⁷

O advogado, no que diz respeito a essa área de defesa, poderá ser requisitado, sobretudo, em casos de Ações Cíveis Públicas intentadas por associações:

Assim, por exemplo, na hipótese de determinado Município não contar com um posto de saúde, ou de uma escola, poderá ser promovida, pela associação, por meio de advogado, a referida ação civil pública, com o intuito de ver sanada aquela omissão.³⁶⁸

Também é um espaço de concretização de direitos sociais prestacionais que se presta à atuação do juiz especializado, a medida prevista no Estatuto, a partir dos artigos 136, inciso III, *a e b* e 148, VII:

Art. 136. São atribuições do Conselho Tutelar:
 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.³⁶⁹

O legislador estatutário inovou, tanto ao criar um órgão não jurisdicional para atuar mais diretamente na concretização de direitos fundamentais de crianças e adolescentes

³⁶⁶ MAZZILLI, Hugo Nigro. Artigo 201. In: CURY, Munir (coord.). **Estatuto da criança e do adolescente: comentários jurídicos e sociais**. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 671.

³⁶⁷ VERONESE, Josiane Rose Petry. **Interesses difusos e direitos da criança e do adolescente**, p. 128.

³⁶⁸ *Ibidem*, p. 144.

³⁶⁹ BRASIL. **Estatuto da criança e do adolescente**, p. 36.

individuais ou coletivos ameaçados ou violados, quanto ao estabelecer que para a promoção das decisões deste órgão em favor da restauração da situação de violação ou ameaça, poderia requisitar serviços públicos em áreas estratégicas. Em resumo, ao Conselho Tutelar está conferida a autoridade de exigir a execução de serviços pelas autoridades públicas respectivas³⁷⁰.

Em decorrência da permissão de requisitar – e não solicitar – o não-cumprimento ensejará a representação para o juiz especializado, que será provocado em sua função garantista, nos seguintes termos: “Art. 148. A Justiça da Infância e da Juventude é competente para: [...] VII - conhecer de casos encaminhados pelo Conselho Tutelar, aplicando as medidas cabíveis; [...]”³⁷¹.

Nesse caso, o cumprimento compulsório das requisições do Conselho Tutelar deverá ser determinado pelo juiz estatutário, desde que se trate de obrigação jurídica da entidade pública requisitada, o que também implica concretização de direitos sociais via garantia secundária.

Contudo, os interesses perseguidos não serão difusos, mas coletivos ou individuais homogêneos. Os interesses difusos têm via processual única: a Ação Civil Pública.

Para revisar a postura do juiz ante o quadro que se forma no campo da garantia dos direitos sociais de crianças e de adolescentes, cumpre analisar o potencial garantista/antigarantista deste ramo do Direito.

A partir da já implementada incursão histórico-jurídica e da análise da constante negação da condição do sujeito, as divergências entre o mundo do “ser” e o mundo do “dever ser”, são esperadas e até decorrência lógica do processo histórico-social. Mais especificamente, no que diz respeito à garantia dos direitos sociais destes sujeitos, a divergência se aprofunda, tanto em função de certa incipiência da dogmática do sistema de garantias destes direitos, como em função de certos “ventos neoliberais” pugnando pela supremacia do mercado e da maioria sobre as normas constitucionais de direitos fundamentais³⁷².

³⁷⁰ JANSSEN, Adrianus Martinus; JANSSEN, Helena Sílvia; INDLEKOFER, Rafael. Artigo 136. In: CURY, Munir (coord.). **Estatuto da criança e do adolescente**: comentários jurídicos e sociais. 6. ed. rev. e ampl. 2003. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 462.

³⁷¹ BRASIL. **Estatuto da criança e do adolescente**, p. 38.

³⁷² Cf. FERRAJOLI, Luigi. Prólogo. In: ABRAMOVICH Victor; COURTIS, Christian. Los derechos sociales como derechos exigibles. 2. ed. Madri: Trotta, 2004, p. 9. Segundo o autor, a debilidade política dos direitos sociais é, também, uma debilidade teórica. Para ele, os direitos desta espécie – saúde, educação, previdência, assistência social etc. – sofrem, neste início de século, ataques dos políticos liberais e têm corrido o risco de

Segundo Ferrajoli³⁷³, a divergência entre os modelos normativos (tendencialmente garantistas) e as práticas institucionais (tendencialmente anti-garantistas) se refere a uma antinomia que subsiste entre validade (e inefetividade) dos primeiros e efetividade (e invalidade) das segundas.

Percebe-se que não há equiparação necessária entre direito válido e direito efetivo: uma norma não concretizada pelas normas ou práticas normativas cuja produção regula, vige e é válida, porém, não é efetiva.

Segundo Cademartori³⁷⁴, “[...] uma norma é “eficaz” quando é de fato observada pelos seus destinatários (e/ou aplicada pelos órgãos de aplicação).”.

Trata-se aqui da categoria denominada por Sarlet de eficácia social, que difere da eficácia jurídica, objeto privilegiado de seus estudos. Segundo o autor:

[...] podemos definir a eficácia jurídica como a possibilidade (no sentido de aptidão) de a norma vigente (juridicidade existente) ser aplicada aos casos concretos e de – na medida de sua aplicabilidade – gerar efeitos jurídicos, ao passo que a eficácia social (ou efetividade) pode ser considerada como englobando tanto a decisão pela efetiva aplicação da norma (juridicamente eficaz), quanto o resultado concreto decorrente – ou não – desta aplicação.³⁷⁵

A análise da eficácia social ou efetividade das normas superiores do sistema de garantias de direitos sociais de crianças ou adolescentes pode ser feita a partir da análise das normas inferiores – como as orçamentárias e as regulamentações de políticas sociais públicas, estas chamadas de executivas em relação àquelas.

Ferrajoli alerta para o fato de que esta contradição entre o que está prescrito pelo Direito nos níveis superiores do sistema e o que é executado nos níveis inferiores, é recorrente nos ordenamentos complexos, mas que deve respeitar a determinados limites não-patológicos, ou seja, não pode inviabilizar o funcionamento do sistema jurídico em análise.

É correto afirmar, então, que a jurisdição das garantias, no que diz com os direitos sociais de crianças e adolescentes depende de opção pessoal e política dos magistrados e de apurado conhecimento técnico-jurídico.

No tocante aos direitos de crianças e adolescentes, o papel eminentemente político do juiz, segundo Veronese, deve ser reconhecido como realidade:

[...], mesmo perfilhando o caminho da objetividade, impossível será deixar de retratar sua ideologia (fruto de uma determinada formação cultural, social e política), que no caso específico, por estar tratando de questões que

ser comprometidos, apesar de constituírem, juntamente com as políticas de bem-estar, a maior conquista jurídico-política do século passado.

³⁷³ FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón**, p. 852.

³⁷⁴ CADEMARTORI, Sérgio. **Estado de direito e legitimidade**, p. 80.

³⁷⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**, p. 211.

envolvam a defesa de um segmento, de uma minoria social, sua sentença revelará, sem obscuridade, sua postura, isto é, a posição de um juiz que tem por papel fundamental ser um guardião, não da lei, mas dos direitos e interesses de uma massa de crianças e adolescentes, muitos dos quais já marginalizados, porque vítimas da miséria, da exploração e dos descasos das políticas sociais para com eles, ou melhor, para com toda a classe social da qual se originam.³⁷⁶

A opção política do juiz, se informada pelo arsenal axiológico constitucional e estatutário – além dos documentos internacionais afins ratificados pelo Brasil -, não poderá ser negada, muito pelo contrário, deverá ser estimulada.

Trata-se de lugar-comum admitir que não há neutralidade na atividade do juiz. Como expõe Ferrajoli, com os valores não podem ser feitos exorcismos, pois se são expulsos pela porta, entram novamente pela janela: “Y en el fondo está bien que así sea”³⁷⁷.

Contudo, tal opção política, embora seja condição necessária, não é suficiente para a garantia de restauração judicial de violações de direitos sociais da população em análise.

A atuação do juiz é ferramenta importante na implementação de políticas sociais para a criança e o adolescente e depende de capacidade técnica:

O magistrado deve colocar à disposição da sociedade seu conhecimento técnico-jurídico, com a finalidade de colaborar na busca de soluções às deficiências existentes no atendimento a crianças e adolescentes e, acima de tudo, utilizar-se do respeito que desfruta na comunidade para incutir, tanto a sociedade quanto o Poder Público, as disposições da Doutrina da Proteção Integral. Essa atividade é eminentemente política, podendo inclusive prevenir litígios.³⁷⁸

A intersecção entre postura política e conhecimento apurado da doutrina da proteção integral e da teoria garantista é um caminho necessário, no quadro contemporâneo brasileiro do Direito e do Estado, à efetivação das mencionadas garantias.

A atividade do juiz garantista³⁷⁹, no interior dos procedimentos de exigibilidade de direitos sociais – sejam eles reparadores de ações ou de omissões –, trará à tona a

³⁷⁶ VERONESE, Josiane Rose Petry. **Interesses difusos e direitos da criança e do adolescente**, p. 206.

³⁷⁷ FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón**, p. 878. (E no fundo é bom que seja assim.) [Tradução nossa].

³⁷⁸ BRANCHER, Naiara. **O estatuto da criança e do adolescente e o novo papel do poder judiciário**, p. 145.

³⁷⁹ Ilustra essa argumentação, a decisão liminar em Ação Civil Pública intentada pelo Ministério Público em face do Município de Joinville – SC, que tem como objeto a falta de 2.948 vagas na educação infantil. Eis a decisão: “Por tais razões, **CONCEDO em parte** a liminar requerida para: a) **determinar** que o réu abra matrícula para todas as **2.948** (duas mil, novecentos e quarenta e oito) crianças em fila de espera em educação infantil, no prazo de **45 dias**, razoável para adequação do sistema próprio, conveniado ou contratado, respeitadas as demais disposições legais, dentre elas de número de crianças em sala de aula; b) **cominar**, nos termos do art. 213, § 1º do ECA, multa mensal de 1 (hum) salário mínimo por vaga não preenchida, até o limite de 2.948 vagas, revertendo os valores ao Fundo Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente; c) **Cite-se, ademais, o réu para apresentação de resposta, no prazo de Lei. d) Cumpra-se.**” [grifos no original]. Íntegra da decisão no anexo B.

deslegitimação do poder, concorrendo para a crítica interna ao direito vigente, jurídica e não-política, pois se refere à inefetividade e à invalidade.³⁸⁰ A partir dessa assertiva é possível compreender o potencial crítico da teoria jurídica garantista, que reside na possibilidade, dentre outras, de revisão do trabalho do juiz quando “[...] põe em questão os dogmas do positivismo dogmático: a fidelidade do juiz à lei”³⁸¹.

O que ocorre, é que através do olhar teórico garantista, o juiz pode permanecer atento à legalidade, mas às duas dimensões desta.

O garantismo se enquadra dentro do positivismo jurídico próprio do Estado moderno, caracterizado pela forma estatal do Direito e pela forma jurídica do Estado, aquela conformada pelo princípio *autorictas, non veritas facit legem* e este pelo *princípio da legalidade*.³⁸²

Contudo, a criticidade de uma racionalidade teórica garantista reside no pressuposto de que existe uma legalidade formal – dada pelas normas constitucionais e infraconstitucionais de procedimento e de competência – e uma legalidade substancial – dada, principalmente, pelas normas constitucionais definidoras de direitos fundamentais, como visto:

Por una parte, en el sentido de que la (mera) legalidad, como fuente (formal) de la vigencia de las normas jurídicas, es una garantía de certeza y, por tanto, de libertad frente a los poderes, que si no actuarían sin freno; por otra parte, en el sentido de que la (estricta) legalidad, como fuente (substancial) de la validez de las normas mismas, constituye una técnica de positivación y de estabilización de los derechos fundamentales de los ciudadanos apta para hacer funcional a su satisfacción y tutela el “artificio” estatal, que sí no sería ‘absoluto’.³⁸³

Atitudes meramente reprodutoras das leis e outras normas infraconstitucionais, por parte dos juízes, sem análises valorativas baseadas nos níveis mais altos do sistema – como é o caso da CRFB/88, dos documentos internacionais e do Estatuto, com seu sistema de garantias de direitos sociais, são castradoras do potencial humanista da atualidade do Direito.

³⁸⁰ FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón**, p. 872.

³⁸¹ Ibidem, p. 872.

³⁸² CADEMARTORI, Sérgio. **Estado de direito e legitimidade**, p. 80.

³⁸³ FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón**, p. 871. (Por uma parte, no sentido de que a (mera) legalidade, como fonte (formal) da vigência das normas jurídicas, é uma garantia de certeza e, portanto, de liberdade frente aos poderes, que sem isto atuariam sem freio; por outra parte, no sentido de que a (estricta) legalidade, como fonte (substancial) da validade das normas, constitui uma técnica de positivação e de estabilização dos direitos fundamentais dos cidadãos apta a fazer funcionar a sua satisfação e tutela ao ‘artifício’ estatal, que sem isto seria ‘absoluto’.) [Tradução nossa].

Nas palavras de Ferrajoli, isso demonstra o componente ideológico do positivismo dogmático³⁸⁴, de toda a orientação teórica que confunde vigência e validade – normativismo na teoria do direito –, e validade e efetividade – realismo na mesma teoria.

A corrente normativista incorre em duas posturas ideológicas, de acobertamento: 1) da efetividade de normas inválidas, isto é, contrárias aos direitos fundamentais sociais de crianças e adolescentes, embora vigentes; 2) da inefetividade de normas válidas, isto é, coerentes com os mesmos direitos, embora não aplicada pelos seus destinatários.³⁸⁵

No primeiro acobertamento, o intérprete dogmático-positivista não nega efeitos a normas violadoras dos direitos sociais de crianças e adolescente, pois as normas superiores formais – regras constitucionais de competência e procedimento – foram respeitadas, o que implica em que seus efeitos continuarão a ser gerados e as violações, por consequência. Apenas para reforçar o que já foi descrito, é o caso das leis orçamentárias que não respeitem os percentuais mínimos de previsão de verbas para direitos como a saúde; das normas emanadas do poder executivo de formulação de políticas públicas que impliquem regressividade na prestação de algum direito social ou que estipulem cobranças para direitos sociais universais e gratuitos, como o ensino público brasileiro, ou ainda, que estipulem critérios de acesso a direitos sociais universais. Tal ocorre, simplesmente, porque o viés da legalidade substancial é ignorado e os conteúdos do Direito Positivo não são julgados devidamente dentro do pressuposto da sujeição das normas inferiores às superiores.

O segundo acobertamento, da inefetividade de normas válidas, se dá em face da atitude do intérprete que não traz à tona o descumprimento, nos níveis inferiores da hierarquia das normas, dos preceitos de conteúdo das normas superiores. Nesse caso, a atividade do juiz que não reconhece o fato de que os níveis inferiores de produção do Direito têm muito mais função executiva do que prescritiva e que, por consequência, devem decidir a favor dos direitos fundamentais.

Essa face do acobertamento dogmático-positivista prejudica a função garantista do juiz ao funcionar em ações nas quais se esteja almejando a obrigação de prestar atendimento aos direitos sociais por parte do Estado.

Assim, o juiz cuja visão está ofuscada por uma visão programática das normas superiores definidoras de direitos sociais fundamentais, não consegue perceber – por entender que se uma norma inferior ou prática normativa vige, é válida – que os atos dos Poderes

³⁸⁴ FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón**, p. 871.

³⁸⁵ Idem.

Legislativo e Executivo devem implementar tais normas superiores e que, se não o fizerem, estarão trazendo a inefetividade para dentro do sistema jurídico.

Já não se trata das pessoas da sociedade, em geral, descumprindo o que o Direito lhes prescreve, mas de descumprimento por parte dos Poderes do Estado de Direito, que acabam sofrendo deslegitimação, levando consigo a deslegitimação do próprio Direito Positivo.

A segunda corrente, realista, ao focar no direito efetivo, supervalorizando o “ser” do Direito e ignorando a sua possível invalidade, resulta no obscurecimento das normas e práticas normativas inferiores contrárias aos direitos sociais incorporados aos níveis superiores, reconhecendo sua vigência porque efetivas.

O juiz imbuído desta tendência, em sede de direitos sociais de crianças e adolescentes, não logrará êxito em julgar as produções normativas, seja lá a que Poder Público pertençam, que contrariem os preceitos superiores. Isso ocorre, da mesma forma que no mundo normativista, quando não se traz à tona a ilegalidade da regressividade dos serviços de implementação do direito à saúde ou de contraprestações à educação mantida pelo Estado, por exemplo.

Nesse contexto, percebe-se que, tanto o juiz normativista - que não percebe as normas inválidas efetivas -, quanto o juiz realista - que identifica validade e efetividade -, terão a mesma atitude ideológica, se confrontados com ações judiciais de solução de antinomias do sistema de garantias de direitos sociais de crianças e de adolescentes: tanto um quanto outro as esconderá, não concedendo pedidos de anulação das respectivas normas contraditórias.

Diante de uma lacuna, ou seja, de falta de normatização de garantias primárias, quer em forma de leis orçamentárias, quer em forma de regulamentação de políticas públicas, o intérprete normativista se furtará de agir de forma garantista, pois não pode perceber que cabe a ele um provimento judicial, garantia secundária, que obrigue os níveis inferiores do sistema a conferir efetividade aos níveis superiores.

A base da atividade crítica e questionadora do juiz é o reconhecimento de uma certa “viscosidade” do poder ilegítimo³⁸⁶ manifestada em antinomias e lacunas.

Segundo Ferrajoli³⁸⁷, essa característica do juiz garantista consiste em crítica interna, jurídica e não política ou filosófica. Trata-se da crítica do direito inválido:

³⁸⁶ FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón**, p. 878.

³⁸⁷ *Ibidem*, p. 877- 878.

Estos vicios y las consiguientes aporías, sin embargo, pueden ser, si no del todo eliminados, cuando menos reducidos con la avivación y la ampliación de los mecanismos de auto-corrección del ordenamiento dirigidos a asegurar la efectividad de os principios garantistas. Pero esto requiere la crítica sin prejuicios de las leyes, no sólo desde fuera, antes todavía, desde dentro.³⁸⁸

Então, o juiz da infância e da juventude, quando aponta a invalidez³⁸⁹ das normas inferiores e práticas normativas, ou quando obriga o Poder Executivo a agir de acordo com as normas fundamentais de direitos sociais, trabalha pela superação do dogma do paleopositivismo: a obrigação do juiz de aplicar a lei³⁹⁰.

Bobbio explica a assertiva de que o Juiz deve aplicar a Lei: “[...] a atividade do juiz está limitada pela Lei, no sentido de que o conteúdo da sentença deve corresponder ao conteúdo de uma lei. Se essa correspondência não ocorre, a sentença do juiz pode ser declarada inválida, tal como uma lei ordinária não-conforme à Constituição.”³⁹¹.

Pelo exposto, é simples perceber que a teoria garantista de Ferrajoli substitui a obrigação positivista primitiva pela assertiva de que o juiz está sujeito à Constituição, eis que a fidelidade ou sujeição do juiz à lei é exigível apenas em relação às normas constitucionais³⁹².

Além de tudo, para Veronese³⁹³, o juiz da infância e da juventude deve ter conhecimentos técnicos em outras áreas do saber, como Psicologia, Política, Economia e Sociologia para dar conta da integralidade do sujeito e de suas demandas.

Quanto aos conhecimentos técnicos de áreas distintas da jurídica, é de se refletir sobre o fato de que o Estatuto prevê a manutenção de serviços auxiliares do juiz, que possuem prerrogativa técnica; prerrogativa esta que não pertence ao juiz.

Nos termos do artigo 151:

³⁸⁸ FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón**, p. 878. (Estes vícios e as consequentes aporias, sem embargo, podem ser, senão de todo eliminados, quando menos reduzidos pelo avivamento e a ampliação dos mecanismos de auto-correção do ordenamento, dirigidos a assegurar a efetividade dos princípios garantistas. Porém, isto requer a crítica sem prejuízo das leis, não só desde fora, mas todavia, desde dentro.) [Tradução nossa].

³⁸⁹ Ibidem, p. 874-875. A carga axiológica do juízo de validade – principalmente a constitucional – leva à configuração de um espaço irreduzível de ilegitimidade (ocasionados por espaços discricionários ao aplicador da norma), uma dificuldade inarredável que, segundo Ferrajoli, não chega a inviabilizar o Estado Constitucional de Direito: é intrínseca a esta forma de Estado – de direito – onde as constituições estipulam os valores eleitos como fundamentais ao sistema, a fim de que estes valores não sejam incluídos nos níveis mais baixos de produção do Direito. Cf. FERRAJOLI, Luigi. Op. cit., p. 874-875.

³⁹⁰ Ibidem, p. 878. Esse postulado é basilar no positivismo jurídico desde Jeremy Bentham – fundador do utilitarismo no século XVIII.

³⁹¹ BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**, p. 56.

³⁹² FERRAJOLI, Luigi. Op. cit., p. 876. (Se se quiser falar em fidelidade ou sujeição à lei, ainda que seja no sentido meramente potestativo, poderá fazer-se somente a respeito das leis constitucionais, sobre cuja base o juiz tem o dever jurídico) [Tradução nossa].

³⁹³ VERONESE, Josiane Rose Petry. **Direito da criança e do adolescente**, p. 137.

Compete à equipe interprofissional, dentre outras atribuições que lhe forem reservadas pela legislação local, fornecer subsídios por escrito, mediante laudos, ou verbalmente, na audiência, e bem assim desenvolver trabalhos de aconselhamento, orientação, encaminhamento, prevenção e outros, tudo sob a imediata subordinação à autoridade judiciária, assegurada a livre manifestação do ponto de vista técnico.³⁹⁴

Embora o juiz não esteja necessariamente vinculado às conclusões dos peritos, a autonomia técnica destes deve ser a segurança de uma decisão bem fundamentada. De outro modo, a decisão bem fundamentada não deve ser prejudicada por posições pretensamente técnicas do juiz de direito, seja ele da vara especializada da infância e da juventude ou de outras áreas da atividade estatal incumbidas de dizer o direito.

Contudo, há que se concordar com a importância de o juiz ter noções acerca de outras áreas do saber, a fim de decidir com mais sensibilidade sobre a integralidade do sujeito do Estatuto que, nos termos do artigo 3º, é portador de necessidades nos níveis físico, mental, moral, espiritual e social. Bom lembrar que noções gerais não se confundem com conhecimentos técnicos.

Na perspectiva garantista, o juiz especializado da infância e da juventude deve manejar as ferramentas teóricas da distinção entre validade, vigência e efetividade para romper, em sua prática cotidiana, o dogma da sujeição do juiz à lei, assumindo sua posição de defensor da constitucionalidade material. Além disso, nas demandas judiciais que intentem compelir os demais Poderes a cumprir obrigações jurídicas sociais frente a crianças e adolescentes, necessitará empunhar postura mais agressiva no sentido de trabalhar pela colmatação de lacunas.

Com efeito, instrumentos processuais constitucionais e legais não faltam ao ordenamento jurídico brasileiro, mas alguns óbices permanecem, e serão investigados na seção posterior.

Por enquanto, pode-se afirmar que no Estado Constitucional de Direito brasileiro, ninguém pode decidir se aplica ou não as normas de direitos fundamentais sociais de crianças e adolescentes, o juiz inclusive. Ao contrário, há o imperativo de aplicá-las.

Em rigor, o que se pode, é aprofundar a forma como a intervenção judicial poderá acontecer em sede de direitos sociais de crianças e adolescentes, e nunca negar resposta jurisdicional para pedidos devidamente formulados por meios processuais idôneos.

Para tanto, cumpre problematizar a exigibilidade dos direitos fundamentais sociais da criança e do adolescente.

³⁹⁴ BRASIL. **Estatuto da criança e do adolescente**, p. 40.

3.2 Estratégias de exigibilidade judicial dos direitos sociais de crianças e adolescentes

As resistências à concretização dos direitos sociais convergem, em suma, para dois argumentos: seu alto custo econômico e o fato de gerarem obrigações positivas, cuja lesão envolve omissões, fenômenos insolúveis do ponto de vista judicial.

Relativamente ao primeiro argumento, não há como ser sustentado após uma análise dos custos econômicos exigidos para a concretização dos direitos de liberdade e dos direitos sociais. Na verdade, essas duas classes de direitos fundamentais exigem investimentos de recursos públicos, e não podem ser relegadas pelos poderes públicos. Os direitos de defesa e os direitos a prestações, categorias já explicitadas na caracterização dos direitos sociais de crianças e adolescentes, estão presentes tanto na tradição liberal quanto na tradição social de direitos fundamentais³⁹⁵.

Direitos de liberdade, como liberdade de comércio, liberdades de locomoção, o direito de não ser preso sem decisão judicial transitada em julgado ou flagrante delito, a liberdade de imprensa, a privacidade de correspondência e o direito de propriedade são extremamente custosos para o Estado: é o exemplo dos serviços públicos de polícia e de justiça em relação aos direitos de liberdade, assim como os serviços de registro de títulos de propriedade, de cadastro e controle de zoneamento e uso de solo.³⁹⁶

Para Abramovich e Courtis:

En síntesis, la estructura de los derechos civiles y políticos puede ser caracterizada como un complejo de obligaciones negativas y positivas de parte del Estado: obligación de abstenerse de actuar en ciertos ámbitos y de realizar una serie de funciones, a efectos de garantizar el goce de la autonomía individual e impedir su afectación por otros particulares. Dada la coincidencia histórica de esta serie de funciones positivas con la definición del Estado Liberal moderno, la caracterización de los derechos civiles e políticos tiende a ‘naturalizar’ esta actividad estatal, y a poner énfasis sobre los límites de su actuación.³⁹⁷

³⁹⁵ Cf. PRIETO SANCHÍS, Luis. **Ley, principios e derechos**, p. 75 e ss; e SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**, p. 196.

³⁹⁶ ABRAMOVICH, Víctor; COURTIS, Christian. **Los derechos sociales como derechos exigibles**, p. 24.

³⁹⁷ Idem. (Em síntese, a estrutura dos direitos civis e políticos pode ser caracterizada por um complexo de obrigações negativas e positivas da parte do Estado: obrigação de abster-se de atuar em certos âmbitos e de realizar uma série de funções, com o fim de garantir o gozo da autonomia individual e impedir sua afetação por outros particulares. Dada a coincidência histórica desta série de funções positivas com a definição do Estado Liberal moderno, a caracterização dos direitos civis e políticos tende a naturalizar esta atividade estatal, e a pôr ênfase sobre os limites de sua atuação.) [Tradução nossa].

Conforme sustentam os mencionados autores, as diferenças entre os direitos de liberdade e os direitos sociais, econômicos e culturais são apenas de grau, já que, mesmo que as facetas prestacionais destes sejam mais visíveis, não é difícil constatar que implicam abstenções por parte do Estado, também: a direito à saúde desmembra-se, entre outras, na obrigação estatal de não lesá-la, o direito à educação, na obrigação estatal de não piorar o serviço. Sendo assim, a estrutura dos direitos sociais envolve, também, uma junção de obrigações positivas e negativas, embora as primeiras sejam simbolicamente mais importantes para sua identificação.³⁹⁸

Para esclarecer a questão, Abramovich e Courtis lembram que direitos como a propriedade, perderam seu caráter absoluto, recebendo influência da matriz social de direitos fundamentais. O próprio ordenamento jurídico brasileiro sofreu tal alteração a partir da nova ordem constitucional implantada em 1988. O imperativo da função social da propriedade, inscrita no inciso XXIII do artigo 5.º da CRFB/88, demonstra esse fenômeno, assim como a função do contrato, positivada no Código Civil Brasileiro de 2002, artigo 421 – “A liberdade de contratar será exercido em razão e nos limites da função social do contrato.”³⁹⁹ –, e os princípios afins da probidade e boa-fé, constantes do artigo 422 do mesmo diploma – “Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa fé.”⁴⁰⁰.

Para Silva, a função social da propriedade alterou a própria estrutura do direito em tela e não apenas suas limitações de uso e gozo:

[...] houve transformação na estrutura interna do conceito de propriedade, surgindo nova concepção sobre ela, de tal sorte que, ao estabelecer expressamente que a *propriedade atenderá a sua função social*, mas especialmente quando o reputou princípio da ordem econômica, ou seja, um princípio informador da *constituição econômica brasileira com o fim de assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social* (art. 170, II e III), [...].⁴⁰¹ [grifos no original]

Essas distinções, antes tão nítidas entre a matriz liberal e a social em sede de direitos fundamentais, já não se mostram mais tão claras. A própria percepção de que direitos ligados à epígrafe de direitos sociais, como folga e sindicalização, exigem prestações negativas do Estado, confirmam a falta de nitidez referida.

³⁹⁸ ABRAMOVICH, Víctor; COURTIS, Christian. **Los derechos sociales como derechos exigibles**, p. 24-25.

³⁹⁹ BRASIL. **Código Civil**. Lei nº. 3.071, de 1º de janeiro de 1916. Adendo especial: Novo Código Civil. 53. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 1661.

⁴⁰⁰ BRASIL. **Código Civil**, p. 1661.

⁴⁰¹ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**, p. 284-285.

Neste passo, é possível dizer que a classificação tem finalidade heurística, já que um aprofundamento na análise leva a um rol de direitos que se diferencia apenas em relação ao valor simbólico das implicações obrigacionais – positivas ou negativas – em sua representação.⁴⁰²

Abramovich e Courtis afirmam a existência de direitos cujos aspectos obrigacionais negativos têm um peso quase que absoluto, como é o caso das liberdades de expressão e de consciência, e, por este motivo, se inscrevem no rol de direitos civis e políticos. Em outro pólo, há aqueles direitos que são caracterizados fundamentalmente por obrigações positivas – aí se encaixa o direito à moradia – e acabam incluídos incontinentemente no grupo de direitos sociais, econômicos e culturais. No intermédio, para esses autores, há uma série de direitos cujas implicações obrigacionais são tanto positivas quanto negativas, o que faz com que a decisão por incluí-los em uma categoria ou outra seja meramente arbitrária.⁴⁰³

O Estatuto, ao afirmar o direito à convivência familiar e comunitária, estabelece obrigações positivas e limitativas aos Poderes do Estado. É o que se depreende da definição do direito dada no artigo 19 do Estatuto: “Toda criança ou adolescente tem direito a ser criado e educado no seio da sua família e, excepcionalmente, em família substituta, [...]”. Uma garantia primária se segue no mesmo artigo: “[...] assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente livre da presença de pessoas dependentes de substâncias entorpecentes”⁴⁰⁴. No caso dessa garantia primária, a violação pelos pais ou responsável pode levar à intervenção estatal, que pode ser uma aplicação de medida protetiva pelo Conselho Tutelar – artigos 136, I, 101, I a VII e 129, I a VII do Estatuto – até a medida extrema e jurisdicional de suspensão ou destituição do poder familiar, nos termos do próprio Estatuto, que prevê, inclusive, procedimento judicial especial para isto – artigos 155 a 163.

A coexistência de obrigações de abstenção e de prestação no campo dos direitos sociais é evidente. Note-se que entre as medidas aplicáveis pelo Conselho Tutelar estão algumas que exigem prestação por parte do poder executivo. É o que se depreende da dicção do artigo 129 do Estatuto:

Art. 129. São medidas aplicáveis aos pais ou responsável:
I - encaminhamento a programa oficial ou comunitário de proteção à família;
II - inclusão em programa oficial ou comunitário de auxílio, orientação e tratamento a alcoólatras e toxicômanos; [...].⁴⁰⁵

⁴⁰² ABRAMOVICH, Víctor; COURTIS, Christian. **Los derechos sociales como derechos exigibles**, p. 27.

⁴⁰³ Idem.

⁴⁰⁴ BRASIL. **Estatuto da criança e do adolescente**, p. 15-16.

⁴⁰⁵ Ibidem, p. 34.

Todavia, o artigo 23, relativo ao mesmo direito, estipula uma proibição ao poder judiciário, nos seguintes termos: “A falta ou a carência de recursos materiais não constitui motivo suficiente para a perda ou a suspensão do pátrio poder”⁴⁰⁶. É importante ressaltar que o termo “pátrio poder” foi substituído pelo termo poder familiar, em função da entrada em vigor do Código Civil de 2002.

De outro lado está o direito ao lazer, tradicionalmente ligado à categoria dos direitos sociais, inclusive porque o artigo 6.^o⁴⁰⁷ da CRFB/88 assim o considera.

A criança e o adolescente têm direito de receber dos poderes executivo e legislativo prestações e abstenções. Ao mesmo tempo em que estes Poderes deverão programar, mediante destinação de verbas e de formulação técnico-normativa, políticas públicas adequadas, também deverão frear a ocupação do solo por particulares e pela própria Administração, principalmente nas áreas urbanas, a fim de que não se impossibilite a utilização dos espaços para lazer.

Como se percebe, esse dever de respeito envolve tanto a limitação aos particulares, através de aplicação de multas e outras sanções, quanto a limitação ao Poder Legislativo de criar normas generosas à ocupação imobiliária. Vale dizer que ambas atividades outra exigem investimentos financeiros e técnicos por parte dos Poderes referidos, o que desfaz o argumento do alto custo econômico restritivo aos direitos sociais.

Além disso, a liberdade afirmada pelo Estatuto para crianças e adolescentes, exposta no artigo 16, compreende: ir, vir e estar nos logradouros públicos e espaços comunitários, ressalvadas as restrições legais; opinião e expressão; crença e culto religioso; brincar, praticar esportes e divertir-se; participar da vida familiar e comunitária sem discriminação; participar da vida política, na forma da lei; buscar refúgio, auxílio e orientação.

Uma análise superficial das locuções anteriores demonstra a inidoneidade dos argumentos contrários à exigibilidade dos direitos sociais, pois este direito, liberal por excelência, também exigirá prestações estatais como: 1) segurança para transitar nos logradouros; 2) sistema eleitoral de concretização do direito ao voto, no caso do Brasil, aos dezesseis anos; e 3) criação de condições favoráveis ao exercício da liberdade de expressão, como proteção policial e manutenção da liberdade de imprensa e dos meios de comunicação em geral.

⁴⁰⁶ BRASIL. **Estatuto da criança e do adolescente**, p. 16.

⁴⁰⁷ Art. 6.^o: “São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o **lazer**, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.” [sem grifos no original]

Tanto os direitos pertencentes à tradição social, quanto os relativos à tradição liberal, exigem investimentos financeiros, como visto.

Quanto ao argumento referente à dificuldade da exigibilidade dos direitos sociais por incorrerem estes em obrigações positivas cuja coerção judicial resta impossibilitada, cumpre demonstrar algumas inconsistências desta tese.

Os quatro obstáculos apontados por Courtis e Abramovich à exigibilidade judicial dos direitos sociais auxiliam na análise da questão: 1) problemas de determinação da conduta devida; 2) limitações que se impõem ao Poder Judiciário frente a questões políticas e técnicas; 3) ausência de instrumentos processuais adequados para a tutela destes direitos; e 4) escassa tradição de controle judicial na matéria.⁴⁰⁸

Os problemas de determinação da conduta devida são causados, segundo Abramovich e Courtis, pela:

[...] falta de especificación concreta del contenido del derecho constituye, por supuesto, un obstáculo a la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales e culturales, ya que evidentemente la exigencia de un derecho en sede judicial supone la determinación de un incumplimiento, extremo que se torna imposible si la conducta debida no resulta inteligible.⁴⁰⁹

Tal aspecto problemático, reconhecido pelos autores, perpassa toda a discussão da falta de estipulação de garantias para os direitos sociais afirmados. Contudo, como já visto, o sistema pátrio de garantias direitos sociais de crianças e adolescentes não padece desse vício, ao menos não em grau tão elevado que possa inviabilizar a sua exigibilidade.

Como visto, nos níveis mais altos da hierarquia sistema de normas jurídicas brasileiro, como a CRFB/88, os documentos internacionais ratificados e o Estatuto, as normas afirmam e asseguram direitos sociais para a criança e para o adolescente: ao afirmar, atribuem significado ao direito, e ao assegurar, criam obrigações aos poderes públicos, principalmente.

O princípio da prioridade absoluta e as diretrizes da descentralização político-administrativa e da participação popular são determinantes para a especificação dos direitos sociais da população em foco.

Nos níveis mais baixos, como naqueles em que as normas orçamentárias e formuladoras de políticas sociais públicas são criadas, o grau de garantismo pode ser reduzido, haja vista uma inarredável tendência ao descumprimento dos preceitos

⁴⁰⁸ ABRAMOVICH, Víctor; COURTIS, Christian. **Los derechos sociales como derechos exigibles**, p. 122 a 132.

⁴⁰⁹ Ibidem, p. 122. (A falta de especificação concreta do conteúdo do direito constitui, por suposto, um obstáculo à justiciabilidade dos direitos econômicos, sociais e culturais, já que evidentemente a exigência de um direito em sede judicial supõe a determinação de um descumprimento, extremo que se torna impossível se a conduta devida não resulta inteligível) [Tradução nossa].

fundamentais. É o que se percebe. No entanto, essa deslegitimação do Estado e do Direito pode e deve ser reduzida justamente pela atividade do juiz garantista, denominada por Ferrajoli de garantia secundária.

A teoria de Ferrajoli dissocia o direito subjetivo de suas garantias, com toda a sua argumentação contrária ao positivismo dogmático de Kelsen que identifica os dois fenômenos, ao ponto de ignorar a falta de garantias a direitos positivados como lacunas e desconsiderá-los como direitos.

A dissociação garantista proporciona ao juiz o caminho para a localização das lacunas – falta de normas assecuratórias ou de garantias primárias – e, a partir do reconhecimento do débito dos Poderes Públicos, exigir o cumprimento coercitivo de obrigações que lhes cabem.

De resto, ainda em sede de indeterminação da conduta devida, Abramovich e Courtis fazem uma comparação com a vagueza e a ambigüidade dos direitos civis e políticos, justo para demonstrar que esta nunca foi a dificuldade e a causa necessárias à desconstituição do *status* de direito das expectativas jurídicas de historicidade liberal. Nessa linha, questionam: o que significa liberdade? Quais as restrições aceitáveis desse direito? O que significa propriedade?⁴¹⁰

A vagueza e a ambigüidade, no entanto, estarão presentes em qualquer positivação; trata-se de característica comum da linguagem, com a qual os intérpretes aprenderam a lidar, não sem se socorrerem do ferramental da hermenêutica.

O fato de existirem termos próprios dos direitos civis e políticos com certo grau de imprecisão, nunca foi motivo para que se negasse a sua exigibilidade, todavia ensejou o que também ensejam os direitos sociais: especificação de seu conteúdo e limites, por meio de processos de refinamento de seu significado, como a regulamentação legislativa, a atividade jurisprudencial e as construções da dogmática jurídica.

A especificação feita das obrigações decorrentes de cada um dos direitos sociais é um aspecto presente na positivação dos direitos sociais da criança e do adolescente brasileiros, como a universalidade e a gratuidade do ensino fundamental público, a hierarquização e a universalidade do direito à saúde, entre outros.

Além do mais, as normas de direitos fundamentais de crianças e de adolescentes, no Brasil, não padecem do vício de baixa normatividade – para usar um termo de Sarlet –, o que poderia redundar em dificuldades de deduzi-las judicialmente, na forma de direitos

⁴¹⁰ ABRAMOVICH, Víctor; COURTIS, Christian. **Los derechos sociales como derechos exigibles**, p. 122.

subjetivos.⁴¹¹ Importante observar que tais normas definidoras de direitos constituem aquilo que Sarlet denomina direitos sociais prestacionais derivados, “[...] considerados como tais aquelas posições jurídico-prestacionais já concretizadas pelo Legislador – ao menos no que diz com a possibilidade de gerarem direito subjetivo (com base e nos termos da Lei) [...]”, cuja exigibilidade judicial não pode ser refutada minimamente⁴¹².

Sarlet refere ainda que a maior parte dos direitos sociais proclamados pela CRFB/88 já recebeu regulamentação legislativa, satisfatória ou não, não havendo dúvidas de que o particular já se transforma em titular de um direito subjetivo nos termos da lei concretizadora.⁴¹³

Sobre essa questão, neste ponto do trabalho, resta recordar toda a análise dos conteúdos e obrigações decorrentes da positivação constante da ordem constitucional brasileira e do Estatuto em relação aos direitos fundamentais sociais, implementada no primeiro capítulo.

Contudo, é possível que se detectem na dinâmica do ordenamento hierarquizado, lacunas quanto a condutas muito específicas dos Poderes Públicos e, para este caso, cabe o que Abramovich e Courtis chamam de *determinabilidad fáctica*.⁴¹⁴

A determinabilidade fáctica apontada pelos autores se torna relevante quando a lei não determina a conduta devida, mas a possibilidade de atender ao imperativo legal é única ou só pode se realizar com um número reduzido de ações. Como exemplos dessa hipótese têm-se as matérias vinculadas a tratamentos médicos, a produção de medicamentos ou vacinas em face de situações concretas de enfermidade e a redução de taxas de analfabetismo e mortalidade infantil. Nesses casos, para Courtis e Abramovich, a discricionariedade do poder Público Executivo existe, mas é claramente limitada.

Por exemplo, para satisfazer o direito à saúde de crianças e adolescentes em regiões onde há ocorrência de doenças infecto-contagiosas determinadas, não há muitas opções para a atuação do Poder Executivo, apenas a produção das vacinas respectivas já conhecidas ou a pesquisa e produção de vacinas desconhecidas; além do tratamento dos sintomas.⁴¹⁵

⁴¹¹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**, p. 262 e ss.

⁴¹² *Ibidem*, p. 272.

⁴¹³ *Ibidem*, p. 274.

⁴¹⁴ ABRAMOVICH, Víctor; COURTIS, Christian. **Los derechos como derechos exigibles**, p. 125-126.

⁴¹⁵ A exemplo do caso Câmara Nacional de Contencioso Administrativo Federal X Estado Argentino, em que o judiciário determinou a fabricação de vacinas contra a “febre hemorrágica argentina” pelo Poder Executivo. Cf. ABRAMOVICH, Víctor; COURTIS, Christian. *Op. cit.*, p. 146 e ss.

Assim, se um juiz especializado encontrar possibilidade de livre disposição por parte dos Poderes Públicos, nesta hipótese, mais do que falta de técnica jurídica, o seu problema será de falta de opção política pela garantia dos direitos de crianças e adolescentes, em favor dos quais o legislador constituinte criou o princípio da prioridade absoluta.

Abramovich e Courtis ainda destacam a possibilidade de o juiz não determinar condutas ao Poder Executivo, mas analisar as escolhas já feitas por este na satisfação de determinado direito social e, por meio de juízos razoáveis e adequados, estendê-las ou determiná-las para outros grupos. Nesse pensar:

Aunque el margen que tiene el Estado para adoptar decisiones es amplio, aspectos tales como la exclusión de ciertos grupos que requieren especial protección, la notoria deficiencia en la cobertura de necesidades mínimas definidas por el contenido del derecho o el empeoramiento de las condiciones de goce de un derecho son pasibles de control judicial en términos de razonabilidad o de estándares similares.⁴¹⁶

Em se tratando de direitos de crianças e adolescentes, é possível ocorrer que o próprio Poder Executivo já disponha de verbas especificamente destinadas e de políticas públicas já formuladas e implementadas para atender determinadas demandas, como é o caso do atendimento a usuários de substâncias entorpecentes. Nesse caso, sejam os usuários de substâncias entorpecentes pais ou filhos, o Estatuto prevê a obrigação do Estado de oferecer tratamento gratuito – artigos 101, VI e 129, II. Em rigor, muitos administradores públicos já oferecem essa espécie de prestação. Na hipótese, uma ação judicial que vise ao atendimento de uma ou mais situações de dependência dessas substâncias não irá adentrar no campo do “como fazer”, mas apenas determinará que os programas específicos já existentes atendam a demanda levada a juízo.

Segundo Abramovich e Courtis, é difícil encontrar situações em que o Estado descumpra totalmente os direitos sociais, econômicos e culturais. No que concerne aos serviços efetivamente executados pelo Estado, ainda que de forma parcial, a probabilidade de êxito de uma demanda judicial aumenta sobremaneira porque “[...] difícilmente pueda discutirse que la realización parcial o discriminatoria de una obligación positiva no resulte materia justiciable”.⁴¹⁷

⁴¹⁶ ABRAMOVICH, Víctor; COURTIS, Christian. **Los derechos como derechos exigibles**, p. 126. (Ainda que a margem que possui o Estado para adotar decisões, seja ampla, aspectos tais como a exclusão de certos grupos que requerem especial proteção, a notória deficiência na cobertura de necessidades mínimas definidas pelo conteúdo do direito e o agravamento das condições de gozo de um direito são passíveis de controle judicial em termos de razoabilidade ou de padrões similares) [Tradução nossa].

⁴¹⁷ Ibidem, p. 43. ([...] difícilmente pode discutir-se que a realização parcial ou discriminatória de uma obrigação positiva não resulte matéria justiciável.) [Tradução nossa].

Assim, o obstáculo da falta de especificação da conduta devida pode, aos poucos, ser superado no cotidiano da atividade do juiz garantista.

Quanto aos limites que o Poder Judiciário se impõe frente a questões políticas e técnicas, Abramovich e Courtis entendem que:

[...] cuando la reparación de una violación de derechos económicos, sociales y culturales importa una acción positiva del Estado que pone en juego recursos presupuestarios, o afecta de alguna manera el diseño o la ejecución de políticas públicas, o implica tomar una decisión acerca de que grupos o sectores sociales serán prioritariamente auxiliados o tutelados por el Estado, los jueces suelen considerar tales cuestiones como propias de la competencia de los órganos políticos del sistema.⁴¹⁸

Embora não se possa negar que há decisões próprias do Poder Executivo, mesmo em sede de direitos sociais fundamentais de crianças e adolescentes, também é necessário constatar que o Direito da Criança e do Adolescente, como se delineia atualmente deixa pouca margem à análise de oportunidade e conveniência da implementação de políticas sociais.

A condição de sujeito de direito atribuída a crianças e adolescentes, o rol de direitos sociais positivados com obrigações respectivas estipuladas e com destinatários apontados, a definição da prioridade absoluta e as diretrizes da municipalização do atendimento e de criação de Conselhos de Direitos, órgãos paritários, deliberativos e controladores das ações em todos os níveis restringem a discricionariedade neste campo. Mais especificamente, é nítida a redução da livre disposição orçamentária em função de direitos fundamentais – não apenas sociais –, assim como se torna mais acessível a verificação objetiva do cumprimento desta obrigação por parte do Estado.⁴¹⁹

A análise dessa margem de decisão, nos casos concretos, demanda muito cuidado, pois é aceitável juridicamente que a implementação de uma política social se manifeste de formas variadas, mas não que deixe de ocorrer ou que seja restringida. O juiz especializado da criança e do adolescente, ao seu turno, não pode deixar garantir secundariamente os direitos sociais desta população, quando provocado devidamente.

Uma análise sobre o conceito de normas programáticas permite compreender que não se pode atribuir esta condição às normas definidoras de direitos fundamentais sociais de crianças e adolescentes.

Para caracterizar as normas programáticas, Sarlet as identifica como normas de nível constitucional, dependentes de intervenção legislativa para a realização plena de seus efeitos:

⁴¹⁸ ABRAMOVICH, Víctor; COURTIS, Christian. **Los derechos como derechos exigibles**, p. 127.

⁴¹⁹ FERRAJOLI, Luigi.. **Derechos fundamentales**. In: _____. **Derechos y garantías**, p. 19-28.

Cuida-se, portanto, de normas que apresentam a característica comum de uma (em maior ou menor grau) baixa densidade normativa, ou, se preferirmos, uma normatividade insuficiente para alcançarem plena eficácia, porquanto se trata de normas que estabelecem programas, finalidades e imposições de maior ou menor concretude dirigidas ao legislador.⁴²⁰

Sarlet frisa que as normas programáticas também possuem algum grau de eficácia e aplicabilidade, como qualquer outra norma constitucional. E mais, por serem autênticos direitos fundamentais, funcionam como programas constitucionais que o Estado e a sociedade devem realizar. Em sede de normas constitucionais programáticas, o que varia é a intensidade da imposição: em algumas situações o constituinte confere maior liberdade para o legislador ordinário – artigo 215 da CRFB/88⁴²¹ – e em outras restringe este campo – artigo 7.º, XI^{422 423}.

Em rigor, há uma impropriedade em se caracterizar as normas definidoras de direitos fundamentais sociais de crianças e adolescentes, de base constitucional, mas exaustivamente regulamentadas pela ordem infraconstitucional, como programáticas. Ademais, o alto grau de normatividade foi extensamente demonstrado nos dois primeiros capítulos deste trabalho.

Todavia, em relação à linha que separa o que é técnico ou político, do que é jurídico e, portanto, passível do controle judicial, uma observação de Abramovich e Courtis leva à seguinte reflexão: nem todas as obrigações em face de direitos sociais são de natureza técnica ou política, eis que “[...] en muchos casos, el control judicial requerido se adecua a los parámetros de control habituales en materias comúnmente tratados por el Poder Judicial.”⁴²⁴. Quanto mais delimitada a discussão acerca desses temas, maior a possibilidade de êxito das demandas judiciais garantidoras.

A delimitação em tela, no que diz respeito à garantia dos direitos sociais da criança e do adolescente, está diretamente ligada à extensão do corpo probatório: a chave é identificar muito bem as situações violadoras reconhecidas pelo próprio Poder Executivo e que não são passíveis de discussões minimamente razoáveis. Para tanto, serão úteis as informações públicas constantes dos documentos produzidos pelos Conselhos Tutelar e de Direitos da Criança e do Adolescente. Conforme referido, são órgãos responsáveis

⁴²⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**, p. 265.

⁴²¹ Art. 215: “O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais”.

⁴²² Art. 7º: “São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: [...] XI - participação nos lucros, ou resultados, desvinculada da remuneração, e, excepcionalmente, participação na gestão da empresa, conforme definido em lei; [...]”.

⁴²³ SARLET, Ingo Wolfgang. Op. cit., p. 265.

⁴²⁴ ABRAMOVICH, Víctor; COURTIS, Christian. **Los derechos como derechos exigibles**, p. 129. ([...] em muitos casos, o controle judicial requerido se conforma aos parâmetros de controle habituais em matérias comumente tratadas pelo Poder Judiciário) [Tradução nossa].

indiretamente pela exigibilidade judicial, pois atuam antes desta fase, detectando as carências no campo da efetividade do sistema de garantias em tela. O Conselho Tutelar atende situações de violação ou ameaça aos direitos sociais, inclusive, trazendo à tona situações concretas de falta de oferta de serviço público ou oferta irregular. O Conselho de Direitos, ao exercer seu poder controlador, diagnostica o atendimento de direitos de uma cidade inteira – no caso dos Conselhos Municipais – e formaliza suas resoluções a partir destes dados. O fato de um administrador público não efetivar o que foi resolvido por esse órgão, no diálogo de representantes governamentais e não-governamentais, pode ensejar ação de responsabilização.

Os documentos produzidos por ambos Conselhos no desempenho de suas atividades, servirão como prova importante para a atividade do juiz garantista⁴²⁵.

Para Abramovich e Courtis, quanto maior a disponibilidade de informação pública, mais vulnerável estará o Estado às demandas judiciais de exigência direta de direitos sociais.⁴²⁶

Uma advertência feita por Lopes é a de que deve haver maior conhecimento acerca do que há de jurídico na elaboração e na implementação de políticas públicas. Conforme se depreende:

Uma política pública, juridicamente, é um complexo de decisões e normas de natureza variada. Para promover a educação ou a saúde o que deve fazer o Estado? Quais os limites constitucionais, quais as direções impostas pela Constituição? A falta de reflexão sobre o complexo de normas que aí se entrelaçam pode ser fonte de trágicos mal-entendidos.⁴²⁷

Para o autor o Estado não tem muitas opções em uma política de educação, de saúde ou de meio ambiente, por exemplo, vez que dependerá sempre de “[...] gastos públicos, de curto, médio e longo prazo e legislação disciplinadora das atividades inseridas em tais campos”.⁴²⁸

A legislação será: ou organizacional, do próprio serviço público, ou de promoção de serviços praticados por particulares, quando terá caráter de autorização, de fiscalização ou de coordenação das atividades estatais, privadas e todas entre si.

⁴²⁵ O Superior Tribunal de Justiça, no Recurso Especial n.º 93.811-SP, com maioria de votos acompanhando o voto da Ministra Relatora Eliana Calmon, já decidiu que o Município de Santos seria compelido a reativar programa de atendimento a crianças e adolescentes usuários de substâncias entorpecentes, além de incluir no orçamento municipal do ano seguinte verbas suficientes para atender ao referido programa. A decisão tomou como base a Resolução 4/97 do Conselho Municipal de Direitos da Criança e do Adolescente de Santos que atestava a inadequação e a insuficiência do programa já existente e foi utilizada pelo Ministério Público como prova da pertinência do pedido da Ação Civil Pública. Íntegra da decisão no Anexo C.

⁴²⁶ ABRAMOVICH, Víctor; COURTIS, Christian. **Los derechos como derechos exigibles**, p. 137.

⁴²⁷ LOPES, José Reinaldo Lima. Direito subjetivo e direitos sociais, p. 131.

⁴²⁸ Ibidem, p. 132.

Tais políticas se dividem em cinco espécies: políticas sociais, políticas sociais compensatórias, políticas de fomento, reformas de base e políticas de estabilização monetária.⁴²⁹ As duas primeiras espécies se referem aos direitos sociais prestacionais de crianças e adolescentes: as políticas sociais envolvem direitos como saúde e educação, e as políticas de cunho social compensatório compreendem assistência social e previdência.

As decisões judiciais de concretização compulsória dos direitos sociais devem levar em conta o tipo de ato normativo envolvido na elaboração e implementação de políticas públicas, pois:

Envolvem elaboração de leis programáticas, portanto de orçamentos de despesas e receitas públicas. Dependem de leis de direito privado ou público, como sejam as que definem planos diretores de cidades, zoneamentos, definição de áreas de preservação ambiental, códigos de variada espécie (como o Código de Defesa do Consumidor), reorganização de institutos do século XIX, tais como os contratos, que se transformam em contratos de massa, contratos-padrão, reorganização da propriedade, definindo-se novos conjuntos de coisas fora do comércio, não alienáveis, e assim por diante. [...] Para além disso, existem os atos concretos de execução de tais políticas, normalmente exercidos por órgãos administrativos centralizados e descentralizados (autarquias e empresas públicas), sem contar o poder de política, exercido por antecipação (na forma de autorizações e licenças) ou posteriormente (na forma de fiscalização).⁴³⁰

A atuação do Judiciário na formação de políticas públicas não é de todo estranha, visto ter sido importante instrumento de mudanças da política de previdência social brasileira, mediante os inúmeros provimentos dados em ações coletivas. Contudo, segundo Lopes, resta ver iniciativas menos particulares e mais sociais, “[...] como nas defesas de interesses difusos antes que de interesses individuais homogêneos, conforme se diz na moderna processualística”.⁴³¹

Entretantes, há a necessidade de se compreender o financiamento público por outra ótica, para que as políticas públicas sejam concebidas de acordo com uma ordem constitucional social. Na lição de Lopes:

Elas precisam estar inseridas no direito que o Estado recebeu de planejar não apenas suas contas, mas de planejar o desenvolvimento nacional, que inclui e exige a efetivação de condições de exercício dos direitos sociais pelos cidadãos brasileiros. Assim, o Estado não só deve planejar seu orçamento anual, mas também suas *despesas de capital e programas de duração continuada* (art. 165, p. 1.º). [grifos no original]⁴³²

⁴²⁹ LOPES, José Reinaldo Lima. Direito subjetivo e direitos sociais, p. 133.

⁴³⁰ Ibidem, p. 134.

⁴³¹ Ibidem, p. 136.

⁴³² Ibidem, p. 133.

Outros elementos importantes à atividade do juiz garantista no controle judicial relativamente ao que algumas análises desavisadas qualificam de questões técnicas ou políticas, são a gravidade e a irreversibilidade das lesões em análise, em função da natureza do bem jurídico tutelado, como é o caso da saúde, por exemplo:

En muchos de estos casos, las necesidades de tutela urgente – y las características de las acciones judiciales que se emplean para reclamar la protección judicial – postergan a aquellas objeciones basadas sobre la mayor exigencia probatoria o complejidad técnica de la cuestión. [...] Con ello resultan momentáneamente superadas algunas de las objeciones ‘políticas’ o ‘técnicas’ que plantearía un caso en el que, por no darse un supuesto de urgencia, los efectos de la mayor discrecionalidad estatal resultarían más difícilmente ponderables judicialmente.⁴³³

É cediço que as normas constitucionais são declarações de vontade do Estado. Essas declarações indicam a existência de direitos, além de assumirem o compromisso de ditar normas necessárias, bem como cumpri-las com a organização de serviços e de prestações ali previstas.

No que pertine aos instrumentos processuais adequados à tutela dos direitos sociais de crianças e adolescentes, o problema, em tese, residiria nas seguintes variáveis: legitimação ativa, tanto no início do processo, quanto em outras fases em que atores coletivos ou de grupos numerosos de vítimas ficam alijados de participação processual; satisfação urgente; e ampla dilação probatória, próprias dos direitos sociais; na dificuldade de execução das sentenças obtidas contra o Estado.⁴³⁴

Lopes ressalta⁴³⁵ a existência do instrumento processual das Ações Cíveis Públicas, além do Mandado de Injunção e da ampliação da legitimidade para propositura das Ações Diretas de Controle de Constitucionalidade. Para a garantia dos direitos fundamentais sociais da criança e do adolescente, a primeira tem maior relevância e suas características peculiares são os maiores facilitadores da garantia dos direitos sociais desta população. Por ora, cabe analisar cada um desses óbices, à luz do que já foi referido anteriormente sobre a Ação Cível Pública, com alguns merecidos aprofundamentos.

⁴³³ ABRAMOVICH, Víctor; COURTIS, Christian. **Los derechos como derechos exigibles**, p. 138. (Em muitos destes casos, a necessidade de tutela urgente – e as características das ações judiciais empregadas para reclamar a proteção judicial – postergam aquelas objeções baseadas sobre a maior exigência probatória ou complexidade técnica da questão. [...]. Com isso resultam momentaneamente superadas algumas objeções ‘políticas’ ou ‘técnicas’ que delinearíamos um caso no qual, por não se dar uma hipótese de urgência, os efeitos da maior discricionariedade estatal resultariam mais difícilmente ponderáveis judicialmente) [Tradução nossa].

⁴³⁴ Ibidem, p. 130.

⁴³⁵ LOPES, José Reinaldo Lima. Direito subjetivo e direitos sociais, p. 134.

Abramovich e Courtis reconhecem a evolução do direito processual brasileiro e comentam que:

En Brasil, el empleo de acciones tales como la denominada ‘acción civil pública’ en materia ambiental y del protección del consumidor se ha generalizado, habilitando la tutela judicial frente a tipos de ilícitos que, de otro modo, hubieran sido ejecutados impunemente.⁴³⁶

No Brasil, a legitimação ativa para propositura da ação, quando se trata da garantia de direitos sociais, seja de titularidade individual homogênea, coletiva ou difusa, foi reconhecida ao Ministério Público, tanto na CRFB/88, quanto na legislação infraconstitucional – Lei Orgânica do Ministério Público, Estatuto – como relatado anteriormente.

Uma vez excluída a titularidade individual homogênea, a legitimidade foi estendida para propositura da Ação Civil Pública em casos de direitos difusos ou coletivos à União, aos estados, aos municípios, ao Distrito Federal e aos territórios; assim como às associações legalmente constituídas há pelo menos um ano e que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses e direitos coletivos ou difusos em relação os quais forem demandar, dispensada a autorização da assembleia, se houver prévia autorização estatutária.

A dificuldade encontrada por Abramovich e Courtis tende a ser reduzida na dinâmica do sistema de garantias de direitos sociais de crianças e adolescentes brasileiros e isto se verifica pela análise da autorização do manejo da Ação Civil Pública pela sociedade organizada em torno da defesa dos interesses em foco. A participação popular está assegurada, embora nada impeça que os procedimentos da referida ação sejam revisados com vistas ao aumento da possibilidade de intervenção democrática.

Quanto à associação entre ampla dilação probatória e urgência da tutela, a Ação Civil Pública é instrumento idôneo para sua satisfação. Sua finalidade está especificada no artigo 1º da Lei 7.347/85, como segue:

Art. 1º Regem-se pelas disposições desta Lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados:

I - ao meio-ambiente;

II - ao consumidor;

III – à ordem urbanística;

IV – a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico;

V - a qualquer outro interesse difuso ou coletivo.

VI - por infração da ordem econômica.

⁴³⁶ ABRAMOVICH, Víctor; COURTIS, Christian. **Los derechos como derechos exigibles**, p. 130. (No Brasil, o emprego de ações tais como a “ação civil pública” em matéria ambiental e de proteção do consumidor se tem generalizado, habilitando a tutela judicial frente a tipos de ilícitos que, de outro modo, seriam executados impunemente) [Tradução nossa].

Parágrafo único. Não será cabível ação civil pública para veicular pretensões que envolvam tributos, contribuições previdenciárias, o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS ou outros fundos de natureza institucional cujos beneficiários podem ser individualmente determinados. [sem grifos no original]⁴³⁷

Para intentar, com maior celeridade, a garantia de direitos sociais, poderá ser ajuizada Ação Cautelar, nos termos do artigo 4.º, da Lei da Ação Civil Pública, em perfeita consonância com a dimensão protetiva do Estatuto, que, como visto, adotou os padrões exatos da referida lei no que concerne à dedução judicial dos interesses de crianças e adolescentes.

Ainda assim, está garantido o espaço do contraditório e da ampla defesa, necessário aos procedimentos em que o objeto é, ou uma condenação em dinheiro ou um cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, nos termos do artigo 3.º, da Lei da Ação Civil Pública.

Lopes aponta os direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, dedutíveis judicialmente por meio da ação em análise, como uma resposta à patente diferença entre direitos sociais e direitos individuais. O que não quer dizer que sua dedução judicial não possa ocorrer, em algumas circunstâncias, como ocorre com a dos direitos subjetivos de outras espécies.⁴³⁸

Contudo:

[...], de regra, dependem para sua eficácia, de atuação do Executivo e do Legislativo por terem o caráter da generalidade e da publicidade. Assim é o caso da *educação pública*, da *saúde pública*, dos serviços de *segurança e justiça*, direito a um *meio ambiente sadio*, ao *lazer*, à *assistência* aos desamparados, à *previdência social*, e outros [...]. [grifos no original]⁴³⁹

A partir dessa análise pode-se inferir que o problema da exigibilidade judicial dos direitos sociais deriva de uma teoria deslocada, que ainda repousa suas bases e seus elementos mais importantes na dogmática do século XIX.

Sobre a dificuldade de execução de sentença contra a Administração Pública, saliente-se as peculiaridades da Ação Civil Pública.

Nas ações que tenham por objeto o cumprimento de obrigações de fazer ou de não fazer, a teor do artigo 11 da Lei nº. 747/85, “[...] o juiz determinará o cumprimento da prestação da atividade devida ou a cessação da atividade nociva, sob pena de execução específica, ou de cominação de multa diária, se esta for suficiente ou compatível,

⁴³⁷ BRASIL. **Lei da ação civil pública**. Lei nº. 7.347, promulgada em: 24 jul. de 1985, publicada em: 25 de jul. de 1985. Não paginado. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/LEIS/L7347orig.html>>. Acesso em: 25 fev. 2007.

⁴³⁸ LOPES, José Reinaldo Lima. Direito subjetivo e direitos sociais, p. 129.

⁴³⁹ Idem.

independentemente de requerimento do autor”. A propósito, a possibilidade de cominação de multa aumenta o grau de coerção da sentença.

É bom frisar que as ações civis relativas aos direitos da criança e do adolescente não serão apenas manejadas contra o Poder Executivo, pois é possível que se verifique lesão a outros direitos de crianças e adolescentes, como os trabalhistas, por exemplo, por parte de empresas ou pessoas físicas⁴⁴⁰. Contudo, o juízo demandado não será o da Vara da Infância e da Juventude, como já mencionado.

Nesse contexto, a possibilidade de recurso da medida liminar prevista e a exigibilidade da multa apenas após o trânsito em julgado da sentença definitiva são garantias processuais mantidas pela Lei nº. 7.347/85, dada a complexidade do pedido. É o que se depreende do seguinte dispositivo:

Art. 12. Poderá o juiz conceder mandado liminar, com ou sem justificação prévia, em decisão sujeita a agravo.

§ 1º A requerimento de pessoa jurídica de direito público interessada, e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia pública, poderá o Presidente do Tribunal a que competir o conhecimento do respectivo recurso suspender a execução da liminar, em decisão fundamentada, da qual caberá agravo para uma das turmas julgadoras, no prazo de 5 (cinco) dias a partir da publicação do ato.

§ 2º A multa cominada liminarmente só será exigível do réu após o trânsito em julgado da decisão favorável ao autor, mas será devida desde o dia em que se houver configurado o descumprimento.⁴⁴¹

É possível incorrer em grave erro ao determinar genericamente que a exigibilidade judicial dos direitos sociais esbarra no óbice da dificuldade de executar as sentenças em Ações Civis Públicas. Na interpretação de Abramovich e Courtis:

Si obtener una sentencia patrimonial contra el Estado careciera de sentido, no existiría ningún incentivo económico para representar jurídicamente os contratistas o proveedores del Estado, o a concesionarios privados de servicios públicos. Es obvio que la experiencia lleva a concluir exactamente lo contrario: el ejercicio de la abogacía en el campo de los contratos administrativos y de las relaciones del Estado con las empresas privadas concesionarias de servicios públicos ha resultado uno de los nichos profesionales más lucrativos y disputados en la América Latina y en general en aquellos países del mundo que han experimentado la ola privatizadora.⁴⁴²

⁴⁴⁰ VERONESE, Josiane Rose Petry. **Interesses difusos e direitos da criança e do adolescente**, p. 127.

⁴⁴¹ BRASIL. **Lei da ação civil pública**. Lei nº. 7.347, promulgada em: 24 jul. de 1985, publicada em: 25 de jul. de 1985. Não paginado. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/LEIS/L7347orig.html>>. Acesso em: 25 fev. 2007.

⁴⁴² ABRAMOVICH, Víctor; COURTIS, Christian. **Los derechos sociales como derechos exigibles**, p. 136. (Se obter uma sentença patrimonial contra o Estado carecesse de sentido, não existiria nenhum incentivo econômico para representar juridicamente os contratantes ou fornecedores do Estado, ou os concessionários privados de serviços públicos. É óbvio que a experiência leva a concluir exatamente o contrário: o exercício da advocacia no campo dos contratos administrativos e das relações do Estado com as empresas privadas concessionárias de serviços públicos tem sido um dos nichos profissionais mais lucrativos e disputados da

Mesmo os casos em que as decisões judiciais sejam carecedoras de aplicabilidade em função da necessidade de previsão orçamentária e que se restrinjam à declaração de mora por parte do Poder Executivo, podem funcionar como espécies de canais entre a sociedade e o Estado; canais alternativos aos tradicionais *lobbies* ou demandas político-partidárias⁴⁴³.

Há um último óbice que se pode caracterizar de cultural, na exigibilidade judicial dos direitos sociais e que não está excluído dos direitos sociais de crianças e de adolescentes: a escassa tradição de controle judicial na matéria.

Apesar da existência de positivação constitucional de direitos como educação, saúde e moradia, entre outros, concepções conservadoras sobre o papel dos juízes e sobre a separação dos poderes têm ocasionado uma prática tímida de provocação judicial para a garantia destes direitos e um menosprezo pelas normas que os definem⁴⁴⁴.

Abramovich e Courtis⁴⁴⁵ entendem que, mesmo sendo uma tradição, a ausência de controle judicial – seja por falta de confiança no Poder Judiciário, seja por falta de percepção das questões como jurídicas – não é insuperável, visto que se trata de um conjunto de atitudes e crenças contingentes, passível de ser alterado por meio de precedentes jurisprudenciais a forçar a mudança de atitude dos tribunais e a visibilidade das questões envolvidas.

Referindo-se ao Estatuto e às alterações que trazidas ao Direito da Criança e do Adolescente, Veronese afirma que: “A Lei n.º 8.069/90 exige da sociedade como um todo, e dos juristas comprometidos e engajados com o tema, em particular, uma nova postura, um novo agir na defesa dos direitos da criança e do adolescente”⁴⁴⁶.

É certo que a falta de controle judicial obstaculiza a concretização dos direitos sociais de crianças e adolescentes. Todavia, o direito da criança e do adolescente em vigor no Brasil concorre para este controle, nas formas aqui demonstradas. O que está em jogo, no momento, é a alteração das práticas, o que se fará a partir das instituições jurídico-políticas e da sociedade organizada.

América Latina e em geral naqueles países do mundo que têm experimentado a onda privatizadora) [Tradução nossa].

⁴⁴³ ABRAMOVICH, Víctor; COURTIS, Christian. **Los derechos sociales como derechos exigibles**, p. 44.

⁴⁴⁴ *Ibidem*, p. 131.

⁴⁴⁵ *Idem*.

⁴⁴⁶ VERONESE, Josiane Rose Petry. **Interesses difusos e direitos da criança e do adolescente**, p. 95.

CONCLUSÃO

Em conclusão ao presente estudo investigativo, é possível afirmar que o universo jurídico brasileiro, representado principalmente pela Constituição da República Federativa do Brasil e pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, sem prejuízo das normas internacionais especiais e das normas infraconstitucionais de cunho social, conta com um verdadeiro sistema de garantias de direitos sociais da crianças e do adolescente, ressalvado o fato de que o referido sistema não é hermético, tampouco auto-suficiente, mas de um conjunto de vínculos e obrigações que concorre para a concretização dos direitos sociais foco da análise.

É certo, também, que se está diante de um sistema relativamente novo, pois, como se percebeu, à incorporação de direitos sociais às Constituições, desde o início do século XX, não se seguiu a positivação e a teorização acerca de suas garantias, ao menos não nos moldes do que ocorreu com os direitos de liberdade que, por sua vez, marcaram o surgimento do Estado de Direito.

O desafio de garantia é inegável, mas não se pode deixar de reforçar o fato de que o ordenamento jurídico brasileiro, no que diz respeito aos direitos sociais em geral, e em relação aos direitos sociais, cujos titulares são crianças e adolescentes, em especial, apresenta um grau consideravelmente alto de garantismo.

Esse desafio apresenta uma dimensão teórica e uma dimensão prática. No campo teórico, o presente trabalho procurou dar sua contribuição, mesmo dentro dos limites de uma investigação que se aventurou efetivar: a incorporação dos direitos sociais ao Direito da Criança e do Adolescente se verifica, objetivamente; o alto nível de especificação do conteúdo dos direitos sociais desta população e das obrigações decorrentes das normas definidoras implicam a impossibilidade de serem consideradas normas programáticas. Mais ainda, a existência de um sistema composto de instituições com funções não-jurisdicional e jurisdicional reforça o potencial de cumprimento de obrigações, tanto em primeiro plano, como em sede de coerção.

Além das possibilidades afirmadas pelo direito positivo, a criatividade e as lições retiradas das observações dos diversos teóricos aqui apontados, fornecem pistas para o caminho, ainda a ser trilhado, da superação dos denominados obstáculos à exigibilidade dos direitos sociais.

Se em qualquer ordenamento jurídico, tais direitos possuem exigibilidade judicial inegável, em função do novo constitucionalismo – dentro do qual se situa o garantismo jurídico de Ferrajoli -, no ordenamento pátrio e em relação às crianças e adolescentes esta possibilidade de coerção é ainda mais patente.

Todos os elementos da doutrina da proteção integral, manuseados a partir das ferramentas teóricas garantistas, concorrem para a efetivação dos direitos sociais das crianças e dos adolescentes.

A doutrina acolhida pelo Estatuto afirma a integralidade e a peculiaridade do sujeito criança/adolescente, além de sua condição de sujeito de direitos fundamentais sociais com prioridade absoluta. O referido diploma legal, instrumento de garantias, também conta com avançado grau de especificação desses direitos e da conduta devida pelos poderes públicos em face dos mesmos, como garantias primárias.

A mesma especificação ocorre em relação às garantias secundárias: a Carta Magna e o Estatuto estipulam instrumentos processuais e instituições aptos à coerção para a concretização dos direitos sociais desta parcela da população.

A teoria geral do garantismo, seja como modelo de Estado, seja como teoria jurídica, oferece instrumentos para a elevação do grau de garantismo do sistema em seus níveis inferiores: parte do pressuposto da centralidade da pessoa para reafirmar a instrumentalidade dos Poderes Públicos, sobreleva a legalidade material a fim de projetar luzes sobre a necessidade imperiosa de ver concretizados os direitos fundamentais sociais – além dos de liberdade, sem o que não há como se legitimar o Estado e o Direito.

Referida teoria rejeita a democracia formal como caminho único para a organização da sociedade e do Estado, ao fazê-la ser acompanhada pela noção de democracia substancial no sentido do acesso concreto dos cidadãos aos direitos fundamentais de tradição social, inclusive.

A dissociação entre direitos e suas garantias pugna pelo reconhecimento de que a todo direito fundamental social afirmado para crianças e adolescentes – com o *plus* do princípio da prioridade absoluta – corresponde um dever do legislador e do administrador público de estipular e de concretizar garantias.

A distinção entre vigência, validade e efetividade lança ao juiz especializado da criança e do adolescente o desafio de controlar a constitucionalidade material, tendo em conta a inadequação de se qualificarem de programáticas normas com alto grau de especificação constitucional e infraconstitucional.

Na dimensão prática do desafio está a necessidade de se manter presente o endereço histórico e social dessas demandas: são demandas de quem não decide, ou por pertencer a classes economicamente limitadas ou, simplesmente, por constituir um grupo tido como de “meio-cidadãos”. São direitos contrariados pelos chamados “ventos neoliberais”: não serão garantidos sem muita sofisticação teórico-jurídica, além de uma certa opção política.

O que ocorre é que, além do valor humanista presente na discussão que apenas inicia, a própria legitimidade do Estado e do Direito estão em foco. O que se pode esperar de um Estado que já não se sabe mais soberano, pois não decide efetivamente pelos compromissos assumidos constitucionalmente? O que dizer de um Direito que, nas práticas de seus tribunais, resiste em assumir os valores constitucionais plasmados nas lutas sociais do período pós-78 até as últimas conseqüências?

O Estado brasileiro não é mais um Estado liberal, mas não logra êxito em configurar-se, em suas práticas efetivas, como social. O Direito pátrio não é mais apenas a Lei, mas não escolhe, definitivamente, a Constituição invasora.

O problema não é apenas de dívida com aqueles que esperam a efetiva proteção de seus direitos legítimos – se é que isto é pouco -, é com a própria promessa fundante do Estado brasileiro contemporâneo, em suas bases mais democráticas e participativas. O problema é de crise de identidade, não só da sociedade, mas dos Poderes Públicos, que nela se legitimam.

Finalmente, estudos que permanecem em aberto e a provocar aprofundamento a partir do que aqui se pesquisou correspondem à descrição de todo o sistema de garantias criado pela Constituição da República Federativa do Brasil e pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, sem prejuízo do restante do ordenamento jurídico pátrio. Esses estudos podem ter como foco tanto os direitos de liberdade como os sociais e, ainda, todos os atores jurídicos e políticos responsáveis pela garantia da condição de cidadãos de crianças e adolescentes.

REFERÊNCIAS

ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. **Los derechos sociales como derechos exigibles**. 2. ed. Madri: Trotta, 2004.

ALMEIDA, Luciano Mendes de. Artigo 1º. In: CURY, Munir (coord.). **Estatuto da Criança e do Adolescente comentado**: comentários jurídicos e sociais. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 17.

AMARAL e SILVA, Antônio Fernando do. **O Estatuto, o novo Direito da Criança e do Adolescente e a Justiça da Infância e da Juventude**. Florianópolis: Tribunal de Justiça de Santa Catarina, 1996.

_____. Artigo 1º. In: CURY, Munir (coord.) **Estatuto da Criança e do Adolescente comentado**: comentários jurídicos e sociais. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 15-16.

_____. Artigo 145. In: CURY, Munir (coord.). **Estatuto da Criança e do Adolescente comentado**: comentários jurídicos e sociais. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 484.

ANDRADE, Vera Regina Pereira, **Cidadania**: do direito aos direitos humanos. São Paulo: Acadêmica, 1993.

_____. **Sistema Penal Máximo X Cidadania Mínima**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

_____. **Teoria da norma jurídica**. Tradução de Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. 3 ed. rev. Bauru, SP: EDIPRO, 2005.

_____. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. Trad. de Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. 9. ed. Brasília: UnB, 1997.

BRASIL. **Código Civil**. Lei nº. 3.071, de 1º de janeiro de 1916. Adendo especial: Novo Código Civil. 53. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

BRASIL. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Lei Federal nº. 8.069, de 13 de julho de 1990. Brasília: MEC, ACS, 2005.

BRASIL. **Lei de diretrizes e bases da educação**. Lei 9.394, promulgada em de 20 de dezembro de 1996, publicada em 23 de dezembro de 1996. Não paginado. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/Leis/L9394.htm>> . Acesso em: 25 fev. 2007.

BRASIL. **Lei da ação civil pública**. Lei nº. 7.347, promulgada em: 24 jul. de 1985, publicada em: 25 de jul. de 1985. Não paginado. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/LEIS/L7347orig.html>>. Acesso em: 25 fev. 2007.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.º 493.811-SP. 2ª Turma. Recorrente: Ministério Público do Estado de São Paulo. Recorrido: Município de Santos. Relatora: Ministra Eliana Calmom. Brasília (DF), julgado em: 11.11.2003, publicado em: 15/03/2004. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br/SCON/jurisprudencia>>. Acesso em: 15 fev. 2007.

CABO, Antonio de; PISARELLO, Gerardo. Prólogo: Ferrajoli y el debate sobre los derechos fundamentales. In: FERRAJOLI, Luigi. **Los fundamentos de los derechos fundamentales**, 2001, p. 9-17.

CADEMARTORI, Sérgio. **Estado de Direito e Legitimidade**: uma abordagem garantista. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

CARBONELL, Miguel. Prólogo: nuevos tiempos para el constitucionalismo. In: _____ (ed.). **Neoconstitucionalismo(s)**. Madri: Trotta, 2003, p. 9-12.

CONANDA. CONSELHO NACIONAL DOS DIREITOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. Resolução 113 de 19 de abril de 2006. Disponível em: <www.mp.rs.gov.br/infancia/legislacaoc/id2410.htm-48k->. Acesso em: 15 de fev. 2007.

DALLARI, Dalmo de Abreu. Artigo 4º. In: CURY, Munir (coord.). **Estatuto da Criança e do Adolescente comentado**: comentários jurídicos e sociais. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 37-44.

FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y Razón**: teoría del garantismo penal. Madri: Trotta, 2000.

_____. O Direito como sistema de garantias. In: OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebíades de (org.). **O novo em direito e política**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 89-109.

_____. Derechos Fundamentales. In: _____. **Derechos y Garantías**: la ley del más débil. Madri: Trotta, 2001, p. 37-72.

_____. _____. In: _____. **Los Fundamentos de los derechos fundamentales**: debate con Luca Baccell, Michelangelo Bovero, Riccardo Guastini, Mario Jori, Anna Pintore, Ermanno Vitale, Danilo Zolo. Madri: Trotta, 2001, p. 19-56.

_____. Los derechos fundamentales en la teoría del derecho. In: _____. **Los Fundamentos de los derechos fundamentales**: debate con Luca Baccell, Michelangelo Bovero, Riccardo

Guastini, Mario Jori, Anna Pintore, Ermanno Vitale, Danilo Zolo. Madri: Trotta, 2001, p. 139-196.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Artigo 212. In: CURY, Munir (coord.). **Estatuto da Criança e do Adolescente comentado**: comentários jurídicos e sociais. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 710-712.

GRÜNSPUN, Haim. Artigo 13. In: CURY, Munir (coord.). **Estatuto da Criança e do Adolescente comentado**: comentários jurídicos e sociais. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 69-71.

IAMAMOTO, Marilda. **Relações sociais e serviço social**. São Paulo: Cortez, 1982.

JANSSEN, Adrianus Martinus; JANSSEN, Helena Sílvia; INDLEKOFER, Rafael. Artigo 136. In: CURY, Munir (coord.). **Estatuto da Criança e do Adolescente comentado**: comentários jurídicos e sociais. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, p. 461-462.

KELSEN, Hans. **Teoria geral do Direito e do Estado**. Tradução de Luís Carlos Borges. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

_____. **Teoria Pura do Direito**. 6. ed.. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KUHN, Thomas. **A estrutura das revoluções científicas**. São Paulo: Perspectiva, 2003.

LA MORA, Luís de. Artigo 86. In: CURY, Munir (coord.). **Estatuto da Criança e do Adolescente comentado**: comentários jurídicos e sociais. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 277-278.

LIBERATI, Wilson Donizete. **Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente**. 8. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2004.

LOPES, José Reinaldo Lima. Direito subjetivo e direitos sociais: o dilema do judiciário no estado social de direito. In: FARIA, José Eduardo (org.). **Direito humanos, direitos sociais e justiça**. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 113-143.

MARQUES, Márcio Thadeu Silva. Melhor Interesse da Criança: do subjetivismo ao garantismo. In: PEREIRA, Tânia da Silva (org.). **O melhor interesse da criança**: um debate interdisciplinar. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2000, p. 467-493.

MAZZILI, Hugo Nigro. Artigo 201. In: CURY, Munir (coord.). **Estatuto da Criança e do Adolescente comentado**: comentários jurídicos e sociais. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 659-684.

MONTEIRO FILHO, Lauro. Artigo 12. In: CURY, Munir (coord.). **Estatuto da Criança e do Adolescente comentado**: comentários jurídicos e sociais. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 67-69.

MORAIS, José Luiz Bolzan de. **Do direito social aos interesses transindividuais**: o Estado e o Direito na ordem contemporânea. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996.

MOREIRA, Sueli Roriz. Artigo 9º. In: CURY, Munir (coord.). **Estatuto da Criança e do Adolescente comentado**: comentários jurídicos e sociais. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 60-61.

_____. Artigo 10. In: CURY, Munir (coord.). **Estatuto da Criança e do Adolescente comentado**: comentários jurídicos e sociais. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 63-64.

NETTO, Samuel Pfromm. Artigo 2º. In: CURY, Munir (coord.). **Estatuto da Criança e do Adolescente comentado**: comentários jurídicos e sociais. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 19-20.

ONU. ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Assembléia Geral de 16 de dezembro de 1966. Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC). Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/Internet/comissao/index/perm/cdh/Pidesc>>. Acesso em: 09 fev. 2007.

PAULA, Paulo Afonso Garrido de. **Menores, direito e justiça**: apontamentos para um novo direito das crianças e dos adolescentes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.

PEREIRA, Tânia da Silva. O melhor interesse da criança. In: _____ (org). **O melhor interesse da criança**: um debate interdisciplinar. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2000, p. 1-100.

PIAZZA, Pe. Clodoveo. Artigo 87. In: CURY, Munir (coord.). **Estatuto da Criança e do Adolescente comentado**: comentários jurídicos e sociais. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 282-285.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 7. ed. rev., ampl. e atualiz.. São Paulo: Saraiva, 2006.

RIZZINI, Irmã; PILOTTI, Francisco. **A arte de governar crianças**: a história das políticas sociais, da legislação e da assistência à infância no Brasil. Rio de Janeiro: Instituto Interamericano *Del Niño*, Universidade Santa Úrsula, Amais, 1995.

ROSA, Alexandre Moraes da. **Direito infracional: garantismo, psicanálise e movimento antiterror**. Florianópolis: Habitus, 2005, p. 15, por exemplo

ROSA, Alexandre Morais da. **Garantismo Jurídico e controle de constitucionalidade material**. Florianópolis: Habitus: 2002, p. 72.

RIZZINI, Irma. A assistência à infância na passagem para o século XX – da repressão à reeducação. **Revista Fórum Educacional**, n. 2, 1990 e PRIORI, Mary del (org.). **História das crianças no Brasil**. São Paulo: Contexto, 1999.

PRIETO SANCHÍS, Luis. **Ley, Principio, Derechos**. Madri: Dykinson, 1998.

SANTA CATARINA. Comarca de Joinville. Juízo da Infância e da Juventude. Juiz: Alexandre Morais da Rosa. Ação Civil Pública. Autos n.º 038.03.008229-0. Autor: Ministério Público do Estado de Santa Catarina. Réu: Município de Joinville. Disponível em: <<http://conjur.estadao.com.br/static/text/26546,1>>. Acesso em: 15 fev. 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

SÊDA, Edson. Artigo 86. In: CURY, Munir (coord.). **Estatuto da Criança e do Adolescente comentado**: comentários jurídicos e sociais. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 276.

_____. Artigo 87. In: CURY, Munir (coord.). **Estatuto da Criança e do Adolescente comentado**: comentários jurídicos e sociais. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 278-282.

_____. Artigo 88. In: CURY, Munir (coord.). **Estatuto da Criança e do Adolescente comentado**: comentários jurídicos e sociais. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 285-291.

SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 19. ed. rev. e atualiz. São Paulo: Malheiros, 2001.

SOLARI, Ubaldino Calvento. Artigo 2º. In: CURY, Munir (coord.), **Estatuto da Criança e do Adolescente comentado**: comentários jurídicos e sociais. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 18-19.

VASCONCELOS, Ana Maria. **A prática do serviço social**. São Paulo: Cortez, 2002.

VERCELONE, Paolo. Artigo 3º. In: CURY, Munir (coord.). **Estatuto da criança e do adolescente comentado**: comentários jurídicos e sociais. 6. ed. rev. ampl. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 32-35.

VERONESE, Josiane Rose Petry. Humanismo e infância: a superação do paradigma da negação do sujeito. In: MEZZARROBA, Orides (org.). **Humanismo latino e Estado no Brasil**. Florianópolis: Fundação Boiteux, Fondazione Cassamarca, 2003, p. 421-452.

_____. **Interesses difusos e direitos da criança e do adolescente**. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

_____. **Os direitos da criança e do adolescente**. São Paulo: LTr, 1999.

_____. LUZ, Valdemar P. da (coord.). **Direito da Criança e do Adolescente**. Florianópolis: OAB/SC, 2006, p. 68. (Resumos Jurídicos)

WOLKMER, Antônio Carlos. **Constitucionalismo e direitos sociais no Brasil**. São Paulo: Acadêmica, 1989.

ZAFARONI, Raul, artigo 206. In: CURY, Munir (coord.). **Estatuto da Criança e do Adolescente comentado**: comentários jurídicos e sociais. 6 ed. rev. e amp. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 694-696.

ANEXO A

Resolução 113 de 19 de abril de 2006 do Conselho Nacional de Direitos da Criança e do Adolescente

CONSELHO NACIONAL DOS DIREITOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

RESOLUÇÃO N o 113, DE 19 DE ABRIL DE 2006.

Dispõe sobre os parâmetros para a institucionalização e fortalecimento do Sistema de Garantia dos Direitos da Criança e do Adolescente:

O O PRESIDENTE DO CONSELHO NACIONAL DOS DIREITOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE -CONANDA , no uso das atribuições legais estabelecidas na Lei n.º 8.242, de 12 de outubro de 1991 e no Decreto n° 5.089 de 20 de maio de 2004, em cumprimento ao que estabelecem o art. 227 caput e § 7º da Constituição Federal e os artigos 88, incisos II e III, 90, parágrafo único, 91, 139, 260, §2º e 261, parágrafo único, do Estatuto da Criança e do Adolescente - Lei Federal n° 8.069/90, e a deliberação do Conanda, na Assembléia Ordinária n.º 137, realizada nos dias 08 e 09 de março de 2006, resolve aprovar os seguintes parâmetros para a institucionalização e fortalecimento do Sistema de Garantia dos Direitos da Criança e do Adolescente:

CAPÍTULO I - DA CONFIGURAÇÃO DO SISTEMA DE GARANTIA DOS DIREITOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

Art. 1º O Sistema de Garantia dos Direitos da Criança e do Adolescente constitui-se na articulação e integração das instâncias públicas governamentais e da sociedade civil, na aplicação de instrumentos normativos e no funcionamento dos mecanismos de promoção, defesa e controle para a efetivação dos direitos humanos da criança e do adolescente, nos níveis Federal, Estadual, Distrital e Municipal.

§ 1º Esse Sistema articular-se-á com todos os sistemas nacionais de operacionalização de políticas públicas, especialmente nas áreas da saúde, educação, assistência social, trabalho, segurança pública, planejamento, orçamentária, relações exteriores e promoção da igualdade e valorização da diversidade.

§ 2º Igualmente, articular-se-á, na forma das normas nacionais e internacionais, com os sistemas congêneres de promoção, defesa e controle da efetivação dos direitos humanos, de nível interamericano e internacional, buscando assistência técnico-financeira e respaldo político, junto às agências e organismos que desenvolvem seus programas no país.

Art. 2º Compete ao Sistema de Garantia dos Direitos da Criança e do Adolescente promover, defender e controlar a efetivação dos direitos civis, políticos, econômicos, sociais, culturais, coletivos e difusos, em sua integralidade, em favor de todas as crianças e adolescentes, de modo que sejam reconhecidos e respeitados como sujeitos de direitos e pessoas em condição peculiar de desenvolvimento; colocando-os a salvo de ameaças e violações a quaisquer de seus direitos, além de garantir a apuração e reparação dessas ameaças e violações.

§ 1º O Sistema procurará enfrentar os atuais níveis de desigualdades e iniquidades, que se manifestam nas discriminações, explorações e violências, baseadas em razões de classe social, gênero, raça/etnia, orientação sexual, deficiência e localidade geográfica, que dificultam significativamente a realização plena dos direitos humanos de crianças e adolescentes, consagrados nos instrumentos normativos nacionais e internacionais, próprios.

§ 2º Este Sistema fomentará a integração do princípio do interesse superior da criança e do adolescente nos processos de elaboração e execução de atos legislativos, políticas, programas e ações públicas, bem como nas decisões judiciais e administrativas que afetem crianças e adolescentes.

§ 3º Este Sistema promoverá estudos e pesquisas, processos de formação de recursos humanos dirigidos aos operadores dele próprio, assim como a mobilização do público em geral sobre a efetivação do princípio da prevalência do melhor interesse da criança e do adolescente.

§ 4º O Sistema procurará assegurar que as opiniões das crianças e dos adolescentes sejam levadas em devida consideração, em todos os processos que lhes digam respeito.

Art. 3º A garantia dos direitos de crianças e adolescentes se fará através das seguintes linhas estratégicas:

I efetivação dos instrumentos normativos próprios, especialmente da Constituição Federal, da Convenção sobre os Direitos da Criança e do Estatuto da Criança e do Adolescente;

II implementação e fortalecimento das instâncias públicas responsáveis por esse fim; e

III facilitação do acesso aos mecanismos de garantia de direitos, definidos em lei.

CAPÍTULO II - DOS INSTRUMENTOS NORMATIVOS DE GARANTIA DOS DIREITOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

Art. 4º Consideram-se instrumentos normativos de promoção, defesa e controle da efetivação dos direitos humanos da criança e do adolescente, para os efeitos desta Resolução:

I Constituição Federal, com destaque para os artigos, 5º, 6º, 7º, 24 - XV, 226, 204, 227 e 228;

II Tratados internacionais e interamericanos, referentes à promoção e proteção de direitos humanos, ratificados pelo Brasil, enquanto normas constitucionais, nos termos da Emenda nº 45 da Constituição Federal, com especial atenção para a Convenção sobre os Direitos da Criança e do Adolescente;

III Normas internacionais não-convencionais, aprovadas como Resoluções da Assembléia Geral das Nações Unidas, a respeito da matéria;

IV Lei Federal nº 8.069 (Estatuto da Criança e do Adolescente), de 13 de julho de 1990;

V Leis federais, estaduais e municipais de proteção da infância e da adolescência;

VI Leis orgânicas referentes a determinadas políticas sociais, especialmente as da assistência social, da educação e da saúde;

VII Decretos que regulamentem as leis indicadas;

VIII Instruções normativas dos Tribunais de Contas e de outros órgãos de controle e fiscalização (Receita Federal, por exemplo);

IX Resoluções e outros atos normativos dos conselhos dos direitos da criança e do adolescente, nos três níveis de governo, que estabeleçam principalmente parâmetros, como normas operacionais básicas, para regular o funcionamento do Sistema e para especificamente formular a política de promoção dos direitos humanos da criança e do adolescente, controlando as ações públicas decorrentes; e

X Resoluções e outros atos normativos dos conselhos setoriais nos três níveis de governo, que estabeleçam principalmente parâmetros, como normas operacionais básicas, para regular o funcionamento dos seus respectivos sistemas.

CAPÍTULO III -DAS INSTÂNCIAS PÚBLICAS DE GARANTIA DOS DIREITOS HUMANOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

Art. 5º Os órgãos públicos e as organizações da sociedade civil, que integram esse Sistema, deverão exercer suas funções, em rede, a partir de três eixos estratégicos de ação:

I defesa dos direitos humanos;

II promoção dos direitos humanos; e

III controle da efetivação dos direitos humanos.

Parágrafo único. Os órgãos públicos e as organizações da sociedade civil que integram o Sistema podem exercer funções em mais de um eixo.

CAPÍTULO IV - DA DEFESA DOS DIREITOS HUMANOS

Art. 6º O eixo da defesa dos direitos humanos de crianças e adolescentes caracteriza-se pela garantia do acesso à justiça, ou seja, pelo recurso às instâncias públicas e mecanismos jurídicos de proteção legal dos direitos humanos, gerais e especiais, da infância e da adolescência, para assegurar a impositividade deles e sua exigibilidade, em concreto.

Art. 7º Neste eixo, situa-se a atuação dos seguintes órgãos públicos:

I judiciais, especialmente as varas da infância e da juventude e suas equipes multiprofissionais, as varas criminais especializadas, os tribunais do júri, as comissões judiciais de adoção, os tribunais de justiça, as corregedorias gerais de Justiça;

II público-ministeriais, especialmente as promotorias de justiça, os centros de apoio operacional, as procuradorias de justiça, as procuradorias gerais de justiça, as corregedorias gerais do Ministério Público;

III defensorias públicas, serviços de assessoramento jurídico e assistência judiciária;

IV advocacia geral da união e as procuradorias gerais dos estados

V polícia civil judiciária, inclusive a polícia técnica;

VI polícia militar;

VII conselhos tutelares; e

VIII ouvidorias.

Parágrafo Único. Igualmente, situa-se neste eixo, a atuação das entidades sociais de defesa de direitos humanos, incumbidas de prestar proteção jurídico-social, nos termos do artigo 87, V do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Art. 8º Para os fins previstos no art. 7º, é assegurado o acesso à justiça de toda criança ou adolescente, na forma das normas processuais, através de qualquer dos órgãos do Poder Judiciário, do Ministério Público e da Defensoria Pública.

§ 1º Será prestada assessoria jurídica e assistência judiciária gratuita a todas as crianças ou adolescentes e suas famílias, que necessitarem, preferencialmente através de defensores públicos, na forma da Lei Complementar de Organização da Defensoria Pública.

§ 2º A não garantia de acesso à Defensoria Pública deverá implicar em sanções judiciais e administrativas cabíveis, a serem aplicadas quando da constatação dessa situação de violação de direitos humanos.

Art. 9º O Poder Judiciário, o Ministério Público, as Defensorias Públicas e a Segurança Pública deverão ser instados no sentido da exclusividade, especialização e regionalização dos seus órgãos e de suas ações, garantindo a criação, implementação e fortalecimento de:

I Varas da Infância e da Juventude, específicas, em todas as comarcas que correspondam a municípios de grande e médio porte ou outra proporcionalidade por número de habitantes, dotando-as de infra-estruturas e prevendo para elas regime de plantão;

II Equipes Interprofissionais, vinculadas a essas Varas e mantidas com recursos do Poder Judiciário, nos termos do Estatuto citado;

III Varas Criminais, especializadas no processamento e julgamento de crimes praticados contra crianças e adolescentes, em todas as comarcas da Capital e nas cidades de grande porte e em outras cidades onde indicadores apontem essa necessidade, priorizando o processamento e julgamento nos Tribunais do Júri dos processos que tenham crianças e adolescentes como vítimas de crimes contra a vida;

IV Promotorias da Infância e Juventude especializadas, em todas as comarcas na forma do inciso III;

V Centros de Apoio Operacional às Promotorias da Infância e Juventude;

VI Núcleos Especializados de Defensores Públicos, para a imprescindível defesa técnico-jurídica de crianças e adolescentes que dela necessitem; e

VIII Delegacias de Polícia Especializadas, tanto na apuração de ato infracional atribuído a adolescente, quanto na apuração de delitos praticados contra crianças e adolescentes em todos os municípios de grande e médio porte.

Art. 10. Os conselhos tutelares são órgãos contenciosos não-jurisdicionais, encarregados de "zelar pelo cumprimento dos direitos da criança e do adolescente", particularmente através da aplicação de medidas especiais de proteção a crianças e adolescentes com direitos ameaçados ou violados e através da aplicação de medidas especiais a pais ou responsáveis (art. 136, I e II da Lei 8.069/1990).

Parágrafo Único. Os conselhos tutelares não são entidades, programas ou serviços de proteção, previstos nos arts. 87, inciso III a V, 90 e 118, §1º, do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Art. 11. As atribuições dos conselhos tutelares estão previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente, não podendo ser instituídas novas atribuições em Regimento Interno ou em atos administrativos semelhante de quaisquer outras autoridades.

Parágrafo Único. É vedado ao Conselho Tutelar aplicar e ou executar as medidas socioeducativas, previstas no artigo 112 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Art. 12. Somente os conselhos tutelares têm competência para apurar os atos infracionais praticados por crianças, aplicando-lhes medidas específicas de proteção, previstas em lei, a serem cumpridas mediante requisições do conselho. (artigo 98, 101, 105 e 136, III, "b" da Lei 8.069/1990).

Art. 13. Os conselhos tutelares deverão acompanhar os atos de apuração de ato infracional praticado por adolescente, quando houver fundada suspeita da ocorrência de algum abuso de poder ou violação de direitos do adolescente, no sentido de providenciar as medidas específicas de proteção de direitos humanos, prevista em lei e cabível.

CAPÍTULO V - DA PROMOÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

Art. 14. O eixo estratégico da promoção dos direitos humanos de crianças e adolescentes operacionaliza-se através do desenvolvimento da "política de atendimento dos direitos da criança e do adolescente", prevista no artigo 86 do Estatuto da Criança e do Adolescente, que integra o âmbito maior da política de promoção e proteção dos direitos humanos.

§ 1º Essa política especializada de promoção da efetivação dos direitos humanos de crianças e adolescentes desenvolve-se, estrategicamente, de maneira transversal e intersetorial, articulando todas as políticas públicas (infra-estruturantes, institucionais, econômicas e sociais) e integrando suas ações, em favor da garantia integral dos direitos de crianças e adolescentes.

§ 2º No desenvolvimento dessa política deverão ser considerados e respeitados os princípios fundamentais enumerados no artigo 2º e seus parágrafos desta Resolução.

§ 3º O desenvolvimento dessa política implica:

I na satisfação das necessidades básicas de crianças e adolescentes pelas políticas públicas, como garantia de direitos humanos e ao mesmo tempo como um dever do Estado, da família e da sociedade;

II na participação da população, através suas organizações representativas, na formulação e no controle das políticas públicas;

III na descentralização política e administrativa, cabendo a coordenação das políticas e edição das normas gerais à esfera federal e a coordenação e a execução dessas políticas e dos respectivos programas às esferas estadual, Distrital e municipal, bem como às entidades sociais; e

IV no controle social e institucional (interno e externo) da sua implementação e operacionalização.

Art. 15. A política de atendimento dos direitos humanos de crianças e adolescentes operacionaliza-se através de três tipos de programas, serviços e ações públicas:

I serviços e programas das políticas públicas, especialmente das políticas sociais, afetos aos fins da política de atendimento dos direitos humanos de crianças e adolescentes;

II serviços e programas de execução de medidas de proteção de direitos humanos; e

III serviços e programas de execução de medidas socioeducativas e assemelhadas.

SEÇÃO I - DOS SERVIÇOS E PROGRAMAS DA POLÍTICA DE ATENDIMENTO DOS DIREITOS HUMANOS DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES

SUBSEÇÃO I DOS PROGRAMAS EM GERAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

Art. 16. As políticas públicas, especialmente as políticas sociais, assegurarão o acesso de todas as crianças e todos os adolescentes a seus serviços, especialmente as crianças e os adolescentes com seus direitos violados ou em conflito com a lei, quando afetos às finalidades da política de atendimento dos direitos humanos da criança e do adolescente, obedecidos aos princípios fundamentais elencados nos parágrafos do artigo 2º desta Resolução.

SUBSEÇÃO II - DOS SERVIÇOS E PROGRAMAS DE EXECUÇÃO DE MEDIDAS DE PROTEÇÃO DE DIREITOS HUMANOS

Art. 17. Os serviços e programas de execução de medidas específicas de proteção de direitos humanos têm caráter de atendimento inicial, integrado e emergencial, desenvolvendo ações que visem prevenir a ocorrência de ameaças e violações dos direitos humanos de crianças e adolescentes e atender às vítimas imediatamente após a ocorrência dessas ameaças e violações.

§ 1º Esses programas e serviços ficam à disposição dos órgãos competentes do Poder Judiciário e dos conselhos tutelares, para a execução de medidas específicas de proteção, previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente; podendo, todavia receber diretamente

crianças e adolescentes, em caráter excepcional e de urgência, sem previa determinação da autoridade competente, fazendo, porém a devida comunicação do fato a essa autoridade, até o segundo dia útil imediato, na forma da lei citada .

§ 2º Os programas e serviços de execução de medidas específicas de proteção de direitos humanos obedecerão aos parâmetros e recomendações estabelecidos pelo Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente Conanda e, complementarmente, pelos demais conselhos dos direitos, em nível estadual, Distrital e municipal e pelos conselhos setoriais competentes.

§ 3º Estes programas se estruturam e organizam sob a forma de um Sistema Nacional de Proteção de Direitos Humanos de Crianças e Adolescentes, regulado por normas operacionais básicas específicas, a serem editadas pelo Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente - Conanda.

Art. 18. Consideram-se como programas e serviços de execução de medidas de proteção de direitos humanos aqueles previstos na legislação vigente a respeito da matéria.

SUBSEÇÃO III - DOS PROGRAMAS DE EXECUÇÃO DE MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS E ASSEMELHADAS

Art. 19. Os programas de execução de medidas socioeducativas são destinados ao atendimento dos adolescentes autores de ato infracional, em cumprimento de medida judicial socioeducativa, aplicada na forma da lei, em decorrência de procedimento apuratório, onde se assegure o respeito estrito ao princípio constitucional do devido processo legal.

§ 1º Os programas de execução de medidas socioeducativas para adolescentes autores de ato infracional obedecerão aos parâmetros e recomendações estabelecidos pelo Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente - Conanda e, complementarmente, pelos demais conselhos dos direitos, em nível Estadual, Distrital e Municipal.

§ 2º Estes programas se estruturam e organizam, sob forma de um Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo -SINASE em cumprimento dos seguintes princípios norteadores:

I prevalência do conteúdo educativo sobre os sancionatórios e meramente de contenção, no atendimento socioeducativo;

II ordenação do atendimento socioeducativo e da sua gestão, a partir do projeto político-pedagógico;

III construção, monitoramento e avaliação do atendimento socioeducativo, com a participação proativa dos adolescentes socioeducandos;

IV exemplaridade, presença educativa e respeito à singularidade do adolescente socioeducando, como condições necessárias no atendimento socioeducativo;

V disciplina como meio para a realização do processo socioeducativo;

VI exigência e compreensão enquanto elementos primordiais de reconhecimento e respeito ao adolescente durante o processo socioeducativo;

VII dinâmica institucional favorecendo a horizontalidade na socialização das informações e dos saberes entre equipe multiprofissional (técnicos e educadores);

VIII organização espacial e funcional dos programas de atendimento sócio-educativo como sinônimo de condições de vida e de possibilidades de desenvolvimento pessoal e social para o adolescente;

IX respeito à diversidade étnica/racial, de gênero, orientação sexual e localização geográfica como eixo do processo socioeducativo; e

X participação proativa da família e da comunidade no processo socioeducativo.

§ 3º Os programas de execução de medidas socioeducativas devem oferecer condições que garantam o acesso dos adolescentes socioeducandos às oportunidades de superação de sua situação de conflito com a lei.

Art. 20. Consideram-se como programas socioeducativos, na forma do Estatuto da Criança e do Adolescente, os seguintes programas, taxativamente:

I programas socioeducativos em meio aberto

- a) prestação de serviço à comunidade; e
- b) liberdade assistida.

II programas socioeducativos com privação de liberdade

- a) semiliberdade; e
- b) internação.

Parágrafo único. Integram também o Sistema Nacional Socioeducativo - SINASE, como auxiliares dos programas socioeducativos, os programas acautelatórios de atendimento inicial (arts. 175 e 185 da lei federal nº 8069/90), os programas de internação provisória (art 108 e 183 da lei citada) e os programas de apoio e assistência aos egressos.

CAPÍTULO VI - DO CONTROLE DA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

Art. 21. O controle das ações públicas de promoção e defesa dos direitos humanos da criança e do adolescente se fará através das instâncias públicas colegiadas próprias, onde se assegure a paridade da participação de órgãos governamentais e de entidades sociais, tais como:

I conselhos dos direitos de crianças e adolescentes;

II conselhos setoriais de formulação e controle de políticas públicas; e

III os órgãos e os poderes de controle interno e externo definidos nos artigos 70, 71, 72, 73, 74 e 75 da Constituição Federal.

Parágrafo Único. O controle social é exercido soberanamente pela sociedade civil, através das suas organizações e articulações representativas.

Art. 22. Na União, nos Estados, no Distrito Federal e nos Municípios haverá um Conselho dos Direitos da Criança e do Adolescente, respectivamente, composto por igual número de representantes do governo e da sociedade civil organizada, garantindo a ampla participação da população, por suas organizações representativas, no processo de formulação e controle da política de atendimento aos direitos da criança e ao adolescente, dos seus programas, serviços e ações.

Parágrafo Único. A composição desses conselhos e a nomeação de seus membros devem ser estabelecidas de acordo com as Resoluções 105 e 106 do Conanda, inclusive as recomendações, contendo procedimentos que ofereçam todas as garantias necessárias para assegurar a representação pluralista de todos os segmentos da sociedade, envolvidos de alguma forma na promoção e proteção de direitos humanos, particularmente através de representações de organizações da sociedade civil governamentais, sindicatos, entidades sociais de atendimento a crianças e adolescentes, organizações profissionais interessadas, entidades representativas do pensamento científico, religioso e filosófico e outros nessa linha.

Art. 23. Os conselhos dos direitos da criança e do adolescente deverão acompanhar, avaliar e monitorar as ações públicas de promoção e defesa de direitos de crianças e adolescentes, deliberando previamente a respeito, através de normas, recomendações, orientações.

§ 1º As deliberações dos conselhos dos direitos da criança e do adolescente, no âmbito de suas atribuições e competências, vinculam as ações governamentais e da sociedade civil organizada, em respeito aos princípios constitucionais da participação popular, da prioridade absoluta do atendimento à criança e ao adolescente e da prevalência do interesse superior da criança e do adolescente, conforme já decidido pelo Supremo Tribunal Federal.

§ 2º Constatado, através dos mecanismos de controle, o descumprimento de suas deliberações, os conselhos dos direitos da criança e do adolescente representarão ao Ministério Público para as providências cabíveis e aos demais órgãos e entidades legitimados no artigo 210 da Lei nº 8.069/90 para demandar em Juízo por meio do ingresso de ação mandamental ou ação civil pública.

CAPÍTULO VII - DOS MECANISMOS ESTRATÉGICOS DE PROMOÇÃO, DEFESA E CONTROLE DA EFETIVAÇÃO DE DIREITOS HUMANOS

Art. 24. Para promover e defender os direitos de crianças e adolescentes, quando ameaçados e violados e controlar as ações públicas decorrentes, o Sistema de Garantia dos Direitos da Criança e do Adolescente deverá priorizar alguns determinados mecanismos estratégicos de garantia de direitos:

I mecanismos judiciais extra-judiciais de exigibilidade de direitos;

II financiamento público de atividades de órgãos públicos e entidades sociais de atendimento de direitos;

III formação de operadores do Sistema;

IV gerenciamento de dados e informações;

V monitoramento e avaliação das ações públicas de garantia de direitos; e

VI mobilização social em favor da garantia de direitos.

CAPÍTULO VIII - DA GESTÃO DO SISTEMA DE GARANTIA DOS DIREITOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

Art. 25. A estrutura governamental, em nível federal, contará com um órgão específico e autônomo, responsável pela política de atendimento dos direitos humanos de crianças e adolescentes, com as seguintes atribuições mínimas :

I articular e fortalecer o Sistema de Garantia dos Direitos da Criança e do Adolescente;

II funcionar prioritariamente como núcleo estratégicoconceitual, para a promoção dos direitos humanos da infância e adolescência, no âmbito nacional;

III manter sistema de informação para infância e adolescência, em articulação com as esferas estadual e municipal ;

IV apoiar técnica e financeiramente o funcionamento das entidades e unidades de execução de medidas de proteção de direitos e de medidas socioeducativas;

V Coordenar o Sistema Nacional de Atendimento cioeducativo, especialmente os programas de execução de medidas socioeducativas; e

VI Co-coordenar o Sistema Nacional de Proteção de Direitos Humanos, especialmente os programas de enfrentamento da violência, proteção de crianças e adolescentes ameaçados de morte, os programas e serviços de promoção, defesa e garantia da convivência familiar e comunitária, dentre outros programas de promoção e proteção dos direitos humanos de criança e adolescente.

Art. 26. Nos níveis estadual, distrital e municipal, as entidades públicas responsáveis pela política de atendimento dos direitos de crianças e adolescentes e por esses serviços, programas e ações especiais deverão funcionar nessa linha, em seu respectivo nível de competência e deverão ter estrutura e organização próprias, respeitada a autonomia da política de atendimento de direitos da criança e do adolescente, na forma do Estatuto da Criança e do Adolescente, ficando, além do mais, responsáveis pela execução dos seus programas, serviços e ações e a manutenção das unidades respectivas.

§ 1º Cada Estado, município e o Distrito Federal vincularão essas suas entidades públicas responsáveis pela política de atendimento de direitos da criança e do adolescente à Secretaria ou órgão congênere que julgar conveniente, estabelecendo-se porém expressamente que elas se incorporam ao Sistema de Garantia dos Direitos da Criança e do Adolescente e que deverão ser considerados interlocutores para o Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente - Conanda e para o órgão federal responsável, previsto no artigo anterior, principalmente para efeito de apoio técnico e financeiro.

§ 2º O órgão federal previsto no artigo anterior deverá assegurar que os estados, o Distrito Federal e os municípios estejam conscientes de suas obrigações em relação à efetivação das normas de proteção à criança e à juventude, especialmente do Estatuto da Criança e do Adolescente e da Convenção sobre os Direitos da Criança, da Constituição Federal e de que os direitos previstos nessas normas legais têm que ser implementados em todos os níveis, em regime de prioridade absoluta, por meio de legislações, políticas e demais medidas apropriadas.

Art. 27. A União, os Estados, o Distrito Federal e os municípios organizarão, em regime de colaboração, os sistemas estaduais, distrital e municipais, tanto de defesa de direitos, quanto de atendimento socioeducativo.

§ 1º Caberá à União a coordenação desses programas e serviços de execução das medidas específicas de proteção de direitos e de execução das medidas socioeducativas, integrando-os no campo maior da política de atendimento de direitos da criança e do adolescente e exercendo função normativa de caráter geral e supletiva dos recursos necessários ao desenvolvimento dos sistemas estaduais, distrital e municipais.

§ 2º Os sistemas nacionais de proteção de direitos humanos e de socioeducação têm legitimidade normativa complementar e liberdade de organização e funcionamento, nos termos desta Resolução.

§ 3º Aplica-se ao Distrito Federal, cumulativamente, as regras de competência dos estados e municípios.

Art. 28. Incumbe à União:

I elaborar os Planos Nacionais de Proteção de Direitos Humanos e de Socioeducação, em colaboração com os estados, o Distrito Federal e os municípios;

II prestar assistência técnica e financeira aos estados, ao Distrito Federal e aos municípios para o desenvolvimento de seus sistemas de proteção especial de direitos e de atendimento socioeducativo, no exercício de sua função supletiva;

III colher informações sobre a organização e funcionamento dos sistemas, entidades e programas de atendimento e oferecer subsídios técnicos para a qualificação da oferta;

IV estabelecer diretrizes gerais sobre as condições mínimas das estruturas físicas e dos recursos humanos das unidades de execução; e

V instituir e manter processo nacional de avaliação dos sistemas, entidades e programas de atendimento.

§ 1º Para o cumprimento do disposto nos incisos III e V, a União terá livre acesso às informações necessárias em todos os sistemas, entidades e programas de atendimento.

§ 2º As funções de natureza normativa e deliberativa da competência da União serão exercidas pelo Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente - Conanda, e as funções de natureza executiva, pela Presidência da República, através da Secretaria Especial dos Direitos Humanos.

Art. 29. Incumbe aos Estados:

I elaborar os planos estaduais de defesa de direitos e de atendimento socioeducativo, em colaboração com os municípios;

II instituir, regular e manter seus sistemas de defesa de direitos e de atendimento socioeducativo, respeitadas as diretrizes gerais dos respectivos Planos Nacionais;

III criar e manter os programas de defesa de direitos e de atendimento socioeducativo, para a execução das medidas próprias;

IV baixar normas complementares para a organização e funcionamento dos seus sistemas de defesa de direitos e de atendimento e dos sistemas municipais;

V estabelecer, com os municípios, as formas de colaboração para a oferta dos programas de defesa de direitos e de atendimento socioeducativo em meio aberto; e

VI apoiar tecnicamente os municípios e as entidades sociais para a regular oferta de programas de defesa de direitos e de atendimento socioeducativo em meio aberto.

Parágrafo Único. As funções de natureza normativa e deliberativa relacionadas à organização e funcionamento dos sistemas referidos, em nível estadual, serão exercidas pelo Conselho Estadual dos Direitos da Criança e do Adolescente.

Art. 30. Incumbe aos municípios:

I instituir, regular e manter os seus sistemas de defesa de direitos e de atendimento socioeducativo, respeitadas as diretrizes gerais dos Planos Nacionais e Estaduais, respectivos;

II criar e manter os programas de defesa de direitos e de atendimento socioeducativo para a execução das medidas de meio aberto; e

III baixar normas complementares para a organização e funcionamento dos programas de seus sistemas de defesa de direitos e de atendimento socioeducativo.

§ 1º Para a criação e manutenção de programas de defesa de direitos e de atendimento socioeducativo em meio aberto, os municípios integrantes de uma mesma organização judiciária poderão instituir consórcios regionais como modalidade de compartilhar responsabilidades.

§ 2º As funções de natureza normativa e deliberativa relacionadas à organização e funcionamento dos sistemas municipais serão exercidas pelo Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente.

CAPÍTULO IX - PARÂMETROS, PLANOS, PROGRAMAS E PROJETOS DE INSTITUCIONALIZAÇÃO E FORTALECIMENTO DO SISTEMA DE GARANTIA DOS DIREITOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE PELOS CONSELHOS DOS DIREITOS

Art. 31. O Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente - Conanda e os conselhos congêneres, nos níveis estaduais, distritais e municipais, em caráter complementar,

aprovarão parâmetros específicos, como normas operacionais básicas para a institucionalização e fortalecimento do Sistema de Garantia dos Direitos da Criança e do Adolescente.

Art. 32. Igualmente, no limite de suas atribuições, o Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente -Conanda e os conselhos congêneres, nos níveis estadual, distrital e municipal, em caráter complementar, aprovarão planos que visem planejar estrategicamente as ações de instâncias públicas e os mecanismos de garantia de direitos do Sistema de Garantia dos Direitos de Crianças e Adolescentes.

Parágrafo Único. Esses planos serão elaborados por iniciativa dos próprios conselhos ou por propostas das entidades de atendimento de direito ou de fóruns e frentes de articulação de órgãos governamentais e/ou entidades sociais.

Art. 33. Os programas e projetos de responsabilidade de órgãos governamentais e entidades sociais que devam ser financiados com recursos públicos dos fundos para os direitos da criança e do adolescente deverão ser obrigatoriamente analisados e aprovados, previamente, pelos conselhos respectivos.

Art. 34. Esta resolução entra em vigor na data da sua publicação.

JOSÉ FERNANDO DA SILVA

ANEXO B**Decisão liminar do Juiz da Infância e da Juventude da Comarca de Joinville - Santa Catarina**

Autos nº 038.03.008229-0

I – RELATÓRIO:

O representante do Ministério Público propôs ação civil pública em face do **Município de Joinville**. Alegou que o juízo competente é o da Infância e Juventude, bem como há legitimidade do Ministério Público. Afirmou que houve representação de professor e vereador – Marcos Aurélio Fernandes - informando que os 24 CEIs – Centros de Educação Infantil – e 14 Jardins de Infância existentes em Joinville não atendem a demanda existente, com um déficit de 5 mil vagas; em seguida requisitaram-se informações ao Secretário Municipal de Joinville, o qual respondeu sem indicar as providências que a Municipalidade pretendia implementar para atender a demanda, reconhecida como sendo de 2.948 crianças. Aduziu que *“estarrecendo-se com o verdadeiro escárnio, divulgado por propaganda oficial do mesmo município, ora requerido, em que se noticia foram destinados e pagos R\$ 1.750.000,00 (um milhão e setecentos e cinquenta mil reais) para desapropriação de área destinada à construção de estádio de futebol (“grande complexo desportivo, com opções de lazer, etretenimento e cultura’) dito municipal – mas que, de antemão, sabe-se que será utilizado em proveito de sociedade desportiva privada local, gerando riquezas para a administração desse tipo de atividade (futebol profissional), cujo caráter lucrativo é tristemente conhecido no país e no Estado.”* (f.05). Sustenta que as informações são de que serão abertas em 2003 842 (oitocentas e quarenta e duas) vagas, mediante a construção de dois CEIs, os quais levariam pelo menos 6 meses, e que o Conselho Tutelar da Região Sul representou a pessoa do Secretário Municipal Silvio Sniecikovski por não atender as requisições de vagas de acesso à educação infantil, as quais foram julgadas procedentes com a imposição de multa administrativa. Dizendo que diante das informações prestadas, *“não existe possibilidade de solução do problema da falta de vagas sem a intervenção judicial, sendo negado o acesso universal e gratuito à educação infantil para crianças de 0 a 6 anos de idade, residentes em Joinville.”* (f. 06). Invocando o direito, doutrina e jurisprudência que

entendeu aplicável, requereu: 1) a concessão de liminar para que a Secretaria Municipal de Educação e Cultura abra imediatamente matrícula para todas as 2.948 crianças em lista de espera em educação infantil, sem prejuízo daquelas que se encontram matriculadas, no prazo de 15 dias; 2) a cominação de multa mensal de 2 (dois) salários mínimos por vaga não concedida; 3) a procedência do pedido; 4) A inclusão no orçamento das verbas necessárias à garantia das vagas pleiteadas. Acostou documentos.

Cumprindo-se o disposto no art. 2º da Lei nº 8.437/92, o Município foi notificado, tendo se manifestado, invocando, em preliminar, a incompetência do Juízo da Infância e Juventude sob o argumento de que a ação tem natureza orçamentária e deverá ser julgada pela Vara da Fazenda; ilegitimidade ativa do representante do Ministério Público no caso presente por se tratar de direitos individuais privados e disponíveis; impossibilidade jurídica da concessão da liminar em face da Fazenda Pública; necessidade de chamamento ao processo e/ou denúncia à lide da União e do Estado de Santa Catarina, por ser a obrigação partilhada. No mérito, disse que as normas invocadas são programáticas e o Município não é obrigado a cumpri-las, invocando, para tanto, a divisão de poderes de Montesquieu, bem como a legislação correlata. Argumentou que em nenhum momento está comprovado que o Município não investe 25% em Educação, devendo a ação ser rejeitada de pronto. Indicou o plano de ação (f.91/92). Rebateu as considerações sobre o Estádio Municipal, dizendo que é ato discricionário. Juntou documentos.

É o breve relatório.

II – FUNDAMENTAÇÃO:

1) Preconiza o art. 148, IV, do Estatuto da Criança e do Adolescente que “*a Justiça da Infância e da Juventude é competente para: conhecer de ações civis fundadas em interesses individuais, difusos ou coletivos afetos à criança e ao adolescente, observado o disposto no art. 209*”.

Com efeito, reconheceu o Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA que as ações que direta ou reflexamente impliquem na análise dos direitos da criança e do adolescente serão conhecidas pelas respectivas Varas (da infância e juventude). Essa exceção justifica-se pela particularidade do objeto e, ademais, pela prioridade absoluta reconhecida (ECA, art. 4º). O argumento invocado para arredar a competência – implicação orçamentária – com a devida vênia é equivocado. Se assim procede, toda e qualquer ação civil pública interposta em face do Município ou Estado seria da competência da Vara da Fazenda, posto que sempre existem reflexos orçamentários, tornando a regra do ar. 149 do ECA inócua e

supérflua. No presente caso, ademais, pelo conteúdo agitado, trata-se de discussão própria do ECA, nos termos do art. 208, I. De sorte que rejeito a preliminar invocada.

2) A alegação de ilegitimidade do representante do Ministério Público é *acaciana*. Dispõe o art. 208, I, do ECA que “*Regem-se pelas disposições desta Lei as ações de responsabilidade por ofensa aos direitos assegurados à criança e ao adolescente, referentes ao não oferecimento ou oferta regular: I - do ensino fundamental.*”

Logo, no caso presente, longe de se tratar de interesse individual e disponível, cuida-se de alegação de violação de Direito Fundamental (CF, art. 227) de prioridade absoluta (ECA, art. 4º), de natureza coletiva, passível de ser defendido pelo representante do Ministério Público.

Munir Cury assevera que: “*O mundo moderno prioriza, de maneira uniforme e indiscutível, o chamado primeiro bloco de conhecimento como garantia à população infanto-juvenil. Esse bloco de conhecimento a Lei de Diretrizes e Bases identifica e denomina de Educação Básica, composta pela educação infantil, fundamental e média, onde se encontram as duas etapas de educação destinada às crianças e adolescentes.(...) A atuação na tutela de interesses de natureza coletiva, como a defesa dos direitos de crianças e adolescentes, colocaram o Ministério Público diante de desafios praticamente inexistentes até a década de 1980. (..) Modernamente, pode-se afirmar, sem possibilidade de erro, que o Ministério Público é uma das principais ferramentas de implementação do Direito Social, cuja natureza envolve diretamente a definição de políticas públicas.*”¹

Em verdade, querer retirar a legitimidade do Ministério Público no caso presente é manter a pobreza, a exclusão social das classes baixas, as grandes vítimas da rejeição escolar, cada vez mais à margem da sociedade. E tal postura deve ser repelida – veementemente – por todo aquele que exerce uma função jurisdicional.

3) Incabível o chamamento ao processo e/ou denúncia à lide da União ou do Estado de Santa Catarina. Isso porque a obrigação de cumprimento do Direito Fundamental à Educação seja efetuado em regime de colaboração (CF, art. 211 e LDB, art. 11, V), não desonera o Município de cumprir o disposto no § 2º do mesmo dispositivo repetido pela LDB (*Os Municípios atuarão prioritariamente no ensino fundamental e na educação infantil*). Por esse preceito, assim, o réu está obrigado a cumprir pelo menos sua parcela educacional, incluída no sistema global, na linha do que dispõe, aliás, o art. 11, inciso V da LDB: “*Art. 11. Os Municípios incumbier-se-ão de: V – oferecer a educação infantil em*

¹ CURY, Munir. *A Educação como Direito Fundamental e seus Instrumentos de Exigibilidade* In.. Pela Justiça na Educação. Brasília : Mec, 2000, p. 675-677.

creches e pré-escolas e, com prioridade, o ensino fundamental...”. E, a presente ação pretende justamente discutir essa sua (ir)responsabilidade. Ademais, tanto o chamamento ao processo (CPC, art. 77) como a denúncia à lide (CPC, art. 70) se vinculam à obrigação de natureza contratual e/ou decorrente da lei de caráter solidário, inexistente na espécie. A obrigação é do Município, sem prejuízo de que este demande, em nome próprio, contra os indicados buscando a colaboração. Todavia, negar a possibilidade de discussão sobre suas responsabilidade com o singelo argumento de repasse de responsabilidades (ao Estado e União) não se compadece com o regime democrático (CF/88).

4) Antes de analisar a pretensão deduzida, cumpre-me esclarecer de onde analisarei o pedido de violação de Direito Fundamental: a partir do Garantismo Jurídico de **Luigi Ferrajoli**. Para tanto será exposta a racionalidade da proposta, fundamentadora da conclusão posterior sobre o pleito deduzido².

O *garantismo jurídico* apesar de ter sua origem vinculada ao *Direito Penal*³, evoluiu para alcançar foros de *Teoria do Direito*. **Luigi Ferrajoli** indica quatro frentes *garantistas*⁴. A primeira está vinculada à revisão da *teoria da validade*, que preconiza uma diferenciação entre *validade/material* e *vigência/formal* das normas jurídicas. A segunda frente pretende o reconhecimento de uma dimensão *substancial da democracia*, suplantando o caráter meramente procedimental desta. Já na terceira, do ponto de vista do Juiz, se propõe uma nova maneira de ver a *sujeição à lei* somente por ser lei – aspecto formal – pretendendo que esta sujeição se dê somente quando conjugadas a forma e o conteúdo das normas. Por fim, observa a relevância da *ciência jurídica*, cujo papel deixa de ser meramente descritivo, mas ganha contornos críticos e de projeção do futuro.

Com efeito, a *Teoria Geral do Garantismo*, entendida como modelo de Direito, está baseada no respeito à *dignidade da pessoa humana* e seus *Direitos Fundamentais*, com sujeição formal e material das práticas jurídicas aos conteúdos constitucionais. Isso porque, diante da complexidade contemporânea, a legitimação do *Estado Democrático de Direito* deve suplantiar a mera democracia formal, para alcançar a *democracia material*, na qual os *Direitos Fundamentais* devem ser respeitados, efetivados e garantidos, sob pena da deslegitimação paulatina das instituições estatais. Dito de outra forma, tendo-se em vista a supremacia Constitucional dos direitos positivados no corpo de Constituições rígidas ou nela

² As idéias foram aprofundadas no livro: ROSA, Alexandre Morais da. *Garantismo Jurídico e Controle de Constitucionalidade Material*. Florianópolis : Habitus, 2002 e *O que é garantismo*. Florianópolis : Habitus, 2003.

³ FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón*. Madrid : Trotta, 1995, p. 14-986.

⁴ FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías – La ley del más débil*. Madrid : Trotta, 1999, p. 20.

referidos (CF, art. 5º, § 2º), como a brasileira de 1988, e do princípio da legalidade, a que todos os poderes estão submetidos, surge a necessidade de garantir esses direitos a todos os indivíduos.

O *garantismo jurídico* baseia-se, desta feita, nos direitos individuais – vinculados à tradição *iluminista* – com o escopo de articular mecanismos capazes de limitar o poder do Estado soberano, sofrendo, como curial, as influências dos acontecimentos históricos, especificamente a transformação da sociedade relativamente à tutela dos direitos sociais e negativos de liberdade, bem assim do levante *Neoliberal*.

Essa limitação do Poder Estatal não se restringe ao Poder Executivo, como pode transparecer no primeiro momento, mas vincula as demais funções estatais, principalmente o Poder Legislativo, que não possui (mais) um cheque em branco; o Poder Legislativo, na concepção *garantista*, também está balizado em seu conteúdo por fronteiras materiais, não podendo dispor de maneira discriminatória, nem se afastar do contido materialmente na Constituição.

Para tanto, os vínculos no *Estado Democrático de Direito*, de viés *garantista*, são de tal forma substanciais/materiais que impedem a preponderância da concepção de democracia vinculada à vontade da maioria, em franca opressão à minoria, articulando a esfera do indecível. Em outras palavras, nem mesmo por maioria pode-se violar/negar os *Direitos Fundamentais* dos indivíduos que não foram alienados no momento da criação do *Estado Civil*.

Sustenta **Luigi Ferrajoli** que: “*los derechos fundamentales se configuran como otros tantos vínculos sustanciales impuestos a la democracia política: vínculos negativos, generados por los derechos de libertad que ninguna mayoría puede violar; vínculos positivos, generados por los derechos sociales que ninguna mayoría puede dejar de satisfacer.*”⁵

Assim é que, com a operacionalidade possível da *democracia substancial*, resta inserido no *Estado Democrático do Direito*, a esfera do *decidível* e do *não-decidível*, por maioria ou mesmo unanimidade. De fato, por um lado não se pode legitimamente afrontar-se o constante nos direitos individuais, bem como, de outro, deve-se garanti-los na sua máxima extensão, sob pena de deslegitimação das instituições estatais⁶.

Nessa esfera do indecível encontram-se justamente os *Direitos Fundamentais*, funcionando como verdadeiro marco divisório, impeditivo do avanço do Legislativo. O Poder

⁵ FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías...* p. 23-4.

⁶ CADEMARTORI, Sérgio. *Estado de Direito e Legitimidade: uma abordagem garantista*. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 1999, p. 161.

Legislativo, assim, encontra limitações substanciais no tocante à matéria a ser objeto da legislação. Conseqüência dessa supremacia constitucional é que se devem efetuar *juízos de validade*, em face do ordenamento infraconstitucional (controle difuso e material de constitucionalidade), espraiando, desta maneira, o reconhecimento da invalidade derogativa por violação da esfera do indecidível (*Direitos Fundamentais*), mesmo que de forma parcial.

Esta concepção da esfera do indecidível encontra respaldo na *teoria contratualista* de **John Locke**. Dentre os contratualistas, cabe invocar, além desse autor, as contribuições de **Thomas Hobbes** e **Jean-Jacques Rousseau**. Em todos, o *Estado de Natureza* se constitui em antecedente lógico à formação do *Estado Civil*, existindo divergência sobre a maneira pela qual os indivíduos se relacionavam naquela situação. Para **Thomas Hobbes**⁷, esse primeiro estágio, denominado de *guerra* de todos contra todos, seria permeado por extrema insegurança, decorrente da aplicação da lei do mais forte e movida pelas paixões. Em **Jean-Jacques Rousseau**⁸, por outra face, temos a percepção de um *estado de felicidade*, em que os indivíduos encontravam-se satisfeitos até o surgimento da propriedade privada. Para o primeiro o Estado seria uma necessidade, enquanto para o segundo, o aparecimento desta figura seria decorrência do desenvolvimento social. Característica de ambos os autores é a alienação de *todos* os direitos dos indivíduos ao *Estado*, para somente após e por decisão deste, recebê-los novamente, não na totalidade, mas na medida que este quiser conferir. Essa percepção está agregada diretamente à concepção liberal de Cidadania⁹. Já em **John Locke**, o conteúdo do contrato social é deslocado. A instituição do *Estado* significa a manutenção e consolidação dos direitos existentes no *Estado de Natureza*, objetivando-se, principalmente, a resolução pacífica dos conflitos.

Salo de Carvalho entende que o “*raciocínio de Locke se desenvolve desta forma em quatro assertivas: as leis naturais podem ser violadas; as violações das leis naturais devem ser punidas e os danos reparados; o poder de punir e de exigir reparação cabe, no estado de natureza, à própria pessoa vitimada; quem é juiz em causa própria habitualmente não é imparcial e tende a vingar-se em vez de punir.*”¹⁰

Por essa concepção, a criação do Estado não implica a concessão de poderes plenos e absolutos, mas vincula a legitimidade de sua atuação (negativa e/ou positiva), à

⁷ HOBBS, Thomas. *Leviatã ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil*. Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Niza da Silva. 2ª ed. São Paulo : Abril Cultural, 1979.

⁸ ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O Contrato Social – (ou Princípios de Direito Político)*. Tradução de Lourdes Santos Machado. 5ª ed. São Paulo : Nova Cultural, 1991.

⁹ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Cidadania: Do Direito aos Direitos Humanos*. São Paulo : Acadêmica, 1993.

¹⁰ CARVALHO, Salo. *Pena e Garantias: Uma leitura do garantismo de Luigi Ferrajoli no Brasil*. Rio de Janeiro : Lumen juris, 2001, p. 42.

conformação dos direitos antecedentes, mantidos na seara individual e, portanto, incapazes de violação pelo Estado. O poder estatal nasce, desde o início, limitado pelos direitos pré-existentes e inalienáveis, constituindo a esfera do indecidível, avivada no modelo *garantista*.

Lenio Luiz Streck e José Luis Bolzan de Moraes escrevem: “*Desse modo, para Locke, o homem traz consigo, quando do estabelecimento da sociedade civil, os direitos presentes no estado de natureza; não há um despojamento nesta passagem, tal qual em Hobbes. Assim, o estado civil nasce duplamente limitado. Por um lado, não pode atuar em contradição com aqueles direitos; por outro, deve oportunizar, o mais completamente possível, a usufruição dos mesmos. Nasce, assim, como poder circunscrito àquela esfera de interesses pré-sociais do indivíduo natural. O estabelecimento da lei civil, do juízo imparcial e da força comum tem um papel de reforço dos direitos naturais não alienados através do contrato social. Os indivíduos, ao contrário do que ocorreu com Hobbes, abandonam um único direito: o de fazer justiça com as próprias mãos.*”¹¹

Essa concepção de **John Locke** é importante para perfeita configuração deste núcleo irreduzível de liberdade do indivíduo, demarcador do limite da atividade Estatal. A passagem do estado de natureza, assim, não se fez mediante pacto de mera adesão, em vilipêndio às garantias e direitos que já possuía naquele prévio estágio lógico. Logo, inexistente a alienação absoluta de direitos e deveres, com a subjugação irrestrita, mas a subordinação é mantida na perspectiva dos fins colimados, fundamentando, dentre outros, o *direito de resistência e de exigir seus direitos fundamentais*¹² como no caso presente: Educação.

Luigi Ferrajoli, na mesma linha, pondera: “... *el paradigma de la democracia constitucional es hijo de la filosofía contractualista. En un doble sentido. En el sentido de que las constituciones son contratos sociales de forma escrita y positiva, pactos fundantes de la convivencia civil generados históricamente por los movimientos revolucionarios con los que en ocasiones se han impuesto a los poderes públicos, de otro modo absolutos, como fuentes de su legitimidad. Y en el sentido de que la idea del contrato social es una metáfora de la democracia: de la democracia política, dado que alude al consenso de los contratantes y, por consiguiente, vale para fundar, por primera vez en la historia, una legitimación del poder político desde abajo; pero es también una metáfora de la democracia sustancial, puesto que este contrato no es un acuerdo vacío, sino que tiene como cláusulas y a la vez como causa*

¹¹ STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luiz Bolzan de. *Ciência política e teoria geral do estado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 39.

¹² CARVALHO, Salo. *Pena e Garantias*... p. 46, destaca: “o pacto se constitui como instrumento de deveres e de direitos recíprocos. Ao poder do soberano de regular a sociedade com suas leis corresponde o dever de garantir a ‘segurança’ dos bens. Ao dever de obediência às leis por parte do cidadão, corresponde o direito de exigir as garantias pactuadas.”

precisamente la tutela de los derechos fundamentales, cuya violación por parte del soberano legitima la ruptura del pacto y el ejercicio del derecho de resistencia.”¹³

De sorte que a concepção de *democracia material* surge na esteira da hipótese *contratualista* de **John Locke**, considerando-se, pois, que a democracia formal de cunho *Weberiano*¹⁴ não se sustenta ao olhar mais acurado sobre o consenso contratual, que reclama o aspecto material das normas.

O *garantismo jurídico*, como visto, consiste na tutela de todos esses *Direitos Fundamentais* (liberdades e direitos sociais) assim estabelecidos pela ordem constitucional vigente¹⁵, os quais representam os alicerces da existência do *Estado Democrático de Direito*, que o alimentam e são, assim, a base da democracia material. Logo, a democracia entendida como *garantista* significa o *Estado de Direito* munido tanto de direitos liberais (*direitos de*) como de direitos sociais (*direitos a*), próprios, esses últimos, dos Estados intervencionistas como o Brasil, não obstante, na prática, se constituírem em promessas (retóricas) sonegadas¹⁶.

Lenio Luiz Streck e **José Luis Bolzan de Moraes** afirmam: “*Assim, o Estado Democrático de Direito teria a característica de ultrapassar não só a formulação do Estado Liberal de Direito, como também a do Estado Social de Direito – vinculado ao welfare state*

¹³ FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías...*, p. 53.

¹⁴ Max Weber apresenta três tipos puros de dominação, que não se apresentam isoladamente, mas imbricados entre si, mormente considerando a complexidade da burocracia contemporânea, na qual os estamentos criam procedimentos próprios, fundamentados em relações pessoais que superam a racionalidade legal. Ademais, a representação teórica da realidade empírica, reconhecia Max Weber, não poderia pretender ser absoluta. WEBER, Max. *Economia e Sociedade*. Vol. 2. Brasília: UNB, 1999, p. 117-153.

¹⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 1998, p. 36.

¹⁶ Em relação à geração de direitos, cabe invocar a demonstração histórica feita por Norberto Bobbio (Conferir: BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 5-6 e 69. Na mesma linha, José Alcebíades de Oliveira Júnior ampliou e sistematizou a proposta: “*1ª Geração: os direitos individuais, que pressupõem a igualdade formal perante a lei e consideram o sujeito abstratamente. Tal como assinala o professor italiano, esses direitos possuem um significado filosófico-histórico da inversão, característica da formação do Estado moderno, ocorrida na relação entre Estado e cidadãos: passou-se da prioridade dos deveres dos súditos à prioridade dos direitos do cidadão, emergindo um modo diferente de encarar a relação política, não mais predominantemente do ângulo do soberano, e sim daquele do cidadão, em correspondência com a afirmação da teoria individualista da sociedade em contraposição à teoria organicista tradicional. 2ª Geração: os direitos sociais, nos quais o sujeitos de direito é visto enquanto inserido no contexto social, ou seja, analisando em uma situação concreta. Trata-se da passagem das liberdades negativas, de religião e opinião, por exemplo, para os direitos políticos e sociais, que requerem uma intervenção direta do Estado. 3ª Geração: os direitos transindividuais, também chamados direitos coletivos e difusos, e que basicamente compreendem os direitos do consumidor e os direitos relacionados à questão ecológica. 4ª Geração: os direitos de manipulação genética, relacionados a biotecnologia e bioengenharia, e que tratam de questões sobre a vida e a morte, e que requerem um discussão ética prévia. 5ª Geração: os advindos com a chamada realidade virtual, que compreendem o grande desenvolvimento da cibernética na atualidade, implicando o rompimento das fronteiras, estabelecendo conflitos entre países com realidades distintas, via internet.*” (OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebíades de. *Teoria jurídica e novos direitos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 200, p. 85-86).

neoliberalista – impondo à ordem jurídica e à atividade estatal um conteúdo utópico de transformação da realidade”¹⁷.

O Direito como sistema de garantias centra-se, pois, nos *Direitos Fundamentais* que são “*todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a ‘todos’ los seres humanos em cuanto dotados del status de personas. entendiendo por derecho subjetivo cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica; y por status la condición de un sujeto, prevista asimismo por una norma jurídica positiva, como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o de los actos que son ejercicio de éstas. Esta definición es una definición teórica en cuanto, aun estando estipulada con referencia a los derechos fundamentales positivamente sancionados por leyes y constituciones en las actuales democracias, prescinde de la circunstancia de hecho de que tales derechos se encuentren formulados en cartas constitucionales o leyes fundamentales, e incluso del hecho de que aparezcan enunciados en normas de derecho positivo. (...) Son evidentes las ventajas de una definición como ésta. En cuanto prescinde de circunstancias de hecho, es válida para cualquier ordenamiento, con independencia de los derechos fundamentales previsto o no previstos en él, incluso los ordenamientos totalitarios y los premodernos. Tiene por tanto el valor de una definición perteneciente a la teoría general del derecho.*”¹⁸

Nesse pensar, apresentam papel preponderante, tendo em vista seu caráter universal¹⁹, ligados indissociavelmente aos sujeitos, principalmente de acesso à Justiça, de vida, de sobrevivência, de esperança, **de Educação**, sem possibilidade de exclusão de qualquer natureza pessoal, alienação ou mesmo prescrição. Por força do movimento Constitucionalista estão, em regra, acolhidos em Constituições rígidas, nas quais “*todos y cada uno son sus titulares.*”²⁰

Assim é que os *Direitos Fundamentais*, por um lado, indicam obrigações positivas ao Estado no âmbito social, e de outro, limitam negativamente a atuação estatal, privilegiando a liberdade dos indivíduos, jamais alienados pelo pacto social. Esses *Direitos Fundamentais*, longe de românticas declarações de atuação do Estado, representam o substrato da *democracia material-constitucional*. Significam a extensão de liberdades e de direitos sociais

¹⁷ STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luiz Bolzan de. *Ciência política e teoria geral do estado*. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2000, p.91.

¹⁸ FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías...* p. 37-38.

¹⁹ Conferir: FERRAJOLI, Luigi. *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Madrid : Trotta, 2001. Neste livro, Ferrajoli explicita a proposta formal dos direitos fundamentais, rebatendo as críticas opostas por Luca Baccelli, Michelangelo Bovero, Riccardo Guastini, Mario Jori, Anna Pintore, Ermanno Vitale e Danilo Zolo.

²⁰ FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y garantías...* p. 53.

em sentidos opostos, mas direcionados, ambos, à realização das promessas constitucionais. Seriam válidos em qualquer filosofia política ou jurídica, vinculando os poderes pelo princípio hierárquico e da legalidade, espalhando efeitos aos Governos futuros²¹.

Estruturando seu pensamento, **Luigi Ferrajoli** indica quatro classes de direitos²². A primeira seria composta pelos *Direitos Humanos* que são direitos primários e extensíveis a todas as pessoas, sem qualquer distinção, incluídos o direito à vida, saúde, **educação**, liberdade, sociais, integridade física, garantias penais, dentre outros. A segunda, seria dos *Direitos Públicos*, reconhecidos apenas aos cidadãos, como direito de residência, circulação no território, associação e de trabalho. Já a terceira classe seria formada pelos *Direitos Civis*, centrados nos direitos potestativos, cuja exteriorização se dá no âmbito da autonomia privada e sobre os que guiam o mercado capitalista, com realce para liberdade contratual. A quarta categoria é a dos *Direitos Políticos*, restrita ao cidadão com direito a voto, de ser votado, de ocupar cargos públicos, vinculados, em últimas instância, à participação no cenário político.

Por estarem vinculados à *democracia material* e positivados ou acolhidos na *Constituição*, desde logo esta ganha relevância como documento *constituente* da sociedade. Necessária, destarte, a fixação de sua concepção e efeitos decorrentes da posição de topo da hierarquia das leis, consoante aponta **Luis Roberto Barroso**: “A *Constituição*, como é corrente, é a lei suprema do Estado. Na formulação teórica de Kelsen, até aqui amplamente aceita, a *Constituição* é o fundamento de validade de toda a ordem jurídica. É ela que confere unidade ao sistema, é o ponto comum ao qual se reconduzem todas as normas vigentes no âmbito do Estado. De tal supremacia decorre o fato de que nenhuma norma pode subsistir validamente no âmbito de um Estado se não for compatível com a *Constituição*.”²³

A *Teoria Garantista* representa, ao mesmo tempo, o resgate e valorização da *Constituição* como documento *constituente* da sociedade. Esse resgate Constitucional decorre justamente da necessidade da existência de um núcleo jurídico irreduzível/fundamental capaz de estruturar a sociedade, fixando a forma e a unidade política das tarefas estatais, os procedimentos para resolução de conflitos emergentes, elencando os limites materiais do

²¹ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo : Malheiros, 1997, p.176-177, escreve: “*Direitos fundamentais do homem constitui a expressão mais adequada a este estudo, porque, além de referi-se a princípios que resumem a concepção do mundo e informam a ideologia política de cada ordenamento jurídico, é reservada para designar, no nível do direito positivo, aquelas prerrogativas e instituições que ele concretiza em garantias de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas. No qualificativo fundamentais acha-se a indicação de que se trata de situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive; fundamentais do homem no sentido de que a todos, por igual, devem ser, não apenas formalmente reconhecidos, mas concreta e materialmente efetivados. Do homem, não como o macho da espécie, mas no sentido de pessoa humana.*”

²² FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y garantías...* p. 40.

²³ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. São Paulo : Saraiva, 1998, p.54.

Estado, as garantias e direitos fundamentais e, ainda, disciplinando o processo de formação político/jurídico do Estado. Segundo **Luigi Ferrajoli**, “*La historia del constitucionalismo es la historia de esta progresiva ampliación de la esfera pública de los derechos.*”²⁴

Pressupõe, contudo, a compreensão do *ordenamento jurídico*, das normas jurídicas e da diferenciação entre *direitos* e *garantias*, consoante esclarece **Luigi Ferrajoli**: “*Es claro que si confundimos derechos y garantías resultarán descalificadas en el plano jurídico las dos más importantes conquistas del constitucionalismo de este siglo, es decir, la internacionalización de los derechos fundamentales y la constitucionalización de los derechos sociales, reducidas una y otra, en defecto de las adecuadas garantías, a simples declamaciones retóricas o, a la sumo, a vagos programas políticos jurídicamente irrelevantes.*”²⁵

Com efeito, os direitos - quer de liberdade como sociais - são elementos limitadores do Poder Estatal, e o grau de garantia desses direitos se constitui como parâmetro de medição da legitimidade e qualidade de uma democracia. As garantias funcionam, então, como técnicas de tutela dos direitos, exercitáveis em face do Estado. **Sérgio Cademartori** esclarece que “*No léxico político, quando se fala em garantia, e em garantismo, pretende-se indicar as tutelas e defesas que protegem um bem específico, e este bem específico é constituído pelas posições dos indivíduos na sociedade política, isto é, pelas liberdades individuais e direitos sociais e coletivos. Quando se fala em garantismo, fala-se na defesa e suporte dessas liberdades e direitos. Uma ulterior restrição do significado do termo provém da tradição jurídica: as garantias das liberdades e direitos que surgem sob o rótulo de “garantismo” são defesas e tutelas de carácter jurídico; são pois os instrumentos com os quais o direito assegura um certo número de liberdades e direitos, que são precisados, definidos ou instituídos pelo próprio direito. (..) Por fim, é de ressaltar-se que o leque de garantias parte de dois princípios básicos: a) o princípio da legalidade, que já foi referido acima; e b) o princípio de jurisdicionalidade, ou seja, a possibilidade concreta de deduzir em juízo a pretensão emanada dos direitos sociais, por exemplo.*”²⁶

Logo, a percepção da diferença entre *direitos* e *garantias*²⁷ é condição de possibilidade para compreensão da maneira pela qual o Constitucionalismo moderno e as declarações de *Direitos Humanos* geram impacto no modelo de Estado e nas suas práticas,

²⁴ FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías...* p. 54

²⁵ FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías...* p. 59.

²⁶ CADEMARTORI, Sérgio. *Estado de Direito e Legitimidade...* p. 85-87.

²⁷ SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo...* p.183-186, diferencia os Direitos Fundamentais em gerais e garantias constitucionais, divididas esta última categoria em garantias constitucionais gerais e garantias constitucionais especiais.

posto que a confusão terminológica impede a efetivação dos direitos em face das garantias que lhe servem justamente de elemento *garantidor*.

A *Constituição* nessa concepção *garantista*, deixa de ser meramente normativa (formal), buscando resgatar o seu próprio conteúdo formador, indicativo do modelo de sociedade que se pretende e de cujas linhas as práticas jurídicas não podem se afastar. Como primeira emanção normativa do Estado, aponta os limites e obrigações do Estado.

Conforme pretende **Lenio Luiz Streck**, longe de ser mero procedimento democrático, “*a Constituição passa a ser, em toda a sua substancialidade, o topos hermenêutico que conformará a interpretação jurídica do restante do sistema jurídico. A Constituição é, assim, a materialização da ordem jurídica do contrato social, apontando para a realização da ordem pública e social de uma comunidade, colocando à disposição os mecanismos para a concretização do conjunto de objetivos traçados no seu texto normativo deontológico. Por isto, as Constituições Sociais devem ser interpretadas diferentemente das Constituições Liberais. O plus normativo representado pelo Estado Democrático de Direito resulta como um marco definidor de um constitucionalismo que soma a regulação social com o resgate das promessas da modernidade.*”²⁸

É que a Constituição Federal, como norma-mãe (fundamento de validade material e formal do sistema), deve ser suprema. Todos os dispositivos e interpretações possíveis devem perpassar pelo seu controle formal e material, não podendo ser infringida ou modificada ao talante dos governantes públicos, mesmo em nome da maioria - esfera do indecível -, posto que as Constituições rígidas, como a brasileira de 1988, devem sofrer processo específico para reforma, ciente, ainda, da existência de *cláusulas pétreas*.

De fato, na atuação prática, a aplicação de qualquer norma jurídica precisa sofrer a preliminar *oxigenação constitucional* de viés *garantista*, para aferição da *constitucionalidade material e formal* da norma jurídica. Somente assim se dá a devida *força normativa* à *Constituição*²⁹.

Na esteira, **J.J. Gomes Canotilho** ensina que “*a parametricidade material das normas constitucionais conduz à exigência da conformidade substancial de todos os atos do*

²⁸ STRECK, Lenio Luiz. *Heremenêutica e(m) crise*. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2000, p. 224-225.

²⁹ HESSE, Konrad. *A força Normativa da Constituição*. Porto Alegre : Sérgio Fabris, 1991, p.25, escreve: “*A Constituição não está desvinculada da realidade histórica concreta do seu tempo. Todavia, ela não está condicionada, simplesmente, por essa realidade. Em caso de eventual conflito, a Constituição não deve ser considerada, necessariamente, a parte mais fraca. Ao contrário, existem pressupostos realizáveis que, mesmo em caso de confronto, permitem assegurar a força normativa da Constituição.*”

Estado e dos poderes públicos com as normas e princípios hierarquicamente superiores da Constituição.”³⁰

Com efeito, todos, absolutamente todos os atores jurídicos devem ter para com a Constituição Federal estreita ligação, concretizando-a na sua maior extensão possível, primordialmente no tocante aos *Direitos Fundamentais*. Existe a necessidade orgânica de convergência das práticas jurídicas e sociais aos regramentos Constitucionais relativos aos *Direitos Fundamentais*, estabelecendo-se, portanto, um sistema de garantias simultâneo de preservação e realização. Essa é uma das tarefas do *ator jurídico* garantista no *Estado Democrático de Direito*: tutelar materialmente os direitos e garantias individuais e sociais.

A percepção da Constituição, todavia, merece ser trabalhada de forma democrática, adotando-se, para tanto, a concepção de **Peter Häberle**, segundo o qual a “*Constituição é, nesse sentido, um espelho da publicidade e da realidade (Spiegel der Öffentlichkeit und Wirklichkeit). Ela não é, porém, apenas o espelho. Ela é, se se permite uma metáfora, a própria fonte de luz (Sie ist auch die Lichtquelle). Ela tem, portanto, uma função diretiva eminente.*”³¹.

Assim é que o processo de atribuição de sentido das normas constitucionais não é privilégio do *Monastério dos Sábios*³², mas decorre da agregação de sentido advinda do processo democrático de mediação, realizado no seio da sociedade, com respeito pelas opiniões de todos os membros. Esses podem e devem apresentar alternativas ao processo hermenêutico que deixa de ser algo enclausurado cientificamente para ganhar foro social, protraindo sua discussão aos atores envolvidos pelas práticas sociais, na busca da efetivação do modelo manifestado na Constituição³³.

Esse processo de interpretação transborda os limites formais dos órgãos autorizados, cedendo espaço para aderência de outras práticas e contextos, como o decorrente dos *Direitos Humanos* emanados pelos organismos internacionais, materializados pelos respectivos documentos.

³⁰ CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra : Almedina, p. 956.

³¹ HÄBERLE, Peter. *Hermêutica Constitucional...* p. 34.

³² WARAT, Luis Alberto. *Introdução ao Estudo do Direito, vol. II*. Porto Alegre : Sérgio Fabris, 1995, p. 66, coloca: “*Resumindo a questão colocada, podemos falar de um processo de produção autoritária da subjetividade quando as instituições criam a ilusão de um espaço social homogêneo, transparente e unívoco; um espaço onde os atores sociais ficticiamente se sentem pertencentes a uma Nação, graças ao efeito integrador dado por sua condição de simples consumidores do discurso autorizado; em contrapartida podemos falar de uma produção democrática da subjetividade, quando surge, na sociedade, discursos de reformulação e resistência à disciplina e à vigilância impostas pela cultura oficial. No discurso de resistência, os atores sociais adquirem a estatura de criadores e não mais de consumidores passivos do discurso oficial.*”

³³ HÄBERLE, Peter. *Hermêutica Constitucional ...* p. 36-37.

Adotando-se essa *compreensão aberta da Constituição*, além da interpretação, pode-se invocar justamente essa frente democrática para defender, com maior vigor, a aderência de normas internacionais de *Direitos Humanos*, cotejando-se o impacto no ordenamento jurídico interno, impulsionando, de qualquer sorte, a construção de uma *democracia material*, fulcrada nos *Direitos Fundamentais*³⁴.

No atual estágio do simulacro de *Estado Social* (sonegado) no Brasil, as promessas da modernidade, incluídas as do *Estado Social*, devem ser tuteladas pelo Poder Judiciário, zelando pela efetivação de práticas emancipatórias, evitando-se decisões, condutas e práticas jurídicas desprovidas de substrato constitucional material.

Luiz Werneck Vianna et alli escrevem: “*Em torno do Poder Judiciário vem-se criando, então, uma nova arena pública, externa ao circuito clássico ‘sociedade civil – partidos – representação – formação da vontade majoritária’, consistindo em ângulo perturbador para a teoria clássica da soberania popular. Nessa nova arena, os procedimentos políticos de mediação cedem lugar aos judiciais, expondo o Poder Judiciário a uma interpelação direta de indivíduos, de grupos sociais e até de partidos – como nos casos de países que admitem o controle abstrato de normas – e, um tipo de comunicação em que prevalece a lógica dos princípios, do direito material, deixando-se para trás as antigas fronteiras que separavam o tempo passado, de onde a lei geral e abstrata hauria seu fundamento, do tempo futuro, aberto à inflação do imaginário, do ético e do justo. Tal contexto institucional, dominante, em maior ou em menor medida, nos países ocidentais, além de expressar um movimento de invasão do direito na política e na sociabilidade, tem dado origem a um novo personagem da intelligentzia: os magistrados e os membros do Ministério Público. ‘Guardiães das promessas’, na qualificação de Garapon, em meio ao mundo laico dos interesses e da legislação ordinária, seriam os portadores das expectativas de justiça e dos ideais da filosofia que, ao longo da história do Ocidente, se teriam naturalizado no campo do direito.*”³⁵

Aprofundando o questionamento entre *substancialistas* e *procedimentalistas*, **Lenio Luiz Streck** pondera que, apesar de ambos terem no Poder Judiciário uma função estratégica, os *procedimentalistas* entendem que a função do Poder Judiciário é a de garantir a formação da vontade, mediante procedimentos democráticos: “*Sustentando a tese*

³⁴ FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías...* p. 44-45, aduz: “A partir de ellas será posible mostrar cómo la constitucionalización de los derechos fundamentales llevada a cabo por las constituciones rígidas há producido en este siglo un profundo cambio de paradigma del derecho positivo en relación com el clásico del páleopositivismo jurídico.”

³⁵ WERNECK VIANNA, Luiz et alli. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro : Revan, 1999, p. 22-23.

procedimentalista, Habermas critica com veemência a invasão da política e da sociedade pelo Direito. Tece críticas especialmente ao que denomina de gigantismo do Poder Judiciário, surgido no pós-guerra. Tais fatores coincidiram com o desestímulo para um agir orientado para fins cívicos, o juiz e lei isolados, socialmente perdidos. Como contraponto, Habermas propõe um modelo de democracia constitucional que não se fundamenta nem em valores compartilhados, nem em conteúdos substantivos, mas em procedimentos que asseguram a formação democrática da opinião e da vontade e que exige uma identidade política não mais ancorada em uma ‘ação de cultura’ mas, sim em uma ‘nação de cidadãos’.”³⁶

De outro lado, sobre os substancialistas, aduz o jurista gaúcho: “Em síntese, a corrente substancialista entende que, mais do que equilibrar e harmonizar os demais poderes, o Judiciário deveria assumir o papel de um intérprete que põe em evidencia, inclusive contra maiorias eventuais, a vontade geral implícita no direito positivo, especialmente nos textos constitucionais, e nos princípios selecionados como de valor permanente na sua cultura de origem e na do Ocidente. O modelo substancialista – que, em grande parte aqui subscrevo – trabalha na perspectiva de que a Constituição estabelece as condições do agir político – estatal, a partir do pressuposto de que a Constituição é a explicitação do contrato social. (...) Na perspectiva substancialista, concebe-se ao Poder Judiciário uma nova inserção no âmbito das relações dos poderes de Estado, levando-o a transcender as funções de checks and balances.”³⁷

No âmbito específico da infância e Juventude, **Josiane Rose Petry Veronese** sustenta: *“Diante dessas colocações acerca da interposição de demandas que visam resguardar os interesses afetos à criança e ao adolescente, o tema conduz, também, a uma reflexão de que tal acesso constitui um avanço na construção da cidadania em dois planos: o primeiro, no sentido de que torna mais explícitos os direitos da criança e do adolescente, possibilitando a sociedade uma maior conscientização no que tange ao seu papel de contínua reinvidicação dos citados direitos e interesses. Em segundo lugar, o próprio Poder Judiciário passa a ser encarado com um instrumento de expansão dessa cidadania, pois suas sentenças, se deferidoras dos direitos pleiteados, ensejarão, para a sua eficácia, determinadas realizações por parte do Poder Executivo, notadamente no campo social. As inovações trazidas pelo Estatuto da Criança e do Adolescente devem, gradativamente, revolucionar o*

³⁶ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica e(m)crise...* p. 40. HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade, vol. I.* Rio de Janeiro : Tempo Brasileiro, 1997, p. 330-354.

³⁷ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica e(m)crise...* p.42-43.

modo da família, da sociedade e do Estado de encararem as questões relativas à infância, da sociedade e do Estado de encararem as questões relativas à infância e juventude brasileira. Desse modo, o tema do acesso à Justiça, o qual não pode ser entendido como mera capacidade de ingressar em juízo, tem em seu fundamento a necessidade de uma maior politização por parte das camadas populares. Nesse sentido, o entendimento de que toda pessoa humana é sujeito de direitos faz-se imprescindível na formulação do conceito de cidadania, isto é, como condição que identifica os direitos e garantias dos indivíduos, os quais, já satisfeitos em suas necessidades humanas básicas, tenham condições, quer enquanto indivíduos singularmente considerados, quer enquanto organizados em grupos, de particular, efetivamente, nos destinos da sociedade e da vida política do país.”³⁸

Com efeito, a possibilidade de transformação social pelo Direito, em simetria com o pacto social avivado pela Constituição Federal de 1988 e dos *Direitos Humanos* aderidos (Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança – arts. 28 e 29), representa a mais relevante atuação social do Poder Judiciário de índole *substancialista*. Não é verdade – e nem se está defendendo – que o Poder Judiciário é a salvação de toda situação social. Todavia, exigir o fazer acontecer da Constituição pelo Poder Legislativo, Poder Executivo, administradores públicos e dos próprios membros do Poder Judiciário é o grande papel do ator jurídico, consciente de sua função democrática.

Nesse pensar, ao ator jurídico cabe declarar sua independência em face de posições coisificantes da realidade, (re)lendo os critérios de validade da norma com matiz *garantista*, reconhecendo a validade material das normas ao invés de manter fiel e cego cumprimento às regras simplesmente por serem regras. O aspecto meramente formal cede espaço, no *Estado Democrático de Direito*, ao aspecto material, conforme à Constituição.

Lenio Luiz Streck, referindo-se ao *garantismo*, sustenta: “*Alerte-se – por relevante – que o garantismo é visto, no âmbito e nos (bem delimitados) limites destas reflexões, como uma maneira de fazer democracia dentro do Direito e a partir do Direito. Como ‘tipo ideal’, o garantismo reforça a responsabilidade ética do operador do Direito. É evidente que o garantismo não se constitui em uma panacéia para a cura dos ‘males’ decorrentes de um Estado Social que não houve no Brasil, cujos reflexos arrasadores deve(ria)m indignar os lidadores do Direito. (...) No Brasil, ao contrário, onde o Estado*

³⁸ SILVA, Moacyr Motta da; VERONESE, Josiane Rose Petry. *A tutela jurisdicional dos direitos da criança e do adolescente*. São Paulo : Ltr, 1998, p.157.

*Social foi um simulacro, o garantismo pode servir de importante mecanismo na construção das condições de possibilidades para o resgate das promessas da modernidade.”*³⁹

Deve-se ressaltar que a Constituição Federal de 1988, dita “cidadã”, decorrido pouco mais de dois lustros já foi mutilada por mais de três dezenas de vezes. A sua feição original restou profundamente abalada, com a modificação significativa da estrutura do Estado brasileiro. A par dos aspectos positivos, os negativos se avultam, posto que desconsideraram a estrutura do *Estado Social*, em prol do modelo *Neoliberal*, segundo o qual o Estado cada vez mais diminuiu, apesar de não ter ocorrido o prometido *Welfare State*⁴⁰.

De sorte que a possibilidade de realização do modelo *garantista* está apoiada numa cultura garantística, fundada no respeito aos *Direitos Fundamentais*, tendo como palco de batalhas a jurisdição, mormente Constitucional. A jurisdição passa a ser um lugar do *contra-poder* do modelo *paleopositivista*, buscando-se implementar a racionalidade garantista, a qual nada mais é do que ***cumprir a constituição e suas prioridades, no caso, Educação Infantil.***

Os garantidores desse sistema não podem, portanto, em face de violações ou de ameaças de lesão aos *Direitos Fundamentais* constitucionalmente reconhecidos, manter a indiferença ou admitir passivamente que legislações infraconstitucionais avancem sobre esses bens, sem qualquer levante/resistência constitucional.

Nesse sentido, compete especificamente ao magistrado, no modelo garantista, *renunciar* à função de *boca repetidora* da lei ou mesmo de *corretiva* desta. O magistrado, no modelo positivista tradicional, possui relação formal com a Constituição, demitindo-se - até inconscientemente, às vezes - do dever ético-político de absoluta intimidade com o texto constitucional. Esse magistrado é um burocrata informado pelo arsenal técnico disponibilizado pela dogmática jurídica, valorizador da forma, em desfavor da substância. Acredita, ainda, que a forma é a garantia da eficácia do direito, sem qualquer valoração, cumprindo as normas simplesmente porque existem e têm vigência (aspecto meramente formal). Continua interpretando a Constituição à luz do Código Civil. Renuncia ao irrenunciável: o seu poder-dever de controlar difusamente a constitucionalidade material do ordenamento infraconstitucional, tranqüilizando-se com a mera concordância formal com a Lei Maior.

³⁹ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica e(m) crise..* p. 230.

⁴⁰ CRUZ, Paulo Márcio. *Política, Poder, Ideologia e Estado Contemporâneo.* Florianópolis : Diploma Legal, 2001, p. 235-262.

No paradigma *garantista*, no entanto, o magistrado, como os demais atores jurídicos, assume posição diversa, passando a tutelar não somente a formalidade, mas também (e principalmente) o conteúdo constitucional, fazendo a devida *oxigenação constitucional*.

Luigi Ferrajoli anota: “*a sujeição do juiz à lei já não é de fato, como no velho paradigma juspositivista, sujeição à letra da lei, qualquer que seja o seu significado, mas sim sujeição à lei somente enquanto válida, ou seja coerente com a Constituição. E a validade já não é, no modelo constitucionalista-garantista, um dogma ligado à existência formal da lei, mas uma sua qualidade contingente ligada à coerência — mais ou menos opinável e sempre submetida à valoração do juiz — dos seus significados com a Constituição. Daí deriva que a interpretação judicial da lei é também sempre um juízo sobre a própria lei, relativamente à qual o juiz tem o dever e a responsabilidade de escolher somente os significados válidos, ou seja, compatíveis com as normas constitucionais substanciais e com os direitos fundamentais por elas estabelecidos.*”⁴¹

É a partir dessa nova compreensão do papel do juiz e na mesma linha dos demais atores jurídicos no *Estado Democrático de Direito* e, assim, do reconhecimento de suas funções de garantidores dos *Direitos Fundamentais* inseridos ou decorrentes da Constituição Federal da República, que o ordenamento infraconstitucional deve ser aferido. Com efeito, essa *oxigenação constitucional* pressupõe a compreensão hermenêutica da própria Constituição, principalmente em face da Constituição Federal de 1988, que elencou diversas garantias no âmbito social e coletivo anteriormente sonegados pelos textos Constitucionais do Estado liberal-individualista do Século XIX, como se verifica na educação, família, economia, relações de trabalho e previdência, dentre outras disposições, redundando na supressão e na relativização de liberdades, privilégios e mesmo de direitos anteriormente considerados intocáveis⁴².

5) Com efeito, partindo da *força normativa da Constituição (Häberle)*, de seu aspecto *constitutivo (Streck)*, bem assim do paradigma substancialista da Jurisdição

⁴¹ FERRAJOLI, Luigi. “O Direito como sistema de garantias”. In: OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebíades (org.). *O novo em Direito e Política*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p.90-91.

⁴² Lembre-se que a Constituição Federal foi editada em 1988 e a Saúde e Educação são simulacros de realidade; promessas mitigadas por uma hermenêutica excludente. STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica e(m) Crise...*, p.219, é claro: “*Cometendo infidelidades dogmáticas, há que se ter claro, por exemplo, que, no campo da aplicabilidade das normas constitucionais, não há um dispositivo que seja, em si mesmo, programático ou de eficácia contida ou limitada, como quer o discurso jurídico dominante. Ora, um dispositivo terá ou não determinada eficácia a partir do processo de produção de sentido que exurgirá do processo hermenêutico e que dependerá do jogo de forças de produção de sentido que se travará no respectivo campo jurídico. Esse processo de produção do sentido agrega o processo de circulação e do consumo desse mesmo sentido no interior da comunidade jurídica.*”

(Cappelletti) e do Estado Democrático de Direito de índole garantista (Ferrajoli), guardião dos Direitos Fundamentais (esfera do indecidível), passo a analisar o pleito liminar deduzido.

6) No tocante à possibilidade de concessão de liminar, cuja vedação foi invocada pelo réu, cumpre rejeitá-la. Em complemento à *Convenção Americana de Direitos Humanos*, foi editado o *Protocolo Adicional à Convenção* especificando os direitos sociais, econômicos e culturais, denominado *Protocolo de San Salvador*. Esse documento entrou em vigor em novembro de 1999, quando o décimo primeiro país depositou o termo de ratificação. Preconiza o art. 5º do Protocolo: “*Os Estados Partes só poderão estabelecer restrições e limitações ao gozo e exercício dos direitos estabelecidos neste Protocolo mediante leis promulgadas com o objetivo de preservar o bem-estar geral dentro de uma sociedade democrática, na medida em que não contrariarem o propósito e razão dos mesmos.*”

Mais adiante, no tocante ao direito à educação, fixa no art. 13: “*1. Toda pessoa tem direito à educação. 2. Os Estados Partes neste Protocolo convêm em que a educação deverá orientar-se para o pleno desenvolvimento da personalidade humana e do sentido de sua dignidade e deverá fortalecer o respeito pelos direitos humanos, pelo pluralismo ideológico, pelas liberdades fundamentais, pela justiça e pela paz. Convêm, também, em que a educação deve capacitar todas as pessoas para participar efetivamente de uma sociedade democrática e pluralista, conseguir uma subsistência digna, favorecer a compreensão, a tolerância e a amizade entre todas as nações e todos os grupos raciais, étnicos e religiosos e promover as atividades em prol da manutenção da paz. 3. Os Estados Partes neste Protocolo reconhecem que, a fim de conseguir o pleno exercício do direito à educação: a) **O ensino de primeiro grau deve ser obrigatório e acessível a todos gratuitamente.***”

De sorte que além do disposto nos arts. 205, 208 e 227 da Constituição Federal de 1988, os dispositivos constantes no referido *Protocolo*, em face do art. 5º, § 2º, da mesma Constituição, pela motivação adrede exposta, passam a ser direitos individuais, exercitáveis na maior extensão possível, inclusive em ação civil pública, exigível pelo representante do Ministério Público.

Por outra face, a Lei nº 9.494, de 10 de setembro de 1997, regulamentou o cabimento de medidas antecipatórias – liminares e antecipações de tutela – em face do Poder Público, indicando as vedações (art. 1º) ao disposto nas regras constantes em legislações antecedentes (arts. 5º e 7º da Lei nº 4.348/64; art. 1º da Lei nº 5.021/66 e arts. 1º, 3º e 4º da Lei nº 8.437/92), destacando-se a Lei nº 8.437/92 que veda a concessão de medida liminar contra atos do Poder Público, no procedimento cautelar ou em quaisquer outras ações de natureza cautelar ou preventiva, toda vez que providência semelhante não puder ser concedida

em ações de mandado de segurança, em virtude de vedação legal ou que esgote no todo ou em parte, o objeto da ação.

O Supremo Tribunal Federal, analisando a Lei nº 9.494/97, deixou assentado, em duas oportunidades, por maioria de votos, a constitucionalidade do art. 1º. Essas manifestações ser deram no âmbito da *Ação Direta de Inconstitucionalidade* proposta pelo *Partido Liberal* e na *Ação Declaratória de Constitucionalidade* nº 04. Sem adentrar na discussão sobre a inconstitucionalidade absoluta do art. 1º, à evidência, essa negativa não pode prevalecer sobre os direitos à saúde previstos no *Protocolo de San Salvador*, posto que são normas de caráter constitucional, em face da aderência ao texto do art. 5º, § 2º, da Constituição Federal de 1988, e entraram em vigor em novembro de 1999, ou seja, após a lei ordinária. É que com a vigência do *Protocolo* e fazendo-se a devida *oxigenação constitucional* de viés garantista, há nulidade do art. 1º da Lei nº 9.494/97, desde que aplicada ao espectro fático dos direitos à saúde proclamados no tratado internacional, sem prejuízo de sua discussão em outras hipóteses jurídico-fáticas.

Assim é que sempre que houver violação dos *direitos à educação*, não pode ser invocada a Lei nº 9.494/97 como fator impeditivo da concessão de liminares ou antecipações de tutela em ações tendentes a fazer valer as promessas contidas no *Protocolo de San Salvador*, como por exemplo, vagas nos estabelecimentos de ensino fundamental, utilizando-se, para tanto, do instrumental disponibilizado pela *nulidade parcial sem redução do texto*.

7) O óbice orçamentário e de se tratar de interferência do Poder Judiciário na discricionariedade do administrador público também não procedem.

Apesar da doutrina e a jurisprudência majoritária rejeitarem a atuação do Poder Judiciário no *mérito do ato administrativo*, cabendo apenas discutir a sua legalidade, posto que *a conveniência e a oportunidade não estariam no âmbito decisório do Poder Judiciário*, essa compreensão erigida em tempos autoritários não se sustenta no Estado Democrático de Direito. Isso porque a legitimidade estatal deve ser ponderada pelo Poder Judiciário, sendo absolutamente descabido assistir de camarote – impassível – às violações da Constituição, mormente em Direitos Fundamentais. Se vingar essa tese, *para que serve o Poder Judiciário?* No verdadeiro Estado Democrático de Direito, no qual as promessas individuais e sociais são implementadas (ou pelo menos se tenta), a tarefa pela diminuição da injustiça social e cumprimento das promessas (saúde, **educação**, moradia, segurança, moralidade, etc..) é de todo o Poder Público, rompendo-se com a (ultrapassada) rígida tripartição de poderes

(**Montesquieu**), assumindo-se o Poder único e as diversas funções estatais, executiva, legislativa e judiciária. Esta é a feição do Estado Garantista (**Ferrajoli**)⁴³.

Inexistem mais feudos decisórios. A legitimidade estatal exige que os contrapesos sejam absolutamente eficientes no cumprimento das promessas constitucionais. Por isso o administrador público não tem mais um “*cheque em branco*”, podendo o Poder Judiciário analisar o cumprimento dos *Direitos Fundamentais* e as *Garantias* dos cidadãos.

Luiz Henrique Urquhart Cademartori⁴⁴, partindo da Teoria Garantista, discorre: “*Com respeito a como deva ser concebida a discricionariedade num enfoque garantista, esta deve ser observada em dois níveis diferentes dentro do ordenamento jurídico. No primeiro nível, considera-se a discricionariedade em abstrato, a qual não pode deixar de ser plenamente aceita no ordenamento. Isto porque, dentro do sistema normativo, a lei em tese faculta muitas vezes ao agente público a adoção de medidas em uma ou outra direção, ou de uma ou de outra forma, transferindo-lhe a competência para interpretar o sentido da lei que ordena a adoção da providência de natureza mais adequada ao interesse social conforme a situação apresentada. Justifica-se tal âmbito de discricionariedade, em função de que se encontra superado o antigo modelo burocrático-administrativo descrito por Weber, no qual o agente público era concebido como simples autômato, executor de regulamentos detalhados e precisos, caracterizando a função administrativa como simples execução direta da lei. Tal visão, hoje, é substituída pelo modelo descentralizado de gestão administrativa, o qual confere às diversas unidades da Administração Pública, uma ampla autonomia no desempenho de funções da sua competência a qual se baseia na possibilidade de adoção de medidas autônomas dentro de parâmetros gerais fixados pela lei. Agora, considerando um segundo nível da discricionariedade, ou seja, no campo de aplicação concreta, entende-se que, implementada medida, caso a destinatário alegue lesão a direitos, o ato administrativo será levado à via judicial devendo ser aqui amplamente analisada pelo julgador. Portanto, o juiz não somente pode como deve apreciar - não se confunde com a substituição de decisões - na sua inteireza, quaisquer atos oriundos do poder público, tendo como parâmetros as garantias constitucionais e os direitos fundamentais cuja diretriz política estará referida à primazia do*

⁴³ CADEMARTORI, Sérgio. *Estado, Direito e Legitimidade – uma abordagem garantista*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p.87, remata: “*Uma organização jurídica pode-se dizer garantista quando inclui estruturas e institutos aptos a sustentar, oferecer reparo, defesa e tutela das liberdades individuais e aos direitos sociais e coletivos. Um operador jurídico dir-se-á garantista quando dedica a sua atividade a aumentar o número ou a eficácia das estruturas e instrumentos oferecidos pelo sistema jurídico para tutelar e promover aquelas liberdades e aqueles direitos.*”

⁴⁴ CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart. *Discricionariedade Administrativa*. Curitiba : Juruá. 2001, p. 180-1.

administrado frente à administração. Para efetuar tal controle, deverá o órgão judiciário considerar os pressupostos de validade do ato em questão (motivo, a finalidade e causa), verificando se foi observada uma relação de adequação axiológico-constitucional, do ato administrativo, com aquilo que, no caso concreto possa ser o razoável, proporcional, moral, de interesses do cidadão e demais exigências principiológicas. Portanto, sob o parâmetro garantista de validade, deverão ser observados todos os aspectos substanciais dados medidas do poder público, discricionários ou não, em consonância com os direitos fundamentais do ponto de vista axiológico”

Com efeito, o Poder Judiciário **deve** analisar a destinação de recursos públicos que desconsideram a **prioridade absoluta** prevista no ECA, reordenando e exigindo que os investimentos públicos sejam feitos em conformidade com a Constituição Federal. A liberdade do administrador público em Construir Estádios de Futebol para utilização de agremiações privadas e mesmo com a manutenção de programas especiais, como a Escola do Teatro *Bolshoi*, pressupõe que a população carente esteja minimamente atendida. Não se pode aceitar a aplicação de dinheiro público com programas especiais, enquanto a pobreza continua sem escola, saúde e saneamento básico, dentre outros direitos só-negados. **O administrador público pode escolher suas prioridades discricionariamente somente depois de cumprir com o básico; enquanto não fizer, vedada se mostra a destinação de recursos para finalidades fomentadoras da iniciativa privada. E isso não precisava nem ser dito!**

8) No caso presente, pelos documentos enviados pelo Secretário Municipal da Educação e Cultura (f.35/46), a população carente de Joinville no montante reconhecido pelo réu de 2.948 crianças (f.36), não têm e não terá o Direito Fundamental de Educação, não obstante o orçamento geral do Município tenha numerário para tanto, porque preferiu-se gastar com outras iniciativas, dentre elas a Construção do Estádio e programas Especiais, tudo de forma **inconstitucional**. Destaco que não se trata de criticar as iniciativas especiais, como o Teatro Bolshoi. O que é preciso que se diga é que enquanto existir criança fora da escola, excluída da sociedade, o Município está vedado de realizar esse investimento. É preciso levar a Constituição e os cidadãos pobres à sério!

Com razão o representante do Ministério Público, Promotor de Justiça **Francisco de Paula Fernandes Neto** - ao afirmar: “*Comprovou-se, então, que o Município de Joinville dispõe de recursos orçamentários para atendimento da necessidade ora perseguida mas, ignorando a prioridade absoluta em assegurar às crianças residentes em Joinville o direito à educação (art. 227, Carta Magna), a salvo de toda forma de negligência – inclusive a presentemente analisada – prefere empregar estes recursos noutras finalidades... A*

velocidade com que a municipalidade pretende fazer frente à demanda atual (2,4% ao ano, em relação às crianças na idade entre 0 e 3 anos; 5% ao ano, em relação às crianças na idade entre 3 e 6 anos) permite concluir que a grande maioria das atualmente discriminadas e negligenciadas crianças – em evidente situação de risco por omissão da Administração Municipal de Joinville – jamais terão garantidas o acesso à educação infantil, posto que atingirão a idade de 7 anos antes que se disponha de vagas suficientes para acolhê-las pela rede existente. Além disto, fica evidente que a demanda que necessariamente surgirá, decorrente do crescimento populacional, não será integralmente atendida – se mantido o atual estado de coisas. A exemplo, expediente do Conselho Tutelar – Região Norte (Ofício nº 078/01, de 09 de agosto de 2001, anexo) dava conta, já em 2001, que a lista de espera então era na ordem de 2.119 crianças! Apesar da “construção/ampliação” executada de dois CEIs (Bom Retiro e Floresta, Memorando nº 291-GAB, de 18 de junho de 2002, cópia anexa) ao final do ano de 2002, a demanda reprimida subira para 2.948 crianças prejudicadas.” (f.05/06).

Nesse pensar, está comprovado documentalmente que o réu favorece o futebol de Joinville com 1.750.000,00 enquanto para os CEIs, com reconhecidas 2.948 (no mínimo) sem aulas, com seus direitos vilipendiados, na rua, sem o cumprimento da Constituição Federal (CF, 208 e 227) e Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA (art. 4º), prevê apenas R\$680.000,00 (seiscentos e oitenta mil reais). Logo, o problema não é de falta de recursos, mas de direcionamento e, reiterar-se, o Poder Judiciário tem absoluta legitimidade para determinar o cumprimento da Constituição Federal e do Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA.

9) Em sendo, portanto, o Direito à Educação Fundamental e prioridade absoluta, seu cumprimento é imediato. O discurso sobre normas programáticas é ultrapassado, não sendo mais aceito pela doutrina constitucional responsável e *garantista*⁴⁵. Resultado disso, como bem indicou o eminente Des. **Orli Rodrigues** (Apelação Cível em Mandado de Segurança n. 98008506-3 , da Capital) é que: “*O direito ao acesso gratuito ao ensino básico e fundamental, cuida não de norma programática, mas cogente. Na obrigação estatuída pela Lei Fundamental reside o direito líquido e certo do impetrante*”

De sorte que está evidenciada com fortes tintas a *fumaça do bom direito*, consistente na obrigação do réu em cumprir as disposições legais antes indicadas no sentido

⁴⁵ Conferir: SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. São Paulo : RT, 1982; CATTONI, Marcelo. *Direito Processual Constitucional*. Belo Horizonte : Mandamentos, 2001, p. 183; STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica e(m) Crise...*, p.219.

de proporcionar o Ensino Fundamental às crianças de Joinville, bem como o *perigo da demora* avivado pela existência de pelo menos 2.948 crianças (número reconhecido pelo réu) desprovidas de Direito (Fundamental) à Educação. Dito de outra forma, a atuação do réu, diante das normas vigentes, viola o disposto na Constituição Federal (arts. 6º, 205; 208, IV, §2º e 227); o Estatuto da Criança e Adolescente (arts. 4º; 53; e 54, I, §2º) e a Lei de Diretrizes e Base da Educação Nacional (Lei 9.394/96, arts. 4º, I e 11, V).

10) Por tais razões, **CONCEDO em parte** a liminar requerida para:

a) **determinar** que o réu abra matrícula para todas as **2.948** (duas mil, novecentos e quarenta e oito) crianças em fila de espera em educação infantil, no prazo de **45 dias**, razoável para adequação do sistema próprio, conveniado ou contratado, respeitadas as demais disposições legais, dentre elas de número de crianças em sala de aula;

b) **cominar**, nos termos do art. 213, § 1º do ECA, multa mensal de 1 (hum) salário mínimo por vaga não preenchida, até o limite de 2.948 vagas, revertendo os valores ao Fundo Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente;

c) *Cite-se, ademais, o réu para apresentação de resposta, no prazo de Lei.*

d) *Cumpra-se.*

Joinville, 12 de maio de 2003.

Alexandre Morais da Rosa - Juiz de Direito

ANEXO C**ACÓRDÃO E VOTO DO RECURSO ESPECIAL N.º 493.811-SP**

RECURSO ESPECIAL N.º 493.811 - SP (2002/0169619-5)

RELATORA : MINISTRA ELIANA CALMON

RECORRENTE : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

RECORRIDO : MUNICÍPIO DE SANTOS

PROCURADOR : RENATA HELCIAS DE SOUZA ALEXANDRE FERNANDES E
OUTROS

EMENTA

ADMINISTRATIVO E PROCESSO CIVIL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – ATO ADMINISTRATIVO DISCRICIONÁRIO: NOVA VISÃO.

1. Na atualidade, o império da lei e o seu controle, a cargo do Judiciário, autoriza que se examinem, inclusive, as razões de conveniência e oportunidade do administrador.
2. Legitimidade do Ministério Público para exigir do Município a execução de política específica, a qual se tornou obrigatória por meio de resolução do Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente.
3. Tutela específica para que seja incluída verba no próximo orçamento, a fim de atender a propostas políticas certas e determinadas.
4. Recurso especial provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da SEGUNDA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, por maioria, vencido o Sr. Ministro Francisco Peçanha Martins, conhecer do recurso e lhe dar parcial provimento, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros João Otávio de Noronha e Castro Meira votaram com a Sra. Ministra Relatora. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Franciulli Netto.

Brasília-DF, 11 de novembro de 2003(Data do Julgamento)

MINISTRA ELIANA CALMON - Relatora

EMENTA / ACÓRDÃO - DJ: 15/03/2004

RECURSO ESPECIAL Nº 493.811 - SP (2002/0169619-5)
RECORRENTE : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
RECORRIDO : MUNICÍPIO DE SANTOS
PROCURADOR : RENATA HELCIAS DE SOUZA ALEXANDRE FERNANDES E
OUTROS

RELATÓRIO

A EXMA. SRA. MINISTRA ELIANA CALMON:

O Ministério Público do Estado de São Paulo ajuizou ação civil pública objetivando compelir a Prefeitura Municipal de Santos a implantar serviço oficial de auxílio, orientação e tratamento de alcoólatras e toxicômanos.

A sentença julgou improcedente a ação e o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo decidiu em acórdão assim ementado:

APELAÇÃO CÍVEL - Ação civil pública - Obrigação de Fazer - Implantação de programa para atendimento de crianças e adolescentes viciados no uso de entorpecentes e inclusão de previsão orçamentária respectiva, com adoção de providências administrativas cabíveis - Sentença de improcedência, sob argumento de que o Município já vem oferecendo este programa - Inadmissibilidade - Necessidade de observância de resolução baixada pelo Conselho Municipal de Direitos da Criança e do Adolescente - Programa oferecido que, em última análise, não atende aos casos crônicos, por não prever tratamento mais acurado, com internação, se necessária - Dever do Poder Público em dar cumprimento às normas programáticas previstas na Constituição Federal - Vinculação e efetividade dessas normas - Implantação de programa e inclusão de previsão orçamentária determinada, assim como adoção de todas providências indispensáveis à sua efetivação - Desacolhimento da argumentação de que há intromissão indevida do Judiciário na esfera de atuação do Executivo - Necessidade, no entanto, de que seja fixado prazo para cumprimento de todos os pedidos - Recurso provido. (fl. 857).

Interpostos embargos infringentes, foi revertido o julgamento, restando improcedente a demanda, *verbis*:

MENOR - Embargos infringentes interpostos contra acórdão proferido pela Câmara Especial, em recurso de apelação da Municipalidade de Santos. Ação civil pública, objetivando a

criação de programa oficial de auxílio, orientação e tratamento de alcoólatras e toxicômanos. Conveniência e oportunidade do Poder Público. Ato discricionário da administração. Embargos infringentes acolhidos. (fl. 919)

A Câmara Especial, julgando embargos de declaração, acolheu-os em parte para fins de prequestionamento.

Inconformado, interpôs o Ministério Público Estadual o presente recurso, com fulcro na alínea "a" do permissivo constitucional, alegando ofensa aos arts. 4º, parágrafo único, alíneas "c" e "d", 88, II, 101, VI, 208, VII e 213, todos do Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA.

Afirma, em síntese, que: tais dispositivos encontram-se em perfeita sintonia com os arts. 227, a), caput e §§ 1º, 3º, VII, 7º, 204, caput e inciso I e 30, caput e inciso VII, todos da Constituição Federal; b) o Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente do Município de Santos baixou a Resolução Normativa 04/97, deliberando sobre a necessidade de criação de programas governamentais de atendimento previstos no ECA, notadamente para atendimento a alcoólatras e toxicômanos; c) após instauração de inquérito civil pela Promotoria de Justiça da Infância e da Juventude da Comarca de Santos, conclui-se que havia insuficiência grave no atendimento de crianças e adolescentes com problemas de drogadição e que a Municipalidade mostrava-se renitente em cumprir a deliberação do Conselho Municipal; d) esgotadas todas as tentativas de resolução pela via extrajudicial, o Ministério Público houve por bem ingressar com a presente ação civil pública, cumprindo sua obrigação de zelar pelo efetivo respeito aos direitos e garantias legais assegurados às crianças e adolescentes, promovendo as medidas judiciais e extrajudiciais cabíveis (art. 201, VIII do ECA).

Aduz que a demanda visa unicamente o cumprimento de imperativo legal em consonância com deliberação normativa emanada do Conselho Municipal, cujas determinações vinculam a vontade do administrador público (art. 88, II do ECA) e que, por isso, não é o autor ou o Judiciário que pretendem determinar que o Prefeito, na elaboração das futuras leis orçamentárias, destine recursos suficientes para a execução de projeto destinado ao tratamento da drogadição de crianças, adolescentes e respectivos pais, mas sim a Constituição Federal, o ECA e o próprio Conselho Municipal.

Alega que, em se tratando de omissão administrativa e de lesão ou ameaça a direito perpetrada pelo próprio Estado, não está o Judiciário impedido de apreciá-la ou decidí-la em consonância com o bom direito, sendo perfeitamente cabível esta ação civil pública para

o fim colimado, não se cogitando de ofensa ao poder discricionário da Administração, por se tratar de obrigação legalmente imposta à liberdade de atuação do administrador, cuja discricionariedade existe tão-somente quanto à forma de cumprimento do ditame legal, não cabendo a invocação para furtar-se a um dever legalmente imposto. Neste aspecto, lembra o recorrente que a sentença não determinou a realização de atos físicos de administração (obras e contratações) e nem estabeleceu os valores que deveriam ser consignados no orçamento municipal, apenas determinou que fosse suprida a omissão administrativa.

Após as contra-razões, subiram os autos, admitido em parte o especial na origem.

Ouvido, opinou o Ministério Público Federal pelo provimento do recurso.

Relatei.

VOTO

A EXMA. SRA. MINISTRA ELIANA CALMON (RELATORA):

A Constituição Federal de 1988 revolucionou o Direito Administrativo brasileiro, ao substituir o modelo de Estado liberal, traçado na Era Vargas, para o Estado social e democrático de direito.

No primeiro, o Estado se distanciava da vida econômica, social e religiosa dos indivíduos, mantendo-os independentes em relação a ele, que estava presente para garantir-lhes essa independência, interferindo minimamente e deixando que a sociedade seguisse, como ordem espontânea dotada de racionalidade imanente.

Mas o novo modelo emancipou a sociedade em relação ao Estado, reaproximando-os. Daí o surgimento das políticas intervencionistas, como contraponto de uma sociedade que se politiza.

As transformações no modo de atuar do Estado, alteraram a estrutura da sociedade, acarretando a diluição dos limites entre o Estado e sociedade, vinculados por um número crescente de inter-relações. No dizer de Bobbio, "o Estado e a sociedade atuam como dois momentos necessários, separados, mas contíguos, distintos, mas interdependentes do sistema social em sua complexidade e articulação interna".

O novo modelo ensejou a multiplicação de modos de solução de problemas, mediante negociações, acordos, protocolos de intenções. Esse intrincamento de vínculos torna impossível a previsão, em normas legais, de todas as diretrizes de conduta a serem observadas e de soluções a serem adotadas.

Essa digressão sociológica é importante para direcionar o raciocínio de que não é mais possível dizer, como no passado foi dito, inclusive por mim mesma, que o Judiciário não

pode imiscuir-se na conveniência e oportunidade do ato administrativo, adentrando-se na discricionariedade do administrador. E as atividades estatais, impostas por lei, passam a ser fiscalizadas pela sociedade, através do Ministério Público, que, no desempenho de suas atividades precípuas, a representa.

Dentre as numerosas funções, estão as constantes do Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei 8.069/90, especificamente, de interesse nestes autos a de zelar pelo efetivo respeito aos direitos e garantias legais assegurados às crianças e adolescentes. Daí a legitimidade do MINISTÉRIO PÚBLICO e a irrecusável competência do Poder Judiciário, porquanto estabelecida a responsabilidade estatal na Resolução Normativa 4/97, baixada pelo Conselho Municipal de Direitos da Criança e do Adolescente, seguimento social em destaque para agir em parceria com o Estado, nos termos do art. 88, II, do ECA.

Consequentemente, tenha-se presente que o pleiteado pelo MINISTÉRIO PÚBLICO não foi fruto de sua ingerência. O pedido foi a implementação de um programa adrede estabelecido por um órgão do próprio município, o Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente, com função normativa fixada em conjugação com o Estado (Município) e a sociedade civil.

O descumprimento à Resolução 4/97 foi apurado pelo MINISTÉRIO PÚBLICO, via inquérito civil, no qual ficou concluída a insuficiência no atendimento às crianças e adolescentes com problemas de uso de drogas.

Diante da omissão governamental pleiteou: a) inserção em plano plurianual e na lei orçamentária anual, com destinação privilegiada de recursos públicos para o programa;

e b) observância da Resolução 4/97 e das Constituições, Federal e Estadual e da Lei Orgânica do Município; c) inclusão no orçamento de previsão de recursos à implementação do programa de atendimento aos viciados, nos termos do projeto.

Consequentemente, até aqui, conclui-se que não se pode alegar ilegitimidade do MINISTÉRIO PÚBLICO, ou inserção do Judiciário na esfera administrativa, como tradicionalmente acontecia, consoante os arestos seguintes:

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. CONSTITUIÇÃO DIRIGENTE E PROGRAMÁTICA. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. AÇÃO CIVIL PUBLICA PARA OBRIGAR O GOVERNO GOIANO A CONSTRUIR UM CENTRO DE RECUPERAÇÃO E TRIAGEM. IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA. RECURSO ESPECIAL NÃO CONHECIDO.

1. O Ministério Público do Estado de Goiás, com base nas Constituições Federal e Estadual e no art. 4. do Estatuto da Criança e do adolescente, ajuizou ação civil publica para compelir o governo estadual a construir um centro de recuperação e triagem, em face de prioridade genericamente estabelecida. O TJ/GO, em apelação, decretou a carência da ação por impossibilidade jurídica.
2. A Constituição Federal e em suas águas a Constituição do Estado de Goiás são "dirigentes" e "programáticas". Têm, no particular, preceitos impositivos para o legislativo (elaborar leis infraconstitucionais de acordo com as "tarefas" e "programas" pré-estabelecidos) e para o judiciário ("atualização constitucional"). Mas, no caso dos autos as normas invocadas não estabelecem, de modo concreto, a obrigação do executivo de construir, no momento, o centro. Assim, haveria uma intromissão indébita do poder judiciário no executivo, único em condições de escolher o momento oportuno e conveniente para a execução da obra reclamada.
3. Recurso especial não conhecido . Decisão recorrida mantida. (REsp 63.128, Rel. Min. Adhemar Maciel, Sexta Turma, unânime, julgado 11/3/1996, DJ 20/5/1996)

ADMINISTRATIVO. PROCESSO CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA.

1. O Ministério Público está legitimado para propor ação civil pública para proteger interesses coletivos.
2. Impossibilidade do juiz substituir a Administração Pública determinando que obras de infra-estrutura sejam realizadas em conjunto habitacional. Do mesmo modo, que desfaza construções já realizadas para atender projetos de proteção ao parcelamento do solo urbano.
3. Ao Poder Executivo cabe a conveniência e a oportunidade de realizar atos físicos de administração (construção de conjuntos habitacionais, etc.). O Judiciário não pode, sob o argumento de que está protegendo direitos coletivos, ordenar que tais realizações sejam consumadas.
4. As obrigações de fazer permitidas pela ação civil pública não têm força de quebrar a harmonia e independência dos Poderes.
5. O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário está vinculado a perseguir a atuação do agente público em campo de obediência aos princípios da legalidade, da moralidade, da eficiência, da impessoalidade, da finalidade e, em algumas situações, o controle do mérito.
6. As atividades de realização dos fatos concretos pela administração dependem de dotações orçamentárias prévias e do programa de prioridades estabelecidos pelo governante. Não cabe ao Poder Judiciário, portanto, determinar as obras que deve edificar, mesmo que seja para proteger o meio ambiente.
7. Recurso provido. (REsp 169.876, Rel. Min. José Delgado, Primeira Turma, unânime, julgado 16/6/1998, DJ 21/9/1998)

CONSTITUCIONAL - ADMINISTRATIVO - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - PODER DISCRICIONÁRIO DA ADMINISTRAÇÃO - EXERCÍCIO PELO JUIZ - IMPOSSIBILIDADE - PRINCÍPIO DA HARMONIA ENTRE OS PODERES.

O juiz não pode substituir a Administração Pública no exercício do poder discricionário. Assim, fica a cargo do Executivo a verificação da conveniência e da oportunidade de serem realizados atos de administração, tais como, a compra de ambulâncias e de obras de reforma de hospital público. O princípio da harmonia e independência entre os Poderes há de ser observado, ainda que, em tese, em ação civil pública, possa o Município ser condenado à obrigação de fazer. Agravo a que se nega provimento. (REsp 252.083, Rel. Min. Nancy Andrichi, Segunda Turma, unânime, julgado 31/5/2000, DJ 26/3/2001)

A alegação do Município de que enfrenta dificuldades financeiras, com falta de recursos necessários, segundo minha visão, é de absoluta impertinência, como também impertinente a visão do TJ/SP, ao proclamar em sede de embargos infringentes: MENOR — Embargos infringentes interpostos contra acórdão proferido pela Câmara Especial, em recurso de apelação da Municipalidade de Santos. Ação civil pública, objetivando a criação de programa oficial de auxílio, orientação e tratamento de alcoólatras e toxicômanos. Conveniência e oportunidade do Poder Público. Ato discricionário da administração. Embargos infringentes acolhidos. (fl. 919)

É interessante observar que o relator, ao proferir o seu voto-vencedor deixou registrado: "Deve-se, ainda, relevar que a matéria envolve questões de orçamento e disponibilidade do erário público com dotação específica para implantação de meios para a efetivação das medidas pleiteadas. Tal ponto é de iniciativa do Executivo, sujeito a alterações pelo Legislativo, o que, como já dito, caso haja determinação do Poder Judiciário nesse sentido, haveria uma intromissão nos poderes administrativos do Executivo."

A posição do TJ/SP deixa a reboque do Executivo Municipal fazer ou não fazer o determinado pelos seus órgãos, pela Lei Orgânica e pela Constituição, bastando, para o non facere, escudar-se na falta de verba. Se não havia verba, porque traçou ele um programa específico? Para efeitos eleitoreiros e populares ou pela necessidade da sociedade local?

O moderno Direito Administrativo tem respaldo constitucional suficiente para assumir postura de parceria e, dessa forma, ser compelido, ou compelir os seus parceiros a cumprir os programas traçados conjuntamente.

Com essas considerações, dou provimento ao recurso especial para julgar procedente em parte a ação ministerial, determinando seja reativado em sessenta dias o

programa constante da Resolução 4/97, devendo ser incluído no próximo orçamento Municipal verba própria e suficiente para atender ao programa.

É o voto. (fl. 921)