



**UNIVERSIDADE FEDERAL DE ALAGOAS - UFAL
FACULDADE DE DIREITO DE ALAGOAS - FDA
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO - PPGD
MESTRADO EM DIREITO PÚBLICO**

ANA LUIZA NOGUEIRA DE ARAÚJO

**A PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DAS CRIANÇAS E DOS
ADOLESCENTES: UMA ANÁLISE DA (DES)JURIDICIZAÇÃO
FÁCTICA NO MUNICÍPIO DE MACEIÓ**

**Maceió
2009**

ANA LUIZA NOGUEIRA DE ARAÚJO

**A PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DAS CRIANÇAS E DOS
ADOLESCENTES: UMA ANÁLISE DA (DES)JURIDICIZAÇÃO
FÁCTICA NO MUNICÍPIO DE MACEIÓ**

**Dissertação apresentada ao programa de Pós-
Graduação em Direito Público da Faculdade de
Direito de Alagoas – Ufal, como requisito parcial
à obtenção do grau de Mestre.**

**Orientador: Prof. Dr. George Sarmento Lins
Júnior.**

**Maceió
2009**

Catálogo na fonte
Universidade Federal de Alagoas
Biblioteca Central
Divisão de Tratamento Técnico
Bibliotecária Responsável: Betânia Almeida dos Santos

A663p Araújo, Ana Luiza Nogueira de.
A proteção constitucional das crianças e dos adolescentes : uma análise da
(des)juridicização fática no município de Maceió / Ana Luiza Nogueira de
Araújo, 2009.
127 f.

Orientador: George Sarmento Lins Júnior.
Dissertação (mestrado em Direito) – Universidade Federal de Alagoas.
Programa de Pós-Graduação em Direito. Maceió, 2009.

Bibliografia: f. 118-125.
Anexos: p. 126-127.

1. Direitos fundamentais – Crianças e adolescentes. 2. Prioridade absoluta.
3. Tutela jurisdicional diferenciada. 4. Políticas públicas. I. Título.

CDU: 342.7-053.2/.6

ANA LUIZA NOGUEIRA DE ARAÚJO

A PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DAS CRIANÇAS E DOS ADOLESCENTES: UMA ANÁLISE DA (DES)JURIDICIZAÇÃO FÁCTICA NO MUNICÍPIO DE MACEIÓ

Dissertação apresentada ao programa de Pós-Graduação em Direito Público da Faculdade de Direito de Alagoas – Ufal, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre.

Orientador: Prof. Dr. George Sarmento Lins Júnior.

A Banca Examinadora composta pelos professores abaixo, sob a presidência do primeiro, submeteu a candidata à defesa em nível de Mestrado e a julgou nos seguintes termos:


Prof. Dr. Alberto Jorge Correia de Barros Lima

Julgamento: Aprovada com distinção Assinatura: 

Profa. Dra. Olga Jubert Gouveia Krell

Julgamento: Aprovada com distinção Assinatura: 

Profa. Ph.D. Erivalva Medeiros Ferreira

Julgamento: Erivalva Medeiros Ferreira Ph.D. Assinatura: 

Aprovada com distinção

Menção Geral: Aprovada com distinção

Coordenador de Curso:

Dr. George Sarmento Lins Júnior

Maceió, 24 de abril de 2009.

DEDICATÓRIA

À criança A.J.S., garoto de rua de apenas 06 (seis) anos de idade, vítima de violência sexual praticada por um adulto, descaso da família e omissão do Poder Público. Na delegacia, ouvido como vítima, disse que sua vontade era pegar uma arma e atirar em uma autoridade. A sua invisibilidade perante o mundo tornou-o rude com todos. Afinal, somos também responsáveis por essa marca indelével deixada pela ausência de infância.

AGRADECIMENTOS

Agradeço, inicialmente, a **Deus**, sem o qual nada disso seria possível. E também por ter me dado a benção de estar gerando a já querida Heloísa.

A **Leyde** (*in memoriam*), pelo grande e belo exemplo de vida, e pela presença constante em todos os meus momentos, ainda que no pensamento.

Aos meus **pais**, pelo incentivo e por propiciarem condições e êxito na formação acadêmica e profissional.

A **Durval**, companheiro de todas as horas, pela compreensão e apoio, capazes de tornar essa tarefa menos árdua.

Ao Professor Doutor **George Sarmiento**, por sua profícua e sempre válida orientação, primordial para a conclusão desta etapa. Seu auxílio foi essencial no aprimoramento da pesquisa.

Aos Professores Doutores **Andreas Krell, Maria da Graça Gurgel, Alberto Jorge Correia e Olga Jubert Krell**, por todas as informações valiosas ministradas durante as aulas no Mestrado, as quais corresponderam à ajuda inestimável na conclusão deste trabalho acadêmico.

Aos **amigos** da turma do Mestrado, pela solidariedade de todos. Especialmente a **Daniele** pela amizade.

À competente **Giovanna Codá**, assistente administrativa, pela dedicação ao Mestrado em Direito da Ufal, e, sobretudo, pelo apoio e adminículo prestados, buscando sempre condições propícias ao desenvolvimento das pesquisas.

A **Lourdes**, escritã de polícia, pela colaboração na coleta de dados.

RESUMO

A presente dissertação tem como escopo a análise da proteção constitucional brasileira aos direitos fundamentais de crianças e adolescentes, valendo-se de uma perspectiva axiológica, dogmática e sociológica. Nesse último aspecto, o estudo refere-se, principalmente, ao tratamento estatal ofertado no município de Maceió. O desiderato da primeira perspectiva é a demonstração da mudança paradigmática ínsita na abordagem do direito da criança e do adolescente, num exame do ordenamento jurídico brasileiro. Efetivamente, a análise jurídica do tema pode ser estudada sob o prisma da crise paradigmática, pois de um lado tem-se o que se convencionou chamar de velho paradigma, representando toda a produção legislativa pertinente à doutrina da situação irregular, e, a partir da Constituição Federal, surge um novo sistema calcado na participação popular e na mobilização social. É dada ênfase, também, ao regime constitucional e sua repercussão na legislação ordinária dos direitos de crianças e adolescentes, a partir do conceito materialmente aberto dos direitos fundamentais e da superação nessa área da dicotomia entre os direitos individuais, ou de defesa, e os direitos sociais, reputados como prestacionais. Ademais, apresenta uma análise do sistema estatal hodierno, com vistas a assegurar a efetividade do consagrado constitucionalmente, sendo dada especial atenção à realidade existente no município de Maceió, mormente nos mecanismos de proteção especial e nas políticas de atendimento. Nessa seara, evidencia sua ineficácia, diante da incipiente jurisprudência garantidora da prioridade absoluta, além das dificuldades encontradas na estrutura organizacional de proteção à infância, com investimento financeiro insuficiente e necessidade de capacitação funcional. Os dados estatísticos acerca da violência contra crianças e adolescentes praticada por adultos (penalmente imputáveis) na capital alagoana também comprovam a necessidade de intervenção estatal.

Palavras-chave: Direitos fundamentais de crianças e adolescentes; Prioridade absoluta; Tutela jurisdicional diferenciada; Políticas públicas.

ABSTRACT

The scope of this paper is to assess how far the Brazilian constitution goes in protecting the fundamental rights of children and teenagers. Such is accomplished through an axiologic, dogmatic, and sociological perspective. This latter aspect mainly concerns the services provided by the public sector in the city of Maceió. By examining the Brazilian juridical framework, the first perspective is aimed at showing the paradigmatic change when approaching the rights of children and teens. A juridical analysis of the topic may effectively be made through the prism of the paradigmatic crisis. After the promulgation of the new Federal Constitution, the so-called old paradigm, representing the entire legislative output pertaining to the doctrine of irregular situation, was superseded by a new system based on popular participation and social mobilization. Emphasis is also given to the constitutional regime and its repercussion upon ordinary legislation concerning the rights of children and teens. It begins with the broad concept of fundamental rights and of resolving the dichotomy between rights of the individual, of defense, and social rights. The paper also analyzes the modern state system in an attempt to ensure the effectiveness of that which is constitutionally accepted, with special attention given to the situation encountered in the city of Maceió, primarily on how to deal with the public and those mechanisms that afford special protection. Its inefficacy is thus made clear in view of incipient jurisprudence to secure absolute priority, in addition to difficulties in the organizational structure of childhood protection as well as the lack of funds and qualified personnel. Statistics about violence against children and teens perpetrated by adults (criminally imputable) in the state capital of Alagoas have also attested to the need for public intervention.

Keywords: Fundamental rights of children and teens; Absolute priority; Differentiated jurisdictional protection; Public policies.

SUMÁRIO

| | |
|--|-----------|
| INTRODUÇÃO | 10 |
| PARTE I: PRISMA AXIOLÓGICO | 15 |
| CAPÍTULO I: O VELHO E O NOVO PARADIGMA NO ÂMBITO DOS DIREITOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE | 16 |
| 1.1 Direitos da criança e do adolescente e Estado Democrático de Direito | 16 |
| 1.1.1 Estado Democrático de Direito e emergência histórica dos direitos fundamentais | 16 |
| 1.1.2 Infância e legalidade democrática | 20 |
| 1.1.3 O Direito e a necessária luta por direitos | 22 |
| 1.2 A trajetória do regime jurídico da infância e juventude | 24 |
| 1.2.1 Crianças x estatísticas | 24 |
| 1.2.2 O antigo paradigma – uma evolução legislativa no ordenamento pátrio | 28 |
| 1.2.3 Ruptura e crise paradigmática – em busca do atual saber jurídico | 31 |
| CAPÍTULO II: A PROTEÇÃO INTERNACIONAL DOS DIREITOS DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES | 34 |
| 2.1 A construção da cidadania internacional | 34 |
| 2.1.1 Crianças e adolescentes cidadãos? – por uma noção adequada de cidadania | 34 |
| 2.1.2 Classificação como direitos fundamentais supra-estatais | 38 |
| 2.2 A capacidade processual internacional | 40 |
| 2.2.1 Direito internacional dos direitos humanos | 40 |
| 2.2.2 Os direitos da infância e da juventude nos instrumentos internacionais | 42 |

PARTE II: PRISMA DOGMÁTICO ----- 48

**CAPÍTULO III: DIREITOS FUNDAMENTAIS DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES
E SUA POSITIVAÇÃO NA CARTA DE 1988 -----49**

3.1 O regime constitucional dos direitos da criança e do adolescente ----- 49

3.1.1 Sistema de direitos fundamentais aberto e flexível ----- 49

3.1.2 A superação da dicotomia direitos individuais x direitos sociais -----55

3.1.3 Tomada de posição acerca do art. 227 da Constituição Federal -----59

3.2 O art. 227 como sustentáculo à legislação infraconstitucional -----60

3.2.1 Os direitos fundamentais no Estatuto da Criança e do Adolescente-----63

3.3 Análise sob a égide dos interesses individuais, difusos e coletivos ----- 65

3.3.1 Direitos fundamentais na esfera coletiva ----- 65

3.3.2 A tutela jurisdicional diferenciada -----68

PARTE III: PRISMA SOCIOLÓGICO -----73

**CAPÍTULO IV: O SISTEMA ESTATAL DE PROTEÇÃO DA CRIANÇA E DO
ADOLESCENTE -----74**

4.1 A atual estrutura dos órgãos de proteção -----74

4.1.1 Organograma dos órgãos ----- 74

4.1.2 Políticas de atendimento -----76

4.2 Aspecto quantitativo -----81

4.2.1 Noções conceituais ----- 81

4.2.2 Os diversos direitos fundamentais -----83

**4.3 Aspecto qualitativo - a prioridade absoluta enquanto norma definidora de direitos de
crianças e adolescentes ----- 86**

4.3.1 O princípio da prioridade absoluta - previsão legal ----- 86

4.3.2 O inafastável caráter normativo e principiológico ----- 91

| | |
|---|------------|
| 4.3.3 Tendência à “desjuridicização fática”: a situação na realidade periférica ----- | 92 |
| 4.3.4 Abordagem jurisprudencial ----- | 94 |
| CAPÍTULO V: A REALIDADE EXISTENTE NO MUNICÍPIO DE MACEIÓ ----- | 99 |
| 5.1 Análise dos dados estatísticos ----- | 99 |
| 5.2 Confronto dos dados com outras pesquisas ----- | 108 |
| CONCLUSÃO ----- | 110 |
| REFERÊNCIAS ----- | 118 |
| ANEXO ----- | 126 |

INTRODUÇÃO

A colocação das crianças e dos adolescentes no vocabulário dos direitos constitui um fenômeno relativamente recente. Em termos gerais, tal asserção pode reconduzir ao processo mais amplo da especificação dos direitos humanos, cuja manifestação principal teve lugar a partir da segunda metade do século XX no âmbito da normativa internacional. Nesse sentido, a partir do modelo de sujeito único de direito, dominante tanto nas primeiras declarações dos direitos do homem do final do século XVIII, como nos códigos liberais que seguiram, o homem ou cidadão, sem ulteriores qualificações, foi passando a ter relevância em sua condição particular de mulher, criança, desvalido etc. No tocante às crianças, tema do presente estudo, a especificação dos seus direitos corresponde ao fruto do progressivo descobrimento social e cultural da infância e adolescência como fases específicas da existência humana merecedoras de uma especial atenção¹.

De fato, seguindo as linhas de análise sustentadas por Philippe Ariès² e, posteriormente, Jacques Le Goff³, até meados do século XVII inexistia a compreensão do chamado sentimento da infância como hoje é observado. Segundo o primeiro, não se pensava que a criança já contivesse a personalidade de um homem, sendo tal indiferença também consequência inevitável das condições demográficas da época, na qual as crianças morriam em larga escala, precocemente. Para Jacques Le Goff, a denominada Idade Média utilitária não dispunha de tempo para análise das crianças, sendo elas sequer notadas.

Após o século XIX também ser palco do abandono de crianças e de crescente infanticídio, com a questão da criança ilegítima e as rodas dos expostos, no século XX a infância apresenta uma gradativa mudança no seu tratamento e visão pela sociedade, mormente com a queda da taxa de mortalidade.

Foi a partir dos anos sessenta que a invocação dos direitos da criança se incrementa vertiginosamente entre os partidários de uma educação liberal, mas esses direitos da criança e

¹ CORTÉS, Isabel Fanlo. **Derecho de los niños: una contribución teórica**. México: Distribuciones Fontamara, 2004, p. 07-08.

² ARIÈS, Philippe. **História social da criança e da família**. Rio de Janeiro: LTC, trad. Dora Flaksman, 1981, p. 17-31.

³ LE GOFF, Jacques. **A civilização do Ocidente Medieval**. São Paulo: Edusc, 2005.

do adolescente ainda tardariam a ser “levados a sério”⁴. Na realidade brasileira, tal fato se concretizou com o advento da Constituição de 1988.

Assim, o objetivo precípua do trabalho em comento é a análise da proteção constitucional brasileira a esses direitos, valendo-se de uma perspectiva axiológica, dogmática e sociológica. Nesse último aspecto, o estudo refere-se, sobretudo, ao tratamento estatal ofertado à infância e juventude no município de Maceió.

O desiderato da primeira perspectiva *sub examine* é a demonstração da mudança paradigmática ínsita na abordagem do direito da criança e do adolescente, numa análise do ordenamento jurídico brasileiro. Efetivamente, a análise jurídica do tema pode ser estudada sob o prisma da crise paradigmática. De um lado, tem-se o que se convencionou chamar de velho paradigma, representando toda a produção legislativa pertinente à doutrina da situação irregular, que se estendeu de forma hegemônica até a promulgação da Constituição de 1988. E, a partir daí, surge um novo sistema, calcado na participação popular e na mobilização social, acarretando uma verdadeira revolução normativa e conceitual no tratamento da infância e juventude.

É cediço que a teoria dos paradigmas se amolda à questão em análise, pois até o advento da Magna Carta havia uma certeza jurídica baseada no binômio compaixão-repressão da infância desvalida. Posteriormente, sob a égide da doutrina da proteção integral, foi estabelecida a tutela jurisdicional diferenciada do Estado, ensejando uma nova realidade jurídica democrática e emancipadora, em consonância com o Estado Democrático de Direito⁵.

A supracitada ruptura desestabilizou o saber instituído, pois foram alterados os referenciais básicos institucionalizados e arraigados no senso comum da sociedade. No âmbito dessa perspectiva de choque de modelos, será demonstrado o processo de mudança jurídica e social, passando pelo chamado paradigma da ambigüidade⁶, que representa a não aceitação da nova relação democrática, em parte pela diminuição significativa das práticas discricionárias e paternalistas que imperaram no desditoso Código de Menores.

⁴ SÁNCHEZ- PESCADOR, Liborio L. Hierro. El niño y los derechos humanos. In: CERVERA, Ignacio Campoy (Org.). **Los derechos de los niños: perspectivas sociales, políticas, jurídicas y filosóficas**. Madrid: Dykinson, 2007, p. 19. O sobredito autor faz uma clara alusão à obra de Ronald Dworkin.

⁵ TERRA, Eugenio Couto. A idade penal mínima como cláusula pétrea e a proteção do Estado Democrático de Direito contra o retrocesso social. 196f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS-RS, São Leopoldo, 2001.

⁶ MÉNDEZ, Emílio García. Infancia, Ley e Democracia: una cuestion de justicia. In: **Ley para la Infancia y la Adolescencia**. Unicef. Disponível em: <www.unicef.org/co/Ley/5.htm>. Acesso em: 02 maio 2007.

Observa-se que os diversos problemas da infância e juventude no Brasil somente podem ser analisados eficazmente com a superação do pensar jurídico ainda assentado na visão menorista, presente no imaginário social e na ideologia de alguns juristas, no tratar crianças e adolescentes de forma “coisificada”⁷.

Ademais, outro objetivo do presente texto é a análise dos diversos instrumentos convencionais que têm por escopo a proteção da criança e do adolescente no cenário internacional, já que foram inspiradores da nossa Carta Política. Verifica-se que no processo histórico de evolução dos direitos humanos, a área da infância e juventude apresenta uma gradual formação e expansão da declaração de seus direitos, através de vários documentos internacionais.

Assim, será verificada a questão relativa à supra-estatalidade dos direitos fundamentais, mormente da criança e do adolescente, sendo observado seu tratamento na ordem jurídica internacional e ulterior reconhecimento pelo direito interno. Com essa orientação, cumpre salientar que os supracitados direitos impõem limites tanto ao poder estatal quanto ao poder constituinte, correspondendo à prova viva da possibilidade de existência de ideologias distintas em consonância com valores universais⁸, a exemplo da ínculta causa em análise.

Não se pode olvidar que o presente ensaio se fundamenta primacialmente na teoria dos direitos humanos no cenário supra-estatal, uma vez que a maior parte dos direitos de crianças e adolescentes tem origem em convenções internacionais⁹. Nesse aspecto, o direito internacional foi tomado em sua unicidade, a qual explica a consideração não só de declarações internacionais de conteúdo material atinente ao direito internacional público, nomeadamente de direitos humanos, como também a observância das convenções internacionais que se reportam aos temas de direito internacional privado. Com efeito, a proteção da criança no plano internacional influencia diversos temas que eram tradicionalmente tratados tão-somente pelo tema do direito conflitual, sendo demonstrada pela interdependência de ambos os direitos acima descritos.

⁷ A expressão foi utilizada no sentido figurado, referindo-se à consagração de crianças e adolescentes como objetos de direito (e não sujeitos de direito). Não corresponde ao objeto de pesquisa de Émile Durkheim, ao tratar os fatos sociais como coisas. Cf. DURKHEIM, Émile. **As regras do método sociológico**. São Paulo: Martin Claret, 2002, p. 41.

⁸ SARMENTO, George. **Pontes de Miranda e a teoria dos direitos fundamentais**. Revista do Mestrado em Direito da UFAL n.º 1, Maceió: Nossa Livraria, jan/dez.2005, p. 46.

⁹ MONACO, Gustavo Ferraz de Campos. **A proteção da criança no cenário internacional**. Coleção Qualitas. Série Dissertações. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 03.

Pode-se dizer que a partir da Convenção Internacional dos Direitos da Criança, pela quase totalidade dos países membros, surgiram leis nacionais baseadas na ratificação, sob os auspícios do garantismo. Assim, deparamo-nos com o tratamento interno dado ao tema no Brasil, o qual possui legislação infraconstitucional das mais avançadas na matéria, rompendo com o paradigma anterior assentado na teoria da situação irregular, adotando o disposto nas normas internacionais.

Desta feita, no âmbito brasileiro é importante ressaltar que anteriormente havia uma coerência entre lei e realidade (o malfadado Código de Menores conviveu bem na sua conjuntura, principalmente com o período ditatorial¹⁰), ao passo em que na atualidade há uma lei protetora de direitos, asseguradora da cidadania, mas uma realidade na qual a violação de direitos ainda persiste. Eis o grande desafio brasileiro nessa seara: melhorar a realidade sem piorar a lei¹¹.

Por conseguinte, será analisado o regime constitucional de crianças e adolescentes, primordialmente com a abordagem do art. 227 da Carta Política e sua repercussão na legislação ordinária. É importante registrar que apesar de os direitos da infância e juventude não estarem previstos no rol do art. 5º da Constituição, são irrefutavelmente considerados direitos fundamentais, uma vez que o seu art. 5º, § 2º consagrou o conceito materialmente aberto dos direitos fundamentais, ao asseverar a não exclusão de outros direitos e garantias decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados.

Convém mencionar, outrossim, que um estudo acerca dos direitos de crianças e adolescentes não pode prescindir de uma análise do sistema estatal existente, com vistas a assegurar a efetividade do consagrado constitucionalmente. Assim, será dada particular atenção ao sistema existente no município de Maceió, mormente nos mecanismos de proteção especial.

As políticas de atendimento existentes na capital alagoana serão analisadas, principalmente, na esfera das entidades governamentais, consoante exigência dos dispositivos

¹⁰ Cf. MÉNDEZ, Emílio García. Infancia, Ley e Democracia: una cuestion de justicia. In: **Ley para la Infancia y la Adolescencia**. Unicef. Disponível em: <www.unicef.org.co/Ley/5.htm>. Acesso em: 02 maio 2007. Para Méndez, as décadas nas quais persistiu o paradigma da situação irregular, previsto no Código de Menores, foram permeadas pelo caráter hegemônico. Apesar de o direito de menores não constituir um subproduto das ditaduras militares dos anos 70, ele se adaptou perfeitamente ao seu projeto social, diante da conversão dos cidadãos em súditos. Esse direito, especialmente no seu caráter de eficiente instrumento de controle social, através da criminalização da pobreza, por exemplo, conviveu comodamente com a política de autoritarismo.

¹¹ VOLPI, Mário. Crianças e adolescentes são cidadãos? **Revista Virtual de Direitos Humanos**. Comissão Nacional de Direitos Humanos da OAB n.º. 02, ano 02, março/2002, p. 31-33. Disponível em: <www.oab.org.br>. Acesso em: 13 outubro 2007.

previstos no Estatuto da Criança e do Adolescente a partir de seu art. 86, destacando-se a atuação das delegacias especializadas.

É importante ressaltar que, evidentemente, a simples declaração dos direitos fundamentais na Constituição não significa a conquista e realização da cidadania. É imprescindível a força normativa da Constituição, tal como enunciada por Hesse, que será adiante analisada. A cidadania exige, portanto, concretização das normas fundamentais referentes aos direitos fundamentais¹². E no caso em análise, sobretudo no tocante à situação de Maceió, será evidenciada sua ineficácia. Já se disse que só quando a Constituição é um reflexo da esfera pública, existe e desenvolve-se a cidadania como mecanismo político - jurídico de inclusão social. Havendo bloqueios desse processo de concretização constitucional, os direitos do cidadão permanecem no texto, numa “realidade constitucional”¹³ estranha à cidadania.

Nessa mesma linha de pensamento, já se distinguiu a evolução do *status* jurídico das crianças como um transcurso entre um pretérito imperfeito, um presente contínuo e um futuro indeterminado¹⁴.

Assim, observa-se que, infelizmente, a história sobre a criança na realidade brasileira e, também, na capital alagoana, vem mostrando que existe ainda uma considerável discrepância entre o mundo infantil descrito pela legislação interna, pelas organizações não governamentais e pelas autoridades, daquele no qual a criança encontra-se cotidianamente imersa. Nos dizeres de Mary Del Priore¹⁵, o mundo que a “criança deveria ser ou ter” é distinto daquele onde ela vive, ou, no mais das vezes, sobrevive. Tentar romper com tal assertiva é assumir o regime de co-responsabilidade preconizado na sistemática constitucional acerca dos direitos da criança e do adolescente, numa tentativa de superação da crise de efetividade dos direitos fundamentais, sobretudo no Brasil. A relevância do estudo em análise exsurge, pois, como indisceptável.

¹² NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil: o Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas**. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 182.

¹³ NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil: o Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas**. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 183.

¹⁴ SÁNCHEZ- PESCADOR, Liborio L. Hierro. El niño y los derechos humanos. In: CERVERA, Ignacio Campoy (Org.). **Los derechos de los niños: perspectivas sociales, políticas, jurídicas y filosóficas**. Madrid: Dykinson, 2007, p. 18. O autor refere-se a uma evolução dos direitos da criança ainda não acabada.

¹⁵ PRIORE, Mary Del. **História das crianças no Brasil**. São Paulo: Del Rey, 2004, p. 08.

PARTE I: PRISMA AXIOLÓGICO

PIVETE

Monsieur have money pra mangiare

No sinal fechado
Ele vende chiclete
Capricha na flanela
E se chama Pelé
Pinta na janela
Batalha algum trocado
Aponta um canivete
E até

(...)

No sinal fechado
Ele transa chiclete
E se chama pivete
E pinta na janela
Capricha na flanela
Descola uma bereta
Batalha na sarjeta
E tem as pernas tortas
(CHICO BUARQUE DE HOLANDA)¹⁶

¹⁶ HOLANDA, Chico Buarque; HIME, Francis. Pivete. In: HOLANDA, Chico Buarque. Paratodos. São Paulo: BMG Ariola, 1993. A canção Pivete retrata a infância na globalização pós-moderna, quando os chamados “menores” ou “pivetes” pedem esmola em diferentes línguas, passando pela prática de infrações, com as quais compram os sonhos com seus ídolos. A mudança de paradigmas, *in casu*, foi responsável pela alteração terminológica; a realidade, porém, continua a mesma.

CAPÍTULO PRIMEIRO

O VELHO E O NOVO PARADIGMA NO ÂMBITO DOS DIREITOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

Sumário: 1.1 Direitos da criança e do adolescente e Estado Democrático de Direito. 1.1.1 Estado Democrático de Direito e emergência histórica dos direitos fundamentais. 1.1.2 Infância e legalidade democrática. 1.1.3 O Direito e a necessária luta por direitos. 1.2 A trajetória do regime jurídico da infância e juventude 1.2.1 Crianças x estatísticas. 1.2.2 O antigo paradigma – uma evolução legislativa no ordenamento pátrio. 1.2.3 Ruptura e crise paradigmática – em busca do atual saber jurídico.

Os paradigmas do direito permitem diagnosticar a situação e servem de guias para a ação. Eles iluminam o horizonte de determinada sociedade, tendo em vista a realização do sistema de direitos. Nesta medida, sua função primordial consiste em abrir portas para o mundo. Paradigmas abrem perspectivas de interpretação nas quais é possível referir os princípios do Estado de direito ao contexto da sociedade como um todo. Eles lançam luz sobre as restrições e as possibilidades para a realização de direitos fundamentais, os quais, enquanto princípios não saturados, necessitam de uma interpretação e de uma estruturação ulterior (JÜRGEN HABERMAS)¹⁷.

1.1 DIREITOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE E ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

1.1.1 ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E EMERGÊNCIA HISTÓRICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

É imperioso ressaltar, inicialmente, que as noções evidenciadas neste trabalho partem do pressuposto de que Estado Democrático de Direito traduz a confluência de Estado de direito e Democracia. Se, historicamente, despontaram segundo influências e em conjunturas diversas, hodiernamente uma democracia representativa e pluralista não pode deixar de ser um Estado de direito, primacialmente sob os aspectos de funcionalidade jurídica e respeito aos direitos de todos os indivíduos¹⁸.

¹⁷ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Vol. II. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 181.

¹⁸ MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional. Tomo IV. Direitos fundamentais**. 3 ed. Coimbra: Coimbra editora, 2000, p. 210.

Sabe-se que no Estado Democrático de Direito a lei possui uma função transformadora, pois é da essência a sua instrumentalização para tornar uma sociedade justa e solidária, na qual a promoção da dignidade da pessoa humana seja a razão da própria existência do Estado. Com esse propósito, surge como indisceptável a colocação dos princípios e direitos fundamentais, destacando-se, como ponto focal no presente estudo, os direitos de crianças e adolescentes, como conformadores do Estado Democrático de Direito, o qual pode ser considerado um meio garantidor.

Destarte, para compreender sua atual visão, sabendo que ele decorre de um processo evolutivo, é necessário fazer uma célere digressão no tocante ao seu surgimento.

Remontando à origem do Estado Moderno, observa-se a presença de um poder soberano incontestável, apresentando-se com uma base dúplice: o Estado Absolutista, no qual o rei encarnava o próprio Estado, e o Estado Liberal, oriundo das revoluções burguesas dos séculos XVIII e XIX, favorecendo o desenvolvimento da economia capitalista. Funda-se o Estado Liberal, principalmente, na liberdade individual e na limitação da intervenção estatal, estando clara uma não intervenção nos domínios econômico e social, tidos como estritamente privados¹⁹. Observado sob o prisma da criação de direitos, corresponde a uma tentativa de contenção do poder dos monarcas, em decorrência do fortalecimento da burguesia ascendente, gerando direitos individuais, destacando-se os direitos fundamentais de primeira dimensão²⁰.

Lourival Vilanova²¹ sustentou que no Estado liberal, que podia ser monárquico ou republicano, o povo não era órgão, mas tão somente objeto ou sujeito na relação de súdito, numa relação intersubjetiva. No entanto, a democracia acrescentou a esse Estado liberal a posição de sujeito portador de direitos subjetivos públicos, numa dupla relação.

¹⁹ TERRA, Eugenio Couto. A idade penal mínima como cláusula pétrea e a proteção do Estado Democrático de Direito contra o retrocesso social. 196f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS-RS, São Leopoldo, 2001.

²⁰ Aqui será utilizada a expressão dimensão, preferível à geração, no tocante aos direitos fundamentais, já que a utilização dessa última pode dar a idéia de uma substituição gradativa de uma geração por outra. De fato, o reconhecimento de novos direitos fundamentais tem o caráter de complementaridade, demonstrando a imprecisão terminológica do uso das chamadas gerações. Convém salientar, todavia, que recentes estudos têm contrariado a questão das dimensões, em face de os direitos fundamentais estarem em contínuo processo de transformação, sob o amparo de diversas posições jurídicas e diferentes conjunturas sociais e econômicas. Cf. SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 53-54.

²¹ VILANOVA, Lourival. A crise de Estado sob o ponto de vista da teoria do Estado. In: ADEODATO, João Maurício (Org). **Jhering e o Direito no Brasil: Seminário nacional em comemoração ao centenário de seu falecimento**. Recife: Editora Universitária, 1996, p. 149-150.

Posteriormente, no Estado Social de Direito, além das garantias individuais, presentes no ideário liberal, foi incorporada a questão social, passando o Estado a atuar através de uma prestação positiva. Seu desenvolvimento ocorreu sob a égide da Revolução Industrial, uma vez que a transformação social gerada pela mudança dos métodos de produção acabou obrigando a intervenção estatal, trazendo, por conseguinte, os direitos de segunda dimensão.

Já se disse que o cerne do Estado Social e dos direitos de sua ordem jurídica corresponde ao princípio da igualdade²². Ele representa a terceira revolução, a qual irrompeu silenciosa na segunda metade do século XX, utilizando meios pacíficos e persuasivos de captação de consenso com o escopo de efetivar uma mudança substancial de valores e princípios. Assim, a chamada revolução do Estado Social é uma revolução pluralística e democrática, inspirada menos na referência indivíduo do que no valor pessoa humana, enquanto princípio cuja inserção não se pode separar do grupo ou da categoria coletiva, sobretudo ligado à isonomia.

Partindo de uma reflexão acerca da importância de tal princípio como critério de organização do Estado-nação, Hannah Arendt extrai a conclusão básica dos direitos humanos, ao afirmar não ser verdade que todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos; eles tornam-se iguais como membros de uma coletividade em face de uma decisão conjunta garantidora de direitos iguais²³. A sobredita reflexão arendtiana sobre a cidadania corresponde, em última análise, ao direito a ter direitos.

No entanto, é manifesta a crise de efetividade existente no tocante aos direitos fundamentais, mormente os de segunda e, após, os de terceira dimensão, como alguns aspectos dos direitos fundamentais de crianças e adolescentes. Hobsbawn²⁴ já vislumbrava boa parte dos problemas, ao observar que nas décadas de 1970 e 1980 a grande questão política do mundo desenvolvido e de alguns países pobres em desenvolvimento não era como multiplicar a riqueza das nações, mas como distribuí-la em benefício de seus habitantes. E a questão da má distribuição indiscutivelmente contribui para a problemática da efetividade.

Em um estado de bem estar social, o objetivo é que ninguém fique abaixo de um padrão decente de vida. Porém, o sistema pode permitir grandes desigualdades hereditárias de

²² BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 17 ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 376.

²³ LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt**. São Paulo: Companhia das Letras, 1999, p. 150 -165.

²⁴ HOBBSAWN, Eric J. **Era dos extremos. O breve século XX. 1914-1991**. Trad. Marcos Santarrita. Companhia das letras: São Paulo: 1995, p. 555.

riqueza que são incompatíveis com o valor equitativo das liberdades políticas, sendo, nesse aspecto, insuficiente ou ainda ineficaz²⁵.

É importante ressaltar que o caminho ao Estado Democrático de Direito não representa uma revolução na estrutura social nem tampouco uma ruptura com outro modelo de Estado, mas a incorporação de novas perspectivas ao Estado Social de Direito. Desta feita, pode-se dizer que o Estado tem agora por escopo também a promoção da solidariedade, sem afastar-se das garantias liberais e da exigência de prestação positiva do Estado. Busca-se, ademais, através do ordenamento jurídico e democrático, a satisfação das condições mínimas de vida do indivíduo, sobretudo da infância e juventude, devido à sua condição peculiar de seres ainda em fase de desenvolvimento. Mas resulta evidente que tal finalidade não ocorrerá de forma instantânea, precisando da conscientização acerca dos princípios norteadores do Estado Democrático de Direito, sob pena de sua utilização como meio de manutenção de estruturas e relações sociais arraigadas. Isso pode ocorrer através da proeminência do discurso jurídico desconforme à realidade.

Não se pode olvidar que a concretização desse Estado é a oportunidade de alcançar a modernidade prometida e ainda incipiente no Brasil, funcionando como agente transformador da integração social dos excluídos. Mais uma vez, estão nesse rol as crianças e adolescentes, verdadeiros excluídos da história, principalmente de políticas públicas. E são essas minorias²⁶ que necessitam da proteção de seus direitos, sendo tal princípio contramajoritário um dos pilares da proteção dos direitos humanos²⁷.

O Estado Democrático de Direito representa, assim, a vontade constitucional de realização do Estado Social, sendo um *plus* normativo em relação a esse²⁸. Registre-se que os direitos coletivos ou transindividuais surgem, no plano normativo, como consequência ou fazendo parte da própria crise do Estado Providência.

De fato, nesse processo que representa, ademais, a asserção histórica dos direitos fundamentais, destacam-se os direitos de terceira dimensão. Sua titularidade recai não no indivíduo na sua singularidade, mas em grupos humanos, a exemplo do tema em análise. Eles

²⁵ RAWLS, John. **Uma teoria da Justiça**. Trad. Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes: 2000, p. 241-249.

²⁶ Convém ressaltar que a noção de minoria não se refere propriamente ao aspecto quantitativo, mas sim à possibilidade de reclamação, recepção e fruição de políticas públicas.

²⁷ RAMOS, André de Carvalho. Defesa do regime democrático e a dissolução dos partidos políticos. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin, SARLET, Ingo e PAGLIARINI, Alexandre Coutinho. (Org). **Direitos Humanos e Democracia**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 157-167.

²⁸ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 18.

não têm como objeto o interesse individual ou de determinado Estado, mas do próprio gênero humano²⁹, caracterizando-se como direitos de titularidade coletiva ou difusa.

Convém encetar alguns comentários acerca desses direitos coletivos. Eles estão entre o interesse público e o privado, compartilhado por grupos, classes ou categorias de pessoas, correspondendo a uma manifestação da existência ou da expansão das necessidades coletivas individualmente sentidas, traduzindo-se num entrosamento de Estado e sociedade³⁰.

Assim, na atual conjuntura constitucional os interesses difusos oferecem uma impressão de volatilidade e de cruzamento de linhas de força insusceptíveis de se reduzirem a esquemas unilaterais³¹, consoante será aprofundado posteriormente.

Pelo exposto, observa-se que na realidade os direitos de terceira dimensão correspondem a facetas novas deduzidas do princípio da dignidade da pessoa humana, encontrando-se intimamente vinculados à idéia da proteção da vida³². Foi assim com a nossa Carta Constitucional, com o asseguramento à criança e ao adolescente do direito à dignidade.

Por tudo isso, o valor da dignidade da pessoa humana, enquanto conquista histórico-axiológica, encontra a sua expressão jurídica nos direitos fundamentais³³, destacando-se, como cerne do presente estudo, os direitos de crianças e adolescentes. É por isso que a análise da ruptura e crise paradigmática dessa questão passa por uma compreensão da emergência histórica dos direitos fundamentais.

1.1.2 INFÂNCIA E LEGALIDADE DEMOCRÁTICA

Convém ressaltar, à guisa de intróito, que os direitos fundamentais em geral delimitam previamente a esfera do que se pode decidir em forma democrática. Por isso, as várias classes de direitos fundamentais podem ser vistas como limites externos à própria democracia³⁴.

²⁹ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 17 ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 569.

³⁰ MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional. Tomo IV. Direitos fundamentais**. 3 ed. Coimbra: Coimbra editora, 2000, p. 68-69.

³¹ MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional. Tomo IV. Direitos fundamentais**. 3 ed. Coimbra: Coimbra editora, 2000, p. 70.

³² SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 58.

³³ LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt**. São Paulo: Companhia das Letras, 1999, p. 118.

³⁴ BOVERO, Michelangelo. Democracia y derechos fundamentales. **Isonomia – Revista de Teoría y Filosofía del derecho**. Alicante, n. 16, abril, 2002, p. 21-38.

É indiscutível a íntima conexão entre o tema da infância e os problemas da democracia. Na realidade brasileira, no marco do processo popular de construção da atual Carta Política, que indica com clareza o fim de um quarto de século de autoritarismo militar, o embrionário movimento de luta pelos direitos da criança e do adolescente se articulou em torno da preparação de diversas propostas³⁵. Como resultado, observa-se o desenvolvimento de um novo tipo de política social para a infância: a política social pública, consoante se infere dos arts. 227 e 204 da Constituição Federal.

A nova relação infância - lei implica uma reavaliação crítica do sentido e natureza do vínculo entre a condição jurídica e material da infância. Mas é importante registrar que as transformações da segunda etapa de reformas legislativas (a partir da década de 90) não se referem apenas à mudança profunda e substancial dos conteúdos da lei. Trata-se, ademais, de mudança nos mecanismos de produção do direito, correspondendo a uma nova visão, consubstanciada na doutrina da proteção integral, em oposição à visão reducionista daqueles que se encontram em situação irregular. A partir dessa experiência, as demais reformas legislativas deixaram de ser apenas reuniões de “expertos” que trabalham nos porões dos Ministérios da Justiça, para se converterem em imensos laboratórios político-sociais de produção jurídica democrática³⁶. Foram juristas com sensibilidade educativa e educadores com sensibilidade jurídica que instalaram um tipo heterodoxo de luta pelos direitos.

Não obstante, vários nostálgicos defensores da (des)ordem jurídica anterior não aceitaram tal mudança³⁷, preferindo a doutrina da situação irregular, muitos em face da diminuição do poder discricionário, pautado na visão antigarantista, que antes era concedido ao Juiz de menores. Aliás, hodiernamente ainda se observam entendimentos dessa forma, como a recente intenção em reduzir a idade penal mínima, verdadeiro exemplo de retrocesso social.

Sabendo-se que as bases da cidadania e da democracia se encontram em profundo processo de reforma, a categoria da infância está longe de ser uma exceção. A Convenção sobre os direitos da criança, aprovada em 1989, inspiradora de nossa Constituição no tema³⁸, não é apenas a Carta Magna dos direitos fundamentais da infância e adolescência, mas a base

³⁵ MENDEZ, Emílio García. Infancia, Ley e Democracia: una cuestion de justicia. **Ley para la Infancia y la Adolescencia**. Unicef. Disponível em: <www.unicef.org.co/Ley/5.htm>. Acesso em: 02 maio 2007.

³⁶ MENDEZ, Emílio García. Infancia, Ley e Democracia: una cuestion de justicia. **Ley para la Infancia y la Adolescencia**. Unicef. Disponível em: <www.unicef.org.co/Ley/5.htm>. Acesso em: 02 maio 2007.

³⁷ MENDEZ, Emílio García. Infancia, Ley e Democracia: una cuestion de justicia. **Ley para la Infancia y la Adolescencia**. Unicef. Disponível em: <www.unicef.org.co/Ley/5.htm>. Acesso em: 02 maio 2007.

³⁸ Apesar de constar em data posterior ao advento da Constituição Federal, os preceitos da sobredita Convenção, já amplamente discutidos na esfera internacional, influenciaram o enunciado no art. 227.

jurídica concreta para reformular o conceito de cidadania em consonância com o mundo globalizado da pós-modernidade. Apesar de as leis não serem suficientes para uma mudança profunda nas condições materiais da infância, elas têm sido condição *sine qua non* da melhoria da situação de crianças e adolescentes e, sobretudo, da qualidade de nossa vida democrática³⁹.

Assim, qualquer redução de seu conceito, em especial o aumento do nível de discricionariedade, resulta numa evidente diminuição dos espaços reais da democracia.

Convém ressaltar que essa democracia pode ser entendida em uma dupla dimensão social e institucional, conforme se considerem os representantes da sociedade civil e as instituições do Estado e da comunidade internacional⁴⁰. Mas seja qual for sua análise, a democracia nessa seara não pode prescindir do reconhecimento normativo e da real proteção dos direitos infanto-juvenis, correspondendo ao seu verdadeiro norte. Alessandro Baratta⁴¹ vislumbrou tal importância, ao asseverar que o futuro da democracia está primordialmente vinculado ao reconhecimento das crianças e adolescentes como cidadãos no sentido amplo da palavra, e não apenas como cidadãos futuros, consoante será analisado posteriormente.

1.1.3 O DIREITO E A NECESSÁRIA LUTA POR DIREITOS

No pós-guerra, a partir da década de 60, em decorrência das alterações políticas e ideológicas, houve uma preocupação e ulterior estudo jurídico no tocante às sociedades que a partir de então foram designadas como subdesenvolvidas⁴². Com o Brasil não foi diferente, por constituir um país periférico, o qual, a partir da época salientada, foi alvo de grave processo ditatorial. Destarte, com o advento da chamada Constituição cidadã, foram inseridas em seu bojo normas principiológicas, com o objetivo de equilibrar o subdesenvolvimento com

³⁹ MÉNDEZ, Emílio García. Infancia, Ley e Democracia: una cuestion de justicia. **Ley para la Infancia y la Adolescencia**. Unicef. Disponível em: <www.unicef.org.co/Ley/5.htm>. Acesso em: 02 maio 2007.

⁴⁰ BARATTA, Alessandro. Infancia y Democracia. In: MENDEZ, Emilio Garcia (Org). **Infancia, Ley y Democracia en América Latina**. Santa Fé de Bogotá: Temis, 1998.

⁴¹ BARATTA, Alessandro. Infancia y Democracia. In: MENDEZ, Emilio Garcia (Org). **Infancia, Ley y Democracia en América Latina**. Santa Fé de Bogotá: Temis, 1998. Em tal afirmação, Alessandro Baratta fez uso do título da conhecida obra de Norberto Bobbio.

⁴² SANTOS, Boaventura de Sousa. **O discurso e o poder. Ensaio sobre a sociologia da retórica jurídica**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988, p. 64-65.

metas desenvolvimentistas ministradas pelo Estado. Porém, ainda questiona-se que tipo de direito é produzido nessas sociedades.⁴³

É cediço que o direito compõe um fenômeno normativo que integra um campo de lutas. Neste âmbito, a luta pelo direito novo, antes de constituir mera luta política, passa, igualmente, a constituir luta jurídica, travada no interior do espaço normativo estatal⁴⁴. O compromisso com a manutenção e plena efetividade dos direitos de crianças e adolescentes representa, dessa forma, o método mais legítimo e acertado para a progressiva mudança libertária da ordem jurídica brasileira no aspecto em análise.

De fato, tais direitos são frutos de reiteradas lutas advindas de segmentos nacionais e internacionais, pré-Constituição de 1988, com o escopo de modificar o paradigma mantenedor da malfazeja discricionariedade inerente à doutrina da situação irregular.

Indubitavelmente, as mudanças são necessárias, visto não serem as leis imutáveis. As mudanças precisam ser efetuadas consoante uma *rationale* dominante, que não será a manifestação de um *corpus* de idéias falsas encarregadas de legitimar determinado processo, mas a substância material de uma realidade imaginária que irá constituí-lo⁴⁵.

Em sendo as leis materializações específicas das relações de poder, o direito, além de representar mediação única, constitui um campo de lutas, que não exclui as minorias. As lutas agem moldando e transformando o direito. Os direitos da infância e juventude representam claro exemplo, sabendo-se que tal classe sempre foi historicamente olvidada pelo poder público, tornando vital a luta em prol da necessária mudança.

Assim, o que se busca é articular o direito com as lutas travadas em sociedade, em todos os níveis, reconhecendo sua ligação com o Estado. Isso não significa cair no imobilismo, mas, ao contrário, integrar o saber ao processo histórico, aceitando ser a teoria inócua quando distanciada da práxis. O atual saber jurídico implica na verificação do direito enquanto localizado espaço-temporalmente, significando compreender a sua flutuação histórica e a possibilidade de sofrer mutações⁴⁶.

⁴³ GURGEL, Maria da Graça Marques. Crise legitimatória da efetividade: alguns debates sobre o pensar jurídico do Judiciário brasileiro. **Revista da ESMAL – Escola Superior da Magistratura do Estado de Alagoas** n.º 03. Maceió: Publicação oficial, 2003, p. 115-138.

⁴⁴ CLÈVE, Clèmerson Merlin. **O direito e os direitos: elementos para uma crítica do Direito Contemporâneo**. São Paulo: Max Limonad, 2001, p. 19-20.

⁴⁵ CLÈVE, Clèmerson Merlin. **O direito e os direitos: elementos para uma crítica do Direito Contemporâneo**. São Paulo: Max Limonad, 2001, p. 112.

⁴⁶ CLÈVE, Clèmerson Merlin. **O direito e os direitos: elementos para uma crítica do Direito Contemporâneo**. São Paulo: Max Limonad, 2001, p. 172.

Nessa linha de pensamento, os direitos humanos já foram entendidos como um instrumento de luta ligado à política de invenção democrática, representando um processo contínuo de aprofundamento da democracia, no sentido de consolidar a defesa dos direitos positivados ao lado da reivindicação incessante de novos direitos. A sociedade democrática é aquela que não apenas garante os direitos individuais e coletivos historicamente conquistados, mas também os promove. Não se pode permitir que a luta cotidiana para os juristas seja uma luta muda, multiforme, insignificante, desjuridicizada e distante da realidade do direito⁴⁷. E essa luta em conformidade com a atual conjuntura, indispensável ao verdadeiro conceito de direito, deve estar presente nos direitos infanto-juvenis, com o desiderato de dar efetividade, a fim de que eles não se tornem apenas declarações solenes e alvo de constantes violações, como tantas outras existentes em nosso ordenamento pátrio. Eis o verdadeiro direito a ser produzido, principalmente em nossa nação periférica, em decorrência dos evidentes desacertos históricos na área da infância e adolescência.

Por tudo isso, é imprescindível a continuidade da luta em defesa dos direitos de crianças e adolescentes, sem, porém, cair na retórica dos direitos, paralela à retórica da democracia. Assim como na atualidade todos os Estados se declaram democráticos, todos os governos dos Estados e os organismos internacionais asseguram que sua atuação respeita, genericamente, os direitos humanos⁴⁸, assim como os direitos infanto-juvenis.

1.2 A TRAJETÓRIA DO REGIME JURÍDICO DA INFÂNCIA E JUVENTUDE

1.2.1 CRIANÇAS X ESTATÍSTICAS

Convém ressaltar que o atual entendimento da infância, correspondente a uma fase de formação do ser humano merecedora de um tratamento especial e diferenciado, é algo relativamente novo na história do mundo ocidental. Seguindo essa linha de análise, cumpre registrar a tese sustentada por Philippe Ariès⁴⁹, consoante a qual até meados do século XVII

⁴⁷ CLÈVE, Clèmerson Merlin. **O direito e os direitos: elementos para uma crítica do Direito Contemporâneo**, São Paulo: Max Limonad, 2001, p. 173.

⁴⁸ VITALE, Ermanno. Reflexiones sobre el paradigma de los derechos fundamentales. **Isonomia – Revista de Teoría y Filosofía del derecho**. Alicante, n. 16, abril, 2002, p. 39-52.

⁴⁹ ARIÈS, Philippe. **História social da criança e da família**. Rio de Janeiro: LTC, trad. Dora Flaksman, 1981, p. 17-31.

inexistia a compreensão do chamado sentimento da infância como hoje é observado. Segundo o historiador francês, não se pensava que a criança já contivesse a personalidade de um homem, sendo tal indiferença também consequência inevitável das condições demográficas da época, na qual as crianças morriam em larga escala, precocemente. Após a superação da fase estritamente inicial, referente à absoluta dependência física, a criança adentrava de imediato no mundo adulto, participando de jogos, conversas, atuações laborais, enfim, de todas as atividades pertinentes àquele.

Importa consignar que na sociedade medieval, tomada como ponto de partida pelo sobredito historiador francês, a ausência de sentimento da infância, no entanto, não significava que as crianças fossem negligenciadas ou abandonadas, mas sim que inexistia a consciência da particularidade infantil.

Jacques Le Goff⁵⁰ já sustentou que a chamada Idade Média utilitária não dispunha de tempo para admiração ou mesmo compaixão pelas crianças, de modo que sequer as observava ou notava.

Apenas a partir do século XVII inicia-se verdadeiramente um processo de mudança da situação da criança, ingressando, assim, a escola como substitutivo de aprendizagem. Logo após a atribuição da tarefa de educação dada à instituição de ensino, houve a busca da preservação da vida infantil, e, como sucedâneo, a sua efetiva separação com o mundo adulto.

Com essa linha de pensamento, já se disse que a concepção de criança que se manteve durante todo o período de tempo que vai desde a Antiguidade até o século XVII é a sua consideração como ser humano imperfeito, em comparação com o adulto, tido como ser humano perfeito⁵¹. Na compreensão desse período, os atributos próprios da criança são reputados como negativos⁵², diante da ausência das qualidades dos maiores.

O estudo das representações ou das práticas infantis é considerado tão importante que a historiografia internacional já acumulou consideráveis informações sobre a criança e seu passado. Destarte, apesar da grande contribuição sobre o tema, não faltaram críticas ao

⁵⁰ LE GOFF, Jacques. **A civilização do Ocidente Medieval**. São Paulo: Edusc, 2005.

⁵¹ CERVERA, Ignacio Campoy. **La fundamentación de los derechos de los niños: modelos de reconocimiento y protección**. Madrid: Dykinson, 2006, p. 45.

⁵² São destacadas como qualidades negativas da criança a debilidade física, a incapacidade mental e moral. Seguindo essa linha de pensamento, registra-se a observância da concepção infantil como um ser imperfeito e definido principalmente por características negativas no período supracitado, ressaltando-se a visão negativa de Aristotéles, Platão e Plutarco.

estudo de Philippe Ariès, sobretudo quanto à percepção de certo “evolucionismo” na condição histórica da criança⁵³.

No Brasil, a história da infância reflete períodos de instabilidade e mobilidade populacional, mormente nos primeiros séculos de colonização. Além da grave mortalidade infantil, revestida com os argumentos da inevitabilidade, a criança, quando sobrevivia, passava na sua formação social mais pela violência que propriamente pela educação e pelo livro⁵⁴. Mais dura era a realidade da infância negra, representada pelo moleque companheiro de brinquedo do menino branco e seu leva-pancadas, citado por Gilberto Freire⁵⁵. O menino branco e o escravo cresciam juntos, tornando-se esse último um objeto sobre o qual o menino exercia os seus caprichos. A própria aceitação dos pais fomentou o intolerável despotismo dos filhos.

Destarte, na infância em geral, com maior ou menor intensidade dependendo da posição social ocupada pelos pais, havia, de fato, uma cadeia de infortúnios, diante da qual ser criança correspondia a não ter credenciais sociais próprias, não havendo outro caminho se sobrevivesse, além de tornar-se um homúnculo⁵⁶.

No século XIX, o abandono de crianças e o infanticídio foram práticas encontradas entre índios, brancos e negros em determinadas circunstâncias, distantes da questão da concentração devastadora nas cidades, da perversa distribuição de bens e serviços entre camadas sociais.

Ademais, ressalta-se a questão da criança ilegítima, a qual, na então sociedade patriarcal brasileira, ocasionava um grave problema social para as famílias nobres e principalmente para a mulher branca. Pode-se dizer que se nas civilizações primitivas a

⁵³ Dentre os contrapontos acerca de tais afirmações, já se disse ser indevidamente simplista polarizar as civilizações segundo os parâmetros de ausência ou presença de uma consciência acerca da infância. Na realidade, diz-se que no medievo verossimilmente havia algum conceito de infância, mas, como é óbvio, com particularidades diversas das atuais. Registre-se, ademais, informação de que a história da infância, longe de assumir uma postura linear, pode apresentar-se como cíclica, sinuosa, com o passar dos séculos, podendo a criança ser considerada tão impura na Alta Idade Média quanto em meados do século XX. Cf. HEYWOOD, Colin. **Uma história da infância: da Idade Média à época contemporânea no Ocidente**. Trad. Roberto Cataldo Costa. Porto Alegre: Artmed, 2004.

⁵⁴ PRIORE, Mary Del. O cotidiano da criança livre no Brasil entre a colônia e o império. In: PRIORE, Mary Del (Org.). **História das crianças no Brasil**. 4 ed. São Paulo: Contexto, 2004, p. 84 -106.

⁵⁵ FREYRE, Gilberto. **Casa - grande & senzala**. 45 ed. Rio de Janeiro: Record, 2001, p. 391.

⁵⁶ FREITAS, Marcos Cezar. História da infância no pensamento social brasileiro. In: FREITAS, Marcos Cezar de (Org). **História social da infância no Brasil**. 5 ed. São Paulo: Cortez, 2003, p. 251-268. Importante ressaltar que a definição de homúnculo foi fundamentada em uma teoria pregadora de que a criança não possuía individualidade e vontade, sendo sua única razão existir e esperar crescer. Posteriormente, vários estudiosos, destacando-se Piaget, refutaram tal teoria.

rejeição era solucionada com a prática de infanticídio, na conjuntura urbana da época a questão era resolvida com o abandono em instituições de caridade⁵⁷.

Nesse aspecto, podem ser registradas, ainda, as chamadas rodas de expostos, existentes em algumas de nossas capitais, inventadas nos países europeus com o objetivo de salvaguardar crianças abandonadas, provocando uma mortalidade infantil agora registrada e verificável⁵⁸.

ESTATÍSTICA

As crianças,
sem um tiro aliás,
e isso é que tornava o caso ainda mais espantoso,
morriam mais do que índios nos filmes norte-americanos,
E quando a gente acaso perguntava,
para se mostrar atencioso:
“Quantos filhos a senhora tem, Comadre?”
A comadre respondia, com ternura:
“Eu tenho quatro filhos e nove anjinhos...”⁵⁹

Mas foi no século XX que a infância apresentou uma gradativa mudança no seu tratamento e visão pela sociedade. Nos então chamados países de terceiro mundo, como o nosso, houve uma explosão demográfica, causando séria preocupação internacional no fim da Era de Ouro⁶⁰, representando uma mudança significativa no século XX. A queda da taxa de mortalidade a partir da década de 1940 contribuiu para tal fato, e, em meados da década de 1960, a população rural latino-americana, inclusive a brasileira, começou a ver sistematicamente a modernidade mais como uma promessa que como uma ameaça⁶¹. Não foi diferente no Brasil. Já o estado de Alagoas, apesar de melhorias significativas nesse setor de mortalidade, foi apontado durante significativo lapso temporal, como o estado campeão de mortalidade infantil, desnutrição e analfabetismo⁶².

⁵⁷ SAETA, Beatriz Regina Pereira; SOUZA NETO; João Clemente. A criança e o adolescente na sociedade brasileira. In: SOUZA NETO, João Clemente (Org). **Infância: violência, instituições e políticas públicas**. São Paulo: Expressão e Arte, 2006, p. 20.

⁵⁸ LEITE, Miriam L. Moreira. A infância no século XIX segundo memórias e livros de viagem. In: FREITAS, Marcos Cezar de (Org). **História social da infância no Brasil**. 5 ed. São Paulo: Cortez, 2003, p. 19-52.

⁵⁹ QUINTANA, Mário. **Quintana de Bolso. Rua dos Cataventos & outros poemas**. Porto Alegre: L&PM Pocket, 2006, p. 144.

⁶⁰ HOBBSBAWN, Eric J. **Era dos extremos. O breve século XX. 1914-1991**. Trad. Marcos Santarrita. Companhia das letras: São Paulo, 1995, p. 338.

⁶¹ HOBBSBAWN, Eric J. **Era dos extremos. O breve século XX. 1914-1991**. Trad. Marcos Santarrita. Companhia das letras: São Paulo, 1995, p. 347.

⁶² Segundo o Censo de 2000, realizado pelo IBGE, de cada mil crianças nascidas vias, 62 morriam antes de completar um ano; e 13,5% das crianças com menos de cinco anos apresentavam graus diferentes de desnutrição.

1.2.2 O ANTIGO PARADIGMA – UMA EVOLUÇÃO LEGISLATIVA NO ORDENAMENTO PÁTRIO

Sabe-se que num estudo acerca da infância, a própria etimologia da palavra remonta à idéia de ausência de fala. Não se estranha, portanto, que esse silêncio ínsito na noção de infância continue marcando-a quando ela se transforma em matéria de legislação. Por não falar, ela não representa a primeira pessoa nos discursos que dela se ocupam, passando a ser definida de fora. Destarte, não apenas crianças, mas mulheres, negros, índios e alguns outros segmentos da humanidade foram ou continuam sendo apenas outros no discurso que os define. Somente através de lutas há a possibilidade de mudança de suas posições no discurso, passando, assim, de objetos a sujeitos⁶³, consoante anteriormente enunciado. Foi exatamente essa experiência que ocorreu no âmbito de nossa infância e adolescência, após a superação do paradigma da situação irregular, consagrado em toda a legislação menorista anterior ao advento da atual Carta Política.

De fato, a visão do Código de Menores, efetivada sob os ideários europeus, reproduzida no Brasil e nos demais países da América Latina, levou a sociedade e as autoridades a verem crianças e adolescentes como incapazes. Essa tradição do passado, representada na antiga legislação, a qual, por motivos óbvios, não se quer mais para o futuro, tratava crianças a partir de uma eterna negação, ou seja, não eram capazes nem tampouco tinham sentido ético de vida⁶⁴.

No Brasil, a legislação dos anos 20 até antes do advento da Constituição de 1988 foi palco da supracitada negação. Podem ser destacados os dois Códigos de Menores de 1927 e de 1979, além de inúmeras leis esparsas, como a responsável pela criação da Política Nacional do Bem-Estar do menor⁶⁵, de 1964, tendo sido mola propulsora do advento das FEBEMs, nos anos 70.

No período sob a égide do primeiro código, a ação estatal ocorria através da intervenção judicial de crianças ou adolescentes infratores ou mesmo abandonados, sempre

Cf. LIMA, Samarone. **A vitória da vida: redução da mortalidade infantil em Alagoas**. Unicef, 2005, Coleção Faz e Conta, vol. II, 100 p.

⁶³ LAJOLO, Marisa. Infância de papel e tinta. In: FREITAS, Marcos Cezar de (Org). **História social da infância no Brasil**. 5 ed. São Paulo: Cortez, 2003, p. 229-250.

⁶⁴ MORAES, Edson Seda. El nuevo paradigma de la niña el niño en América Latina. In: **Ley para la Infancia y la Adolescencia**. Unicef. Disponível em: www.unicef.org.co/Ley/5.htm. Acesso em: 02 maio 2007.

⁶⁵ GONZÁLEZ, Rodrigo Stumpf. A participação da sociedade na implementação de um novo paradigma de direitos da infância: a experiência brasileira 1985-2005. **Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêuticas: Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado**. Porto Alegre, nº 2, 2006, p. 241-253.

em observância ao conceito de situação irregular, mas sob o manto de uma falaciosa proteção, acarretando o internamento em estabelecimentos ditos educacionais. Tais medidas cresceram em meados da década de 60, em face do crescimento dos grandes centros urbanos acarretado pelo êxodo rural. Dessa forma, diante das precárias condições ofertadas pelas instituições estatais, houve sinais claros da falência do sistema, tendo sido feita uma tentativa de reorganização através da Política Nacional do Bem-Estar do Menor, com o objetivo de proporcionar um caráter mais técnico à intervenção, porém também sem lograr êxito⁶⁶.

Em 1975 foi realizada a CPI do Menor, com o desiderato de analisar a situação do menor, e, posteriormente, em 1979, foi aprovado um novo Código de Menores (Lei nº 6.697 de 10/10/1979). Houve a substituição de termos inadequados, como transviados e vagabundos. Porém, continuou a problemática da situação de abandono e pobreza da infância e juventude, ainda regida pela doutrina da situação irregular, fundamentada no arbítrio e subjetivismo do Juiz. O eufemismo encobria a ausência de contraditório e ampla defesa.

De fato, não raramente crianças abandonadas e infratoras foram confundidas sob o nome de menor, o qual nunca designava os filhos das famílias de boa situação econômica, tendo conotação claramente negativa.

Assim, as décadas nas quais persistiu o paradigma da situação irregular foram permeadas pelo caráter hegemônico. Apesar de o direito de menores não constituir um subproduto das ditaduras militares dos anos 70, ele se adaptou perfeitamente ao seu projeto social, diante da conversão dos cidadãos em súditos. Esse direito, especialmente no seu caráter de eficiente instrumento de controle social, através da criminalização da pobreza, por exemplo, conviveu comodamente com a política de autoritarismo⁶⁷.

Após a tomada do poder pelas Forças Armadas, em 1964, e as pequenas tentativas de guerrilha, o regime começou a relaxar, devolvendo o país a um governo civil em 1985⁶⁸.

Finalmente, após o término do regime ditatorial, o qual acatou completamente esse paradigma, foi criada a Comissão Criança e Constituinte, em 1986, por sugestão do UNICEF.

⁶⁶ GONZÁLEZ, Rodrigo Stumpf. A participação da sociedade na implementação de um novo paradigma de direitos da infância: a experiência brasileira 1985-2005. **Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêuticas: Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado**. Porto Alegre, nº 2, 2006, p. 241-253.

⁶⁷ MÉNDEZ, Emílio García. Infancia, Ley e Democracia: una cuestion de justicia. **Ley para la Infancia y la Adolescencia**. Unicef. Disponível em: <www.unicef.org.co/Ley/5.htm>. Acesso em: 02 maio 2007.

⁶⁸ HOBBSAWN, Eric J. **Era dos extremos. O breve século XX. 1914-1991**. Trad. Marcos Santarrita. Companhia das letras: São Paulo, 1995, p. 429.

Na ocasião, houve a participação de vários ministérios e entidades não-governamentais, ressaltando-se OAB, CNBB e Federação Nacional dos Jornalistas.

Diante do narrado, observa-se que antes do advento da Constituição de 1988, as crianças e os adolescentes eram vistos apenas como objetos de direito, havendo clara dicotomia entre duas infâncias: a regular, com asseguaração de direitos, e a irregular, acarretando o conceito de criança corrompida, e, mais tarde, criança desvalida. Dito de outra forma, quando a sociedade passa a se sentir acuada pela violência advinda de crianças e adolescentes marginalizados, tende a aceitar a sua segregação.

O soneto de Amélia Rodrigues reflete esse temor da sociedade com os então denominados menores:

O vagabundo

O dia inteiro pelas ruas anda
Enxovalhado, roto indiferente:
Mãos aos bolsos, olhar impertinente,
Um machucado chapeuzinho a banda.

Cigarro à boca, modos de quem manda,
Um dandy de misérias alegremente,
A procurar ocasião somente
Em que as tendências bélicas expanda.

E tem doze anos só! Uma corola
De flor mal desabrochada! Ao desditoso
Quem faz a grande, e peregrina esmola.

De arrancá-lo a esse trilho perigoso,
De atirá-lo p'ra os bancos de uma escola?!
Do vagabundo faz-se o criminoso!...⁶⁹

Refutando tal pensamento, a Constituição traz em seu bojo a doutrina da proteção integral, com espeque no art. 227, rompendo definitivamente com o anteriormente preconizado, inserindo a tutela jurisdicional diferenciada. Crianças e adolescentes foram alçados à condição de protagonistas dos seus próprios direitos, sob o manto de uma estrutura de proteção especial⁷⁰, que será analisada no momento oportuno, com o desiderato de evitar a construção social que separou os “menores” das crianças.

⁶⁹ RODRIGUES, Amélia. O Vagabundo. Extraído do Álbum das Meninas, revista literária dedicada a jovens leitoras, que circulou em São Paulo no ano de 1898.

⁷⁰ CUENO, Mônica Rodrigues. Novos olhares, novos rumos: a proteção integral e a prioridade absoluta do Estatuto da Criança e do Adolescente e o papel do Ministério Público diante dos novos paradigmas. **Juizado da Infância e da Juventude**. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Ano II, nº 03 e 04. Porto Alegre, jul./nov. 2004.

Na década de 90, com o escopo de cumprir com os compromissos assumidos e firmados na Convenção sobre os Direitos da Criança, alguns países formularam leis prevendo crianças como sujeitos sociais, éticos e jurídicos, a exemplo do Brasil, com a Lei nº 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente). No novo paradigma instalado, crianças e adolescentes são vistos como cidadãos. Essa nova mudança acarreta uma alteração na análise acerca da condição de cidadania, pois a democracia deixa de ser mero processo de representação do povo (democracia representativa), tornando-se um duplo processo de representação e participação (democracia participativa). De fato, a dimensão social da cidadania prevê canais de participação, como comitês, associações e organizações não-governamentais. Assim, quanto mais pessoas existam para corrigir violações dos direitos da cidadania, tanto mais se alcança a sobredita dimensão, criando-se um processo alterativo⁷¹, que corresponde ao processo no qual os cidadãos alteram seus hábitos, usos e tradições, principalmente jurídicas, no seio da comunidade. A regra fundamental é manter a tradição que garante ou alterar a tradição que viola direitos.

Convém ressaltar a existência de três sistemas de garantias no âmbito do Estatuto da Criança e do Adolescente: sistema primário, tendo como foco a universalidade da população infanto-juvenil, ausentes quaisquer distinções; sistema secundário, pautado na criança e no adolescente enquanto vitimizados e vulnerados em seus direitos fundamentais; sistema terciário, tendo por objeto o adolescente em conflito com a lei⁷².

A óptica, dentro desse novo modelo implantado pela Constituição Federal e ratificado posteriormente na legislação infraconstitucional, é a de exigir que o Estado cumpra com sua obrigação de garantir um desenvolvimento sadio à infância e adolescência, buscando seu efetivo cumprimento. Não é demais ressaltar que a responsabilidade no âmbito da proteção dos direitos assegurados aos adolescentes é tríplice, do Estado, da família e da sociedade.

⁷¹ MORAES, Edson Seda. El nuevo paradigma de la niñā el niñō en América Latina. In: **Ley para la Infancia y la Adolescencia**. Unicef. Disponível em: <www.unicef.org.co/Ley/5.htm>. Acesso em: 02 maio 2007.

⁷² SARAIVA, João Batista Costa. **Compêndio de Direito Penal Juvenil – Adolescente e ato infracional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 59.

1.2.3. RUPTURA E CRISE PARADIGMÁTICA – EM BUSCA DO ATUAL SABER JURÍDICO

Pelo exposto, sabendo-se que o assunto relacionado à infância e juventude passou por profundas alterações, pode-se dizer que houve uma crise paradigmática, entre de um lado o arcaico paradigma, representando a produção legislativa e doutrinária pertinente à questão do menor, e de outro lado toda a revolução normativa e conceitual dos direitos fundamentais de crianças e adolescentes.

De fato, desde a vigência da Constituição Federal, toda a legislação menorista que contrariava os princípios constitucionais fixados para a infância e juventude foi derogada. Em sendo o Estado Democrático de Direito um Estado principialista, não há como subsistir normativa legal que contrarie os princípios que o presidem.

Pertinente a lição de Hannah Arendt, para a qual uma das notas típicas do pensamento corresponde à percepção e à reflexão sobre o fenômeno da ruptura. Para ela, a ruptura traduz-se num hiato entre o passado e o futuro, gerado pelo esfacelamento dos padrões e das categorias que compõem o repertório da tradição ocidental⁷³. Trazendo ao campo jurídico tal pensamento, que foi utilizado na explicação e repúdio ao totalitarismo, guardadas as proporções, pode-se dizer que no tocante aos direitos de crianças e adolescentes houve uma ruptura. Efetivamente, há contínuas dúvidas e perplexidades no presente na medida em que a tradição do pensamento não fornece regras para a ação futura, estando os conceitos ainda muito arraigados ao pensamento anterior. É cediço que o Estatuto da Criança e do Adolescente não agrada a diversas pessoas, pois representa um choque entre suas normas e a tradição do país, primordialmente nos princípios éticos contidos.

Um bom exemplo da incapacidade de pensar fatos novos está em não reconhecer a emergência de novos sujeitos de direitos. E crianças e adolescentes são, irrefutavelmente, sujeitos de direito a partir do novo paradigma instalado.

Importa ressaltar que entre o paradigma enfrentado na situação irregular e o atual da proteção integral há o paradigma da ambigüidade, o qual é bem representado por aqueles que, rechaçando de plano o anterior, não conseguem acompanhar as transformações reais e potenciais que ocorrem na aplicação do segundo. Um dos motivos é a significativa diminuição das práticas discricionárias e paternalistas no trato com as crianças. Corresponde,

⁷³ LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt**. São Paulo: Companhia das Letras, 1999, p. 80.

em última análise, a uma síntese eclética, apropriada para esta época de fim das ideologias⁷⁴.

Em poucas áreas da vida social uma hegemonia jurídica se manifestou com mais força do que na área da política social para os mais necessitados, destacando-se, no presente estudo, a área da infância e juventude. De fato, a cultura garantista e democrática ainda encontra um obstáculo político-cultural considerável em algumas manifestações recorrentes do pensamento substancialista próprio do paradigma da ambigüidade.

Lenio Luiz Streck já proclamava a existência de uma crise no tocante à aceitação do novo projeto constituinte de 1988, primordialmente no âmbito da superação do caráter assistencial e caritativo da prestação de serviços públicos, quando estes passaram a ser vistos como direitos próprios da cidadania⁷⁵.

Todavia, não pairam dúvidas de que os conceitos restritos ao Código de Menores foram suplantados pela proteção legal dada a crianças e adolescentes como um todo, independentemente de quaisquer condições ou adjetivação qualificadora. Tal posição foi observada na legislação ordinária, ratificadora da nova realidade jurídica democrática e emancipadora, consecutória do Estado Democrático de Direito.

Ademais, cabe à hermenêutica cristalizar tal rompimento, através da desconstrução e superação do modelo já ultrapassado, porém por vezes ainda reinante no imaginário simbólico de alguns juristas.

É cediço que o modelo tradicional paternalista não mais convence, devendo o atual paradigma jurídico intervir na consciência dos atores, dos cidadãos aos membros do Poder Judiciário, diante do novo conteúdo normativo a ser explorado no tema.

Não se pode olvidar que hodiernamente a doutrina e a prática jurídica tomaram ciência de que existe uma teoria social, e o exercício da justiça necessita de tal modelo. Assim, a compreensão paradigmática do direito não pode mais ignorar o saber orientador que funciona de modo latente, tendo que desafiá-lo para uma justificação autocrítica. Após tal fato, a própria doutrina não deve mais evadir-se da questão atinente ao paradigma correto⁷⁶. E no caso em análise, corresponde inegavelmente ao paradigma da proteção integral.

⁷⁴ MENDEZ, Emílio García. Infancia, Ley e Democracia: una cuestion de justicia. **Ley para la Infancia y la Adolescencia**. Unicef. Disponível em: <www.unicef.org.co/Ley/5.htm>. Acesso em: 02 maio 2007.

⁷⁵ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica. Uma nova crítica do Direito**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 56 e 57.

⁷⁶ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Vol. II. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 129

CAPÍTULO SEGUNDO

A PROTEÇÃO INTERNACIONAL DOS DIREITOS DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES

Sumário: 2.1 A construção da cidadania internacional 2.1.1 Crianças e adolescentes cidadãos? – Por uma noção adequada cidadania 2.1.2 Classificação como direitos fundamentais supra-estatais 2.2 A capacidade processual internacional 2.2.1 Direito Internacional dos Direitos Humanos 2.2.2 A proteção internacional dos direitos de crianças e adolescentes.

En los últimos años, se han deteriorado notoriamente las condiciones de vida de amplios segmentos de la población de los Estados- Partes en la Convención Americana, y una interpretación del derecho a la vida no puede hacer abstracción de esta realidad, sobre todo cuando se trata de los niños en situación de riesgo en las calles de nuestros países de America Latina. (...) Frente al imperativo de la protección de la vida humana, y a las inquietudes y reflexiones suscitadas por la muerte, es muy difícil separar dogmáticamente las consideraciones de orden jurídico de las de orden moral: estamos ante un orden de valores superiores (...). El Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en su evolución, en el umbral del año 2000, no debe en definitiva permanecer insensible o indiferente a estas interrogantes (ANTONIO AUGUSTO CANÇADO TRINDADE)⁷⁷.

2.1 A CONSTRUÇÃO DA CIDADANIA INTERNACIONAL

2.1.1 CRIANÇAS E ADOLESCENTES CIDADÃOS? – POR UMA NOÇÃO ADEQUADA DE CIDADANIA

É imprescindível a busca pelo significado e alcance da noção de cidadania num estudo acerca dos direitos fundamentais de crianças e adolescentes. Não se pode olvidar que os próprios direitos fundamentais constituem a base de legitimidade do Estado de Direito e o conteúdo da cidadania.

Numa breve digressão histórica, observa-se que na Grécia clássica a idéia de cidadania evocava a relação da pessoa com a polis, constituindo um elemento básico à própria

⁷⁷ TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. Voto proferido no Caso de los Niños de la Calle, julgado pela Corte Interamericana de Derechos Humanos, em 1999, concernente ao seqüestro e homicídio de cinco crianças, fato praticado por policiais da Guatemala. In: **La nueva dimensión de las necesidades de protección del ser humano en el inicio del siglo XXI**. San José, Costa Rica: Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, 2001. Sentença de 19 de novembro de 1999.

noção de política. A partir da Idade Moderna, houve muitas inovações no tocante aos direitos dos indivíduos. O fato de habitar uma cidade (de ser cidadão) não basta mais ao homem, pois os novos tempos exigem que este passe a ter também direitos nessa mesma cidade e não somente deveres⁷⁸. Pode-se dizer que a Revolução Francesa correspondeu à revolução dos cidadãos, e a qualidade de cidadania passou a ser o centro de imputação do conjunto de direitos e liberdades que correspondem aos membros de um Estado de Direito. Assim, observa-se a gradação de uma Era dos Deveres para a promissora Era dos Direitos⁷⁹.

Todavia, a noção de direitos do cidadão, na semântica das revoluções burguesas modernas, tem um sentido estrito, voltado à participação na forma da vontade estatal, restrito aos direitos políticos⁸⁰.

Essa concepção limitativa da cidadania ao direito à participação política foi progressivamente perdendo espaço na linguagem das ciências sociais no decorrer do século XX⁸¹, destacando-se a contribuição teórica de Thomas Marshall. Nessa perspectiva, observa-se a expansão do sobredito conceito, ao incluir os direitos civis, políticos e sociais.

Assim, fica evidente a insuficiência do conceito tradicional de cidadania, buscando-se a sua ampliação, não limitada à titularidade dos direitos políticos. Em uma das várias acepções léxicas dadas ao conceito de cidadania, evidenciadas por Pérez Luño⁸², esse conceito de cidadania global, propugnado por Thomas Marshall, considera necessária a não redução da cidadania a um âmbito restrito da individualidade, a fim de ampliar o conjunto de exigências e necessidades da pessoa no desenvolvimento de sua existência como membro da coletividade⁸³.

Sem representar oposição à categoria acima evidenciada, pode-se citar o *status* universal da cidadania em oposição à noção local. Como defensor no plano jurídico-constitucional cita-se Peter Habërle. Essa acepção se projeta na proteção humanista da modernidade, com o desiderato de consagrar plenamente o *status mundialis hominis*⁸⁴. Tem

⁷⁸ MONDANI, Marco. O respeito aos direitos dos indivíduos. In: PINSKY, Jaime; PINSKY, Carla Bassanezi (Org). **História da cidadania**. 3 ed. São Paulo: Contexto, 2005, p. 116.

⁷⁹ Denominação evidenciada no título da clássica obra de Norberto Bobbio.

⁸⁰ NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil: o Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas**. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 175.

⁸¹ NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil: o Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas**. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 176.

⁸² PEREZ LUÑO, Antonio-Enrique. Ciudadanía y definiciones. **Revista Doxa**, nº. 25, 2002, p. 177-211.

⁸³ Não se pode olvidar a crítica feita a essa idéia por Luigi Ferrajoli, sob o argumento de que a concepção de Marshall confundiu o significado estrito da cidadania com o *status* subjetivo para a titularidade dos direitos políticos, até fazê-lo coincidir com a titularidade de todos os direitos da personalidade.

⁸⁴ PEREZ LUÑO, Antonio-Enrique. Ciudadanía y definiciones. **Revista Doxa**, nº. 25, 2002, p. 177-211.

ela sido eficazmente reivindicada por filósofos e juristas, em oposição a uma visão particular, local, cingida ao exercício dos direitos civis.

Desde o próprio surgimento do conceito moderno de cidadania, que coincide com a formação do Estado Liberal, observa-se uma ampliação de suas formas de titularidade. Assim, apesar da exclusão de crianças, e também mulheres e não alfabetizados, da titularidade cívica nas primeiras versões do Estado liberal, representado uma evidente negação, os movimentos sociais determinaram a paulatina incorporação desses grupos na noção de cidadania. Nesse aspecto, cita Perez Luño a chamada cidadania multilateral, firmada também na possibilidade de direitos supra-estatais⁸⁵.

Observa-se, pois, que a noção de cidadania, após expressar o vínculo jurídico que liga as distintas formas de organização política com seus membros, passou, a partir da modernidade, a significar o vínculo jurídico de pertencer ao Estado de Direito.

Contudo, é importante ressaltar que a cidadania também não se limitou a tal noção, desenvolvendo-se, nas últimas décadas, com o objetivo de conquistar e ampliar os direitos referentes a interesses coletivos e difusos, reputados como direitos de terceira dimensão. As ações referentes a interesses coletivos e difusos possibilitam o acesso mais generalizado e eficiente dos indivíduos e grupos aos benefícios e vantagens do sistema social, institucionalizando a cidadania⁸⁶.

Nos termos do presente trabalho, pois, a cidadania hodierna deve ser entendida como um processo dinâmico e não mais restrito a um conjunto padrão de direito e responsabilidade. Busca-se um modelo de cidadania que não o clássico, fundamentado em diferenciações etárias, calcado em uma visão estática, restrito à idéia de direitos, excludente para crianças e adolescentes.

Essa visão excludente, apesar do avanço na esfera internacional, parece vigorar em diversas sociedades internacionais ainda no século atual, consoante se infere das declarações seguintes:

En una época en la historia de la humanidad, en Europa se discutía si, como los hombres, las mujeres tenían o no alma. Tiempo después, cuando los europeos descubrieron América, también discutieron si los indígenas, legítimos habitantes del nuevo mundo, estaban dotados de un alma como ellos. En el final del siglo veinte aún se discute en muchos lugares no se

⁸⁵ PEREZ LUÑO, Antonio-Enrique. Ciudadanía y definiciones. **Revista Doxa**, n.º. 25, 2002, p. 177-211.

⁸⁶ NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil: o Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas**. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 181-182.

discutía si el lector está en el siglo XXI si los niños y adolescentes son o no ciudadanos, como los adultos⁸⁷.

A atual idéia de cidadania deve ser entendida como participação, através da opção de um novo modelo democrático: atores sócio-políticos relevantes. A expressão da cidadania se dá através da participação enquanto membro nos destinos e na dinâmica da comunidade na qual os sujeitos encontram-se inseridos. A participação de crianças e adolescentes apresenta-se como uma forma de inserção destes sujeitos na sociedade, não mais presa a ações adultocêntricas.

Em face do exposto, sem se limitar à visão obsoleta e tradicional do conceito em análise, é cristalina a possibilidade de consideração de crianças e adolescentes como cidadãos. Aliás, vários documentos internacionais, mormente a Convenção sobre os Direitos da Criança, destacam tal qualificação.

Porém, não se pode olvidar que, em face de algumas circunstâncias da vida, certos indivíduos, destacando-se, no presente texto, crianças e adolescentes, não podem por óbvio desfrutar de plena capacidade⁸⁸. Mas isso não os impede de ser titulares de direitos oponíveis ao Estado, inseridos na acepção de cidadãos. É, pois, evidente que a cidadania que se propõe conceder às crianças e adolescentes não pode ser entendida sob o aspecto absoluto, em decorrência da participação política e existência de delimitações etárias.

Infelizmente, o fato de crianças e adolescentes serem reconhecidos juridicamente não representou, ainda, uma mudança na sua vida cotidiana, permanecendo uma distância entre direito e realidade. No aspecto legal, jurídico e formal houve um significativo avanço no tocante à promoção dos antes chamados “menores” a sujeitos de direito, com prerrogativas específicas diante da lei por sua condição especial de pessoa em fase de desenvolvimento⁸⁹. Desta feita, foi assegurado o aspecto formal da cidadania, o direito a ter direitos. O problema está na garantia no cotidiano dos direitos assegurados internacionalmente. Assim, um aspecto da cidadania a ser analisado concerne a iniciativas de protagonismos de crianças e adolescentes.

⁸⁷ MORAES, Edson Seda. El nuevo paradigma de la niñā el niño en América Latina. In: **Ley para la Infancia y la Adolescencia**. Unicef. Disponível em: <www.unicef.org.co/Ley/5.htm>. Acesso em: 02 maio 2007.

⁸⁸ TRINDADE, Antonio Augusto Caçado. **O Direito Internacional em um mundo em transformação (Ensaio, 1976-2001)**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 546.

⁸⁹ VOLPI, Mário. Crianças e adolescentes são cidadãos? **Revista Virtual de Direitos Humanos**. Comissão Nacional de Direitos Humanos da OAB, n.º. 02, ano 02, março/ 2002, p. 31-33. Disponível em: <www.oab.org.br>. Acesso em: 13 outubro 2007.

2.1.2 CLASSIFICAÇÃO COMO DIREITOS FUNDAMENTAIS SUPRA-ESTATAIS

Convém salientar que nas Constituições contemporâneas os direitos fundamentais subdividem-se em estatais e supra-estatais. Pontes de Miranda já observava que em algumas ocasiões as Cartas Políticas fazem fundamental o que não é supra-estatal, advindo daí a possibilidade de direitos fundamentais não supra-estatais⁹⁰.

Hoje, as Declarações de Direito não têm só a finalidade de apontar os princípios que o Povo (...) reputa essenciais; atendem a exigências supra-estatais, para que os outros Estados tratem o Estado, que as faz, como entidade observadora dos postulados atuais da civilização. Ao lado do *ethos* político, já é discernível a necessidade de se reconhecerem tais direitos, que nascem acima (portanto, na ordem jurídica supra-estatal), e não dentro do direito do Estado⁹¹.

Os direitos estatais são assegurados pela Constituição antes de serem reconhecidos pelo direito internacional público. Correspondem a direitos humanos que refletem valores e princípios que alicerçam a Constituição de determinado país. Sua positivação pelo direito interno sempre antecede a inserção em tratados internacionais, o que, ademais, pode não acontecer. A existência de tais direitos depende única e exclusivamente da edição de norma constitucional.

Em suma, são direitos que atingiram a fundamentalidade em razão da importância atribuída pelo povo de determinado país. São, pois, extremamente importantes para o fortalecimento do Estado Democrático de Direito, sendo verdadeiros termômetros do estágio evolutivo das nações contemporâneas⁹².

Já no concernente aos direitos fundamentais supra-estatais, cumpre informar que os mesmos são provenientes da ordem jurídica internacional. Sua incidência independe de reconhecimento constitucional, já que pertencem à ordem jurídica exterior e acima do Estado. Correspondem a paradigmas de validade das normas de direito interno, inclusive das normas constitucionais. Por estarem contidos em ordem jurídica superior, impõem limites tanto ao poder estatal quanto ao poder constituinte, que são obrigados a incorporá-los à Constituição,

⁹⁰ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. **Comentários à Constituição de 1967**. Tomo IV. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1967, p. 622.

⁹¹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. **Comentários à Constituição de 1967**. Tomo IV. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1967, p. 628.

⁹² SARMENTO, George. Pontes de Miranda e a teoria dos direitos fundamentais. **Revista do Mestrado em Direito da UFAL** n°. 1, Maceió: Nossa Livraria, jan/dez.2005, p. 45.

cerceando das garantias necessárias à sua efetividade. Diante dos direitos supra-estatais, o papel do Estado é apenas definidor das exceções, uma vez que eles não resultam das leis; precedem-nas⁹³.

Os direitos fundamentais positivados pelo direito internacional são uma demonstração de que é possível que ideologias distintas, com postulados teóricos antagônicos e, até mesmo, inconciliáveis, cheguem a um consenso sobre valores universais, comuns a todos os povos civilizados⁹⁴.

No âmbito de declarações e garantias dos direitos internacionais do homem, pode-se dizer que a sociedade política conduziu à criação de um verdadeiro direito comum da humanidade. Em tendo os direitos supra-estatais caráter universal, assumindo o Estado para com a comunidade internacional a obrigação de protegê-los, a progressiva garantia desses direitos conduz ao robustecimento do direito internacional, numa técnica de primado do direito das gentes sobre o direito constitucional, sustentada por Kelsen, concedendo à organização jurídica de uma comunidade internacional certo poder sancionatório⁹⁵.

É cediço que os direitos fundamentais supra-estatais são incorporados ao sistema jurídico brasileiro na condição de normas constitucionais, leis ordinárias ou emendas constitucionais. No tocante ao tema objeto do presente trabalho, observa-se que as disposições internacionais relativas aos direitos de crianças e adolescentes correspondem a compromissos formais que servem de paradigma para a elaboração de normas constitucionais e ordinárias. De fato, as Declarações de Direitos deram origem a leis de proteção aos direitos das crianças e adolescentes.

Na realidade brasileira, há que se destacar a Lei n° 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente), promulgada sob os auspícios de convenções internacionais anteriores, primacialmente a Convenção sobre os direitos da criança de 1989, sendo exemplo de mudança paradigmática no tocante ao tratamento outrora ofertado à infância e à juventude, segundo já ressaltado. Corresponde, pois, a cristalino exemplo de direitos supra-estatais, cuja existência transcende os Estados.

⁹³ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. **Comentários à Constituição de 1967**. Tomo IV. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1967, p. 630.

⁹⁴ SARMENTO, George. Pontes de Miranda e a teoria dos direitos fundamentais. **Revista do Mestrado em Direito da UFAL** n°. 1, Maceió: Nossa Livraria, jan/dez.2005, p. 46.

⁹⁵ FERREIRA, Pinto. **Princípios gerais do direito constitucional moderno**. Vol. 01. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 1983, p. 577.

2.2 A CAPACIDADE PROCESSUAL INTERNACIONAL

2.2.1 DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS

O Direito Internacional, antigo Direito das Gentes, sofreu grande evolução, tornando-se um sistema complexo e desdobrável em ramos e tribunais diversos. Já se salientou ser perfeitamente cabível ao mesmo a expressão “Sê plural como o universo”, de Fernando Pessoa⁹⁶, usada para descrever o processo de surgimento de seus heterônimos. De fato, o aumento de normas internacionais, aliado ao natural crescimento do direito internacional, acarretou o surgimento de ramos específicos, sem, porém, implicar perda de sua unicidade. Para ser mais justo e equânime, o direito internacional também precisa se tornar múltiplo, ser plural⁹⁷. Um desses ramos corresponde ao Direito Internacional dos Direitos Humanos.

Não pairam dúvidas que esse fenômeno da internacionalização constitui uma etapa importante na positivação dos direitos humanos, tratando-se de um processo ligado ao reconhecimento da subjetividade jurídica do indivíduo pelo Direito Internacional⁹⁸.

Sabe-se que a internacionalização e a universalização dos direitos humanos implicaram na criação da sistemática normativa internacional de proteção desses direitos. Nesse aspecto, o Direito Humanitário, a Liga das Nações e a Organização Internacional do Trabalho situam-se como os primeiros marcos desse processo de internacionalização. Para atingir tal objetivo, foi necessário redefinir o âmbito e o alcance do tradicional conceito de soberania estatal, com o escopo de permitir o advento dos direitos humanos como questão de legítimo interesse internacional, passando aquela a incorporar compromissos e obrigações de alcance externo.

Infere-se que ao assegurar padrões globais mínimos para as condições de trabalho, ao fixar como objetivos internacionais a manutenção da segurança internacional e ao proteger direitos fundamentais em situações de conflitos armados, os supracitados institutos assemelham-se na medida em que projetam o tema atinente aos direitos humanos na ordem

⁹⁶ PESSOA, Fernando. **Obras em prosa**. Rio de Janeiro: Nova Aguilar, 1974, p. 81.

⁹⁷ GALINDO, George Rodrigo Bandeira. A multiplicação dos Tribunais Internacionais e o problema dos regimes auto-suficientes no Direito Internacional. **Revista de Direito Constitucional e Internacional** n° 33. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 07-27.

⁹⁸ PEREZ LUÑO, Antonio-Enrique. **Los derechos fundamentales**. Temas clave de la constitucion española. 6 ed. Madrid: Editorial Tecnos, 1995, p. 41.

internacional. As obrigações internacionais voltaram-se à salvaguarda dos direitos do ser humano e não das prerrogativas dos Estados⁹⁹.

Iniciou-se, outrossim, a consolidação da capacidade processual internacional dos indivíduos, bem como a concepção de que os direitos humanos não mais se limitam à exclusiva jurisdição doméstica, mas constituem matéria de legítimo interesse internacional¹⁰⁰.

Com o fim da Segunda Guerra Mundial e da criação das Nações Unidas, deparamo-nos com um novo paradigma, numa busca de delimitação e reconstrução da já citada noção de soberania. A sua clássica conceituação, cingida ao monopólio da coerção legítima sobre o território, é impeditiva da própria validade do direito internacional, uma vez que este pressupõe um conjunto de regras sobrepostas ao Estado soberano¹⁰¹. Pontes de Miranda já vislumbrava a problemática reinante acerca do primado do então direito das gentes em relação ao direito dos Estados, diante de uma ínsita contradição entre a realidade e a ilusão da onipotência pluralística dos soberanos¹⁰².

Não se concebe hodiernamente poder o Estado tratar seus cidadãos, e, sobretudo, suas crianças e adolescentes, da forma que bem entender, sem estar passível de sofrer responsabilização na esfera internacional.

De fato, a necessidade de uma ação internacional mais eficaz para a proteção dos direitos humanos impulsionou o processo de internacionalização desses direitos. Isso tudo acarretou a criação de uma sistemática normativa de proteção internacional, tornando possível, nas omissões por parte das instituições nacionais na tarefa de salvaguarda dos direitos fundamentais, a responsabilização do Estado no domínio internacional¹⁰³.

Com tal desiderato, observa-se que são fortíssimas as relações entre o Direito Constitucional e o Direito Internacional de direitos do homem. E não são poucas, neste momento, as Constituições que para ele apelam e que expressamente o recebem¹⁰⁴.

⁹⁹ PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 3 ed. São Paulo: Max Limonad, 1997, p. 136-137.

¹⁰⁰ PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 3 ed. São Paulo: Max Limonad, 1997, p. 139.

¹⁰¹ MENEZES, Iure Pedroza. Os Tratados Internacionais e o Direito Interno dos Estados. **Revista de Direito Constitucional e Internacional** n° 48. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 314.

¹⁰² PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. **Tratado de direito internacional privado**. Tomo I. Fundamentos e parte geral. Rio de Janeiro: José Olympio editora, 1935, p. 07.

¹⁰³ PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 3 ed. São Paulo: Max Limonad, 1997, p. 141.

¹⁰⁴ MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Contitucional. Tomo IV. Direitos Fundamentais**. 3 ed. Coimbra: Coimbra editora, 2000, p. 26.

Não se pode olvidar, ademais, que consoante a Declaração de Viena de 1993, todos os direitos humanos são universais¹⁰⁵, indivisíveis, interdependentes e inter-relacionados. A comunidade internacional deve tratar os direitos humanos globalmente, de maneira justa e igualitária, sendo obrigação dos Estados, independentemente de seu sistema político e social, promover e proteger os direitos humanos e as liberdades fundamentais. Nesse aspecto, destacam-se os direitos de crianças e adolescentes, em face de sua peculiar condição de seres em desenvolvimento.

2.2.2 OS DIREITOS DA INFÂNCIA E DA JUVENTUDE NOS INSTRUMENTOS INTERNACIONAIS

É cediço que em um passado não muito remoto as crianças não possuíam direitos, mas apenas se sujeitavam ao poder familiar. Há relatos de casos nos quais a defesa de sua vida, posta em perigo pelos genitores, e mesmo de sua condição humana, precisou ser feita com fulcro em leis existentes para a proteção dos animais, na ausência de norma específica sobre o tema.

Destarte, a par de uma nova visão no tocante à proteção de crianças e adolescentes, ainda sob a influência do sistema internacional instituído após a Primeira Guerra Mundial, a Organização Internacional do Trabalho foi a primeira instituição a aprovar uma convenção, em 1919, limitativa do início da vida economicamente ativa dos jovens. Ela foi seguida, em 1921, pela Convenção sobre Supressão do Tráfico de Mulheres e Crianças, adotada pela Liga das Nações.

Assim, observa-se que antes mesmo da criação da Organização das Nações Unidas a proteção da criança foi objeto de preocupação por parte da comunidade internacional.

Em 1924 foi aprovada a Carta da Liga sobre a Criança, comumente chamada de Declaração de Genebra, correspondendo a documento bem mais amplo e genérico. A sua grande inspiradora foi Eglantine Webb. Houve a divisão em cinco números, unanimemente aprovados pela Assembléia Geral, porém não há dúvidas de que a criança ainda se encontrava em uma situação passiva, sendo mero objeto de proteção (não vista como sujeito de direitos). O documento apresenta uma linguagem muito mais assistencialista do que definidora de direitos.

¹⁰⁵ Não cabe no âmbito do presente trabalho tecer comentários acerca da crítica entre a universalização e relativização dos direitos humanos. Para maior aprofundamento do tema, Cf. PEREZ LUÑO, Antonio-Enrique. **La universalidad de los derechos humanos**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2002.

Principalmente em face da situação da infância no mundo pós-guerra, em 1959, após algumas revisões da Declaração de Genebra, quase dez anos depois da Declaração Universal dos Direitos do Homem, ocorrida em 1948, a Organização das Nações Unidas resolveu proferir uma nova declaração, de âmbito heterogêneo, já que não atingiu todos os seres humanos, mas tão-somente as crianças: a Declaração dos Direitos da Criança (Resolução nº 1386). Foi enunciada a necessidade de proteção e salvaguarda especiais à criança, estando tal idéia hodiernamente presente em todos os países, mesmo em situações limites¹⁰⁶.

A supracitada declaração conclama representantes legais, sociedade, organizações voluntárias, autoridades e governos nacionais a reconhecerem os direitos da criança e tornarem-nos efetivos e consagrados legislativamente, com supedâneo nos dez princípios estabelecidos. Convém salientar, pela sua importância, o princípio que confere fruição de proteção especial às crianças, com o escopo delas se desenvolverem física, mental, moral, espiritual e socialmente, de forma saudável e normal, em condições iguais de liberdade e dignidade.

Ponto focal dessa declaração, em comparação com sua antecessora na proteção da infância, é a mudança de paradigma que instala, passando as crianças a serem vistas como sujeitos de direitos, e não meras receptoras passivas das ações realizadas em seu favor.

Após vinte anos da Declaração de 1959, em sua comemoração e com o propósito de alertar a sociedade internacional acerca do tema em análise, a Assembléia Geral da Organização das Nações Unidas proclamou o ano de 1979 como o Ano da Criança. Foi determinada à sua Comissão de Direitos Humanos a elaboração do projeto de convenção sobre as crianças, tendo cabido a Polônia o encargo de elaborar a primeira minuta.

Aos vinte dias do mês de novembro de 1989, dez anos após a abertura dos trabalhos aspirando à elaboração dessa convenção internacional, foi aprovada a Convenção sobre os Direitos da Criança, que entrou em vigor internacional em setembro de 1990, menos de um ano após ser aprovada. O professor Adam Lopatka foi seu principal inspirador.

Cumprе ressaltar que dois anos após ter entrado em vigor, a Convenção já contava com o maior número de ratificações já visto relativamente a um tratado de direitos humanos,

¹⁰⁶ MELLO, Celso de Albuquerque. A criança no Direito Humanitário. In: PEREIRA, Tânia da Silva (Org). **O melhor interesse da criança: um debate interdisciplinar**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 511.

muito embora o espectro de direitos que regulamentasse fosse maior do que o de todos os outros, apesar de subjetivamente limitado às crianças¹⁰⁷.

Consoante a sobredita Convenção, a criança é definida como todo ser humano com menos de dezoito anos de idade. Tal conceito abrange, no ordenamento jurídico brasileiro, a criança e o adolescente. No entanto, registra-se a possibilidade de adoção diferenciada da maioria nas legislações aplicáveis. Houve o acatamento da concepção do desenvolvimento integral da criança, reconhecendo-a como verdadeiro sujeito de direito, a exigir absoluta prioridade e proteção especial. Esta corresponde a um sistema especializado, desenvolvido com o objetivo de dispensar amparo a grupos tidos como vulneráveis, a exemplo dessa faixa etária.

Observa-se que essa Convenção, ainda quando sofre das debilidades inerentes às normas jurídicas internacionais, traz duas grandes novidades:

1. Não se trata de um mero declarativo de princípios, mas de um instrumento jurídico, em face da ratificação;
2. Abandona a concepção exclusivamente intuitiva das declarações anteriores em prol de uma concepção que assuma a conceituação de crianças como titulares de direitos, incluindo tanto os direitos de igualdade, de seguridade e também de liberdade. Assim, apesar de seres em desenvolvimento, crianças são, sim, sujeitos de direitos¹⁰⁸.

Dessa forma, cumpre registrar que para a sobredita Convenção as crianças são sujeitos em desenvolvimento, mas sujeitos de direitos, e não apenas de direitos passivos, através da prestação de adultos. O referido documento inaugurou a idéia segundo a qual as crianças são titulares de direitos autônomos e não de meros interesses tutelados por terceiros¹⁰⁹. Crianças e adolescentes são considerados, também, detentores de direitos ativos, como a liberdade de consciência, de crença, de expressão etc¹¹⁰.

¹⁰⁷ MONACO, Gustavo Ferraz de Campos. **A proteção da criança no cenário internacional**. Coleção Qualitas - Série dissertações. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 131-132.

¹⁰⁸ SANCHEZ-PESCADOR, Liborio L. Hierro. El niño y los derechos humanos. In: CERVERA, Ignacio Campoy (Org). **Los derechos de los niños: perspectivas sociales, políticas, jurídicas y filosóficas**. Madrid: Dykinson, 2007, p. 20.

¹⁰⁹ CORTÉS, Isabel Fanlo. **Derecho de los niños: una contribución teórica**. México: Distribuciones Fontamara, 2004, p. 09.

¹¹⁰ SANCHEZ-PESCADOR, Liborio L. Hierro. El niño y los derechos humanos. In: CERVERA, Ignacio Campoy (Org). **Los derechos de los niños: perspectivas sociales, políticas, jurídicas y filosóficas**. Madrid: Dykinson, 2007, p. 26-27.

Por conseguinte, no tocante aos direitos previstos em seu bojo, ela é extremamente abrangente, abarcando áreas tradicionalmente definidas como direitos humanos: civis, políticos, econômicos, sociais e culturais. Expressa uma clara tendência ao traduzir em termos de direitos praticamente todo o universo infantil. Destarte, foi assumida a tendência relativa à indivisibilidade e à implementação recíproca¹¹¹.

Ao ratificarem a Convenção, devem os Estados - partes se comprometerem a proteger a criança de todas as formas de discriminação e negligência, assegurando-lhes assistência apropriada.

Outrossim, ela contém normas positivas e negativas, estando os países que a ratificaram sob a obrigação legal de cumpri-la integralmente. Apresenta-se, pois, também nesse aspecto, distinta da Declaração de 1959, uma vez que esta, como toda declaração emanada da Organização das Nações Unidas, não possui força legal, representando apenas uma recomendação do órgão superior internacional à sociedade e aos governos¹¹². A Convenção constitui, pois, instrumento juridicamente vinculante frente aos Estados que a ratificaram.

Interessante notar que alguns acontecimentos históricos resultaram em dispositivos legais específicos, internos ou internacionais, como ocorreu com a proposta da Argentina em incluir na Convenção dispositivo com o propósito de assegurar proteção contra o desaparecimento de crianças, em face de reiterados casos ocorridos naquele país durante os anos da ditadura militar.

Entre os 54 artigos existentes na Convenção, há normas auto-executáveis, além de outras que necessitam de legislação interna para a sua implementação¹¹³.

Ela apresenta como base normativa a Carta das Nações Unidas e a própria Declaração Universal dos Direitos do Homem, além de outros documentos internacionais para situações específicas. Apesar de seguir a filosofia imanente da Declaração Universal dos Direitos do Homem, a sobredita Convenção foi ainda mais além, já que incluiu direitos humanitários e introduziu novos conceitos, a exemplo do direito à identidade, não protegido anteriormente pelo direito internacional.

¹¹¹ PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos**. São Paulo: Max Limonad, 2003, p. 282.

¹¹² DOLINGER, Jacob. **Direito internacional privado. A criança no direito internacional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 83.

¹¹³ DOLINGER, Jacob. **Direito internacional privado. A criança no direito internacional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 86.

Com um texto extenso, e com a salvaguarda dos mais variados direitos, a Convenção apresenta de forma cristalina a grande evolução do próprio Direito Internacional dos Direitos Humanos.

Ela representa a Carta Internacional dessa faixa etária, consubstanciando a jurisdicionalização da proteção internacional dos direitos humanos da infância, correspondente ao “hito fundamental en la positivización de los derechos del niño”¹¹⁴.

Observa-se, pois, que sob a perspectiva dos direitos humanos, a Convenção sobre os Direitos da Criança traduz uma visão integral dos direitos humanos de crianças e adolescentes, contemplando sua integralidade e implementação recíproca, apesar de algumas críticas no tocante a uma pretensa promoção da autonomia da criança, frente a direitos como liberdade religiosa e de privacidade¹¹⁵.

Em 1996, o UNICEF (United Nation's International Children's Emergency Fund), ao celebrar seu cinquentenário, proclamou que a partir daquela data toda a sua atividade em prol da criança estaria em consentâneo com o disposto na sobredita Convenção.

É imperioso ressaltar que no tocante à exploração sexual de crianças e à sua participação em conflitos armados, foram adotados, em 25 de maio de 2000, dois Protocolos Facultativos à Convenção sobre os Direitos da Criança, pela Resolução A/RES/54/263 da Assembléia Geral: o Protocolo Facultativo sobre a Venda de Crianças, Prostituição e Pornografia Infantil e o Protocolo Facultativo sobre o Envolvimento de Crianças em Conflitos Armados.

Têm os supracitados protocolos o escopo de fortalecer o rol de medidas protetivas às violações dos direitos da criança. O primeiro impõe aos Estados - partes a obrigação de proibirem a venda de crianças, a prostituição e a pornografia infantil, exigindo a promoção, como medida mínima, da criminalização das condutas. Já o segundo protocolo estabelece que os Estados - membros devem tomar as medidas necessárias a fim de assegurar a não participação direta em disputa de qualquer grupo armado de menores de dezoito anos.

¹¹⁴ CORTÉS, Isabel Fanlo. **Derecho de los niños: una contribución teórica**. México: Distribuciones Fontamara, 2004, p. 09.

¹¹⁵ Importa consignar que apesar dos grandes e numerosos méritos tecidos à Convenção, foram enunciadas algumas críticas, primordialmente pelo direito francês, ao dispor que aquele documento internacional possui uma mensagem tida como dogma da autonomia da vontade, promovendo uma autonomia da criança frente a direitos que deveriam ser resguardados pela família, como a liberdade religiosa e de privacidade, de modo a gerar uma situação no mínimo conflituosa entre as crianças e seus familiares.

Em 20 de novembro de 2001 foi adotada nova Resolução pelo Conselho de Segurança da ONU, contendo considerações e solicitações dirigidas a si mesmo, aos países - membros, às partes envolvidas em conflitos armados, bem como a organizações regionais, acerca dos direitos protetivos da infância¹¹⁶.

Importante mencionar, ademais, o Comitê sobre os Direitos da Criança, com o fito de realizar o controle e fiscalização dos direitos enunciados na Convenção em análise, cabendo monitorar a sua implementação.

Finalmente, no âmbito do direito internacional privado, convém sustentar que a área pertinente à proteção da criança tem sido a que mais ocupou a Conferência Permanente de Direito Internacional Privado da Haia, além de diversas convenções, relativas a alimentos, adoção e seqüestro de filhos (a exemplo da Convenção sobre Proteção de Crianças e Cooperação em Matéria de Adoção Internacional, regida, posteriormente, pela Convenção da Haia de 1996).

Do exposto, infere-se que foi no plano internacional que se desenvolveu uma dimensão de direitos que extrapolaram fronteiras. A proteção internacional aos direitos da terceira dimensão, fase da ampla cidadania consubstanciada nos direitos difusos e coletivos¹¹⁷, foi de indiscutível importância, primordialmente no tocante aos direitos em análise no presente trabalho.

Registre-se, ademais, que a normativa internacional, sobretudo a Convenção sobre os Direitos da Criança, contribui e representa a verdadeira mudança de paradigma dos direitos da infância, consubstanciando-se num salto qualitativo fundamental na consideração social e jurídica da infância¹¹⁸. Em sendo agora parte do ordenamento jurídico dos países que a ratificaram, também o é do Brasil, o qual possui legislação interna inteiramente compatível com o disposto na normativa internacional.

¹¹⁶ O professor Jacob Dolinger lança grave crítica a tal Resolução, bem como a outras similares, afirmando serem as mesmas imprestáveis, frente a total politização e flagrante inoperância do Conselho de Segurança da ONU diante de vários genocídios do último quartel do século XX, ocorridos às vistas da ONU e de seu Conselho.

¹¹⁷ PAGLIARINI, Alexandre Coutinho. **Constituição e direito internacional: cedências possíveis no Brasil e no mundo globalizado**. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 198.

¹¹⁸ MENDEZ, Emilio Garcia. **Derechos de la Infancia Adolescencia en América Latina**. Guayaquil: Edino, 1994, p. 89-90.

PARTE II: PRISMA DOGMÁTICO

FORA DA ORDEM

Vapor barato, um mero serviçal do narcotráfico,
Foi encontrado na ruína de uma escola em construção
Aqui tudo parece que é ainda construção e já é ruína
Tudo é menino e menina no olho da rua
O asfalto, a ponte, o viaduto ganindo pra lua
Nada continua
E o cano da pistola que as crianças mordem
Reflete todas as cores da paisagem da cidade que é muito mais bonita
E muito mais intensa do que um cartão postal
Alguma coisa está fora da ordem
Fora da nova ordem mundial (...)
(CAETANO VELOSO)¹¹⁹

¹¹⁹ VELOSO, Caetano. Fora da ordem. In: VELOSO, Caetano. Circuladô. São Paulo: Polygram, 1991. Indiscutivelmente, a atual situação da infância e juventude brasileira, muito além do disposto na norma, está fora do previsto e consagrado no ordenamento jurídico internacional.

CAPÍTULO TERCEIRO
 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES
 E SUA POSITIVAÇÃO NA CARTA DE 1988

Sumário: 3.1 O regime constitucional dos direitos da criança e do adolescente 3.1.1 Sistema de direitos fundamentais aberto e flexível 3.1.2 A superação da dicotomia direitos individuais x direitos sociais 3.1.3 Tomada de posição acerca do art. 227 da Constituição Federal 3.2 O art. 227 como sustentáculo à legislação infraconstitucional 3.2.1 Os direitos fundamentais no Estatuto da Criança e do Adolescente 3.3 Análise sob a égide dos interesses individuais, difusos e coletivos 3.3.1 Direitos fundamentais na esfera coletiva 3.3.2 A tutela jurisdicional diferenciada.

A criança e o adolescente gozam de todos os **direitos fundamentais inerentes à pessoa humana** (...), 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 dignidade¹²⁰ (grifo nosso).

3.1 O REGIME CONSTITUCIONAL DOS DIREITOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

3.1.1 SISTEMA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS ABERTO E FLEXÍVEL

Já se disse que os direitos fundamentais constituem a principal garantia com que contam os cidadãos de um Estado de Direito de que o sistema jurídico e político se orientará com o escopo de respeitar e promover a dignidade humana¹²¹. Eles correspondem à sintaxe da liberdade nas Constituições, tendo o constitucionalismo do século XX logrado a sua posição mais característica¹²².

Na Constituição brasileira atual, distintamente das anteriores, foi dada precedência à sua enunciação¹²³.

¹²⁰ Art. 3º da Lei nº 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente).

¹²¹ PEREZ LUNO, Antonio-Enrique. **Los derechos fundamentales**. Temas clave de la constitucion española. 6 ed. Madrid: Editorial Tecnos, 1995, p. 20.

¹²² BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 17 ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 587.

¹²³ DANTAS, Ivo. **Constituição Federal: teoria e prática**. Vol. 01. Rio de Janeiro: Renovar, 1994, p. 186.

É, pois, evidente a sua importância hodierna. Ademais, seu crescimento e alargamento foram tão notórios, a tal ponto de se salientar que o Estado constitucional moderno é cada vez mais um Estado de direitos fundamentais¹²⁴.

Nos termos do presente trabalho, é imprescindível a discussão acerca do fato de que os direitos fundamentais não se confundem com os outros direitos assegurados ou protegidos pelas constituições, já que ela não protege apenas direitos fundamentais¹²⁵. Nesse aspecto, convém tecer argumentos acerca da posição ocupada pelos direitos de crianças e adolescentes na atual Constituição Federal.

Inicialmente, cumpre reiterar que com grandes distinções entre as anteriores, a Constituição de 1988 concedeu relevante e especial significado aos direitos fundamentais, ao colocar seu catálogo já no início do texto¹²⁶. Eles estão, pois, posicionados geralmente logo após o preâmbulo e os princípios fundamentais, sendo tal posição topográfica reputada como positiva, uma vez que os direitos fundamentais constituem parâmetro hermenêutico, correspondendo a valores superiores de toda a ordem constitucional e jurídica¹²⁷.

Assim, em face desse posicionamento na Carta Política, aliado à importância recebida, pode-se dizer que os direitos fundamentais encontram-se no melhor momento na história do constitucionalismo pátrio, pelo menos no tocante ao seu reconhecimento na ordem jurídica interna¹²⁸.

Na seara do presente capítulo, convém gizar que a Constituição Federal, no seu art. 5º, § 2º, consagrou o conceito materialmente aberto dos direitos fundamentais, ao asseverar a não exclusão de outros direitos e garantias decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados. Assim, observa-se que os direitos fundamentais não formam um sistema em separado e fechado no contexto da Constituição, mas, ao contrário, em se reconhecendo a existência de um sistema dos direitos fundamentais, este necessariamente será um sistema aberto e flexível, integrado ao restante da ordem constitucional.

¹²⁴ MOREIRA, Vital. O futuro da Constituição. In: GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago (Org.). **Direito constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides**. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 322.

¹²⁵ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. **Comentários à Constituição de 1967**. Tomo IV. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1967, p. 621.

¹²⁶ MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 01.

¹²⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 5 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 77.

¹²⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 5 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 80.

A regra prevista no supracitado dispositivo legal demonstra a existência de dois conceitos da Constituição e de direitos fundamentais: o conceito formal e o material.

Na realidade, tal distinção tem por fundamento a classificação enunciada por Canotilho, consoante a qual os direitos consagrados e reconhecidos constitucionalmente designam-se em direitos fundamentais formalmente constitucionais e materialmente constitucionais. Os primeiros são enunciados e protegidos por normas com valor constitucional formal (normas que têm a forma constitucional). Já no tocante aos direitos materialmente constitucionais, é importante salientar que a Constituição admite outros direitos fundamentais constantes das leis e regras aplicáveis de direito internacional; as normas que os reconhecem e protegem não têm a forma constitucional¹²⁹.

Desta feita, o conceito material corresponde à existência de direitos que, por seu conteúdo, pertencem ao corpo fundamental da Constituição de um Estado, mesmo não constando no catálogo. Nesse contexto, importa salientar que o rol do art. 5º, apesar de analítico, não tem cunho taxativo¹³⁰.

Assim, observa-se a inexistência de qualquer limitação de direitos fundamentais quanto à sua posição no texto. A mera localização topográfica não deve prevalecer diante de uma interpretação que, particularmente, leva em conta a finalidade do dispositivo. Essa ampliação do catálogo de direitos fundamentais da Constituição brasileira, inclusive, não possui precedentes com a sua antecessora, sendo de uma amplitude ímpar, encerrando expressamente, ao mesmo tempo, a possibilidade de identificação e construção jurisprudencial de direitos materialmente fundamentais não escritos, assim como de direitos fundamentais constantes em outras partes do texto constitucional¹³¹.

Importa consignar que o próprio Supremo Tribunal Federal já admitiu, em recentes decisões, que os direitos fundamentais na Carta de 1988 não estão necessariamente posicionados no Título II daquele texto legal¹³².

¹²⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Almedina, 2003, p. 403.

¹³⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 5 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 91.

¹³¹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 5 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 99.

¹³² Cite-se o julgamento da ADIN nº 939/DF - Distrito Federal, versando sobre Ação Direta de Inconstitucionalidade de Emenda Constitucional e de Lei Complementar – I.P.M.F – Imposto Provisório sobre a Movimentação ou a Transmissão de Valores e de Créditos e Direitos de Natureza Financeira. Consoante voto do relator, ministro Sidney Sanches: “entre esses direitos e garantias individuais, estão pela extensão contida no § 2º do art. 5º e pela especificação feita no art. 150, III, b, a garantia ao contribuinte de que a União não criará nem

Na realidade, como inexistente um elenco exaustivo de possibilidades de tutela, também não há como se cogitar de um rol fechado relativo aos riscos para a pessoa humana e os direitos que lhe são inerentes.

Não há dúvidas que os direitos da criança e do adolescente estão abrangidos pelo princípio da abertura material do catálogo dos direitos fundamentais. Apesar de estarem dispostos no art. 227 da Constituição, no Capítulo VII, e não no rol do art. 5º, encontram-se abarcados pelo conceito material constitucional.

Contudo, além da questão topográfica, é importante salientar que a qualificação como direitos fundamentais em sentido material necessita de equiparação aos direitos constantes no catálogo segundo a sua substância e importância. Assim, toda e qualquer posição jurídica, principalmente se encontrada fora do catálogo na Constituição, deverá, para ser reputada como autêntico direito fundamental, equivaler em seu conteúdo e dignidade aos direitos fundamentais do catálogo¹³³.

Os direitos de crianças e adolescentes se encontram nesse rol de direitos fundamentais, já que satisfazem os dois critérios – requisitos de relevância e substância. Senão, vejamos:

- 1. Critério de importância (relevância)** – consoante esse requisito, infere-se que a opção do constituinte ao erigir determinada matéria à categoria de direito fundamental tem como supedâneo a efetiva importância do assunto para a sociedade em uma determinada conjuntura. No caso do direito da criança e do adolescente, resulta cristalina a relevância para a comunidade, não apenas por serem pessoas em fase de formação, necessitados de um tratamento especial e diferenciado, mas também por corresponderem à cidadania plena futura (ou àquele antigo truísmo de serem o futuro da nação). No primeiro aspecto, destaca-se seu caráter de vulnerabilidade, carecedor de tratamento diferenciado¹³⁴.

costrará tributos, no mesmo exercício financeiro em que haja publicada a lei que os instituiu ou aumentou (...)". Disponível em: <www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia>. Acesso em: 23 fevereiro 2008.

¹³³ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 5 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 104-105.

¹³⁴ Nesse aspecto de vulnerabilidade, inerente às crianças e adolescentes, pertinentes as palavras de Luigi Ferrajoli: “A relação tradicional entre infância e Direito é aqui duplamente reformulada. Em primeiro lugar, rejeita-se totalmente a idéia segundo a qual a infância pertence – e é justo que pertença – a um mundo puramente natural de relações privadas não reguladas pelo Direito, unicamente submetido à dinâmica espontânea de relações afetivas e tutelares, sejam estas familiares ou extrafamiliares. Pelo contrário, o enfoque (...) reivindica com força para o Direito da infância a lógica dos direitos e suas garantias. Como se sabe, os direitos e as

- 2. Critério de substância (conteúdo)** – aqui se refere à observância do critério de equivalência, devendo, pois, o pretense direito fundamental estar de acordo com os parâmetros do corpo constitucional. Nesse aspecto, destaca-se o princípio da dignidade da pessoa humana, inspirador do catálogo fundamental. Esse também está presente no direito da criança e do adolescente, de nítido caráter humanitário, tendo sido, inclusive, assegurado, no próprio texto constitucional, o direito à dignidade dessa faixa etária. Registre-se que o valor da dignidade da pessoa humana não deve se consubstanciar numa realização igual desde o princípio por parte do homem concreto, mas na possibilidade potencial e abstrata de sua realização¹³⁵.
- Outrossim, é interessante salientar seu caráter supra-estatal, já enunciado anteriormente, nota típica dos direitos fundamentais.

Podem ser ressaltados, ademais, outros critérios adotados na qualificação como direitos fundamentais, os quais também se harmonizam perfeitamente com os direitos da infância e juventude:

- 3. Função protetiva** – consoante a qual os direitos fundamentais necessariamente objetivam assegurar e proteger certos bens individuais ou coletivos considerados essenciais. É evidente a nota protetiva conferida aos direitos em análise no presente trabalho, evidente no *caput* do art. 227 da Constituição, ao dispor ser dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente o direito à vida, à saúde, à alimentação etc., além de colocá-los a salvo de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.
- 4. Possibilidade de cunho negativo ou positivo - prestacional** – exigindo o enquadramento dos direitos em uma das duas situações. O direito da criança e do adolescente situa-se nas duas situações, consoante será analisado posteriormente.

garantias constituem sempre as leis dos mais fracos contra a lei do mais forte que se desenvolve e impera cada vez que os direitos e garantias estão ausentes ou não efetivos. E são precisamente as crianças, mais que ninguém, os sujeitos fracos por antonomásia, destinadas a sucumbir neste estado de natureza no qual são abandonadas à lógica da força do mercado”. Cf. FERRAJOLI, Luigi. In: MENDEZ, Emilio Garcia; BELLOF, Mary (Org.). Prefácio à obra **Infância, Lei e Democracia na América Latina**. Trad. Eliete Ávila Wolff. Blumenau: EDIFURB, 2001.

¹³⁵ CRUZ, Luis M. **La constitución como orden de valores: problemas jurídicos y políticos. Un estudio sobre los orígenes del neoconstitucionalismo**. Granada: Comares, 2002, p. 22.

Por todo o exposto, é válido ressaltar que não pairam dúvidas no tocante à qualificação dos direitos da criança e do adolescente como direitos fundamentais, mesmo não se encontrando expressos no Título II da Constituição de 1988. Como é cediço, tal fato não os desnatura, uma vez que aqueles não formam um sistema em separado e fechado no contexto da Carta Política, mas, ao contrário, constituem um sistema aberto e flexível, integrado ao restante da ordem constitucional. A Constituição representa, indubitavelmente, um sistema aberto de regras e princípios¹³⁶.

De fato, se a Carta Magna concebeu os direitos fundamentais como um conceito materialmente aberto, ao menos na acepção de não restritos a uma condição topológica, é exatamente esta a situação dos direitos fundamentais de crianças e adolescentes. O conceito materialmente aberto de direitos fundamentais encerra expressamente, ao mesmo tempo, a possibilidade de identificação e construção jurisprudencial de direitos materialmente fundamentais não positivados¹³⁷, bem como, sendo aqui o ponto vital, de direitos fundamentais constantes em outras partes do texto constitucional.

Deparamo-nos, assim, com direitos fundamentais fora do catálogo, mas com *status* constitucional formal e material. Não se deve olvidar da circunstância de que os assim designados direitos dispersos da Constituição comungam do mesmo regime jurídico dos direitos constantes do Título II da Carta Magna. Mais ainda em se tratando de direitos fundamentais de crianças e adolescentes, pelas peculiaridades inerentes.

Além disso, a diversidade de conteúdo do catálogo dos direitos fundamentais impede, em princípio, que se estabeleçam critérios abstratos e genéricos que possam demonstrar uma identidade de conteúdos, inclusive no sentido de uma construção assentada numa relação de generalidade e especialidade¹³⁸.

Está, pois, superada a questão relativa à qualificação como fundamental conferida aos direitos de crianças e adolescentes.

¹³⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 5 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 84.

¹³⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 5 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 99.

¹³⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 5 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 82-83.

3.1.2 A SUPERAÇÃO DA DICOTOMIA DIREITOS INDIVIDUAIS X DIREITOS SOCIAIS

Ainda numa análise acerca dos direitos fundamentais, é cediço que eles já foram classificados em direitos de defesa e direitos prestacionais¹³⁹. Os direitos de defesa, reputados como direitos a ações negativas (um não fazer), na esfera da liberdade, correspondem aos direitos do cidadão frente o Estado a uma ação negativa, limitando o poder estatal, com o escopo de evitar a ocorrência de interferências indevidas. Já os direitos prestacionais¹⁴⁰ são direitos do cidadão frente o Estado a ações positivas, com o objetivo de implementação do necessário à sua efetivação.

Em outras palavras, pode-se dizer que os direitos de defesa¹⁴¹ consubstanciam-se numa posição de abstenção do Estado, ao passo que os direitos prestacionais exigem uma postura positiva, ativa, dos poderes públicos, os quais estão obrigados ao fornecimento das prestações de natureza jurídica e fáctica. Nesse último aspecto, são exigíveis, pois, meios materiais e implementação de determinadas condições à satisfação do efetivo exercício das liberdades ditas fundamentais¹⁴².

Em termos gerais, os direitos de defesa incluem no seu rol os direitos de primeira dimensão, na esfera da liberdade, enquanto que os direitos a prestação abarcam os direitos de segunda dimensão, tidos como sociais¹⁴³.

¹³⁹ ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de estudios políticos y constitucionales, 2001, p. 186-196.

¹⁴⁰ ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de estudios políticos y constitucionales, 2001, p. 194. Não cabe na proposta do presente trabalho traçar as subdivisões enunciadas por Robert Alexy acerca de sua classificação dos direitos fundamentais. Apenas para fins didáticos, convém ressaltar sua divisão dos direitos prestacionais em dois grupos: o primeiro tendo como objeto uma ação fáctica e o segundo, uma ação normativa. Para maior conhecimento na matéria, conferir a obra no capítulo quarto: *un sistema de posiciones jurídicas fundamentales*.

¹⁴¹ Canotilho classifica os direitos de defesa sob uma dupla perspectiva: no plano jurídico-objetivo, normas de competência negativa para os poderes públicos, com a proibição de ingerência na esfera individual; no plano jurídico-subjetivo, normas de exercício positivo de direitos fundamentais (liberdade positiva), com a exigência de omissão estatal, a fim de evitar lesão aos direitos. Cf. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Almedina, 2003.

¹⁴² SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 5 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 205.

¹⁴³ Não se pode olvidar a crítica existente acerca das chamadas dimensões dos direitos fundamentais, já ressaltadas no presente trabalho, bem como da classificação desses direitos. As dimensões serão citadas para efeito didático, em face das críticas traçadas. Já a questão das classes dos direitos fundamentais apresenta divergência doutrinária, tanto na imprecisão terminológica, como principalmente na questão relativa à eficácia da norma constitucional. Porém, para efeito desse trabalho, a classificação evidenciada satisfaz as questões do direito em análise. Na verdade, inexistente uma condicionante jurídica que necessariamente coloque em campos contrários os direitos individuais, ou civis, e os direitos sociais. Cf. SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. São Paulo: Malheiros, 2001.

Os direitos de liberdade correspondem aos direitos civis e políticos, tendo sido os primeiros a constarem do instrumento normativo constitucional. Eles têm por escopo a tutela do indivíduo, apresentando, pois, uma evidente subjetividade¹⁴⁴. São tidos como direitos individuais, pertencentes ao homem enquanto indivíduo, garantindo sua independência diante dos demais membros de uma coletividade, diferindo, pois, dos direitos coletivos. Estes têm sua definição mais precisa na esfera dos direitos de terceira dimensão, que serão analisados oportunamente.

Os direitos sociais nasceram imbricados com o princípio da igualdade, fruto do pensamento antiliberal do século XX. Através deles, buscou-se uma liberdade igual para todos, consoante a correção das desigualdades, e não através de uma igualdade sem liberdade. Pode-se dizer, na verdade, que eles são direitos de libertação da necessidade e, ao mesmo tempo, direitos de promoção¹⁴⁵. Essa promoção refere-se a prestações materiais, que devem ser implementadas através do Estado, e não contra esse¹⁴⁶.

Dessas considerações, pode-se dizer que apesar das exigências de direitos enunciadas cronologicamente em diversas fases, no tocante aos poderes constituídos suas espécies serão sempre duas: impedir os malefícios de tais poderes ou lograr êxito na obtenção desses benefícios. Assim, nos direitos de terceira dimensão podem existir quaisquer das duas espécies¹⁴⁷.

A problemática acerca dessa pretensa dualidade entre os direitos de liberdade e os direitos econômicos e sociais já foi ressaltada, inclusive tendo sido colocada como uma das questões do constitucionalismo atual¹⁴⁸. Contudo, para além dessa discussão, deve-se buscar a ordenação de um sistema de correlações entre os aspectos individual e social dos direitos fundamentais. Assim, quando se fala em função social desses direitos, alguns pretendem o abandono de uma visão unilateral da liberdade como direito individual¹⁴⁹.

No tocante à matéria em análise, cumpre ressaltar que dentro dessa terminologia que distingue direitos fundamentais individuais de direitos fundamentais sociais, os direitos de

¹⁴⁴ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 17 ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 563-564.

¹⁴⁵ MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional. Tomo IV. Direitos fundamentais**. 3 ed. Coimbra: Coimbra editora, 2000, p. 104-105.

¹⁴⁶ KRELL, Andreas J. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 19.

¹⁴⁷ BOBBIO, Norberto. **A Era dos direitos**. Trad. Regina Lyra. Rio de Janeiro: Campus, 2004, p. 26.

¹⁴⁸ QUEIROZ, Cristina. Direitos fundamentais sociais: questões interpretativas e limites de justiciabilidade. In: AFONSO DA SILVA, Virgílio (Org.). **Interpretação constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 165.

¹⁴⁹ QUEIROZ, Cristina. Direitos fundamentais sociais: questões interpretativas e limites de justiciabilidade. In: AFONSO DA SILVA, Virgílio (Org.). **Interpretação constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 172.

crianças e adolescentes não se reduzem a nenhum dos dois grupos, mas contemplam direitos que se enquadram em ambos.

Ao menos em relação a tais direitos, a Constituição Federal superou a sobredita dicotomia entre direitos fundamentais sociais e direitos fundamentais civis (ou individuais), conformando-os estruturalmente de maneira particular e diversa daquela com a qual vêm conformados os direitos fundamentais dos adultos, visando atingir efetivamente proteção mais abrangente à infância e juventude¹⁵⁰.

Essa superação ocorreu justamente em face de todos os direitos fundamentais de crianças e adolescentes terem sido conformados da mesma maneira, qual seja, fazendo com que produzam essencialmente obrigações de natureza comissiva, e não meramente omissiva. Isso representa o dever do mundo adulto em assegurar a consecução de tais direitos, consoante reza o art. 227, *caput*, da Constituição¹⁵¹.

Destarte, observa-se que tais obrigações/prestações têm natureza *erga omnes*¹⁵², uma vez que são igualmente impostas ao Estado, à sociedade e à família.

Assim, registre-se a sua adequação às duas espécies de direitos supracitadas:

- 1. Quanto à qualificação como direitos individuais (de defesa)** – a garantia à vida, aos direitos de locomoção, de consciência, de manifestação de pensamento etc., é assegurada às crianças e aos adolescentes. A própria legislação infraconstitucional (Estatuto da Criança e do Adolescente) dispôs acerca de tais direitos, consagrando no seu Capítulo II (Do direito à liberdade, ao respeito e à dignidade) o direito à liberdade, destacando-se os direitos de ir, vir e estar nos logradouros públicos (obviamente ressalvadas as restrições legais), de opinião e expressão e de crença e culto religioso. Ademais, um dos objetivos desses direitos de defesa é a garantia da livre manifestação da personalidade. É óbvio que também nesse aspecto tal preceito se aplica às crianças e adolescentes, pois, antes de sua consideração como um grupo, são seres humanos individuais, com a única distinção em face dos adultos pela faixa etária e conseqüente incapacidade e debilidade inerentes. Registre-se que em virtude desses direitos o indivíduo, no caso em análise as crianças e os adolescentes, não

¹⁵⁰ MACHADO, Martha de Toledo. **A proteção constitucional de crianças e adolescentes e os direitos humanos**. São Paulo: Manole, 2003, p. 381-392.

¹⁵¹ MACHADO, Martha de Toledo. **A proteção constitucional de crianças e adolescentes e os direitos humanos**. São Paulo: Manole, 2003, p. 381-392.

¹⁵² SARMENTO, George. Pontes de Miranda e a teoria dos direitos fundamentais. **Revista do mestrado em Direito**. Maceió: Nossa Livraria, 2005, p.75.

podem enquanto pessoas individuais ser expostas a tratamento discriminatório, em face da nítida proteção de uma esfera de igualdade pessoal existente. Outrossim, ressalta-se que os direitos fundamentais situados fora do catálogo do art. 5º da Constituição Federal, a exemplo dos direitos em estudo, não deixam por isso de ser reputados direitos individuais, já que, na realidade, eles apenas foram agrupados de forma diversa em decorrência de seu conteúdo ou funções¹⁵³, consoante já ressaltado.

2. **Quanto à qualificação como direitos sociais (prestacionais)** – tais direitos, vistos de forma ampla¹⁵⁴, incluindo o direito à saúde, à educação e à assistência social, estão intimamente ligados aos direitos da infância e da juventude, pois no rol de suas prioridades está também a consecução dessas posições tipicamente prestacionais. É notória a grande gama de direitos a prestações previstos além do catálogo dos direitos fundamentais. No tocante à criança e ao adolescente, o art. 227 da Constituição Federal consagra a promoção pelo Estado de programas de assistência integral à saúde, consoante reza o § 1º desse dispositivo legal, além de questões relativas ao trabalho, previstas no § 3º. É de se ressaltar, pois, a relevância de tais direitos na busca pela necessária efetivação da proteção constitucional dessa faixa etária.

Em suma, infere-se que em relação aos direitos fundamentais de crianças e adolescentes a Constituição de 1988 abraçou a concepção unitária dos direitos humanos, reconhecendo a inafastável interdependência entre os chamados direitos civis ou da liberdade, e os chamados direitos sociais ou da igualdade. Na essência da problemática, apenas se alcança efetividade plena para qualquer desses direitos quando todos estão suficientemente satisfeitos.

Assim, a Constituição Brasileira observou a força potencial que a efetivação dos direitos fundamentais de crianças e adolescentes tem na obtenção do patamar mínimo de igualdade, necessário à dignidade humana, para, entre os pólos de prestação eminentemente negativa e prestação eminentemente positiva que a positivação de qualquer direito

¹⁵³ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 5 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 191.

¹⁵⁴ É de se ressaltar que os direitos sociais, conforme disposição constitucional, não formam um grupo homogêneo no tocante à sua positivação, bem assim quanto ao seu conteúdo. Eles não se limitam, como é óbvio, aos direitos dos trabalhadores.

fundamental teoricamente comporta, situar todos os direitos fundamentais da puerícia nesse segundo extremo, como forma de assegurar maior efetividade a seus direitos fundamentais¹⁵⁵.

3.1.3 TOMADA DE POSIÇÃO ACERCA DO ART. 227 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

Pelo exposto, observa-se que o art. 227 traz em seu bojo normas de caráter nitidamente fundamental, comportando a mesma carga valorativa existente no rol do art. 5º da Constituição.

Pacificou-se, também, que os direitos de crianças e adolescentes são observáveis na esfera de defesa, como direitos de primeira dimensão, e também na esfera prestacional, no âmbito da segunda dimensão¹⁵⁶, e até mesmo na esfera eminentemente coletiva, traço típico dos direitos difusos e coletivos, consoante será adiante analisado. Também aqui não tem cabimento a dicotomia ora discutida.

De fato, seguindo a sugestão de inúmeros autores, são também os direitos da criança e do adolescente considerados de terceira dimensão¹⁵⁷.

Assim, pode-se dizer que os direitos elencados no art. 227 da Constituição Federal são, de fato, reputados como direitos fundamentais, e, mais ainda, passíveis de obrigações, sobretudo, positivas, já que necessitam de evidente implementação de políticas pelo Estado (principalmente)¹⁵⁸, apesar de imbricados nas três espécies já citadas dos direitos fundamentais.

Ademais, pela redação do art. 227, as crianças e os adolescentes passaram a ter um mesmo *status* jurídico, não havendo mais a malfadada distinção entre menor-

¹⁵⁵ MACHADO, Martha de Toledo. **A proteção constitucional de crianças e adolescentes e os direitos humanos**. São Paulo: Manole, 2003, p. 385

¹⁵⁶ Nessa linha de pensamento, colocando os direitos de crianças sob o primado das duas dimensões de direitos fundamentais, sustenta Alessandro Baratta: “el análisis (...) permite establecer que el niño goza, no solo de manera plena sino de manera privilegiada con respecto a los adultos, de todos los derechos fundamentales con los que se realiza su status negativus, su status positivus y que, por lo que se refiere al status activus, el niño goza ciertamente de los derechos procesales fundamentales y de una parte importante de los derechos de participación” Cf. BARATTA, Alessandro. *Infancia y Democracia*. In: MENDEZ, Emilio Garcia (Org.). **Infancia, Ley y Democracia en América Latina**. Santa Fé de Bogotá: Temis, 1998. Cabe ressaltar a referência à teoria do status de Jellinek, cabendo, via de regra, o *status negativus* aos direitos de defesa, e o *status positivus* aos direitos prestacionais.

¹⁵⁷ SANCHEZ-PESCADOR, Liborio L. Hierro. *El niño y los derechos humanos*. In: CERVERA, Ignacio Campoy (Org.). **Los derechos de los niños: perspectivas sociales, políticas, jurídicas y filosóficas**. Madrid: Dykinson, 2007, p. 17.

¹⁵⁸ Não se pode olvidar que a Constituição consagrou uma tríplice responsabilidade nessa área: Estado, mas também família e sociedade.

desvalido/menor-delinquente e criança, existente outrora. Com o dispositivo legal supracitado, todas as crianças e adolescentes receberam o mesmo tratamento constitucional, garantidor de direitos.

Importante registrar que o sobredito dispositivo legal inaugurou a doutrina da proteção integral, em face do caráter universalizante previsto no sobredito art. 227, o qual buscou regular todas as relações jurídicas de crianças e adolescentes diante do Estado, da família e da sociedade.

Assim, pela leitura desse dispositivo, pode-se afirmar que o legislador consagrou a plena compatibilidade entre a titularidade dos direitos fundamentais e a proteção integral. Essa corresponde ao conjunto de direitos que são próprios apenas à faixa etária ora em estudo, os quais, diversamente dos direitos fundamentais reconhecidos a todos os adultos, concretizam-se em pretensões nem tanto em relação a um comportamento negativo (abstenção da violação de direitos), mas a um comportamento positivo por parte do Estado e dos cidadãos. Desse modo, por força da proteção integral, as crianças e os adolescentes têm o direito de que os adultos façam coisas em seu favor¹⁵⁹.

3.2 O ART. 227 COMO SUSTENTÁCULO À LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL

Não há dúvidas que o grande marco de mudança paradigmática da questão relacionada à infância e juventude em nosso País foi o advento da Constituição de 1988, com a consagração da doutrina da proteção integral. Foi a mesma consectária da Convenção sobre os Direitos da Criança de 1989, consoante já ressaltado. José Afonso da Silva¹⁶⁰ considerou, inclusive, o art. 227 da Constituição, por si só, uma Carta de direitos fundamentais da criança e do adolescente.

¹⁵⁹ VERCELONE, Paolo. Art. 3º do Estatuto da Criança e do Adolescente. In: CURY, Munir (Org.). **Estatuto da Criança e do Adolescente comentado: comentários jurídicos e sociais**. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 33.

¹⁶⁰ SILVA, José Afonso da. Direitos humanos da criança. **Revista Trimestral de Direito Público** nº 26. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 05 e 06.

Já foi salientado que a sobredita mudança correspondeu a uma verdadeira revolução, não de uma classe social ou etnia, mas sim de uma categoria de cidadãos identificada a partir da idade¹⁶¹.

Dessas considerações, pode-se afirmar que após a vigência da Carta Magna, toda a legislação menorista que contrariava os princípios constitucionais agora vigentes no âmbito da aludida matéria foi derogada. Nessa seara, buscou-se incorporar ao texto legal o aspecto especial necessário à abordagem da infância e juventude, corolário dos inúmeros documentos internacionais relacionados aos Direitos Humanos, mormente a Convenção sobre os direitos da criança.

Na sistemática da Constituição, todas as crianças ou adolescentes, independentemente da situação fática ou posição social em que se encontrem, gozam do mesmo rol de direitos fundamentais. Tal posição foi observada na legislação ordinária, com a aprovação da Lei nº 8.069, de 13 de junho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), ratificadora da nova realidade jurídica, em consonância com o Estado Democrático de Direito. Assim como a Constituição, o advento do Estatuto da Criança e do Adolescente também se desenvolveu através de mobilização popular, representantes de instituições públicas e organizações da sociedade civil.

Foi, pois, o art. 227 o grande marco da mudança paradigmática na seara da infância, inspirador do Estatuto da Criança e do Adolescente, o qual, mais do que ratificar o disposto constitucionalmente, foi bem mais além, ampliando o rol protetivo e de tutela, consagrando medidas judiciais aplicáveis¹⁶².

¹⁶¹ VERCELONE, Paolo. Art. 3º do Estatuto da Criança e do Adolescente. In: CURY, Munir (Org.). **Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado: comentários jurídicos e sociais**. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 32-35.

¹⁶² Convém, porém, concordar com as palavras de Garrido de Paula: “Anotar-se que nenhuma lei, por melhor que seja, pode substituir o substrato econômico e social que falta à maioria da população brasileira. Contudo, a lei pode ser concebida, levando-se em conta os interesses de seus destinatários, como um instrumento de transformação social, como garantia de possibilidades, de sorte que a ação transformadora possa nela buscar respaldo”. In: GARRIDO DE PAULA, Paulo Afonso. Educação, Direito e Cidadania. **Cadernos de Direito da Criança e do Adolescente**. Associação Brasileira de Magistrados e Promotores de Justiça da Infância e da Juventude. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 91-103.

O sobredito Estatuto foi reconhecido como exemplo de legislação pertinente ao tema em toda a América Latina¹⁶³, apesar da evidente crise de efetividade, que será analisada posteriormente.

Ademais, em harmonia axiológica com a supremacia que o valor dignidade da pessoa humana recebeu na Carta Política de 1988, foi inserido no Estatuto da Criança e do Adolescente um sistema de proteção especial para crianças e adolescentes, reconhecidos na sua especificidade de seres humanos ainda em desenvolvimento físico, psíquico e emocional. Tal sistema representa uma especificação do sistema protetivo constitucional do cidadão, em observância à máxima *suum cuique tribuere*, citada por Bobbio¹⁶⁴, sendo os direitos conferidos à infância *ius singulare* em relação ao *ius commune*.

Em suma, a peculiar condição de seres humanos em processo de desenvolvimento físico e mental é a noção precípua do sistema especial de proteção aos direitos da criança e do adolescente. Convém salientar que os seus direitos fundamentais são prioritários, devendo, pois, receber proteção prioritária e prevalente, de forma integral, consoante será analisado oportunamente.

Indubitável, pois, que com o surgimento da doutrina da proteção integral, emanante do art. 227, § 3º, da atual Constituição, foi instalada uma nova ordem na matéria, afinada com a contemporânea concepção de radical proteção aos Direitos Humanos, em oposição à concepção autoritária e mantenedora do *status quo* e das desigualdades sociais do direito do menor¹⁶⁵. Essa doutrina foi detalhada no art. 3º do Estatuto da Criança e do Adolescente, o qual, dando cumprimento à norma constitucional, legisla acerca da instrumentalização de alcance dos direitos da infância e juventude, prevendo as oportunidades e facilidades para seu desenvolvimento.

¹⁶³ Nesse sentido, cita a jurista da Universidade de Gênova, Isabel Fanlo: “en America Latina, no obstante, es sobre todo el estatuto brasileño de la infancia y la adolescencia el que suscita un vivo, si bien no unánime, entusiasmo: un texto de nada menos que 267 artículos al cual se le ha reconocido, junto al mérito de constituir un cambio fundamental de paradigma, la postulación de una doctrina de la protección integral de los derechos de la infancia que, al referirse a algunos instrumentos jurídicos internacionales (en concreto a los derechos humanos), habría promovido un notable salto cualitativo en la consideración jurídica y social del niño”. In: CORTÉS, Isabel Fanlo. **Derecho de los niños: una contribución teórica**. México: Distribuciones Fontamara, 2004, p. 11.

¹⁶⁴ BOBBIO, Norberto. **A era dos Direitos**. Trad. Regina Lyra. Rio de Janeiro: Campus, 2004, p. 54.

¹⁶⁵ MACHADO, Martha de Toledo. **A proteção constitucional de crianças e adolescentes e os direitos humanos**. São Paulo: Manole, 2003, p. 54.

3.2.1 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

O Estatuto da Criança e do Adolescente, esmiuçando o disposto no art. 227 da Constituição, traz a partir do Título II o rol dos direitos fundamentais da infância e juventude, assim descritos:

- 1. Direito à vida e à saúde (arts. 7º a 14);**
- 2. Direito à liberdade, ao respeito e à dignidade (arts. 15 a 18);**
- 3. Direito à convivência familiar e comunitária (arts. 19 a 52);**
- 4. Direito à educação, à cultura, ao esporte e ao lazer (arts. 53 a 59);**
- 5. Direito à profissionalização e à proteção no trabalho (arts. 60 a 69).**

O direito à vida, evidentemente, é reputado como o mais relevante, pois sem a vida findam-se todos os demais. O sobredito direito é garantido desde a concepção, e não apenas após o nascimento, consoante dispõe o art. 7º do estatuto legal em análise¹⁶⁶. De fato, houve a tutela das crianças em suas diversas fases de vida, inclusive a uterina, com as prescrições acerca do nascituro e atendimento à gestante¹⁶⁷.

No âmbito do direito à saúde, o Estado deverá promover para a sua consecução programa de assistência integral à saúde da criança e do adolescente, admitida a participação de entidades governamentais e não governamentais. Não é demais lembrar que a ausência de programas públicos nessa área exige a atuação direta do Ministério Público. No sistema de garantias do Estatuto da Criança e do Adolescente, cabe, também, à família e à comunidade assegurar esse direito fundamental estreitamente vinculado ao direito à vida¹⁶⁸. Por sua vez, o art. 11 dispõe acerca da forma como tal direito, assegurado, deve ser exercido: através do Sistema Único de Saúde, garantido o acesso universal e igualitário às ações e serviços para promoção, proteção e recuperação da saúde.

¹⁶⁶ “A criança e o adolescente têm direito à proteção à vida e à saúde, mediante a efetivação de políticas públicas que permitam o nascimento e o desenvolvimento sadio e harmonioso, em condições dignas de existência”.

¹⁶⁷ Segundo o art. 8º do Estatuto da Criança e do Adolescente, “é assegurado à gestante, através do Sistema Único de Saúde, o atendimento pré e perinatal”. O art. 10, por sua vez, dispõe acerca de medidas obrigatórias nos hospitais e demais estabelecimentos de atenção à saúde de gestantes, públicos e privados.

¹⁶⁸ AMIN, Andréa Rodrigues. Dos direitos fundamentais. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (Org.). **Curso de Direito da Criança e do Adolescente: aspectos teóricos e práticos**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006, p. 37.

No concernente ao direito à liberdade, não se compreende tão-somente o direito de ir e vir (com as limitações necessárias, por tutelar seres ainda em fase de desenvolvimento¹⁶⁹), mas também a liberdade de opinião, expressão, crença e culto religioso.

Na seara da liberdade de opinião e expressão, deve-se proporcionar à criança e ao adolescente um comportamento que estimule sua inteligência, traduzido, de certa forma, no acesso à educação, já que a criança nasce sem hábitos, informações ou compromissos com o passado¹⁷⁰.

Também a crença e o culto religioso livres estão compreendidos no direito à liberdade, devendo os pais, no cumprimento do dever de educar, oferecer a formação religiosa necessária. Convém registrar que essa liberdade é por vezes conexa com a da família, não podendo representar uma imposição, mas em contrapartida permite o direito aos pais de orientar seus filhos religiosamente, mesmo para o agnosticismo¹⁷¹.

O direito ao respeito e à dignidade tutela o desenvolvimento de crianças e adolescentes como seres humanos, fisicamente frágeis, sim, mas com o privilégio de representar o início da vida, dependentes dos adultos para revelar suas potencialidades, porém, por isso mesmo, merecedores do maior respeito¹⁷². Não se pode olvidar que toda a sociedade é convocada com o escopo de evitar que aqueles sejam vítimas de tratamento desumano, violento, aterrorizante, vexatório ou constrangedor. Além de ser um direito oponível a todos, *erga omnes*, de outra parte também exige a ação de todos em sua defesa, sob pena de responsabilidade por omissão.

É importante salientar que os demais direitos fundamentais, ligados, sobretudo, à esfera social, serão analisados detalhadamente no capítulo destinado à análise sociológica, no âmbito do sistema estatal de proteção da criança e do adolescente. São direitos peculiares a essa faixa etária, ensejadores de um tratamento especial, passíveis de exame mais percuciente.

¹⁶⁹ Como é óbvio, a liberdade de ir e vir não se traduz na absoluta autodeterminação de crianças e adolescentes decidirem seu destino, já que a lei ressalva as restrições legais. Cf. AMIN, Andréa Rodrigues. Dos direitos fundamentais. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (Org.). **Curso de Direito da Criança e do Adolescente: aspectos teóricos e práticos**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006, p. 48.

¹⁷⁰ Cabe registrar, aqui, o enunciado por Dallari: “A criança deve ter a possibilidade de conhecer e de raciocinar, para que possa formar livremente sua convicção. E esta, seja qual for, deverá ser respeitada, podendo-se, isto sim, estimular a criança a repensar e a estar sempre disposta a considerar novas idéias. Esse método é o modo de proceder de quem realmente respeita o direito de pensar que toda criança deve ter”. Cf. DALLARI, Dalmo de Abreu. **O direito da criança ao respeito**. São Paulo: Summus, 1986, p. 28.

¹⁷¹ SILVA, Jose Afonso da. Art. 16 do Estatuto da Criança e do Adolescente. In: CURY, Munir (Org.). **Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado: comentários jurídicos e sociais**. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 84.

¹⁷² DALLARI, Dalmo de Abreu. **O direito da criança ao respeito**. São Paulo: Summus, 1986, p. 21.

3.3 ANÁLISE SOB A ÉGIDE DOS INTERESSES INDIVIDUAIS, DIFUSOS E COLETIVOS

3.3.1 DIREITOS FUNDAMENTAIS DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES NA ESFERA DIFUSA E COLETIVA

Há que se registrar um fundamento moral que parece dar resposta aos direitos da criança e do adolescente: a solidariedade¹⁷³. Essa expressão, inclusive, é preferível para alguns à fraternidade, nota caracterizadora dos direitos de terceira dimensão.

A nota distintiva desses direitos reside basicamente na sua titularidade coletiva, por vezes indefinida e indeterminável, possuindo como destinatário inicial o próprio gênero humano. Isso ocorre porque os direitos de terceira dimensão são reputados como direitos de solidariedade, de modo especial em face de sua implicação universal ou, no mínimo, transindividual, e por exigirem esforços e responsabilidades em escala até mesmo mundial para sua efetivação¹⁷⁴. Observa-se, pois, tal necessidade no âmbito dos direitos de crianças e adolescentes.

Convém ressaltar que esses direitos da infância, consoante já ficou demonstrado, além de não estarem afetos à dicotomia direitos civis - sociais, incluindo-se no rol de ambos, também estão afetos à seara difusa e coletiva, inerente aos direitos fundamentais considerados de terceira dimensão.

Sabe-se que o século XX foi marcado por uma consciência histórica, influenciada por movimentos sociais, tendo algumas declarações de direitos cumprido relevante função na formação dos novos direitos¹⁷⁵. Deparamo-nos com os interesses transindividuais, destacando-se os inerente às crianças e aos adolescentes. Convém registrar que, distintamente do que ocorre com outros direitos de terceira dimensão, os direitos dessa faixa etária já são positivados, tanto na seara constitucional quanto no âmbito do direito internacional, consoante já ressaltado.

Um dos aspectos dessa nova categoria de interesse repousa na indeterminação do sujeito protegido. O bem jurídico tutelado recai no homem, no sentido indeterminado,

¹⁷³ PALOP, María Eugenia Rodríguez. Podemos assumir la protección eficaz de los derechos de los niños? In CERVERA, Ignacio Campoy (Org). **Los derechos de los niños: perspectivas sociales, políticas, jurídicas y filosóficas**. Madrid: Dykinson, 2007, p. 220.

¹⁷⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 5 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 57.

¹⁷⁵ VERONESE, Josiane Rose Petry; SILVA, Moacyr Motta da. **A tutela jurisdicional dos direitos da criança e do adolescente**. São Paulo: LTr, 1998, p.34.

integrante de certa coletividade humana. Já se disse que os interesses difusos fazem parte do gênero dos interesses meta ou superindividuais, constituindo categoria jurídica que ultrapassa os limites individuais¹⁷⁶.

É importante registrar que os interesses difusos, em decorrência do elenco de proteção do Estado, não se acham restritos a determinado campo, abrangendo a proteção do patrimônio cultural do homem, a qualidade das águas, e, inclusive, a criança e o adolescente. Observa-se que a sede natural dos interesses difusos e coletivos possui a marca da sociedade contemporânea. A categorização desses interesses como valores jurídicos constitui opção política do Estado Democrático de Direito, com o escopo de construir um novo perfil do direito, em uma dimensão coletiva¹⁷⁷.

Realizando uma breve digressão nos conceitos doutrinários acerca desse tipo de direito fundamental, convém ressaltar, inicialmente, que no aspecto processual o que caracteriza os interesses transindividuais, ou de grupo, não é apenas o fato de serem compartilhados por diversos titulares individuais reunidos pela mesma relação jurídica. Deve-se, também, dar especial destaque à circunstância de que a ordem jurídica reconhece a necessidade de que seu acesso individual à Justiça seja substituído por um processo coletivo¹⁷⁸.

Cumprе salientar a distinção existente no âmbito da defesa dos interesses transindividuais, com o objetivo de melhor sistematização¹⁷⁹.

1. **Interesses difusos** – direitos transindividuais de natureza indivisível, tendo como titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato¹⁸⁰;
2. **Interesses coletivos** – direitos transindividuais de grupos, classes ou categorias de pessoas. Nos direitos coletivos, a titularidade se atribui a uma comunidade ou

¹⁷⁶ MANCUSO, Rodolfo Camargo. **Interesses difusos: conceito e legitimação para agir**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 110.

¹⁷⁷ VERONESE, Josiane Rose Petry; SILVA, Moacyr Motta da. **A tutela jurisdicional dos direitos da criança e do adolescente**. São Paulo: LTr, 1998, p.51.

¹⁷⁸ MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor e outros interesses difusos e coletivos**. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 44-45.

¹⁷⁹ MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor e outros interesses difusos e coletivos**. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p.45-52.

¹⁸⁰ Consoante conceito do Código de Defesa do Consumidor, art. 81, parágrafo único, I.

minoria concebida como um ente que tem vontade única e se expressa de forma também unitária¹⁸¹.

- 3. Interesses individuais homogêneos** – direitos de grupo, categoria ou classe de pessoas determinadas ou determináveis, que compartilhem prejuízos divisíveis, de origem comum, normalmente oriundos das mesmas circunstâncias de fato¹⁸².

Não se pode olvidar a possibilidade de ações mandamentais destinadas à defesa de interesses individuais, difusos ou coletivos, relacionados com a proteção da infância e adolescência, seja como titular de um meio ambiente sadio e equilibrado, seja como empregada enquanto destinatária de adequadas condições de trabalho, seja ainda enquanto consumidora efetiva ou potencial¹⁸³.

É clara a compreensão de que as normas introduzidas na Constituição Federal, em seu art. 227, não podem se vistas apenas como preceitos mandamentais de obrigação de fazer ou não fazer. É necessário extrair dessas regras o seu sentido ético, através do qual a lei não existe no mundo jurídico apenas para ser exigida, mas para que as partes cumpram-na espontaneamente como dever ético de solidariedade. Assim, no âmbito da ética, a lei que impõe regras protetoras à infância e à juventude deve ser recebida como garantia do Estado em preservar o futuro de suas gerações, moldadas em padrões de conduta sadia, de convivência¹⁸⁴.

Convém registrar os interesses protegidos da infância e juventude, previstos no art. 208 do Estatuto da Criança e do Adolescente. Nesse dispositivo legal há exigência de oferta regular de ensino obrigatório, atendimento em creche e pré-escola, serviço de assistência social visando à proteção à família, acessos às ações e serviços de saúde etc. É evidente que o rol acima descrito não é taxativo, em face da possibilidade de tutela de outros interesses não elencados.

¹⁸¹ VITALE, Ermanno. Relexiones sobre el paradigma de los derechos fundamentales. **Isonomia** n° 16/abril 2002.

¹⁸² Segundo art. 81, parágrafo único, III, do Código de Defesa do Consumidor.

¹⁸³ MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor e outros interesses difusos e coletivos**. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p 564.

¹⁸⁴ VERONESE, Josiane Rose Petry; SILVA, Moacyr Motta da. **A tutela jurisdicional dos direitos da criança e do adolescente**. São Paulo: LTr, 1998, p.109.

3.3.2 A TUTELA JURISDICIONAL DIFERENCIADA

No âmbito da tutela jurisdicional por parte de crianças e adolescentes, bem como da interposição de ações que tenham por escopo a garantia de seus interesses, importa evidenciar que o Estatuto da Criança e Adolescente, sob os auspícios da doutrina da proteção integral, garante a todos eles o acesso à justiça. É o que se depreende do art. 141 da sobredita lei, a qual, em harmonia axiológica com o art. 5º da Constituição, garante o acesso de toda criança ou adolescente à Defensoria Pública, ao Ministério Público e ao Poder Judiciário, ou qualquer de seus órgãos.

Esta expressão designa, inclusive, que o Estatuto da Criança e do Adolescente não se limitou ao acesso à Justiça da Infância e Juventude enquanto vara especializada, mas a todos os órgãos jurisdicionais que estão elencados no art. 92 da Constituição¹⁸⁵. Isso ocorre, inclusive, em face de o Estatuto não tratar apenas da questão relativa à prática de ato infracional, a exigir vara especializada no mínimo nas capitais dos Estados da Federação, mas também de crimes praticados contra crianças e adolescentes, os quais não são apurados na Justiça da Infância e da Juventude. Por vezes há varas criminais destinadas à apuração de tais delitos, mais isso não ocorre de forma uniforme no território brasileiro. Em Maceió, inclusive, não há vara criminal especializada na apuração de crimes praticados contra crianças e adolescentes, apesar de algumas reclamações de representantes de órgãos públicos e da sociedade civil organizada, dirigindo-se os processos às varas criminais comuns. Nesse caso, o acesso à justiça preconizado no Estatuto da Criança e do Adolescente faz-se perante tais órgãos.

Questão assaz relevante corresponde à inovação trazida no Estatuto consistente na possibilidade de cobrança do Estado por meio da interposição de ação civil pública, destinada ao cumprimento de determinados direitos, a exemplo do direito ao sistema de saúde, à escola, à programa especial de portadores de deficiência física etc. Observa-se, pois, a possibilidade de o Estado ser chamado perante o Judiciário, fato que não ocorria anteriormente, ainda no advento dos Códigos de Menores, sequer para o Estado justificar suas constantes omissões.

¹⁸⁵ VERONESE, Josiane Rose Petry; SILVA, Moacyr Motta da. **A tutela jurisdicional dos direitos da criança e do adolescente**. São Paulo: LTr, 1998, p.121-122.

Em Maceió, ressalta-se uma ação civil pública nesse sentido, impetrada por membros do Ministério Público estadual¹⁸⁶.

Ademais, o acesso à Justiça na interposição de interesses afetos à criança e ao adolescente constitui-se, ainda, em mais um fator a corroborar no processo de transformação do próprio poder Judiciário, o qual não pode mais se cingir à neutralização política de outrora. Exige-se um Judiciário que interprete as normais constitucionais e ordinárias com supedâneo nos valores relativos aos direitos fundamentais, devendo exigir o cumprimento do dever do Estado de intervir ativamente na esfera social¹⁸⁷. Espera-se, pois, uma mudança paradigmática em sua percepção, não cabendo mais ao juiz, como ocorreu nos países latino-americanos na maior parte do século XX, a figura inanimada de aplicador da letra da lei emprestada do modelo europeu¹⁸⁸.

Assim, na esfera da Justiça da Infância e Juventude, por não ser uma Justiça especializada, mas antes, uma vara especializada da Justiça comum, o juiz deve também representar tal papel¹⁸⁹. Ao juiz que atua na vara da Infância e Juventude exige-se uma postura ativa na exigência do cumprimento dos preceitos constantes na Constituição e regulamentados no Estatuto da Criança e do Adolescente, bem como um conhecimento multidisciplinar na área. Principalmente no tema em análise, espera-se que decisões não sejam fundamentadas tão-somente no texto legal, mas que atinjam o contexto social, extraindo daí as justificativas para sentenças que necessariamente deverão tutelar interesses das crianças e adolescentes, não raras vezes alvos das irresponsabilidades dos programas de ação

¹⁸⁶ Merece citação a ação civil pública (processo 2006.80.00.005982-8) impetrada em março de 2007 pelo Ministério Público de Alagoas e Procuradoria Regional do Trabalho para garantir direitos humanos, sociais, econômicos e culturais a crianças e adolescentes das favelas Mundaú, Sururu de Capote, Torre e Muvuca. Os argumentos trazidos foram a sobrevivência da comunidade residente na Orla Lagunar de Maceió abaixo da linha de pobreza, numa clara ofensa ao princípio da dignidade da pessoa humana, bem como a gravidade da permanência da prática de exploração sexual de crianças e adolescentes. A decisão do membro do Judiciário da 28ª Vara Cível será esmiuçada no capítulo seguinte.

¹⁸⁷ KRELL, Andreas J. **Direitos sociais e sontrol judicial no Brasil e Alemanha: os “des”caminhos de um direito constitucional “comparado”**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002, p. 96-97. Para Krell, “nos países periféricos como o Brasil, a atuação de muitos juizes se caracteriza pela resistência em assumir a sua corresponsabilidade na ação providencial do Estado. Nessa linha, exige-se um Judiciário *intervencionista* que realmente ousa controlar a falta de qualidade das prestações dos serviços básicos e exigir a implementação de políticas sociais eficientes, não podendo as decisões da Administração Pública se distanciar da programaticidade principiológica da constituição (...). Concordamos com Clève, que defende um novo tipo de Poder Judiciário e de compreensão da norma constitucional, com juizes “ativistas”, vinculados às diretivas e às diretrizes materiais da constituição, voltados para a plena realização dos seus comandos e não apenas apegados aos esquemas da racionalidade formal e, por isso, muitas vezes simples guardiões do *status quo*”.

¹⁸⁸ SANTOS, Boaventura Sousa. **Para uma revolução democrática da justiça**. Coleção questões da nossa época v. 134. São Paulo: Cortez, 2007, p.11.

¹⁸⁹ Importante registrar que a Justiça da Infância e Juventude tem por escopo a solução de problemas que envolvam todas as crianças e adolescentes em face da doutrina da proteção integral, não sendo mais dirigida a uma categoria específica de pessoas que se encontram em situação irregular.

governamental. Já se disse que o sobredito Estatuto encontra como um de seus grandes obstáculos a própria estrutura conservadora do Poder Judiciário¹⁹⁰, que se receia posicionar ante as ações civis públicas, por suposta ingerência na esfera dos poderes Legislativo e Executivo¹⁹¹.

É importante ressaltar que o princípio da tripartição tem uma matriz histórica que o vincula intimamente a uma finalidade, qual seja, a tutela da liberdade, mas para o seu alcance não se cogitou da necessidade de uma separação rígida entre os poderes estatais, tese que pertence exclusivamente ao campo dos mitos¹⁹².

Convém registrar a advertência de João Maurício Adeodato, consoante a qual se busca um meio-termo, com o escopo de evitar a “ditadura do judiciário”, e não cair na ingenuidade de uma volta à separação de poderes de Montesquieu, reduzida a mero ordenamento retórico no complexo direito dogmático de hoje¹⁹³.

Já se disse não ser possível descartar a hipótese de que a propalada contraposição entre política pública e controle judicial talvez configure, no limite, um falso problema ou ao menos uma falsa antinomia, uma vez que os princípios constitucionais devem ser compatibilizados entre si para conviverem harmoniosamente, sem que um esvazie o conteúdo ou enfraqueça a eficácia do outro. Por conseguinte, o princípio de garantia de acesso à Justiça deve ter como parâmetro esse espírito largo e conciliador citado¹⁹⁴.

¹⁹⁰ VERONESE, Josiane Rose Petry; SILVA, Moacyr Motta da. **A tutela jurisdicional dos direitos da criança e do adolescente**. São Paulo: LTr, 1998, p.159-160.

¹⁹¹ Refutando tal pensamento acerca de suposta ingerência, cumpre gizar decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul: “A Constituição Federal, em seu art. 227, define como prioridade absoluta as questões de interesse da criança e do adolescente; assim, não pode o Estado-membro, alegando insuficiência orçamentária, desobrigar-se da implantação de programa de internação e semi-liberdade para adolescentes infratores, podendo o Ministério Público ajuizar ação civil pública para que a Administração estadual cumpra tal previsão legal, não se tratando, na hipótese, de afronta ao poder discricionário do administrador público, mas de exigir-lhe a observância de mandamento constitucional” (Ap.596.017,7.Câm.,julg.12.3.1997, Rel. Des. Sérgio Gischkow Pereira).

¹⁹² Nesse sentido, Flávio Dino Costa sustenta que “na realização deste princípio nos Estados moderados (segundo a terminologia montesquieuniana) esta ingerência parcial sempre se fez presente, de modo que não existe incompatibilidade principiológica entre o exercício do controle jurisdicional sobre a atuação dos demais Poderes e o postulado inscrito no art. 2º da nossa Constituição. Ao contrário: nos últimos cem anos cada vez mais o Judiciário é chamado a exercer tal papel.” Cf.: COSTA, Flávio Dino de Castro. A função realizadora do Poder Judiciário e as políticas públicas no Brasil. **Interesse Público**, n. 28. Porto Alegre, nov./dez. 2004, p.64-90.

¹⁹³ ADEODATO, João Maurício. Jurisdição à brasileira: situação e limites. In: SCAFF, Fernando Facury (Org.). **Constitucionalizando direitos: 15 anos da Constituição Brasileira de 1988**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 76.

¹⁹⁴ STRECK, Lenio Luiz. A permanência do caráter compromissório (e dirigente) da Constituição Brasileira e o papel da jurisdição constitucional: uma abordagem à luz da hermenêutica filosófica. In: MILARÉ, Édís (Org.). **Ação civil pública: lei 7.347/1985 - 15 anos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 738-739.

O próprio Estatuto da Criança e do Adolescente disponibiliza em seu art. 208 uma ação civil pública de responsabilidade por ofensa aos direitos assegurados à criança e ao adolescente. Nessa ação, que tem por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento, segundo dispõe o art. 213 daquele estatuto legal. Eis a nota da efetividade do comando jurisdicional, indispensável ao real implemento das políticas públicas.

A preeminência no Brasil desse tipo de ativismo judicial seria capaz de superar muitos dos óbices e representar uma alavanca para a realização dos direitos postergados ou até impossíveis, como são denominados aqueles que não são desfrutáveis por muitas pessoas sumidas na marginalidade¹⁹⁵. Indubitavelmente, é o caso das crianças e dos adolescentes brasileiros, e, também, como é óbvio, daqueles que residem em Maceió.

Importante registrar que o art. 212 da supracitada legislação dispõe que para a defesa dos direitos previstos legalmente são admissíveis todas as espécies de ações pertinentes. Observa-se que o Estatuto da Criança e do Adolescente, assim como ocorre com o Código de Defesa do Consumidor, não está preocupado com o procedimento ou nome da ação por meio da qual um determinado assunto deve ser encaminhado à Justiça da Infância e Juventude, considerando relevante o conteúdo do direito pleiteado. A interpretação do sistema processual deve se pautar sempre na possibilidade de existência de uma ação, através de um provimento adequado, capaz de realizar a tutela efetiva solicitada.

No tocante à ação mandamental, prevista no § 2º do art. 212, nada foi acrescido ao mandado de segurança previsto constitucionalmente, tornando-se, pois, inócuo o disposto nesse Estatuto¹⁹⁶.

Por fim, diante do exposto, cumpre registrar que em face das especificidades dos direitos fundamentais de crianças e adolescentes, já tão ressaltadas, deparamo-nos com as seguintes particularidades da tutela jurisdicional desses direitos:

¹⁹⁵ KRELL, Andreas J. **Direitos sociais e sontrolé judicial no Brasil e Alemanha: os “des”caminhos de um direito constitucional “comparado”**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002, p.98.

¹⁹⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini. Art. 212 do Estatuto da Criança e Adolescente. In: CURY, Munir (Org.). **Estatuto da Criança e do adolescente comentado: comentários jurídicos e sociais**. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p.710-712.

1. A legitimação do Ministério Público para a defesa do direito individual de criança e adolescente através da ação civil pública;
2. A urgência na prestação da tutela jurisdicional, em face da garantia da prioridade absoluta (ou primeira);
3. A inversão do ônus da prova, em face da vulnerabilidade do sujeito de um dos pólos da relação processual¹⁹⁷.

São tais especificidades necessárias ao cumprimento dos direitos da infância, sobretudo em sua esfera coletiva e difusa. Ausentes, não há como sequer cogitar a tão necessária efetividade do Estatuto da Criança e do Adolescente, bem como do art. 227 da Constituição, seu grande inspirador.

¹⁹⁷ MACHADO, Martha de Toledo. **A proteção constitucional de crianças e adolescentes e os direitos humanos**. São Paulo: Manole, 2003, p. 396-404.

PARTE III: PRISMA SOCIOLÓGICO

O MEU GURI

Quando, seu moço, nasceu meu rebento
não era o momento dele rebentar
Já foi chegando com cara de fome
e eu não tinha nem nome pra lhe dar
Como fui levando, não sei explicar
fui assim levando, ele a me levar
e na sua meninice ele um dia me disse
que chegava lá

(...)

Chega estampado, manchete, retrato,
com venda nos olhos, legenda e as iniciais.

Eu não entendo essa gente, seu moço,
fazendo alvoroço demais.

O guri no mato, acho que tá rindo,
acho que tá lindo de papo pro ar.

Desde o começo eu não disse, seu moço?

Ele disse que chegava lá.

(CHICO BUARQUE DE HOLANDA)¹⁹⁸

¹⁹⁸ HOLANDA, Chico Buarque. O meu guri. In: HOLANDA, Chico Buarque. O cronista – 50 anos. São Paulo: Polygram, 1994. A efetividade do princípio da prioridade absoluta ainda é incipiente em nosso país (assim como também em Maceió), estando clara a ausência de oportunidades para a infância carente, restando a delinquência e morte.

CAPÍTULO QUARTO

O SISTEMA ESTATAL DE PROTEÇÃO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

Sumário: 4.1 A atual estrutura dos órgãos de proteção 4.1.1 Organograma dos órgãos 4.1.2 Políticas de atendimento 4.2 Aspecto quantitativo 4.2.1 Noções conceituais 4.1.2 Os diversos direitos fundamentais 4.3 Aspecto qualitativo - a prioridade absoluta enquanto norma definidora de direitos de crianças e adolescentes 4.3.1 O princípio da prioridade absoluta - previsão legal 4.3.2 O inafastável caráter normativo e principiológico 4.3.3 Tendência à “desjuridicização fáctica”: a situação na realidade periférica 4.3.4 Abordagem jurisprudencial.

Existe uma enorme distância entre o mundo infantil descrito pelas organizações internacionais, pelas não governamentais e pelas autoridades, daquele no qual a criança encontra-se quotidianamente imersa. O mundo que a criança deveria ser ou ter é diferente daquele onde ela vive, ou no mais das vezes, sobrevive (MARY DEL PRIORE)¹⁹⁹.

4.1 A ATUAL ESTRUTURA DOS ÓRGÃOS DE PROTEÇÃO

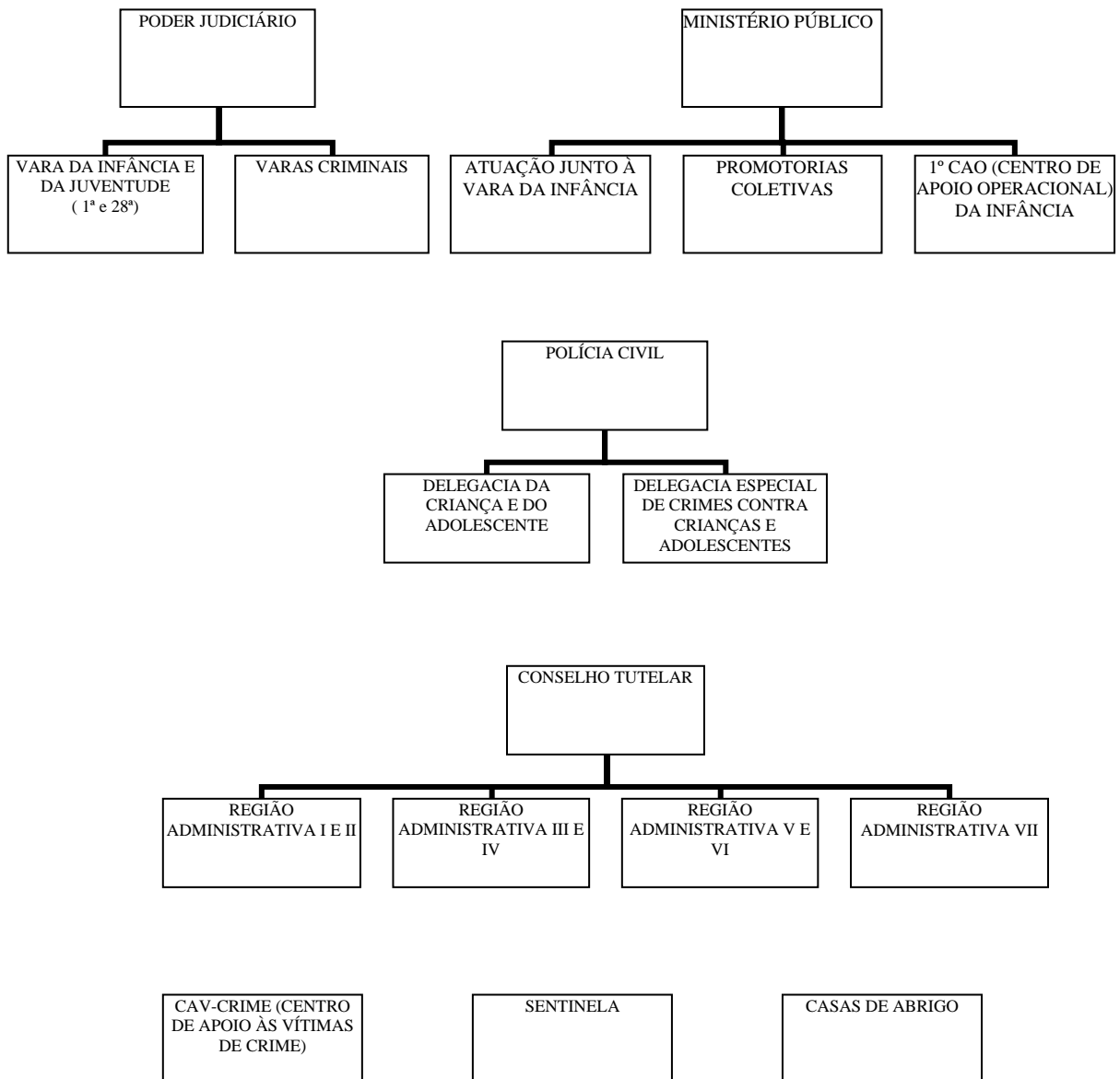
4.1.1 ORGANOGRAMA DOS ÓRGÃOS

Importa ressaltar que o Estatuto da Criança e do Adolescente preceitua as chamadas políticas de atendimento²⁰⁰, incluindo na sua feitura entidades governamentais e não governamentais, oriundas da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

No âmbito dessas entidades, e com o fito de cumprir a proposta do trabalho em estudo, convém registrar as atuantes na esfera estadual e municipal em Maceió. Inicialmente, registre-se a Vara da Infância e da Juventude (consoante dispõe o art. 145 do Estatuto da Criança e do Adolescente), na esfera do Poder Judiciário, com as promotorias respectivas, os Conselhos Tutelares, o programa sentinela, o Centro de Apoio às Vítimas de Crime - CAV, e as duas delegacias especializadas.

¹⁹⁹ PRIORE, Mary Del. **História das crianças no Brasil**. 4 ed. São Paulo: Contexto, 2004, p. 08.

²⁰⁰ As disposições gerais dessas políticas estão previstas no Capítulo I, Título I, da Parte Especial do Estatuto da Criança e do Adolescente, a partir do art. 86.



A primeira e a segunda fileira correspondem aos órgãos estatais existentes. Já os Conselhos Tutelares, divididos em regiões administrativas, representam os órgãos municipais. No âmbito de proteção e oferecimento de apoio às crianças e adolescentes, há programas de atenção às vítimas, com adminículo social, jurídico e psicológico, além das casas de abrigo, com o desiderato de receber pessoas nessa faixa etária em situação de risco social.

As casas de abrigo, porém, são insuficientes para atender a demanda. De fato, existem, apenas, os seguintes locais: Casa de Adoção Rubens Colaço (capacidade para 30

crianças); Projeto Acolher (capacidade para 20 pessoas); Casa de Passagem Feminina (capacidade para 20 pessoas); Projeto Viva a Vida.

4.2.2 POLÍTICAS DE ATENDIMENTO

A política de atendimento na área da infância e juventude compreende todas as ações governamentais da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, assim como as não-governamentais com o escopo de proteger e assegurar os direitos de crianças e adolescentes.

Pelo exposto nos primeiros capítulos, ficou evidente que a situação dessas crianças e adolescentes brasileiros não poderia continuar a ser vista de forma isolada como anteriormente, sobretudo sob a égide da Política do Bem-Estar do Menor, voltada à infância e adolescência carente, com caráter nitidamente assistencialista e centralizado na esfera federal.

Tecendo breves comentários, é imperioso gizar que essa política nacional de assistência buscava a implementação de programas de prevenção e tratamento, elaborados por equipes técnicas especializadas e aplicados de igual forma em todo o território brasileiro. Todavia, foi imposta pelo regime militar sua adequação à política de segurança nacional, o que gerou a concepção de que as crianças e adolescentes (então designados “menores”) deveriam ser objeto de controle social, atuando o Estado de forma repressiva e centralizadora²⁰¹.

Com efeito, apesar de a política noticiada ser vista como uma tentativa de solucionar a “questão do menor” sociologicamente, prevalecia na prática uma visão assistencialista de transformação da personalidade infantil, buscando “tratar dos desajustes” do menor carente, abandonado e delinqüente, atribuídos à ausência de afeto na família²⁰².

²⁰¹ TAVARES, Patrícia. A política de atendimento. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (Org.). **Curso de Direito da Criança e do Adolescente: aspectos teóricos e práticos**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006, p. 284.

²⁰² Já se disse que: “as políticas sociais brasileiras, nas últimas décadas, foram elaboradas para garantir o controle social no apagar do fogo, em meio do incêndio. Há analfabetos? Cria-se o Mobral. As crianças estão morrendo de fome? Distribuem-se leite e alimentos. As crianças estão na rua? Institucionaliza-se. Tais políticas visavam cobrir os fracassos das políticas de desenvolvimento. Os programas sociais do governo eram elaborados dentro de um caráter paternalista e assistencialista”. In: SOUZA NETO, João Clemente de. **A trajetória do menor a cidadão: filantropia, municipalização, políticas sociais**. São Paulo: Expressão e Arte, 2003, p. 80-112.

Consoante já ressaltado, essa política anterior, cingida à órbita Federal, possibilitava, também, o arbítrio (ainda que prudente) do Poder Judiciário, através dos Juizados de Menores²⁰³.

A nova política disposta no Estatuto da Criança e do Adolescente, com o desiderato de instituir mecanismos para garantir e tornar eficaz o mandamento contido no art. 227 da Constituição, inaugura uma sistemática de atendimento voltada não apenas para as irregularidades, mas, principalmente, para medidas de caráter geral e preventivo, destinadas a todas as crianças e adolescentes. O objetivo é a erradicação das violações de direitos dessa faixa etária através da proteção integral dos seus interesses.

De fato, em decorrência das complexas situações abrangendo crianças e adolescentes, advindas de vários fatores em diversas áreas, é imprescindível a articulação da política de atendimento como forma de superar as lacunas existentes. Essa política, que abrange a promoção, prevenção, proteção e defesa dos direitos da criança, é viabilizada através de uma multiplicidade de ações específicas na área das políticas sociais básicas, serviços de prevenção, assistência supletiva, proteção jurídica e defesa de direitos.

Assim, tem-se a proteção dos direitos fundamentais de crianças e adolescentes através de políticas sociais básicas como a inicial preocupação da política de atendimento, o que demonstra que o sobredito Estatuto reflete o conhecimento pleno da realidade social daqueles que salvaguarda.

Por outro lado, a municipalização do atendimento foi uma importante alteração do processo em análise²⁰⁴, vinculada à idéia de busca de soluções na própria comunidade, sob o corolário dos princípios da participação do cidadão e da exigibilidade pelas vias administrativas ou jurisdicionais.

Municipalizar, na verdade, corresponde a trazer para a esfera do município determinadas decisões políticas e suas execuções, bem como ações e programas anteriormente centralizados no poder público federal, com o adminículo de setores da sociedade civil organizada²⁰⁵.

²⁰³ MORAES, Edson Seda. Art. 86 do Estatuto da Criança e do Adolescente. In: CURY, Munir (Org.). **Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado: comentários jurídicos e sociais**. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 276.

²⁰⁴ É o que dispõe o art. 88 do Estatuto da Criança e do Adolescente: “São diretrizes da política de atendimento: I - Municipalização do atendimento (...)”.

²⁰⁵ LIBERATI, Wilson Donizeti; CYRINO, Publio Caio Bessa. **Conselhos e Fundos no Estatuto da Criança e do Adolescente**. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 73-81. Os autores fazem uma advertência de que “embora municipalizar não seja prefeiturizar, o Poder Público local tem a obrigação primeira de criar mecanismos e

No âmbito de Maceió, na seara da citada municipalização, cumpre registrar o recente descredenciamento de programas de assistência social com o Governo Federal (Ministério do Desenvolvimento Social), caso único entre os Municípios brasileiros, o que infelizmente representa mais um exemplo da ausência de efetividade do disposto no mencionado Estatuto. No ano de 2007 foi suspenso o envio de recursos federais para programas de assistência social na capital alagoana, sob a alegação de pretensa irregularidade na sua execução, comprometendo programas de indisceptável relevância: Programa de Erradicação do Trabalho Infantil (PETI), Casa de Passagem, Projeto Sentinela, além de outros programas. Destaca-se, também, o bloqueio de recursos da proteção social básica que atende as crianças e adolescentes em situação de vulnerabilidade²⁰⁶.

No tocante às linhas de ação da política de atendimento, convém salientar o disposto no art. 87, IV, do Estatuto da Criança e do Adolescente, concernente ao serviço de identificação e localização de pais, responsáveis, crianças e adolescentes desaparecidos. Importa citar a Lei nº. 11.259/2006 que determina a investigação imediata do desaparecimento de crianças e adolescentes após a notificação aos órgãos competentes. Com fulcro na recente lei, os órgãos de segurança competentes deverão comunicar o fato imediatamente a portos, aeroportos, polícia rodoviária e companhias de transporte interestaduais e internacionais.

Em Maceió, as ocorrências de crianças desaparecidas são registradas unicamente na Delegacia Especial de Crimes Contra Crianças e Adolescentes, não havendo outro órgão especializado (salvo na hipótese de fatos ocorridos nos finais de semana e feriados, encaminhados às Delegacias de Plantão). É imperioso registrar a não exigência de aguardo do prazo de vinte e quatro ou quarenta e oito horas para início das diligências e investigação, já que a busca deve ser imediata, em face de as primeiras horas serem as mais profícuas na localização da criança.

Esse aspecto é relevante, já que segundo informações da Secretaria Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República estima-se a existência de aproximadamente

instrumentos que viabilizem o atendimento infanto-juvenil e, juntamente com as entidades não-governamentais, instituir o *sistema municipal de atendimento*. Se ocorre a omissão do Poder Público, compete aos órgãos legitimados no art. 210 do Estatuto a provocação do Poder Judiciário, que concederá a prestação jurisdicional para criar ou fazer funcionar os programas de atendimento”. Assim, apesar de não serem exclusivas do Poder Público as obrigações em análise, dispostas no Estatuto, elas lhe são próprias, não podendo o Poder Municipal omitir-se de criar instrumentos e aparelhos sociais ou inviabilizar o atendimento de crianças e adolescentes, deixando a proteção exclusivamente à iniciativa privada e filantrópica.

²⁰⁶ Consoante informações oficiais divulgadas pela Ouvidoria do estado de Alagoas. Disponível em: <www.ouvidoria.al.gov.br/noticias/governo-federal-desabilita-maceio-em-programas-de-assistencia>. Acesso em: 10 abril 2008. Cf. <www.assistenciasocial.al.gov.br>.

40.000 (quarenta mil) ocorrências de desaparecimentos de crianças e adolescentes nas delegacias de polícia de todo o País. Apesar de a grande maioria dos casos serem solucionados de forma rápida, a exemplo dos reiterados casos de fuga do lar²⁰⁷, há informações de um percentual significativo entre 10 e 15% de situações de desaparecimento por extenso período de tempo, sem solução²⁰⁸.

Importa registrar, outrossim, a REDESAP - Rede Nacional de Identificação e Localização de Crianças e Adolescentes Desaparecidos, a qual, através da Secretaria Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República, por meio da Subsecretaria de Promoção dos Direitos da Criança e do Adolescente – SPDCA, visa nacionalizar as ocorrências registradas nas delegacias especializadas e entidades responsáveis de todo o Brasil. O desiderato da rede é aprimorar um cadastro nacional de casos de desaparecidos na faixa etária em estudo, a fim de articular serviços especializados na área, mormente no atendimento ao público e na efetiva localização da criança ou do adolescente.

Em Maceió, apesar de a Delegacia Especial de Crimes Contra Crianças e Adolescentes – DCCCA (órgão responsável por tais ocorrências no município de Maceió) estar conveniada com tal sistema, ainda são muito poucos os registros de desaparecidos na já citada REDESAP. Constam apenas três casos registrados, no período de janeiro de 2000 a março de 2008, sendo desse total dois casos solucionados (quando a criança ou adolescente foi encontrado), e um ainda em condição de desaparecido²⁰⁹. Destarte, isso não representa uma pequena incidência, mas, sim, a ausência de uma contínua atualização do registro no supracitado sistema nacional. De fato, consoante dados consolidados através de Relatório de Ocorrências Policiais do DEINFO - Departamento de Informática da Polícia Civil de Alagoas, apenas em 2005 (no período de 01/01/2005 a 31/12/2005) foram registrados na própria Delegacia Especial de Crimes Contra Crianças e Adolescentes 07 (sete) casos de

²⁰⁷ Grande parte desses casos não são registrados oficialmente nas delegacias de polícia, já que as crianças ou adolescentes são localizados logo após a comunicação dos familiares, o que dificulta uma coleta de dados mais condizente com a realidade.

²⁰⁸ Consoante informações colhidas no Ministério da Justiça, através da Subsecretaria de Promoção dos Direitos da Criança e do Adolescente – SPDCA. Disponível em: <www.desaparecidos.mj.gov.br>. Acesso em: 08 março 2008.

²⁰⁹ Conforme informações contidas no Ministério da Justiça, através da Subsecretaria de Promoção dos Direitos da Criança e do Adolescente – SPDCA. Disponível em: <www.desaparecidos.mj.gov.br>. Acesso em: 08 março 2008.

desaparecimento, além de mais 09 (nove) ocorrências que foram encaminhadas por outras delegacias àquela unidade policial²¹⁰.

É de se registrar, também, que a supracitada delegacia especializada foi instalada recentemente, em 2002, através de lei própria, ou seja, após o início da coleta de dados no sistema nacional.

No rol das diretrizes da política de atendimento previstas no art. 88 do Estatuto da Criança e do Adolescente, cumpre mencionar a constante no inciso V, respeitante à integração operacional de órgãos do Judiciário, Ministério Público, Defensoria e Assistência Social, preferencialmente em um mesmo local, para efeito de agilização do atendimento inicial a quem se atribua a autoria de ato infracional. Em Maceió, essa integração infelizmente não ocorre em um mesmo local, uma vez que a Delegacia da Criança e do Adolescente está localizada isoladamente, em comparação com a Vara da Infância e Juventude, dificultando o sugerido no supracitado Estatuto.

Ficou evidente que a política de atendimento não exige a integração de serviços no mesmo local, sendo esta preferencial, cabendo aos órgãos envolvidos, aí incluída a municipalidade, representada por seu Conselho da Criança e do Adolescente, decidir sobre sua conveniência e oportunidade²¹¹. Todavia, exige-se a integração operacional que se dará através da economia de meios e forma de cumprir o roteiro previsto pelo Estatuto, inclusive com encaminhamento do adolescente a entidade de atendimento. Nesse aspecto, o cumprimento em Maceió encontra diversos óbices, principalmente com a ausência de número suficiente de entidades.

Ainda nesse aspecto, cumpre registrar que apesar de não estar disposto especificamente no Estatuto da Criança e do Adolescente, também seria aconselhável a sobredita integração operacional no âmbito da Delegacia de Crimes Contra Crianças e Adolescentes, com o escopo de facilitar o atendimento às vítimas. Nessa Delegacia em Maceió não há integração operacional em um mesmo local, já que ela funciona em local destinado apenas à atuação da polícia civil. O atual prédio destinado ao seu funcionamento, desde o ano de 2007, é inadequado e mais precário do que o anterior. Tal dificuldade na estrutura atual se deve primeiramente a questões estruturais, passíveis de reforma. Não há

²¹⁰ Importa reiterar que como a Delegacia Especial de Crimes contra Crianças e Adolescentes funciona apenas de segunda a sexta-feira, do período das 08 às 18h, nos horários e dias restantes as ocorrências respectivas são registradas nas três delegacias de plantão (DEPLAN's) existentes em Maceió.

²¹¹ MORAES, Edson Seda. Art. 88 do Estatuto da Criança e do Adolescente. In: CURY, Munir (Org.). **Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado: comentários jurídicos e sociais**. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 291.

local próprio para a oitiva de crianças e adolescentes vítimas de crimes sexuais, nem sala adequada para o aguardo de crianças pequenas, como brinquedoteca, o que já vem ocorrendo em outras Delegacias especializadas do Brasil, como a de Brasília. A grande permuta de agentes também acarreta prejuízos, já que determinados policiais que participam de cursos de capacitação e especialização na área não raras vezes são substituídos, o que obsta o atendimento a esse tipo de vítima. Ademais, não há mais nas dependências da delegacia o atendimento multidisciplinar de uma equipe do CAV Crime – Centro de Apoio às Vítimas de Crime, serviço criado em 2001 em parceria com a Secretaria Coordenadora de Justiça e Defesa Social, com o escopo de fornecer gratuitamente assistência psicológica, jurídica e social a pessoas vítimas de crime. A deficiência de repasse de recursos financeiros pelo Estado corresponde à principal razão pelo não oferecimento desse serviço, já que há necessidade de um número razoável de profissionais, com uma estrutura adequada na sobredita delegacia. Esse serviço apresenta relevante adminículo na oitiva de crianças pequenas e acompanhamento posterior, principalmente na assistência psicológica.

4.2 ASPECTO QUANTITATIVO

4.2.1 NOÇÕES CONCEITUAIS

Inicialmente, convém ressaltar que em harmonia axiológica com a supremacia que o valor dignidade da pessoa humana recebeu na Carta Política de 1988, foi inserido na sua concepção um sistema de proteção especial para crianças e adolescentes, reconhecidos na sua especificidade de seres humanos ainda em desenvolvimento físico, psíquico e emocional.

Cumprе registrar não ser exclusivamente pela característica de o ser humano criança ou adolescente diferenciar-se de modo intrínseco do adulto que ele merece um sistema jurídico de proteção especial, uma vez que não é meramente a diversidade de condição que justifica e autoriza a positivação no ordenamento jurídico de um sistema de garantias mais abrangente e efetivo. *In casu*, crianças e adolescentes foram inseridos no supracitado sistema já que, aliada a sua condição de seres diversos dos adultos, soma-se a sua maior vulnerabilidade em relação a esses. Eis a nota distintiva fundamental, sob a óptica de um sistema especial de proteção. É essa que autoriza a aparente quebra do princípio da igualdade, já que em face de crianças e adolescentes serem portadores de uma desigualdade inerente,

intrínseca, o ordenamento confere-lhes tratamento mais abrangente como forma de equilibrar a desigualdade de fato e atingir a igualdade jurídica material e não meramente formal.

Acrescido a esse argumento, convém salientar outro fator determinante na estruturação especial dos direitos em análise: a força potencial que crianças e adolescentes representam para o futuro da nação. Sem esse aspecto de utilidade social, não se alcançaria razoabilidade jurídica no ordenamento, uma vez que cidadãos adultos, quando considerados individualmente, que ostentam vulnerabilidade assemelhada, como, por exemplo, pessoas portadoras de necessidades especiais, não tiveram seus direitos fundamentais conformados estruturalmente de forma diferenciada.

Em suma, seja pelo aspecto do interesse individual ou mesmo sob a visão do interesse social, a peculiar condição de seres humanos em processo de desenvolvimento de crianças e adolescentes é a noção precípua do sistema especial de proteção aos direitos desses últimos²¹².

No tocante ao aspecto quantitativo dessa proteção especial, houve na Constituição de 1988 a positivação de direitos fundamentais exclusivos das crianças e dos adolescentes, somando-se aos dos adultos, de modo que aqueles passaram a ser titulares de mais direitos que os cidadãos maiores, tendo em vista, obviamente, a sua condição peculiar. Podem ser citados os direitos à convivência familiar, direito à alimentação, direito à profissionalização e direito ao trabalho protegido.

Ademais, ressaltando genericamente, já que será adiante analisado, cumpre registrar a existência de duas facetas qualitativas. A primeira faceta que caracteriza a estrutura especial da proteção assegurada pela Constituição Federal aos direitos fundamentais de crianças e adolescentes é a criação para todos os adultos de um dever de asseguramento²¹³ desses direitos fundamentais. Esse dever pode ser representado por uma prestação positiva, que em nada se assemelha a um dever de abstenção, independentemente da classe de direitos fundamentais a que pertence. Mesmo porque, consoante já evidenciado, a Constituição Federal não os distinguiu entre classes de direitos fundamentais, nem mesmo topologicamente, já que todos estão do mesmo modo contidos no rol de direitos do art. 227. Tal situação ocorre em face de os direitos fundamentais de crianças e adolescentes terem sido

²¹² MACHADO, Martha de Toledo. **A proteção constitucional de crianças e adolescentes e os Direitos Humanos**. São Paulo: Manole, 2003, p. 109-135.

²¹³ MACHADO, Martha de Toledo. **A proteção constitucional de crianças e adolescentes e os Direitos Humanos**. São Paulo: Manole, 2003, p. 386 e 387.

conformados da mesma forma, sob o corte das obrigações que deles derivam, como eminentemente de prestações positivas.

A segunda faceta qualitativa caracterizadora da estrutura especial é a absoluta prioridade, representando uma qualificação do dever de asseguramento, mas com este não se confundindo, a qual será analisada posteriormente.

Como corolário lógico de tais argumentos está o fato de que a proteção acima referenciada pressupõe um ser humano protegido e outro que o protege, advindo daí uma conseqüente desigualdade, uma vez que esse deve ter capacidade para proteger aquele, em decorrência de sua condição peculiar de ser ainda em fase de desenvolvimento.

4.2.2 OS DIVERSOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Na noção do aspecto quantitativo, acima salientado, cumpre consignar a existência de direitos fundamentais de crianças e adolescentes também aplicáveis ao mundo adulto, bem como, sendo aqui o ponto principal, de direitos específicos àquela faixa etária. Assim, pode-se dizer que crianças e adolescentes gozam de outros direitos fundamentais em face da condição peculiar em que se encontram²¹⁴.

No rol dos direitos aplicáveis também aos adultos, é válido ressaltar aqueles que o Estatuto da Criança e do Adolescente traz em seu bojo no rol do título II: direito à vida e à saúde²¹⁵; direito à liberdade, ao respeito e à dignidade. Estes, inclusive, constituem direito basilar inerente ao Estado Democrático de Direito. No aspecto da liberdade, é evidente que há certas restrições em comparação com o mundo adulto, porém o supracitado Estatuto compreende também nesse aspecto o direito à opinião e expressão, crença²¹⁶ e culto religioso,

²¹⁴ MACHADO, Martha de Toledo. **A proteção constitucional de crianças e adolescentes e os Direitos Humanos**. São Paulo: Manole, 2003. p. 154

²¹⁵ O art. 7º do Estatuto da Criança e do Adolescente dispõe que “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 existência”. Comentando esse dispositivo legal, sustentou o sociólogo Herbert de Souza que “somente a realização plena desse artigo devolverá ao Brasil a condição de uma sociedade digna, democrática e humana. Enquanto houver uma criança ou adolescente sem as condições mínimas, básicas, de existência, não teremos condições de nos encarar uns aos outros com a tranquilidade dos que estão em paz com sua consciência.” Cf. SOUZA, Herbert de. Art. 7º do Estatuto da Criança e do Adolescente. In: CURY, Munir (Org.). **Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado: comentários jurídicos e sociais**. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 57.

²¹⁶ Nessa liberdade de culto, convém ressaltar a consideração de José Afonso da Silva: “uma observação que comporta fazer é a de que a liberdade de crença e de culto da criança e do adolescente é estreitamente conexas com a de sua família. Terceiros, autoridades, entidades e instituições não podem impor crenças e cultos às crianças e adolescentes, mas não se pode recusar aos pais o direito de orientar seus filhos religiosamente, quer para uma crença, quer para o agnosticismo.” Cf. SILVA, Jose Afonso da. Art. 16 do Estatuto da Criança e do

diversão, prática de esportes, participação da vida familiar e comunitária²¹⁷, consoante já ressaltado.

No âmbito desses direitos peculiares, mormente os sociais (objeto de análise do presente capítulo), podem ser citados:

- 1. Direito à convivência familiar e comunitária** – consoante se extrai do art. 227 da Constituição Federal e do art. 19 do aludido Estatuto, as crianças e os adolescentes têm direito à criação e educação no seio de sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em local livre da presença de dependentes de drogas. Trata-se de direito da personalidade infanto-juvenil, já que diz respeito somente a ela, não tendo pertinência com a personalidade dos adultos²¹⁸.
- 2. Direito à educação** – segundo reza o art. 53 do citado Estatuto, crianças e adolescentes têm direito à educação visando ao pleno desenvolvimento de sua pessoa, preparo para o exercício da cidadania e qualificação para o trabalho. Tal direito encontra-se enunciado também nos arts. 205 e 208 da Constituição. Apesar de se entender que tal direito é básico a todos os seres humanos independentemente da idade, é evidente que a educação é condição essencial ao desenvolvimento da personalidade infanto-juvenil, havendo várias facetas desse direito que são específicas de crianças e adolescentes. O direito de atendimento em creche e pré-escola previsto no art. 208, IV, da Constituição Federal, é um direito fundamental especial das crianças. Da leitura dos sobreditos dispositivos legais, infere-se que o acesso à educação constitui direito público subjetivo, possibilitando sua exigência em juízo ou fora dele²¹⁹. Isso representa a necessidade de vagas em número

Adolescente. In: CURY, Munir (Org.). **Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado: comentários jurídicos e sociais**. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 84.

²¹⁷ Consoante dispõe o art. 16 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

²¹⁸ É de se ressaltar as alterações evidenciadas no tópico referente à família natural e substituta pelo Código Civil Brasileiro de 2002. Todavia, pela proposta do presente trabalho, não serão objetos de comentários. Para maiores esclarecimentos, Cf. NERY JUNIOR, Nelson. Estatuto da Criança e do Adolescente e o Novo Código Civil à Luz da Constituição Federal: princípio da especialidade e direito intertemporal. **Revista de Direito Privado** vol. 12. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

²¹⁹ Nesse aspecto, convém ressaltar a Apelação Civil nº. 63.951-0/0 - Comarca de Campinas-TJSP - Rel. Des. Nigro Conceição - j.23/08/01. Ação civil pública - apelação contra sentença que garantiu aos menores o direito a vagas em creches municipais - direito à pré-escola assegurada pela Constituição Federal e pela legislação ordinária - Constitui dever do Estado a disponibilização de vagas independente da discricionariedade da administração municipal - Recurso *ex officio* – Recursos não providos.

suficiente para atender a demanda, bem como a indispensabilidade de oferta pelo poder público, capaz de atender a todas as crianças e adolescentes dependentes do ensino fundamental²²⁰. Cumpre registrar a necessidade de programa específico de atendimento a crianças e adolescentes portadores de necessidades especiais na esfera educacional²²¹. Convém destacar, ainda, os chamados direitos fundamentais do educando: igualdade de condições para o acesso e permanência na escola; direito ao respeito; direito de contestar critérios avaliativos; direito de organização e participação em entidades estudantis. É importante registrar que além das regras gerais explicitadas no Estatuto da Criança e do Adolescente, há que se recorrer nesse ponto à Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (LDB)²²². Destarte, é evidente que não basta ao poder público o oferecimento de vagas, mas também a garantia à permanência na escola. Percebe-se que a evasão escolar tem sido severamente combatida em todo o Brasil, inclusive em Maceió (através do projeto FICAI - Ficha de Comunicação de Aluno Infrequente). Essa evasão é, inclusive, um aspecto negativo à própria economia, uma vez que o abandono precoce dos bancos escolares constitui modalidade de desperdício dos investimentos realizados, bem como medida anti-social, já que a ausência de preparação educacional adequada pode conduzir a criança ou o adolescente à criminalidade ou à marginalização²²³. Nessa seara, o Ministério Público estadual tem encetado com o Poder Público, de forma regionalizada, um programa de combate à evasão escolar com a participação da escola, das comunidades e dos conselhos tutelares. A já citada FICAI popularizou-se em diversos estados do Brasil, existindo também em Alagoas com a participação do 1º CAO - Centro de Apoio Operacional à Infância do Ministério Público Estadual.

²²⁰ GARRIDO DE PAULA, Paulo Afonso. Educação. Direito e Cidadania. **Cadernos de Direito da Criança e do Adolescente**. Associação Brasileira de Magistrados e Promotores de Justiça da Infância e da Juventude. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 97.

²²¹ Na questão educacional, cumpre ressaltar as palavras de Sekkel, ao defender a educação infantil inclusiva: “(...) no Brasil a Educação Especial ainda se dá de forma prioritariamente segregada, o que nos coloca a necessidade de buscar entender quais são as barreiras que impedem o acesso dos alunos deficientes ou com outras necessidades especiais à escola regular. É com base nessa preocupação que propomos ampliar o foco da discussão sobre a forma de inclusão de crianças e alunos deficientes na escola regular, para a forma de inserção dos professores, dos alunos, dos pais, dos profissionais de apoio ao trabalho pedagógico (...), das equipes técnicas (...) e da comunidade no processo educacional escolar. Ou seja, é necessário compreender o conjunto das relações e o que possibilita um ambiente inclusivo.” Cf. SEKKEL, Maria Claire. Desafios da educação inclusiva na educação infantil. In: SOUZA NETO, João Clemente; NASCIMENTO; Maria Letícia (Orgs). **Infância: violência, instituições e políticas públicas**. São Paulo: Expressão e Arte, 2006, p. 115-116.

²²² Trata-se da Lei nº. 9.394/96.

²²³ AMIM, Andréa Rodrigues. Dos Direitos Fundamentais. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (Org.). **Curso de Direito da Criança e do Adolescente: aspectos teóricos e práticos**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006, p.54.

3. Direito à profissionalização e à proteção no trabalho – com ampla previsão nos arts. 60 e 69 do Estatuto da Criança e do Adolescente, em harmonia axiológica com os dispositivos constitucionais, podem ser destacadas as seguintes facetas: direito ao não-trabalho do menor de quatorze anos; direito ao trabalho protegido do adolescente entre quatorze e dezoito anos²²⁴ ; direito à profissionalização. Este se refere à peculiar condição de pessoa em desenvolvimento de crianças e adolescentes, uma vez que sua formação profissional é fator basilar no completo desenvolvimento de suas potencialidades adultas²²⁵. Importante é a atuação dos órgãos de combate ao trabalho infantil²²⁶.

Registre-se que além desses direitos ressaltados, existem aqueles com características específicas, como o direito à inimizabilidade penal, na esfera da liberdade, concedendo o tratamento legal ofertado aos menores de dezoito anos segundo regras do citado Estatuto, mas que não serão analisados no presente trabalho por não se vincularem à temática abordada.

4.3 ASPECTO QUALITATIVO – A PRIORIDADE ABSOLUTA ENQUANTO NORMA DEFINIDORA DE DIREITOS DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES

4.3.1 O PRINCÍPIO DA PRIORIDADE ABSOLUTA – PREVISÃO LEGAL

Reflexos da prioridade da infância e o princípio do melhor interesse são vistos no instituto inglês *parens patriae* como prerrogativa do Rei em proteger as pessoas que não poderiam fazê-lo em causa própria. Consta, também, uma jurisprudência da Corte da Pensilvânia, de 1813, no caso *Commonwealth v. Addicks*, na qual foi aceita a prioridade do

²²⁴ O art. 7º, XXXIII, da Constituição Federal, salienta a “proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de 18 (dezoito) e de qualquer trabalho a menores de 16 (dezesseis) anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de 14 (quatorze) anos”.

²²⁵ MACHADO, Martha de Toledo. **A proteção constitucional de crianças e adolescentes e os Direitos Humanos**. São Paulo: Manole, 2003, p.187.

²²⁶ Cabe aqui a advertência de Pessanha Neves: “(...) para se tentar constrangir o uso do trabalho infantil sob condições perversas, um conjunto de medidas institucionais, que ultrapassam o controle legal, sempre ilusório, devem ser implementadas”. Para exame mais percuciente da matéria, Cf. NEVES, Delma Pessanha. **A perversão do trabalho infantil: lógicas sociais e alternativas de prevenção**. Niterói: Intertexto, 1999, p. 222.

interesse de uma criança em detrimento dos interesses de seus pais, na concessão da guarda do filho à mãe acusada de adultério, em benefício da criança²²⁷.

Na Carta da Liga sobre a Criança, comumente chamada de Declaração de Genebra de 1924, foi citada a necessidade de proclamar à criança uma proteção especial. Posteriormente, já na Convenção sobre os Direitos da Criança, de 1989, houve o acatamento da concepção do desenvolvimento integral da criança, reconhecendo-a como verdadeiro sujeito de direito, a exigir absoluta prioridade e proteção especial. Esta corresponde a um sistema especializado, desenvolvido com o objetivo de dispensar adinículo a grupos tidos como vulneráveis, a exemplo dessa faixa etária, consoante ressaltado anteriormente.

O sistema de proteção especial para crianças e adolescentes, reconhecidos na sua especificidade de seres humanos ainda em desenvolvimento físico, psíquico e emocional, representa uma especificação do sistema protetivo constitucional do cidadão, em observância à máxima já citada *suum cuique tribuere*, sendo os direitos conferidos à infância *ius singulare* em relação ao *ius commune*²²⁸.

Na legislação brasileira, como nunca visto, o Constituinte de 1988 inseriu no artigo 227 o princípio da prioridade absoluta, determinando ser dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, saúde, alimentação, educação, lazer, profissionalização, cultura, dignidade, respeito, liberdade e convivência familiar e comunitária. O supracitado princípio encontra-se, ademais, esmiuçado no art. 6º do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Aspecto relevante encontra-se no referido dispositivo legal, tendo sido traçados os rumos da hermenêutica a ser empregada pelo aplicador. Destacam-se os fins sociais, as exigências do bem comum, os direitos e deveres individuais e coletivos e, principalmente, a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento, numa clara valorização à força normativa dos princípios, com o escopo de contestar modelos interpretativos tradicionais e inoperantes²²⁹.

Numa busca à conceituação da palavra prioridade, em comunhão com o preconizado nas legislações acima mencionadas, observa-se que o sentido do princípio em análise conduz

²²⁷ PEREIRA, Tânia da Silva. Infância e Juventude: os direitos fundamentais e os princípios constitucionais consolidados na Constituição de 1988. Disponível em: <www.mp.sp.gov.br>. Acesso em: 27 agosto 2007

²²⁸ BOBBIO, Norberto. **A era dos Direitos**. Trad. Regina Lyra. Rio de Janeiro: Campus, 2004, p. 54.

²²⁹ MARCHESAN, Ana Maria Moreira. O princípio da prioridade absoluta da criança e do adolescente e a discricionariedade administrativa. Disponível em: <www.mp.mg.gov.br>. Acesso em: 27 agosto 2007.

à qualificação prioritária dada aos direitos assegurados à população infanto-juvenil, com o desiderato de serem aplicáveis com absoluta primazia sobre quaisquer outros.

A prioridade absoluta, conquanto princípio-garantia constitucional, vem sendo reconhecida em alguns julgados de nosso país, consoante será analisado posteriormente. Percebe-se que exerce especial importância a atuação do Poder Judiciário, numa visão intervencionista que ousa exigir a implementação de políticas públicas eficientes²³⁰. Na área da infância e juventude, sobretudo, não há lugar para a atuação de juristas pautada na relutância em assumir o regime de co-responsabilidade preconizado no Estatuto da Criança e do Adolescente.

Essa exigência de absoluta prioridade não deve ter conteúdo meramente retórico, correspondendo, também, a uma regra direcionada, especificamente, ao administrador público. De fato, considerando que a norma insculpida no art. 227 é de eficácia plena, tem-se que reconhecê-la como um fator a mais a limitar o campo de atuação discricionária do poder público. Entender de maneira diversa corresponde a uma eventual conversão dos dispositivos analisados em meras cartas de intenções, desvirtuando-os de seu sentido evolutivo.

A absoluta prioridade é entendida como uma das facetas qualitativas caracterizadoras da estrutura especial conferida aos direitos de crianças e adolescentes, representando uma qualificação do dever de assecuramento²³¹, conforme evidenciado anteriormente. As obrigações positivas, independentemente da classe que se insiram, devem ser cumpridas com prioridade absoluta pelos obrigados, apresentando especial relevância no tocante às obrigações impostas ao Estado. Outrossim, infere-se que os direitos fundamentais de crianças e adolescentes têm primazia na efetivação, quando cotejados com os direitos dos adultos.

Conforme já ressaltado, porém agora de forma mais ampla, o Estatuto da Criança e do Adolescente buscou detalhar a prioridade absoluta no artigo 4º, parágrafo único, enumerando alguns dos procedimentos indispensáveis à garantia prioritária exigida constitucionalmente. Essa enumeração não taxativa conduz, em última análise, ao mínimo exigível, sendo indicativo do efeito prático a ser dado à determinação constitucional²³². As

²³⁰ KRELL, Andreas J. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 97.

²³¹ MACHADO, Martha de Toledo. **A proteção constitucional de crianças e adolescentes e os Direitos Humanos**. São Paulo: Manole, 2003, p. 387.

²³² DALLARI, Dalmo de Abreu. Art. 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente. In: CURY, Munir (Org.). **Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado: comentários jurídicos e sociais**. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 42.

garantias correspondem à primazia de recebimento de proteção e socorro em quaisquer circunstâncias, precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública, atenção preferencial na formulação e execução das políticas sociais públicas e destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e juventude.

Todavia, nesse conceito há de se trabalhar necessariamente com a noção de razoabilidade jurídica na primazia, sob pena de se atingir proposição absolutamente incompatível com os valores fundamentais da Carta de 1988. Daí não ser possível dar conceituação rígida à prioridade absoluta no plano constitucional, devendo seus contornos ser ditados por uma multifacetada legislação ordinária. Entende-se que se um serviço for prestado simultaneamente a crianças ou adolescentes e também a adultos, os primeiros devem ser atendidos em primeiro lugar. Não obstante, tal dispositivo deve ser interpretado com bom senso, com o objetivo de que a garantia de precedência não se converta na afirmação de privilégio absurdo e injustificável. Nesse aspecto, registra-se a situação em que uma criança seja levada a um pronto-socorro, para ser tratada de um pequeno ferimento, e ao chegar ao local depara-se com um adulto também recém-chegado, porém em estado mais grave; se houver apenas um médico, ninguém há de pretender que a criança receba a assistência em primeiro lugar²³³.

Pode-se, no entanto, afirmar a que expressão “prioridade absoluta” tem no texto constitucional a acepção de prioridade primeira, como meio de equilibrar a desigualdade fática decorrente da peculiar condição de pessoa em desenvolvimento e como meio de obtenção da redução das desigualdades sociais a que alude o art. 3º da Constituição Federal.

Assim, os direitos fundamentais de crianças e adolescentes são preeminentes, devendo, pois, receber proteção prioritária e prevalente, de forma integral. Com o surgimento da doutrina da proteção integral, consagrada no art. 227, § 3º, da atual Constituição, houve funda ruptura na concepção e estruturação nesse ramo do direito. Esse novo paradigma instala uma nova ordem na matéria, de acordo com a contemporânea concepção de radical proteção aos Direitos Humanos²³⁴, em oposição à concepção autoritária e mantenedora do *status quo* e

²³³ DALLARI, Dalmo de Abreu. Art. 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente. In: CURY, Munir (Org.). **Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado: comentários jurídicos e sociais**. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 42-44.

²³⁴ MACHADO, Martha de Toledo. **A proteção constitucional de crianças e adolescentes e os direitos humanos**. São Paulo: Manole, 2003, p. 54.

das desigualdades sociais do antigo direito do menor, sob o amparo da doutrina da situação irregular.

De fato, rompendo com o desditoso Código de Menores de 1979²³⁵, a nossa Carta Política passou a tratar crianças e adolescentes como sujeitos de direitos plenos, assegurando-lhes inclusive mais direitos que os outros cidadãos, tendo em vista a sua proteção agora integral. Ademais, em consonância com tal doutrina, está a admissibilidade da plena capacidade jurídica da criança e do adolescente quanto aos direitos fundamentais.

Em suma, devido à proteção integral e prioritária, crianças e adolescentes têm o direito de que os adultos “façam coisas em favor deles”²³⁶.

Do exposto, como viés importantíssimo, infere-se que essa nova política de atendimento, consubstanciada na proteção prioritária e integral, não se limita à intervenção apenas a uma determinada parcela infanto - juvenil, mas pressupõe o asseguramento de todas as oportunidades e facilidades ao completo desenvolvimento de crianças e adolescentes. Funda-se, principalmente, na idéia de reconhecê-los como titulares plenos de direitos, de forma direta e objetiva, e não mais através do reconhecimento de direitos e deveres de terceiros. Outrossim, faz-se tanto numa perspectiva individual quanto coletiva.

É importante reiterar, também, que a atuação legal no tocante à exigibilidade do cumprimento da supracitada política é atualmente da família, da sociedade e do Estado, conforme preceitua o texto constitucional e a legislação ordinária. Não cabe a qualquer dessas entidades acima arroladas assumirem com exclusividade as tarefas, nem ficarem algumas delas isenta de responsabilidade. Ademais, na base dessa proteção está a idéia de efetivação dos direitos fundamentais. Surge daí a necessidade de criação de instrumentos jurídicos que assegurem essa efetivação, citando-se as políticas sociais públicas e a tutela jurisdicional diferenciada. Eis os grandes mecanismos jurídicos para que se alcance a proteção prioritária e integral dos direitos de crianças e adolescentes.

²³⁵ Registre-se a existência do Código de Menores de 1927, o qual foi substituído pelo Código de 1979, acarretando a alteração de termos inadequados, como transviados e vagabundos. Porém, continuou a problemática da situação de abandono e pobreza da infância, ainda regida pela doutrina da situação irregular, pautada no subjetivismo do Juiz.

²³⁶ VERCELONE, Paolo. Art. 3º do Estatuto da Criança e do Adolescente. In: CURY, Munir (Org.). **Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado**. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 35.

4.3.2 O INAFASTÁVEL CARÁTER NORMATIVO E PRINCIPIOLÓGICO

A prioridade absoluta constitui indubitavelmente um princípio consagrado por nossa sistemática constitucional. Corresponde a um dever social e, como norma da Carta Política, não é conselho, mas determinação.

Verdadeiramente, o caráter normativo ostentado infere-se através do preenchimento dos pressupostos necessários para a caracterização da norma jurídica, quais sejam: formal, correspondente à proposição através da qual se descreve um suporte fático e a prescrição dos efeitos atribuídos ao fato jurídico respectivo; e material, respeitante ao poder de incidência, em face do qual se impõe a observância imediata de seus ditames.

Assim, consoante lição de Marcos Bernardes de Mello²³⁷, entendendo-se que a norma jurídica pressupõe o necessário suporte fático e a atribuição de certas conseqüências no plano do relacionamento intersubjetivo, claro está que o princípio da prioridade absoluta preenche tais requisitos. Sua qualificação como princípio fundamental encontra-se no bojo do art. 227 da Magna Carta, contendo não apenas uma declaração de cunho ético ou moral, mas, sobretudo, norma jurídica dotada de cunho constitucional formal e material e, conseqüentemente, dotada de eficácia.

Devido ao caráter normativo do princípio em análise, decorrem importantes conseqüências, sobretudo direcionadas à eficácia e efetividade. Não pairam dúvidas que o princípio da prioridade absoluta vincula e impõe limites à atuação do Estado, exigindo não apenas o respeito, mas a necessária implementação de políticas públicas.

Além disso, não se pode olvidar que diante da atual confluência entre o público e o privado, está evidente a publicização do direito privado, vislumbrada pela posição central ocupada hoje pela Constituição, sendo coordenadora de todo o sistema jurídico, não apenas do direito civil, como dos demais campos²³⁸. Assim, ao se criarem novas áreas de especialização, fundadas em leis especiais, a exemplo da defesa da puerícia, é importante não abstrair os princípios constitucionais que orientam todo o ordenamento jurídico.

É na nova visão que está inserido o direito da criança e do adolescente, orientado por princípios constitucionais e entremeado de regras públicas e privadas. Assim, tratando o

²³⁷ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da existência**. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 20.

²³⁸ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais e norteadores para a organização jurídica da família**. 2004, 157f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2004.

sobredito direito enquanto calcado em direitos fundamentais constitucionalmente consolidados, defende-se a impossibilidade de emenda que fira a estrutura especialmente dedicada a esses sujeitos considerados pelo legislador em peculiar condição de desenvolvimento.

Perquirindo-se as fontes do direito, pode-se dizer que é nos “princípios gerais” que se encontra a melhor viabilização para a adequação da justiça no particular e especial campo do direito da criança e do adolescente. É somente em bases principiológicas que será possível pensar e decidir sobre o que é justo e injusto, acima de valores morais, muitas vezes estigmatizantes.

Os princípios exercem uma função de otimização do direito e sua força deve pairar sobre toda a organização jurídica, inclusive preenchendo lacunas deixadas por outras normas, independentemente de serem positivados. Eles têm, também, uma função sistematizadora, pois se ausentes não há ordenamento jurídico sistematizável nem suscetível de valoração. A ordem jurídica seria reduzida a um apinhado de normas positivas, desordenadas e axiologicamente indeterminadas, pois são os princípios gerais que, em regra, rompem a inamovibilidade do sistema, restaurando a dinamicidade que lhe é própria²³⁹.

Dessas considerações, torna-se inconcebível construir qualquer doutrina, texto normativo ou jurisprudência para o direito da criança e do adolescente sem que estejam contextualizados em uma concepção principiológica.

4.3.3 TENDÊNCIA À DESJURIDICIZAÇÃO FÁCTICA: A SITUAÇÃO NA REALIDADE PERIFÉRICA

A modernidade periférica já foi definida como uma modernidade negativa. De fato, adverte Marcelo Neves que nos países periféricos, como o Brasil, não houve a efetivação suficiente da autonomia sistêmica consoante o princípio da diferenciação funcional, tampouco a construção de uma esfera pública fundada na generalização institucional da cidadania, que constituem supostamente características sociais de outras regiões estatalmente organizadas, que são os países centrais²⁴⁰.

²³⁹ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais e norteadores para a organização jurídica da família**. 2004, 157f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2004.

²⁴⁰ NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil: o Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas**. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 237.

Observa-se uma complexidade desestruturada, ocasionando graves problemas sociais. A modernidade não se constrói positivamente, como superação da tradição por força do surgimento de sistemas funcionais autônomos, mas antes negativamente, criando vários obstáculos à realização do Estado Democrático de Direito.

Há uma forte tendência a desrespeitar o modelo procedimental previsto no texto da Constituição, de acordo com conformações concretas de poder, conjunturas econômicas e códigos relacionais. Destaca-se a generalização de relações de subintegração e sobreintegração, havendo uma inexistência de cidadania como mecanismo de integração jurídico-política igualitária da população na sociedade.

Embora com distinção (Marcelo Neves coloca subcidadãos como sujeitos de deveres, embora não de direitos²⁴¹), pode-se dizer que grande parte das crianças e adolescentes em nossa sociedade periférica brasileira e alagoana é subcidadã.

De fato, a ausência de eficácia social das normas preconizadas na Constituição Federal e no Estatuto da Criança e do Adolescente é evidente, sobretudo na capital alagoana, objeto da pesquisa em análise. Há uma tendência clara a desrespeitar a normativa constitucional, no caso o art. 227, e, por conseguinte, a sua ratificação no âmbito infraconstitucional.

Não pairam dúvidas que o supracitado Estatuto corresponde a um marco divisório no tratamento da questão da infância e juventude no Brasil, consoante já ressaltado. Todavia, há que se questionar a efetiva mudança de nossa realidade periférica, mormente no tocante às medidas de proteção dispostas textualmente. Já se cogitou da existência de uma vala profunda entre o pretendido pela lei e a situação efetivamente existente, assim como o fosso que separa a Lei de Execuções Penais da realidade carcerária. Ainda há argumentos aduzindo que aquela legislação corresponde a um diploma legal para os países centrais, não periféricos como o nosso. Mas é evidente que uma lei garantista de direitos é exigível principalmente na realidade brasileira, evidenciada pela omissão estatal²⁴².

É preciso fazer aqui uma ressalva: não se trata da busca da chamada “falácia garantista”, assim designada por Luigi Ferrajoli. Essa corresponde ao entendimento de que as

²⁴¹ NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil: o Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas**. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 251.

²⁴² CUENO, Mônica Rodrigues. Novos olhares, novos rumos: a proteção integral e a prioridade absoluta do Estatuto da Criança e do Adolescente e o papel do Ministério Público diante dos novos paradigmas. **Juizado da Infância e da Juventude**. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Ano II, nºs 03 e 04. Porto Alegre, jul./nov. 2004.

razões de um direito bom (com sistema avançado e realizável de garantias) são suficientes para conter os poderes e salvaguardar os direitos fundamentais de distorções²⁴³. No caso em análise, é notória a insuficiência das garantias jurídicas consagradas no art. 227 da Constituição Federal e, posteriormente, esmiuçadas no Estatuto da Criança e do Adolescente, uma vez evidente a diversidade entre o dever ser normativo e o ser efetivo²⁴⁴.

4.3.4 ABORDAGEM JURISPRUDENCIAL

À guisa de intróito, serão analisadas jurisprudências oriundas dos Tribunais Superiores, buscando a consagração no plano jurídico do princípio da prioridade absoluta, ferramenta imprescindível à efetividade dos direitos fundamentais da infância e juventude, além de outras questões inseridas na necessidade de proteção estatal. Posteriormente, será esmiuçada situação recente da jurisprudência alagoana.

A – Direito fundamental à educação (direito à creche):

RECURSO ESPECIAL Nº 575.280 - SP (2003/0143232-9)

DIREITO CONSTITUCIONAL À CRECHE EXTENSIVO AOS MENORES DE ZERO A SEIS ANOS. NORMA CONSTITUCIONAL REPRODUZIDA NO ART. 54 DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. NORMA DEFINIDORA DE DIREITOS NÃO PROGRAMÁTICA. EXIGIBILIDADE EM JUÍZO. INTERESSE TRANSINDIVIDUAL ATINENTE ÀS CRIANÇAS SITUADAS NESSA FAIXA ETÁRIA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CABIMENTO E PROCEDÊNCIA.

1- O direito constitucional à creche extensivo aos menores de zero a seis anos é consagrado em norma constitucional reproduzida no art. 54 do Estatuto da Criança e do Adolescente. Violação de Lei Federal. *"É dever do Estado assegurar à criança e ao adolescente: I – ensino fundamental, obrigatório e gratuito, inclusive para os que a ele não tiveram acesso na idade própria; II - progressiva extensão da obrigatoriedade e gratuidade ao ensino médio; III – atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência preferencialmente na rede regular de ensino; IV - atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a 6 (seis) anos de idade."*

²⁴³ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, Trad. Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares, Luiz Flávio Gomes, 2006, p. 866.

²⁴⁴ Nesse sentido, pertinentes as palavras de Luigi Ferrajoli: "(...) a experiência ensina que nenhuma garantia jurídica pode reger-se exclusivamente por normas; que nenhum direito fundamental pode concretamente sobreviver se não é apoiado pela luta por sua atuação da parte de quem é seu titular e pela solidariedade com esta, de forças políticas e sociais; que, em suma, um sistema jurídico, porquanto tecnicamente perfeito, não pode por si só garantir nada". In: FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, Trad. Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares, Luiz Flávio Gomes, 2006, p. 867.

2- Releva notar que uma Constituição Federal é fruto da vontade política nacional, erigida mediante consulta das expectativas e das possibilidades do que se vai consagrar, por isso que cogentes e eficazes suas promessas, sob pena de restarem vãs e frias enquanto letras mortas no papel. Ressoa inconcebível que direitos consagrados em normas menores como Circulares, Portarias, Medidas Provisórias, Leis Ordinárias tenham eficácia imediata e os direitos consagrados constitucionalmente, inspirados nos mais altos valores éticos e morais da nação sejam relegados a segundo plano. Prometendo o Estado o direito à creche, cumpre adimpli-lo, porquanto a vontade política e constitucional, para utilizarmos a expressão de Konrad Hesse, foi no sentido da erradicação da miséria intelectual que assola o país. O direito à creche é consagrado em regra com normatividade mais do que suficiente, porquanto se define pelo dever, indicando o sujeito passivo, *in casu*, o Estado.

3- Consagrado por um lado o dever do Estado, revela-se, pelo outro ângulo, o direito subjetivo da criança. Consectariamente, em função do princípio da inafastabilidade da jurisdição consagrado constitucionalmente, a todo direito corresponde uma ação que o assegura, sendo certo que todas as crianças nas condições estipuladas pela lei encartam-se na esfera desse direito e podem exigi-lo em juízo. A homogeneidade e transindividualidade do direito em foco enseja a propositura da ação civil pública (...) ²⁴⁵.

Através de um dos mecanismos mais eficazes na busca pela efetividade dos direitos de crianças e adolescentes consagrados na Constituição, a ação civil pública, ficou evidente a necessidade de o Estado implementar o direito à creche extensivo aos menores de seis anos, sendo sua implementação exigível em juízo. A educação infantil trata-se de direito assegurado pelo próprio texto constitucional, em seu art. 208, IV ²⁴⁶. Essa educação corresponde a uma prerrogativa constitucional indisponível, e, quando deferida às crianças, tem por escopo assegurar seu desenvolvimento integral, numa primeira etapa do processo de educação básica.

Não se pode olvidar que a sobredita prerrogativa impõe ao Estado, em face da grande significação social que se reveste a educação infantil, a obrigação constitucional de criar condições capazes de possibilitar o atendimento nas creches, e sua omissão caracteriza frustração pelo poder público do integral adimplemento de prestação estatal imposta constitucionalmente ²⁴⁷.

Ademais, não pode o órgão público, no caso em análise o município, principalmente, afastar-se dessa exigência constitucional juridicamente vinculante, a qual representa indubitavelmente fator de limitação da discricionariedade político-administrativa.

²⁴⁵ Disponível em: <www.stj.gov.br/revistaeletronica>. Acesso em: 02 maio 2007.

²⁴⁶ “O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de: IV – educação infantil, em creche e pré-escola, às crianças de até 05 (cinco) anos de idade”.

²⁴⁷ CARRIDE, Norberto de Almeida. **Estatuto da Criança e do Adolescente anotado**. Campinas: Servanda, 2006, p. 193.

Em suma, meros juízos de conveniência ou oportunidade não podem se sobrepujar ao atendimento e eficácia desse direito fundamental à creche, de índole social.

B – Direito fundamental à saúde:

RECURSO ESPECIAL Nº 577.836 - SC (2003/0145439-2)

DIREITO CONSTITUCIONAL À ABSOLUTA PRIORIDADE NA EFETIVAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. NORMA CONSTITUCIONAL REPRODUZIDA NOS ARTS. 7º E 11 DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. NORMAS DEFINIDORAS DE DIREITOS NÃO PROGRAMÁTICAS. EXIGIBILIDADE EM JUÍZO. INTERESSE TRANSINDIVIDUAL ATINENTE ÀS CRIANÇAS SITUADAS NESSA FAIXA ETÁRIA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CABIMENTO E PROCEDÊNCIA.

1. Ação civil pública de preceito cominatório de obrigação de fazer, ajuizada pelo Ministério Público do Estado de Santa Catarina tendo em vista a violação do direito à saúde de mais de 6.000 (seis mil) crianças e adolescentes, sujeitas a tratamento médico-cirúrgico de forma irregular e deficiente em hospital infantil daquele Estado.

2. O direito constitucional à absoluta prioridade na efetivação do direito à saúde da criança e do adolescente é consagrado em norma constitucional reproduzida nos arts. 7º e 11 do Estatuto da Criança e do Adolescente (...).

3. Violação de lei federal (...).

6. A determinação judicial desse dever pelo Estado não encerra suposta ingerência do Judiciário na esfera da administração. Deveras, não há discricionariedade do administrador frente aos direitos consagrados, quiçá constitucionalmente. Nesse campo a atividade é vinculada sem admissão de qualquer exegese que vise afastar a garantia pétrea²⁴⁸.

No caso *sub examine*, destaca-se, inicialmente, a consagração jurisprudencial do princípio da prioridade absoluta, e sua exigibilidade se impõe a todos os órgãos públicos responsáveis e aptos a prestar serviços para a promoção dos direitos de crianças e adolescentes. Ademais, a própria lei define as prerrogativas que devem ser observadas prioritariamente, destacando-se, no caso em tela, a oferta de tratamento médico-cirúrgico adequado (atendimento médico como uma das manifestações do direito à saúde).

Além da consagração do supracitado princípio, convém ressaltar o relevante entendimento de que sua exigência em juízo não implica em ingerência do Poder Judiciário na esfera da administração pública. Entender o contrário significa criar grande obstáculo à busca pela efetividade dos direitos em análise, consoante ressaltado anteriormente. A exigência de

²⁴⁸ Disponível em: <www.stj.gov.br/revistaeletronica>. Acesso em: 02 maio 2007.

implementação de política pública prevista constitucionalmente não caracteriza ingerência no Poder Executivo, já que se trata de um direito difuso passível de tutela por ação civil pública.

Outrossim, registre-se que o direito à saúde é condição primeira ao pleno desenvolvimento de crianças e adolescentes. E a consecução desse direito incumbe ao Estado, com o desiderato de proporcionar os meios necessários ao seu alcance. É imperioso ressaltar que o direito fundamental à saúde analisado ainda possui certo grau de especificidade em relação à saúde adulta, sendo direito especial de crianças e adolescentes. O seu cumprimento deve, pois, ser observado em primazia.

Não é demais lembrar que os direitos fundamentais encontram-se em posição de superioridade no sistema das fontes do direito estatal, em face de sua supremacia constitucional²⁴⁹.

C – Direito fundamental à dignidade:

PROC. Nº 4.830/07

I – RELATÓRIO

Cuidam os autos de Ação Civil Pública proposta pelo Ministério Público Estadual, por intermédio das Promotorias de Justiça da Infância e da Juventude da Capital e pelo Ministério Público do Trabalho em Alagoas, *em face do Município de Maceió*, visando a concessão, liminarmente, e *inaudita altera pars*, dos pleitos consubstanciados na exordial, objetivando a elaboração e execução de políticas públicas, que busquem solucionar a violação dos direitos humanos, econômicos, sociais e culturais de crianças e adolescentes na Orla Lagunar de Maceió, mais precisamente nas comunidades formada por quatro “favelas”, conhecidas por Mundaú, Sururu de Capote, Torre e Muvuca. Enfatiza o Órgão do *Parquet* Estadual e do Trabalho que a comunidade residente na Orla Lagunar de Maceió está abaixo da linha da pobreza e enfrenta uma série de dificuldades para exercer *seus direitos humanos mais fundamentais, tais como o de se “alimentar”, além da gravidade da permanência da prática de “exploração sexual de criança e adolescente e da consecução de trabalho de alto risco por crianças e adolescentes.”* Colacionaram aos autos diversas provas do alegado, como fita de vídeo, fotos e Termos de Declarações prestadas à Representante do Ministério Público. É de estarrecer a qualquer ser humano, os relatos anexados as fls. 83/98 do processo: *meninos e meninas de 06 a 08 anos de idade, começam a se prostituir por R\$ 0,30 (trinta centavos); são adolescentes que praticam assaltos; pais que consomem excessivamente álcool e drogas; infantes e jovens fora da escola por falta de transporte, enfim, famílias passando todos os tipos de privações e sobrevivendo com rendas familiares ínfimas, inclusive passando fome.* Atento aos fatos articulados na exordial e documentos acostados, as

²⁴⁹ DIMOULIS, Dimitri. Estado nacional, democracia e direitos fundamentais. Conflitos e aporias. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; SARLET, Ingo Wolfgang; PAGLIARINI, Alexandre Coutinho (Org). **Direitos humanos e democracia**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 30.

fls. 179/182, concedi *inaudita altera pars* a liminar requestada, tendo em vista a constatação da existência de prova inequívoca da verossimilhança das alegações apresentadas, bem como do *periculum in mora*, pois acaso continuem os infantes e jovens a viverem em condições subumanas, poderão ser causadas seqüelas irreversíveis em seus desenvolvimentos físico, psíquico, moral, social, espiritual e intelectual. (...)

III – CONCLUSÃO

Por todo o exposto e o que mais do processo consta, deixo de acolher, *in totum*, a contestação de fls. 226/241, apresentada pelo Município de Maceió para, com supedâneo nos arts. 1º, III e 227, da Constituição Federal, c/c o art. 3º e segs. Do ECA, além do art. 208 e seguintes, da Lei nº 8.069/90 e Declaração Universal dos Direitos Humanos (Paris, 1948), Declaração Universal dos Direitos das Crianças (1959) e art. 19 do Pacto de São José da Costa Rica (1969), assim como forte nas jurisprudências e doutrinas colacionadas aos autos, JULGAR PROCEDENTE em parte o pedido constante na exordial e ratificado na réplica de fls. 318/343, para condenar o município de Maceió a cumprir todos os itens estipulados por este Juízo, na liminar de fls. 179/182, antes concedida, sob as penas da lei. Determino ainda, tendo em vista o não cumprimento da liminar antes concedida, com fulcro no art. 461, § 5º, do CPC, o bloqueio no valor de R\$ 1.500.000,00 (um milhão e quinhentos mil reais) da rubrica de contingência do Município de Maceió para, em caráter de urgência, custear as despesas iniciais com a execução dos pleitos na liminar concedidos (...)²⁵⁰.

A decisão enunciada, publicada em 10 de setembro de 2007 pelo Juízo da 28ª Vara Cível da Capital alagoana, representou um salto qualitativo no tocante à exigência judicial de direitos fundamentais de crianças e adolescentes no município de Maceió. A situação narrada nos autos da ação civil pública interposta pelo Ministério Público estadual é irrefutavelmente significativa, consoante se infere do exposto no relatório do processo em discussão. Evidencia, ademais, a notória ausência de cumprimento do disposto na Constituição e no Estatuto da Criança e do Adolescente, sobretudo, na consagração das políticas sociais básicas.

É evidente que as normas previstas constitucionalmente, ao abordarem a temática da infância como prioridade absoluta, necessitam de plena eficácia, com o objetivo de produzir direito subjetivo. Não se pode olvidar que todas as normas constitucionais brasileiras que reconhecem direitos fundamentais, sejam as chamadas de “eficácia plena” ou “auto-executáveis”, ou “bastantes em si”, sejam as consideradas de “eficácia limitada”, carregam o mesmo grau político e jurídico de aplicabilidade e eficácia de normas em virtude do teor do artigo 5º, § 1º da Constituição²⁵¹. Devem, pois, ser reconhecidas como aptas a originar direito subjetivo.

²⁵⁰ Disponível em: <www.abrandh.org.br/index.php?arquivo=noticias&artigo=1510>. Acesso em: 02 março 2008.

²⁵¹ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 325.

CAPÍTULO QUINTO

A REALIDADE EXISTENTE NO MUNICÍPIO DE MACEIÓ

Sumário: 5.1 Análise dos dados estatísticos 5.2 Confronto dos dados com outras pesquisas.

A essência de qualquer política pública é distinguir e diferenciar, realizando a distribuição dos recursos disponíveis na sociedade. Essas políticas expressam escolhas realizadas pelos vários centros de decisão estatal (...) (ANDREAS KRELL)²⁵².

5.1 ANÁLISE DOS DADOS ESTATÍSTICOS

A significativa prática de crimes contra crianças e adolescentes na capital alagoana, aliada às deficiências do sistema estatal de proteção, já enunciadas, deixam clara a ineficácia estatal no tocante a um dos princípios basilares do Estatuto da Criança e do Adolescente, enunciado no seu art. 5º. O dispositivo ressalta que nenhuma criança ou adolescente deverá ser objeto de qualquer forma de negligência, exploração, violência, crueldade e opressão, prevendo punição a qualquer atentado, por ação ou omissão, a seus direitos fundamentais.

Convém registrar, também, o art. 227, § 4º, da Constituição Federal, dispondo que a lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual de crianças e adolescentes. Trata-se de determinação expressa de proteção legal para comportamento lesivo a essa faixa etária, e, mais ainda, do estabelecimento de um tratamento mais gravoso para as infrações penais supracitadas. A sobredita imposição corresponde às chamadas cláusulas constitucionais de criminalização, também chamadas de imposição constitucional criminalizadora de conteúdo prescritivo²⁵³. Trata-se da imposição de uma série de cláusulas que definem condutas ofensivas a bens jurídicos tidos como relevantes, a exemplo da causa em análise.

²⁵² KRELL, Andreas J. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 101.

²⁵³ LIMA, Alberto Jorge Correia de Barros. **Limites constitucionais do legislador e do juiz na criminalização e descriminalização de condutas - A imposição dos princípios constitucionais penais**. 2006. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2006.

Os mandamentos constitucionais criminalizadores traduzem comandos advindos da própria Constituição Federal, reputando a seara penal como um dos meios possíveis de proteção do Estado, e, no caso *sub examine*, das crianças e dos adolescentes.

Nesse sentido, serão apresentados alguns dados, efetivados em pesquisa de campo realizada na Delegacia Especial de Crimes contra Crianças e Adolescentes de Maceió, com o desiderato de verificar os índices de violência cometida na capital alagoana contra a infância e a juventude.

Importa consignar que o estudo da relação entre a Constituição real e sua disposição político-jurídica é relevante, já que sua perspectiva pode conceder os elementos necessários para a correta interpretação do direito constitucional dito “posto” ou “oficial”²⁵⁴. Tem-se por finalidade evidenciar a denominada Constituição real, ao menos no âmbito dos direitos fundamentais de crianças e adolescentes.

A supracitada pesquisa teve como supedâneo os Inquéritos Policiais instaurados durante os anos de 2005, 2006 e 2007, de janeiro a dezembro. Foi realizada com base nas infrações penais registradas na unidade policial, desprezando a denominada cifra oculta, existente principalmente nos crimes de violência doméstica e abuso sexual, não registrados pelas vítimas ou seus representantes legais. Ressalta-se, também, a não referência aos Termos Circunstanciados de Ocorrência, aplicáveis nas infrações penais cuja pena máxima não ultrapassa 02 (dois) anos, segundo a Lei 9.099 de 1995, que dispõe sobre os Juizados Especiais Criminais.

Cumprе ressaltar, ademais, que os dados referem-se a delitos praticados por adultos (penalmente imputáveis) contra crianças e adolescentes (até 18 anos de idade incompletos, segundo reza o art. 2º do Estatuto da Criança e do Adolescente). Assim, ficam excluídos os atos infracionais praticados por adolescentes contra crianças ou mesmo adolescentes, já que são de atribuição de outra delegacia (Delegacia da Criança e do Adolescente da capital), de competência da Vara da Infância e da Juventude de Maceió, com tratamento específico e diferenciado.

²⁵⁴ DANTAS, Ivo. **Constituição Federal: teoria e prática**. Vol. 01. Rio de Janeiro: Renovar, 1994, p. 13.

Na pesquisa, foi constatada a instauração de 205 inquéritos policiais no ano de 2005, 221 no ano de 2006 e 167 no ano de 2007.

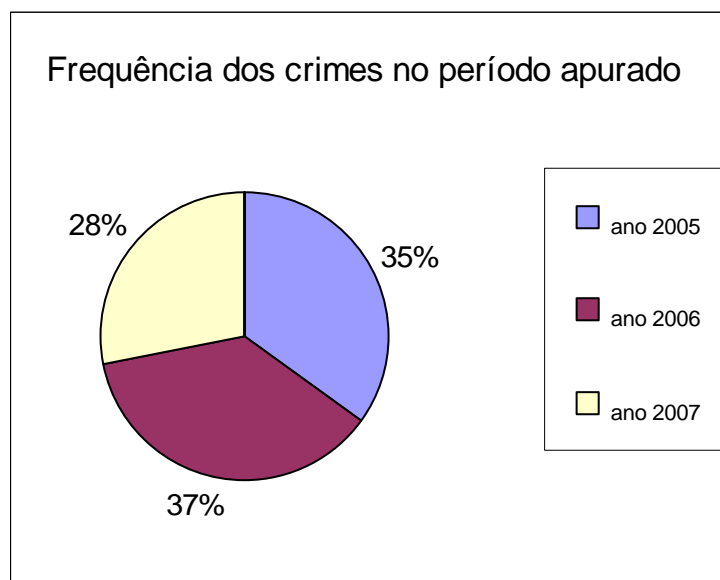


Gráfico 01 – Frequência dos crimes contra crianças e adolescentes no período apurado

Comparando-se as variáveis na figura, observa-se uma diminuição dos índices criminais entre os anos de 2006 e 2007 em 32%. A significativa redução pode indicar que efetivamente diminuíram os índices de crimes de maior potencial ofensivo praticados contra crianças e adolescentes, ou que seus representantes legais deixaram de efetuar o registro de ocorrência por descrédito do sistema de Justiça Criminal. Na realidade, é preciso mencionar uma greve na Polícia Civil alagoana, que perdurou nos meses de agosto a dezembro de 2007, fato que provavelmente acarretou a diminuição das representações efetuadas na delegacia, intimidando o deslocamento das pessoas a esse órgão.

Assim, apesar da aparente diminuição no sobredito período, o que se observa é a incidência regular dos delitos em análise. Não obstante vários veículos disporem acerca de seu gradativo aumento, a experiência ensina que práticas de violência contra crianças e adolescentes sempre existiram; o que aumenta é a sua notificação e conseqüente instauração de procedimento próprio, representando os números que aparecem nas estatísticas.

Em 2005, inclusive, a Delegacia pesquisada ficou em primeiro lugar na capital no respeitante à instauração de Inquéritos Policiais (atrás, apenas, da Delegacia da Criança e do

Adolescente, responsável pelas Investigações Sociais de adolescente infrator), consoante informação do Departamento de Estatística e Informática.

Registre-se, novamente, que a incidência real da violência contra criança é significativamente maior que sua incidência oficial.

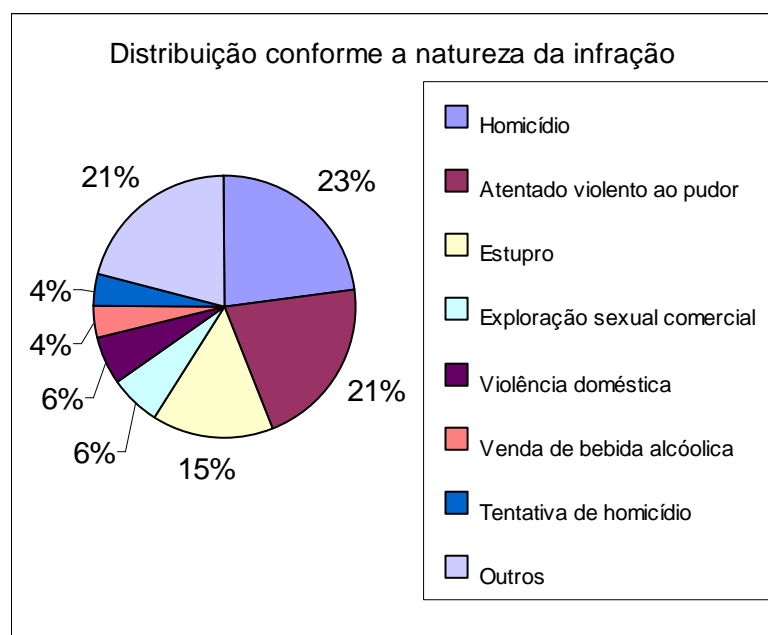


Gráfico 02 – Distribuição conforme a natureza da infração

Importante observar as infrações penais de maior incidência praticadas no lapso temporal em estudo.

No período analisado, é latente a grande incidência de crimes de natureza sexual, sobretudo os crimes de estupro e atentado violento ao pudor, representando percentual de 21% e 15%, respectivamente. Somados, correspondem aos delitos (de médio e grande potencial ofensivo) mais recorrentes no município de Maceió. É imperioso ressaltar, porém, que ainda não está clara o quão difundida é na verdade a violência sexual contra crianças, já que, por sua própria natureza, essa violência é encoberta. Acredita-se que apenas 10% dos casos são efetivamente relatados ou chegam ao sistema criminal, apresentando significativo impacto na coleta de dados para fins de análise estatística. Quando se trata da violência intrafamiliar, os dados estatísticos ainda são menores.

De qualquer forma, o registro oficial é significativo, deixando clara a necessidade de intervenção estatal, mormente na estruturação de uma equipe especializada, treinada para lidar com as conseqüências advindas desses atos delituosos. Não é suficiente uma delegacia especializada, mas profissionais capacitados, com formações diversas (nas áreas de psicologia, assistência social etc.), em decorrência das diversas conseqüências do abuso sexual. É preciso consignar que uma criança não possui desenvolvimento emocional e físico suficiente para qualquer tipo de relacionamento que extrapole a vivência da sexualidade peculiar a sua faixa etária, tratando-se de claro atentado a seus direitos fundamentais previstos constitucionalmente.

No tocante à prática de crimes de homicídio, a sua incidência de 23% é preocupante, havendo a indispensabilidade de ações preventivas. A sua ocorrência poderia, inclusive, ter sido ainda maior, já que desde o mês de abril de 2007 os crimes de homicídio praticados contra crianças e adolescentes passaram a ser de atribuição das Delegacias Distritais, em detrimento da Delegacia Especializada. Assim, os números desse período não constam na presente pesquisa.

Os crimes de exploração sexual comercial, com recente tipificação no art. 244-A do Estatuto da Criança e do Adolescente, ocorrem em 6% do total das ocorrências. Correspondem a infrações que necessitam de atenção especial dos gestores públicos, a fim de evitar um crescimento no denominado turismo sexual, recorrente em áreas turísticas, como a orla marítima de Maceió. A ausência de condições financeiras mínimas para a sobrevivência é um dos principais fatores que levam as adolescentes, principalmente, a ingressar na prostituição.

É importante registrar, também, que os crimes de violência doméstica aparecem apenas no final do período de 2006 e durante o ano de 2007, em face do advento da Lei n° 11.340/06, a qual aumentou a penalidade para aqueles, tornando-os de maior potencial ofensivo, passíveis, pois, de instauração de Inquérito Policial. Mesmo assim, sua incidência de 6% é significativa.

As demais infrações penais, de menor ocorrência, foram dispostas no item “outros”.

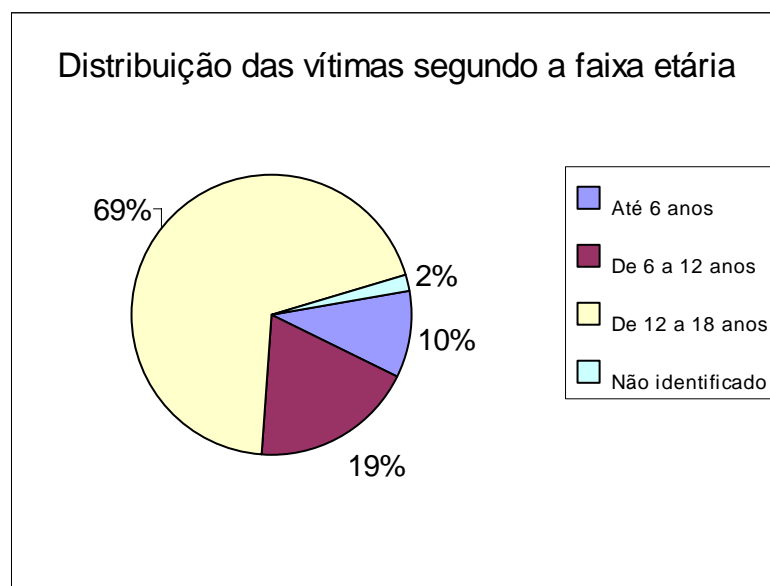


Gráfico 03 – Distribuição das vítimas segundo a faixa etária

Quanto à análise da faixa etária, a incidência das infrações penais é maior entre os adolescentes, com idade de 12 a 18 anos incompletos, representando 69% do total das vítimas. Já a infância foi dividida em duas faixas, apenas para fins estatísticos e melhor análise da vitimização: até 06 anos incompletos, com 10% do total das vítimas; e de 06 anos até 12 anos incompletos, com 19%.

No tocante aos crimes de homicídio, a vítima na faixa etária de 12 a 18 anos incompletos é predominante, com 95% do seu total. Nesse caso, o envolvimento com drogas e a participação anterior em atos infracionais são algumas das causas responsáveis por tais dados. Ademais, a questão social e seus consectários também podem ser citados como um dos fatores que ocasionam esse tipo de criminalidade, consoante será comprovado mais adiante na abordagem dos bairros que trazem o maior índice dessa violência.

Cumpramos ressaltar que no concernente aos crimes de natureza sexual, a faixa etária vítima do estupro é significativamente maior que do delito de atentado violento ao pudor. No primeiro, há predominância na faixa de 12 a 18 anos incompletos (85% do total), enquanto no atentado violento ao pudor a idade mais freqüente é de 06 a 12 anos incompletos (44% do total). Explica-se: os agressores do primeiro delito tendem a preferir vítimas com idade mais avançada, preferencialmente adolescentes a crianças, em face da gama de vestígios deixados nessas últimas. De fato, quando há conjunção carnal (caracterizadora do estupro) em uma

criança, os vestígios são muito evidentes, o que pode levar à célere identificação da prática delituosa e sua autoria, ao passo em que o crime de atentado violento ao pudor normalmente não deixa vestígios, caracterizando-se pelo simples contato físico com a vítima, através do toque etc.

Assim, na violência sexual (principalmente na presumida, quando a vítima não é maior de 14 anos) recomenda-se que os profissionais que lidam, sobretudo, com crianças, estejam alertas para a possibilidade de sua prática, ainda que inexistam sinais e vestígios claros, ou até mesmo nas situações em que a criança negue ter sido vítima. A presença de vestígios não é obrigatória em todos os crimes.

Outro dado importante concerne ao fato de que grande parte das vítimas dos delitos sexuais é do sexo feminino. Na sua análise nos crimes de atentado violento ao pudor e exploração sexual comercial (excluindo-se o estupro, que exige a mulher como sujeito passivo), observa-se que 79% das vítimas são meninas.

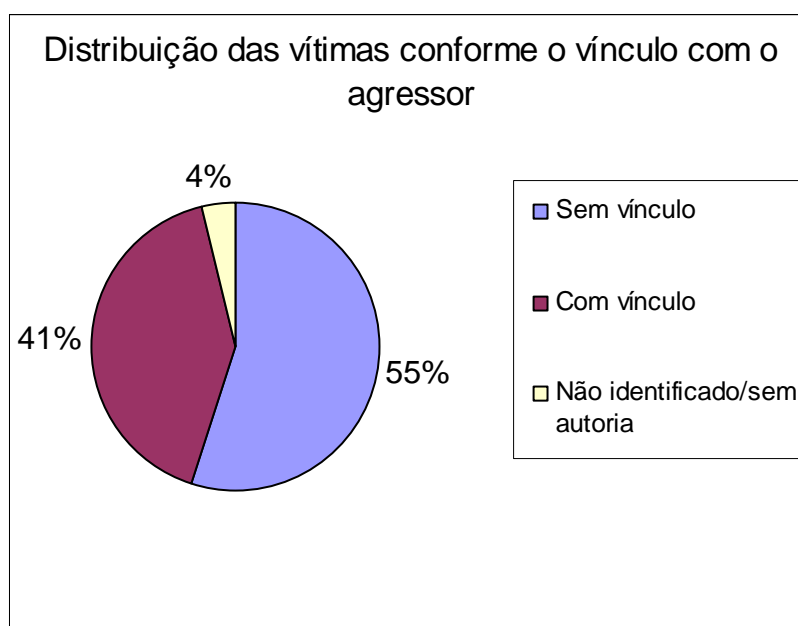


Gráfico 04 – Distribuição das vítimas conforme o vínculo com o agressor

Na análise dos dados, verifica-se que em 41% dos casos há vínculo entre a vítima e o acomedador. Essa relação pode ser de afetividade (genitor, genitora, irmão, tio, avô, companheiro) e também de proximidade (vizinho). O item “não identificado/sem autoria”

corresponde aos casos sem possibilidade de identificação do vínculo em questão, além dos delitos sem autoria.

Principalmente no tocante aos crimes de natureza sexual, observa-se que grande parte dos autores possui vínculo afetivo com as vítimas. O percentual de 60% (observadas, apenas, as infrações sexuais), maior que o anterior, deixa visível tal situação.

Na violência doméstica, esse vínculo, como é óbvio, integra o próprio tipo penal. Porém, também em outros tipos de agressão física, o autor é em muitas ocasiões parente da vítima, sobretudo, os próprios genitores. Nos casos de homicídio envolvendo crianças, essa é uma constante.

Em oposição à violência urbana, visível e largamente noticiada pelos meios de comunicação, na esfera de ordem sexual a violência intrafamiliar mantém-se em muitos casos oculta sob a denominada lei do silêncio.

Os aspectos sociais e culturais são determinantes na compreensão desse tipo de vitimização, sendo evidenciados desde o direito de ter o filho como propriedade absoluta, até o anterior pátrio poder (hoje poder familiar) e o direito de castigar. Não se pode olvidar a cristalina vulnerabilidade da criança, tanto física quanto psíquica, a qual é agravada quando o delito ocorre no ambiente familiar.

No tipo de delito citado, o suporte probatório que pode levar a uma futura condenação não raras vezes é incipiente, já que significativo número de infrações é praticado sem testemunha presencial, no interior de uma residência, e os familiares, quando estão presentes, normalmente ou estão diretamente envolvidos na prática delitiva, ou são consciente ou inconscientemente partícipes da violência.

Trata-se, ademais, de violação a preceito fundamental disposto no Estatuto da Criança e do Adolescente, que aduz a já mencionada tríplice responsabilidade no seu cumprimento: Estado, sociedade, e, principalmente, família.

A supracitada violência, geralmente associada à relação de gênero (masculino/feminino), é responsável pelo desrespeito de um ser ainda em fase de formação, tomado como objeto de prazer.

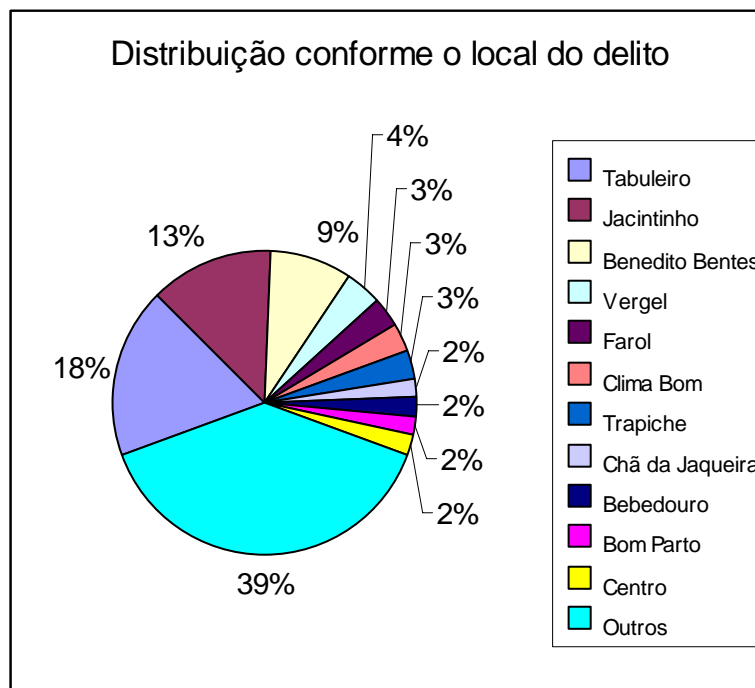


Gráfico 05 – Distribuição conforme o local do delito

Na análise da pesquisa, verifica-se que grande parte dos delitos ocorreu em locais de baixa renda. Os bairros de maior visibilidade no tocante à violação de direitos da infância e juventude (no âmbito da violência) são Tabuleiro (18%), Jacintinho (13%) e Benedito Bentes (9%). O item “outros” concerne às demais localidades não especificadas e aos casos nos quais não foi possível identificar o local do fato. Importa consignar que diversos foram os bairros citados (há mais de 40 diferentes).

Obviamente, não se pode deduzir que nas áreas mais abastadas financeiramente não ocorre violência contra crianças e adolescentes. Na realidade, em muitos casos não há o correspondente relato dos fatos à autoridade responsável, o que mais uma vez contribui para a subnotificação dessa violência.

Mas é evidente que nas áreas menos favorecidas é imprescindível uma ação estatal imediata, com o escopo de salvaguardar os direitos fundamentais da faixa etária em estudo. Importante ressaltar que, no tocante aos crimes de homicídio, sua quase totalidade foi praticada em bairros da periferia de Maceió, o que representa uma ausência de políticas públicas nessas áreas, principalmente entre os adolescentes e jovens. Tais políticas poderiam reduzir em muito o envolvimento daqueles na prática de atos infracionais e a conseqüente morte violenta, causada em Maceió, sobretudo, pelo envolvimento com drogas e outros atos delitivos.

5.2 CONFRONTO DOS DADOS COM OUTRAS PESQUISAS

No concernente às estatísticas relacionadas à natureza da infração, foi ressaltada a grande incidência dos crimes sexuais, mas ainda assim há que se trabalhar com sua grande cifra oculta, principalmente nos praticados no âmbito doméstico. A Organização Mundial da Saúde estima que somente 2% dos casos de violência sexual praticada dentro de casa sejam notificados. Dados oriundos do Programa de Atenção às Vítimas de Abusos Sexuais (PAVAS), da Faculdade de Saúde Pública da Universidade de São Paulo - USP, indicam que uma em cada quatro crianças e adolescentes que recorreram ao serviço foram vítimas de incesto²⁵⁵.

Acerca da incidência dos crimes de homicídio na faixa etária dos adolescentes, um estudo do UNICEF²⁵⁶, tendo como fonte principal de dados uma tabulação especial do Censo Demográfico de 2000 e o Ministério da Saúde, analisou a proporção de óbitos de adolescentes de 12 a 17 anos por causas externas, chegando à conclusão que o estado de Alagoas apresenta índice de 45,6 a 53,6 %. Outro dado relevante, também citado pelo Unicef²⁵⁷, concerne à proporção de crianças e adolescentes pobres (morando em domicílios com renda familiar *per capita* de até ½ salário mínimo) por estado. Alagoas aparece com 65,2 a 75,2%, bem acima da média nacional, de 45%. Na proporção de crianças de 07 a 14 anos que não frequentam a escola, por estado, Alagoas também aparece com índice bem superior à média nacional, de 5,5%. Tal fato apenas ratifica a necessidade de intervenção na questão social, mormente na faixa etária em estudo.

Houve registro da predominância de vítimas do sexo feminino nos delitos sexuais. Sanderson²⁵⁸, que obteve constatação empírica semelhante, dispõe que 73% de todas as vítimas de abuso sexual em crianças são do sexo feminino, sendo elas as mais vulneráveis. Outra pesquisa, analisando 168 casos de vitimização sexual de crianças e adolescentes, chegou à conclusão de que 93,5% das vítimas são do sexo feminino²⁵⁹. Também analisando crimes de natureza sexual, a pesquisa sobre tráfico de mulheres, crianças e adolescentes para

²⁵⁵ SCHMICKLER, Catarina Maria. **O protagonista do abuso sexual: sua lógica e estratégias**. Chapecó: Argos, 2006, p. 33.

²⁵⁶ UNICEF. **Equidade na infância e na adolescência brasileiras**. Relatório da situação da infância e adolescência brasileiras: diversidade e equidade. Brasília, 2003.

²⁵⁷ UNICEF. **Equidade na infância e na adolescência brasileiras**. Relatório da situação da infância e adolescência brasileiras: diversidade e equidade. Brasília, 2003.

²⁵⁸ SANDERSON, Christiane. **Abuso sexual em crianças**. São Paulo: M. Books do Brasil, 2005, p. 18.

²⁵⁹ AZEVEDO, Maria Amélia; GUERRA, Viviane Nogueira de Azevedo. **Pele de asno não é só história: um estudo sobre a vitimização sexual de crianças e adolescentes em família**. São Paulo: Roca, 1988, p. 53.

fins de exploração sexual comercial no Brasil (Pestraf)²⁶⁰ salienta que tal delito tem como vítimas predominantemente mulheres e garotas, com idade entre 15 e 27 anos.

No tocante à autoria da violência sexual, pesquisa do Centro de Estudos e Atendimento Relativos ao Abuso Sexual (CEARAS) apontou que em 90% dos casos, agressores e vítimas moram na mesma casa²⁶¹.

Do exposto, em oposição à prioridade absoluta, passível de exigibilidade perante o Estado, a sociedade e a família, observa-se uma constante violação dos direitos adquiridos pela infância e juventude no ordenamento jurídico. No cotidiano, ressalta-se a reprodução das situações de deficiência da proteção social, expressa nos indicadores de violência.

²⁶⁰ CECRIA. Centro de referência, estudos e ações sobre crianças e adolescentes. **Pesquisa sobre tráfico de mulheres, crianças e adolescentes para fins de exploração sexual comercial no Brasil – Pestraf**. 2002. Disponível em: <www.cecria.org.br>. Acesso em: 02 maio 2007.

²⁶¹ SCHMICKLER, Catarina Maria. **O protagonista do abuso sexual: sua lógica e estratégias**. Chapecó: Argos, 2006, p. 33.

CONCLUSÃO

- O MITO DA PRIORIDADE ABSOLUTA:

A emissão de textos constitucionais e legais no sentido da construção do Estado Democrático de Direito não resulta, na experiência dos países periféricos, como é o caso brasileiro (e especificamente de nossa realidade alagoana), em uma concretização normativa generalizada e relevante dentro dos parâmetros textuais. A concretização jurídica é violada pelos códigos de preferência os mais diversos.

Numa breve digressão, desde a Constituição vista como pedaço de papel enunciada por Lassalle à Constituição real na terminologia de Hesse, observa-se que a Constituição jurídica, no seu aspecto fundamental, sucumbe cotidianamente em face da Constituição real. Resulta evidente, pois, a impossibilidade de existência de isolamento entre norma e realidade. Graças à pretensão de eficácia, a Constituição procura imprimir ordem e conformação à realidade política e social.

Ademais, apesar de a Constituição não poder, por si só, realizar nada, ela pode impor tarefas, transformando-se em força ativa se essas forem efetivamente realizadas, a despeito de todos os questionamentos e reservas provenientes dos juízos de conveniência.

No caso dos direitos fundamentais de crianças e adolescentes, a discrepância entre a realidade normativa e fática é notória, fazendo com que um de seus princípios basilares seja reputado como uma utopia: o chamado mito da prioridade absoluta. Apesar de consagrado na normativa interna, tal princípio ainda prescinde de efetividade, sobretudo na sua execução pelo Poder Público. A simples visão da capital alagoana, que não destoia em muito da condição brasileira, deixa evidente essa inadequação típica entre direito e realidade no tema em estudo.

De fato, as ainda incipientes jurisprudências sobre a matéria, exigindo a sua aplicação imediata, através da implementação de políticas públicas, deixam clara a necessidade de sua implementação em juízo.

Em Maceió, destaca-se a recente ação civil pública interposta pelo Ministério Público estadual, já citada anteriormente, com o desiderato de cobrar o acesso a políticas públicas de crianças e adolescentes residentes nas favelas da orla lagunar, periferia da capital

alagoana. Num estudo por amostragem, realizado pela Ação Brasileira pela Nutrição e Direitos Humanos – ABRANDH, financiado pela Organização das Nações Unidas para Agricultura e Alimentação – FAO, após a aplicação de questionários a 249 famílias, foi constatado que 20% das crianças menores de 03 anos estão com uma redução média na linha do crescimento e 16% com severa redução (análise da proporção de altura e peso para a idade indicando desnutrição); 69% das crianças entre 06 meses e 02 anos e 26,6% das crianças entre 03 e 05 anos sofrem de anemia; 87% das crianças entre 06 meses e 05 anos sofrem de parasitose intestinal.

Aliadas a isso, registrem-se as dificuldades encontradas na estrutura organizacional do sistema estatal de proteção à infância, com investimento financeiro insuficiente e necessidade de capacitação funcional. Os dados estatísticos acerca da violência contra crianças e adolescentes praticada por adultos (penalmente imputáveis) em Maceió também comprovam a necessidade de intervenção estatal.

Não se pode olvidar que consoante o disposto no art. 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente, a garantia de prioridade se fundamenta na primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias; precedência na formulação e execução das políticas sociais públicas e destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude.

É indubitável que se trata de norma imperativa ao Estado, ao exigir o cumprimento do seu dever, juntamente com a família e com a sociedade, de ofertar a crianças e adolescentes condições mínimas necessárias ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

Importa consignar que os direitos de crianças e adolescentes, dentro da terminologia que distingue direitos fundamentais individuais de direitos fundamentais sociais, não se reduzem a nenhum dos grupos, pois contemplam direitos que se enquadram em ambos, exigindo ações de cunho negativo e positivo - prestacionais. Senão, vejamos:

1. Quanto à qualificação como direitos individuais (de defesa): a garantia à vida, à consciência, aos direitos de locomoção etc., é assegurada à infância e juventude, sendo, inclusive, expressa na própria legislação infraconstitucional. Ressalta-se que os direitos fundamentais situados fora do catálogo do art. 5º da Constituição Federal, a exemplo dos direitos em análise, não deixam por isso de ser reputados direitos individuais, já que, na

realidade, eles apenas foram agrupados de forma diversa em face de seu conteúdo ou funções, consoante já ressaltado;

2. Quanto à qualificação como direitos sociais (prestacionais): a própria Constituição Federal, em seu art. 227, consagra a promoção pelo Estado de programas de assistência integral à saúde, além de questões relativas ao trabalho. Não há dúvidas que o direito à saúde, educação e assistência social estão intimamente ligados aos direitos de crianças e adolescentes, já que no rol de suas prioridades está também a consecução dessas posições tipicamente prestacionais.

Desta feita, ao exigir também prestações positivas para o Estado, os direitos fundamentais em estudo necessitam de sua plena implementação. Convém registrar que, apesar da celeuma existente no Brasil quanto à justiciabilidade de direitos fundamentais que geram obrigações positivas para o Estado e, conseqüentemente, despesas, é imperioso ressaltar que as normas constitucionais que reconhecem os direitos de crianças e adolescentes são normas jurídicas, aptas a produzir os efeitos previstos.

Assim, a omissão no adimplemento da obrigação estatal e na efetivação da tão festejada prioridade absoluta pode ser questionada pelos credores titulares dos direitos subjetivos perante o Poder Judiciário, que deve proferir decisão garantidora de efetividade do direito. A possibilidade de o Estado ser chamado perante o Judiciário na causa em análise corresponde à questão assaz relevante, já que tal fato não ocorria anteriormente, ainda no advento dos dois Códigos de Menores, sequer para o Estado justificar suas constantes omissões.

Outrossim, o acesso à Justiça na interposição de interesses afetos à criança e ao adolescente constitui-se, ainda, em mais um fator a corroborar no processo de transformação do próprio poder Judiciário, o qual não pode mais se cingir à neutralização política de outrora. Exige-se um Judiciário que interprete as normas constitucionais e ordinárias com supedâneo nos valores relativos aos direitos fundamentais, devendo exigir o cumprimento do dever do Estado de intervir ativamente na esfera social. Espera-se, pois, uma mudança paradigmática em sua percepção, não cabendo mais ao juiz, como ocorreu nos países latino-americanos na maior parte do século XX, a figura inanimada de aplicador da letra da lei emprestada do modelo europeu.

Dessas considerações, não se pode olvidar, remontando ao disposto por Hesse, a possibilidade de imposição de tarefas pela Carta Política e, nesse caso, a atuação do Poder

Judiciário, com o escopo de gerar eficácia e efetividade, pode garantir às crianças e adolescentes o direito ao reconhecimento de sua condição peculiar e prioritária.

Ademais, além da questão pertinente à efetividade, convém salientar a necessária compreensão e aceitação do atual paradigma norteador da infância e juventude, uma vez que mesmo depois de passados 20 (vinte) anos da promulgação da Constituição Federal e, posteriormente, do Estatuto da Criança e do Adolescente, ainda permanece no imaginário simbólico de muitos juristas uma visão arcaica, com fulcro no modelo tradicional paternalista e permeada pelo caráter assistencial e caritativo da prestação de serviços públicos.

É indubitável que hodiernamente a doutrina e a prática jurídica tomaram ciência de que existe uma teoria social, e o exercício da justiça necessita de tal modelo. Assim, a compreensão paradigmática do direito não pode mais ignorar o saber orientador que funciona de modo latente, tendo que desafiá-lo para uma justificação autocrítica. Após tal fato, a própria doutrina não deve mais evadir-se da questão atinente ao paradigma correto. E no caso em análise, corresponde inegavelmente ao paradigma da prioridade absoluta.

Do exposto, resulta cristalina a relevância do estudo em análise. De fato, os dados críticos obtidos pelos estudos acerca da infância e juventude no Brasil, aliados à dificuldade em aceitação da mudança do atual paradigma garantidor de direitos fundamentais, retratam bem tal importância. Pode-se dizer que a história social da infância em nosso país é também a história da sua retirada gradual da questão social do universo de abrangência das questões de Estado. Há que se superar, de uma vez por todas, o paradigma paternalista da situação irregular, com o escopo de buscar e aplicar o atual pensar jurídico na área.

Impõem-se a aceitação da nova realidade democrática, em consonância com o Estado Democrático de Direito, reconhecendo serem crianças e adolescentes sujeitos de direito, sob a égide da doutrina da proteção integral e especial, aliada à prioridade absoluta. É preciso, ademais, que se reconheça a luta como instrumento legitimador de tal concepção, pois a Carta Política e o Estatuto da Criança e do Adolescente correspondem ao resultado da ampla mobilização nacional pelo reconhecimento dos direitos fundamentais daqueles que são, indubitavelmente, o principal motor da História.

A luta e a busca por sua consolidação são inerentes aos direitos da infância e da juventude, consoante ficou demonstrado no presente estudo. O compromisso com a manutenção e plena efetividade estatal desses direitos representa o método mais legítimo e

acertado para a progressiva mudança libertária da ordem jurídica brasileira no aspecto em análise.

Não se pode permitir que a luta cotidiana para os juristas seja uma luta muda, multiforme, insignificante, desjuridicizada e distante da realidade do direito. E essa luta em conformidade com a atual conjuntura, indispensável ao verdadeiro conceito de direito, deve estar presente nos direitos infanto-juvenis, com o objetivo de dar efetividade, a fim de que eles não se tornem apenas declarações solenes e alvo de constantes violações, como tantas outras existentes em nosso ordenamento pátrio. Eis o verdadeiro direito a ser produzido, principalmente em nossa nação periférica, em face dos evidentes desacertos históricos na área da infância e adolescência.

Por tudo isso, é imprescindível a continuidade da luta em defesa dos direitos de crianças e adolescentes, sem, porém, cair na retórica dos direitos, paralela à retórica da democracia. Assim como na atualidade todos os Estados se declaram democráticos, todos os governos dos Estados e os organismos internacionais asseguram que sua atuação respeita, genericamente, os direitos humanos, assim como os direitos infanto-juvenis. Basta observar que a quase totalidade dos países ratificou os diversos documentos internacionais, sobretudo a Convenção sobre os direitos da Criança de 1989.

Finalmente, cumpre registrar que pela necessidade do direito *sub examine*, pode-se reputá-lo como *standard* mínimo necessário ao exercício da democracia. Assim, corresponde a elemento necessário, porém não suficiente à sua prática, pois muito mais do que codificá-lo, é imprescindível a escorreita compreensão de seus consectários legais, traduzidos no novo paradigma legal, além de sua necessária efetividade. *Ipsa facto*, a prioridade absoluta, mais que normas programáticas, conduz à preeminência de uma nova visão no âmbito dos direitos da infância e da juventude, respeitando suas idiossincrasias.

- A NECESSIDADE DE OPERACIONALIZAÇÃO DOS MECANISMOS DE PROTEÇÃO ESPECIAL:

Buscam-se no presente momento medidas com o escopo de diminuição entre o dever ser normativo e o ser efetivo na seara da proteção constitucional de crianças e adolescentes.

É claro que o enfrentamento de todas as formas de violação de direitos da infância e juventude deve ocorrer mais efetivamente através dos espaços públicos e dos mecanismos de

acompanhamento, avaliação e monitoramento, ou seja, do controle social-difuso (pela sociedade civil organizada, especialmente através de seus fóruns e comitês) e institucional (pelos Conselhos dos Direitos da Criança e do Adolescente).

No tocante à operacionalização dos mecanismos de proteção especial, é cediço que os meios concernentes a sua promoção no âmbito dos direitos fundamentais em análise necessitam de uma implementação simultânea e harmônica. Pode-se citar o seguinte exemplo: quando se procura enfrentar o abuso sexual contra crianças e adolescentes (especialmente nas figuras delitivas presentes no Código Penal e na Lei nº 8.069/90), não deveria a intervenção pública se restringir exclusivamente à responsabilização penal dos autores. É necessário, também, o atendimento médico da vítima em serviço especializado, a inclusão de sua família em programas de emprego e renda, e, principalmente, um eficaz monitoramento das intervenções judiciais. Não é demais frisar que a isolada responsabilização dos autores da infração leva à revitimização da criança e do adolescente com seus direitos à sexualidade violados.

Por conseguinte, é notória a necessidade de operacionalização dos órgãos e seus instrumentos com o escopo de salvaguardar os direitos fundamentais da infância e juventude previstos constitucionalmente. Todos os órgãos da proteção estatal, já citados anteriormente, devem atuar de forma conjunta, em todas as esferas. Destarte, essa pretensa operacionalização, mormente no município de Maceió, objeto de estudo, depara-se com problemas estruturais graves. Inicialmente, citam-se os problemas existentes na própria realidade periférica brasileira, e, posteriormente, serão ressaltadas as peculiaridades da problemática da capital alagoana.

1. Problemas gerais:

1.1 Ausência de um programa abrangente e continuado de enfrentamento do conjunto de violência contra a criança e o adolescente por parte do Estado brasileiro (e também alagoano);

1.2 A pequena capacidade de intervenção das organizações da sociedade civil, fato também condicionado pela ausência de um papel articulador do Estado;

1.3 A falta de estrutura dos Conselhos Tutelares e dos Conselhos de Direitos para cumprir sua missão institucional;

1.4 Inexistência de rede nacional de estudos e monitoramento que articule institutos de pesquisa, organizações e órgãos voltados para o combate às diversas formas de violência e violação dos direitos.

2. Problemas específicos:

2.1 Ausência de ação conjunta entre os órgãos atuantes no combate e repressão à violência infanto-juvenil (Delegacias de Polícia, Varas da Infância e Juventude, Defensoria Pública e Instituto Médico-Legal, principalmente);

2.2 Deficiência dos órgãos de apoio e proteção a essa faixa etária, sobretudo no apoio psicológico e social (carência de recursos humanos, estrutura física e subsídio financeiro adequado);

2.3 Número insuficiente de abrigos destinados ao acolhimento de crianças em situação de risco social;

2.4 Inexistência de vara específica na apuração de crimes praticados contra crianças e adolescentes;

2.5 Necessidade de maior atuação do Ministério Público Estadual na propositura de ações civis públicas.

3. Proposições:

3.1 Promoção pela sociedade civil organizada e pelo Ministério Público de ações de cobrança da administração governamental no tocante a políticas públicas visando à implementação do disposto no Estatuto da Criança e do Adolescente, mormente no tocante às políticas de atendimento;

3.2 Criação de centros de atendimento integral (com acompanhamento multidisciplinar – apoio psicológico, social e jurídico) com o fito de prestação de atendimento de qualidade a crianças e adolescentes e seus familiares, e ampliação das casas-abrigo para atendimento dessa faixa etária em situação de risco social;

3.3 Ampliação dos programas de saúde sexual, visando à prevenção de DST's e AIDS, sobretudo gravidez precoce e não planejada, no público adolescente, e melhoria do atendimento das vítimas de crimes sexuais em diversos órgãos, como o Instituto Médico-

Legal (com atendimento preferencial de médicas do sexo feminino) e os centros de apoio (com tratamento médico especializado, ofertando, inclusive, medicamentos após a prática de violência sexual – pílulas do dia seguinte e cocktail anti-AIDS);

3.4 Viabilização e ampliação de programas de atendimento por creches, tanto na rede pública quanto privada, a crianças de até 06 (seis) anos de idade, filhas de mães trabalhadoras (urbanas e rurais) ou em situação de pobreza. Ampliação principalmente na esfera municipal do número de creches, com o objetivo de propiciar condições adequadas aos filhos e suas respectivas genitoras;

3.5 Criação de programas específicos de atendimento a crianças e adolescentes portadores de necessidades especiais, tanto na esfera educacional quanto no âmbito da saúde pública;

3.6 Exigência de cumprimento da norma de notificação compulsória dos casos de suspeita ou confirmação de maus-tratos contra crianças e adolescentes pelos serviços de saúde e educação;

3.7 Monitoramento da evasão escolar, suas causas e conseqüências, aliado ao acompanhamento particular do aluno. Observância de elevados níveis de repetência, bem como estruturação e ampliação do programa FICAI;

3.8 Maior fiscalização do PETI e atuação dos órgãos de combate ao trabalho infantil, na prevenção e repressão, aliados a programas de renda para famílias em situação de pobreza;

3.9 Cursos de capacitação permanente para os atores do atendimento às crianças e adolescentes vítimas de crimes, incluindo membros da Magistratura e do Ministério Público, Delegados de polícia, Defensores públicos, Conselheiros Tutelares e Policiais Civis e Militares;

3.10 Estímulo à realização de estudos e pesquisas acerca da situação da infância, mormente no tocante à situação de pobreza, risco social e violência.

REFERÊNCIAS

ADEODATO, João Maurício (Org.). *Jhering e o Direito no Brasil: Seminário nacional em comemoração ao centenário de seu falecimento*. Recife: Editora Universitária, 1996.

_____. *Jurisdição à brasileira: situação e limites*. In: SCAFF, Fernando Facury (Org.). *Constitucionalizando direitos: 15 anos da Constituição Brasileira de 1988*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 75-96.

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de estudios políticos y constitucionales, 2001.

AMIM, Andréa Rodrigues. *Dos Direitos Fundamentais*. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (Org.) *Curso de Direito da Criança e do Adolescente: aspectos teóricos e práticos*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006, p. 35-67.

ARIÈS, Philippe. *História social da criança e da família*. Rio de Janeiro: LTC, trad. Dora Flaksman, 1981.

AZEVEDO, Maria Amélia; GUERRA, Viviane Nogueira de Azevedo. *Pele de asno não é só história: um estudo sobre a vitimização sexual de crianças e adolescentes em família*. São Paulo: Roca, 1988.

BARATTA, Alessandro. *Infancia y Democracia*. In: MENDEZ, Emilio Garcia (Org.). *Infancia, Ley y Democracia en América Latina*. Santa Fé de Bogotá: Temis, 1998, p. 31-57.

BOBBIO, Norberto. *A era dos Direitos*. Trad. Regina Lyra. Rio de Janeiro: Campus, 2004.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 17 ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

BOVERO, Michelangelo. *Democracia y derechos fundamentales*. *Isonomia – Revista de Teoría y Filosofía del derecho*. Alicante, n. 16, abril, 2002, p. 21-38.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Almedina, 2003.

CARRIDE, Norberto de Almeida. *Estatuto da Criança e do Adolescente anotado*. Campinas: Servanda, 2006.

CECRIA. *Centro de referência, estudos e ações sobre crianças e adolescentes. Pesquisa sobre tráfico de mulheres, crianças e adolescentes para fins de exploração sexual comercial no Brasil – Pestraf*. 2002. Disponível em: <www.cecria.org.br>. Acesso em: 02 maio 2007.

CERQUEIRA, Carlos Magno Nazareth; PRADO, Geraldo. *A polícia diante da infância e da juventude: infração e vitimização*. Rio de Janeiro: Instituto Carioca de Criminologia: Freitas Bastos, 2000.

CERVERA, Ignacio Campoy. La fundamentación de los derechos de los niños: modelos de reconocimiento y protección. Madrid: Dykinson, 2006.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. O direito e os direitos: elementos para uma crítica do Direito Contemporâneo. São Paulo: Max Limonad, 2001.

CORTÉS, Isabel Fanlo. Derecho de los niños: una contribución teórica. México: Distribuciones Fontamara, 2004.

CRUZ, Luis M. La constitución como orden de valores: problemas jurídicos y políticos. Un estudio sobre los orígenes del neoconstitucionalismo. Granada: Comares, 2002.

CUENO, Mônica Rodrigues. Novos olhares, novos rumos: a proteção integral e a prioridade absoluta do Estatuto da Criança e do Adolescente e o papel do Ministério Público diante dos novos paradigmas. Juizado da Infância e da Juventude. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Ano II, n^{os} 03 e 04. Porto Alegre, jul./nov. 2004.

DALLARI, Dalmo de Abreu. Art. 4^o do Estatuto da Criança e do Adolescente. In: CURY, Munir (Org.). Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado: comentários jurídicos e sociais. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 36-44.

_____. O direito da criança ao respeito. São Paulo: Summus, 1986

DANTAS, Ivo. Constituição Federal: teoria e prática. Vol. 01. Rio de Janeiro: Renovar, 1994.

_____. Princípios constitucionais e interpretação constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1995.

DIMOULIS, Dimitri. Estado nacional, democracia e direitos fundamentais. Conflitos e aporias. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; SARLET, Ingo Wolfgang; PAGLIARINI, Alexandre Coutinho (Org.). Direitos humanos e democracia. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 29-44.

DOLINGER, Jacob. Direito internacional privado. A criança no direito internacional. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

DURKHEIM, Émile. As regras do método sociológico. São Paulo: Martin Claret, 2002.

FERRAJOLI, Luigi. Direito e razão: teoria do garantismo penal. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, Trad. Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares, Luiz Flávio Gomes, 2006.

_____. Prefácio à obra Infância, Lei e Democracia na América Latina. In: MENDEZ, Emilio Garcia; BELLOF, Mary (Org.). Trad. Eliete Ávila Wolff. Blumenau: EDIFURB, 2001, p. 09-14.

FERREIRA, Pinto. Princípios gerais do direito constitucional moderno. Vol. 01. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 1983.

FREITAS, Marcos Cezar de. Desigualdade social e diversidade cultural na infância e na juventude. São Paulo: Cortez, 2006.

_____. História social da infância no Brasil. 5 ed. São Paulo: Cortez, 2003.

FREYRE, Gilberto. Casa - grande & senzala. 45 ed. Rio de Janeiro: Record, 2001.

GALINDO, George Rodrigo Bandeira. A multiplicação dos Tribunais Internacionais e o problema dos regimes auto-suficientes no Direito Internacional. Revista de Direito Constitucional e Internacional nº 33. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 07-27.

GARRIDO DE PAULA, Paulo Afonso. Educação. Direito e Cidadania. In Cadernos de Direito da Criança e do Adolescente. Associação brasileira de magistrados e promotores de Justiça da Infância e da Juventude. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 91-103.

GOICOECHEA, Pepa Horno. Explotación sexual infantil en Latinoamérica. In: CERVERA, Ignacio Campoy (Org). Los derechos de los niños: perspectivas sociales, políticas, jurídicas y filosóficas. Madrid: Dykinson, 2007, p. 237-252.

GONÇALVES, Hebe Signorini. Infância e violência no Brasil. Rio de Janeiro: Nau Editora: FAPERJ, 2003.

GONZÁLEZ, Rodrigo Stumpf. A participação da sociedade na implementação de um novo paradigma de direitos da infância: a experiência brasileira 1985-2005. Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêuticas: Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado. Porto Alegre, nº 2, 2006, p. 241-253.

GRAU, Eros Roberto. A ordem econômica na Constituição de 1988. São Paulo: Malheiros, 2000.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Art. 212 do Estatuto da Criança e Adolescente. In: CURY, Munir (Org.). Estatuto da Criança e do Adolescente comentado: comentários jurídicos e sociais. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 710-712.

GURGEL, Maria da Graça Marques. Crise legitimatória da efetividade: alguns debates sobre o pensar jurídico do Judiciário brasileiro. Revista da ESMAL – Escola Superior da Magistratura do Estado de Alagoas nº. 03. Maceió: Publicação oficial, 2003, p. 115-138.

HABERMAS, Jürgen. Direito e democracia: entre facticidade e validade. Vol. II. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HESSE, Konrad. A força normativa da Constituição (Die normative Kraft der Verfassung). Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

HEYWOOD, Colin. Uma história da infância: da Idade Média à época contemporânea no Ocidente. Trad. Roberto Cataldo Costa. Porto Alegre: Artmed, 2004.

HOBBSBAWN, Eric J. Era dos extremos. O breve século XX. 1914-1991. Trad. Marcos Santarrita. Companhia das letras: São Paulo: 1995.

HOLANDA, Chico Buarque; HIME, Francis. Pivete. In: HOLANDA, Chico Buarque. Paratodos. São Paulo: BMG Ariola, 1993.

_____. O meu guri. In: HOLANDA, Chico Buarque. O cronista – 50 anos. São Paulo: Polygram, 1994.

KRELL, Andreas J. Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

LAFER, Celso. A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

LAJOLO, Marisa. Infância de papel e tinta. In: FREITAS, Marcos Cezar de (Org). História social da infância no Brasil. 5 ed. São Paulo: Cortez, 2003, p. 229-250.

LE GOFF, Jacques. A civilização do Ocidente Medieval. São Paulo: Edusc, 2005.

LEITE, Miriam L. Moreira. A infância no século XIX segundo memórias e livros de viagem. In: FREITAS, Marcos Cezar de (Org). História social da infância no Brasil. 5 ed. São Paulo: Cortez, 2003, p. 19-52.

LIBERATI, Wilson Donizeti; CYRINO, Publio Caio Bessa. Conselhos e Fundos no Estatuto da Criança e do Adolescente. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

LIMA, Alberto Jorge Correia de Barros. Limites constitucionais do legislador e do juiz na criminalização e descriminalização de condutas - A imposição dos princípios constitucionais penais. 2006. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2006.

LIMA, Samarone. A vitória da vida: redução da mortalidade infantil em Alagoas. Unicef, 2005, Coleção Faz e Conta, vol. II, 100 p.

MACHADO, Martha de Toledo. A proteção constitucional de crianças e adolescentes e os direitos humanos. São Paulo: Manole, 2003.

MANCUSO, Rodolfo Camargo. Interesses difusos: conceito e legitimação para agir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

MARCHESAN, Ana Maria Moreira. O princípio da prioridade absoluta da criança e do adolescente e a discricionariedade administrativa. Disponível em: <www.mp.mg.gov.br>. Acesso em: 27 agosto 2007.

MAZZILLI, Hugo Nigro. A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor e outros interesses difusos e coletivos. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

MELLO, Celso de Albuquerque. A criança no Direito Humanitário. In: PEREIRA, Tânia da Silva (Org). O melhor interesse da criança: um debate interdisciplinar. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 495-523.

MELLO, Marcos Bernardes de. Teoria do fato jurídico: plano da existência. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

MENDES, Gilmar Ferreira. Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

MENDEZ, Emilio Garcia. Derechos de la Infancia Adolescencia en América Latina. Guayaquil: Edino, 1994.

_____. Infancia, Ley e Democracia: una cuestion de justicia. Ley para la Infancia y la Adolescencia. Unicef. Disponível em: <www.unicef.org.co/Ley/5.htm>. Acesso em: 02 maio 2007.

MENEZES, Iure Pedroza. Os Tratados Internacionais e o Direito Interno dos Estados. Revista de Direito Constitucional e Internacional nº 48. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 302-323.

MINISTÉRIO PÚBLICO. Infância e juventude: interpretação jurisprudencial. Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça da Infância e da Juventude. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado, 2002.

MIRANDA, Jorge. Manual de direito constitucional. Tomo IV. Direitos fundamentais. 3 ed. Coimbra: Coimbra editora, 2000.

MONACO, Gustavo Ferraz de Campos. A proteção da criança no cenário internacional. Coleção Qualitas - Série dissertações. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

MONDANI, Marco. O respeito aos direitos dos indivíduos. In: PINSKY, Jaime; PINSKY, Carla Bassanezi (Org). História da cidadania. 3 ed. São Paulo: Contexto, 2005.

MORAES, Edson Seda. Art. 86 do Estatuto da Criança e do Adolescente. In: CURY, Munir (Org.). Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado: comentários jurídicos e sociais. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 276.

_____. El nuevo paradigma de la niña el niño en América Latina. In: Ley para la Infancia y la Adolescencia. Unicef. Disponível em: <www.unicef.org.co/Ley/5.htm>. Acesso em: 02 maio 2007.

MOREIRA, Vital. O futuro da Constituição. In: GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago (Org.). Direito constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 313-336.

NERY JUNIOR, Nelson. Estatuto da Criança e do Adolescente e o Novo Código Civil à Luz da Constituição Federal: princípio da especialidade e direito intertemporal. Revista de Direito Privado vol. 12. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

NEVES, Delma Pessanha. A perversão do trabalho infantil: lógicas sociais e alternativas de prevenção. Niterói: Intertexto, 1999.

NEVES, Marcelo. Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil: o Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

PAGLIARINI, Alexandre Coutinho. Constituição e direito internacional: cedências possíveis no Brasil e no mundo globalizado. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

PALOP, María Eugenia Rodríguez. Podemos assumir la protección eficaz de los derechos de los niños? In: CERVERA, Ignacio Campoy (Org). Los derechos de los niños: perspectivas sociales, políticas, jurídicas y filosóficas. Madrid: Dykinson, 2007, p. 219-235.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Princípios fundamentais e norteadores para a organização jurídica da família. 2004, 157f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2004.

PEREIRA, Tânia da Silva. Infância e Juventude: os direitos fundamentais e os princípios constitucionais consolidados na Constituição de 1988. Disponível em: <www.mp.sp.gov.br>. Acesso em: 27 agosto 2007.

PEREZ LUÑO, Antonio-Enrique. Ciudadanía y definiciones. Revista Doxa, nº. 25, 2002, p. 177-211.

_____. La universalidad de los derechos humanos. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2002.

_____. Los derechos fundamentales. Temas clave de la constitucion española. 6 ed. Madrid: Editorial Tecnos, 1995.

PESSOA, Fernando. Obras em prosa. Rio de Janeiro: Nova Aguilar, 1974.

PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional. 3 ed. São Paulo: Max Limonad, 1997.

_____. Temas de direitos humanos. São Paulo: Max Limonad, 2003.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. Comentários à Constituição de 1967. Tomo IV. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1967.

_____. Tratado de direito internacional privado. Tomo I. Fundamentos e parte geral. Rio de Janeiro: José Olympio editora, 1935.

PRIORE, Mary Del. História das crianças no Brasil. 4 ed. São Paulo: Contexto, 2004.

QUEIROZ, Cristina. Direitos fundamentais sociais: questões interpretativas e limites de justiciabilidade. In: AFONSO DA SILVA, Virgílio (Org.). Interpretação constitucional. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 165-216.

QUINTANA, Mário. Quintana de Bolso. Rua dos Cataventos & outros poemas. Porto Alegre: L&PM Pocket, 2006.

RAMOS, André de Carvalho. Defesa do regime democrático e a dissolução dos partidos políticos. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin, SARLET, Ingo e PAGLIARINI, Alexandre Coutinho. (Org). Direitos Humanos e Democracia. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 157-167.

RAWLS, John. Uma teoria da Justiça. Trad. Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes: 2000.

RODRIGUES, Amélia. O Vagabundo. Álbum das Meninas. São Paulo, 1898.

SAETA, Beatriz Regina Pereira; SOUZA NETO; João Clemente. A criança e o adolescente na sociedade brasileira. In: SOUZA NETO, João Clemente (Org). Infância: violência, instituições e políticas públicas. São Paulo: Expressão e Arte, 2006, p. 17-41.

SANCHEZ-PESCADOR, Liborio L. Hierro. El niño y los derechos humanos. In: CERVERA, Ignacio Campoy (Org). Los derechos de los niños: perspectivas sociales, políticas, jurídicas y filosóficas. Madrid: Dykinson, 2007, p. 17-35.

SANDERSON, Christiane. Abuso sexual em crianças. São Paulo: M. Books do Brasil, 2005.

SANTOS, Boaventura de Sousa. O discurso e o poder. Ensaio sobre a sociologia da retórica jurídica. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988.

_____. Para uma revolução democrática da justiça. Coleção questões da nossa época. v. 134. São Paulo: Cortez, 2007.

SARAIVA, João Batista Costa. Compêndio de Direito Penal Juvenil – Adolescente e ato infracional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SARMENTO, George. Pontes de Miranda e a teoria dos direitos fundamentais. Revista do mestrado em Direito. Maceió: Nossa Livraria, 2005, p. 15-90.

SCHMICKLER, Catarina Maria. O protagonista do abuso sexual: sua lógica e estratégias. Chapecó: Argos, 2006.

SOUZA, Herbert de. Art. 7º do Estatuto da Criança e do Adolescente. In: CURY, Munir (Org.). Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado: comentários jurídicos e sociais. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 56-57.

SILVA, José Afonso da. Aplicabilidade das normas constitucionais. São Paulo: Malheiros, 2001.

_____. Art. 16 do Estatuto da Criança e do Adolescente. In: CURY, Munir (Org.). Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado: comentários jurídicos e sociais. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 78-87.

_____. Direitos humanos da criança. Revista Trimestral de Direito Público nº 26. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 05-13.

SOUZA NETO, João Clemente; NASCIMENTO; Maria Letícia (Orgs). Infância: violência, instituições e políticas públicas. São Paulo: Expressão e Arte, 2006, p. 80-112.

STRECK, Lenio Luiz. A permanência do caráter compromissório (e dirigente) da Constituição Brasileira e o papel da jurisdição constitucional: uma abordagem à luz da hermenêutica filosófica. In: MILARÈ, Édís (Org.). Ação civil pública: lei 7.347/1985 - 15 anos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 738-739.

_____. Jurisdição constitucional e hermenêutica. Uma nova crítica do Direito. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

TAVARES, Patrícia. A política de atendimento. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (Org.). Curso de Direito da Criança e do Adolescente: aspectos teóricos e práticos. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006, p. 279-324.

TERRA, Eugenio Couto. A idade penal mínima como cláusula pétrea e a proteção do Estado Democrático de Direito contra o retrocesso social. 196f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS-RS, São Leopoldo, 2001.

TRINDADE, Antonio Augusto Caçado. O Direito Internacional em um mundo em transformação (Ensaio, 1976-2001). Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

UNICEF. Análise da violência contra a criança e o adolescente segundo o ciclo de vida no Brasil: conceitos, dados e proposições. São Paulo: Global, 2005.

_____. Equidade na infância e na adolescência brasileiras. Relatório da situação da infância e adolescência brasileiras: diversidade e equidade. Brasília, 2003.

_____. Estado mundial de la infancia 2007: La mujer y la infancia: el doble dividendo de la igualdad de género. New York, 2006, 160 p.

VELOSO, Caetano. In: VELOSO, Caetano. Circuladô. São Paulo: Polygram, 1991.

VERCELONE, Paolo. Art. 3º do Estatuto da Criança e do Adolescente. In: CURY, Munir (Org.). Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado: comentários jurídicos e sociais. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 32-35.

VERONESE, Josiane Rose Petry; SILVA, Moacyr Motta da. A tutela jurisdicional dos direitos da criança e do adolescente. São Paulo: LTr, 1998.

VILANOVA, Lourival. A crise de Estado sob o ponto de vista da teoria do Estado. In: ADEODATO, João Maurício (Org.). Jhering e o Direito no Brasil: Seminário nacional em comemoração ao centenário de seu falecimento. Recife: Editora Universitária, 1996, p. 149-150.

VITALE, Ermanno. Reflexiones sobre el paradigma de los derechos fundamentales. Isonomia – Revista de Teoría y Filosofía del derecho. Alicante, n. 16, abril, 2002, p. 39-52.

VOLPI, Mário. Crianças e adolescentes são cidadãos? Revista Virtual de Direitos Humanos. Comissão Nacional de Direitos Humanos da OAB, nº. 02, ano 02, março/ 2002, p. 31-33. Disponível em: <www.oab.org.br>. Acesso em: 13 outubro 2007.

ANEXO



GOVERNO DO ESTADO DE ALAGOAS
SECRETARIA COORDENADORA DE JUSTIÇA E DEFESA SOCIAL
POLÍCIA CIVIL DO ESTADO DE ALAGOAS
Delegacia dos Crimes Contra Crianças e Adolescentes – Capital

RELAÇÃO DE INQUÉRITOS POLICIAIS INSTAURADOS NO ANO DE 2005:

IP n° 01/2005 a IP n° 205/2005

RELAÇÃO DE INQUÉRITOS POLICIAIS INSTAURADOS NO ANO DE 2006:

IP n° 01/2006 a IP n° 221/2006

RELAÇÃO DE INQUÉRITOS POLICIAIS INSTAURADOS NO ANO DE 2007

IP n° 01/2007 a IP n° 162/2007