

**FACULDADE DE ADMINISTRAÇÃO E NEGÓCIOS DE SERGIPE
BACHARELADO EM DIREITO**

DANILA LEITE ALMEIDA DE SÁ

**A AÇÃO CIVIL PÚBLICA COMO INSTRUMENTO DE DEFESA DOS DIREITOS
FUNDAMENTAIS DAS CRIANÇAS E DOS ADOLESCENTES**

ARACAJU

2015

DANILA LEITE ALMEIDA DE SÁ

**A AÇÃO CIVIL PÚBLICA COMO INSTRUMENTO DE DEFESA DOS DIREITOS
FUNDAMENTAIS DAS CRIANÇAS E DOS ADOLESCENTES**

Monografia apresentada à Banca Examinadora da Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe, como requisito parcial para a conclusão do curso de Bacharelado em Direito.

ORIENTADOR:

Prof. Me. Augusto César Leite de Resende

ARACAJU

2015

DANILA LEITE ALMEIDA DE SÁ

**AÇÃO CIVIL PÚBLICA COMO INSTRUMENTO DE DEFESA DOS DIREITOS
FUNDAMENTAIS DAS CRIANÇAS E DOS ADOLESCENTES**

Monografia apresentada à Banca Examinadora da Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe, como requisito parcial para a conclusão do curso de Bacharelado em Direito.

Aprovada em __/__/__

BANCA EXAMINADORA

Prof. Me. Augusto César Leite de Resende
Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe

Prof. Ermelino Costa Cerqueira
Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe

Prof. Anderson Clei Santos
Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe

*A José Feitosa e Dalvina Leite, meus pais, meus amores
Para Jandirley, Danilo e Jandson, meus irmãos queridos e a todos aqueles que
contribuíram para a minha formação acadêmica.*

AGRADECIMENTOS

Agradeço, em primeiro lugar, a Deus, pelo dom da vida e pela capacidade concebida para desempenhar todas as minhas funções, inclusive, por ter me dado força e coragem durante essa longa jornada.

Aos meus amados pais, José Feitosa de Sá e Dalvina Leite Almeida de Sá, que sempre me incentivaram a conquistar um dos meus sonhos, minhas melhores referências de vida, amo vocês. Aos meus familiares, tias, primos, avós e cunhadas que torcem pelo meu sucesso.

Devo, contudo, lembrar de algumas pessoas que tiveram um papel fundamental para que esse trabalho se concretizasse.

Aos meus queridos irmãos, sei que torcem por mim e vibram com minha felicidade.

Ao Prof. Augusto César Leite Resende, exemplo de pesquisador e cientista do Direito, sem dúvida, seu apoio foi fundamental.

À Dra. Maria Lilian Mendes Carvalho, Promotora de Justiça, pelos ensinamentos, atenção e disponibilidade em me fornecer um pouco do vasto conhecimento e experiência. Ao Dr. José Fabrício Sabino, Defensor Público, pela gentileza em compartilhar seus conhecimentos para o enriquecimento deste trabalho.

Aos meus amigos antigos e novos peregrinos, Antenor, Laís, Tatiana, Marcelo, Antônio, Ronaldinho, Sandra, que são uma válvula de escape desta vida atribulada.

Aos professores da Fanese, por todos os ensinamentos e experiências compartilhados.

A todos que estudaram comigo durante 5 anos, em especial Marcela Priscila, que é um exemplo de humildade e com sua generosidade compartilhou seus conhecimentos com todos os colegas. Larissa, determinada, amiga, sincera, um exemplo de menina-mulher, Alex, por termos vivenciado tantas alegrias juntos, fortalecendo cada vez mais nossa amizade e Dione, a qual sempre me deu sempre força e confiança nas horas mais tensas, além de ser um amor de pessoa. Todos vocês, levarei para o resto da vida, amigos além dos bancos acadêmicos, meus amigos que com o jeito de cada um aprendi muito. A todas as pessoas que direta ou indiretamente fizeram parte da minha formação, não apenas acadêmica, mas também como pessoa. MUITÍSSIMO Obrigada!

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo fazer uma análise crítica acerca da efetividade da ação civil pública como instrumento de defesa dos direitos relativos à infância e adolescência, evitando possíveis danos e situação de risco à criança e ao adolescente, já que muitos direitos foram proclamados, inclusive no texto constitucional e também no Estatuto da Criança e do Adolescente. A lei 7437/85 a tem como objetivo precípua a materialização dos direitos fundamentais, inclusive surge com um poderoso meio de defesa dos direitos da criança e do adolescente, através do seu ajuizamento busca-se a garantia de vários direitos coletivos, individuais, homogêneos e meta-individuais. De acordo com o surgimento e a evolução dos direitos fundamentais, bem como os direitos difusos, coletivos e individuais homogêneo, os quais estão inclusive elencados na legislação tanto constitucional quanto infraconstitucional, emerge a ação civil pública como instrumento de proteção dos direitos em comento. Apesar de existir uma preocupação por parte do legislador em proclamar direitos ao público infante-juvenil, é fundamental que esses direitos sejam de fato efetivados, a fim de afastar as crianças e adolescentes das situações violem seus direitos, os quais, de forma recorrente são ameaçados ou mesmo violados. Dessa maneira, buscou-se analisar, através de jurisprudências, a importância da efetividade da ação civil pública em favor dos direitos das crianças e adolescentes, já que são sujeitos de direitos e que devem ter proteção integral por parte da família, Estado e sociedade.

Palavras-chave: Crianças e Adolescentes. Ação Civil Pública. Direitos Fundamentais.

ABSTRACT

This present study has by goal draw a critical analysis of the effectiveness of the public civil action as a method of defending rights relating to children and adolescents, avoiding possible damage and risk to children and adolescents, as many rights were declared in the constitutional text and also in the Statute of Children and Adolescents. The law 7437/85 which records public civil action, appear with powerful means of defending the children and adolescent rights via its filing search to guarantee various collective, individual, homogenous, and basic human rights. In accordance with the rise and evolution of fundamental rights, as well as collective, individual and homogeneous rights which are even listed in the constitutional and infra legislation, emerge the public civil action as an instrument of protection of rights under discussion. Although there is a concern on the part of the legislator to proclaim rights for infant juvenile public, it is essential that such rights are in fact affected in order to keep children and adolescents out of dangerous situations. In this way, we sought to examine the effectiveness of public civil action in favor of children and adolescent rights, since they are legally entitled to their rights and should have full protection by family, state and society.

Keywords: Children and Adolescents. Public Civil Action. Statute of Children and Adolescents.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	08
2	DIREITOS FUNDAMENTAIS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE.....	13
	2.1 Conceito e importância.....	13
	2.2 Direitos Fundamentais da Criança e do Adolescente.....	15
	2.3 Direito à vida.....	17
	2.4 Direito à Saúde.....	18
	2.5 Direito à Liberdade, Respeito e Dignidade.....	20
	2.6 Direito a Convivência Familiar e Comunitária.....	22
	2.7 Direito à Educação, à Cultura, ao Esporte e ao Lazer.....	24
	2.8 Direito à Cultura, ao Esporte e ao Lazer.....	25
	2.9 Direito a Profissionalização e à Proteção no trabalho.....	27
3	AÇÃO CIVIL PÚBLICA.....	29
	3.1 Conceito e importância.....	29
	3.2 Legitimados para sua Propositura.....	33
	3.3 O papel do Ministério Público.....	39
	3.4 Objetivo da Ação Civil Pública.....	44
4	MÍNIMO EXISTENCIAL E RESERVA DO POSSÍVEL: CONTROLE JURISDICIONAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS.....	47
	4.1 Conceitos de Mínimo Existencial.....	47
	4.2 Reserva do Possível.....	49
	4.3 Controle Jurisdicional das Políticas Públicas.....	51
5	CONCLUSÃO.....	60
	REFERÊNCIAS.....	62

1 INTRODUÇÃO

A atual Constituição Federal Brasileira e Estatuto da Criança e do Adolescente trouxeram uma visão mais humanista referente aos direitos dos infantes e dos adolescentes, ao estabelecerem a prioridade absoluta da política concernente aos direitos das pessoas em desenvolvimento. Os direitos consagrados na constituição foram de extrema importância, tanto pelo seu conteúdo, quanto pela sua titularidade, reconhecendo a criança e o adolescente como sujeito de direitos.

Com a complexidade, as transformações e o dinamismo da vida moderna, houve surgimento de novos interesses e direitos individuais homogêneos referentes às crianças e aos adolescentes, os quais necessitaram de tratamento adequado para serem assegurados. Nesse sentido, também se verifica que as crianças e adolescentes, através do art. 227 da Constituição, foram elevados a categoria de cidadãos, inclusive no referido artigo encontra-se o princípio da proteção integral, o qual estabelece a defesa intransigente e prioritária, de todos os direitos infanto-juvenis, ressaltando que em tal princípio está a ideia de efetivação de todos os direitos fundamentais de crianças e adolescentes, já que antes havia notadamente um certo descaso com os direitos em comento.

Com a evolução dos direitos fundamentais e conseqüentemente o avanço dos direitos da criança e do adolescente, a nova ordem constitucional, passou, portanto, a olhar a classe infanto-juvenil com especial atenção. Houve a necessidade de se criar meios jurídicos capazes de proteger as pessoas em desenvolvimento, surgindo desta forma leis, especificamente Estatuto da Criança e do Adolescente, o qual dispõe sobre o ajuizamento da ação civil pública, conforme está estabelecido no art. 201, V do ECA, para a tutela dos direitos em comento.

Em virtude dessas considerações, cumpre observar que a ação civil pública tem por objetivo cessar dano ou lesão ao interesse difuso ou coletivo, inclusive proteger as crianças e adolescentes contra todos os tipos de atos abusivos lesivos, ativos ou omissivos, que atingem, ameaçam ou omitem direitos das pessoas em desenvolvimento.

Infelizmente, de fato, ainda as nossas crianças e adolescentes ainda são submetidas às mais diversas formas de maus tratos e violências, ocorridos muitas vezes no seio familiar, tornando o ambiente incompatível para o desenvolvimento digno, saudável e equilibrado da criança e do adolescente. Por isso a propositura da

ação civil pública, por qualquer um dos legitimados estabelecidos na lei nº 7345/85 possibilita o acesso a justiça, bem como a defesa dos direitos individuais homogêneos, difusos e coletivos relativos à infância e adolescência.

Cabe ressaltar que os direitos da criança e do adolescente têm grande relevância social já que os mesmos são sujeitos de direitos, os quais precisam ser respeitados contra todo tipo de negligência ou violência cometidos pela família, Estado ou sociedade. Em virtude de estarem, por vezes, submetidos a graves riscos, os quais podem comprometer a sua incolumidade tanto física, quanto moral, inclusive por serem consideradas pessoas vulneráveis, portanto, incapazes de se defenderem por si mesmas. É essencial a mobilização de todos no sentido de proteger o público infanto-juvenil, visto que serão os adultos que um dia formarão uma sociedade de valores essenciais a convivência humana.

A Constituição Federal do Brasil inseriu mudanças significativas em prol dos interesses da sociedade brasileira, a partir do princípio da dignidade da pessoa humana, estabelecido no art. 1º, III, norteador de todo ordenamento jurídico vigente, e, especialmente, em relação às pessoas em desenvolvimento. Após os 27 anos da promulgação da Constituição e dos 25 anos do advento Lei nº 8.069/1990, mais conhecida como Estatuto da Criança e do Adolescente os referidos direitos, passaram a ser tratados com prioridade absoluta no texto constitucional, mostrando preocupação com a prevenção da violação de seus direitos, com a nova legislação menorista trouxe uma transformação desse ramo do direito, evidenciando principalmente o perfil institucional do Ministério Público, o qual passou a ser um dos defensores dos interesses da infância da adolescência.

O caminho percorrido até a consecução desse fim fundamentou-se no estudo baseado no método dedutivo, haja vista que se principiou a partir de conceitos jurídicos, realização de pesquisa bibliográfica, bem como seleção e levantamento de livros, artigos científicos em repositórios da internet, monografias de diversos autores, destacando os principais conceitos que envolvem o tema em comento, sendo despendidos também para a realização do trabalho o método histórico para análise e evolução acerca do objeto da pesquisa, além no exame da legislação e jurisprudência pertinente.

Diante do exposto, o presente trabalho teve como objetivo analisar a da ação civil pública como instrumento de defesa dos direitos fundamentais sociais

concernentes aos infantes e adolescentes, percebendo que a base desses direitos está o dever de cuidado, cuja ausência repercute toda forma de negligência.

Tendo como objetivos específicos pontuar quais os direitos fundamentais das crianças e dos adolescentes; verificar ainda o conceito e importância do ajuizamento ação civil pública em defesa dos direitos infante-juvenis, bem como analisar o papel dos legitimados, destacando o papel do Ministério Público como uma dos que mais atuam em defesa dos direitos dos menores; por fim, verificar a teoria da reserva do possível, como também do mínimo existencial, o qual estabelece um mínimo de bens básicos e essenciais a vida das crianças e adolescentes, e na possibilidade de não haver a prestação mínima do estado, pontuar o controle jurisdicional das políticas públicas, através de jurisprudência voltada a efetivação dos direitos fundamentais das crianças e dos adolescentes.

Convém observar que o interesse da autora pelo tema delimitado surgiu em razão de entender a defesa dos direitos da criança e do adolescente interessa a toda coletividade, pois uma nação que não cuida das suas crianças está fadada ao retrocesso, principalmente a partir da atuação como estagiária da 1ª Promotoria de Justiça dos Direitos da Infância e dos Adolescentes da Comarca de Aracaju, proporcionando a oportunidade de atuar em diversos casos em envolvem crianças e adolescentes em situação de risco, além de considerar o tema bastante relevante do ponto de vista social, pois todos, enquanto cidadãos são capazes de se conscientizar e mobilizar a sociedade da necessidade de combater permanentemente a violação às normas de proteção as pessoas em desenvolvimento, a fim de afastá-las das situações de risco.

Em princípio o segundo capítulo, procurou mostrar de forma ampla sobre o conceito e a importância dos direitos fundamentais como a vida, considerados o mais elementar e absoluto de todos, dele decorrem todos os outros, o direito à saúde, o qual é vinculado o direito a vida, liberdade, respeito, dignidade, educação, cultura, lazer, esporte, trabalho elencados tanto no texto constitucional quanto no ECA, buscando assim mostrar como o respeito aos direitos fundamentais titularizados por crianças e adolescentes são imprescindíveis para o desenvolvimento digno destes, os quais, devem ser assegurados, além de proporcionar um caráter preventivos, buscando sempre a proteção das pessoas em desenvolvimento.

No terceiro capítulo, foi feita uma abordagem sobre o conceito e importância

da ação civil pública, a qual é um tipo de ação judicial prevista na Constituição Federal, que se rege pela lei nº 7.347/85, e que tem por finalidade fazer cessar dano ou lesão ao interesse difuso ou coletivo. O Ministério Público é um dos órgãos que podem propor a referida ação, dentre outros. Porém, dentre os legitimados, o Ministério Público é o mais atuante. Além de ter a legitimidade de propor as ações civis públicas, o Ministério Público atua obrigatoriamente atua como fiscal da lei quando a ação é proposta por outros órgãos ou entidades, além de ter o relevante papel de defender a lei a sociedade. E por fim, foi feita uma síntese dos objetivos da ação civil pública, o qual pode ter por objeto a condenação em dinheiro ou cumprimento de obrigação de fazer.

No quarto capítulo deste trabalho, procurou-se apresentar o conceito de mínimo existencial e sua importância, observando que as prestações mínimas essenciais que devem ser capazes de assegurar, às crianças e adolescentes, condições adequadas de existência digna. No intuito de ilustrar uma atuação dentro das margens dos recursos financeiros do Estado, procurou-se analisar a cláusula da reserva do possível, percebendo como esta é muitas vezes invocada pelo poder público, fatalmente para justificar a falta de políticas públicas elementares para a efetivação de direitos fundamentais sociais concernentes ao público infante-juvenil.

Assim, nesse contexto, o presente trabalho analisará a ação civil pública, como instrumento de defesa dos direitos fundamentais sociais, bem como algumas jurisprudências favoráveis em relação à intervenção do judiciário para que o poder público cumpra com seu papel, e como essa atuação tem importância para a vida de crianças e adolescentes em situação de risco provocada pelo próprio Estado ou mesmo família natural ou extensa.

A ação civil pública embora seja considerada um forte instrumento de combate a violação das normas e apesar dos avanços sociais e legais, as crianças e adolescentes ainda continuam com seus direitos desrespeitados e sofrendo as mais diversas formas de violação às normas de proteção.

Importante destacar que com relação aos direitos da criança ou o adolescente, os problemas sociais existentes são inúmeros, e em muitos casos não existem soluções simples. Consistirá uma ingenuidade, que um país tão cheio de desigualdades, que a estrutura social, política e econômica do país pudesse sofrer um processo de modificação por meio da aprovação de uma lei, qual seja a lei

nº 7347/85, da promulgação do Estatuto da Criança e do Adolescente, e a partir disso acabar com uma cultura de violação dos direitos desses dos menores.

Não há nenhuma pretensão de exaurir tema, muito menos o explorar em sua totalidade, mas sim refletir e analisar de forma crítica da ação civil pública, enquanto instrumento capaz de impedir ou reparar o dano da pessoa em desenvolvimento, além de poder servir como instrumento de pesquisa ao meio acadêmico, o que aponta para a importância acadêmica, podendo ser material de consulta para outros operadores do direito.

2 DIREITOS FUNDAMENTAIS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

2.1 Conceito e Importância

Primeiramente, faz-se necessário observar que é inegável o papel decisivo dos direitos fundamentais no Estado Democrático de Direito. O surgimento desses direitos se deu em razão das necessidades de limitar os atos praticados pelo Estado, nasceu assim, o respeito a liberdade individual, classificado como direitos de primeira dimensão.

Posteriormente, vieram os direitos de segunda dimensão, direitos sociais, culturais e econômicos, estes por sua vez, tiveram um caráter positivo em relação a atuação do Estado, ou seja, o ente Estatal, passou a prestar serviços em favor do bem-estar social do indivíduo. Cumpre ressaltar também os direitos de terceira dimensão, que consagram o princípio da solidariedade e protegem os interesses de titularidade coletiva ou difusa, como por exemplo, temos o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Por derradeiro, os direitos de quarta geração, que compreendem o direito à democracia, informação, pluralismo políticos, etc.

É interessante constatar que é através da evolução e efetivação desses direitos que se analisa o grau de democracia de uma sociedade. No que diz respeito a delimitação terminológica e conceitual os direitos fundamentais, frise-se que ainda não há consenso da doutrina e jurisprudência, assim, utilizaremos a expressão direitos fundamentais, por entender ser a mais adequada e abrangente, inclusive é a expressão adotada pela Lei Fundamental.

Durante longos períodos da história da humanidade crianças e adolescentes eram apenas seres humanos sem opinião, direitos, proteção, cuidados e atenção, eram pessoas submissas a família e a sociedade, que deviam apenas obediência a estes. Mas tal quadro passou a mudar com a evolução da sociedade e principalmente da legislação atinente ao Direito da Criança e do Adolescente.

Segundo Alexandre de Moraes:

Direitos fundamentais é o conjunto institucionalizado de direitos e garantias do ser humano que tem por finalidade básica, o respeito a sua dignidade, por meio de sua proteção contra o arbítrio do poder

estatal, e o estabelecimento de condições mínimas de vida e desenvolvimento da personalidade humana.¹

Para Dirley Cunha Jr:

Os direitos fundamentais são posições jurídicas que investem o ser humano de um conjunto de prerrogativas, faculdades e instituições imprescindíveis a assegurar uma existência digna, livre igual e fraterna a todas as pessoas. Adiante, menciona ainda o referido autor, os direitos fundamentais, enquanto categoria jurídico-constitucional formal e material justificadora e legitimadora dos poderes estatais, como concretização da dignidade humana, impões aos órgãos do poder público o dever a efetivação das normas constitucionais.²

Desse modo, de acordo com os referidos conceitos, percebe-se que os direitos fundamentais são inerentes à pessoa humana que vigoram em determinado ordenamento jurídico, portanto, garantidos e limitados espacio-temporalmente, pois são assegurados na medida em que o Estado Democrático de Direito se institui.

Nessa perspectiva, os direitos fundamentais se relacionam de forma direta com a garantia e não ingerência dos Estados no desempenho das prestações positivas nas áreas de saúde, educação, trabalho, cultura, etc oferecidas pelos órgãos estatais aos indivíduos, e de maneira prioritária aos menores.

Diversamente disso, há direitos fundamentais que precisam ser concretizados através da elaboração de políticas públicas, diante da inexistência, por exemplo, de programas específicos voltados para pessoas em desenvolvimento usuárias de drogas. No que diz respeito aos Direitos Fundamentais das pessoas em desenvolvimento, e a compreensão de tal condição como peculiar a toda e qualquer criança ou adolescente, afasta às pessoas em formação do mundo adulto, cabendo o dizer do Prof. Paulo Afonso Garrido, estudioso do Direito da Criança e do Adolescente, ao afirmar que: “A criança ou o adolescente não é um projeto, um empreendimento esquemático; é uma realidade caracterizada por atributos da idade, em constante modificação. Seus direitos devem ser validados com presteza

¹ MORAIS, Alexandre de. **Direitos Fundamentais**: teoria geral, comentários aos arts. 1º ao 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p.20.

² CUNHA JR, Dirley. **Curso de Direito Constitucional**. 9.ed. revista, ampliada e atualizada. Salvador: Editora Juspodivm, 2015.

necessária para que sirvam, no tempo certo, como alicerces do desenvolvimento pessoal e garantias da integridade”.³

2.2 Direitos Fundamentais da Criança e do Adolescente

De acordo com o art. 2º do Estatuto da Criança e do Adolescente-ECA, considera-se criança a pessoa até 12 anos de idade incompleto e adolescente aquele que tem entre 12 e 18 anos de idade incompleto.

Desde logo, vale destacar que tivemos o surgimento de diversos direitos fundamentais ao longo da história. Inicialmente podemos observar que a nova ordem constitucional trouxe uma série de direitos e garantias fundamentais de proteção referentes aos menores. As diversas categorias de direitos fundamentais estão reunidas em alguns capítulos do texto constitucional, os quais estão segmentados em direitos individuais e coletivos, sociais, direitos de nacionalidade, políticos e direitos relacionados à participação em partidos políticos e a sua existência e participação.

De acordo com Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino:

Os direitos fundamentais são bens jurídicos em si mesmos considerados, conferidos às pessoas pelo texto constitucional enquanto as garantias são instrumentos por meio dos quais é assegurado o exercício desses direitos, bem como a devida reparação, nos casos de violação. Enquanto aqueles nos asseguram direitos, as garantias conferem proteção a esses direitos nos casos de eventual violação.⁴

A partir do reconhecimento dos direitos fundamentais dentro da norma constitucional, a infância e a adolescência passaram a ser vistas de maneira especial, elevando o público infanto-juvenil à categoria de cidadãos, os quais, a partir da promulgação da Carta Magna e da ratificação dos direitos em comento pelo Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA, o que não poderia ser diferente, , diante do mandamento constitucional que estabeleceu direitos fundamentais, próprios do público infanto-juvenil, tornaram-se sujeitos de direitos, nesse sentido as

³ DE PAULA, Paulo Afonso Garrido. **Direito da Criança e do Adolescente e tutela Jurisdicional Diferenciada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p.38-40.

⁴ PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito Constitucional Descomplicado**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015. p.100.

normas do Estatuto em comento se adequaram aos direitos fundamentais garantidos pela Lei Maior.

O Estatuto da criança e do adolescente, como um microsistema jurídico, passou de ter a árdua missão de materializar o preceito constitucional. Sabe-se que até a promulgação da Constituição Federal de 1988, foram instituídos direitos fundamentais apenas as pessoas adultas e capazes, por isso, consideradas cidadãos.

A Constituição da República Federativa do Brasil estabeleceu o sistema de proteção integral, por sua vez trouxe de maneira clara e expressa, principalmente em seu art. 227 do referido diploma os direitos fundamentais que gozam as crianças e adolescentes, de modo que, com a efetivação desses direitos seja garantido de forma plena ao desenvolvimento físico, psicológico, social, espiritual e moral de maneira digna. O artigo em comento diz que:

É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.⁵

Conforme a interessante e produtiva exposição de professora Katia Regina Lobo, a atual Constituição Federal foi o ponto de partida para uma visão humanista dos direitos das crianças e dos adolescentes, enraizada na dignidade da pessoa humana, valor supremo que atrai todo o conteúdo de todos os direitos fundamentais.

Sendo assim, é inegável que o princípio da dignidade da pessoa humana, esculpido na Carta Magna, reconhece a cidadania das pessoas em condição de crescimento, bem como prioriza em qualquer situação os direitos infanto-juvenis, já que em razão da sua imaturidade física e intelectual requer proteção e cuidados diferenciados.

Considerando a existência grande quantidade de direitos fundamentais, faz-se necessário lembrar que não existe uma lista taxativa de direitos fundamentais, pois estão dispostos principalmente no art. 5º do texto constitucional, que previu e

⁵ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 14 maio 2015.

garantiram direitos, constituindo eles um conjunto aberto dinâmico e mutável no tempo.

No que se refere aos direitos fundamentais relativo à criança e adolescente, estes se encontram no Capítulo dos Direitos Sociais, os quais têm a tarefa de melhorar as condições do cidadão, no caso da criança e do adolescente. Com base no texto constitucional, os direitos fundamentais, indispensáveis a formação da pessoa em desenvolvimento, foram corroborados através da lei nº 8069/90.

Em razão de existirem vários direitos fundamentais elencados no texto constitucional, iremos abordar especificamente os direitos expressos no art. 227 da Lei Maior, confirmados pelo ECA.

2.3 Direito à Vida

Situado no *caput* art. 5.º, da Lei Maior do direito à vida é o mais importante e absoluto de todos dos direitos fundamentais, sem vida nenhum outro direito poderia ser exercido. Para Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino⁶, o direito individual fundamental possui duplo aspecto: sob o prisma biológico traduz o direito a integridade física e psíquica (desdobrando-se no direito à saúde), na vedação a pena de morte, na proibição do aborto etc.) em sentido mais amplo, significa o direito a condições materiais e espirituais mínimas necessárias a uma existência condigna à natureza humana.

Nesse sentido Pedro Lenza⁷ afirma que o direito à vida abrange tanto o direito de não ser morto, privado da vida, portanto, o direito de continuar vivo, como também ter o direito de ter uma vida digna.

Com o advento da lei n.º8069/90, conforme as palavras de Valter Kenji Ishida⁸, as normas do Estatuto da Criança e do Adolescente tencionam à proteção de direitos fundamentais, os quais estão previstos no título II, capítulo I do Estatuto da Criança e do Adolescente. O direito à vida está previsto no capítulo I do estatuto em comento, mais precisamente elencado no art. 7º do ECA: “A criança e o adolescente têm direito a proteção à vida e a saúde, mediante a efetivação de

⁶ PAULO; ALEXANDRINO, op. cit. p. 121.

⁷ LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 17.ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 1040.

⁸ ISHIDA, Válder Kenji. **Estatuto da Criança e do adolescente**: doutrina e jurisprudência. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 23.

políticas sociais públicas que permitam o nascimento e o desenvolvimento sadio e harmonioso, em condições dignas de existência.

O direito à vida, nas palavras de Dirley Cunha Jr.:

É o direito legítimo de defender a própria existência e de existir com dignidade, a salvo de qualquer violação, tortura, tratamento desumano ou degradante. Envolve o direito à preservação dos atributos físicos-psíquicos (elementos materiais) e espirituais-morais (elementos imateriais) da pessoa humana, sendo por isso mesmo, o mais fundamental de todos os direitos, condição *sine qua non* para o exercício dos demais.⁹

Em verdade, o direito à vida é destinado a todos os cidadãos, entretanto merece maior preocupação do legislador quando se referem às crianças e aos adolescentes, considerando que estão passando por uma fase peculiar de desenvolvimento e formação, merecendo assim, de proteção prioritária e absoluta, a qual é prevista no art. 227 da Constituição da República.

2.4 Direito à Saúde

Segundo a Organização Mundial de Saúde – OMS, saúde é um estado de completo bem-estar físico, mental e social, não apenas ausência de doenças.

Para Dirley Cunha Jr e Marcelo Novelino:

[...] por sua ligação íntima com direito à vida e com a dignidade da pessoa humana, o direito à saúde possui um caráter de fundamentalidade, que o inclui não apenas dentre os direitos fundamentais sociais, (CF, art. 6º), mas também no seletor grupo de direitos que compõem o mínimo existencial.¹⁰

O direito à saúde, por apresentar-se integrado ao direito à vida, podemos considerar essencial a pessoa em condição peculiar de desenvolvimento, desde a vida embrionária até a construção da sua personalidade. No artigo 7º do ECA, lê-se: “A criança e o adolescente têm direito a proteção à vida e à saúde, mediante a

⁹ CUNHA JR, op. cit. p. 549.

¹⁰ CUNHA JR, Dirley; NOVELINO, Marcelo. **Constituição Federal para Concursos**. 6. ed. Salvador: Editora Juspodivm, Salvador, 2015. p.856.

efetivação de políticas que permitam o nascimento e o desenvolvimento sadio e harmonioso, em condições dignas de existência”.¹¹

Conforme descrito no art .227 § 1º,¹² o Estado promoverá programas de assistência integral à saúde, da criança, do adolescente, do jovem, admitida a participação de entidades não governamentais, mediante políticas públicas específicas, obedecendo a vários preceitos, inclusive de caráter preventivo, como por exemplo, diagnóstico precoce de doenças e a possibilidade de tratamento, salientando sempre que deve sob o aspecto do direito da proteção especial.

Dessa forma, a constituição cidadã, estabeleceu a absoluta prioridade de atenção a crianças e adolescentes, bem como a proteção especial e formatação de programas de prevenção e atendimento especializado à criança e ao adolescente dependente de entorpecentes de drogas afins.

Dispõe o Estatuto em seu art. 11 que “[...] é assegurado o atendimento à saúde da criança e do adolescente, por intermédio do sistema único de saúde, garantido o acesso universal e igualitário as ações e serviços para promoção, proteção e recuperação da saúde.”¹³

Nas palavras de Andrea Rodrigues Amin:

Saúde compreende sanidade física e mental. Alcançá-la é formalmente direito de toda criança e adolescente, aplicação do princípio da igualdade. Na prática a enorme desigualdade social presente em nosso país também resvala no campo da saúde, seja preventiva, clínica ou emergencial.¹⁴

De acordo com Antônio César Lima Fonseca:

O poder público e a sociedade – por meio de políticas públicas e sociais – devem reparar eventuais desigualdades sociais criando modos de proteção e amparo ao sadio desenvolvimento de crianças e adolescentes. Não poderia ser de outra forma, por que crianças e adolescentes, seres em desenvolvimento, devem ter afirmada uma prioridade de existência digna. A política social destinada à criança,

¹¹ BRASIL. **Estatuto da Criança e do Adolescente. Lei nº 8.069 de 13 de julho de 1990.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/l8069.htm>. Acesso em: 14 maio 2015. Artigo 7.

¹² BRASIL, op.cit. Artigo 227.

¹³ BRASIL, op.cit. Artigo 11.

¹⁴ AMIN, Andréa Rodrigues. Dos Direitos Fundamentais. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (coord.). **Curso de Direito da Criança e do Adolescente.** Aspectos Teóricos e Práticos. 3.ed. Rio de Janeiro: Editora: Lumen Juris, 2007. p. 86.

sob a ótica estatutária, deve ser adequada também à proteção do nascituro, considerando que a codificação de 1916 já assegurava seus direitos e isso foi ratificado pelo atual código civil de 2002, no art. 2º.¹⁵

Para que haja a redução das desigualdades é preciso um esforço do poder público, como também da sociedade, de modo a exigir políticas públicas efetivas pois, o direito a saúde no campo infanto-juvenil estipulado no ECA e na CF requer por parte do Estado a obrigação de custear tratamento de crianças e adolescentes desde a fase embrionária, ou gestacional até o final de sua adolescência, mesmo que não tenha na localidade determinado tratamento ou serviço de reabilitação, em face do princípio da absoluta prioridade e da proteção integral.

2.5 Direito a Liberdade, Respeito e Dignidade

Desde logo, é oportuno ressaltar que Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino:

Elucida que o direito à liberdade, de forma ampla e genérica, afirmado nos termos do caput do art. 5º da CF, compreende não só a liberdade física, de locomoção, mas também a liberdade de crença, de convicções, de expressão, de pensamento, de reunião de associação, etc.¹⁶

Dispõe o art. 15 do ECA, diz que a criança e o adolescente têm direito à liberdade, ao respeito e à dignidade, por serem pessoas em desenvolvimento e sujeitos de direitos civis, humanos e sociais garantidos na Constituição e nas leis.

Em sintonia com a aceção mais ampla de liberdade, o art. 16 do ECA compreende a liberdade também como liberdade de opinião, expressão, crença e culto religioso, liberdade de brincar, praticar esportes e divertir-se, participar da vida em família, na sociedade e vida política, assim como buscar refúgio, auxílio e orientação, ressaltando a existência de restrições legais.

É bom salientar que conforme Fonseca:

A liberdade que se outorga a crianças e adolescentes, embora tenha dimensão daquela conferida aos adultos, envolve certa

¹⁵ FONSECA, Antônio César Lima da. **Direitos da Criança e do Adolescente**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 45.

¹⁶ PAULO; ALEXANDRINO, op.cit. p.122.

complexidade, dada a sua posição jurídica no seio da família e da escola e da sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento.¹⁷

E, prossegue, aduzindo que a liberdade compreende o direito de ir e vir e estar nos logradouros públicos e espaços comunitários, os quais, como o nome aponta, dizem respeito àqueles espaços físicos utilizados pela comunidade organizada, locais ou áreas territoriais disciplinadas por normas urbanísticas municipais.

Em seguida, o direito ao respeito é descrito no art. 17 do ECA como a “inviolabilidade da integridade física, psíquica e moral da criança e do adolescente, abrangendo a preservação da imagem, da identidade, da autonomia, dos valores, ideias e crenças, dos espaços e objetos pessoais.

Cabe aqui, citar Valter Kenji Ishida:

Um dos direitos básicos assegurados tanto à pessoa e em especial a crianças e ao adolescente é o direito ao respeito, visando a manutenção da integridade física, psíquica e moral. A acepção jurídica de respeito é de tratamento atencioso tendo como destinatário final a criança e ao adolescente.¹⁸

Nesse mesmo sentido, Fonseca¹⁹ no art. 17 do ECA explicita, passo a passo, o que significa o direito ao respeito, pois considera não apenas aspectos físicos, psíquicos ou morais, mas também patrimoniais, em espaço e objetos pessoais, bem como aqueles direitos que dizem respeito à cidadania de crianças e adolescentes.

Dessa forma, percebe-se que o direito ao respeito está diretamente relacionado à inviolabilidade física, psíquica e moral, sendo assim é preciso preservar a imagem, como por exemplo, proibição de fotografias de crianças e adolescentes que sofreram abuso sexual, ou mesmo cometeram ato infracional, por sua vez também temos os valores, as ideias, bem como crenças e os espaços destinados a todas as crianças e adolescentes, havendo então o reconhecimento das pessoas em desenvolvimento como merecedora de respeito, em todos os aspectos mencionados.

Em relação à dignidade da pessoa humana, princípio fundamental do Estado Democrático de Direito, estabelecido no art. 1º, da Constituição Federal de 1988,

¹⁷ FONSECA, op.cit. p. 55.

¹⁸ ISHIDA, op.cit. p. 41.

¹⁹ FONSECA, op.cit. p. 62.

reafirmado no art. 18 do ECA, preceitua o seguinte: É dever de todos velar pela dignidade da criança e do adolescente, pondo-os a salvo de qualquer tratamento desumano, violento, aterrorizante, vexatório ou constrangedor.

Conforme as precisas lições de Andrea Rodrigues Amin:

O paradigma da proteção integral, sistematicamente, está consolidado, mas culturalmente ainda há muito a fazer. O estigma do menor como objeto de proteção concede o direito a tratar os menores e deles exigir o que bem se entende, sem enxergá-los como pessoas, carecedoras de tratamento digno e resguardado à sua integridade física, psíquica intelectual.²⁰

Mesmo com os avanços da proteção integral em favor das crianças e adolescentes, é comum, ainda, crianças e adolescentes sofrerem tratamentos desumanos, inclusive dentro do seu ambiente familiar, dentro do contexto do grande problema da violência doméstica.

2.6 Direito à Convivência Familiar e Comunitária

No tocante ao direito de convivência familiar e comunitária, disposto no art. 227, *caput*, da CF, e regulamentado na Lei nº 8.069/90, observa-se que o art. 19 do ECA, assegura a toda criança e adolescente o direito de ser criado e educado no seio da sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurando a convivência familiar e comunitária, zelando por um ambiente livre da presença de pessoas dependentes de substâncias entorpecentes.

De acordo com Fonseca:

Embora a lei se refira apenas a pessoas dependentes de substâncias entorpecentes, devemos entender que todas as pessoas que ilicitamente manuseiam substâncias entorpecentes devem ser afastadas da convivência com crianças e adolescentes.²¹

Nesse mesmo sentido, afirma Kátia Regina Ferreira Lobo Maciel:

Por ser o seio familiar um local privilegiado, somente em casos excepcionais, a prioridade de se viver com os pais naturais deve ser

²⁰ AMIN, Andréa Rodrigues. Dos direitos fundamentais. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (coord.). **Curso de Direitos da Criança e do Adolescente**: aspectos teóricos e práticos. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 95.

²¹ FONSECA, op.cit. p.70.

afastada, sob pena de lesar próprio desenvolvimento da criança. Em qualquer caso, porém, o ECA, exorta ser inadmissível que se mantenha um ser em formação, sem discernimento para o certo e o errado, em local onde os adultos, mesmo os pais biológicos, utilizem drogas ilícitas ou pratiquem atos contrário a moral, aos bons costumes e a lei. (art. 19 in fine do ECA).²²

Desse modo, independentemente de como seja composta a família, que seja de por homem e mulher, casais homossexuais ou não, bem como ser natural ou mesmo substituta, o imprescindível é que exista um forte vínculo afetivo no ambiente familiar entre que o infante ou adolescente e seus responsáveis, bem como sejam adequadamente assistidos em todas as suas demandas.

O ilustre Valter Kenji Ischida:

Acrescenta que além do direito a convivência familiar, a criança e o adolescente possuem o direito fundamental de conviver na comunidade, ou seja, na coletividade, abrangendo os mais variados locais, como bairro onde residem, a escola, o clube, etc.²³

Nesse sentido, percebe-se, que a convivência comunitária ajuda a criança e o adolescente a estabelecer relações humanas diferentes da família, assim propiciando a ter relações interpessoais de amizade.

Essa garantia de convivência na família tanto natural, quanto substituta, é protegida expressamente pelo ECA, bem como a lei nº 12.010/09, que traz em seu bojo princípios e medidas que buscam a efetivação do direito à convivência familiar, preferencialmente na família natural ou extensa, ou seja, as crianças e adolescentes devem ser mantidas ou reintegradas na família em que nasceu, tendo em vista que a familiar natural ainda é o melhor local para o seu desenvolvimento saudável e harmonioso.

Contudo, na possibilidade de não haver condições de manutenção dos menores em suas respectivas famílias, deve-se aplicar medidas protetivas, como por exemplo, o acolhimento institucional, pois existem diversos fatores que podem inviabilizar a permanência do público infante-juvenil no seu ambiente familiar natural. Vale lembrar que a cerca do acolhimento familiar.

Aduz Lúcia Ferreira e Flávio Bittencourt que:

²² MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. (Coord.) **Curso de direito da criança e do adolescente**: aspectos teórico e prático 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 126.

²³ ISHIDA, op.cit. p. 46.

No ordenamento jurídico em vigor, o acolhimento de crianças e adolescentes é situação excepcional e transitória, sendo solução para questões emergenciais nas quais existe a necessidade absoluta de se retirar a criança de sua família, podendo ser providenciada pelo Conselho Tutelar, Ministério Público ou pelo Juiz da Infância e Juventude. Contudo, na prática o acolhimento se opera em grande parte pela própria família de origem da criança, motivada por fatores econômicos, sociais e culturais.²⁴

Sobre os possíveis fatores que podem afastar as pessoas em desenvolvimento do convívio familiar, vejamos:

Como fatores que dificultam a manutenção de crianças e adolescentes em suas famílias, são apontados as desigualdades sociais presentes na sociedade e a crescente exclusão social do mercado formal de trabalho que incidem diretamente sobre a situação econômica das famílias, inviabilizando o provimento de condições mínimas necessárias a sua sobrevivência, desta forma, vivem na negligência e abandono, tanto pais quanto filhos. No caso presente, faz-se urgente que as famílias contem com políticas públicas sociais que garantam o acesso a bens e serviços indispensáveis à cidadania.²⁵

Nessas ponderações, é sabido que preferencialmente o infante ou adolescente permaneça com seus genitores, mas havendo direitos fundamentais ameaçados ou violados, é necessário buscar medidas de proteção, como por exemplo, o acolhimento familiar e/ou institucional, frisando que será sempre em caráter excepcional e obedecendo sempre aos princípios da proteção integral e melhor interesse da pessoa em desenvolvimento.

2.7 Direito à Educação, à Cultura, ao Esporte e ao Lazer

O direito à educação é um dos mais importantes para o desenvolvimento integral da criança e do adolescente, conseqüentemente o seu preparo para o exercício da cidadania, em razão disso é considerado um dos mais sagrados dos direitos sociais.

Segundo as palavras do Min. Gilmar Mendes, temos a seguinte afirmativa:

A educação é o principal instrumento que as sociedades democráticas possuem para promover a mobilidade social. É o

²⁴ FERREIRA, Lucia; BITTENCOUTT, Flávio. Direito à convivência familiar de crianças abrigadas. **Revista em Pauta**, v. 6, n. 23, p. 146, jul. 2009.

²⁵ GUEIROS, Dalva Azevedo; OLIVEIRA, Rita de Cássia Silva. Direito à convivência familiar. **Revista Serviço Social e Sociedade**, Ano XXVI, n.81, p.117-134, mar. 2005.

acesso ao ensino que garante as condições necessárias para o desenvolvimento da pessoa, para exercício da cidadania e dos direitos individuais e para a aquisição da consciência social indispensável para que a sociedade brasileira realize seus objetivos fundamentais.²⁶

O direito à educação deve ser garantido pelo Estado, conforme estabelecem os arts. 205 a 214 da Constituição Federal, bem como a Lei 9.394/90 (Lei de Diretrizes da Educação) e a Lei 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente). De acordo com o art. 53 do ECA, a criança e o adolescente têm direito à educação, visando ao pleno desenvolvimento de sua pessoa, preparo para o exercício da cidadania e qualificação para o trabalho. Convém ressaltar que a cidadania envolve um amplo conceito, inclusive relacionado a efetivação dos direitos civis, sociais e políticos.

Por conseguinte, consta no artigo 54 do Estatuto da Criança e do Adolescente, que o Estado buscará a efetivação do Direito à educação, assegurando o ensino fundamental gratuito e universal a todos (inciso I), com acesso a “programas suplementares de material didático-escolar, transporte, alimentação e assistência à saúde” (inciso VII). Ainda, será oferecido atendimento especializado aos portadores de deficiências (inciso III), e educação infantil, em creche e pré-escola, às crianças de zero a seis anos de idade (inciso IV).

Desse modo é imprescindível ressaltar a lição de Andréa Rodrigues Amin:

Educação é direito de todos, sem distinção. Assegurá-lo é dever dos pais, por meio da matrícula dos filhos, na rede de ensino; dever da sociedade, fiscalizando os casos de evasão ou de não ingresso na escola por meio do Conselho Tutelar, dos profissionais da educação ou qualquer outro meio e, principalmente, dever do Poder Público, mantendo uma oferta de vagas, que permita o livre e irrestrito acesso à educação.²⁷

Não resta dúvida de que de todos, pais, sociedade e Poder Público são responsáveis pela educação, inclusive devendo se preocupar em encarar o desafio de oferecer serviço educacional de qualidade, além de uma boa estrutura, para assim, assegurar, a criança ou ao adolescente a oportunidade de se desenvolver de maneira plena, sendo benéfico para o próprio desenvolvimento do país.

²⁶ Art. 3º da CF. STF, pedido de suspensão tutelar nº241, j. 10.10.2008.

²⁷ AMIN, op.cit. p. 97, 2014.

2.8 Direito a Cultura, Esporte e Lazer

A cultura, o esporte e o lazer, são elementos essenciais para o saudável desenvolvimento da criança e adolescente. O ECA, com vistas a cumprir preceitos constitucionais, estabelece no art. 4º. O direito a cultura, bem como nos termos do art. 71 do referido diploma, consta também, além do direito à cultura, inclui o lazer, esportes, diversões, espetáculos e produtos e serviços que respeitem sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento.

Cabe aqui citar, Andrea Rodrigues Amin, a qual refere que:

A cultura estimula o pensamento de maneira diversa da educação formal. Os espetáculos culturais, música, dança, cinema, permitem que crianças e jovens tenham contato com padrões de comportamento, valores crenças, socialmente difundidos, por meio de outro canal.²⁸

Para Guaraci Vianna²⁹, as pessoas envolvidas no contexto cultural ganham promoção humana com a ascendência cultural. Aquelas que estão vivendo a fase peculiar do desenvolvimento biopsicossocial serão especialmente favorecidas com os investimentos na cultura, trazendo enormes benefícios a formação das crianças e adolescentes.

Para que haja efetividade desse direito é necessário o Estado destinar recursos para implementação de espaços físicos e equipamentos para realização de programações de cunho cultural, assegurando o livre acesso a toda população infanto-juvenil, assim, contribuindo para um futuro promissor da sociedade.

Com relação ao direito ao esporte e lazer, disposto nos arts. 53 e 54 do ECA, bem como nos termos do art.16, IV, do referido Estatuto, o qual descreve que todas as crianças têm o direito de brincar e praticar esportes e divertir-se. Dessa maneira, importa destacar que a lei menorista, entende que o esporte é vital para o desenvolvimento saudável das pessoas em desenvolvimento, além de ser um instrumento de interação social.

²⁸ AMIN, op.cit. p. 112, 2014.

²⁹ VIANNA, Guaraci de Campos. **Direito Infanto-Juvenil**: teoria, prática e aspectos multidisciplinares. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2004 p. 92.

Nessa perspectiva, conforme leciona Andrea Rodrigues Amin³⁰, criança tem direito a brincar e se divertir, até de não fazer nada. O lazer envolve entretenimento, diversão, importantes ingredientes para a felicidade, antídoto da depressão.

Outrossim, Elias³¹ ressalta a importância da cultura, do esporte e lazer no processo de formação dos indivíduos, sob o ponto de vista físico e mental. Desta forma, a municipalização facilita o atendimento nestas áreas, contribuindo para afastar crianças e adolescentes dos perigos das drogas e de outros vícios que prejudicam o desenvolvimento de uma personalidade saudável, o que, no futuro, poderá levá-los a uma vida sem qualidade e à criminalidade

2.9 Direito à Profissionalização e à Proteção no Trabalho

De acordo com a constituição Federal, o trabalho realizado pelo adolescente só é permitido aos 16 anos de idade, salvo na condição de aprendiz a partir dos 14 anos, tanto no campo quanto na cidade, conforme estabelece o art. 404 da Consolidação das Leis Trabalhistas-CLT, e art. 60 da Lei 8.069/90, além disso, também é proibido trabalho penoso, insalubre e noturno. É oportuno dizer também que o empregador deverá assegurar ao adolescente o tempo necessário para frequentar as aulas.

Em seu entender, Válter Kenji Ishida observa que:

Essa proibição objetiva impor desgaste prematuro à pessoa em formação compatibilizando-se com a doutrina da proteção integral, adotada pela lei menorista. Contudo, existe a possibilidade do trabalho infantil de crianças em novelas, cinemas e peças teatrais, desde que tenha autorização da justiça da infância e juventude.³²

Válter Kenji Ishida ainda destaca que:

Outra possibilidade do trabalho realizado pelo adolescente é na condição de aprendiz, sendo assegurado pão aprendiz, inscrito no programa de aprendizagem, formação técnico-profissional metódica, compatível com o seu desenvolvimento físico, moral e psicológico, e

³⁰ AMIN, op.cit. p. 113, 2014.

³¹ ELIAS, Roberto João. **Direitos fundamentais da criança e do adolescente**. São Paulo: Saraiva, 2005.

³² ISHIDA, op.cit. p.175.

o aprendiz se compromete a executar com zelo e diligência as tarefas necessárias a essa formação.³³

Assim, na hipótese de crianças e adolescentes precisarem trabalhar por algum motivo, deve ser proporcionado um ambiente com condições adequadas, observando os devidos cuidados, respeitando a sua fase de condição peculiar de pessoal em desenvolvimento físico, moral, espiritual, para que não prejudique sua rotina escolar, conseqüentemente seu crescimento biopsicossocial.

³³ ISHIDA, loc.cit.

3 AÇÃO CIVIL PÚBLICA

3.1 Conceito e Importância

De acordo com Hugo Nigro Mazzili³⁴, a lei n. 7347/85 usou a expressão Ação Civil Pública para referir-se à ação para defesa de interesses transindividuais, propostas por diversos co-legitimados ativos, entre os quais até mesmo associações privadas, além do Ministério Público e outros órgãos públicos.

Sirvinskas³⁵ conceitua a ação civil pública da seguinte forma: Ação Civil Pública ou ação coletiva é a que tem por finalidade a tutela dos interesses transindividuais ou metaindividuais. O interesse metaindividual ou transindividual situa-se numa zona nebulosa entre o interesse particular e o interesse geral”.

Para Andrade, Masson e Alves³⁶ a ação civil pública é, ao lado da ação popular e do mandado de segurança um dos mais úteis instrumentos de defesa de interesses metaindividuais. Nesse mesmo sentido, de acordo com Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino³⁷, a ação civil pública é, em suma, mais uma ação de natureza coletiva que, ao lado do mandado de segurança coletivo e da ação popular, se destina à defesa de direitos ou interesses de grupos sociais, ou mesmo de toda a sociedade.

Cabe observa que art. 1º, da lei 7347/85, traz um rol exemplificativo dos direitos difusos e coletivos tutelados, como deduz o inciso IV da referida lei. É oportuno dizer que, de acordo com a lei em comento, os direitos difusos da sociedade são: o meio ambiente, o consumidor, patrimônio público, bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, proteção do patrimônio público e social, defesa da ordem econômica, bem como os direitos e interesses difusos, coletivos e individuais assegurados à criança e do adolescente, este último,

³⁴ MAZZILLI, Hugo Nigro. **A ação civil pública no Estatuto da criança e do adolescente**. Disponível em: www.mazzilli.com.br/pages/artigos/acpnoeca. Acesso em: 15 maio 2015.

³⁵ SIRVINSKAS, Luís Paulo. **Manual de Direito Ambiental**. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 840.

³⁶ ANDRADRE, Adriano; MASSON, Cleber; ALVES, Landolfo. **Interesses difusos e coletivos (esquematizado)**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015. p. 40.

³⁷ PAULO; ALEXANDRINO, op.cit. p. 756.

incluídos a partir do advento da Lei n. 8069/90. Nas palavras de Mancuso³⁸, pode-se dizer que o objeto da ação civil pública é o mais amplo possível, graças à reinserção da cláusula “qualquer outro interesse difuso ou coletivo (inc. IV do art. 1º da lei 7347/85, acrescentado pelo art. 110 do CDC.”

Atualmente a lei nº. 7.347/85 recepcionou pela Lei nº 12.966/2014 e nº 13.004/2014 um rol de interesses que também podem ser tutelados pela ação civil pública a honra e dignidade de grupos raciais, étnicos ou religiosos e o patrimônio público e social. No campo da defesa judicial dos interesses metaindividuais, inexistente taxatividade, conforme afirma Hugo Nigro Mazzilli, citado em Rodolfo de Camargo Mancuso³⁹.

Merece transcrição a lição de Galdino Augusto Bordalho quando diz que:

“Ação Civil Pública, seja individual, seja coletiva, o que pretende o autor é que o Estado venha proteger um determinado direito que se encontra lesionado ou ameaçado de lesão”. Nesse sentido, cabe observar que, não é suficiente apenas que sejam proclamados direitos, é imprescindível que ocorra a efetivação dos direitos. Sendo assim, embora tenha havido evolução dos direitos fundamentais, as normas de proteção referentes as crianças e adolescentes ainda são violadas, seja por ação ou omissão de quem tem, inclusive o dever de cuidar.⁴⁰

De acordo com a lição de Dirley Cunha Jr⁴¹, a ação civil pública é um dos mais significativos meios de efetivação das normas constitucionais na defesa coletiva dos direitos fundamentais.

Mota, Barbosa e Mota trazem, de maneira mais abrangente, a aceção ação civil pública como:

[...] o instrumento processual para a defesa dos interesses meta individuais (sic) relativos ao meio ambiente, bens e direitos de valor histórico, turístico, artístico, estético, paisagístico, mais recentemente, também dos interesses de deficientes físicos, investidores do mercado de capitais e direitos fundamentais das crianças e dos adolescentes; ou seja, a ação civil pública ampara aos

³⁸ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Ação Civil Pública. Em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 40.

³⁹ op.cit., p. 41.

⁴⁰ BORDALHO, Galdino Augusto Coelho. Ministério Público. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (coord.). **Curso de Direitos da Criança e do Adolescente: aspectos teóricos e práticos**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 875.

⁴¹ CUNHA JR, op.cit., p. 704.

que interessam, não exclusivamente a um indivíduo, mas a toda a coletividade, esses interesses meta ou transindividuais desdobram-se em direitos difuso, coletivo e individuais homogêneos.⁴²

Mas, foi a partir do surgimento da lei nº 8078/90 (Código de Defesa do Consumidor), que a área de ação civil pública se tornou mais ampla, vejamos:

[...] o Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90), ampliou ambas as áreas, permitindo que a ação civil pública viesse a abranger os interesses coletivos, difusos e individuais homogêneos, nos casos dos três primeiros incisos do art. 1º (proteção ao meio ambiente, ao consumidor e ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico), não somente os interesses difusos e coletivos, nos demais casos. A jurisprudência dos Tribunais Superiores, todavia, tem se manifestado no sentido de permitir a utilização da ação civil pública para defesa de outras espécies de interesses individuais homogêneos, desde que configurado interesse social relevante. Em qualquer hipótese, o ajuizamento da ação civil pública não impede a propositura de ações individuais sobre o mesmo objeto, nem gera litispendência.⁴³

Frise-se que o Supremo Tribunal Federal se posicionou pela admissão dos direitos individuais homogêneos como subespécies integrantes dos direitos coletivos, *in verbis*: “[...] Direitos ou interesses homogêneos são os que têm a mesma origem comum (art. 81, III, da Lei 8.078, de 11.09.1990), constituindo-se em subespécie de direitos coletivos [...]”.⁴⁴

Existem, no Brasil, inúmeros diplomas legais que regem o processo coletivo um deles, inclusive, considerado dos mais importantes é a ação civil pública, a qual integra chamada jurisdição civil coletiva. Ao analisar o surgimento da ação civil pública, a qual evoluiu a fim de acompanhar as dimensões dos direitos no país, mesmo com o sistema da civil Law, foi influenciado pelo sistema norte americano de

⁴² MOTA, Tércio de Sousa; BARBOSA, Erivaldo Moreira; MOTA, Gabriela Brasileiro Campos. Ação civil pública como instrumento de proteção ao meio ambiente. **Âmbito Jurídico**, n. 86, 2011. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?artigo_id=9105&n_link=revista_artigos_leitura>. Acesso em: 16 out. 2016.

⁴³ FERRARI, Roseane. Análise doutrinária e jurisprudencial sobre a ação civil pública como instrumento processual e social de defesa do meio ambiente. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.10, n.1, edição especial de 2015. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica.

⁴⁴ STF, RE 163.231, Relator Ministro Maurício Corrêa, Data: 03/08/2001; STF, AI IgR 559.141, Relator Ministro Marco Aurélio de Mello, Data: 24/08/2011. Citação tirada da revista Jose Augusto Garcia de Souza p. 9.

class action. Para Andrade, Masson e Alves⁴⁵, p.52, 2015, as *class actions* são ações coletivas existentes em países do sistema jurídico *commom law*. Elas foram criadas para suprir a ineficácia das clássicas ações individuais na tutela de direitos supraindividuais.

Segundo Antonio Gidi⁴⁶, a *class action* é uma forma extremamente efetiva de realização das políticas públicas, uma vez que permite ao Estado conhecer e resolver a totalidade de controvérsia coletiva em um único processo.

Acrescenta ainda que a ação coletiva é um instrumento transformador da sociedade, podendo ter um impacto social enorme, pois possibilitam significativas mudanças estruturais em instituições complexas como escolas, hospitais, penitenciárias, etc.⁴⁷

A ação civil pública surgiu da evolução do sistema jurídico brasileiro, sendo uma importante ferramenta para proteção dos problemas sociais, por ter um caráter coletivo, ou seja, uma só ação tem o poder de resolver o problema de uma coletividade de pessoas.⁴⁸

Sob esse mesmo aspecto, é oportuno complementar que para Sirvinskas⁴⁹, ação civil pública ou ação coletiva protege interesse metaindividual ou transindividual em benefício da coletividade.

Para Édis Milaré:

a lei 7347/85 significou, sem dúvidas, uma revolução na ordem jurídica brasileira, já que o processo judicial deixou de ser visto como um mero instrumento de defesa de interesses individuais, para servir de efetivo mecanismo de participação da sociedade na tutela de situações fático-jurídicas de diferente natureza, vale dizer, daqueles conflitos que envolvem interesses supraindividuais-difusos, coletivos e individuais homogêneos.⁵⁰

Acontece que, muitas vezes o poder público, não cumpre o seu papel,

⁴⁵ ANDRADE; MASSON; ALVES, op.cit., p.52.

⁴⁶ GIDI, Antônio. **A Class Action como instrumento de tutela coletiva dos direitos**: as ações coletivas em uma perspectiva comparada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 34.

⁴⁷ GIDI, loc.cit.

⁴⁸ ROCHA, João Carlos de Carvalho; HENRIQUES FILHO, Tarcísio Humberto Parreiras; CAZETTA, Ubiratan. **Ação Civil Pública. 20 anos da lei 7.347/85**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

⁴⁹ SIRVINSKAS, op.cit., p. 844.

⁵⁰ MILARÉ, Édis. **Direito do ambiente**: a gestão ambiental em foco, doutrina, jurisprudência. 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 1073.

apenas cria leis que protegem determinado sujeito, mas não viabiliza meios de efetivação dos direitos sociais, e a ação civil pública surge exatamente para garantir direitos fundamentais de maneira integral e absoluta, obedecendo sempre ao princípio do melhor interesse da criança.

Nessa perspectiva, cabe ressaltar a lição de Melissa Barbosa Tabosa do Egito:

A ação civil pública, regulada pela lei 7347/85 é instrumento hábil para exigir do Administrador a realização dos direitos sociais, na forma coletiva em sentido amplo, como na existência de direitos individuais homogêneos, ou ainda, na forma difusa, assim entendidos como o direito às ações governamentais. É também mecanismo de responsabilização do Administrador, em se verificando ilicitude em sua omissão.⁵¹

Édis Milaré⁵² traz uma importante lição a respeito a respeito dos interesses difusos ou coletivos: a regra é que, onde existir interesse difuso ou coletivo, cabível é a ação civil pública, independentemente da listagem legal (ou regulamentar) casuística, de modo a proporcionar “a proteção processual de novos valores e interesses que vão sendo identificados e agregados ao objeto da ação civil pública, gerando gradativa e dinâmica ampliação em seu alcance.”

Portanto, pode-se dizer que a Ação civil pública é instrumento fundamental para a defesa da sociedade, bem como o exercício da cidadania, apenas com três décadas, considerada ainda recente. O objeto da Ação civil pública é o dos mais variados, interesses difusos e coletivos referentes ao meio ambiente, o patrimônio público e cultural, consumidor, às crianças e adolescente, etc, sendo objeto do presente trabalho a efetivação dos direitos fundamentais do público infanto-juvenis, através do ajuizamento da ação civil pública em favor dos menores.

3.2 Legitimados para sua Propositura

⁵¹ EGITO, Melissa Barbosa Tabosa do. O Ministério Público e a efetivação dos Direitos Sociais. In: **Ministério Público do Estado do Rio Grande do Norte. Procuradoria Gral de Justiça. Direito Comunidade e Ministério Público Infância e Juventude**. Natal. 2011. p. 257.

⁵² MILARÉ, op.cit., p. 1072.

Em relação à legitimidade, desde logo cumpre observar, conforme Daniel Amorim Assumpção Neves⁵³:

A legitimidade para agir (*legitimitio ad causum*) é a pertinência subjetiva da demanda ou em outras palavras, e a situação prevista em lei que permite a um determinado sujeito propor a demanda judicial e a um determinado sujeito formar o pólo ativo dessa demanda.

A lei nº 7347/85, nos termos do art. 5º com a nova redação incluída através da lei nº 11.448/2007 ao elencar o rol dos legitimados ativos para defesa dos interesses transindividuais, que, além do Ministério Público, é conferido também à Defensoria Pública, às pessoas jurídicas estatais, às entidades e órgãos da administração pública, direta e indireta, ainda que sem personalidade jurídica, e às associações com o mínimo de representatividade.

Segundo Caio Márcio Loureiro⁵⁴, a intenção do legislador ao estender o rol dos legitimados para propor ação civil pública foi de proporcionar a melhor, mais ampla, e efetiva proteção dos direitos coletivos, e, conseqüentemente melhor promover o direito fundamental ao acesso à justiça. Até porque a legitimidade de um ente não exclui a do outro, podendo um colegitimado agir sozinho, sem a anuência, intervenção ou autorização dos demais, pois todos são igualmente legítimos para propor a ação, bastando apenas atender os requisitos legais para ajuizá-la.

Por outro lado, é oportuno afirmar que a LACP não trata da legitimidade passiva para a ACP, pois não há restrição nesse sentido. Assim, ocupa o pólo passivo na ACP qualquer entidade da Administração Pública direta e indireta, inclusive particulares, ou seja, quaisquer pessoas, físicas ou jurídicas, que ofendam os bens jurídicos tutelados pela LACP. Nesse sentido, Rodolfo de Camargo Mancuso⁵⁵, assevera que a legitimação passiva, desse modo, haveria de ter toda a amplitude possível, de modo a permitir a perfeita proteção dos interesses sob tutela contra os atos de quem quer que os vulnerarem.

⁵³ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Processo Coletivo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014. p. 153.

⁵⁴ LOUREIRO, Caio Márcio. **Ação Civil Pública e o Acesso à Justiça**. São Paulo: Método, 2004. p. 204

⁵⁵ MANCUSO, op.cit., p. 165.

Para, Mazzili⁵⁶, p. 409, 2015, há, porém, uma limitação: os legitimados ativos, em regra não, não podem representar passivamente a categoria, classe ou grupo de lesados, embora existem exceções, a qual não será objeto do estudo.

Fensterseifer⁵⁷ diz que as ações transindividuais ou ações coletivas têm como legitimados as instituições estatais (Ministério Público, Defensoria Pública e outros entes públicos), bem como algumas associações civis. Mundstoch⁵⁸ complementa dizendo que ao particular que se sentir lesado apenas cabe o direito de interpor a ação popular, ou alguma das ações individuais, pois a ação civil pública é de legitimidade privativa dos entes públicos.

Quanto à legitimidade do indivíduo, impende frisar consoante Daniel Amorim Assumpção Neves que:

A legitimidade ativa do cidadão na tutela coletiva é limitada a ação popular, em decorrência da previsão contida no art. 1º caput, da lei 4717/1965, não havendo qualquer indicação de tal legitimidade em leis subsequentes que versem sobre tutela coletiva, em especial os arts. 5º da LACP e 82 do CDC. Ao menos no que toca a previsão legal expressa, realmente único texto legal que atribui legitimação ao cidadão é o art. 1º da LAP, que inclusive exclui outros sujeitos dessa legitimação, salvo na excepcional hipótese de sucessão processual pelo Ministério Público, nos termos do art. 9º da mesma lei.⁵⁹

Cornélio e Oliveira Filho⁶⁰ acreditam que a ação civil pública é de fundamental importância, pois evita que o judiciário fique abarrotado de ações individuais com os mesmos pedidos. Além disso, a pluralização e flexibilização da legitimidade ativa dessas ações leva a um maior acesso à justiça, e um maior número de problemas resolvidos. Ademais, importa ressaltar, nas palavras de Andrade, Masson e Alves⁶¹, que a legitimidade dos entes previstos na LACP é em prol de direitos difusos,

⁵⁶ MAZZILLI, op.cit., p. 409.

⁵⁷ FENSTERSEIFER, Tiago. A legitimidade da Defensoria Pública para a propositura da Ação Civil Pública ambiental. **Revista Magister de Direito Ambiental e Urbanístico**, Porto Alegre, n. 17, p. 56-79, 2008.

⁵⁸ MUNDSTOCH, Cláudia Melina Kamaroski. Ação civil pública para tutela ambiental. **DireitoNet**, 2006. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/2994/Acao-Civil-Publica-para-tutela-ambiental>>. Acesso em: 15 out. 2015.

⁵⁹ NEVES, op.cit., p. 156.

⁶⁰ CORNÉLIO, Fernanda Marques; OLIVEIRA FILHO, Renato Henrique Barbosa de. A legitimidade da defensoria pública para propor ação civil pública. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, n. 114, jul. 2013. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13415>. Acesso em: 06 out. 2015.

⁶¹ ANDRADE; MASSON; ALVES, op.cit., p. 60.

coletivos ou individuais homogêneos. A ausência desses direitos pode importar na carência de ação, pela ilegitimidade ativa.

De acordo com o artigo 134 da Constituição Federal, a Defensoria Pública

É instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados [...] ⁶²

A Lei nº 11.448/2017 corroborou com dispositivo constitucional, acima mencionado, inclusive, reconhece Hugo Nigro Mazzilli⁶³ que a Defensoria Pública já podia propor ações civis públicas ou coletivas, mesmo antes da referida lei em comento, à vista da permissão que já lhe dava o art. 82, III, do CDC, uma vez que é órgão público destinado a exercer a defesa dos necessitados (CR, arts. 134 e 5º, LXXIV). Entretanto, para evitar maiores controvérsias acadêmicas ou jurisprudenciais, o legislador afirmou, por expresse a legitimidade ativa da Defensoria Pública.

Como se sabe, o necessitado é a razão de ser da Defensoria Pública, em sintonia com isso, Édis Milaré⁶⁴ coloca que por estar inserida no rol do art. 5º da LACP, possui legitimidade para propositura da ação civil pública, desde que tal demanda tenha por objeto questão de sua competência, qual seja a defesa dos interesses dos necessitados, como dispõe o já mencionado art. 134 da Constituição Federal.

Ainda conforme as palavras de Hugo Nigro Mazzilli⁶⁵, o conceito jurídico de necessitado, contido no parágrafo único do art. 2º da lei 1060/50, é mais amplo do que o pobre ou miserável, não está vinculado a determinado limite de valor de renda mensal ou de patrimônio e, sim, à impossibilidade de pagamento das despesas processuais sem prejuízo do próprio sustento ou da família.

Interessante se faz notar que, segundo Daniel Amorim Assumpção Neves⁶⁶, os demais legitimados não devem temer a atuação da Defensoria Pública, e sim

⁶² BRASIL, op.cit., 1988.

⁶³ MAZZILLI, op.cit., p. 350.

⁶⁴ MILARÉ, op.cit., p. 1078.

⁶⁵ MAZZILLI, op.cit., p. 351.

⁶⁶ NEVES, op.cit., p. 184.

reconhecê-la como mais um parceiro na busca da mais efetiva possível tutela dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos.

Por tais razões, não resta dúvida que a presença desta instituição no rol de legitimados viabiliza ainda mais o acesso à justiça, principalmente por parte dos mais necessitados.

De acordo com no art. 5º, III, da lei 7347/85 e art. 82, II, da lei 8078/90 a União, Estados, Municípios e o Distrito Federal são legitimados ativos para ajuizar as ações coletivas, bem como encontra-se também no art. 5º, IV da LACP e art. 82, III do CDC, a legitimidade ativa das empresas públicas, autarquias, fundações e sociedades de economia mista.

Conforme estabelecem os dispositivos das respectivas leis em comento, tanto os entes da administração direta como a indireta possuem legitimidade para propor ação civil pública. Em relação a pertinência temática, cabe ressaltar os ensinamentos de Andrade, Masson e Alves⁶⁷, os quais dizem que diferentemente do que se dá em relação aos entes da Administração direta, a legitimação dos entes da Administração indireta está condicionada à existência de pertinência temática. Por exemplo, uma autarquia criada para a proteção do meio ambiente não pode zelar por direitos difusos de crianças e adolescente e assim por diante.

Segundo Daniel Amorim Assumpção Neves:

Era de esperar que essas pessoas jurídicas fossem frequentes proponentes de ações coletivas, pois em uma sociedade séria supõe-se que o Estado tenha todo o interesse no respeito aos direitos transindividuais. A realidade, entretanto, não é bem esta, notando-se a presença desses sujeitos com muito maior frequência no pólo passivo da demanda judicial, acusados de violação de direitos que teoricamente deveriam ser os maiores interessados em preservar.⁶⁸

O entendimento semelhante é apresentado por Silva, segundo o referido autor:

Os entes elencados acima, apesar de serem os que mais deveriam se comprometer a proteger os direitos da sociedade como um todo são os que mais se mostram vacilantes quando da defesa dos direitos difusos e coletivos, e não têm atendido às expectativas, provavelmente porque os administradores geralmente colocam seus interesses pessoais à frente dos interesses públicos.⁶⁹

⁶⁷ ANDRADE; MASSON; ALVES, op.cit., p. 84.

⁶⁸ NEVES, op.cit., p. 175.

⁶⁹ SILVA, Paulo Márcio da. **Inquérito Civil e Ação Civil Pública. Instrumentos da tutela coletiva**. 1. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

A legitimação das associações civis e fundações de direito privado, devem ter representatividade adequada ao grupo que pretende defender, além de preencher os requisitos da pertinência temática, o qual é indispensável, além de estarem pré-constituídas há pelo menos um ano, conforme estabelece a lei civil, entretanto, tal requisito poderá ser dispensado pelo juiz de acordo como interesse social.

Conforme explica, Hugo Nigro Mazzilli:

Para o ajuizamento de ação coletiva, pode o juiz dispensar o prazo de pré-constituição, se houver manifesto interesse social evidenciado pela dimensão ou característica do dano ou pela relevância bem jurídico a ser protegido. Diversamente disso, complementa o mesmo autor que a pertinência temática é um requisito que não pode ser dispensado pelo juiz.⁷⁰

Em relação aos sindicatos, Andrade, Masson e Alves⁷¹ observam que: são uma espécie de associação. Por tal razão, sua legitimidade também tem assento na LACP e no CDC, e se lhe aplicam as mesmas regras de representatividade adequada (constituição na forma da lei, pré-constituição, pertinência temática) exigidas das entidades associativas. Outro aspecto observado é que sua legitimação não se limita à defesa dos seus filiados, mas se estende a toda a categoria, conforme os termos do art. 8º, III, da Constituição Federal.

Outrossim, para Dinamarco⁷², a propositura de ação civil pública fica restrita à defesa dos interesses da categoria, ou seja, não são quaisquer interesses coletivos que podem ser tutelados, e a sentença produzirá sempre efeitos entre as partes.

Porém, como destaca Lenza⁷³, o verdadeiro titular da ação coletiva é a própria comunidade que é titular desse direito material. Por esse motivo, apenas grupos organizados podem representar a população quando da propositura dessas ações coletivas.

O Ministério Público é um dos legitimados a propor ação civil pública. Édis Milare⁷⁴ explica, resumidamente, que a adequação da representatividade do *Parquet* é presumida pela legitimidade que lhe outorga a Constituição e a lei para atuar em

⁷⁰ MAZZILLI, op.cit., p 357.

⁷¹ ANDRADE; MASSON; ALVES, op.cit., p. 92.

⁷² DINAMARCO, Pedro da Silva. **Ação Civil Pública**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

⁷³ LENZA, Pedro. **Teoria Geral da Ação Civil Pública**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

⁷⁴ MILARÉ, op.cit., p. 1076.

prol dos interesses transindividuais. Insta acrescentar também, que dentre os co-legitimados, teve reservada pela lei nº 7347/1985, posição de relevo na condução da ação civil pública: é o único autorizado a promover o inquérito civil, com poderes de notificação e requisição.

3.3 O Papel do Ministério Público

A Carta de 1988 descreve em seu art. 127, que ao Ministério Público incumbe à defesa dos interesses sociais e individuais indisponíveis, sendo sua função institucional, entre muitas outras, promover o inquérito civil e a ação civil pública para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos (artigo 129, III, da CF). Lecionando sobre as funções atribuídas ao órgão em comento.

No âmbito das funções do Ministério Público, merece destaque Roberto de Almeida Borges Gomes:

Com o advento da Constituição cidadã, o *parquet* que até então atuava predominantemente como mero *custos legis* em processos civis, recebeu status de um órgão ativo, com poderes para promover medidas necessárias para salvaguardar os interesses que foram colocados sob seu manto protetivo.⁷⁵

“O Ministério Público está legitimado à defesa de interesses ou direitos individuais homogêneos que tenham expressão para a coletividade, tais como: a) os que digam respeito a direitos ou garantias constitucionais, bem como aqueles cujo em jurídico a ser protegido seja relevante para a sociedade (v.g. dignidade da pessoa humana, saúde e segurança das pessoas, acesso das crianças e adolescentes à educação, [...] etc.⁷⁶

De forma sintética Pedro Lenza explica, o conceito e as funções dessa instituição, a saber:

O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais

⁷⁵ GOMES, Roberto de Almeida Borges. O Ministério Público e a Inversão do ônus da Prova na Ação Civil pública ambiental. In: FARIAS, Cristina Chaves de; ALVES, Leonardo Barreto Morreira; ROSENVAND, Nelson (Org). **Temas Atuais do Ministério Público**. 5. ed. Salvador, 2014. p. 486.

⁷⁶ SIRVINSKAS, op.cit. p. 845.

indisponíveis. Dentre as suas funções institucionais [...] destaca-se promover o inquérito civil e a ação civil pública para proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos.⁷⁷

Conforme observam Andrade, Masson e Alves:

É normalmente tranquila sua legitimidade quando a Constituição ou a lei atribui-lhe expressamente a defesa de um interesse coletivo ou individual homogêneo de determinada natureza, em função de sua relevância social. É o que ocorre, por exemplo, quando essa missão lhe é conferida em razão da presumida *hipossuficiência* dos seus titulares, que em função de suas especiais condições pessoais, provavelmente não conseguiriam defendê-los apropriadamente sem o auxílio do Ministério Público. Veja-se, a propósito, sua legitimidade para tutelar os interesses supraindividuais da criança e do adolescente (ECA, art. 201,V) [...]⁷⁸

Em outras palavras, conforme Galdino Augusto Coelho Bordalho:

O Ministério Público passou a ter uma fisionomia muito mais voltada para a solução dos problemas sociais, deixando de lado a antiga postura de instituição direcionada unicamente para a persecução criminal. Hoje podemos seguramente falar do Ministério Público social, voltado para as soluções dos diversos problemas.⁷⁹

De acordo com Antônio Lima César Fonseca:

[...] a ação civil pública deve ser vista em sentido estrito, pois diz respeito a atividade ministerial de órgão agente, isto é, apenas quando se tratar de interesses ou direitos individuais, difusos ou coletivos ligados à infância e a adolescência no polo ativo da demanda. Por meio da ação civil pública, o Ministério Público questiona atos abusivos, lesivos, ativos ou omissivos, que atingem, ameaçam ou omitem direitos de crianças e adolescentes, podendo o órgão ser provocados por qualquer pessoa.

Como se pode notar a atuação do Ministério Público é primordial na defesa dos interesses da sociedade, principalmente, em decorrência de diversas violações dos direitos fundamentais, sobretudo dos direitos das crianças e dos adolescentes, cometidas tanto pelos próprios genitores como, inclusive pelo Poder Público, os

⁷⁷ LENZA, op.cit. p. 904, 925, 2013.

⁷⁸ ANDRADE; MASSON; ALVES, op.cit., p. 67.

⁷⁹ BORDALHO, op.cit., p. 522.

quais têm o dever precípua de cuidar e promover o desenvolvimento dos menores da maneira mais saudável possível.

Pedro Lenza assinala os três princípios básicos do Ministério Público: a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional, a seguir explanados:

[...] unidade significa que o Ministério Público deve ser visto como uma única instituição, sendo a divisão meramente funcional [...]; indivisibilidade é possível eu um membro do Ministério Público substitua outro, dentro da mesma função, sem que, com isso, exista qualquer implicação prática; [...] independência funcional, por sua vez, trata-se da autonomia de convicção, na medida em que os membros do Ministério Público não se submetem a qualquer poder hierárquico no exercício de seu mister, podendo agir, no processo, da maneira que melhor entenderem [...].⁸⁰

O princípio da independência funcional estabelece a ausência de hierarquia na atividade-fim ministerial, sendo a atuação de cada membro regulada de acordo com sua consciência e interpretação das normas do ordenamento jurídico.

Nesse diapasão, confira-se o magistério de Carlos Roberto de Castro Jatahy do artigo de Marcio Anderson da Silva Capistrano:

[...] a independência funcional preconiza que os membros do *Parquet*, no desempenho de suas atividades, não estão subordinados a nenhum órgão ou poder, mas somente à sua consciência, devendo sempre fundamentar suas manifestações processuais.⁸¹

Carvalho Filho⁸² destaca a importância do princípio da independência afirmando que o membro do Ministério Público não precisa seguir ordens do Poder Executivo, Legislativo ou Judiciário, e que apenas precisa agir de acordo com a legislação.

Hugo Nigro Mazzilli⁸³ aponta que em razão das características socioculturais do país é desejável um distanciamento do Ministério Público cada vez maior em face

⁸⁰ LENZA, op.cit., p. 913-914, 2013.

⁸¹ CAPRISTANO, Márcio Anderson Silveira. **O Conselho Nacional do Ministério Público e o Princípio da Independência Funcional dos Membros do Parquet**. 2015 Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo.o-conselho-nacional-do-ministerio-publico-e-o-principio-da-independencia-funcional-dos-membros-do-parquet,53328.html>. Acesso em: 15 de out. 2015

⁸² CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Ação Civil Pública**: Comentários por Artigo (Lei nº 7.347/85); Rio de Janeiro: Editora LumenJuris, 2009. p. 79.

⁸³ MAZZILLI, op.cit., p. 379.

do poder executivo, para que se obtenha efetiva autonomia funcional.

Nas palavras de Daniel Amorim Assumpção Neves⁸⁴, o Ministério Público não tem qualquer limitação em sua atuação, desde que a defesa em juízo seja para a tutela dos direitos difusos e coletivos, conforme previsão constitucional. Ainda complementa afirmando que todo e qualquer direito dessa espécie que seja tutelável por meio de ação coletiva poderá ser protegido no caso concreto pelo Ministério Público, não se aplicando a esse legitimado ativo a pertinência temática, como o caso de associações

Ainda, no que diz respeito à sua atuação Souza⁸⁵ aponta que o Ministério Público só tem legitimidade para tutelar direitos indisponíveis, sejam eles difusos ou coletivos, que já são indisponíveis por natureza, ou individuais homogêneos.

Com efeito, se o objeto da ação for disponível, o Ministério Público não poderá intervir, em decorrência dos princípios constitucionais que regem a sua atuação.

Pedro Jorge Neto⁸⁶ citado conceitua os direitos individuais homogêneos como aqueles titularizados por pessoas determináveis, unidas por uma lesão divisível, de origem comum. Trata-se, portanto de direitos que podem ser protegidos através do ajuizamento da ação civil pública, um instrumento processual criado para tutelar coletivamente direitos individuais.

Vale observar, a propósito, que especificamente com relação ao Estatuto da Criança e do Adolescente (art. 201, V) as ações civis públicas de iniciativa do Ministério Público são aquelas para a defesa de interesses individuais indisponíveis, difusos ou coletivos, relacionados com a proteção à infância e à adolescência (arts. 208 e 224).⁸⁷ Carvalho Filho⁸⁸ denomina os direitos indisponíveis como sendo aqueles aos quais os titulares não podem renunciar, ou seja, o bem ou o direito que o titular não pode dispor.

Para Andrade, Masson e Alves:

⁸⁴ NEVES, op.cit., p. 161.

⁸⁵ SOUZA, Motauri Ciochetti de. **Ação civil Pública e Inquérito Civil**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p.81.

⁸⁶ NETO, Pedro Jorge. **O Ministério Público e as Principais ações em Defesa dos Direitos Difusos e Coletivos**: Uma análise evolutiva. 2009. Disponível em: http://www.mp.ce.gov.br/esmp/publicacoes/ed1/artigos/ministerio_publico_principais_acoes_defesa_direito_difuso_e_coletivo.pdf. Acesso em: 15 de out. 2015

⁸⁷ MAZZILLI, op.cit.

⁸⁸ CARVALHO FILHO, op.cit.

O Ministério Público sempre tem legitimidade, alega-se que quaisquer que sejam as espécies de interesses coletivos em sentido estrito, desde que venham a ser defendidos por meio de uma ação civil pública, presumem-se sua relevância social, inserindo-se nos “interesses sociais que incumbem ao *Parquet* tutelar (CF, art. 127, caput). Aduz-se ainda, que os interesses coletivos *stricto sensu* são sempre indisponíveis, razão que legitimaria o Ministério Público à ação civil pública em sua defesa.⁸⁹

Assim, pode-se notar que quanto a intervenção do *Parquet* em questão que discute o direito de criança e adolescente, não há maiores controvérsia, já que os direitos infanto-juvenis são sempre indisponíveis e, conforme dispõe a lei nº 8069/1990, no art. 210, V, estabeleceu como competência do Ministério Público a promoção da ação civil pública para a proteção dos interesses individuais, difusos ou coletivos relativos à infância e juventude.

No que tange a ampliação do rol de direitos defendidos pelo Ministério Público cabe aqui as lições de Galdino Augusto Coelho Bordalho, o qual explana que:

As atribuições do Ministério Público não ficam restritas apenas aos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, possuindo, também, atribuição para a defesa dos direitos puramente individuais. Essa afirmação resta comprovada com a simples leitura do art. 201. III (que dispõe sobre a legitimidade para a propositura de ação de alimentos), VIII (que dispõe sobre a legitimidade para a propositura de medidas judiciais e extrajudiciais cabíveis para o respeito dos direitos e garantias legais assegurados a crianças e aos adolescentes e IX (legitimidade para impetrar mandado de segurança).⁹⁰

Tratando-se de criança ou adolescente em situação de risco, está a Instituição legitimada a aplicar determinadas medidas protetivas ou instar o judiciário a aplicá-las. E, ainda, deverá fiscalizar entidades de atendimento e propor ações coletivas necessárias à salvaguarda dos direitos das crianças e dos adolescentes.

O Superior Tribunal de Justiça também já se manifestou no sentido de que o Ministério Público tem legitimidade para defender interesses individuais indisponíveis, como visto em um de seus julgados:

Constitucional. Ministério Público. Legitimidade ativa ad causam para a propositura de ação civil pública. direito individual homogêneo. obtenção de diploma de conclusão de curso superior sem a cobrança de taxa. dimensão do direito à educação. direito metaindividual impregnado de relevância

⁸⁹ ANDRADE; MASSON; ALVES, op.cit., p. 67.

⁹⁰ BORDALHO, op.cit., p. 523.

social. 1. Os denominados direitos individuais homogêneos, 'assim entendidos os decorrentes de origem comum (CDC, art. 81, parágrafo único, III), estão inseridos no art. 129, III, da CF, porquanto se qualificam como 'subespécie de direitos coletivos' Precedente: RE 163.231, Pleno, RTJ 178/377.

3.4 Objetivo da Ação Civil Pública

A redação do art. 3º da Lei 7.347/1985 dispõe que a ação civil poderá ter por objeto a condenação em dinheiro ou o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer.

De acordo com Souza "Ao tratar de obrigações de fazer, não fazer e indenizar, deixou o dispositivo patente que os objetivos da Lei da Ação Civil Pública são os de prevenção, reparação e ressarcimento dos danos causados a interesses metaindividuais."⁹¹

Dispõe Dirley Cunha Júnior, quando a ação civil pública tiver por objeto o cumprimento de obrigação de fazer:

[...] o juiz determinará o cumprimento da prestação da atividade devida ou a cessação da atividade nociva, sob pena de execução específica, ou de cominação de multa diária, se esta for suficiente ou compatível, independentemente do requerimento do autor. (LACP, art. 11)⁹²

Para Gidi⁹³, um dos objetivos da tutela coletiva dos direitos é o de tornar efetivo o direito material e promover as políticas públicas de Estado, sempre protegendo a parte mais fraca.

Segundo Hugo Nigro Mazzilli⁹⁴, a ação civil pública ainda se presta para que o Ministério Público possa questionar políticas públicas, quando do exercício de suas funções no zelo para que os poderes públicos e os serviços de relevância pública observem os direitos assegurados na Constituição.

Impende ressaltar, que nas ações civis públicas as quais dizem respeito à possibilidade de se pleitear a condenação da Administração Pública em obrigação de fazer, consistente na implementação de políticas públicas necessárias à

⁹¹ SOUZA, op.cit., p.49

⁹² CUNHA JR, op.cit., p.705.

⁹³ GIDI, op.cit. p. 33.

⁹⁴ MAZZILLI, op.cit., p. 153.

concretização de direitos fundamentais de segunda e terceira geração.⁹⁵

A ação civil pública possui três formas de provimento jurisdicional, quais sejam, a condenação em dinheiro, o pagamento de indenização e o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer. Além disso, caso haja condenação, e o réu não cumpra o disposto na decisão judicial, pode ele ser também condenado ao pagamento de multa diária a ser fixada pelo julgador⁹⁶. Lenza⁹⁷ propõe que essa multa tenha valor expressivo para que seja incentivado o cumprimento voluntário da decisão de fazer ou não fazer.

O entendimento de João Batista de Almeida:

O art. 3º da LACP cuida do objeto da ação civil pública, ao dizer que Esta poderá ter por escopo “a condenação em dinheiro ou o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer”. Este dispositivo é complementado pelo art. 11, que fornece maiores detalhes especificamente no que tange a esta última modalidade de condenação (obrigação de fazer ou não fazer). A análise dos dois dispositivos permite concluir que o objeto da ação civil pública deve ser sempre um provimento condenatório, e não declaratório ou constitutivo. O que se explica, já que é buscada a cessação de atividade nociva a interesse público, coletivo ou individual homogêneo ou a recomposição do bem lesado, restituindo-se ao status *quo ante*. Nessa linha de raciocínio, só mesmo o provimento condenatório faz sentido, porquanto aqueles de natureza declaratória e constitutiva não conduziram a tal desiderato.⁹⁸

Não custa acrescentar que o Código de Defesa do Consumidor modificou a lei 7347/1985 e passou a admitir outras modalidades de tutela, diversa da condenatória, como podem ser observados os argumentos de Dinamarco:

De fato, antes da entrada em vigor do Código de Defesa do Consumidor havia essa vedação. Mas a partir daquele momento, a situação mudou. Seu art. 83, que tem aplicação nas ações civis públicas (LACP, art. 21), dispõe serem admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar a adequada e efetiva tutela dos interesses ora tutelados. Essa expressão “todas as espécies de ações” não diz respeito apenas aos procedimentos utilizáveis, mas especialmente ao tipo de tutela cabível. Ademais, valendo-se da

⁹⁵ ANDRADE; MASSON, ALVES, op.cit., p.99-100.

⁹⁶ FARIAS, Talden Queiroz; QUEIROGA, Victor Albuquerque. Ação Civil Pública e defesa do meio ambiente. **Âmbito Jurídico**, v. IX, n. 34, 2006. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?artigo_id=1383&n_link=revista_artigos_leitura>. Acesso em: 16 out. 2014.

⁹⁷ LENZA, op.cit. 2008.

⁹⁸ ALMEIDA, João Batista de. **Aspectos Controvertidos da Ação Civil Pública**. 2.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p.159-160.

interpretação sistemática do mencionado Código, tem-se que seu art. 51, § 4º, apesar de não ter aplicação direta na ação civil pública, dispõe ser facultado ao consumidor ou entidades representativas requerer ao Ministério Público o ajuizamento da competente demanda “para ser declarada a nulidade de cláusula contratual que contrarie o disposto neste Código...” Doutrina e jurisprudência dominantes dão a mesma interpretação.⁹⁹

Como bem acentuaram os referidos autores, o provimento jurisdicional em sede de Ação Civil Pública que se mostra relevante é a tutela condenatória em obrigação (a de fazer ou não fazer), prevista no artigo 3º da Lei da Ação Civil Pública

Segundo Lenza¹⁰⁰, compreende-se que em relação ao processo coletivo, pois o ideal nestes tipos de processo não é a busca pela indenização em dinheiro, mas sim a prevenção de que o dano aconteça ou o retorno ao estado anterior, porque os direitos transindividuais devem ser preservados. Completa dizendo que o julgador deve sempre preferir a tutela específica a qualquer outro tipo de tutela.

No âmbito da tutela dos direitos fundamentais de crianças muitas ações civis públicas são ajuizadas com o objetivo de obrigar pessoa jurídica de direito público respectiva a observar a obrigação de fazer, cobrando políticas, programas e serviços adequados para reparar o dano ou mesmo evitar.

Dessa forma, é imprescindível colocar, as palavras de Souza, que traz a seguinte afirmação: “a reparação do dano apenas surgirá como objetivo da lei nas hipóteses em que os mecanismos de prevenção se tenham mostrado insuficientes.”¹⁰¹

Carvalho Filho¹⁰² diz que quando a sentença na ação civil pública condena o réu a uma obrigação de fazer, é porque sua inação era ofensiva ao interesse coletivo ou difuso sob tutela.

Importante referir, por exemplo, que a educação, que é um direito de todos e dever do Estado e da família conforme dispões o art. 205 da CF, é um direito difuso por excelência e que o poder público deve assegurar o ensino fundamental gratuito. Na hipótese de não existir na rede pública vagas para 10 ou mais crianças, o poder público gera lesões não apenas individuais, como também de interesse difuso, violando o acesso à educação.

⁹⁹ DINAMARCO, op.cit. , p. 323-324.

¹⁰⁰ LENZA, op.cit.

¹⁰¹ SOUZA, op.cit., p. 50.

¹⁰² CARVALHO FILHO, op.cit., p.74.

4 MÍNIMO EXISTENCIAL E RESERVA DO POSSÍVEL: CONTROLE JURISDICIONAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS

4.1 Conceitos de Mínimo Existencial

Desde logo é preciso dizer que existe no nosso ordenamento jurídico a previsão normativa sobre o mínimo existencial. Nesse sentido vale mencionar o art. 1 da lei nº. 8742/93 que trata da assistência social, a qual prevê os mínimos sociais, realizada através de um conjunto de ações de iniciativa pública e da sociedade, para garantir o atendimento às necessidades básicas.

Vicente Paulo e Marcelo alexandrino afirmam que:

O postulado constitucional (implícito) da garantia do mínimo existencial não permite que o Estado negue- nem mesmo sob a invocação da insuficiência de recursos financeiros – o direitos a prestações mínimas, capazes de assegurar, à pessoa, condições adequadas de existência digna, como o acesso efetivo ao direito geral de liberdade e, também a prestações positivas estatais viabilizadoras da plena fruição dos direitos sociais básicos, tais como direito à educação, o direito a proteção integral da criança e do adolescente, o direito à saúde, o direito à assistência social, o direito a moradia, a alimentação e a segurança.¹⁰³

Para Simone de Sá Portella, o mínimo existencial é um direito pré-constitucional, não positivado na Carta Magna, mas implícito no art 3º, III, como sendo um dos objetivos da República Federativa do Brasil a erradicação da pobreza e da marginalização.¹⁰⁴

De acordo com o artigo 7º, IV, da Constituição Federal, o mínimo existencial seria o conjunto de bens e utilidades básicas imprescindíveis para uma vida com dignidade, tais como a saúde, a moradia e a educação fundamental. Violar-se-ia, portanto, o mínimo existencial quando da omissão na concretização de direitos fundamentais inerentes à dignidade da pessoa humana, onde não há espaço de discricionariedade para o gestor público.

¹⁰³ PAULO; ALEXANDRINO, op.cit, p. 259,260.

¹⁰⁴ PORTELLA, Simone de Sá. Considerações sobre o conceito de mínimo existencial. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XVII, n. 123, 2014. Disponível em: http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2407. Acesso em: 19 out. 2015.

Embora, sabe-se, que no âmbito das despesas básicas, o salário mínimo ainda é insuficiente. Em plena consonância com isso, preceitua Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino, o valor atual do salário mínimo não cumpre a determinação judicial, vazada no inciso IV do art. 7º, não se pode exigir um reajuste vultoso e imediato de seu valor, porque essa providência esbarra na cláusula da reserva do possível.¹⁰⁵

Para Ivanaldo Soares da Silva Júnior¹⁰⁶, o mínimo existencial consiste em um conjunto de prestações materiais mínimas sem as quais se poderá afirmar que o indivíduo se encontra em situações de indignidade. De acordo com esse conceito é inegável que o Estado deve ofertar um mínimo social existencial, a fim de proporcionar uma existência digna a qualquer cidadão, sem nenhum tipo discriminação.

Nessa perspectiva, Rogério Greco coloca que a Constituição Brasileira reconhece, por exemplo, o direito à saúde, educação, moradia, lazer, alimentação, enfim, direitos mínimos, básicos e necessários para que o ser humano tenha uma condição de vida digna. No entanto, em maior ou menor grau, esses direitos são negligenciados pelo Estado.¹⁰⁷

Nos termos do art 25, da Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948, também se refere ao mínimo existencial: “Toda pessoa tem direito a um nível de vida suficiente para assegurar a sua saúde, o seu bem-estar e o de sua família, especialmente para a alimentação, o vestuário, a moradia, a assistência médica e para os serviços sociais necessários”.¹⁰⁸

Diante dessa ótica do mínimo existencial, os direitos fundamentais relacionados à infância e à juventude devem ser efetivados visando ao melhor desenvolvimento físico e mental de todas as crianças e adolescente, inclusive as futuras gerações. A efetivação desses direitos fundamentais sociais, talvez seja um dos grandes desafios da nossa sociedade, principalmente na seara da saúde, no

¹⁰⁵ PAULO; ALEXANDRINO, op.cit, p.259.

¹⁰⁶ SILVA JÚNIOR, Ivanaldo Soares da. Por uma concretização do Direito à cultura e educação das crianças e adolescentes potiguaras. In: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE. Procuradoria de Justiça. **Direito, Comunidade e Ministério Público: infância e juventude**. Natal: Centro de Estudos e Aperfeiçoamento, 2011, p. 438-439. p. 166.

¹⁰⁷ GRECO, Rogério. Principiologia Penal e Garantia Constitucional à intimidade. In: FARIAS, Cristina Chaves de; ALVES, Leonardo Barreto Moreira; ROSENVAND, Nelson (Org). **Temas Atuais do Ministério Público**. 5. ed. Salvador: Juspodivm, 2014. p. 677.

¹⁰⁸ Declaração dos direitos do homem e do cidadão. art 25.

que diz respeito à drogadição de menores, o qual é hoje um dos grandes problemas sociais a ser enfrentados. Um dos instrumentos utilizados para efetivar os direitos fundamentais para crianças e adolescente é através da ação civil pública.

4.2 Reserva do Possível

A reserva do possível tem sido invocada pela administração pública em várias situações, cujo escopo é o afastamento da responsabilização por omissão, entretanto, sabe-se que efetividade dos direitos fundamentais, especialmente de crianças e adolescente, depende da forma como os recursos públicos são aplicados para o cumprimento de determinados direitos, realização das prestações materiais, como por exemplo, o acesso à educação, saúde, assistência a um programa especial pessoas com doenças físicas e mentais, etc. Nesse sentido, o conceito da reserva do possível está intimamente ligado a restrições orçamentárias do Estado.

Conforme Ingo Sarlet¹⁰⁹: O limite da reserva do possível é ordinariamente apontado como impediente da atuação jurisdicional no controle por parte do judiciário dos programas governamentais, sustentando-se que a efetivação dos direitos sociais prestacionais se encontra na dependência da efetiva disponibilidade de recursos por parte do Estado.

Cabe aqui destacar que o limite da reserva do possível de acordo com a transcrição da lição de Natália Masson:

Tão certo quanto dizer que a proteção e a efetivação de todos os direitos positivados na Constituição acarreta custos econômicos, e reconhecer que, em se tratando de direitos sociais e gastos econômicos ficam ainda mais visíveis e dispendiosos – vez que estes, em grande medida, traduzem-se em obrigações prestacionais de “(fazer)” para o Estado, especialmente custosas quando destinadas à construção de instituições públicas (sistema educacional, sistema de segurança social, sistema de saúde, etc. com o reconhecimento da estreita ligação entre a realização dos direitos fundamentais sociais e a realidade financeira e econômica do Estado, e com a aceitação de que os recursos são escassos e as necessidades sociais são imensas, passou-se a compreender que o Estado, na sua esfera de definir prioridades e determinar suas

¹⁰⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos fundamentais**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 304.

políticas públicas de alocação de verbas existentes, poderia alegar a cláusula de reserva do possível.¹¹⁰

Contudo, Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino afirmam que:

A cláusula da reserva do possível não pode ser invocada levemente pelo Estado com o intuito de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, salvo quando possa ser objetivamente demonstrado que inexistente disponibilidade financeira do Estado para tornar efetivas as prestações positivas dele reclamadas, ou que falta razoabilidade à pretensão individual ou coletiva em face do poder público.¹¹¹

Na hipótese em que a omissão do executivo for flagrante, o Poder Judiciário Público tem poderes para impetrar uma ação civil pública, com vistas a sanar irregularidades decorrentes dessa omissão, assim garantir os direitos fundamentais das pessoas em desenvolvimento. Destaca-se que questões relacionadas à saúde, educação, cultura, e aos demais direitos sociais comentados no capítulo II deste trabalho, não deveriam estar sob a égide da reserva do possível, principalmente quando se trata de direitos relativos à criança e ao adolescente. Vejamos o trecho da decisão do ministro do Supremo Tribunal Federal, Celso de Mello em ação na qual se demandava a criação de vagas para atendimento de crianças em creches e pré-escola:

“(...) A CONTROVÉRSIA PERTINENTE À RESERVA DO POSSÍVEL” E A INTANGIBILIDADE DO MÍNIMO EXISTENCIAL: A QUESTÃO DAS ESCOLHAS TRÁGICAS”. – A destinação de recursos públicos, sempre tão drasticamente escassos, faz instaurar situações de conflitos, quer com a execução de políticas públicas definidas no texto constitucional, quer, também com a própria implementação de direitos sociais assegurados pela Constituição da República, daí resultando contextos de antagonismo que impõem, ao Estado, o encargo de superá-los mediante opções por determinados valores, em detrimento de outros igualmente relevantes, compelindo, o Poder Público, em face dessa relação dilemática, causada pela insuficiência de disponibilidade financeira e orçamentária, a proceder verdadeiras “escolhas trágicas”, em decisão governamental cujo parâmetro, fundado na dignidade da pessoa humana, deverá ter em perspectiva a intangibilidade do

¹¹⁰ MASSON, Natalia. **Manual de Direito Constitucional**. 3. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2015. p. 289.

¹¹¹ PAULO; ALEXANDRINO, op.cit., p. 260.

mínim existencial, em ordem a conferir real efetividade as normas pragmáticas positivadas na própria Lei Fundamental. Magistério da Doutrina. – A cláusula da reserva do possível – que não pode ser invocada, pelo poder público, com o propósito de fraudar, de frustrar, de inviabilizar a implementação de políticas públicas definidas na própria constituição – encontra insuperável na garantia constitucional do mínimo existencial, que representa, no contexto de nosso ordenamento positivos, emanação direta do postulado da essencial dignidade da pessoal humana.”¹¹²

Verifica-se que apesar de haver um amplo debate a cerca das questões referentes à existência de recursos financeiros destinada a concretização dos direitos fundamentais referentes aos infantes e adolescentes, especialmente no momento de crise financeira, é primordial que as exigências feitas ao Estado sejam feitas dentro da razoabilidade.

Na realidade, em muitos casos, há a necessidade da intervenção do poder judiciário, para garantir a efetivação dos direitos e garantias consagrados na Constituição e corroborados no Estatuto da criança e do adolescente, embora a satisfação de uns implique o sacrifício de outros, já que para a concretude dos direitos, muitas vezes, os recursos são escassos, ou mesmo mal administrados pelos gestores públicos, e, fatalmente em todas as esferas do poder público.

4.3 Controle Jurisdicional das Políticas Públicas

Em princípio é importante observar que as políticas sociais públicas são atribuições do Estado, especificamente poder executivo, que deve destinar parte de sua receita orçamentária a programas de cunho social, com vistas, principalmente, à diminuição das diferenças sociais. As políticas públicas se mostram necessárias para a observância do princípio da proteção integral de crianças e adolescentes, inclusive princípio previsto na Constituição Federal e no ECA.

A efetiva concretização das políticas e serviços públicos prestados visa atender e concretizar os direitos fundamentais referente às crianças e adolescentes, principalmente em razão da sua condição de pessoa em desenvolvimento. Nesse

¹¹² Decisão proferida no ARE 639337 AgR/SP. AG.REG. no Recurso Extraordinário com agravo. Relator: Min. Celso de Melo. Maria Elza. Julgado em 23/08/2011 Agrte.Município de São Paulo. Agdo: Ministério Público de São Paulo.

sentido é fundamental a atuação do poder público na elaboração e aplicação de políticas voltadas para atender os direitos fundamentais.

Nesse passo é importante destacar o que diz Relva Garden Rolim dos Santos:

O art. 127 da Constituição Federal dispõe que cabe ao Ministério Público atuar na defesa dos interesses sociais, o que implica dizer que cabe ao *Parquet*, em caso de omissão do Poder Público, zelar, entre outras coisas, pela implementação e funcionamento dos conselhos gestores de políticas públicas, para que, a partir daí, os direitos fundamentais possam ser efetivados.¹¹³

O texto constitucional e o Estatuto da Criança e do Adolescente são instrumentos que trazem vários direitos e garantias fundamentais, vinculando e apresentando a atuação de inúmeros órgãos públicos. Contudo, conforme Galdino Augusto Coelho Bordalho¹¹⁴, de regra, é o poder público quem mais desrespeita os direitos e as garantias das crianças e dos adolescentes, ao deixar de cumprir com as regras mínimas para proteção destas pessoas em desenvolvimento.

No que concerne às políticas públicas, consideradas mais essenciais no âmbito social, sua efetivação intermediada pelo Poder Judiciário aparenta ser solução pertinente, pois não obstante, a administração pública tem abusado da omissão no que tange ao dever de efetivação dos direitos fundamentais, o Poder Legislativo tampouco cumpre de forma satisfatória o dever que é inerente à própria função. Diante de reiteradas omissões no Poder Público na satisfação de políticas públicas, cabe ao Poder Judiciário, quando acionado, determinar uma atuação positiva por parte do ente público competente, a fim de fazer valer os direitos insculpidos na Lei Maior.

É através do ajuizamento da ação civil pública que determinados direitos das crianças e adolescentes são efetivados ou mesmo zelados para que não sejam sequer ameaçados. Diante das colocações, vale destacar que conforme consulta ao site da Defensoria Pública do Estado de Sergipe a seguinte notícia:

Vejamos a notícia:

¹¹³ SANTOS, Relva Garden Rolim dos. Ministério Público na Política Pública de Direitos e Garantias In: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE. Procuradoria de Justiça. **Direito, Comunidade e Ministério Público**: infância e juventude. Natal: Centro de Estudos e Aperfeiçoamento, 2011, p. 438-439.

¹¹⁴ BORDALHO, op.cit., p 527.

Na ação civil pública, a Defensoria Pública pleiteou a criação e manutenção de Unidades de Internação com atenção exclusiva e específica para a desintoxicação de crianças e adolescentes dependentes químicos (álcool e drogas) e/ou transtornos mentais, de forma voluntária ou compulsiva em regime hospitalar, com instalações adequadas, pessoal, segurança, equipe técnica e mobiliário, com observância dos direitos fundamentais e das regras técnicas. “Na sentença foi deferida também liminar para determinar que o Estado arque com o custeio na rede particular de saúde de tratamento do vício do álcool, drogas e transtornos mentais de crianças e adolescentes sujeitos às medidas protetivas, enquanto não implemente o programa objeto da ação, sendo que, para garantir o cumprimento operou-se o bloqueio de verba que o Estado de Sergipe utiliza para pagamento de suas campanhas publicitárias e shows. De acordo com o defensor público, as internações são pleiteadas nos autos das ações apuratórias de atos infracionais e, em processos de execução de medidas socioeducativas que tramitam na 17ª Vara Cível. “Pedimos a aplicação da medida de tratamento a toxicômanos e o sequestro de verba do Estado para que os adolescentes diagnosticados com dependência química possam receber o tratamento adequado em clínicas particulares, no Estado de Alagoas, tendo em vista a inexistência de clínicas em Sergipe com aparato para receber adolescentes que necessitam de internação compulsória para recuperação”, salientou.

Segundo o defensor público, os pedidos podem ser ingressados em qualquer Comarca do Estado. “Por se tratar de uma sentença proferida em Ação Civil Pública contra o Estado de Sergipe, hoje é plenamente possível que a Defensoria Pública ou outro legitimado para a propositura dessa ACP possa, em qualquer Comarca, requerer o sequestro de verba estadual para que adolescentes possam ser tratados em clínicas particulares.”¹¹⁵

De acordo com a notícia, pode-se depreender que o poder judiciário passa a ser encarado como um instrumento de expansão da cidadania, pois suas sentenças, se definidoras dos direitos pleiteados, ensejarão, para a sua eficácia, determinadas realizações por parte do Poder Executivo.

Importante que se reconheça que uma das inovações trazidas pelo Estatuto da Criança e do Adolescente consiste justamente na possibilidade de cobrar do Estado, por intermédio, por exemplo, da interposição de uma ação civil pública. Vale lembrar que em nosso entendimento, postular junto ao poder judiciário, visando à garantia dos direitos e interesses individuais, difusos, e coletivos, representa uma evolução social e nesse sentido não é mais suficiente a proclamação de direitos, sendo fundamental que os referidos direitos sejam efetivamente concretizados.

¹¹⁵<http://www.anadef.org.br/ultimas-noticias/1-latest-news/3840-se-defensoria-publica-consegue-tratamento-fora-do-estado-para-adolescentes-dependentes-quimicos>

Outro aspecto a ser considerado é que, embora às políticas públicas sociais sejam atribuições do Estado, mais especificamente do poder Executivo, que deve destinar parte da sua receita orçamentária a implementação de programas e serviços destinados para atender as pessoas em desenvolvimento, inclusive as que se encontram em situação de risco, com vistas principalmente a eliminar ou reduzir possíveis danos ao público infanto-juvenil.

Dentro desse contexto, nas hipóteses em que o executivo for flagrantemente omissivo, no sentido de não fazer funcionar o sistema de garantias e direitos das crianças e adolescentes, os legitimados da ação civil pública como Ministério Público, Defensoria Pública, etc, tem poderes para impetrar a ação civil pública, a fim de promover a implantação de políticas públicas de atendimento., visando combater a omissão do poder público na efetivação dos direitos infanto-juvenis, já que conforme a Lei maior, devem ter proteção absoluta e prioritária em razão sua condição peculiar de desenvolvimento.

Vejamos a seguinte jurisprudência:

Ementa: Desrespeito à Constituição – Modalidades de comportamentos inconstitucionais do poder público. O desrespeito à Constituição tanto pode ocorrer mediante ação estatal quanto mediante inércia governamental. A situação de inconstitucionalidade pode derivar de um comportamento ativo do Poder Público, que age ou edita normas em desacordo com o que dispõe a Constituição, ofendendo-lhe, assim, os preceitos e os princípios que nela se acham consignados. Essa conduta estatal, que importa em um *facere* (atuação positiva), gera a inconstitucionalidade por ação. Se o Estado deixar de adotar as medidas necessárias à realização concreta dos preceitos da Constituição, em ordem a torná-los efetivos, operantes e exequíveis, abstendo-se, em consequência, de cumprir o dever de prestação que a Constituição lhe impôs, incidir em violação negativado texto constitucional. Desse *non facere* ou *non praestare*, resultará a inconstitucionalidade por omissão, que pode ser total, quando é nenhuma a providência adotada, ou parcial, quando é insuficiente a medida efetivada pelo Poder Público. [...] A omissão do Estado – que deixa de cumprir, em maior ou em menor extensão, a imposição ditada pelo texto constitucional – qualifica-se como comportamento revestido da maior gravidade político-jurídica, eis que, mediante inércia, o Poder Público também desrespeita a Constituição, também ofende direitos que nela se fundam e também impede, por ausência de medidas concretizadoras, a própria aplicabilidade dos postulados e princípios da Lei Fundamental. As situações configuradoras de omissão inconstitucional – ainda que se cuide de omissão parcial, derivada da insuficiente concretização, pelo Poder Público, do conteúdo material da norma impositiva 130 Boletim Científico ESMPU, Brasília, a. 10 – n. 34, p. 123-160 – jan./jun. 2011 fundada na Carta Política, de que é destinatário –

refletem comportamento estatal que deve ser repellido, pois a inércia do Estado qualifica-se, perigosamente, como um dos processos informais de mudança da Constituição, expondo-se, por isso mesmo, à censura do Poder Judiciário.¹¹⁶

Com a previsão e, principalmente, promoção dos direitos sociais pela Constituição, como também o advento do ECA, aparece a necessidade de se ter concretizados todos os direitos proclamados nos referidos diplomas, e não sendo cumpridos tais direitos, a omissão do executivo ou legislativo se submete ao judiciário. Conforme Melissa Barbosa Tabosa do Egito afirma, 2011, p 303 em se tratando de omissão do administrador público, tem-se o instrumento da ação civil pública como último recurso ao Ministério Público para compelir o Executivo a cumprir sua missão constitucional.

Considerando o disposto no art. 5º XXXV, “A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça ao direito”, percebe-se que o Judiciário tem competência legal para obrigar o Poder Executivo a implementar políticas públicas sempre que este for omissivo no campo dos chamados “*direitos sociais*”. Nesse sentido a jurisprudência é assente na questão:

E M E N T A: CRIANÇA DE ATÉ CINCO ANOS DE IDADE - ATENDIMENTO EM CRÉCHE E EM PRÉ-ESCOLA - SENTENÇA QUE OBRIGA O MUNICÍPIO DE SÃO PAULO A MATRICULAR CRIANÇAS EM UNIDADES DE ENSINO INFANTIL PRÓXIMAS DE SUA RESIDÊNCIA OU DO ENDEREÇO DE TRABALHO DE SEUS RESPONSÁVEIS LEGAIS, SOB PEÇA DE MULTA DIÁRIA POR CRIANÇA NÃO ATENDIDA - LEGITIMIDADE JURÍDICA DA UTILIZAÇÃO DAS “ASTREINTES” CONTRA O PODER PÚBLICO - DOCTRINA - JURISPRUDÊNCIA - OBRIGAÇÃO ESTATAL DE RESPEITAR OS DIREITOS DAS CRIANÇAS - EDUCAÇÃO INFANTIL - DIREITO ASSEGURADO PELO PRÓPRIO TEXTO CONSTITUCIONAL (CF, ART. 208, IV, NA REDAÇÃO DADA PELA EC Nº 53/2006) - COMPREENSÃO GLOBAL DO DIREITO CONSTITUCIONAL À EDUCAÇÃO - DEVER JURÍDICO CUJA EXECUÇÃO SE IMPÕE AO PODER PÚBLICO, NOTADAMENTE AO MUNICÍPIO (CF, ART. 211, § 2º) - LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM CASO DE OMISSÃO ESTATAL NA IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS PREVISTAS NA CONSTITUIÇÃO - INOCORRÊNCIA DE TRANSGRESSÃO AO POSTULADO DA SEPARAÇÃO DE PODERES - PROTEÇÃO JUDICIAL DE DIREITOS SOCIAIS, ESCASSEZ DE RECURSOS E A QUESTÃO

¹¹⁶ STF, ADI n. 1458 MC/DF, T. Pleno, rel. min. Celso de Mello, julgado em 23/05/1996, DJ de 20 set. 1996.

DAS “ESCOLHAS TRÁGICAS” - RESERVA DO POSSÍVEL, MÍNIMO EXISTENCIAL, DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E VEDAÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL - PRETENDIDA EXONERAÇÃO DO ENCARGO CONSTITUCIONAL POR EFEITO DE SUPERVENIÊNCIA DE NOVA REALIDADE FÁTICA - QUESTÃO QUE SEQUER FOI SUSCITADA NAS RAZÕES DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO -PRINCÍPIO “JURA NOVIT CURIA” - INVOCAÇÃO EM SEDE DE APELO EXTREMO - IMPOSSIBILIDADE - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. POLÍTICAS PÚBLICAS, OMISSÃO ESTATAL INJUSTIFICÁVEL E INTERVENÇÃO CONCRETIZADORA DO PODER JUDICIÁRIO EM TEMA DE EDUCAÇÃO INFANTIL: POSSIBILIDADE CONSTITUCIONAL. - A educação infantil representa prerrogativa constitucional indisponível, que, deferida às crianças, a estas assegura, para efeito de seu desenvolvimento integral, e como primeira etapa do processo de educação básica, o atendimento em creche e o acesso à pré-escola (CF, art. 208, IV). - Essa prerrogativa jurídica, em consequência, impõe, ao Estado, por efeito da alta significação social de que se reveste a educação infantil, a obrigação constitucional de criar condições objetivas que possibilitem, de maneira concreta, em favor das “crianças até 5 (cinco) anos de idade” (CF, art. 208, IV), o efetivo acesso e atendimento em creches e unidades de pré-escola, sob pena de configurar-se inaceitável omissão governamental, apta a frustrar, injustamente, por inércia, o integral adimplemento, pelo Poder Público, de prestação estatal que lhe impôs o próprio texto da Constituição Federal. - A educação infantil, por qualificar-se como direito fundamental de toda criança, não se expõe, em seu processo de concretização, a avaliações meramente discricionárias da Administração Pública nem se subordina a razões de puro pragmatismo governamental. - Os Municípios - que atuarão, prioritariamente, no ensino fundamental e na educação infantil (CF, art. 211, § 2º) - não poderão demitir-se do mandato constitucional, juridicamente vinculante, que lhes foi outorgado pelo art. 208, IV, da Lei Fundamental da República, e que representa fator de limitação da discricionariedade político-administrativa dos entes municipais, cujas opções, tratando-se do atendimento das crianças em creche (CF, art. 208, IV), não podem ser exercidas de modo a comprometer, com apoio em juízo de simples conveniência ou de mera oportunidade, a eficácia desse direito básico de índole social. - Embora inquestionável que resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, ainda que em bases excepcionais, determinar, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas, sempre que os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político- jurídicos que sobre eles incidem em caráter impositivo, vierem a comprometer, com a sua omissão, a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional.

DESCUMPRIMENTO DE POLÍTICAS PÚBLICAS DEFINIDAS EM SEDE CONSTITUCIONAL: HIPÓTESE LEGITIMADORA DE INTERVENÇÃO JURISDICIONAL. - O Poder Público - quando se abstém de cumprir, total ou parcialmente, o dever de implementar políticas públicas definidas no próprio texto constitucional - transgride, com esse comportamento negativo, a própria integridade

da Lei Fundamental, estimulando, no âmbito do Estado, o preocupante fenômeno da erosão da consciência constitucional. Precedentes: ADI 1.484/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.. - A inércia estatal em adimplir as imposições constitucionais traduz inaceitável gesto de desprezo pela autoridade da Constituição e configura, por isso mesmo, comportamento que deve ser evitado. É que nada se revela mais nocivo, perigoso e ilegítimo do que elaborar uma Constituição, sem a vontade de fazê-la cumprir integralmente, ou, então, de apenas executá-la com o propósito subalterno de torná-la aplicável somente nos pontos que se mostrarem ajustados à conveniência e aos desígnios dos governantes, em detrimento dos interesses maiores dos cidadãos. - A intervenção do Poder Judiciário, em tema de implementação de políticas governamentais previstas e determinadas no texto constitucional, notadamente na área da educação infantil (RTJ 199/1219-1220), objetiva neutralizar os efeitos lesivos e perversos, que, provocados pela omissão estatal, nada mais traduzem senão inaceitável insulto a direitos básicos que a própria Constituição da República assegura à generalidade das pessoas. Precedentes. A CONTROVÉRSIA PERTINENTE À “RESERVA DO POSSÍVEL” E A INTANGIBILIDADE DO MÍNIMO EXISTENCIAL: A QUESTÃO DAS “ESCOLHAS TRÁGICAS”. - A destinação de recursos públicos, sempre tão dramaticamente escassos, faz instaurar situações de conflito, quer com a execução de políticas públicas definidas no texto constitucional, quer, também, com a própria implementação de direitos sociais assegurados pela Constituição da República, daí resultando contextos de antagonismo que impõem, ao Estado, o encargo de superá-los mediante opções por determinados valores, em detrimento de outros igualmente relevantes, compelindo, o Poder Público, em face dessa relação dilemática, causada pela insuficiência de disponibilidade financeira e orçamentária, a proceder a verdadeiras “escolhas trágicas”, em decisão governamental cujo parâmetro, fundado na dignidade da pessoa humana, deverá ter em perspectiva a intangibilidade do mínimo existencial, em ordem a conferir real efetividade às normas programáticas positivadas na própria Lei Fundamental. Magistério da doutrina. - A cláusula da reserva do possível - que não pode ser invocada, pelo Poder Público, com o propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar a implementação de políticas públicas definidas na própria Constituição - encontra insuperável limitação na garantia constitucional do mínimo existencial, que representa, no contexto de nosso ordenamento positivo, emanção direta do postulado da essencial dignidade da pessoa humana. Doutrina. Precedentes. - A noção de “mínimo existencial”, que resulta, por implicitude, de determinados preceitos constitucionais (CF, art. 1º, III, e art. 3º, III), compreende um complexo de prerrogativas cuja concretização revela-se capaz de garantir condições adequadas de existência digna, em ordem a assegurar, à pessoa, acesso efetivo ao direito geral de liberdade e, também, a prestações positivas originárias do Estado, viabilizadoras da plena fruição de direitos sociais básicos, tais como o direito à educação, o direito à proteção integral da criança e do adolescente, o direito à saúde, o direito à assistência social, o direito à moradia, o direito à alimentação e o direito à segurança. Declaração Universal dos Direitos da Pessoa Humana, de 1948 (Artigo XXV). A PROIBIÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL COMO OBSTÁCULO CONSTITUCIONAL À FRUSTRAÇÃO E AO

INADIMPLEMENTO, PELO PODER PÚBLICO, DE DIREITOS PRESTACIONAIS. - O princípio da proibição do retrocesso impede, em tema de direitos fundamentais de caráter social, que sejam desconstituídas as conquistas já alcançadas pelo cidadão ou pela formação social em que ele vive. - A cláusula que veda o retrocesso em matéria de direitos a prestações positivas do Estado (como o direito à educação, o direito à saúde ou o direito à segurança pública, v.g.) traduz, no processo de efetivação desses direitos fundamentais individuais ou coletivos, obstáculo a que os níveis de concretização de tais prerrogativas, uma vez atingidos, venham a ser ulteriormente reduzidos ou suprimidos pelo Estado. Doutrina. Em consequência desse princípio, o Estado, após haver reconhecido os direitos prestacionais, assume o dever não só de torná-los efetivos, mas, também, se obriga, sob pena de transgressão ao texto constitucional, a preservá-los, abstendo-se de frustrar - mediante supressão total ou parcial - os direitos sociais já concretizados. LEGITIMIDADE JURÍDICA DA IMPOSIÇÃO, AO PODER PÚBLICO, DAS "ASTREINTES". - Inexiste obstáculo jurídico-processual à utilização, contra entidades de direito público, da multa cominatória prevista no § 5º do art. 461 do CPC. A "astreinte" - que se reveste de função coercitiva - tem por finalidade específica compelir, legitimamente, o devedor, mesmo que se cuide do Poder Público, a cumprir o preceito, tal como definido no ato sentencial. Doutrina. Jurisprudência.¹¹⁷

Nesse passo, observa-se o dever de agir por parte do Administrador Público, a omissão do Estado importa em flagrante violação aos direitos fundamentais das crianças e adolescentes como, por exemplo à saúde, educação, etc. É oportuno dizer que não servem como excusas para o descumprimento dos deveres constitucionais a ausência de recursos ou a existência de restrições previstas em regulamento administrativo, pois, observada a hierarquia das normas, deve prevalecer o direito assegurado na Carta Constitucional bem como no ECA. A propósito:

ECA.AÇÃO CIVIL PÚBLICA. SAÚDE. DIREITO DO MENOR A INTERNAÇÃO COMPULSÓRIA (PSIQUIÁTRICA) DE QUE NECESSITA. OBRIGAÇÃO DO ENTE PÚBLICO DE FORNECÊLA.AUSÊNCIA DE INTERESSE EM RECORRER. DESCABIMENTO DE REEXAME NECESSÁRIO.

1.Os entes públicos têm o dever de fornecer gratuitamente a internação para tratamento de dependente químico de que necessita o adolescente, cuja família não tem condições de custear. 2. Se o Município foi intimado da antecipação de tutela e a providência determinada foi prontamente cumprida, sem que tenha sido interposto o

¹¹⁷ ARE 639337 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 23/08/2011, DJe-177 DIVULG 14-09-2011 PUBLIC 15-09-2011 EMENT VOL-02587-01 PP-00125.

recurso adequado no momento próprio, não tem o recorrente interesse em recorrer relativamente a essa parte da sentença. Inteligência do art. 503, CPC. 3. Não estão sujeitas ao reexame necessário as causas em que a condenação não supera o valor de sessenta salários mínimos. Inteligência do art. 475, § 2º, do CPC. Reexame necessário e recurso não conhecidos.¹¹⁸

É necessário ter em mente que o poder judiciário tem o papel de intervir nos poderes Executivos e Legislativos quando ocorrer violação dos direitos fundamentais das pessoas em singular processo de desenvolvimento, e que, portanto, tem necessidades específicas que devem ser bem estruturadas. Os referidos direitos fundamentais precisam ser protegidos do abuso e arbítrio estatal, como também do tratamento negligente, maus tratos, inclusive abuso sexual, enquanto a criança estiver sob a custódia dos pais, representante legal ou de qualquer outra pessoa responsável por ela.

É imperioso observar que o poder judiciário tem a função de zelar pelo cumprimento da Constituição e pela concretização da justiça social, entretanto não se pode afirmar que o controle judicial deve ocorrer em todas as hipóteses, mas, somente nos casos flagrantes de violação dos direitos fundamentais.

Assim, caso poder executivo ou legislativo não cumpra com suas obrigações, caberá ao judiciário, cobrar a disponibilização de demandas que visam resguardar os interesses afetos à crianças e adolescentes.

¹¹⁸ TJRS; APLRN70031028038; Erechim; Sétima Câmara Cível; Rel. Des. Sérgio Fernando Silva de Chaves; Julg. 30/09/2009; DJERS 08/10/2009; p. 50.

5 CONCLUSÃO

Diante de todo o exposto, conclui-se que para que haja a verdadeira efetivação dos direitos da infância e adolescência, embora no Brasil existem inúmeras leis que dão proteção as pessoas em desenvolvimento, inclusive no que tange aos de direitos fundamentais das crianças e dos adolescentes, o grande problema é saber se os direitos em comento estão sendo efetivadas. A ação civil pública é um dos instrumentos mais poderosos para garantir e materializar a efetividade de tais direitos

Inegavelmente, a partir do momento em que infantes e adolescentes são reconhecidos pela sociedade como pessoas em desenvolvimento, vulneráveis e indefesos e em decorrência de tal condição, necessitam assim de proteção e cuidados, tornam-se sujeitos de direitos e garantias perante o ordenamento jurídico, iniciando dessa forma uma cultura protetiva à infância e a adolescência.

Além do amparo Constitucional, o público infanto-juvenil possui seus direitos regidos por um estatuto próprio, o ECA, sendo tal categoria tratada com prioridade absoluta, proteção integral e superior interesse, cabendo a todos os Entes da Federação o papel de resguardar tais direitos, juntamente com a família e a sociedade.

Para o pleno desenvolvimento de infantes e adolescentes, famílias, sociedade e Estado devem cumprir com os seus deveres de responsabilidade para com tais seres em desenvolvimento, tendo em vista necessitarem de orientação, acompanhamento, atenção, cuidados e educação.

Da mesma forma compete ao Estado, através do desenvolvimento de políticas públicas voltadas a proteção à infância e à adolescência, bem como a sociedade, resguardar os direitos das crianças e adolescentes, pois tal categoria compõe a comunidade e atuará diretamente na mesma.

Mesmo existindo situações em que o judiciário atua para garantir o mínimo, há situações que mesmo, por exemplo, o Estado sendo condenado a determinada obrigação de fazer, ainda assim as prestações muitas vezes demoram ou mesmo não ocorrem como é o caso, por exemplo, a existência de uma retaguarda de atendimento as crianças e adolescentes que são viciadas em drogas, infelizmente em alguns Estado essa prestação não existe.

Dentre os inúmeros co-legitimados que atuam em defesa dos direitos as crianças e adolescente, faz-se necessário dizer o Ministério Público é um dos mais atuantes.

Para que exista uma efetividade maior da ação civil é preciso que a rede de atendimento e proteção à criança e ao adolescente seja articulada e integrada de modo organizado e sistêmico, incluindo assuntos como política de Estado, criando programas e serviços relevantes para que os direitos fundamentais sociais sejam efetivados em sua plenitude.

Inegavelmente, na medida em que os direitos básicos das pessoas em desenvolvimento são negligenciados ou violados, o poder judiciário é acionado devido a essa necessidade de decidir sobre questões envolvendo os direitos das crianças e adolescentes.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, João Batista de. **Aspectos controvertidos da ação civil pública**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

AMIN, Andréa Rodrigues. Dos Direitos Fundamentais. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (coord.). **Curso de direito da criança e do adolescente**. Aspectos Teóricos e Práticos. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora: Lumen Juris, 2007. p. 86.

_____. Título. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (coord.). **Curso de direitos da criança e do adolescente**: aspectos teóricos e práticos. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

ANDRADRE, Adriano; MASSON, Cleber; ALVES, Landolfo. **Interesses difusos e coletivos (esquemático)**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015.

BORDALHO, Galdino Augusto Coelho. Ministério Público. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (coord.). **Curso de direitos da criança e do adolescente**: aspectos teóricos e práticos. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p 527.

BRASIL. **Lei nº 8.069, de 1990. Estatuto da criança e do adolescente**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm>. Acesso em: 28 out. 2015.

_____. **Constituição da república federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 14 maio 2015.

CAPRISTANO, Márcio Anderson Silveira. **O conselho nacional do ministério público e o princípio da independência funcional dos membros do parquet**. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,o-conselho-nacional-do-ministerio-publico-e-o-principio-da-independencia-funcional-dos-membros-do-parquet,53328.html>. Acesso em: 15 out. 2015.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Ação civil pública**: comentários por artigo (Lei nº 7.347/85). Rio de Janeiro: Editora LumenJuris, 2009. p. 79.

CORNÉLIO, Fernanda Marques; OLIVEIRA FILHO, Renato Henrique Barbosa de. A legitimidade da defensoria pública para propor ação civil pública. **Âmbito jurídico**, Rio Grande, n. 114, jul. 2013. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13415>. Acesso em: 06 out. 2015.

CUNHA JR, Dirley. **Curso de direito constitucional**. 9.ed. Cidade: Editora Juspodivm, 2015.

_____.; NOVELINO, Marcelo. **Constituição federal para concursos**. 6. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2015. p.856.

DE PAULA, Paulo Afonso Garrido. In: **Direito da criança e do adolescente e tutela jurisdicional diferenciada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

DINAMARCO, Pedro da Silva. **Ação civil pública**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

EGITO, Melissa Barbosa Tabosa do. O Ministério Público e a efetivação dos Direitos Sociais. In: **Ministério Público do Estado do Rio Grande do Norte. Procuradoria Gral de Justiça. Direito Comunidade e Ministério Público Infância e Juventude**. Natal. 2011. p. 257.

ELIAS, Roberto João. **Direitos fundamentais da criança e do adolescente**. São Paulo: Saraiva, 2005.

FARIAS, Talden Queiroz; QUEIROGA, Victor Albuquerque. Ação Civil Pública e defesa do meio ambiente. **Âmbito jurídico**, 2006. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?artigo_id=1383&n_link=revista_artigos_leitura>. Acesso em: 16 out. 2014.

FENSTERSEIFER, Tiago. A legitimidade da Defensoria Pública para a propositura da Ação Civil Pública ambiental. **Revista magister de direito ambiental e urbanístico**, Porto Alegre, n. 17, p. 56-79, 2008.

FERRARI, Roseane. Análise doutrinária e jurisprudencial sobre a ação civil pública como instrumento processual e social de defesa do meio ambiente. **Revista eletrônica direito e política**, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.10, n.1, edição especial de 2015. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica.

FERREIRA, Lucia; BITTENCOUTT, Flávio. Direito à convivência familiar de crianças abrigadas. **Revista em Pauta**, v. 6, n. 23, p. 146, jul. 2009.

FONSECA, Antônio César Lima da. **Direitos da criança e do adolescente**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

GIDI, Antônio. **A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos: as ações coletivas em uma perspectiva comparada**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

GOMES, Roberto de Almeida Borges. O Ministério Público e a Inversão do ônus da Prova na Ação Civil pública ambiental. In: FARIAS, Cristina Chaves de; ALVES,

Leonardo Barreto Morreira; ROSENVAND, Nelson (Org). **Temas Atuais do Ministério Público**. 5. ed. Salvador, 2014. p. 486.

GRECO, Rogério. Principiologia Penal e Garantia Constitucional à intimidade. In: FARIAS, Cristina Chaves de; ALVES, Leonardo Barreto Moreira; ROSENVAND, Nelson (Org). **Temas Atuais do Ministério Público**. 5. ed. Salvador: Juspodivm, 2014. p. 677.

GUEIROS, Dalva Azevedo; OLIVEIRA, Rita de Cássia Silva. Direito à convivência familiar. **Revista serviço social e sociedade**, Ano XXVI, n.81, p.117-134, mar. 2005.

ISHIDA, Válter Kenji. **Estatuto da criança e do adolescente: doutrina e jurisprudência**. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 17.ed. São Paulo: Saraiva, 2013

LENZA, Pedro. **Teoria geral da ação civil pública**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

LOUREIRO, Caio Márcio. **Ação Civil Pública e o Acesso à Justiça**. São Paulo: Método, 2004. p. 204

MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. **Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teórico e prático**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Ação civil pública em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

MASSON, Natalia. **Manual de direito constitucional**. 3. ed. Cidade: Editora Juspodivm, 2015.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **A ação civil pública no estatuto da criança e do adolescente**. Disponível em: www.mazzilli.com.br/pages/artigos/acpnoeca Acesso em: 15 maio 2015.

MILARÉ, Édis. **Direito do ambiente: a gestão ambiental em foco, doutrina, jurisprudência, glossário**. Prefácio Ada Pellegrini Grinover. 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

MORAIS, Alexandre de. **Direitos fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º ao 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 20.

MOTA, Tércio de Sousa; BARBOSA, Erivaldo Moreira; MOTA, Gabriela Brasileiro Campos. Ação civil pública como instrumento de proteção ao meio ambiente. **Âmbito jurídico**, n. 86, 2011. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?artigo_id=9105&n_link=revista_artigos_leitura>. Acesso em: 16 out. 2016.

MUNDSTOCH, Cláudia Melina Kamaroski. Ação civil pública para tutela ambiental. **DireitoNet**. 2006. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/2994/Acao-Civil-Publica-para-tutela-ambiental>>. Acesso em: 15 out. 2015.

NETO, Pedro Jorge. **O ministério público e as principais ações em defesa dos direitos difusos e coletivos: Uma análise evolutiva**. http://www.mp.ce.gov.br/esmp/publicacoes/ed1/artigos/ministerio_publico_principais_acoes_defesa_direito_difuso_e_coletivo.pdf. Acesso em: 15 out. 2015.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de processo coletivo**, volume único. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito Constitucional descomplicado**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método: 2015.

PORTELLA, Simone de Sá. Considerações sobre o conceito de mínimo existencial. **Âmbito jurídico**, Rio Grande, XVII, n. 123, 2014. Disponível em: http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2407. Acesso em: 19 out. 2015.

ROCHA, João Carlos de Carvalho; HENRIQUES FILHO, Tarcísio Humberto Parreiras; CAZETTA, Ubiratan. **Ação civil pública. 20 anos da lei 7.347/85**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

SANTOS, Relva Garden Rolim dos. Ministério Público na Política Pública de Direitos e Garantias In: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE. Procuradoria de Justiça. **Direito, comunidade e ministério público: infância e juventude**. Natal: Centro de Estudos e Aperfeiçoamento, 2011, p. 438-439.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

SILVA, Paulo Márcio da. **Inquérito civil e ação civil pública. Instrumentos da tutela coletiva**. 1. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

SILVA JÚNIOR, Ivanaldo Soares da. Por uma concretização do Direito à cultura e educação das crianças e adolescentes potiguaras. In: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE. Procuradoria de Justiça. **Direito, comunidade e ministério público: infância e juventude**. Natal: Centro de Estudos e Aperfeiçoamento, 2011, p. 166.

SIRVINSKAS, Luís Paulo. **Manual de Direito Ambiental**. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 840.

SOUZA, Motaury Ciocchetti de. **Ação civil pública e inquérito civil**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

VERONESE, Josiane Rose Petry; SILVEIRA, Mayra. **Estatuto da Criança e do Adolescente comentado doutrina e jurisprudência**. São Paulo: Conceito Editorial, 2011.

VIANNA, Guaraci de Campos. **Direito infanto-juvenil: teoria, prática e aspectos multidisciplinares**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2004.