

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

JOSÉ EDNALDO COELHO ROSENDO DOS SANTOS

O PRINCÍPIO DA PRIORIDADE ABSOLUTA A CRIANÇA E AO ADOLESCENTE
PREVISTA NO ARTIGO 227 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

ARACAJU

2013

JOSÉ EDNALDO COELHO ROSENDO DOS SANTOS

O PRINCÍPIO DA PRIORIDADE ABSOLUTA A CRIANÇA E AO ADOLESCENTE
PREVISTA NO ARTIGO 227 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

Monografia apresentada como requisito de avaliação da disciplina Trabalho de Conclusão de Curso II, ministrada pela Professora Pós-doutora Hortência de Abreu Gonçalves, no 1º semestre de 2013, do curso de Bacharelado em Direito da Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe, a fim de obter o grau de bacharel em Direito.

ORIENTADOR:

Prof. Dr. Pedro Durão

ARACAJU

2013

FICHA CATALOGRÁFICA

SANTOS, José Ednaldo Coelho Rosendo dos

O princípio da prioridade absoluta a criança e ao adolescente previsto no artigo 227 da constituição federal / José Ednaldo Coelho Rosendo dos Santos. Aracaju, 2013. 50f.

Monografia (Graduação) – Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe/ Departamento de Direito, 2013.

Orientador: Prof. Dr. Pedro Durão.

1. Princípio da prioridade absoluta 2. Criança 3. Adolescente I. Título
CDU 347.638, 342.537.4 (813.7)

JOSÉ EDNALDO COELHO ROSENDO DOS SANTOS

O PRINCÍPIO DA PRIORIDADE ABSOLUTA A CRIANÇA E AO ADOLESCENTE
PREVISTO NO ARTIGO 227 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

Monografia apresentada como requisito de avaliação da disciplina Trabalho de Conclusão de Curso II, ministrada pela Professora Pós-doutora Hortência de Abreu Gonçalves, no 1º semestre de 2013, do curso de Bacharelado em Direito da Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe, a fim de obter o grau de bacharel em Direito.

Aprovado em _____ de _____ de 20____.

BANCA EXAMINADORA

Orientador

Prof. Dr. Pedro Durão

Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe

1º Avaliador

Prof. Me. Vitor Condorelli dos Santos

Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe

2ª Avaliadora

Profª. Me. Antonina Gallotti Lima Leão

Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe

Aos meus filhos amados, razão do meu
orgulho, sucesso e glória.

AGRADECIMENTOS

Era uma vez uma criança que tinha o sonho de um dia se tornar doutor.

Os anos se passaram e já na adolescência exerci vários ofícios: fui pescador, caranguejeiro, lixeiro... Que dias sofridos. Acordava bem cedinho, pegava meu carrinho e seguia a procura do lixinho.

Mesmo diante de tantas adversidades o sonho não desistia de meu sonho.

Os anos se passaram e durante doze anos segui puxando carroça e reciclando lixo.

Aos vinte anos de idade nasceu meu primeiro filho e aos vinte e um, num momento de esplendor, fui surpreendido pela classificação de uma música de minha autoria no maior festival de musica sergipana: “Novo Canto”. Era o tango brega “rasguei o seu retrato” (foi o maior sucesso!).

Aos vinte e dois nasceu minha filha. A família cresceu e do lixo não tinha mais como sobreviver.

Voltei a estudar aos vinte e três anos de idade (sem dúvida, um grande desafio) e, graças a Deus, consegui concluir o ensino fundamental.

Trabalhei como Agente de Saúde durante quase sete anos e, quando menos percebi, estava exercendo a função de Auxiliar de Enfermagem. Estava progredindo, mas ainda não era o que eu queria.

Nasce a terceira e, logo após, a quarta filha. O ensino médio já era uma realidade em minha vida e o lixo cada vez mais se distanciava. Ainda era pouco.

Fui eleito conselheiro tutelar ao passo, época em que nasceu Pietrinha, minha quinta filha.

Nesta altura eu já estava cursando o terceiro período de Design de Interiores e Paisagismo na Universidade Tiradentes e, tempos após, fui reconduzido a Conselheiro Tutelar para um segundo mandato.

Muitas coisas boas aconteceram de lá para cá, mas a melhor ainda está por vir.

O homem é do tamanho do seu sonho e, então, este dia chegou.

Agora não é mais sonho, é fato. Sonhei, busquei, conquistei e jamais desisti dos meus sonhos. Depois do sonho, vem meu objetivo e este só depende de mim.

É evidentemente que não caminhei sozinho, pois tive o apoio, a confiança e a compreensão de muitas pessoas que sempre estiveram comigo e, por isso, a elas devo muitos agradecimentos.

Primeiramente, agradeço a Deus Nosso Senhor pelo dom da vida, por não desistir de mim, por realizar os meus pedidos e por me conceder as oportunidades pessoais e profissionais de alcançar mais uma vitória em minha vida.

Agradeço à Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe – FANESE, na pessoa do Coordenador Geral do Curso de Direito, Professor Doutor Pedro Durão, pela dedicação e pela distinção em ter aceito a orientação desta monografia.

Aos professores da FANESE, em especial, Antonina Gallotti Lima Leão e Vitor Condorelli dos Santos, e demais funcionários. Jamais poderia esquecer também da minha professorinha do coração que me ensinou o “b-a ba”, Ruth Braz, na escolinha Eunice Dantas.

Ao meu grande ídolo e Pai, José Edgar, fonte de energia inesgotável de vida.

A minha mãe, Erusdeuza Rosendo dos Santos, que trilhou o meu caminho de luz.

O meu imensurável amor infinito aos meus filhos: Wendelgardgnem, Stephanye, Jenypher, Erusdeuza Neta e Pietrinha.

Aos sobrinhos queridos: Rhamon, alvaro, Rhaine, Esmeralda, Vitoria, Lucas, Luan e Luig.

Aos meus queridos irmãos que não mediram esforços para que eu alcançasse esta grandiosa etapa em minha vida: Edjavania, por acreditar incessantemente no meu potencial; Ednalvo, para quem eu tiro o meu chapéu por ser o espelho da minha alma, o principio da minha formação como homem (as cinquenta paginas da monografia são poucas para definir o meu amor e orgulho de tê-lo como irmão); Edvaldo, menino brincalhão que se tornou o grande homem da família; e Vanessa, pequena notável para quem eu sou super-herói.

A minha amada esposa Iolanda que em momento algum deixou que eu me desmotivasse; uma verdadeira guerreira.

Aos meus sogros Zezito (*in memoriam*) e Emilia (*in memoriam*), por terem dado o dom da vida ao meu maior presente.

A sensibilidade chegou de mansinho e conquistou o meu coração (essa é para você), Tio Dilson.

As minhas avós Raquel de Souza Sá e Petrina Bispo (*in memoriam*), pelo carinho e zelo que sempre me deram.

Aos meus avôs José Rosendo e João Amâncio (*in memoriam*), grandes homens de valor.

Expresso, ainda, os meus sinceros agradecimentos as minhas tias: Augusta, Conceição, Josefa, Gilda, Giselia, Gilvanete (*in memoriam*), Givalda e Rosário saudades eternas. Da mesma forma, aos meus tios: Antônio, Djenal, Marcos, Vange (*in memoriam*), João, Manoel, Marileno e Renato.

Aos meus primos: Arnaldo, Bento, Carlos, Cesar, Cleber, Edson, Eraldo, Hugo, João, Luiz, Marcos, Marcelo, Marcio, Mario, Pedro, Rezende, Robério, Valdomiro, Wesley (*in memoriam*) e Elias, eterno amigo-irmão.

As minhas primas: Andrea, Angelita, Aparecida, Augusta, Bernadete, Conceição, Cristina, Elisangela, Jaqueline, Juliana, Gabriela, Geovânia, Laurentina, Maiara, Marcela, Monica, Lucia, Priscila, Raquel, Renata, Simone e Sulze.

Aos meus cunhados: Eduardo, Isaac, Hamilton, Matheus, Orlando, Zezito, Willian, Zezito Jr e, em especial, Hibson, que sempre me deu forças para não desistir.

A todas minhas cunhadas: Aline, Evelin, Marlí, Lucia, Orlanda, Priscila, Rose.

Não poderia esquecer dos meus amigos e amigas: Acácia, Alessandro, Alexandre, Denílson (*in memoriam*), José, Henrique e Wilson.

Enfim, todos são muito importantes na minha trajetória.

Muito obrigado!

Toda criança nasce com o direito de ser. É um erro muito grave, que ofende o direito de ser, conceber a criança como apenas um projeto de pessoa, como alguma coisa que no futuro poderá adquirir a dignidade de um ser humano. É preciso reconhecer e não esquecer em momento algum, que, pelo simples fato de existir, a criança já é uma pessoa e por essa razão merecedora do respeito que é devido exatamente na mesma medida a todas as pessoas.

Dalmo de Abreu Dallari

RESUMO

Esta Monografia toma como base o princípio Constitucional da prioridade absoluta, vislumbrando de maneira sistemática e prática os direitos fundamentais da criança e do adolescente, consagrando criança e adolescente num patamar como sujeitos de direitos. Portanto esse tema é de grande importância a análise e o entendimento e a aplicação de cada um dos direitos fundamentais especiais de crianças e adolescentes e do dever elencado no artigo 227 da Constituição Federal de 1988, e artigo 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente Lei 8.069/90, quais sejam: 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, e o dever da família, sociedade e Estado, de uma forma a destacar e objetivar o direito da criança e do adolescente no cenário Jurídico.

PALAVRA-CHAVE: princípio da prioridade absoluta; criança; adolescente.

ABSTRACT

This Monograph is based on the principle of priority, Envisioning a practice the fundamental rights of children and adolescents, the putting on a level as subjects of rights. So this theme is very important to analyze and the understanding and application of each one of the Fundamental Rights of children and adolescents and Special duty listed in article 227 of the 1988 Federal Constitution, and article 4 of the Statute of children and adolescents which are: right to life, to health, to food, to education, to leisure, to professionalize, to culture, dignity, respect, freedom and familial and community, and the duty of the family, society and the State, in a way to stand out and Objectifying the right of children and adolescents in legal scenario.

KEYWORDS: principle of priority; child; teenager

SUMÁRIO

| | |
|---|----|
| 1 INTRODUÇÃO | 12 |
| 2 DO SURGIMENTO DO DIREITO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE | 15 |
| 2.1 Conceito | 15 |
| 2.2 Evolução Histórica do Direito da Criança e do Adolescente | 15 |
| 2.3 Família Como Base da Sociedade | 18 |
| 2.4 Proteção Constitucional às Crianças e Adolescentes | 20 |
| 3 DOS PRINCÍPIOS NORTEADORES DO DIREITO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE | 21 |
| 3.1 Princípio da Prioridade Absoluta | 21 |
| 3.2 Princípio do Superior Interesse | 25 |
| 3.3 Princípio da Municipalização | 27 |
| 4 DO PRINCÍPIO DA PRIORIDADE ABSOLUTA PREVISTO NO ART. 227 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL | 28 |
| 4.1 A Doutrina Jurídica da Proteção Integral | 28 |
| 4.1.1 Documentos Internacionais | 30 |
| 4.2 Da Situação Irregular à Proteção Integral | 31 |
| 4.3 Direitos fundamentais | 34 |
| 4.3.1 Direito à Vida | 36 |
| 4.3.2 Direito à Saúde | 37 |
| 4.3.3 Direito à Alimentação | 39 |
| 4.3.4 Direito à Convivência Familiar e Comunitária | 40 |
| 4.3.5 Direito à Liberdade, ao Respeito e à Dignidade | 41 |
| 4.3.6 Direito à Educação | 43 |
| 4.3.7 Direito à Cultura, ao Esporte e ao Lazer | 45 |
| 4.3.8 Direito à Profissionalização e à Proteção no Trabalho | 46 |
| 5 CONCLUSÃO | 48 |
| REFERÊNCIAS | 49 |

1 INTRODUÇÃO

A presente monografia abordará uma temática bastante atual que é o princípio da prioridade absoluta, englobando também os Direitos fundamentais da criança e do adolescente previsto no art. 227 da Constituição Federal e no art. 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Destacando cada direito fundamental especial às crianças e adolescentes como sujeitos de direitos. O art. 227 da Constituição Federal do Brasil reza sobre a Prioridade Absoluta que é conferida a criança e ao adolescente na garantia de seus direitos: É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, 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.

A Lei Orgânica da Assistência Social, Lei nº 8.742 de 1993 – LOAS estabelece que na organização dos serviços assistenciais também seja dada prioridade absoluta no atendimento à criança e ao adolescente.

Os direitos distinguidos no art. 227 da Constituição Federal, constituindo direitos fundamentais especiais, de grande valor na esfera jurídica pelo seu conceito eficaz, garantido pelo Estatuto da criança e do adolescente, o qual tem pela frente o desafio de tornar concreto e eficaz.

Estando à véspera do seu vigésimo terceiro ano de criação, a data é comemorada em todo o país. Para se chegar até esse fenômeno que é o Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA, Lei nº 8.069 de 1990, realizamos uma profunda reflexão sobre os seus avanços e retrocessos, bem como cumprir novos desafios culturais, ofertando medidas protetivas e pedagógicas. Proteção Vislumbrada no amparo da família, sociedade e Estado.

A prioridade absoluta concebida a criança e ao adolescente se solidifica no direito brasileiro como único determinado pela Constituição Federal, os demais princípios são corolários, e a sua proteção passa a ser dever da família, da sociedade e do Estado de maneira prioritária.

O clamor social transformou a proposta aos parlamentares de quase um milhão e meio de assinaturas, sendo votada nas duas casas legislativas a Emenda

Popular, nominada criança prioridade nacional, organizada pelo Movimento Nacional dos Meninos e Meninas de Rua “MNMMR” e Pastoral do Menor, ambos conseguiram mobilizar os brasileiros nos quatro cantos do país, a sociedade brasileira gritava por mudanças e pelo fim do descaso da doutrina irregular, a qual denominava entulho autoritário ou Código de Menores.

As Leis Criminais de 1969 e 1984, entendia que não havia caráter protetivo e sequer pedagógico, em disciplinar a criminalidade infanto-juvenil, não seria no Código Penal, necessitando de uma lei especial, criada em 1990, denominado Estatuto da Criança e do Adolescente, erradicando de vez o Código de Menores.

A Lei Estatutária define a luz do direito que o adolescente menor de 18 anos é detentor do superior interesse o tornando sujeito de direito e não mais objeto de punição, conseqüentemente aos moldes das medidas educativas, curativas e de caráter disciplinares ou medidas sócio-educativas. Comportando aspectos de caráter coercitivo, porque são punitivas para os adolescentes em conflito com a lei, e caráter educativo no entendimento da proteção integral.

A Convenção Internacional dos Direitos da Criança foi aprovada pela Assembleia Geral da ONU, em 20/11/1989. Acertadamente inserindo na Constituição Federal direitos fundamentais significativamente especiais a criança e ao adolescente, consagrando o Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei nº 8.069/90. Inaugurando o novo tempo, enfocando a proteção integral, sepultando o Código de Menores.

A partir deste momento histórico, torna-se realidade o sonho de perceber crianças e adolescentes como sujeitos de direitos, que vinha durante décadas, buscado intensamente pela sociedade. Toda mudança cultural causa alvoroço, a adaptação não se alcança de imediato num único momento, mas no caso em especial já era aguardada a descrita realização, chegando numa boa hora.

Sendo assim, o objetivo deste estudo é trazer à apreciação, dentro de um contexto jurídico fundado nos direitos humanos, e nas garantias dos direitos fundamentais desses seres constantes, da Declaração Universal dos Direitos Humanos, da Constituição Federal de 1988, Declaração Internacional dos Direitos da Criança e do Estatuto da Criança e do Adolescente e leis infraconstitucionais pertinentes.

A metodologia de pesquisa consiste num levantamento bibliográfico sobre a temática através de livros, artigos, revista científica e pesquisa na internet.

Como embasamento teórico deste trabalho foi utilizado a legislação específica e autores que abordam o tema.

Este trabalho monográfico foi desenvolvido objetivando maior compreensão do assunto, além de chamar a atenção da sociedade e do Estado, de ter um olhar especial, para a prioridade absoluta da criança e do adolescente perpetuados pela Constituição Federal, para que, a partir desse enfoque torne-se mais fácil a efetivação do Direito infanto-juvenil.

Considerando que inicialmente foi implantada no Brasil a doutrina da situação irregular, onde os direitos existentes eram apenas para a defesa da sociedade em prol dos infantes carentes/delinquentes. O entendimento era de que o Estado teria o dever de proteger os menores, mesmo que suprimindo suas garantias, já que o objetivo real era a proteção da sociedade em detrimento às garantias dos ditos “menores”.

Grandes mudanças sociais mudaram o foco de sociedade versus menores para prioridade absoluta da criança e do adolescente diante da sociedade. Consolidando as garantias fundamentais para estes com o advento da Carta Magna de 1988, e posteriormente com o Estatuto da Criança e do Adolescente, conclui-se que os direitos fundamentais refletem a proteção integral preconizada, representando um avanço no direito infanto-juvenil.

2 DO SURGIMENTO DO DIREITO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

2.1 Conceito

O Direito da Criança e do Adolescente é o conjunto de regras que disciplina as relações das crianças e dos jovens na família, sociedade e diante do Estado, com o objetivo de lhes garantir o integral e harmônico desenvolvimento físico, morais e intelectuais, com dignidade, liberdade e respeito.

O atual direito da infância tem início na Constituição Federal de 1988 e diante desse formato, poderia ser conceituado da seguinte forma:

O direito da infância e adolescente é o conjunto de normas e princípios, que visa garantir a criança e ao adolescente os direitos indispensáveis ao desenvolvimento integral de sua personalidade dentro de um clima de respeito à dignidade e liberdade.

Desta feita, apura-se que os direitos dessa parcela da sociedade visam a garantir seu desenvolvimento, observando o seu estado peculiar de pessoa em desenvolvimento. Sendo dever do Estado, da família e da sociedade dar efetividade a esses direito.

2.2 Evolução Histórica do Direito da Criança e do Adolescente

É possível observar que nas antigas civilizações os laços estabelecidos não eram de origem afetiva ou consanguínea e sim pelo culto a religião, desta forma, como cabia ao chefe da família às obrigações religiosas, também exercia o poder familiar (pátrio poder).

Nessa época, os filhos viviam sob a dominação do pai, independente da maior ou menor idade, já que não existia essa distinção. Os filhos eram objetos de direito, pois seu pai exercia um direito de propriedade sobre ele. Dessa forma tinha o poder direito de decisão inclusive sobre a vida e a morte dos filhos.

O tratamento dado aos filhos não era isonômico, já que segundo o Código de Manu, o primogênito era o filho gerado para o cumprimento dos deveres religiosos, e não bastava ser primogênito, tinha que ser do sexo masculino.

Em um segundo momento, alguns povos indiretamente procuraram resguardar interesses da população infanto-juvenil. Os romanos distinguiram entre menores impúberes e púberes, muito próximo das incapacidades absoluta e relativa de hoje. A distinção refletiu em um abrandamento nas sanções aplicadas às pratica de ilícito por menores púberes e impúberes ou órfãos.

Outros povos a exemplo dos visigodos proibiram o infanticídio, enquanto frísios restringiram o direito do pai sobre a vida dos filhos.

O cristianismo trouxe uma grande contribuição para o início do reconhecimento de direitos para as crianças, pegando o direito à dignidade para todos, inclusive para os menores. Como reflexo, atenuou a severidade de tratamento na relação pai e filho, pregando, contudo, o dever de respeito, aplicação pratica do quarto mandamento “honrar pai e mãe”.

Verifica-se que até então, as crianças eram tratadas como “res” não tinham direitos, eram objetos sujeitos a vontade do pai. Não existia diferença entre crianças e adulto, portanto, não havia proteção a estes como pessoas em formação.

Na modernidade a visão de coisa perdurou, sendo trilhado um caminho lento que possibilitasse a mudança de objeto para sujeito de direitos.

Inicialmente com a criação do Tribunal de Menores, nos Estados Unidos em 1899, trazendo sanções diferentes e procedimento sigiloso, resguardando a sua condição de hipossuficiência.

Após a segunda guerra mundial, em 1945, foi criada a ONU (Organização das Nações Unidas) e com ela novos paradigmas em relação a direitos, tanto dos homens em geral, quanto das crianças, através do Fundo da Nações Unidas para Infância (UNICEF), criada em 1946 para arrecadar fundos em provimento às crianças do pós-guerra.

Em 1959 a institucionalização da Declaração Internacional dos Direitos da Criança deu caráter de lei às responsabilidades dos pais e responsáveis, garantindo não só os direitos básicos a uma vida saudável e a educação, também o direito a serem amadas e compreendidas pelos pais e por toda a sociedade. Servindo essa declaração como regra internacional a ser recepcionada pelos países signatários. Para tanto observe-se o que prescreve o Princípio 6º da referida Declaração:

PRINCÍPIO 6º: Para o desenvolvimento completo e harmonioso de sua personalidade, a criança precisa de amor e compreensão. Criar-se-á, sempre que possível, aos cuidados e sob a responsabilidade

dos pais e, em qualquer hipótese, num ambiente de afeto e de segurança moral e material, salvo circunstâncias excepcionais, a criança da tenra idade não será apartada da mãe. À sociedade e às autoridades públicas caberá a obrigação de propiciar cuidados especiais às crianças sem família e aquelas que carecem de meios adequados de subsistência. É desejável a prestação de ajuda oficial e de outra natureza em prol da manutenção dos filhos de família numerosa (ONU, 1959).

A Convenção Internacional sobre dos Direitos da Criança de 1989, foi ratificada por 193 países, trazendo minuciosamente os direitos dos infantes, como pode ser observado do seu preâmbulo:

Tendo em conta que, conforme assinalado na Declaração dos Direitos da Criança, a criança, em virtude de sua falta maturidade física e mental, necessita de proteção e cuidados especiais, inclusive a devida proteção legal, tanto antes quanto após seu nascimento (ONU, 1989).

Instituiu-se a doutrina da proteção integral, atendendo dessa forma aos anseios dessa parcela da humanidade.

No Brasil antes de 1988 tínhamos um direito de infância, então tratado como um direito de menores. Como um seguimento autônomo, nasceu em 1927, a partir do primeiro código de menor (Código Melo Matos, juiz carioca que reuniu a legislação expressa sobre menor).

Foi substituído em 1979 pelo código editado pelo regime militar. Esse código de menor, não resistiu a Constituição Federal de 1988, pois era orientado pela doutrina da situação irregular. O Estado se preocupa com a situação da criança, mas de modo irregular, impróprio, propunha uma proteção com assento nos interesses do Estado (poder público) apenas sobre menores ditos em situação irregular (órfãos, advindos de famílias abaladas, menores com conduta antissocial, atividade delinquencial e, sobretudo, pobres). A partir da Constituição de 1988 esse código não tinha mais aplicação, pois apresentava três defeitos graves:

a) Efeito discriminatório – À medida que a proteção se dava apenas para menores em situação irregular;

b) Tutela dos menores como “objeto da proteção estatal” – Era uma tutela que se colocava de modo autoritário: o Estado tutelava os menores e os fazia objeto da sua proteção – a pessoa ficava completamente anulada, incapaz de ter vontade, sentimentos próprios;

c) Estabelecia uma proteção de caráter meramente retributivo, não preventivo. Era uma ação protetiva pós-violação de direitos, pois se só era possível proteger menores em situação irregular, equivale a dizer que seus direitos já haviam sido violados ou pelo menos ameaçados.

A Constituição implementou a Doutrina da proteção integral, que já era conhecida universalmente desde 1959 – com a Carta de Direitos da Criança (ONU). Quando da sua formulação foram instituídos direitos e garantias às crianças e adolescentes, consubstanciados principalmente no art. 227,

É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão (CF, 1988).

Estabelecendo dessa forma a prioridade absoluta para a criança e adolescente, sendo dever da família, da sociedade e do Estado garantir que seja efetivada a sua proteção observando esta prioridade.

Surge então o Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei nº 8069/90, para implementar os direitos e garantias Constitucionais, fortalecendo o princípio da proteção integral.

Observa-se desta feita que esses direitos evoluíram lentamente, sendo o marco divisor a Convenção Internacional sobre dos Direitos da Criança, fazendo com que o mundo os enxergasse não mais como objetos, mas como pessoas de direitos e mais como pessoas em desenvolvimento e por isso, merecedoras de prioridade por sua situação especial.

2.3 Família Como Base da Sociedade

Tradicionalmente a família é formada de pai, mãe e filhos, normalmente vindos de uma relação de casamento ou união estável, mas, atualmente a tem-se uma formação diferenciada, atendendo as demandas da sociedade, podendo ser no formato monoparental, comunitária ou homoparental.

Assim, vejamos o art. 226 e parágrafos da Constituição de 1988:

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

§1º. O casamento é civil e gratuita a celebração.

§2º. O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei.

§3º. Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

§4º. Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

§5º. Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

§6º. O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio.

§7º. Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

§8º. O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.

Desta feita é *mister* definir as várias formas de família:

a) Família clássica ou nuclear – Formada por pai e mãe, casados ou em união estável, e os filhos nascidos do casal ou por adoção.

b) Família monoparental – Formada por um dos pais, quer seja por divórcio, morte de uma das partes ou pais solteiros, e os filhos.

c) Família homoparental – Formada por dois pais ou duas mães e os filhos.

Desta forma família pode ser constituída de várias maneira, inclusive apenas pelo casal sem filhos ou mesmo por uma única pessoa, haja vista decisões do STF sobre bem de família de pessoal solteira.

A Constituição Federal também regula as obrigações da família em relação as criança e adolescentes no art. 227, quais sejam:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, 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.

Sendo, portanto, dever da família assegurar os direitos constitucionais das crianças e adolescentes.

2.4 Proteção Constitucional às Crianças e Adolescentes

É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente e o jovem, 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 é o que preceitua a Constituição em seu art. 227.

Determina o parágrafo 1º do art. supracitado que é dever do Estado promover programas de assistência integral à saúde da criança e do adolescente, admitida a participação de entidades não governamentais.

A doutrina da proteção integral deve obedecer aos seguintes preceitos, segundo o art. 227, §1º, I e II:

a) A aplicação de recursos públicos à saúde na assistência materno-infantil e criação de programas de prevenção e atendimento especializados para os portadores de deficiência física, sensorial ou mental, bem como de integração social do adolescente portador de deficiência, mediante o treinamento para o trabalho e a convivência, e a facilitação do acesso aos bens e serviços coletivos, com a eliminação de preconceitos e obstáculos arquitetônicos;

b) Idade mínima de 16 anos para admissão ao trabalho, salvo na condição de aprendiz a partir dos 14 anos;

c) Garantia de direitos previdenciários e trabalhistas;

d) Garantia de acesso do trabalhador adolescente à escola;

e) Garantia de pleno e formal conhecimento da atribuição de ato infracional, igualdade na relação processual e defesa técnica por profissional habilitado, segundo dispuser a legislação tutelar específica;

f) Obediência aos princípios de brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, quando da aplicação de qualquer medida privativa de liberdade;

g) Estimulo de poder público, por meio de assistência jurídica, incentivos fiscais e subsídios, nos termos da lei, ao acolhimento, sob a forma de guarda, de criança ou adolescente órfão ou abandonado.

3 DOS PRINCÍPIOS NORTEADORES DO DIREITO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

O Estatuto da Criança e do adolescente foi fundamentado sob a égide dos princípios norteadores do direito das pessoas em desenvolvimento, pois não há que se falar em regras sem que estas estejam fundamentadas nos princípios.

É *mister* observar o que diz CANOTILHO (1998, p. 1034) sobre princípios:

Os princípios são normas jurídicas impositivas de uma “otimização”, compatíveis com vários graus de concretização, consoante os condicionalismos “factico” e jurídicos; as regras são normas que prescreve imperativamente uma exigência (impõe, permitem ou proíbem) que é ou não cumprida; a convivência dos princípios coexiste, as regras antinômicas excluem-se. Consequentemente, os princípios, ao constituírem “exigência de otimização”, permitem o balanceamento de valores de interesse (não obedecem, como as regras, à lógica do “tudo ou nada”), consoante seu “peso” e a ponderação de outros princípios eventualmente conflitantes.

São Três os princípios orientadores dos direitos da criança e do adolescente, quais sejam o principio da prioridade absoluta, o principio do superior interesse e o principio da municipalização.

3.1 Princípio da Prioridade Absoluta

O art. 227 da Constituição Federal e o art. 4º do Estatuto tratam da necessidade de que a tutela dos interesses e direitos da criança e do adolescente se realize com prioridade absoluta, independentemente, portanto, de outros interesses ou direitos contrapostos. Nas hipóteses concretas, a tutela desses direitos será sempre de prioridade absoluta, excluindo quaisquer alternativas.

Nessa matéria não há discricionariedade política do Estado, pois a prioridade absoluta está posta expressamente pela Constituição de 1988. Logo, não cabe ao administrador optar pelo momento que considere mais oportuno para atender aos direitos dos infanto-juvenis.

O Estado não pode alegar a reserva do possível (ausência de orçamento) em detrimento ao princípio da prioridade absoluta. A doutrina moderna diz ainda que a reserva do possível precisa ser provada por quem a alega e não pode ser invocada quando se trata de garantir o mínimo existencial.

O Estatuto do Idoso usou toda a estrutura do ECA, nele consagrando também os princípios da proteção integral e garantia de prioridade absoluta. Isso acarretou uma dificuldade jurídica, pois é uma norma antinômica frente ao ECA, pois não há como dar prioridade absoluta a ambos. Para resolver questões de antinomia jurídica existem várias técnicas, e essa questão morre no primeiro critério, ou seja, o critério hierárquico da norma, pois a prioridade absoluta é conferida à criança e ao adolescente por força constitucional, já a prioridade absoluta conferida ao idoso é por força de lei ordinária.

Portanto o gestor não tem escolha entre construir uma escola infantil ou um centro para idosos, obrigatoriamente deverá efetivar a primeira opção.

A prioridade absoluta tem como objetivo realizar a proteção integral, assegurando primazia que facilitará a concretização dos direitos fundamentais enumerados no artigo 227 da Constituição e do artigo 4º do ECA, levando em conta a condição de pessoa em desenvolvimento, já que possuem uma fragilidade peculiar de pessoa em formação.

A responsabilidade de observar e efetivar este princípio é de todos, família, sociedade e o poder público que deve determinar em todas as suas esferas (legislativa, judiciária ou executiva) o respeito e resguardo, com primazia, dos direitos fundamentais infanto-juvenis.

O Ministério Público não tem se mantido calado diante das ilegalidades muitas vezes cometidas pelo administrador público, buscando a assinatura de termos de ajustamento de condutas – TACs, ou ajuizando ações civis públicas.

O Poder Judiciário, em muitos casos, também tem decidido com firmeza, no sentido de assegurar a prioridade constitucional. Lapidar o acórdão da primeira turma do Superior Tribunal de Justiça, que, fundamentada no princípio da prioridade absoluta, assegurou o direito fundamental à saúde. É ler:

APELAÇÃO CÍVEL. ECA. DIREITO À SAÚDE. FORNECIMENTO DE CONSULTA E CIRURGIA. INOCORRÊNCIA DE INÉPCIA DA INICIAL. LEGITIMIDADE PASSIVA DO ESTADO. ATENDIMENTO PRIORITÁRIO DAS DEMANDAS DE SAÚDE DA POPULAÇÃO INFANTO-JUVENIL. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. Manutenção do valor. DESINDEXAÇÃO. 1. Não há falar em inépcia da inicial em razão de formulação de pedido genérico, uma vez que se mostrou necessária a prévia avaliação médica para que se esclarecesse qual procedimento cirúrgico se mostraria indicado, embora já prescrita a necessidade de tal intervenção cirúrgica, que também foi objeto do pedido inicial. 2. Enquanto não houver manifestação definitiva do

STF no RE, ainda pendente de julgamento, cuja repercussão geral já foi admitida, para efeitos práticos - ante a jurisprudência consolidada no STJ - admite-se a solidariedade entre União, Estados e Municípios nas demandas que dizem respeito ao atendimento à saúde. 3. O direito à saúde, super direito de matriz constitucional, há de ser assegurado, com absoluta prioridade às crianças e adolescentes e é dever do Estado (União, Estados e Municípios) como corolário do direito à vida e do princípio da dignidade da pessoa humana. 4. Incontroversa a necessidade do tratamento e diante da absoluta prioridade devotada a demandas que envolvam a saúde de crianças e adolescentes, de acordo com os arts. 7º e 11, caput, ambos do Estatuto da Criança e do Adolescente, bem como o art. 227 da Constituição Federal, justifica-se o fornecimento da consulta e do procedimento cirúrgico postulados, assim como do transporte necessário para tanto. 5. São devidos honorários advocatícios pelo Estado em favor do procurador da parte autora, como prevê o art. 20 do CPC, pois tal verba é a remuneração do causídico e deve ser fixada em patamares condignos. 6. Impõe-se, porém, a desindexação dos honorários ao salário mínimo, ante o teor da súmula 201 do STJ. Por isso, acolhe-se em parte a inconformidade, no ponto, apenas para fixar os honorários em R\$ 545,00. (Apelação Cível nº 70046389177, Porto Alegre. Rel. Des. Luiz Felipe Brasil Santos, oitava Câmara Cível, j. 26 de janeiro de 2012)

Buscando efetivar o princípio da prioridade absoluta, a lei previu um rol mínimo de preceitos a serem seguidos para efetivar o texto constitucional.

Segundo DALLARI (1986, p. 26):

A enumeração não é exaustiva, não estando, ai, especificadas todas as situações em que deverá ser assegurada a preferência à infância e juventude, nem todas as formas de assegurá-la. Seguindo a mais moderna técnica legislativa, trata-se de uma norma aberta, com um mínimo legal, mas permissiva de uma interpretação ampla a permitir o respeito e aplicação da doutrina da proteção integral.

A primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias assegurada a crianças e adolescentes é a primeira garantia de prioridade estabelecida no parágrafo único do art. 4º da Lei nº 8.069 de 1990.

Na prestação de serviços públicos e de relevância pública crianças e jovens também gozam de primazia. Da mesma maneira, se o poder público precisar decidir se oferta vagas em projeto de alfabetização tardia para adultos ou de aceleração escolar para adolescentes, não havendo recursos para ambos, deve decidir por este último.

Mas, como toda norma, esta também deverá ser aplicada dentro dos limites do razoável.

Na formulação e na execução das políticas sociais públicas, a discricionariedade do poder público também estará limitada, pois há determinação legal, em se assegurar primazia quando estas políticas forem destinadas diretas ou indiretamente à população infanto-juvenil.

O art. 4º do Estatuto determina a destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e a juventude.

O exemplo foi dado pelo próprio legislador constituinte que reservou recursos nas três esferas do poder público para manutenção e desenvolvimento do ensino:

Art. 212 da CF. A união aplicará, anualmente, nunca menos de dezoito, e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios vinte e cinco por cento, no mínimo, da receita resultante de impostos, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino.

Desta feita, quando da elaboração do projeto de lei orçamentária o legislador deverá observar o Princípio da Prioridade Absoluta destinando verba para atender aos interesses da criança e adolescente. Cabendo aos agentes fiscalizadores não apenas fiscalizar o cumprimento da lei mais contribuir na sua elaboração.

Importante frisar ser de fundamental importância a atuação do Conselho Tutelar que, por força do artigo 136, IX, do ECA “deve assessorar o Poder Executivo local na elaboração da proposta orçamentária para planos e programas de atendimento dos direitos da criança e do adolescente.” É a cogestão do sistema jurídico infanto-juvenil, com atuação preventiva. Torna-se oportuno salientar que lei orçamentária não é estanque. Ao revés, possui mecanismos de remanejamento de verbas. No exercício desses mecanismos, por obvio deverá ser respeitada a opção do legislador constitucional de assegurar sempre prioridade para tutela dos interesses de crianças e adolescentes.

O que não se pode admitir, pois foge por completo de todo o razoável, é que o poder público, por exemplo, asfalte ruas, obra já prevista no orçamento aprovado, e não possa construir creche em local carente e sem educação infantil de qualquer espécie, ainda que condenado judicialmente, alegando “ausência de previsão orçamentária”.

Não há colisão entre princípios orçamentários e o princípio da prioridade absoluta, pois, como o próprio nome já o diz, é absoluta, não cabendo qualquer relativização do seu conteúdo.

O que falta é o respeito do nosso administrador público pela Lei Maior, não se furtando a descumpri-la, prestando um verdadeiro “desfavor público”. Vontade política é ingrediente fundamental para uma nação justa e democrática. Exigi-la é dever da sociedade. Forçá-la, é tarefa do Judiciário.

3.2. Princípio do Superior Interesse

Esse princípio teve origem em um instituto de proteção do direito saxônico chamado “*parens patrie*” que outorgava ao Estado a obrigação de guardar os indivíduos que não tinha capacidade jurídica completa que eram os menores e os loucos.

Por sua importância acabou sendo incorporada na Declaração dos Direitos da Criança, em 1959. Também sendo adotada pelo Código de Menores em seu artigo 5º, apesar de este ser regido pela doutrina da situação irregular.

O que acabou refletindo na Constituição Federal de 1988, quando adotou a proteção integral e reconhecendo direitos fundamentais para a infância e adolescência, mudando o paradigma do princípio do melhor interesse da criança, já que no Código de Menores a aplicação do melhor interesse limitava-se as crianças e adolescentes em situação irregular.

Com a adoção da doutrina da proteção integral, os limites desse princípio foram ampliados, atingindo não só as criança em situação irregular, mas, sendo aplicado a todo público infante-juvenil.

Isso se reflete nas relações familiares, principalmente nos litígios, vejamos:

BUSCA E APREENSÃO DE MENOR. GUARDA IRREGULAR. CRIANÇA RECÉM NASCIDA ENTREGUE A CASAL PELA GENITORA. CRIANÇA REGISTRADA PELO CASAL COMO SE FILHO DELES FOSSE. "ADOÇÃO A BRASILEIRA". PEDIDO DE GUARDA. CASAL JÁ INSCRITO NO CADASTRO DE ADOÇÃO. INSCRIÇÃO DEFERIDA. INTERESSE MAIOR A SER TUTELADO DA CRIANÇA. ARTIGO 227 DA CF E ART. 3º DO ESTATUTO DA CRIANÇA É DO ADOLESCENTE. INEXISTÊNCIA DE RISCO PARA A CRIANÇA. GUARDA CONCEDIDA. RECURSO PROVIDO. 1. Observa-se que não está o infante em situação de risco a justificar a retirada dos agravantes para colocá-la em abrigo. Dos autos

constatou-se que, a criança está sendo bem cuidada recebendo todo o amor e carinho necessário de uma família, que já tinha a intenção de adotar uma criança. 2. Em que pese ainda não tenha sido feito um estudo social, os agravantes foram considerados legalmente aptos a adotarem, de modo que não se pode falar em risco ao infante, em permanecer com os agravantes até o julgamento do mérito da ação. (Agravado de instrumento nº 453622-1, de Umuarama, Rel. Des. Costa Barros, ac. 9777 12ª Câm. Cível, j. 13/08/2008)

Ação de adoção. Recém-nascido entregue pela genitora aos autores. Despacho que determina o abrigamento do menor. Finalidade de obstar a criação de vínculo afetivo com os requerentes. Adequação. Pleito de manutenção do infante sob a guarda dos agravantes. Impossibilidade. Ausência de situação excepcional que autorize o deferimento da tutela requerida. Recurso desprovido. (Agravado de instrumento nº 478.931-1, de Ipiranga, Rel. Des. Clayton Camargo, ac. nº 10032 12ª Câm. Cível, j. 10/09/2008)

Esse princípio é norteador tanto para o legislador como para o aplicador do direito, onde o critério de interpretação da lei é a primazia das necessidades da criança e do adolescente.

Para tanto, na análise do caso concreto, antes mesmo de analisar as circunstâncias fáticas e jurídicas, deve observar o princípio do melhor interesse, efetivando assim, os direitos fundamentais.

AMIN (2006, p. 10) conclui que:

Infelizmente, nem sempre corresponde ao objetivo legal! Não raro, profissionais principalmente da área da infância e juventude, esquecem-se que o destinatário final da doutrina protetiva é a criança e o adolescente e não “o pai, a mãe, os avós, tios etc.” Muitas vezes, apesar de ser remotíssima a chance de reintegração familiar, porque, por exemplo, a criança está em abandono há anos, as equipes técnicas insistem em buscar um vínculo jurídico despido de afeto. Procura-se uma avó que já declarou não reunir condições de ficar com o neto, ou uma tia materna, que também não procura a criança ou se limita a visitá-la de três em três meses, mendigando-se caridade, amor, afeto. Enquanto perdura essa *via crucis*, a criança vai se tornando “filha do abrigo”, privada do direito fundamental à convivência familiar, ainda que não seja sua família consanguínea.

É necessário salientar que este Princípio não é um permissivo para que outros Princípios não sejam observados, mas sim, que sejam balanceados interesses, principalmente se há princípios conflitantes, devendo preponderar o que melhor atender as necessidades do infante no caso concreto.

Portanto, sendo princípio norteador, o melhor interesse deve ser sempre observado e perseguido por todos, dentro das devidas proporções.

3.3 Princípio da Municipalização

A Constituição da República, em seu art. 204, I, descentralizou as ações governamentais, dentre elas as ações de assistência social. Dessa forma a execução dos programas de política assistencial, passou a ser de competência dos Estados e Municípios, sendo atribuído também a entidades beneficentes e de assistência social.

O Estatuto da criança e do adolescente em seu art. 88, I diz que são diretrizes da política de atendimento a municipalização do atendimento. Essa necessidade se dá para atender as necessidades específicas de cada região, além da proximidade com as causas específicas dos problemas existentes, facilitando a sua resolução.

O inciso II do art. 88 traz uma das formas da municipalização, que é a criação de Conselhos Tutelares municipais, além de órgãos deliberativos e controladores, tudo para garantir a participação popular e paritária, através de organismos representativos.

Depreende-se que a municipalização objetiva aproximar as políticas públicas de assistência social, endereçadas as crianças e adolescentes, mais eficientes, uma vez que estarão mais próximas da realidade de cada município, tudo isso viabilizada principalmente por intermédio dos Conselhos Tutelares, atuantes junto às comunidades.

4 DO PRINCÍPIO DA PRIORIDADE ABSOLUTA PREVISTO NO ART. 227 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

A Constituição Federal determina que primeiro a família e, supletivamente, o Estado e a sociedade tem o dever de assegurar, por todos os meios, de todas as formas e com absoluta prioridade, todos os direitos inerentes à constituição de um homem civilizado.

GOMES (1990, p. 234) conclui que:

Por absoluta prioridade devemos entender que a criança e o adolescente deverão estar em primeiro lugar na escala de preocupação dos governantes; devemos entender que, primeiro, devem ser atendidas todas as necessidades das crianças e adolescentes, pois o maior patrimônio de uma nação é o seu povo, e o maior patrimônio de um povo são suas crianças e jovens.

Na área administrativa, enquanto não existirem creches, escolas, postos de saúde, atendimento preventivo e emergencial as gestantes, dignas moradias e trabalho, entre outros, não há que se falar em absoluta prioridade, porque a vida, a saúde, o lar, a prevenção de doenças são mais importantes que qualquer obra para demonstrar o poder do governante.

O Estatuto indica o mecanismo de sua exigibilidade, além de descrever e enumerar os direitos da criança e do adolescente. A destinação privilegiada dos recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e a juventude estão asseguradas nos artigos 59, 87, 88, e 261, parágrafo único do ECA.

Os Tribunais têm reiteradamente, e com acerto, firmado entendimento reconhecendo que o interesse da criança e do adolescente deve prevalecer sobre qualquer outro interesse, quando seu destino estiver em discussão.

4.1 A Doutrina Jurídica da Proteção Integral

O fundamento da existência do direito de infância é o reconhecimento da condição peculiar da criança e do adolescente. Crianças e adolescentes não são pessoas comuns, mas pessoas em condição peculiar de desenvolvimento, carecendo de um apoio externo para o desenvolvimento da sua personalidade.

A doutrina que informa atualmente o direito de infância é a chamada “Doutrina da Proteção Integral”, que tem como fonte a Carta de Direitos da Criança

da ONU, de 1959. Essa doutrina foi consagrada pela Constituição Federal de 1988 em seus artigos 227 e 228.

Essa doutrina impõe o reconhecimento de que toda criança e jovem são pessoas em formação e, portanto, em condição peculiar de existência, carentes de uma tutela específica como forma de garantir o integral desenvolvimento de sua personalidade, como sujeitos de direitos.

Sua proposta é:

a) Reconhecer na criança e no adolescente a situação de pessoas em condição peculiar de desenvolvimento. Como estão em inegável condição de vulnerabilidade são carecedoras de uma tutela mais efetiva por parte do Estado, da família e da sociedade como garantia do desenvolvimento harmônico e integral da sua personalidade;

b) Crianças e jovens carecem, portanto, de uma tutela jurídica especial efetiva, afinada com sua condição particular e não uma proteção jurídica genérica. Transforma crianças e jovens em sujeitos de direitos fundamentais específicos. À luz do Código de menores, eles não eram encarados como sujeitos, mas como objeto da proteção do estado, e nessa condição eles não podia expressar sua vontade, não possuíam qualquer autonomia, eram tidas como incapazes de pensar etc.;

c) A tutela jurídica deve ser sempre universalizada. A proteção integral deve alcançar toda e qualquer criança e jovem, independentemente de sua condição econômica, social, familiar, entre outros;

d) Essa proteção jurídica deve se realizar sempre sob a marca da prevenção geral e especial, de modo a se afastar permanentemente não só violações, mas também ameaças a esses direitos. Prevenção significa a atuação do estado, família e sociedade de modo preventivo para criar condições propícias à proteção integral, evitando o próprio problema.

Segundo AMIN (2006, p 13):

Superou-se o Direito tradicional, que não percebia a criança como indivíduo e o Direito moderno do menor incapaz, objeto de manipulação dos adultos. Na era pós-moderna a criança e o adolescente são tratados como sujeito de direitos, em sua integralidade.

4.1.1 Documentos Internacionais

O primeiro documento internacional que expôs a preocupação em se reconhecer direitos a crianças e adolescentes foi a Declaração dos Direitos da Criança de Genebra, em 1924, promovida pela Liga das Nações.

Contudo, foi a Declaração Universal dos Direitos da Criança, adotada pela ONU em 1959, o grande marco no reconhecimento de crianças como sujeitos de direitos, carecedoras de proteção e cuidados especiais.

O documento estabeleceu, dentre outros princípios: proteção especial para o desenvolvimento físico, mental, moral e espiritual educação gratuita e compulsória; prioridade em proteção e socorro; proteção contra a negligência, crueldade e exploração; proteção contra atos de discriminação.

A ONU, atenta aos avanços e anseios sociais, mormente no plano dos direitos fundamentais, reconheceu que a atualização do documento se fazia necessária. Em 1979 montou um grupo de trabalho com o objetivo de preparar o texto da Convenção dos Direitos da Criança, aprovado em novembro de 1989 pela Resolução nº 44.

Pela primeira vez, foi adotada a doutrina da proteção integral fundada em três pilares:

- a) Reconhecimento da peculiar condição da criança e jovem como pessoa em desenvolvimento, titular de proteção especial;
- b) Crianças e jovens tem direitos a convivência familiar;
- c) Nações subscritoras obrigam-se a assegurar os direitos insculpidos na Convenção com absoluta prioridade.

Em setembro de 1990, como um primeiro passo na busca da efetividade da Convenção dos Direitos da Criança, foi realizado o Encontro Mundial de Cúpula pela Criança, no qual representante de 80 países, entre eles o Brasil, assinaram a Declaração Mundial sobre a Sobrevivência, a Proteção e o Desenvolvimento da Criança. No mesmo Encontro, foi ainda lançado o Plano de Ação para a década de 90, cujos signatários assumiram o compromisso de promover a rápida implementação da Convenção, comprometendo-se ainda, a melhorar a saúde de crianças e mães e combater a desnutrição e o analfabetismo.

4.2 Da Situação irregular à proteção integral

A doutrina da proteção integral estabelecida no artigo 227 da Constituição da República substituiu a doutrina da situação irregular, oficializada pelo Código de Menores de 1979, mas de fato já implícita no Código Mello Matos, de 1927.

Trata-se, em verdade, não de uma simples substituição terminológica ou de princípios, mas sim de uma mudança de paradigma.

A doutrina da situação irregular que ocupou o cenário jurídico infanto-juvenil por quase um século, era restrita. Limitava-se a tratar daqueles que se enquadravam no modelo pré-definido de situação irregular, estabelecido no artigo 2º do Código de Menores.

Compreendia o menor privado de condições essenciais à sua subsistência, saúde e instrução obrigatória, em razão da falta, ação ou omissão dos pais ou responsável; as vítimas de maus-tratos; os que estavam em perigo moral, por se encontrarem em ambientes ou atividades contrárias aos bons costumes; o autor de infração penal e ainda todos os menores que apresentassem “desvio de conduta, em virtude de grave inadaptação familiar ou comunitária”.

Aqui se apresentava o campo de atuação do Juiz de Menores, restrito ao binômio carência/delinquência. Todas as demais questões que envolvessem crianças e adolescentes deveriam ser discutida na Vara de Família e regida pelo Código Civil.

De acordo com AMIN (2006, p. 15):

Se os conceitos ontológicos fundamentam o capítulo referente à família no Código Civil brasileiro, dando origem a um ramo das ciências jurídicas, que é o Direito de Família, os hábitos e os costumes social e culturalmente aceitos no Brasil fundamentaram uma legislação paralela, o Direito do Menor, destinada a legislar sobre aqueles que não se enquadravam dentro do protótipo familiar concebido pelas elites intelectuais e jurídicas.

O Juiz de Menores centralizava as funções jurisdicionais e administrativas, muitas vezes dando forma e estruturando a rede de atendimento. Enquanto era certa a competência da Vara de Menores, pairavam indefinições sobre os limites de atuação do Juiz.

Apesar das diversas medidas de assistência e proteção previstas pela lei para regularizar a situação dos menores, a prática era de uma atuação segregatória na qual, normalmente, estes eram levados para internatos ou, no caso de infratores, instituídos de detenção mantidos pela FEBEM. Inexistia preocupação em manter vínculos familiares, até porque a família ou a falta dela era considerada a causa da situação irregular.

Em resumo, a situação irregular era a doutrina não universal, restrita, de forma quase absoluta, a um limitado público infanto-juvenil.

Segundo CUNHA (1996, p. 98), os menores considerados em situação irregular passam a ser identificados por um rosto muito concreto: são os filhos das famílias empobrecidas, geralmente negros ou pardos, vindo do interior e das periferias.

Não era uma doutrina garantista, até porque não enunciava direitos, mas apenas pré-definia situações e determinava uma atuação de resultados. Agia-se apenas na consequência e não na causa do problema, “apagando-se incêndios”. Era um Direito do Menor, ou seja, que agia sobre ele, como objeto de proteção e não como sujeito de direitos. Daí a grande dificuldade de, por exemplo, exigir do poder público construção de escolas, atendimento pré-natal, transporte escolar, direitos fundamentais que, por não encontrarem previsão no Código Menorista, não eram passíveis de execução.

A doutrina da proteção integral, por outro lado, rompe o padrão pré-estabelecido e absorve os valores insculpidos na Convenção dos Direitos da Criança. Pela primeira vez, crianças e adolescentes titularizam direitos fundamentais, como qualquer ser humano. Passamos assim, a ter um Direito da Criança e do Adolescente, em substituição ao Direito do Menor, amplo, abrangente, universal e, principalmente, exigível.

A conjuntura político-social vivida nos anos 80 de resgate da democracia e busca desenfreada por direitos humanos, acrescida da pressão de organismo social nacional e internacional levaram o legislador constituintes a promulgar a “Constituição Cidadã” e nela foi assegurado com absoluta prioridade às crianças e adolescentes 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.

A responsabilidade em assegurar o respeito a esses direitos foi diluída solidariamente entre família, sociedade e Estado, em uma perfeita cogestão e corresponsabilidade.

Apesar do artigo 227 da Constituição da República ser definidor, em seu *caput*, de direitos fundamentais e, portanto, ser de aplicação imediata, coube ao Estatuto da Criança e do Adolescente a construção sistêmica da doutrina da proteção integral.

A nova lei, como não poderia deixar de ser *ab initio* estendeu seu alcance a todas as crianças e adolescentes, indistintamente, respeitada sua condição peculiar de pessoas em desenvolvimento.

Para fins protetivos, levou-se, em linha de conta, eventual risco social, situação pré-definida no artigo 98 da Lei nº 8069/90 e, não mais a situação irregular. Trata-se de um tipo aberto, conforme a melhor técnica legislativa, que permite ao Juiz e operadores da rede uma maior liberdade na análise dos casos que ensejam medidas de proteção. O artigo 98 não é uma norma limitadora das aplicações do ECA, mas delimitadora, principalmente, do campo de atuação do Juiz da Infância na área não infracional.

Com o fim de garantir efetividade à doutrina da proteção integral a nova lei previu um conjunto de medidas governamentais aos três entes federativos, através de políticas sociais básicas, políticas e programas assistência sociais, serviços essenciais de prevenção e atendimento médico e psicossocial, às vítimas de negligência, maus-tratos, abuso e proteção jurídico-social por entidades da sociedade civil.

Adotou-se o princípio da descentralização político-administrativa, materializando-o na esfera municipal pela participação direta da comunidade através do Conselho Municipal de Direitos e Conselho Tutelar. A responsabilidade pela causa da infância ultrapassa a esfera do poder familiar e recai sobre a comunidade da criança ou do adolescente e sobre o poder público, principalmente o municipal, executor da política de atendimento, de acordo com o artigo 88, I do Eca.

Ao Juiz coube a função que lhe é própria: julgar. A atuação *ex officio* não se encontra elencada nos artigos 148 e 149 da legislação estatutária, mas apenas as restritas à função judicante e normativa. Agora é a própria sociedade através do Conselho Tutelar que atua, diretamente, na proteção de suas crianças e jovens, encaminhando à autoridade judiciária os casos de sua competência e ao Ministério

Público notícias de fato que constitua infração administrativa ou penal contra os direitos da criança ou do adolescente.

A atuação do Ministério Público no sistema garantista do ECA foi sobre maneira ampliada a tendência preconizada pela Constituição Federal que promove o *Parquet* a agente de transformação social.

Em suma, no campo formal a doutrina da proteção integral está perfeitamente delineada. O desafio é torná-la real, efetiva, palpável. A tarefa não é simples. Exige conhecimento aprofundado da nova ordem, sem esquecermos as lições e experiências do passado. Além disso, e principalmente, exige um comprometimento de todos os agentes – Judiciário Ministério Público, Executivo, técnicos, sociedade civil, família – em querer mudar e adequar o cotidiano infanto-juvenil a um sistema garantista.

4.3 Direitos Fundamentais

Os direitos fundamentais seriam os direitos do homem, jurídico institucionalmente garantidos e limitados no espaço e no tempo, e que os direitos fundamentais seriam os direitos subjetivamente vigentes numa ordem jurídica concreta.

Esses direitos, inatos ao ser humano, mais variáveis ao longo da história, estão atualmente dispostos na Declaração Universal dos do Homem e do Cidadão e presentes no Estado Democrático de Direito. Eles se opõem ao Estado, limitando e condicionando sua atuação.

BOBBIO (2004, p. 32), distingue-se três fases no desenvolvimento dos direitos do homem:

Num primeiro momento, afirmaram o direito de liberdade, isto é, todos aqueles direitos que tendem a limitar o poder do Estado e a reservar para o indivíduo, ou para grupos particulares, uma esfera de liberdade em relação ao Estado; num segundo momento, foram propugnados direitos políticos, os quais – os quais concebendo a liberdade não apenas negativamente, como não impedimento, mas positivamente como autonomia – tiveram como consequência a participação cada vez mais ampla, generalizada e frequente dos membros de uma comunidade no poder político (ou liberdade no Estado); finalmente, foram proclamados os direitos sociais, que expressam o amadurecimento de novas exigências – podemos dizer, de novos valores – como o bem estar e da igualdade não apenas

formal, e que poderíamos chamar de liberdade através ou por meio do Estado.

Em se tratando de crianças e adolescentes, o legislador constituinte particularizou dentre os direitos fundamentais, aqueles que se mostram indispensáveis à formação do indivíduo ainda em desenvolvimento, elencando-os no *caput* do art. 227. São eles: 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.

Esta proteção estabeleceu, dentre outros princípios: proteção especial para o desenvolvimento físico, mental, moral e espiritual educação gratuita e compulsória; prioridade em proteção e socorro; proteção contra a negligência, crueldade e exploração; proteção contra atos de discriminação.

Conhecer o passado é um importante instrumento para entendermos melhor o presente e construirmos o futuro.

MACHADO (2003, p. 193), afirma,

[...] serem os direitos elencados no *caput* do artigo 227 e 228 da CF/88 também direitos fundamentais da pessoa humana, pois o direito à vida, à liberdade, à igualdade mencionados no *caput* do artigo 5º da CF referem-se a mesma vida, liberdade, igualdade descritas no artigo 227 e § 3º do artigo 228, ou seja, tratam-se de direitos da mesma natureza, sendo todos direitos fundamentais.

Porém, os direitos fundamentais de que trata o artigo 227 são direitos fundamentais de uma pessoa humana de condições especiais, qual seja pessoa humana em fase de desenvolvimento.

Os direitos fundamentais de crianças e adolescentes são especiais e também podem ser diferenciados do direito dos adultos por dois aspectos, sendo um quantitativo, pois crianças e adolescentes são beneficiários de mais direitos do que os adultos, e ainda podem ser classificados pelo seu aspecto qualitativo ou estrutural, por estarem os titulares de tais direitos em peculiar condição de desenvolvimento.

4.3.1 Direito à Vida

Crianças e jovens têm direito à vida e saúde em condições dignas. Não se trata apenas do direito à não interrupção do ciclo vital da pessoa, mas a uma existência em condições de dignidade, presente o mínimo existencial.

SILVA (2008, p. 92), um dos constitucionalistas mais influentes da atualidade, quase se isola no pensamento de que não se pode cogitar do direito à vida apenas em condições dignas de existência, sob pena de quando a vida de alguém não corresponder a uma existência digna, teria ele o direito de morrer, ensejando a hipótese de se conceder o direito à eutanásia ou ortotanásia. Diz ainda:

A palavra dignidade é empregada seja como uma forma de comporta-se, seja como atributo intrínseco da pessoa humana, nesse último caso, como um valor de todo ser racional. É valor supremo que fundamenta nossa atual ordem jurídica e implica no reconhecimento de direitos indispensáveis para realização do ser humano.

Os demais constitucionalistas dizem que o direito à vida em condições dignas corresponde ao mínimo indispensável que se pode exigir e não significa um direito a morrer, mas se busca a dignidade em todas as situações da vida.

Para o legislador não há dúvidas com relação ao início da vida, que começa no útero materno. A prova disso é o Art. 8º do ECA, *in verbs*:

Art. 8º É assegurado à gestante, através do Sistema Único de Saúde, o atendimento pré e perinatal.

§1º. A gestante será encaminhada aos diferentes níveis de atendimento, segundo critérios médicos específicos, obedecendo-se aos princípios de regionalização e hierarquização do Sistema.

§2º. A parturiente será atendida preferencialmente pelo mesmo médico que a acompanhou na fase pré-natal.

§ 3º. Incumbe ao Poder Público propiciar apoio alimentar à gestante e à nutriz que dele necessitem.

Portanto, o direito a vida é alcançado quando o sujeito tem uma vida digna e plena, atuando na sociedade com igualdade de direitos e deveres. Nesse ínterim, a criança e adolescente tem atendido o seu direito a vida, não só existindo, mas tendo priorizado uma existência onde sejam atendidos os seus direitos mais básicos.

4.3.2 Direito à Saúde

Sobre o direito a saúde o jurista Dalmo Dallari entende que o conceito de saúde evoluiu muito e não pode ser mais visto como um mero direito a ausência de doença, nesse mesmo pensamento tem-se o ECA e a Organização Mundial de Saúde (OMS) dizendo que saúde é o estado de completo bem estar físico, mental e social.

Trata-se de direito fundamental homogêneo, mas com certo grau de especificidade em relação à saúde adulta. Por esse motivo, MACHADO (2003, p. 194), afirma que “constitui direito fundamental especial de crianças e adolescentes.”¹

Em razão do bem estar físico no ponto de vista preventivo, assegura-nos os arts. 10 e 14 do ECA:

Art. 10. Os hospitais e demais estabelecimentos de atenção a saúde de gestantes, públicos e particulares, são obrigados a:

I – manter registro das atividades desenvolvidas, através de prontuários individuais, pelo prazo de 18 (dezoito) anos;

II – identificar o recém nascido mediante o registro de sua impressão plantar e digital e da impressão digital da mãe, sem prejuízo de outras formas normatizadas pela autoridade administrativa competente;

III – proceder a exames visando ao diagnóstico e terapêutica de anormalidades no metabolismo do recém-nascido, bem como prestar orientação aos pais;

IV – fornecer declaração de nascimento onde constem necessariamente as intercorrências do parto e do desenvolvimento do neonato;

V - manter alojamento conjunto, possibilitando ao neonato a permanência junto à mãe.

[...]

Art. 14. O Sistema Único de Saúde promoverá programas de assistência médica e odontológica para a prevenção das enfermidades que ordinariamente afetam a população infantil, e campanhas de educação sanitária para pais, educadores e alunos.

Já o atendimento curativo junto ao SUS, está previsto nos arts. 11 e 13 do ECA, *in verbis*:

Art. 11. É assegurado atendimento integral à saúde da criança e do adolescente, por intermédio do Sistema Único de Saúde, garantido o acesso universal e igualitário às ações e serviços para a promoção, proteção e recuperação da saúde.

§1º A criança e o adolescente portadores de deficiência receberão atendimento especializado.

¹ MACHADO, op. cit. 193

§2º Incumbe ao poder público fornecer gratuitamente àqueles que necessitarem os medicamentos, próteses e outros recursos relativos ao tratamento, habilitação ou reabilitação.

[...]

Art. 13. Os casos de suspeita ou confirmação de maus-tratos contra criança ou adolescente serão obrigatoriamente comunicados ao Conselho Tutelar da respectiva localidade, sem prejuízo de outras providências legais.

Dessa forma cabe à família, comunidade e poder público assegurar esses direito fundamental estreitamente vinculado ao direito à vida.

Afirma LENZA (2011, p. 872):

O direito à vida abrange tanto o direito de não ser morto, privado da vida, portanto o direito de continuar vivo, como também o direito de ter uma vida digna, garantindo-se as necessidades vitais básicas do ser humano, e proibindo qualquer tratamento indigno, como a tortura, penas de caráter perpétuo, trabalhos forçados, cruéis, entre outros.

AMIN (2006, p. 39), destaca:

A efetivação do direito à vida e à saúde, apontando para a hipótese de adolescente que estando à beira da morte, deve ser assegurado a ele, minimamente, os recursos para tentar mantê-lo vivo, ou se for inevitável a sua morte precoce, que ao menos haja tratamento digno. Ainda, na hipótese de uma criança ou adolescente sem as duas pernas, seria indigno que se arrastasse no intuito de se locomover, neste caso caberia providenciar uma cadeira de rodas, eventual cirurgia para colocação de prótese, enfim todos os meios para assegurar dignidade na forma de viver.

Segundo FARIAS (2005, p. 183):

O valor da pessoa humana que reveste todo o ordenamento jurídico brasileiro, é estendido a todos os seres humanos, sejam nascidos ou estando em desenvolvimento no útero materno. Perceber essa plenitude [...] A toda evidencia, a clausula constitucional de proteção à vida humana não poderia se limitar a proteger os que já nasceram.

A Constituição Federal no seu art. 5º, *caput*, assegura a todos aos brasileiros e estrangeiros residentes no Brasil, o direito à vida.

Verifica-se que as políticas de assistência social voltados para a saúde e nutrição, não impedem o ajuizamento, pelo infante, sendo representado pela mãe, em ação de alimentos contra o pai. Eis as seguintes jurisprudências:

AÇÃO DE ALIMENTOS. Valor fixado em 01 salário mínimo. A pensão se mostra dentro dos padrões de razoabilidade e prudência. A decisão agravada não tem cunho teratológico. O juízo a quo está

mais próximo das partes, tendo melhores meios de avaliar a capacidade do alimentante como também as necessidades da alimentando. A fixação dos alimentos gravídicos deve observar os requisitos constantes do artigo 2º da lei nº 11.804/08. A decisão recorrida já foi analisada pela câmara no julgamento de agravo de instrumento interposto pelo agravado. Decisão mantida. Recurso ao qual se nega seguimento. (Agravo de Instrumento 0016305-74.2011.8.19.0000. Des. Odete Knaack De Souza. Julgamento: 12/12/2011 - Nona Câmara Cível)

ALIMENTOS GRAVÍDICOS. PRESUNÇÃO DE PATERNIDADE. ALIMENTOS PROVISÓRIOS. FIXAÇÃO DO PERCENTUAL. IRREPETIBILIDADE. PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS. ALIMENTOS GRAVÍDICOS. PATERNIDADE. INDÍCIOS. JUIZ. CONVENCIMENTO. IRREPETIBILIDADE. 1 - A Lei 11.804/08, que disciplina o direito de alimentos da mulher gestante e a forma como será exercido, excepciona a exigência de comprovação do vínculo de parentesco ou da obrigação alimentar contida na Lei de Alimentos, sendo suficientes, para a concessão dos alimentos gravídicos, indícios da paternidade. 2 - Convencido o magistrado da existência desses indícios, sequer negando o indigitado pai contatos sexuais à época da concepção, impositiva a fixação dos alimentos provisórios. 3 - Nesse contexto, o direito do alimentando se sobrepõe a eventual dano ao alimentante decorrente da irrepetibilidade da prestação alimentar. Precedentes do STJ. (Agravo de Instrumento 0059475-96.2011.8.19.0000. Des. Milton Fernandes de Souza. Julgamento: 06/12/2011 - Quinta Câmara Cível)

4.3.3 Direito à Alimentação

O art. 227 da Constituição Federal figura, prontamente o direito à vida e à saúde, o direito à alimentação na lista dos direitos fundamentais das crianças e dos adolescentes.

Direitos fundamentais especiais de crianças e adolescentes, tomando em respeito à condição de risco de pessoas em condição especial de desenvolvimento. Estando positivado no direito à vida e direito a não exploração do trabalho infantil. Deste modo efetivamente o Estado assegura o direito a alimentação com absoluta prioridade as crianças e aos adolescentes que necessitem dela, os menos favorecidos efetivando os direitos irrenunciáveis através dos seus genitores ou responsáveis.

De acordo com o art. 1.696 do Código Civil:

O direito à prestação de alimentos é recíproco entre pais e filhos, e extensivo a todos os ascendentes, recaindo a obrigação nos mais próximos em grau, uns na falta de outros, assim na falta dos

genitores poderá a criança e o adolescente pleitear os alimentos dos outros parentes, respeitando a ordem de sucessão.

Definido no art. 2º Lei de Alimentos, Lei nº 5.478/68, que o credor, ao postular pela concessão dos alimentos, exporá suas necessidades e provará apenas o parentesco ou a obrigação de alimentar do devedor.

4.3.4 Direito à Convivência Familiar e Comunitária

A Constituição Federativa em seu artigo 227, garante o direito Fundamental a convivência familiar, o que foi complementado pelo Estatuto nos artigos 4º e 16, V, e do 19 ao 52. Dispondo o art. 19:

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.

O direito à convivência familiar é o direito à criação e educação junto a uma comunidade familiar, seja natural ou substituta. Atualmente, entende-se que não há a menor possibilidade de desenvolvimento integral da personalidade sem o convívio familiar.

Porém, na vigência do revogado Código de Menores se acreditava que a família era importante, mas nada impedia que a criança e o adolescente fossem criados em um orfanato, entendendo-se até que este podia ser um fato positivo. No entanto, essa ideia mudou com o advento da Constituição Federal de 1988.

O ECA é adversário do acolhimento institucional prolongado para a saída de uma situação de carência. Este deve ser uma medida extraordinária e temporária. Por este motivo, o Estatuto trouxe conceitos como família natural, família substituta e acolhimento familiar.

A família natural descrita no estatuto é a família biológica, na perspectiva da chamada “família nuclear” tendo como base pai, mãe e filhos, art. 25 do ECA. Esta é forma mais protegida, à qual o legislador confere prioridade. Só se rompe a convivência quando for absolutamente indispensável, caso contrário, a família deve ser apoiada.

A colocação da criança em família substituta somente se dá em caráter excepcional, só sendo admitida quando não houver alternativa para a família natural.

Família substituta é aquela que, via acolhimento, substitui a família natural nos cuidados com o desenvolvimento da criança ou adolescente.

O estatuto prevê ainda que esse acolhimento seja priorizado à chamada família estendida (art. 25, parágrafo único), preferencialmente os parentes mais afastados do núcleo familiar como avós, tios etc. ou pessoas com quem o acolhido já guarde uma relação de afeto.

Temos duas modalidades de famílias substitutas:

a) Domiciliadas no Brasil – Recebem a criança ou adolescente através de guarda, tutela ou adoção;

b) Estrangeira ou brasileira domiciliada no exterior – Neste caso a entrega só pode se realizar por meio de adoção e em caráter excepcionalíssimo (art. 51). A colocação em família estrangeira somente será viável se não houver no Brasil família disposta ao acolhimento. Não existe guarda internacional nem tutela, a criança só pode sair do Brasil por meio da adoção.

Ainda com fins de evitar o acolhimento institucional, o nosso sistema prevê também o chamado acolhimento familiar, que é o caso da entrega às chamadas famílias de apoio, que são famílias cadastradas que receberão a criança temporariamente, evitando a impessoalidade do acolhimento institucional.

Destaca o artigo 100 da Lei nº 8.069/90:

A manutenção e o fortalecimento dos vínculos devem ser observados também na aplicação de medidas socioeducativas, preferindo aquelas medidas que favoreçam as relações afetivas que o adolescente já tem construído em sua família e comunidade.

4.3.5 Direito à Liberdade, ao Respeito e à Dignidade

O direito de liberdade atua em todos os sentidos para a criança e o adolescente. É a chamada liberdade ativa: o direito de fazer ou deixar de fazer tudo aquilo que a lei permita ou não proíba. Engloba a liberdade de ir e vir, permanecer, liberdade de expressão de suas opiniões, liberdade de participação na vida familiar, de brincar, buscar refúgio e orientação. Todas são acentuadas pelo ECA em seu art. 16, condicionando o universo adulto a agir no respeito a essas liberdades: a autoridade parental não pode ser exercida na negação desses direitos.

O exercício de liberdade está condicionado a possibilidade, pois, toda liberdade jurídica é condicionada ao sistema. É uma liberdade controlada pelo sistema não só da lei mas também do poder familiar.

Tratando-se da liberdade religiosa, e principalmente em se tratando de adolescente, essa deve ser respeitada inclusive pelos pais, devendo ser preservado o próprio processo pedagógico de formação religiosa.

Destaca-se o direito de brincar porque é ao mesmo tempo um direito de viver o momento lúdico da infância e aproveitar a adolescência sendo elemento essencial, e é uma garantia contra o trabalho infantil.

A liberdade de buscar auxílio, refúgio, orientação é uma garantia individual. É a liberdade de buscar junto a terceiros as garantias de incolumidade física e psíquica, para hipóteses em que haja um gravame insuportável para a criança e o adolescente na vida familiar.

O art. 17 da Lei nº 8.069/90 trata do direito ao respeito conforme transcrito:

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

O direito ao respeito corresponde ao direito à incolumidade física, moral e intelectual frente às relações com a família, estado e sociedade. É o resguardo da subjetividade, do modo de ser da pessoa, permitindo o desenvolvimento livre dos itens da personalidade: atributos físicos, morais e intelectuais. Esse direito é produto de uma cláusula geral de proteção à personalidade da criança e do adolescente, ou seja, é tipicamente o direito aos direitos de personalidade, que englobam a integridade física, moral e intelectual.

Para DALLARI (1986, p. 21):

Toda criança nasce com o direito de ser. É um erro muito grave, que ofende o direito de ser, conceber a criança como apenas um projeto de pessoa, como alguma coisa que no futuro poderá adquirir a dignidade de um ser humano. É preciso reconhecer e não esquecer em momento algum, que, pelo simples fato de existir, a criança já é uma pessoa e por essa razão merecedora do **respeito** que é devido exatamente na mesma medida a todas as pessoas.

Dignidade significa o direito à humanidade e ao tratamento que ela exige. É o direito a um tratamento humano, isento de violência, coação, tudo aquilo que

afronta a sua humanidade. É reconhecer que a pessoa humana não tem valor instrumental, mas sim um valor fundamental em si. É o direito ao reconhecimento da superioridade do ser humano e um tratamento respeitoso em relação à sua condição em qualquer circunstância.

O Direito a dignidade está previsto no art. 18 do Estatuto advertindo que 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.

4.3.6 Direito à Educação

O direito à educação é a principal preocupação do legislador e está implementado no texto constitucional, bem como no ECA e na Lei de Diretrizes e Bases da Educação – Lei nº 9.394 de 1996.

Consiste no direito a uma formação intelectual e pessoal que prepare o indivíduo para a cidadania (art. 225 da CF). A garantia desse direito implica fundamentalmente em alguns pressupostos:

a) Direito de acesso e permanência gratuitos no ensino fundamental – Este direito de acesso e permanência deve ser gratuito e universal, ou seja, sem exclusão de qualquer pessoa ou grupo. Por se tratar de um direito não só de acesso, mas também de permanência, na escola pública não é permitida qualquer prática que possa causar o afastamento da criança da escola, a exemplo exigência de material ou uniforme e etc.. Já há legislação estendendo a universalização e gratuidade ao ensino médio, em atenção à norma programática constitucional;

b) Participação do aluno e de sua família no processo pedagógico e progresso educacional – É também uma garantia, podendo este aluno questionar o método de ensino de seu professor e a família participar do processo de ensino;

c) Qualidade técnica adequada – Direito a um ensino de qualidade, que efetivamente permita a progressão do indivíduo. Deve-se exigir a qualidade de ensino como um direito fundamental, e esse conceito engloba projeto pedagógico adequado aos tempos atuais, instalações adequadas, escola próxima da residência do aluno etc. A defasagem na qualidade é fatal para a sociedade como um todo.

A educação é o único direito que nos garante mobilidade social e a possibilidade de um juízo crítico para o exercício de direitos. E esse direito é uma obrigação solidária do Poder Público, da família e da sociedade, assim vejamos o que diz o art. 2º da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, conhecida como Lei Darcy Ribeiro:

Art. 2º. A educação é direito de todos e dever da família e do Estado, terá como bases os princípios de liberdade e os ideais de solidariedade humana e, como fim, a formação integral da pessoa do educando, a sua preparação para o exercício da cidadania e a sua qualificação para o trabalho.

Jurisprudências relacionadas ao direito à educação:

APELAÇÃO CÍVEL. AGRAVO RETIDO. ECA. EDUCAÇÃO. VAGA EM ESTABELECIMENTO DE EDUCAÇÃO INFANTIL. DIREITO FUNDAMENTAL DA CRIANÇA À EDUCAÇÃO. A Constituição Federal, em seu art. 208, IV, garante ao infante de até cinco anos o direito à educação, assegurando-lhe o atendimento em creche ou pré-escola. A Lei 9394/96, que estabelece as diretrizes e bases da educação, em seu art. 11, V, atribuiu aos Municípios a competência para garantir a educação infantil. Uma vez negado ou dificultado o acesso à educação infantil, violando, assim direito fundamental subjetivo ao ensino, cabível a intervenção jurisdicional, a fim de garantir a efetividade dos preceitos legais e constitucionais. Alegação de superlotação nas creches e pré-escolas e de incapacidade orçamentária que não restaram comprovadas nos autos. Descabe condenar o Município a pagar honorários ao FADEP, já que o custeio do serviço público prestado pela Defensoria Pública é ônus do Estado. Possível o bloqueio de verbas públicas, ao fim de dar efetividade à ordem judicial de atendimento de vagas na educação infantil. Medida que não se mostra gravosa à sociedade e que garante aos menores o direito fundamental à educação. AGRAVO RETIDO DESPROVIDO. APELAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDA. (Apelação Cível Nº 70040907354, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: André Luiz Planella Villarinho, Julgado em 23/03/2011)

RECURSO DE APELAÇÃO. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. MUNICÍPIO DE CAXIAS DO SUL. VAGA PARA EDUCAÇÃO INFANTIL - CRECHE. DIREITO À EDUCAÇÃO. GARANTIA FUNDAMENTAL. DIREITO SOCIAL. OBRIGAÇÃO DO MUNICÍPIO EM SENTIDO AMPLO. ARTS. 6º E 208 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. ART. 54 DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. HIPOSSUFICIÊNCIA COMPROVADA. BLOQUEIO DE VALORES NAS CONTAS DOS ENTES PÚBLICOS. POSSIBILIDADE. CONDENAÇÃO DO ENTE PÚBLICO MUNICIPAL AO PAGAMENTO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS À DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO (FADEP). DESCABIMENTO. 1 - O acesso ao ensino obrigatório e gratuito é um direito público

subjetivo (art. 208, § 1º, da CF), sendo que os Municípios devem garantir atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a seis anos de idade (art. 208, IV, da CF e art. 54, IV, do ECA, e arts. 4º, IV, e 11, ambos da Lei nº 9.394/96). APELAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDA. (Apelação Cível Nº 70043032028, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Roberto Carvalho Fraga, Julgado em 30/06/2011)

4.3.7 Direito à Cultura, ao Esporte e ao Lazer

A criança e adolescente no seu desenvolver necessitam de variados estímulos: emocionais, sociais, culturais, educacionais, motores, enfim todo o arcabouço necessário para sua formação. Assim, a cultura estimula o pensamento de maneira diversa da educação formal. O esporte desenvolve habilidades motoras, socializa o indivíduo. O lazer envolve entretenimento, a diversão que são importantes para o desenvolvimento integral do indivíduo.

Cabe aos Municípios, com o apoio dos Estados e da União, estimular e destinar recursos e espaços para programações culturais, esportivas e de lazer, voltadas para a infância e a juventude, conforme art. 59 do ECA.

ELIAS (2005, p. 86), 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.

Estes direitos devem ser assegurados pelo Estado através da construção de praças, instalação de teatros populares, promoção de shows abertos ao público, construção de complexos ou simples ginásios poliesportivos. A família deve buscar proporcionar o acesso a estes direitos, e a escola tem papel importante na promoção destes, quando realiza passeios ou forma grupos de teatro com os próprios alunos.

Um direito que se desprenderia do direito ao lazer, à convivência familiar e comunitária, do direito ao não-trabalho, seria o direito de brincar. A garantia deste direito auxiliaria no desenvolvimento cognitivo, psicológico e social da criança e do adolescente.

Assegurar o direito de brincar encontra seu significado quando inserido numa sociedade influenciada pela mídia que passou a exigir um comportamento adulto daqueles que ainda não o são. Assim, crianças e adolescentes assumem uma agenda de horários similar a dos adultos, a outros ainda é imposta a responsabilidade pelo cuidado de irmãos menores, correndo o risco de lhes faltar tempo para brincar, conversar, se divertir.

4.3.8 Direito à Profissionalização e à Proteção no Trabalho

O art. 60 do ECA proíbe qualquer trabalho a menores de 14 anos, salvo na condição de menor aprendiz. Assim, pode ser verificado nesse dispositivo não só o direito a não trabalhar, mas também a uma profissionalização e a proteção no trabalho. Desta feita tem-se:

Direito ao não trabalho para crianças e adolescentes até 14 anos decorre da chamada proibição do trabalho infantil. Crianças e jovens abaixo de 14 anos não podem realizar qualquer tipo de trabalho. Parte-se do entendimento de que nessa fase da vida da criança e ao adolescente só cabem duas coisas: estudo e lazer. Isso é parte imprescindível do seu processo de desenvolvimento. No entanto, a lei permite excepcionalmente, com cuidados e cautelas nela previstas, a exemplo dos atores mirins entre 14 e 16 anos é possível apenas a aprendizagem, ou seja, há um contrato de trabalho especial com finalidade profissionalizante. O direito à profissionalização corresponde ao direito a uma formação técnica ou profissional que habilite o adolescente para o ingresso no mercado de trabalho. Trata-se de uma preparação técnico-profissional adequada que ocorrerá sem prejuízo do ensino regular, buscando uma atividade compatível com o desenvolvimento do adolescente. Por essa razão, deverá ocorrer em horário especial. É um contrato híbrido, pois tem finalidade profissionalizante, embora seja laboral. A lei de aprendizagem, objetivando incentivar as empresas permite que o contrato de aprendizagem seja prolongado até aos 24 anos de idade;

Proteção no trabalho, a partir de 16 anos, o adolescente pode trabalhar com autorização dos pais, desde não seja em serviço noturno (22h às 5h), perigoso, insalubre ou penoso (desproporcional à capacidade física). É o direito ao exercício de uma atividade profissional que não prejudique a formação psicológica, moral e

física, razão pela qual, trabalhos em locais prejudiciais à sua formação ou em horários que prejudiquem a sua escolarização também não são admitidos. O direito à proteção no trabalho se estende tanto ao jovem aprendiz quanto àquele que trabalha autorizado pelos pais. Essas hipóteses configuram o mínimo de proibição que o ECA prevê, já que a CLT traz um número maior de proibições – 406 e SS da CLT, assim como as Convenções da OIT (o Brasil é signatário de todas elas).

O direito de proteção no trabalho não deve ser confundido com o trabalho protegido. Este é utilizado como instrumento pedagógico e orientador de jovens e crianças que ainda não estão preparados para o labor. Como exemplo tem-se os programas que trabalham com educação explorando a arte como corais, música, artesanato etc. Aqui o trabalho não é um fim, mas um instrumento pedagógico. É um trabalho educativo no qual devem ser asseguradas condições mínimas de proteção.

O direito à profissionalização objetiva proteger o interesse de crianças e adolescentes de se preparem adequadamente para o exercício do trabalho adulto, do trabalho no momento próprio; não visa o próprio sustento durante a juventude, que é necessidade individual concreta resultante das desigualdades sociais, que a Constituição visa reduzir.

Hoje a qualificação profissional dos adolescentes é garantidora de um mínimo de igualdade entre os cidadãos quando da inserção no mercado de trabalho.

5 CONCLUSÃO

Considerando que inicialmente foi implantada no Brasil a doutrina da situação irregular, onde os direitos existentes eram apenas para a defesa da sociedade em prol dos infantes carentes/delinquentes. O entendimento era de que o Estado teria o dever de proteger os menores, mesmo que suprimindo suas garantias, já que o objetivo real era a proteção da sociedade em detrimento às garantias dos ditos “menores”.

Grandes mudanças sociais desviou o foco de sociedade versos menor para prioridade absoluta da criança e do adolescente diante da sociedade. Consolidando as garantias fundamentais para estes com o advento da Carta Magna de 1988 e posteriormente com o Estatuto da Criança e do Adolescente, conclui-se que os direitos fundamentais refletem a proteção integral preconizada, representando um avanço no direito infanto-juvenil.

Em consonância o artigo 227 da Constituição Federal com o artigo 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente, ambos descrevem o dever de assegurar este sistema especial de proteção cabendo à família, comunidade, sociedade em geral, poder público, que tem a obrigação de cumprir a absoluta prioridade.

Porém, o desafio que atinge a todos, sociedade, famílias e Estado, é o de transformar os direitos fundamentais em prática no atual momento histórico da infância e adolescência no Brasil, e não somente representar uma conquista formal.

Neste sentido a concretização do princípio da prioridade absoluta e contribuir para a efetivação da cidadania, torna-se indispensável à implantação de políticas públicas que atendam aos direitos elencados no artigo 227 da Constituição Federal, como programas sociais e atividades com ações do cotidiano que atendam as demandas próprias do seu desenvolvimento, atingindo de igual forma as suas famílias. É necessário um comprometimento efetivo da família, da comunidade e do Estado com a criança e adolescente, para que seja fortalecida a nova ordem recomendada pelo Princípio da Proteção Integral, com vistas à promoção da sua dignidade humana e o pleno exercício da cidadania.

REFERÊNCIAS

ALBEGARIA, Jason. **Comentários ao estatuto da criança e adolescente**. Rio de Janeiro: Aide, 1991.

AMIN, Andréa Rodrigues; MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade et.al. **Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios** – da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 4. ed., São Paulo: Malheiros, 2005.

BRASIL. **Código Civil**. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 28 de março de 2013.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 28 de março de 2013.

_____. **Estatuto da criança e adolescente**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/>. Acesso em: 28 março de 2013.

_____. **Supremo Tribunal Federal**. Agravo de instrumento. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/jurisprudencias>>. Acesso em: 15 abr. 2012

_____. **Superior Tribunal de Justiça**. Agravo de instrumento. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br/jurisprudencias>>. Acesso em: 15 abr. 2012.

_____. **Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro**. Agravo de instrumento. Disponível em: <<http://www.tj.rj.gov.br/jurisprudencias>>. Acesso em: 16 abr.2012.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 1998.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Estatuto da criança e do adolescente comentado: comentários jurídicos e sociais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

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

FARIAS, Cristiano Chaves de. **Direito civil: teoria geral**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Mini aurélio: o dicionário da língua portuguesa**. 6. ed. Curitiba, Positivo, 2006.

GRUNSPUN, Haim. **Os direitos dos menores**. São Paulo: Almedina, 1985.

GOMES, Antônio Carlos da Costa. **In infância, juventude e política social no Brasil**. São Paulo: Columbus, 1990.

GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. 5. ed. Trad. A. M. Hespanha e L.M. Macaísta Malheiros. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 15. ed., São Paulo: Saraiva, 2011.

LIBERATI, Wilson Donizeti. **Comentários ao estatuto da criança e do adolescente**. 9. ed., São Paulo: Malheiros, 2006.

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

MENESES, Elcio Resmini. **Medidas sócioeducativas: uma reflexão jurídico-pedagógica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

NOGUEIRA, Paulo Lúcio. **O Estatuto da criança e do adolescente comentado**. São Paulo: Saraiva, 1991.

SILVA, De Plácido. **Vocabulário jurídico**. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

SILVA, José Afonso da, **Curso de direito constitucional positivo**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

VERONESE, Josiane Rose Petry. **Interesses difusos e direito da criança e do adolescente**. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.