

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA  
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**

**O DIREITO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE:  
FUNDAMENTOS PARA UMA ABORDAGEM  
PRINCIPIOLÓGICA**

***DOUTORANDO: MIGUEL M. ALVES LIMA***

**ORIENTADOR: PROF. DOUTOR *EDMUNDO LIMA DE  
ARRUDA JÚNIOR***

**(Volume I)**

FLORIANÓPOLIS  
2001

**MIGUEL M. ALVES LIMA**

**O DIREITO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE:  
FUNDAMENTOS PARA UMA ABORDAGEM  
PRINCIPIOLÓGICA**

Tese apresentada como requisito à  
obtenção do Grau de Doutor do Curso de  
Pós-Graduação em Direito da  
Universidade Federal de Santa Catarina –  
UFSC.

Orientador: Prof. Dr. Edmundo Lima de  
Arruda Júnior.

FLORIANÓPOLIS  
2001

## **DEDICATÓRIA**

**A todos que têm combatido,  
ou virão a fazê-lo,  
em favor da “Causa da Criança e do Adolescente”.  
Esta é uma das *guerras mais justas* da Humanidade,  
na permanente busca e construção de si mesma.**

**ÀS CRIANÇAS E ADOLESCENTES!  
Memória de um Passado que o Presente deve superar,  
que o Futuro não deve esquecer, nem reviver.**

## **AGRADECIMENTOS**

**AO PROF. DOUTOR  
EDMUNDO LIMA DE ARRUDA JÚNIOR,**  
pelo chamamento que fez ao meu crescimento humano e intelectual,  
pelo saber que nunca sonegou, mas repartiu com confiança e amizade.

**A BEATRIZ,**  
Pelo amor!  
Pela altivez, generosidade e companheirismo, com que sempre conviveu  
com minhas singularidades, virtudes e imperfeições.  
Pela presença espiritual e física, de valor inestimável, em todas as  
minhas missões.

**À MINHA MÃE, HERCILIA,**  
pela Vida, pela coragem, pela perseverança, pelos sonhos grandes que  
sempre sonhou e comigo repartiu.

**AO CPGD-UFSC,**  
Por me ter proporcionado a oportunidade de desenvolver esta  
investigação, cujo tema, além do significado acadêmico, constitui um dos  
eixos de minha Existência.

**AO “MESTRES DE TODA A MINHA VIDA”!**  
Porque, com sua palavra,  
com seu exemplo,  
com suas esperanças e angústias,  
pude garimpar na, “escuridão”,  
o raio de luz que me orienta...

# SUMÁRIO

## - Volume I -

INTRODUÇÃO .....	01
------------------	----

### **CAPÍTULO I**

<b>ORIGENS E EVOLUÇÃO DO MENORISMO BRASILEIRO</b> .....	10
1.1 NOTAS SOBRE A HISTÓRIA SOCIAL DA CRIANÇA .....	10
1.2 A CRIANÇA E O PACTO POLÍTICO MODERNO .....	15
1.3 O ITINERÁRIO DO MENORISMO BRASILEIRO: BREVE REGRESSÃO HISTÓRICA DO “PODER SOBRE OS <i>MENORES IRREGULARES</i> ” .....	18
1.3.1 Introdução: Interfaces do Menorismo como uma Questão Latino-americana .....	18
1.3.2 O Itinerário do Menorismo no Brasil .....	22
1.3.3 Fase da “Caridade e Filantropia” .....	27
1.3.4 Fase da “Consolidação do Sistema Jurídico-Administrativo” .....	31
1.3.5 Fase do “Fortalecimento da Alternativa Não-governamental” .....	63

### **CAPÍTULO II**

<b>ASPECTOS GERAIS DA ABORDAGEM SISTEMÁTICA DO DIREITO E DA TEORIA DOS PRINCÍPIOS JURÍDICOS APLICADOS AO DIREITO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE</b> .....	78
2.1 INTRODUÇÃO .....	78
2.2 O DIREITO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE COMO UM SISTEMA E SUA ABORDAGEM TEÓRICA .....	82
2.2.1 O Ponto de Vista do Âmbito Material de Incidência ou de Aplicação .....	88
2.2.2 O Ponto de Vista dos Fins .....	93
2.2.3 Ponto de Vista dos Meios .....	95
2.3 NOTAS SOBRE TEORIA DOS PRINCÍPIOS E DOS PRINCÍPIOS JURÍDICOS	105
2.3.1 Introdução .....	105
2.3.2 Princípio e Princípio Jurídico .....	112
2.3.3 Princípio e Regra Enquanto Espécies de Normas Jurídicas .....	116
2.3.4 Os Princípios Jurídicos e suas Funções .....	131
2.3.5 Origem e Classificação dos Princípios Jurídicos .....	135
2.4 INTRODUÇÃO AO ESTUDO PRINCIPIOLÓGICO DO DIREITO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE .....	143

### **CAPÍTULO III**

<b>O DIREITO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE E SEUS PRINCÍPIOS JURÍDICOS FUNDAMENTAIS – PRINCÍPIOS ESTRUTURANTES</b> .....	169
--	-----

3.1 PRINCÍPIO DA “VINCULAÇÃO À DOCTRINA JURÍDICA DA PROTEÇÃO INTEGRAL” .....	169
3.2 PRINCÍPIO DA UNIVERSALIZAÇÃO .....	180
3.3 PRINCÍPIO DO CARÁTER GARANTISTA .....	188
3.4 PRINCÍPIO DO INTERESSE SUPERIOR DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE .....	202
3.4.1 Origens e Evolução .....	202
3.4.2 O “Interesse Superior da Criança” no Direito da Criança e do Adolescente .....	209

#### **CAPÍTULO IV**

#### **O DIREITO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE – PRINCÍPIOS CONCRETIZANTES**

4.1 PRINCÍPIO DA “PRIORIDADE ABSOLUTA” .....	215
4.1.1 Significado Sócio-jurídico da “Prioridade Absoluta” .....	215
4.1.2 Garantias Jurídico-positivas do Princípio da “Prioridade Absoluta” .....	224
4.2 PRINCÍPIO DA PARTICIPAÇÃO POPULAR .....	233
4.2.1 Considerações sobre o “Princípio Participativo” .....	234
4.2.2 O “Princípio Participativo” em Face do Processo Político Brasileiro .....	239
4.2.3 Participação Popular no Direito da Criança e do Adolescente .....	250
4.3 PRINCÍPIO DA DESCENTRALIZAÇÃO POLÍTICO-ADMINISTRATIVA .....	258
4.4 PRINCÍPIO DA DESJURISDICIONALIZAÇÃO .....	274
4.5 PRINCÍPIO DA DESPOLICIALIZAÇÃO .....	285
4.6 PRINCÍPIO DA HUMANIZAÇÃO .....	306
4.6.1 Introdução .....	306
4.6.2 O “Princípio da Humanização” no Processo Histórico Brasileiro: Breves Anotações .....	309
4.6.3 O “Princípio da Humanização” no Direito da Criança e do Adolescente .....	313
4.7 PRINCÍPIO DA “POLITIZAÇÃO” OU DA “ÊNFASE NAS POLÍTICAS SOCIAIS BÁSICAS” .....	318
4.7.1 Introdução .....	318
4.7.2 O Princípio da “Ênfase nas Políticas Sociais Básicas” como “Instrumento de Garantia” da Efetividade do Direito da Criança e do Adolescente .....	335

#### **- Volume II -**

#### **CAPÍTULO V**

<b>HERMENÊUTICA JURÍDICA E DIREITO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE: SUBSÍDIOS PARA A CONSTRUÇÃO DO MODELO HERMENÊUTICO ADEQUADO DO DIREITO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE ENQUANTO SISTEMA DE PRINCÍPIOS E REGRAS E DE DIREITOS FUNDAMENTAIS</b> .....	348
5.1 CONSIDERAÇÕES GERAIS SOBRE HERMENÊUTICA JURÍDICA .....	348
5.2 CONSIDERAÇÕES SOBRE O DUPLO CARÁTER SISTEMÁTICO DO DIREITO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE PARA FINS HERMENÊUTICOS .....	381

<b>5.3 PRESSUPOSTOS JUSFUNDAMENTANTES PARA UMA HERMENÊUTICA ADEQUADA DO D.C.A.</b> .....	411
5.3.1 O Problema da Fundamentalidade de Direitos Fundamentais .....	411
5.3.1.1 Fundamentalidade formal dos Direitos Fundamentais .....	412
5.3.1.2 Fundamentalidade material dos Direitos Fundamentais .....	413
5.3.2 O Caráter Materialmente Aberto dos Direitos Fundamentais .....	415
5.3.3 A Aplicabilidade Imediata ou Direta dos Direitos Fundamentais .....	421
5.3.4 A Eficácia Vinculante dos Direitos Fundamentais .....	424
5.3.4.1 A vinculatividade dos particulares aos Direitos Fundamentais .....	424
5.3.4.2 A vinculatividade do Poder Público em geral aos Direitos Fundamentais .....	431
5.3.5 A Multifuncionalidade dos Direitos Fundamentais .....	437
5.3.6 Palavras Finais sobre Hermenêutica e Direito da Criança e do Adolescente .....	441
<b>CONCLUSÃO</b> .....	447
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS</b> .....	462
<b>ANEXOS</b> .....	478
ANEXO 1: CONSTITUIÇÃO FEDERAL DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. PREÂMBULO, TÍTULOS I, II, ART. 37, “CAPUT”, ART. 204, CAPÍTULO VII, DO TÍTULO VIII .....	479
ANEXO 2: DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS DO HOMEM.....	480
ANEXO 3: DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS DA CRIANÇA.....	481
ANEXO 4: CONVENÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE OS DIREITOS DA CRIANÇA .....	482

## RESUMO

O objeto desta monografia é o Direito da Criança e do Adolescente, ramo jurídico instituído no Brasil, em substituição ao Direito do Menor, a partir da promulgação da Constituição de 1988. As raízes teóricas que orientam a investigação situam-se no Pensamento Jurídico Crítico que, nas últimas décadas, promoveu redefinições profundas no quadro geral da Dogmática Jurídica, estabelecendo as bases epistemológicas para a ruptura com as doutrinas positivistas. Nessa linha de pensamento, optamos por uma abordagem que pressupõe a prévia compreensão do Direito da Criança e do Adolescente como um Ordenamento duplamente sistemático - é um sistema de princípios e regras, enfaticamente principiológico e um sistema de Direitos Fundamentais. Tendo por instrumentos de apoio epistemológico elementos da teoria dos princípios e dos direitos fundamentais, buscamos estabelecer as bases de uma abordagem do Direito da Criança e do Adolescente fundada no comprometimento ético, jurídico e político deste novo Direito com a efetivação da cidadania infanto-juvenil formalmente positivada na normativa interna (Constituição Federal, Estatuto da Criança e do Adolescente, Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança) e externa (Tratados, Convenções etc.). No campo jurídico, a teoria se reveste de um caráter primordialmente pragmático ou objetivante. Isso ocorre porque o seu objetivo básico é possibilitar a concretização das normas gerais do Direito Positivo (princípios e regras), em normas de decisão para ordenar a vida social, especialmente através da solução dos conflitos de interesse que integram a dialética do processo social. Isso implica, em qualquer caso, a necessária interpretação dos textos e dos institutos jurídicos articulados com a realidade em que estão integrados. Daí a centralidade dos estudos de Hermenêutica no quadro geral do Conhecimento Jurídico. Neste trabalho tivemos a preocupação de formular o que consideramos as premissas para a construção de uma Hermenêutica Jurídica adequada à dupla sistematicidade do Direito da Criança e do Adolescente, levando em conta a função social própria deste modelo jurídico, qual seja, a eficácia social da "Proteção Integral" e dos Direitos Fundamentais de que são titulares crianças e adolescentes em geral, na condição peculiar de pessoas em desenvolvimento. Tudo isso deve ser assegurado no âmbito jurídico-político do Estado Democrático de Direito, segundo as fontes jurídicas inerentes e compatíveis com esse sistema político, com destaque para os ditames expressos e implícitos da Constituição Federal.



## **RESUMEN**

El objetivo de esta tesis es el Derecho del Niño y del Adolescente, rama jurídica instituida en Brasil, que ha sustituido el Derecho del Menor, a partir de la promulgación de la Constitución de 1988. Las raíces teóricas que orientan la investigación están en el pensamiento Jurídico Crítico que en las últimas décadas, ha promovido redefiniciones profundas en el cuadro general de la Dogmática Jurídica, estableciendo las bases epistemológicas para la ruptura con las doctrinas positivistas. En esa línea de pensamiento, optamos por un abordaje que presupone la previa comprensión del Derecho del Niño y del adolescente como un Ordenamiento Doble y Sistemático – Esto es, un sistema de principios y reglas, con énfasis en el principio lógico y un sistema de Derechos Fundamentales. Con base en los instrumentos de apoyo epistemológico elementos de la teoría y de los derechos fundamentales, donde buscamos establecer las bases de un abordaje del Derecho del Niño y del Adolescente que fundadas en el comprometimiento ético, jurídico y político de este nuevo Derecho con la efectividad de la ciudadanía infanto-juvenil formalmente “positivada” en la normativa interna (Constitución Federal, Estatuto del Niño y del Adolescente, Convención Internacional sobre los Derechos del Niño) y externa (Tratados, Convenciones etc.). En el campo jurídico, se reviste de un carácter primordialmente pragmático o se objetiva. Eso ocurre, porque su objetivo básico es posibilitar la concretización de las normas generales del Derecho Positivo (principios y reglas), en normas de decisión para ordenar la vida social, especialmente a través de la solución de los conflictos de interés que integran la dialéctica del proceso social. Eso supone, en cualquier caso, la necesaria interpretación de los textos y de los institutos jurídicos relativos con la realidad en la que están integrados. De esta forma, la centralidad de los estudios de Hermenéutica en el cuadro general del Conocimiento Jurídico. En este trabajo tuvimos la preocupación de formular lo que consideramos las premisas para la construcción de una Hermenéutica Jurídica adecuada a la doble sistematización del Derecho del Niño y del Adolescente, considerando que la función social propia de este modelo jurídico, cualquier que sea, la eficacia social de la “Protección Integral” y de los Derechos Fundamentales que son titulares niños y adolescentes en general, en la condición peculiar de personas en desarrollo. Esto todo debe ser garantizado en el ámbito jurídico-político del Estado Democrático de Derecho. Según fuentes jurídicas inherentes y compatibles con este sistema político, con destaque para los dichos expresos y implícitos de la Constitución Federal.

## ABSTRACT

The object of this monograph is the Children and Adolescents Law (Direito da Criança e do Adolescente), legal line created in Brazil, in order to substitute the Under Age Law (Direito do Menor), since the promulgation of 1988's Constitution. The theoretical roots that guide the investigation are situated in Critic Legal Thinking (Pensamento Jurídico Crítico) that, in recent decades, has promoted deep redefinitions in the general meaning of Legal Dogmatic (Dogmática Jurídica), establishing the epistemological basis for the rupture with positivist doctrines. Following this way of thinking, we opted for an approach that presupposes the previous comprehension of the Children and Adolescents Law as a doubly systematic ordainment – it is a system of principles and rules, emphatically principal logical and a system of Fundamental Rights (Direito Fundamental). Having as epistemological supporting tools elements from the theory of fundamental principles and rights, we tried to establish the basis of an approach to the Children and Adolescents Law based on an ethical, legal and political commitment of this new Legal Sistem with the effectuation of children and adolescents' citizenship formally postulated according to the internal (Federal Constitution (Constituição Federal), Children and Adolescents Statute (Estatuto da Criança e do Adolescente), International Convention about the Rights of Children( Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança) and external (Treatises, Conventions etc.) standards. In the legal field, the theory assumes a character that can be considered as mainly pragmatic or objective. It occurs because its basic purpose is to provide possibilities for the concretization of general standards of Law (Direito Positivo) (principles and rules), in decision standards to order social life, especially through the solution of interest conflicts that integrate the social process dialectic. It involves, however, the necessary interpretation of legal texts and institutes articulated within the reality they are integrated. That is the reason for the centralization of Hermeneutic studies inside the general chart of Legal Knowledge. In this work we had the preoccupation of formulating what we consider to be the premises for the construction of a Legal Hermeneutic adequate to the double systematic of the Children and Adolescents Law, taking under consideration the social function characteristic of this legal model, like, the social efficacy of “ Integral Protection” and the Fundamental Rights of which children and adolescents in general are titular, in the particular condition of growing people. All of that must be safeguarded inside the legal-political ambit of the Democratic State of Law (Estado Democrático de Direito), according to the legal sources compatible and inner to this political system, highlighting the diatoms expressed or implicit in the Federal Constitution.

## INTRODUÇÃO

Este trabalho destina-se à obtenção do título de Doutor em Direito junto ao Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina - CPGD/UFSC.

O objeto da pesquisa é o Direito da Criança e do Adolescente e a investigação realizada retrata a nossa preocupação em focalizar este novo ramo do Direito brasileiro, levando em consideração o seu duplo caráter sistemático, na medida em que o concebemos como um *sistema de princípios e regras, enfaticamente principiológico, e um sistema de direitos fundamentais*.

A delimitação do tema, que resultou no título - "*O Direito da Criança e do Adolescente: fundamentos para uma abordagem principiológica*", traduziu uma tomada de posição cuja motivação básica foi considerar a teoria dos princípios um ponto de partida decisivo para a compreensão do Direito numa perspectiva eticamente comprometida com a função social que julgamos mais relevante do Direito da Criança e do Adolescente: garantir a efetividade da cidadania infanto-juvenil e a sua permanente positivação jurídica e social. Para isto, entendemos necessária uma segunda condição metodológica, qual seja, a compreensão do significado sócio-jurídico do Direito da Criança e do Adolescente enquanto um Ordenamento que tem na sua essência a configuração formal e material de um sistema jusfundamentalista. Nessas circunstâncias, o problema que sustenta a investigação consiste em verificar em que medida a abordagem teórico-doutrinária e teórico-dogmática do Direito da Criança e do Adolescente, fundada na ótica principiológica (e jusfundamentalista), pode contribuir para a efetividade desse novo ramo do Direito Brasileiro no âmbito do Estado Democrático de Direito.

A abordagem do tema através dessa perspectiva teórica tem como elementos subjacentes as dicotomias "Criança-Adolescente/Menor" – "Direito da Criança e do Adolescente/Direito do Menor". A elucidação do significado sócio-jurídico destas dicotomias é de importância vital para compreendermos o que o novo Direito representa

em termos de ruptura paradigmática, ou em termos de uma proposta de redefinição das relações da população infanto-juvenil com a Sociedade Adulta, o Estado e o Direito. No afã de compreendê-las através de suas raízes históricas, verificamos que a origem dessas dicotomias remontam ao advento da Sociedade Moderna com sua peculiar forma de organização jurídico-política: O Estado de Direito.

— Quanto a este ponto a investigação evidencia que a modernidade caracterizou-se como um projeto de organização social e política de exclusão, a despeito do discurso supostamente universalista e igualitário que a embasou. Conforme explica BARATTA,<sup>1</sup> o *pacto político moderno*, foi um pacto discriminatório, que assegurou a superioridade dos indivíduos do gênero masculino, adulto, branco e proprietário, visto como os sujeitos históricos fundamentais da nova ordem sócio-política. A criança e o adolescente, a exemplo do que ocorreu com a mulher, os indígenas, os negros, os não-proprietários e outras categorias de “seres inferiores”, ficaram à margem da Nova Ordem – a Ordem Burguesa –, na medida em que foram considerados objetos de intervenção da Sociedade e do Estado. No caso da criança (e do adolescente), o fato é que o pacto político moderno praticamente os equiparou aos irracionais, não lhes reconhecendo a condição de sujeitos de direitos, embora, em razão de sua incapacidade, lhes destinasse alguma proteção.

A partir desse quadro básico da modernidade no qual se evidencia as origens jusnaturalistas-contratualistas de muitas questões relativas à política, à democracia, à cidadania, podemos entender melhor a cultura predominante no processo histórico brasileiro, que tem se caracterizado por uma permanente recusa em reconhecer em favor de crianças e adolescentes os benefícios jurídicos, sociais e políticos da civilização baseada na afirmação do Direito como princípio organizador da vida social. Neste sentido, é inegável que a exclusão da criança e do adolescente do pacto político da modernidade ressoa em nossas instituições jurídicas e políticas atuais, testemunhando a capacidade de sobrevivência de uma cultura que não soube ou não quis superar os aspectos autoritários do processo de criação da Sociedade e do Estado Modernos. Em termos mais diretos, diríamos com GARCÍA MÉNDEZ, que a cultura menorista que o Direito da Criança e do Adolescente se propõe a superar é uma cultura que não quis, não pode ou não soube oferecer, no ambiente jurídico político do Estado de Direito, “proteção

---

<sup>1</sup> Cf. BARRATA, Alessandro. “Infância y democracia.” In: MÉNDEZ, Emilio Garcia; BELOF, Mary (Org.). **Infancia, ley y democracia**. Santa Fe de Bogotá-Buenos Aires: Editorial Temis-Ediciones De Palma, 1998, p. 43-44.

*aos setores mais vulneráveis da sociedade, a não ser declarando previamente algum tipo de incapacidade e os condenando a algum tipo de segregação estigmatizante.”*<sup>2</sup>

Durante o longo período de vigência das legislações menoristas em nosso país (1927-1979), evidencia-se a forte presença de uma cultura social, jurídica e política centrada na visão sócio-penal, que demanda o aparelhamento institucional do controle sobre a vida e os corpos dos chamados “menores irregulares”, ou, simplesmente, “menores”.

Nesse contexto, tanto as respostas da Sociedade Civil, quanto as do Estado, para a problemática dos “menores” foram pré-determinadas pelas sub-culturas da ambigüidade, da discricionariedade e da indiferença. Tais posturas psicossociais possibilitaram a consolidação e o aperfeiçoamento da “ideologia da compaixão-repressão” com que as esferas estatais ordinariamente encaravam o “problema dos menores”. Esta tendência predominante no “enquadramento jurídico” das questões relativas aos segmentos da nossa população infanto-juvenil considerados desviantes da ordem estabelecida ficou gravada no imaginário coletivo através da emblemática frase “*o problema dos menores é uma “Questão de Polícia”*”, adotada pelo governo de Washington Luís (15.11.1926-24.10.1930), para traduzir a resposta do Estado no “tratamento” dos “menores irregulares”.

Para dar conta de sua função social, enquanto técnica de controle social, a legislação menorista incorporou a diferença conceitual entre “criança”, “adolescente” e “menor irregular”, ou “menor”. A partir disso, constatamos que o mundo infanto-juvenil, dividido em um “mundo de crianças e adolescentes” e um “mundo de menores” foi objeto de estatutos jurídicos distintos. Para o primeiro desses mundos, prevaleceu o “Direito de Família”; para o segundo, o “Direito do Menor”. Para o Direito de Família foi reservado o “trabalho limpo”, de regular a presença e atuação na sociedade da prole da “família normal”, a família reconhecida pela ordem jurídica em vigor, a partir da Constituição Federal. Lembremos a esse respeito, que a Constituição de 1891, nos termos da emenda constitucional de 03.09.1926 deu o tom do tratamento constitucional da família no “Estado nacional-republicano” que resistiu até a Constituição de 1988. No parágrafo 4º do art. 72, esse texto constitucional prescrevia:

---

<sup>2</sup> Cf. MÉNDEZ, Emilio García. “Legislação de “Menores” na América Latina: uma doutrina em situação irregular.” In: III SEMINÁRIO LATINO-AMERICANO DO AVESSE AO DIREITO”. Out. 1992.

*“A República só reconhece o casamento civil, cuja celebração será gratuita.”*

Esta norma constitucional, que firmava o caráter laico do casamento, também deixava entrever qual haveria de ser, para fins de direito, o modelo de família no Brasil republicano e cristão. Nessa linha de pensamento, a Constituição de 1934, no seu art.144, expressaria:

*“a família, constituída pelo casamento indissolúvel, está sob a proteção especial do Estado.”*

O registro desses fatos históricos revelam, que desde os primórdios da República, legisladores e operadores do Direito formalizaram um conceito jurídico de família, a família oficial, que viria a ter papel relevante na organização e no funcionamento da sociedade brasileira, na medida em que, por questões fáticas variadas, grande parte da população brasileira, não se enquadrando no formato da família conforme a lei, viu-se relegada à desconfortante posição de “marginalia social”.

O retrospecto histórico deixa claro que a partir da criação de categorias teóricas convenientes foram forjadas as condições sociais e jurídicas para a depreciação sócio-cultural das uniões concubinárias, que, não sendo vistas como “família” para fins de direito, não podiam contar com o amparo do Estado de Direito. Por sua vez, os filhos dessas uniões marginais, passaram a ser vistos através de uma lente que obscurecia sua presença na vida social, fazendo-os sofrer o estigma da discriminação, por serem vistos como “filhos ilegítimos”. Paralelamente a isto, o nosso processo histórico foi marcado pela forte segmentação sócio-econômica, o que teve como resultado previsível uma sociedade composta por uma minoria abastada ao lado de uma grande maioria vivendo em condições de miséria e pobreza. Assim é que fechamos o século XX como uma das sociedades mais desigualitárias do planeta, com cerca de 50% das famílias auferindo não mais que dois salários mínimos, o que significa um quadro social crítico para a sobrevivência de um grande contingente de crianças e adolescentes: na faixa mais penalizada do nosso quadro social, fala-se em aproximadamente 20 milhões de crianças e adolescentes submetidos a condições de pobreza, miséria e abandono.

Este é o contexto geral, do ponto de vista sócio-familiar, em que se insere a dicotomia que, na vigência da legislação menorista, separava as crianças e os adolescentes dos menores irregulares.

A superação sócio-jurídica do Sistema do Direito do Menor, a começar por suas bases doutrinárias - Direito Penal do Menor e Situação Irregular -, impõe uma radical reformulação nos planos da Teoria e da “Práxis” Jurídica. Estamos nos referindo à necessidade de uma revolução paradigmática que deve ter como ponto de partida a hipótese geral aqui considerada, de que a compreensão doutrinária ou dogmática mais apropriada ao Direito da Criança e do Adolescente, enquanto modelo jurídico emancipatório, isto é, destinado à realização e permanente positividade da cidadania de crianças e adolescentes, no Estado Democrático de Direito, passa pela perspectiva teórica que considera este novo ramo do Direito Brasileiro como um “Sistema de Direitos Fundamentais” em permanente construção.

Esta hipótese implica a exigência de uma abordagem teórica (doutrinária e/ou dogmática), que seja capaz de superar as limitações da tradição jurídica positivista formalista, de presença marcante na cultura jurídica brasileira. No nosso entendimento uma posição teórica desse tipo deve necessariamente ter um comprometimento ético e político com a defesa e a potencialização dos Direitos Fundamentais de crianças e adolescentes.

Em vista disso, esta investigação tem como um de seus fundamentos epistemológicos o fato de ser orientada pela perspectiva de uma Teoria Jurídica Garantista, no sentido atribuído por FERRAJOLI<sup>3</sup> a esta expressão, ou seja, uma teoria jurídica que tem como referência meta-científica a observância do princípio de legalidade, por levar em consideração o Direito Positivo vigente, rejeitando, todavia, a visão jus-positivista formalista ou realista que se compraz em referendar o “status quo”, o Direito Positivo vigente.

Nestas condições, temos uma teoria jurídica que se realiza através da constante tensão crítica em face das leis vigentes, buscando, segundo o nosso ponto de vista a efetiva realização dos Direitos Fundamentais nelas formalmente previstos. Seus dois eixos epistemológicos fundamentais residem na sua fundamentação principiológica, porque baseada na perspectiva de que o Direito da Criança e do Adolescente é um sistema misto de princípios e regras, enfaticamente principiológico, e um sistema de Direitos Fundamentais. Com isso, podemos dizer que a Tese que ora apresentamos está situada no

---

<sup>3</sup> Cf. FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón: teoría del garantismo penal*. Tradução de Perfecto Adrés Ibáñez et al.. Madrid: 1995. p. 870.

terreno do pensamento jurídico crítico da atualidade, escorando-se em recortes doutrinários que propugnam pela afirmação do Direito como um instrumento de realização da pessoa humana como valor-fonte em torno do qual devem girar as instituições jurídicas, sociais e políticas. Trata-se, então, de uma proposta com uma pré-determinação radicalmente humanista, visto que não regateia com a validade material, ao lado da validade formal do Direito da Criança e do adolescente, em posição de peremptória negação da cultura e da legalidade menorista.

O trabalho foi desenvolvido em cinco capítulos cujo conteúdo pode ser assim resumido:

#### Capítulo I - "Origens e evolução do Menorismo brasileiro".

Neste capítulo, após uma breve referência a elementos sobre a história social da criança na cultura ocidental e a posição por ela ocupada no pacto político moderno, procuramos retratar os traços gerais da tradição menorista, adotando, para isso, a periodização formulada por FRANCISCO PILLOTTI: a) fase "Caridade e Filantropia", b) fase da "Consolidação do Sistema Jurídico-Administrativo" e c) fase do "Fortalecimento da Alternativa não-governamental".

#### Capítulo II - Aspectos gerais da abordagem sistemática do Direito e da Teoria dos princípios jurídicos aplicados ao Direito da Criança e do Adolescente".

Nesta parte do trabalho sublinhamos o caráter duplamente sistemático do Direito da Criança e do Adolescente (Sistema de princípios e regras e de Direitos Fundamentais), apontando algumas premissas que devem estar presentes na construção de uma teoria jurídica desse Direito:

a) a concepção de sistema jurídico, na esteira do pensamento de CANARIS, para quem a idéia de "Sistema" no Direito está fundamentada no princípio de justiça entendido através da perspectiva axiológica e teleológica, posicionamento que supera a visão da lógica formal predominante no pensamento jurídico-positivista;

b) por outro lado, ressaltamos que o Direito da Criança e do Adolescente, por seu comprometimento ético com a concretização dos Direitos Fundamentais infanto-juvenis, pressupõe uma aproximação teórica garantista que leve em conta três pontos de vista básicos: *o ponto de vista do âmbito material de incidência ou de aplicação, o ponto de vista dos fins e o ponto de vista dos meios;*



c) as contribuições do pensamento jurídico que, nas últimas décadas, desenvolveram estudos sobre o significado e o papel dos princípios na unidade interna dos sistemas jurídicos.

Capítulo III - "O Direito da Criança e do Adolescente e seus princípios jurídicos fundamentais - princípios estruturantes".

Neste capítulo procedemos ao estudo do significado sócio-jurídico dos Princípios Fundamentais Gerais do Direito da Criança e do Adolescente classificados como princípios *estruturantes*, que, segundo o nosso entendimento, são os seguintes:

- *Vinculação à Doutrina Sócio-Jurídica da Proteção Integral, das Nações Unidas;*
- *Universalização;*
- *Caráter Jurídico Garantista;*
- *Interesse Superior da Criança e do Adolescente.*

Capítulo IV - "O Direito da Criança e do Adolescente e seus princípios jurídicos fundamentais - princípios concretizantes".

Aqui nos dedicamos ao exame do sentido sócio-jurídico de sete princípios que classificamos como concretizantes, por serem funcionalmente realizadores ou densificadores dos princípios estruturantes, estando posicionados logo a seguir a estes, na escala do conjunto de princípios do Direito da Criança e do Adolescente. São os seguintes:

- *Princípio da Prioridade ou Primazia Absoluta;*
- *Princípio da Participação Popular;*
- *Princípio da Descentralização Político-Administrativa;*
- *Princípio da Desjurisdicionalização;*
- *Princípio da Despolicialização;*
- *Princípio da Humanização;*
- *Princípio da Politização ou Ênfase nas Políticas Sociais Básicas.*

Capítulo V - "Hermenêutica Jurídica e Direito da Criança e do Adolescente: subsídios para a construção do modelo hermenêutico adequado ao Direito da Criança e do Adolescente enquanto sistema de princípios e regras e de Direitos Fundamentais".

Nesta parte da Tese temos o ponto final de convergência das preocupações que motivaram os diversos momentos da investigação.

Se o Direito pode ser visto como um instrumental para organizarmos e fazermos funcionar a ordem social nas suas diversas interfaces e, se, o *Saber Jurídico* é um saber essencialmente prático, no sentido de se destinar à concretização social do que denominamos "*Direito Positivo*" e, finalmente, se o Direito da Criança e do Adolescente se apresenta como um Direito Garantista, entendemos que a oportunidade era propícia para debatermos algumas questões relativas à sua operacionalização hermenêutica.

Assim, este derradeiro capítulo contém o que consideramos elementos primários para orientar a interpretação/aplicação do Direito da Criança e do Adolescente, tendo sempre em vista o seu duplo caráter sistemático e o seu comprometimento ético com a materialização social e com o aperfeiçoamento da cidadania de crianças e adolescentes em geral, no contexto jurídico-político, axiológico e teleológico do Estado Democrático de Direito.

Completando o texto da Tese, chegamos à "*Conclusão*", momento em que, por sua própria natureza, reportamo-nos, com brevidade, aos aspectos fundamentais da investigação empreendida, enfatizando recortes do tema e da realidade social, que demonstram a imperatividade de uma tomada de posição social, jurídica, ética e política, tendente a garantir a observância do Direito da Criança e do Adolescente como instrumento de redefinição da experiência vivida historicamente trágicas da grande maioria das crianças e adolescentes brasileiros.

Para que este novo Direito não apenas se apresente, mas se efetive como *técnica de garantia*<sup>4</sup> do reconhecimento e do respeito aos Direitos Fundamentais de crianças e

---

<sup>4</sup> Aqui temos em vista o conceito de "*técnica de garantia*" formulado por MÉNDEZ: "*Uma garantia deve ser entendida como uma técnica jurídica idônea para assegurar o cumprimento ou a efetividade dos conteúdos expressados nas normas jurídicas. Técnica jurídica certa, fixada com antecipação a sua utilização. Neste contexto, é claro que o conceito de garantia pertence ao reino da certeza de vida, que é o mesmo que dizer que a garantia pertence como concepção filosófica à cultura da não-discrecionalidade, entendendo por discrecionalidade como está no Aurélio, como aquilo que procede sem restrições e de maneira arbitrária.*" MÉNDEZ, Emilio García. "Conferência Magna – Sistema de garantia dos direitos". **Anais da II Conferência Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente**. Brasília, DF: MJ/SNDH/CESPE/UnB, 1997, p. 29.

*adolescentes*, faz-se mister que a Sociedade e o Estado no Brasil assumam de uma vez por todas a consciência ética, jurídica e política própria de uma sociedade guiada pelo respeito à dignidade da pessoa humana e à democracia como valor universal. Sem esta tomada de consciência torna-se praticamente impossível fazer da nova legislação, um modelo para o Mundo, o instrumento de mudança de que tanto estamos necessários para concretizarmos o ideal da criança e do adolescente cidadãos.

Este é, em resumo, o significado essencial do trabalho que exponho à análise e julgamento da emérita Banca Examinadora composta por expoentes das letras e da práxis jurídica contemporânea.

# CAPÍTULO I

## ORIGENS E EVOLUÇÃO DO MENORISMO BRASILEIRO

### 1.1 NOTAS SOBRE A HISTÓRIA SOCIAL DA CRIANÇA

Na obra “Os direitos dos menores”,<sup>5</sup> de Haim GRÜSPRUN, há uma frase emblemática que nos abre o caminho para a compreensão adequada das condições em que a cultura do Ocidente incorporou a relação “criança/sociedade”. A frase é esta – “A história da criança é a história dos adultos” – e o que ela retrata é um dos aspectos mais intrigantes do processo civilizatório do mundo Ocidental. Estamos falando de uma tradição sócio-cultural que desde os primórdios da Civilização Ocidental negou “existência” peculiar da criança, promovendo a anulação e rejeição da perspectiva infantil, a desvalorização da “presença” e da “atuação” da criança na vida social e sua submissão ao controle repressivo do “mundo adulto”.

O nascimento de uma criança, observa GRÜSPRUN, significa o acontecimento mais importante para a perpetuação da Humanidade. É neste sentido que a criança é considerada portadora de “*valor prospectivo*”. Em razão disso, cada criança recém-nascida devia representar um triunfo de valor inestimável para a nossa espécie, devia ser tratada com dignidade e efetivamente protegida contra todos os fatores de risco à sua integridade biopsicológica e ao seu integral desenvolvimento. Mas não é isso o que a história familiar e social da criança retrata.

Os estudos sobre esse tema demonstram que somente a partir do século XVI a cultura Ocidental passou a atribuir valor apreciável à vida infantil. Por muitos séculos o Ocidente contemporizou com o sacrifício de recém-nascidos. Na Roma antiga, por

---

<sup>5</sup> Publicação ALMED, 1985.

exemplo, informa MÉNDEZ, onde o vínculo da escolha era mais importante do que o vínculo de sangue, o infanticídio era uma prática corriqueira.

*Durante o tempo de Augusto, os recém-nascidos eram expostos nas portas do palácio imperial, matando-se os que não eram escolhidos: uma prática que cumpria as atuais funções do aborto. Até a era medieval, durante a qual as profundas mudanças ocorridas não conseguiram modificar o fato de que o matrimônio e, em consequência, a família, constituíam um âmbito exclusivo da vida privada, o infanticídio continuou tendo uma influência quantitativa de bastante importância. É interessante observar que apesar de no século IV o infanticídio ter começado a ser juridicamente considerado um delito, foi somente no século XVI que começou a haver uma certa repulsa social por parte das classes populares.<sup>6</sup>*

Paralelamente a isto, as pesquisas de Phillip ARIÈS demonstram que até meados do século XVI a infância não era entendida como hoje. Em razão da *vulnerabilidade* natural que acompanha o ser humano nos seus primeiros anos de vida, a infância era vista como um período de total dependência física da criança em relação aos adultos.

Segundo GRÜSPRUN, a dependência da criança, principalmente em face dos genitores, propiciou um erro fundamental na cultura do Ocidente. Uma interpretação equivocada da dependência infantil fez os genitores considerarem que “*seus descendentes lhes pertenciam*”.<sup>7</sup> Em razão disso, observa GRÜSPRUN:

*Imbuídos desta mentalidade, durante séculos, não houve preocupação em nutri-los de afeição e acalento, porque a natureza os dizimava na primeira infância. A exigência do ser humano recém nascido, de ser cuidado e tratado, confundiu o conhecimento sobre o verdadeiro significado da criança no mundo. Pelo trabalho e dedicação do adulto em criar, quando resultava em sobrevivida mais garantida, já, a partir da primeira infância, o ser humano criança deveria retribuir aos pais a dedicação de poucos meses, para o resto da vida.<sup>8</sup>*

Além desse erro de interpretação, a relação "criança/mundo adulto" foi condicionada pela idéia de que a criança era um ser inferior, *ser pueril, incapaz, corrompível, mero projeto da pessoa humana adulta, ou "adulto em miniatura"*. A Filosofia Ocidental contém diversos registros que são testemunhos do tratamento discriminatório dispensado à criança. Aristóteles (384-322 a.C.) entendia que a criança era portadora de uma avidez doentia – uma avidez próxima da loucura. Para o estagirita a

<sup>6</sup> Cf. MÉNDEZ, Emílio García. **História da criança como história do seu controle**. p. 2.

<sup>7</sup> Cf. GRÜSPRUN, Haim. **Os direitos dos menores**. São Paulo: ALMED, 1985. p. 2.

<sup>8</sup> Cf. GRÜSPRUN. Op. Cit., p. 2.

criança era um ser irracional, carente de entendimento, que tinha capacidades inatas para adquirir a razão do pai ou do educador. Entre os pensadores cristãos, São Justino (cerca de 100-165) considerava o recém-nascido uma fútil criatura e Santo Agostinho (354-430) a via como um ser de natureza corrompida, que não podia salvar-se, senão pela misericórdia divina. Se deixarmos o menor fazer o que lhe apraz, argumentava, não há nenhum crime em que não se veja envolvido.

No ambiente social da nobreza, as informações sobre a situação da criança nas diversas sociedades européias (Inglaterra, França, Espanha, etc.) comprova que ela era afastada do convívio dos pais e entregue a nutriz substitutas até atingir a faixa etária em que estava imune às “doenças infantis” (catapora, sarampo, cachumba, coqueluche). Somente após esse período podia retornar à família, ocasião em que passava a ser vista como “pequeno adulto.”

Esclarece ARIÈS, até por volta do século XI a *“arte medieval desconhecia a infância ou não tentava representá-la. É difícil crer que essa ausência se devesse à incompetência ou à falta de habilidade. É mais provável que não houvesse lugar para a infância nesse mundo.”*<sup>9</sup>

Nesse “mundo racional de adultos”, quando havia necessidade de representar-se uma presença infantil, os artistas recorriam ao subterfúgio de colocar no lugar da criança um adulto em tamanho reduzido. Desta forma, a única diferença entre crianças e adultos era o porte físico. Este procedimento continuou sendo adotado até o fim do século XIII.

*“No mundo das fórmulas românicas, e até o fim do século XIII, não existem crianças caracterizadas por uma expressão particular, e sim homens de tamanho reduzido. Essa recusa em aceitar na arte a morfologia infantil é encontrada, aliás, na maioria das civilizações arcaicas.”*<sup>10</sup>

Através do levantamento feito por ARIÈS podemos constatar que, do final do século XIII até o século XVII, a história da arte européia mostra uma crescente “presença” de crianças e adolescentes no imaginário social. Essa mudança de comportamento social fez com que, nas camadas superiores da sociedade européia dos séculos XVI e XVII, a criança, especialmente à criança de tenra idade, já fosse

---

<sup>9</sup> Cf. Phillip ARIÈS. **História social da criança e da família**. 2. ed. Tradução de Flora Flaksman. Rio de Janeiro: LTC, 1981. p.50-51.

<sup>10</sup> Cf. ARIÈS. Op. Cit., p. 51.

representada com um traje que as diferenciava dos adultos. “*Essa especialização do traje das crianças, e sobretudo dos meninos pequenos, numa sociedade em que as formas exteriores e o traje tinham uma importância muito grande, é uma prova da mudança ocorrida na atitude com relação às crianças.*”<sup>11</sup>

Desta forma, podemos dizer que nesse período histórico surgiu um “novo sentimento em relação à infância”: a criança passou a ser objeto de *distração* e de *relaxamento* para o adulto. Posteriormente, a esse *primeiro sentimento da infância*, identificado por ARIÈS como “*paparicação*”, sucedeu o da “*inocência infantil*”, uma inocência que estava exposta a todos os riscos de ser pervertida, e que, por isso, era alvo de permanente vigilância e rígido controle.

O resultado dessa mudança ideológica foi a ênfase que se deu à educação baseada em princípios, em procedimentos e ambientes de muita austeridade. Reconhecia-se inocência infantil e juvenil e, em função disso, crianças e adolescentes eram submetidos a “*proteção especial*”. O objetivo primordial dessa “*proteção especial*” era habituá-las à obediência, à adoção de comportamentos graves, de atitudes comedidas, bem como orientá-los à modéstia, à seriedade, à decência, à noção de hierarquia e, enfim, a uma severa lógica de subordinação que era vista como premissa para a sua adequada inclusão na “*sociedade adulta*”.

Esse novo sentimento em relação à infância e à juventude, observa ARIÈS, inspirou o modelo educacional que até o século XX foi predominante e vigorou, indistintamente, para a burguesia e para o povo, nas cidades e no meio rural. O *apego à infância* não se exprimia mais por meio da distração e da brincadeira, porém através do interesse psicológico e da preocupação moral. A criança não era nem divertida nem agradável.

*Todo homem sente dentro de si essa insipidez na infância que repugna à razão sadia; essa aspereza da juventude, que só se sacia com objetos sensíveis e não é mais do que o esboço grosseiro do homem racional. Assim falava El Discreto de Balthazar Gratien, um tratado sobre a educação de 1646, traduzido para o francês em 1723 por um padre jesuíta. “Só o tempo pode curar o homem da infância e da juventude, idades da imperfeição sob todos os aspectos”.*<sup>12</sup>

---

<sup>11</sup> Ibidem, p. 157.

<sup>12</sup> Ibidem, p. 162.

Este é o quadro básico do sentimento da sociedade adulta em relação à infância e à juventude no limiar do século XX. Agora, como antes, crianças e adolescentes, continuavam sendo vistos como objetos, como *“algo adquirido pela família, que toma posse de sua pessoa desde o nascimento, e intermedeia precocemente sua personalidade com o mundo, até o momento de ser considerada maior ou, em idade em que o social dela se apossa definitivamente e a prepara para viver num ambiente que dificulta sua auto-realização ou mandá-la para a guerra.”*<sup>13</sup>

Se até a baixa Idade Média, crianças e adolescentes não passavam de seres anônimos, vivendo, sem visibilidade própria, no meio da multidão adulta... se no início da era moderna, sua presença começara a ser notada e, gradativamente, foi-lhes concedido algum espaço na vida social, ainda como objeto de diversão dos adultos...na sociedade contemporânea tinham conquistado um lugar especial na sociedade, embora esse lugar fosse o “altar adulto” de sua depuração moral e física...

*A família e a escola retiraram juntas a criança da sociedade dos adultos. A escola confinou uma infância outrora livre num regime disciplinar cada vez mais rigoroso, que nos séculos XVIII e XIX resultou no enclausuramento total no internato. A solicitude da família, da Igreja, dos moralistas e dos administradores privou a criança da liberdade que ela gozava entre os adultos. Infligiu-lhe o chicote, a prisão, em suma, as correções reservadas aos condenados das condições mais baixas.*<sup>14</sup>

A análise do processo histórico-social da Sociedade Contemporânea mostra-nos um aspecto das interações sociais que teve grande importância na definição do futuro da relação *“criança/sociedade”* e para determinar a forma de inserção de crianças e adolescentes no convívio comunitário: a ascendência da escola e da família sobre a criança e o adolescente assume um caráter classístico, manifestando-se como um fenômeno burguês. Na medida em que se firmou como *standard sócio-familiar* - modelo de família, modelo de infância e de adolescência, a Burguesia cuidou de separar os seus filhos dos filhos dos pobres.

*Durante séculos, os mesmos jogos foram comuns às diferentes condições sociais; a partir do início dos tempos modernos, porém, operou-se um seleção entre eles: alguns foram reservados aos bem nascidos, enquanto outros foram abandonados ao mesmo tempo às crianças e ao povo. As escolas de caridade do século XVII, fundadas para os*

---

<sup>13</sup> Cf. GRÜSPRUN. Op. Cit., p. 4.

<sup>14</sup> Cf. ARIÈS. Op. Cit., p. 277-278.



*pobres, atraíam também as crianças ricas. Mas a partir do século XVIII, as famílias burguesas não aceitaram mais essa mistura, e retiraram suas crianças daquilo que se tornaria um sistema de ensino primário popular, para colocá-las nas pensões ou nas classes elementares dos colégios, cujo monopólio conquistaram.*<sup>15</sup>

Essa característica cultural iria ter reflexos profundos na construção do paradigma sócio-jurídico do Menorismo, especialmente que se refere à distinção, que se tornou clássica, entre "*crianças*" e "*adolescentes*" de um lado, e "*menores*" ou "*menores irregulares*", de outro. Prosseguindo um pouco mais pela história atingimos o momento (final do século XIX) em que, juristas, educadores e administradores, instituíram a *lei da divisão simbólica e social-objetiva do mundo infanto-juvenil em dois hemisférios*:

- a) o hemisfério da *criança* e do *adolescente*, para os quais estavam reservados a *família* e a *escola*, a *preparação para o trabalho digno*;
- b) o hemisfério dos "*menores*", ou "*menores irregulares*" predestinados ao controle sócio-penal através da "polícia de costumes", do juizado de menores, dos centros de ressocialização etc..

## 1.2 A CRIANÇA E O PACTO POLÍTICO MODERNO

Nas origens jurídico-políticas da Sociedade Moderna vamos encontrar os primeiros vestígios da exclusão social e política da criança e do adolescente que ainda constatamos nas sociedades atuais. *O pacto político moderno, centrado no conceito do "homem-indivíduo", baseava-se, é certo, num discurso universalista.* No entanto, quando aprofundamos as investigações, evidencia-se uma sofisticada lógica de exclusão.

Segundo BARATTA nessa fundamentação remota das sociedades ocidentais já estão presentes elementos teóricos que nos auxiliam a compreender muitas das questões atuais relativas à política, à democracia, à cidadania, à relação "homem-direito", e temas correlatos. Estes elementos são também de grande utilidade para melhor nos orientarmos no debate sobre a situação, a presença e a atuação da criança e do adolescente nos tempos atuais.

---

<sup>15</sup> Cf. ARIÈS. Op. Cit., p. 278.

A história da democracia na América Latina e na Europa, explica BARATTA, é, certamente, a história de seu futuro. Mas também é uma história antiga.

*Sin embargo, su última y decisiva fase empezó con la teoría y la praxis del pacto social propio de la modernidad. En otros trabajos he mostrado como se puede considerar este pacto como un pacto de exclusión y que en realidad, a pesar del potencial universal declarado de su principio, fue un pacto entre individuos del género masculino, adultos, blancos y propietarios para excluir del ejercicio de la ciudadanía en el nuevo Estado que nació con el pacto, a mujeres, niños, personas de color y desposeídas, es decir, propietario de nada más que su fuerza de trabajo. El desarrollo del pacto social moderno en la constitución formal y material de los países de América Latina y Europa, está marcado por las luchas de los excluidos y de aquellos que han tomado partido de ellos, para la integración de éstos en la ciudadanía y en la democracia.<sup>16</sup>*

No entendimento de BARATTA, a história da criança e do adolescente rumo à democracia apresenta, em relação à de outros grupos excluídos, três anomalias que lhe dão especificidade.

Em primeiro lugar, a exclusão social e política imposta à criança e ao adolescente na atualidade é o resultado da exclusão “explícita” e “programada” com que foram tratados no pacto social da modernidade. Trata-se de uma exclusão de fato e de direito. Crianças e adolescente, argumenta BARATTA, como todos os seres humanos, têm acesso aos direitos civis e de liberdade, conforme o estabelecido nas Declarações de Direitos Humanos. *“No obstante, ellos no son parte contratante del pacto, no tienen ni la facultad, ni la obligación natural de serlo. Esto resulta, claramente, de la diferenciación entre seres racionales e irracionales, que constituye un fundamento ontológico y ético de las teorías del derecho natural y del contractualismo en la modernidad: por un lado está los adultos y por outro, los niños y los animales.”<sup>17</sup>* Em vista dessa exclusão essencial da

---

<sup>16</sup> “Entretanto, sua última e decisiva fase começou com a teoria e prática do pacto social próprio da modernidade. Em outros trabalhos, tenho mostrado como este pacto pode ser considerado, como um pacto de exclusão que na realidade apesar do potencial universal declarado no seu princípio, foi um pacto entre indivíduos do sexo masculino, adultos, brancos e proprietários, com a finalidade de excluir do exercício da cidadania no novo Estado que surgia com referido pacto as mulheres, as crianças, pessoas de cor e as despossuídas, isto é, proprietários de nada mais do que sua força de trabalho. O desenvolvimento do pacto social moderno na constituição formal e material dos países da América Latina e da Europa, está marcado pelas lutas dos excluídos e daqueles que têm tomado o partido deles, para a integração destes na cidadania e na democracia.” (tradução do autor). Cf. Alessandro BARATTA. *Infancia y democracia*. In: MÉNDEZ, Emilio García; BELOFF, Mary (Org.). **Infancia, ley y democracia**. Santa Fe de Bogotá-Buenos Aires: Editorial Temis-Ediciones De Palma, 1998. p. 43-44.

<sup>17</sup> “No entanto, eles não são parte contratante do pacto, nem tem o direito, nem a obrigação natural de sê-lo. Isto que resulta, claramente na diferenciação entre os seres racionais e os irracionais que constitui fundamento ontológico e ético das teorias do direito natural e do contratualismo na modernidade: de um lado estão os adultos e, de outro, as crianças e os animais.” (tradução do autor). *Ibidem*, p. 44.

criança e do adolescente entre os seres humanos racionais, eles podem encontrar proteção no estado civil, resultante do pacto social, mas não fazem parte dele, não são parceiros sociais e políticos dos adultos racionais.

Em segundo lugar, a luta da criança e do adolescente por seus direitos está desvinculada da luta pelo reconhecimento de sua diferença. Para a criança e o adolescente o reconhecimento da diferença de gênero, cultura e posição no mundo da produção – que constitui o momento culminante na luta de outros grupos de excluídos por igualdade – tem produzido benefícios mínimos em termos de proteção, mas lhes têm prejudicado em termos de igualdade. Isso pode ser percebido, por exemplo, quando analisamos algumas exceções e reservas feitas por Estados-partes da Convenção. Em alguns desses casos as exceções têm permitido que os adolescentes sejam igualados aos adultos em situações delicadas, como a do trabalho, do recrutamento militar e da idade penal.<sup>18</sup>

Por fim, em terceiro lugar, a luta pelos direitos da criança e do adolescente, diferentemente ao que acontece com a luta por direitos de outros grupos de excluídos, não é uma luta sustentada pelos próprios interessados, mas fica na dependência do discurso e da ação dos adultos. *“Esta anomalia puede parecer una paradoja si pensamos que los adultos con los que ejercitan el poder sobre los niños y frente a los cuales se dirige la demanda de igualdad, de libertad, de integridad física y moral de respeto en favor de los derechos de los niños.”*<sup>19</sup>

Os efeitos dessas três anomalias no processo histórico contemporâneo têm condicionado a luta pelos direitos infanto-juvenis. Neste sentido, podemos, v.g., observar que os adultos que assumiram o movimento de defesa dos direitos infanto-juvenis têm reconhecido um espaço amplo para os direitos civis e econômicos e sociais, porém um espaço *“mui pequeno a los derechos políticos y de participación política.”*<sup>20</sup>

Diante do que acabamos de expor torna-se claro que a luta pelos direitos da criança e do adolescente não pode ser um plano momentâneo ou superficial. Não pode resumir-se numa atitude reformista da tradição que sempre submeteu a criança e

---

<sup>18</sup> Cf. BARATTA. Op. Cit., p. 45.

<sup>19</sup> *“Esta anomalia pode parecer um paradoxo, se pensamos que a demanda por igualdade, liberdade, integridade física e moral e respeito em favor dos direitos das crianças é dirigida aos adultos que detêm o poder sobre elas.”* (tradução do autor). Ibidem, p. 45.

<sup>20</sup> Cf. BARATTA. Op. Cit., p. 46.

adolescente à cultura de autoritarismo da *sociedade adulta*. A *posição*, a *presença* e *atuação* da criança e do adolescente em nossa sociedade é fruto de uma tradição que está fortemente arraigada em nossas atitudes mentais, em nossos hábitos e em nossas instituições. Em vista disso, demanda intervenções em níveis mais profundos do imaginário e das práticas sociais vigentes. Para possibilitar uma compreensão mais clara do significado desse movimento na sociedade brasileira, faremos a seguir um breve retrospecto sobre a origem e a evolução do Menorismo em nosso país. Com isso, pensamos tornar mais visíveis os motivos pelos quais a concretização e o aperfeiçoamento da cidadania infanto-juvenil impõe-nos a superação definitiva do Direito do Menor, suas doutrinas (Direito Penal do Menor, Situação Irregular), seus procedimentos e instituições.

### 1.3 O MENORISMO BRASILEIRO: BREVE REGRESSÃO HISTÓRICA DO “PODER SOBRE OS *MENORES IRREGULARES*”

#### 1.3.1 Introdução: Interfaces do Menorismo como uma Questão Latino-americana

| A história do menorismo brasileiro demonstra a crise recorrente das respostas do Estado a um drama vivido pela grande maioria de crianças e adolescentes nos diversos períodos de nossa evolução social e política. Todavia, o que aconteceu no nosso país com os chamados “menores irregulares” durante a vigência do Direito do Menor não deve ser visto como um fato isolado, mas, a partir de uma perspectiva processual da história, deve ser objeto de uma abordagem contextual latino-americana. | Os estudos realizados por PILLOTTI mostram-nos a existência de uma estreita conexão entre diversos aspectos dos sistemas menoristas que, desde o início do século, dominaram o panorama legal e institucional sobre a situação dos segmentos infanto-juvenis mais pobres das sociedades da América Latina. Em texto de 1995 PILLOTTI observava:

*Atualmente moram na América Latina e no Caribe aproximadamente 200 milhões de crianças menores de 18 anos, cifra que representa quase 45% da população total. Quase a metade dessas crianças vive em condições de pobreza crítica, situação sintetizada na afirmação, “a maioria das crianças é pobre e a maioria dos pobres é criança”. Esta realidade está historicamente vinculada à natureza concentradora e excludente dos estilos de desenvolvimento que predominaram na região, o que outorga*

*à pobreza um caráter estrutural, convertendo-se num princípio permanente do cenário social latino-americano, agravada periodicamente por crises mundiais especialmente sensíveis nas sociedades dependentes da América Latina.*<sup>21</sup>

Nesta linha de pensamento, as investigações desenvolvidas por MÉNDEZ e CARRANZA demonstram que a história da infância latino-americana é a história da introdução e desenvolvimento de uma falaciosa proteção. A despeito dos discursos "tutelares" que sempre estiveram presentes nas letras jurídicas menoristas, essa "cultura de proteção", observam os autores, não pode prescindir de formas e mecanismos mais ou menos "científicos" y "bondadosos" "de clasificación y segregación represiva.",<sup>22</sup> o que evidencia o caráter "sócio-penal"<sup>23</sup> das ações estatais sobre crianças e adolescentes. Trabalhando com a diretriz metodológica que aborda o Menorismo no contexto da América Latina, podemos destacar alguns traços sociais estreitamente ligados à chamada "Problemática dos Menores", comuns aos países da região;

a) a história da América Latina tem sido marcada pela "falta de equidade demográfica". Este fenômeno social se evidencia na "medida em que parte considerável da reprodução biológica da população é realizada pelos segmentos mais pobres da sociedade."<sup>24</sup>

A dinâmica demográfica desequilibrada em prejuízo dos setores mais pobres da população, explica PILLOTTI, "é um elemento importante na reprodução da pobreza sob dois pontos de vista: de forma direta, pelas altas taxas de fecundidade e de crescimento da população pobre e, indiretamente, porque esses fatores favorecerem a permanência

---

<sup>21</sup> Cf. PILLOTTI, Francisco. O contexto: a situação da infância na América Latina e a crise da resposta institucional. In: PILLOTTI; RIZZINI, Irene (Org.). **A arte de governar crianças: a história das políticas sociais, da legislação e da assistência à infância no Brasil**. Rio de Janeiro: Instituto Interamericano Del Niño/Editora Universitária Santa Úrsula/AMAIS, 1995. p. 15.

<sup>22</sup> Cf. MÉNDEZ, Emilio García. CARRANZA, Elías. De la minoridad a la infancia-adolescencia: bases para una historia latinoamericana. **Infancia, adolescencia y control social en América latina**. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1990. p. 4.

<sup>23</sup> Na mesma visão conceitual de MÉNDEZ, utilizamos a expressão "sócio-penal" com um significado bem específico. Trata-se de uma forma de conceber a relação "criança-adolescente/Direito" que, ao caráter indiferenciado do sujeito "delinqüente-abandonado" faz corresponder o uso indiferenciado de instrumentos de política social e criminal. "En la práctica, lo que los análisis descarnados demuestran es que se ha producido una 'penalización' de los aspectos sociales (internación compulsiva del menor abandonado), a la par que una "socialización" de los aspectos penales (juzgamiento y condena a penas u otras medidas privativas de la libertad sin el respecto a las mínimas garantías otorgadas a los delincuentes adultos." (Cf. MÉNDEZ; CARRANZA. Op. Cit., p. 5).

<sup>24</sup> Cf. PILLOTTI. Op. Cit., p. 15.

dos filhos nas condições de vida similares dos seus pais pela transmissão da pobreza entre gerações (CEPAL, 1995).”<sup>25</sup>

b) nas sociedades latino-americanas é histórica a existência de uma estreita relação entre *pobreza ou marginalização social e urbanização*. Dados de 1991 comprovam que três quartos da população habita zonas urbanas, “*lugar de residência para mais de 70% das crianças latino-americanas menores de 15 anos (FNUAP, 1991); United Nations, 1986*). Por outro lado, durante a década passada continuou o processo de concentração da pobreza nas áreas urbanas, onde atualmente residem mais de 40% dos pobres (CEPAL, 1994).”<sup>26</sup>

c) nos diversos países da América Latina também é histórica a submissão de grandes contingentes de crianças e adolescentes pobres a situações precárias de escolaridade e trabalho. No primeiro caso, são comuns elevados índices de evasão escolar e de analfabetismo. No segundo caso, um grande número de crianças e adolescentes que se vêem na contingência de trabalhar para ajudar no sustento do grupo familiar acabam sendo vítimas da “exploração selvagem” de sua mão de obra. São bem conhecidos os números de crianças brasileiras trabalhando precocemente e ainda em condições prejudiciais à integridade física e à saúde.<sup>27</sup>

Além disso, como atentamente observa PILLOTTI,

*Os riscos inerentes às precárias condições intrafamiliares, ao fracasso da escola como instituição socializadora de base e às vivências de rua, se traduzem muitas vezes pelo contato destas crianças com o sórdido submundo da droga, da prostituição e da delinquência em geral. Não é de estranhar, então, que a violência atinja vítimas cada vez mais jovens: o IBGE do Brasil informa, por exemplo, que as mortes violentas não acidentais como homicídios e suicídios, aparecem em 1990 como a principal causa de morte para o grupo de 15 a 17 anos em algumas das principais cidades brasileiras, superando os acidentes de trânsito (IBGE, 1990).<sup>28</sup>*

---

<sup>25</sup> Cf. PILLOTTI. Op. Cit., p. 15-16.

<sup>26</sup> Ibidem, p. 16.

<sup>27</sup> Dados sobre a realidade brasileira indicam que “*Quase todas as crianças brasileiras têm hoje acesso ao ensino elementar, mas pouco mais da metade chegará à 8ª série. Uma em cada seis ingressa no mercado de trabalho antes de completar 15 anos. Dos 15 aos 17, quando deveria estar na escola, metade estão batente*”. E que batente! Flanelinhas, engraxates, jornaleiros de semáforos, trabalhadores rurais, em canaviais, na colheita e no beneficiamento do sisal, etc.; quebradores de britas em pedreiras; na produção de carvão.” Cf. LIMA, Miguel M. Alves. A violência como obstáculo à construção da “Cidadania da Criança e do Adolescente”. *Revista Jurídica da FURB - Universidade Regional de Blumenau*. Ano 3, n. 6, dez. 1999, p. 138.

<sup>28</sup> Cf. PILLOTTI. Op. Cit., p.16-17.

d) Outro registro que não conhece fronteiras na América Latina é a prática freqüente da redução do investimento público nas áreas sociais. Essa ocorrência se agravou, a partir da década de 70, no bojo da chamada Globalização, em razão das exigências impostas pela lógica neoliberal que, objetivando a redução do déficit fiscal e a criação de condições favoráveis ao fluxo do capital internacional, submeteu os Estados “periféricos” a verdadeiras sangrias econômico-financeiras dissimuladas sob a capa de programas de privatização do patrimônio público (a qualquer custo) e da racionalização dos gastos nas área sociais.

Pressionados pelo agentes econômicos de grande porte e pelos organismos financeiros internacionais (v.g. FMI), os Estados latino-americanos de maneira geral adotaram receituário neo-liberal, empobrecendo os orçamentos públicos quanto às verbas destinadas aos gastos sociais, como educação, saúde, previdência e assistência social etc. Nesta linha de pensamento, observa ARRUDA JÚNIOR.:

*A idéia de privatização presente nas políticas neoliberalizantes objetiva a redução do déficit fiscal. Para tal, tenta-se aplicar, embora nem sempre no ritmo almejado, o receituário do Consenso de Washington. Os cortes incidem sobre os gastos sociais (educação, saúde, previdência), seguidos da compulsiva venda do patrimônio público (empresas estatais) a preços desvalorizados, tendo como exemplo maior, no Brasil, o caso da Vale do Rio Doce.*<sup>29</sup>

e) tem sido uma espécie de “lugar comum” dos países da América Latina o periódico ressurgimento de tendências ideológicas e políticas autoritárias. Demonstrando indiferença para as questões sócio-econômicas que sempre estiveram na raiz do “problema dos Menores”, e que atualmente estão presentes na base das questões que afetam a situação familiar, social ou comunitária da maioria das crianças pobres em nosso país e em outros países da América Latina, têm o efeito de despertar na sociedade “ondas” falaciosas de “clamor” pelo endurecimento das leis (redução da idade penal, criação do penalismo juvenil), buscando restabelecer a ordem da vigilância e da repressão contra crianças e adolescentes ou, pelo menos, contra adolescentes envolvidos na prática de atos infracionais.

---

<sup>29</sup> Cf. Edmundo Lima de ARRUDA JR. Os caminhos da globalização: alienação e emancipação. In: **Revista Jurídica da UNIDERP/Universidade para o Desenvolvimento do Estado e da Região do Pantanal. Direito e Globalização.** Campo Grande: UNIDERP, v.1, n. 1, jun. 1998, p. 85.

Esses movimentos reacionários (porque buscam ressuscitar o Menorismo) fazem de conta que jamais ouviram falar no “passado negro” da tradição menorista e, nos países como o Brasil, que conseguiram sepultar o anti-direito “Direito do Menor”, integram o coro dos nostálgicos, que sonham com “os bons tempos” em que os “*menores irregulares*” estavam sob o “*poder tutelar*” da Polícia, dos Curadores de Menores, dos Juizados de Menores e dos Centros de Ressocialização ou Educandários (SAM, FEBEM etc.).

Esse conjunto de traços sociais comuns à generalidade dos países latino-americanos que, como já afirmamos, sempre estiveram estreitamente relacionados com o modelo menorista, representa um quadro exemplificativo de graves questões continentais não resolvidas, mas historicamente banalizadas ou postergadas por tempo indeterminado para as futuras gerações. Enquanto isso, os grandes contingentes populacionais infanto-juvenis da América Latina, como, em particular, os do Brasil, foram por quase um século vítimas do anti-direito que respondia pelo nome de “Direito do Menor” e da anti-tutela dos programas de proteção aos “Menores Irregulares”... que marcaram a ferro e brasa o corpo e a vida de gerações e gerações de infelicitados!

### 1.3.2 O Itinerário do Menorismo no Brasil

Falar do “Menorismo” é ter como objeto de atenção um modelo jurídico cujos destinatários especiais eram os chamados “Menores Irregulares, integrantes de um segmento específico da população infanto-juvenil. Para fins de direito, no âmbito do menorismo, a população infanto-juvenil estava composta de dois segmentos: a) as crianças e adolescentes; b) os menores irregulares, ou, simplesmente, “menores”.

Mas quem eram os *menores irregulares*? Como distinguí-los na totalidade dos indivíduos que faziam parte da população infanto-juvenil?

Entendemos que há duas respostas para esta indagação. A primeira atribui conotação restrita à expressão “menores irregulares” e corresponde a uma das estratégias teóricas fundamentais da “Doutrina Jurídica da Situação Irregular”, que vigorou juntamente com o Código de Menores de 1979 (Lei nº 6.697/79). A segunda não trabalha com o mesmo rigor técnico-jurídico e adapta essa expressão ao ambiente sócio-cultural do início do século XX. Sua origem é a dicotomia “criança/menor” que, no final do século XIX, como decorrência do recorte social classístico promovido pelo imaginário



burguês nas sociedades européias, separou gradativamente os “filhos dos ricos” dos “filhos dos pobres”.

No caso brasileiro, no início do século passado, numa sociedade egressa do regime escravocrata, o termo “Menor” foi associado ao “menor desvalido”, “abandonado”, “transviado”, “perambulante”, “pivete”, “delinqüente”. No contexto histórico-social a que nos referimos esses “menores” correspondiam aos filhos da pobreza, o grande contingente populacional que, em face do modelo de desenvolvimento adotado, foi-se acumulando em torno dos centros urbanos, sem condições de ser *incluído* na “sociedade burguesa” dominante.

Sem rigor sociológico podemos dizer que os “menores” ou “menores irregulares” do início do século passado representavam um tipo social sócio-geneticamente vinculado à “*infância desvalida do Brasil*”. Nesta expressão reunimos o conjunto social heterogêneo composto, desde os tempos do Brasil-Colônia, pelos “*filhos dos índios*” aculturados pelos jesuítas, pelos “*filhos de escravos*” e pelos “*filhos de ninguém*”. Estes últimos eram os *filhos de mamelucos e mestiços*, os “primeiros brasileiros”, segundo Darcy RIBEIRO, grupo populacional de pobres e necessitados, sem acesso à atividade produtiva, que surgiu e cresceu em torno da grande propriedade rural.<sup>30</sup> A estes “descendentes históricos da República Velha” devemos acrescentar os *expostos*,

---

<sup>30</sup> Segundo Darcy Ribeiro, citado por ARANTES, será necessário “*aprofundar muito mais o nosso conhecimento sobre o papel do convívio dos índios com a civilização, debaixo das opressões do escravismo, e sobre as condições em que mulheres apresadas eram prenhas para parir os filhos que não se identificavam com a etnia materna e que eram rechaçados pela paterna. Esses filhos de ninguém é que, ao se avolumarem, iam constituindo uma terceira camada de gente, nem nativa, nem européia, que seriam os primeiros brasileiros.* (In: GOMES, M., p. 10).” ARANTES, Esther Maria de Magalhães. Rostos de crianças no Brasil. In: PILOTTI; RIZZINI. Op. Cit., p. 189-190.

crianças abandonadas nas Rodas<sup>31</sup> que, originárias da Europa, funcionaram em nosso país a partir de 1726.<sup>32</sup>

Com a consolidação do Direito do Menor em nosso país, através do Código Mello Matos (1927), institucionalizou-se e se difundiu no meio jurídico uma linguagem em que o termo “MENOR” ganhou “status” de expressão científica.

Segundo LONDOÑO:

*Olhando para o seu próprio país, os juristas brasileiros descobrem o “menor” nas crianças e adolescentes pobres das cidades, que por não estarem sob a guarda da autoridade dos seus pais ou tutores são chamados pelos juristas de abandonados. [...] o menor não era pois o filho “de família” sujeito à autoridade paterna, ou mesmo o órfão devidamente tutelado e sim a criança ou o adolescente abandonado tanto materialmente como moralmente. (Londoño, in Del Priore, p.134-135).<sup>33</sup>*

Desta forma, seja no sentido específico, seja no sentido geral, podemos dizer que a expressão “menor irregular” ou o termo “menor” identifica a categoria social que demarca finalisticamente o Menorismo, visto como perspectiva sócio cultural ou como sistema jurídico. Mais do que meras manifestações semânticas, a expressão “menor irregular” e o termo “menor” constituíram, para a tradição menorista, formas de organização do cotidiano, do mundo jurídico e político-assistencial destinado à grande maioria das crianças e adolescentes brasileiros no período compreendido entre os anos 20 e anos 90 do século XX. Estas observações lembram-nos o pensamento de GADAMER para quem a linguagem não *diz* coisas sobre o mundo, não é mero instrumento de *revelação do mundo*, mas representa-o como produto que é de *experiência* e não de

---

<sup>31</sup> Conforme Eva Teresinha Silveira Faleiros, “A RODA” constituía-se em todo um sistema legal e assistencial aos expostos até a sua maioridade. Num sentido mais restrito a “Roda” era “*aparelho, em geral de madeira, do formato de um cilindro, com um dos lados vazados, assentado num eixo que produzia um movimento rotativo, anexo a um asilo de menores. A utilização desse tipo de engrenagem permitia o ocultamento da identidade daquele que (a) abandonava. [...] A manutenção do segredo sobre a origem social da criança resultava da relação promovida entre abandono de crianças e amores ilícitos. Os espaços especialmente destinados a acolher crianças visavam, num primeiro momento, absorver os frutos de tais uniões. Com o tempo, essas instituições passaram a ser utilizadas também por outros motivos [...] Casa dos Expostos, Depósito dos Expostos, e Casa da Roda eram designações correntes no Brasil para asilos de menores abandonados*” (Gonçalves, In: Almeida, 1987, p.37/8).” (Apud ARANTES. Op. Cit., p. 191). A primeira Roda brasileira foi instalada na Bahia, em 1726, a segunda, no Rio de Janeiro, em 1738, funcionando até 1935. A de São Paulo, criada em 1825, esteve ativa até 1948.

<sup>32</sup> Para aprofundar informações sobre os “filhos dos índios”, os “filhos dos escravos”, “filhos de ninguém” e dos “expostos”, ver Esther Maria de Magalhães ARANTES, no artigo “Rostos e crianças do Brasil”, incluído na obra **A arte de governar crianças** (PILLOTTI; RIZZINI. Op. Cit., p. 182-194).

<sup>33</sup> Cf. ARANTES. Op. Cit., p. 209.

reflexão. Em vista disso, o que mais importa na linguagem não é a sua forma, mas o seu conteúdo, do que é como expressão de vida.

Ao pronunciarem “menor irregular” ou “menor”, os menoristas falavam de uma determinada concepção de sociedade, um mundo de relações sociais e jurídicas específicas, uma determinada rede de instituições e de procedimentos que para eles se justificava plenamente. A despeito da impropriedade dos fundamentos sociais do menorismo, os adeptos desse modelo jurídico insistiam na sua legitimidade. Para CAVALLIERI, um dos expoentes dessa corrente jurídica, não era possível conciliar a “*a idéia de proteção integral com a tutela oferecida pelo direito no sistema jurídico do Estado.*”<sup>34</sup> Em razão disso, argumentava, sob pena de cair no descrédito, o Direito do Menor devia limitar-se à “tutela jurídica” dos “menores em situação irregular”. No entendimento de CAVALLIERI a palavra “MENOR” continha uma “*conotação jurídica inegável*”.

*A palavra MENOR contém uma conotação jurídica inegável. No âmago das famílias, no rol social, existem crianças, meninos, garotos, brotinhos. Toda vez que se faz referência ao menor, está-se referindo ao menor abandonado, menor delinqüente, menor vítima, menor de idade, o menor em uma situação irregular. Diz-se “o meu filho, o meu garoto”, jamais o “meu menor”. É há mais, um certo tom pejorativo está popularmente, socialmente ligado à palavra. Assim a conotação jurídica não se manifesta no campo dos direitos civis; reserva-se a uma pessoa de certa idade, envolvida em uma situação anormal, que chamamos de irregular. Seria cômico um pai de família dirigir-se à esposa pedindo providências: - “Maria, olha o nosso menor maltratando o papagaio”. E seria trágico se os juizados se chamassem juizados de crianças ou as delegacias de meninos.*<sup>35</sup>

A expressão “menor irregular” e a palavra “menor” foram de tal modo introjetadas no nosso imaginário coletivo que, passados mais de dez anos da revogação do último Código de Menores que o país conheceu, ainda estão presentes na comunicação social.

Na sua evolução histórica em nosso país o Menorismo não teve uma continuidade linear, mas passou por diversas fases nas quais a legislação e as instituições foram se amalgamando às contingências histórico-sociais, ideológicas e políticas. Essa constatação não deve causar estranheza, mormente quanto trabalhamos com uma visão

---

<sup>34</sup> Cf. CAVALLIERI, Alyrio. *Direito do menor*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1976. p. 13.

<sup>35</sup> *Ibidem*, p. 15.

sócio-jurídica que se apercebe das implicações existentes entre o direito e a realidade em qualquer formação social. Para isso, não basta dizer o óbvio “ubi societas, ibi jus” (onde há sociedade há direito), mas é preciso compreendermos como ocorre esse vínculo entre a totalidade social e a instância jurídica. A investigação da relação “direito/sociedade” precisa ser feita através do modelo metodológico empírico-dialético, “sur le terrain”, sob pena de perder-se no esfumaçamento de discussões meramente “epistemológicas”,<sup>36</sup> disfarçadamente metafísicas.

Complementando esta rápida demarcação teórica e metodológica indispensável ao ingresso nos diversos momentos do Menorismo brasileiro, reportamo-nos a estas observações formuladas por PILLOTTI:

*A análise das formas concretas assumidas em cada país pelo sistema de assistência à infância em diferentes períodos deve levar em conta o marco mais amplo das conjunturas sócio-econômicas e políticas, assim como o fluxo das idéias dominantes referentes à situação da infância na sociedade. A inter-relação entre estes elementos influi, por sua vez, na postura e ações dos diversos grupos cujos interesses gremiais, corporativos, políticos e ideológicos estão vinculados à problemática da infância: burocracia, juizado de menores, profissões (educadores, médicos, assistentes sociais etc.), partidos políticos, organização não-governamentais, igrejas e outros.<sup>37</sup>*

Apesar da constante re-acomodação das leis e das instituições menoristas às condições sociais, ideológicas e políticas dos diversos momentos da história brasileira vividos entre a década 20 e o final da década de 80 do século passado, é perfeitamente possível destacarmos alguns elementos que constituíram verdadeiros caracteres sócio-genéticos dos sistemas menoristas. Na opinião de MÉNDEZ a *doutrina da irregularidade*, que permitia ver nos “menores irregulares” os destinatários das leis menoristas, respeitadas as peculiaridades de cada país, apresentou em toda a América Latina as seguintes características gerais:

---

<sup>36</sup> Lembramos aqui observações feitas por ARRUDA JÚNIOR., ao escrever sobre os “caminhos para uma sociologia jurídica alternativa”. Segundo esse autor, uma sociologia com este perfil essencialmente crítico, “*Parte do fato concreto que é a necessidade de conhecimentos por sub-área da instância jurídica, por exemplo, estudos sobre operadores jurídicos face aos processos de câmbio, de forma mais genérica e nas Instituições Jurídico-políticas, de forma mais particular como conditio sine qua non para o avanço teórico. Sem investigações “sur le terrain” as discussões serão sempre “epistemológicas” (palavras preferidas, junto com as buscas das “especificidades”, nos acadêmicos...) e tautológicas.*” (ARRUDA JÚNIOR., Edmundo Lima de. **Introdução à sociologia jurídica alternativa**. São Paulo: Acadêmica, 1993. p. 20-21. (grifos no original).

<sup>37</sup> Cf. PILLOTTI. Op. cit., p. 24.

- *Estas leis pressupõem a existência de uma profunda divisão no interior da categoria infância: crianças – adolescentes e menores (entendendo-se por menores o universo dos excluídos da escola, da família, da saúde etc...). Em consequência, estas leis que são exclusivamente de e para os menores tendem objetivamente a consolidar as divisões aludidas do universo infância.*
- *Centralização do poder de decisão na figura do juiz de menores com competência geral e discricional.*
- *Judicialização dos problemas vinculados à infância em situação de risco, com a tendência clara de patologizar situações de origem estrutural.*
- *Impunidade (com base em uma arbitrariedade normativamente reconhecida) para o tratamento dos conflitos de natureza penal. Esta impunidade se traduz na possibilidade de declarar juridicamente irrelevante os delitos graves cometidos por adolescentes pertencentes aos setores sociais médio e alto.*
- *Criminalização da pobreza, dispondo de internações que correspondem a verdadeira privações de liberdade, por motivos vinculados à mera falta de recursos materiais.*
- *Consideração da infância, na melhor das hipóteses, como objeto de proteção.*
- *Negação explícita e sistemática dos princípios básicos e elementares do direito, inclusive daqueles considerados na própria Constituição Nacional como direito de todos os habitantes.*
- *Construção sistemática de uma semântica eufemística que condiciona o funcionamento do sistema à não verificação empírica de suas consequências reais.*<sup>38</sup>

Dentre as várias formas de periodização da evolução histórica do Menorismo brasileiro, adotamos a que foi proposta por PILLOTTI. Para esse estudioso, os modelos de “assistência social” latino-americanos em geral e, dizemos nós, das legislações sobre a situação dos “menores irregulares”, passaram pelas seguintes etapas:

- a) “Caridade e Filantropia”;
- b) “Consolidação do sistema jurídico-administrativo”;
- c) “Fortalecimento da iniciativa não-governamental”.<sup>39</sup>

### 1.3.3 Fase da “Caridade e Filantropia”

Na etapa da “Caridade e filantropia”, que vigorou durante o século XIX e nas primeiras décadas do século XX, o atendimento da “infância desvalida” estava basicamente a cargo da iniciativa leiga. Alarmadas com a dimensão assumida pela

---

<sup>38</sup> Apud PILLOTTI Crise e perspectivas da assistência à infância na América Latina. In: PILLOTTI; RIZZINI. Op. Cit., p. 30-31.

<sup>39</sup> Cf. PILLOTTI. Op. Cit., p. 36.

massificação da pobreza, o que implicava o aumento descontrolado de “menores” e de toda a gama de problemas sociais que os acompanhavam, as elites da época

*[...] empreenderam o que poderia ser chamado de campanhas morais contra a miséria, oferecendo assistência de caráter tanto facultativo como condicional: em troca de favores concedidos espera-se a submissão do beneficiário assim como mudanças de condutas de acordo com as expectativas da classe dominante. O advento da ideologia liberal, junto com posturas anti-religiosas ocorridas com distintas variações na região no presente século, resultaram em apelos que exigiam uma presença mais forte do Estado em temas relativos ao bem-estar infantil. Sem dúvida, a participação do Estado neste terreno ocorreu mais no âmbito da retórica, já que na prática a responsabilidade de oferecer abrigo para os mais necessitados seguia em grande parte nas mãos de grupos religiosos, que recebiam fundos complementares, assim como doações de terrenos e imóveis antigos, de fontes governamentais e filantrópicas.<sup>40</sup>*

Além disso, esse período foi marcado por uma modalidade de articulação entre o público e o privado dependente das ações empreendidas por personalidades destacadas e influentes. Isso fez com que a problemática da “infância desvalida” tivesse pouca transparência pública, ou seja, que não adquirisse desde logo o caráter de “questão nacional”.

Neste panorama geral, a relação “público/privado” era controlada por uma elite intelectual, política e eclesiástica e abria espaços para a presença feminina, como elemento fundamental desta área de ação social.<sup>41</sup> Por fim, conforme esclarece PILLOTTI, durante este período, sob o signo da “caridade e da filantropia”, predominou uma orientação caracterizada por um “forte tom paternalista-moralista para os setores populares, que, na prática” privilegiava “o internamento ou a institucionalização como o principal instrumento de proteção à criança desassistida, carente, de rua etc.”<sup>42</sup>

Segundo RIZZINI, o período que estamos examinando pode ser subdividido em dois: “Antiga Caridade” e “Filantropia Esclarecida”. No primeiro funcionou até o advento do Estado Republicano, é praticamente absoluta a presença de entidades leigas religiosas no atendimento a crianças expostas, órfãs e pobres e é forte a presença do “Sistema da

---

<sup>40</sup> Ibidem, p. 36-37.

<sup>41</sup> Observa PILLOTTI que alguns desses traços permanecem vigentes até hoje, “como o demonstra o fato que, em um número importante de países da região, o tema da infância com risco social esteja nas mãos das primeiras damas, que, frequentemente, apelam para a sociedade civil solicitando voluntariado e ajuda material para as obras de beneficência; isto é, buscando cobrir as omissões do Estado com a antiga tradição das ações caritativas e filantrópicas.” (PILLOTTI. Op. Cit., p. 37).

<sup>42</sup> Ibidem, p. 37.

Roda”. No segundo, cujo domínio se estendeu da implantação da República até 1927, quando foi criado o primeiro Código de Menores (Código Mello Mattos), projeta-se uma *“assistência racional, metódica e baseada nos cânones científicos, atende aos anseios de disciplinização da sociedade, do novo regime político. Impõe-se um novo modelo de atendimento à infância abandonada e delinqüente onde os preceitos de higiene médica são obedecidos, onde a educação é dirigida para o trabalho e onde o poder disciplinador atinge o efeito moral desejado da introjeção da vigilância pelos internos. (1993, p. 97).<sup>43</sup>*

VERONESE observa que, com a implantação da República,

*[...] as transformações sócio-político-econômicas também se refletiram sobre a prestação de assistência. O problema exigia providências oficiais por parte dos organismos governamentais. Tornara-se visível que a ação fundamentada na iniciativa privada filantrópica, na assistência caritativa da Igreja e no trabalho de alguns homens públicos não era suficiente. A mentalidade médico-higienista, fazia um grande elo com suas propostas de medidas profiláticas para os males sociais, “uniu os ideais republicanos de “Ordem e Progresso” a necessária mudança da ordem social, adequando-a à industrialização, desta maneira implicou a responsabilidade do Estado em encampar a assistência aos menores de forma oficial.<sup>44</sup>*

Ademais, chegara-se à conclusão de que a assistência à “infância desvalida” não se resumia em dar-lhe casa e comida. *“Fazia-se necessário que as instituições formassem o indivíduo na moral, bons costumes, educação elementar e lhe fornecesse ainda, capacitação profissional, que mais tarde lhe permitiria o próprio sustento.”<sup>45</sup>* Enfim, na medida em nos aproximamos do fim da República Velha (1889-1930), as condições sócio-econômicas, o agravamento das questões sociais, a consolidação do ideário liberal, que incluía a centralidade no Estado como estratégia para enfraquecer a interferência da Igreja na Política, exibiam novas bandeiras no campo da assistência e proteção social. Já fazia parte do pensamento das elites intelectual e política a defesa de uma legislação social, *“que regulamentasse oficialmente, toda prestação de assistência aos menores, concebendo-a como sócio-jurídica.”<sup>46</sup>*

Ainda com apoio em VERONESE, observamos que dentro da dialética social-concreta é difícil determinar – *“Das formas de atendimento – caritativa e filantrópica,*

<sup>43</sup> Apud ARANTES. Op. Cit., p. 205-206.

<sup>44</sup> Cf. VERONESE, Josiane Rose Petry. **O problema do menor: uma abordagem jurídico-política.** 1988. Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal de Santa Catarina UFSC, Florianópolis. p. 26-27.

<sup>45</sup> Ibidem, p. 27.

<sup>46</sup> Cf. VERONESE. Op. Cit., p. 27-28.

até a sócio-jurídica,[...] quando termina uma e começa outra, pois muitas existiram num mesmo período”,<sup>47</sup> embora, como vimos, esses dois modelos de assistência e legislação sobre “menores” tivessem características específicas bem distintas.

Quanto às iniciativas legais do período da “Caridade e da filantropia”, destacamos as seguintes: a criação do “Imperial Instituto de Meninos Cegos” (1854), do “Imperial Instituto de Meninos Surdos” (1855), do “Instituto de Educando e Artífices” (1869), a “Lei do Ventre Livre” ou “Lei Rio Branco”, (1871)<sup>48</sup>, a criação da “Escola de Aprendizes de Marinheiros” (1873), do “Asilo de Meninos Desvalidos”, posteriormente conhecido denominado “Instituto João Alfredo” (1875, da Escola Quinze de Novembro (1889), do “Instituto Disciplinar” (1902), a apresentação de Projeto de lei do Deputado Federal Alcindo Guanabara, visando regulamentar a “*situação da infância moralmente abandonada e delinqüente*” (1906)<sup>49</sup>, a criação do “Instituto João Pinheiro” (1909), das “Escolas de Aprendizes Artífices” (Dec. N.7.566, de 23-09-1909), Projeto de lei nº 94 do Deputado João Chaves, que tratava da “*Infância abandonada e criminosa*”(1912)<sup>50</sup>, a criação do “Instituto Sete de Setembro” (Decreto nº 21.518/1913), reorganização dos “Patronatos Agrícolas” (Dec. nº 13.706, de 25-06-1919), a lei Orçamentária nº 4.242, tratou da organização do serviço de assistência e proteção à infância abandonada e delinqüente. Estabeleceu a irresponsabilidade penal para menores de 14 anos, abandonando o critério do discernimento adotado desde o Código Penal. Previu que os menores seriam submetidos a processo especial. Condenados, cumpririam suas penas, na falta de estabelecimentos adequados, em “*prisões independentes das dos condenados maiores*”. Ainda se referia a recolhimento por tempo determinado e livramento

---

<sup>47</sup> Ibidem, p. 28.

<sup>48</sup> Esta lei, observa VERONESE, “*concedia liberdade às crianças nascidas de mães escravas, tendo por objetivo a paulatina extinção da escravidão infantil e, como a importação de escravos já havia sido proibida desde 1831, com a Lei Antitráfico, e redefinida com uma repressão mais severa pela Lei Eusébio de Queiroz de 1850, a própria instituição da escravocrata estava ameaça de extinção gradual. Contudo, a Lei do Ventre Livre era bem menos liberal do que aparentava, pois a liberdade concedida aos nascituros era acompanhada de uma série de cláusulas restritivas. [...] A lei estipulava que o menor deveria permanecer sob a autoridade do senhor e de sua mãe, que juntos deveriam educá-lo até a idade de 8 anos. Atingida esta idade, o proprietário da mãe escrava, teria duas opções: poderia receber do Estado uma indenização de 600 mil-réis pagos em títulos do Estado, a 6% no prazo de trinta anos, ou se utilizar dos serviços do menor até que esse completasse 21 anos. [...] E, se o senhor optasse pela indenização, o menor passaria para o Governo, que geralmente o colocava numa instituição de caridade que também o exploraria fazendo-o trabalhar até os 21 anos. Acrescido o fato, que nesta segunda opção o menor era cruelmente separado da mãe e da sua comunidade, perdendo sua identidade familiar e ficando sob os cuidados de uma “administração protetora mas impessoal.”* (VERONESE. Op. Cit., p. 15-16).

<sup>49</sup> Cf. RIZZINI, Irene. Crianças e menores: do pátrio poder ao pátrio dever. In: PILLOTTI; RIZZINI. Op. Cit., p. 121.

<sup>50</sup> RIZZINI, Irene. Op. Cit., p. 123.



condicional, o que implicava a aplicação de uma pena.(1921), Decreto nº 16.272: aprovou o regulamento da “*assistência e proteção aos menores abandonados e delinquentes*”, introduziu o instituto da *liberdade vigiada* no lugar do *livramento condicional*. Pelo novo instituto, o menor condenado ficava na companhia e sob a responsabilidade dos pais, tutor, ou aos cuidados de um patronato, sob a vigilância do Juiz, e mediante condições. (1923).

#### **1.3.4 Fase da “Consolidação do Sistema Jurídico-Administrativo”**

O período de “Consolidação do Sistema Jurídico-Administrativo” compreende o que se passa na área de assistência e proteção e de legislação sobre os “menores” entre os anos 20 e 80 do século passado.

Uma das características básicas desse período do Menorismo brasileiro consistiu no fato de se dar maior ênfase à ação estatal, articulada com a iniciativa privada, nas questões relacionadas com o bem-estar da “infância desvalida”, e dos chamados “menores irregulares”. Essa foi uma característica que esteve presente na generalidade dos sistemas legais menoristas da América Latina. O modelo de desenvolvimento dominante em toda essa região resultou do aumento da pobreza e na maior visibilidade dos segmentos marginalizados das sociedades de então com todas as mazelas que a inserção dos países latino-americanos no cenário do mundo capitalista-industrial trouxe para a grande maioria de suas populações.

Neste novo contexto sócio-econômico e político, tanto a burguesia modernizante, quanto a classe operária, chegaram à conclusão de que cabia ao Estado um papel relevante na solução da “problemática dos Menores”. Atender e proteger a criança era agora uma questão de ordem pública, portanto, uma questão de governo, segundo os parâmetros que definiam as relações entre o Estado e a Sociedade Civil, bem como as questões relativas à função social do Poder Público no âmbito doutrinário do *Estado do Bem-Estar*, modalidade do Estado Social que se insinuava como saída para a profunda crise social em que se viam mergulhadas as sociedades latino-americanas.

Refletindo esse senso comum predominante desenvolveu-se um ambiente psicossocial favorável ao incremento da intervenção estatal e a criação de uma ampla rede de órgãos e procedimentos oficiais (Juizados e Tribunais especializados, agências governamentais do bem-estar infantil, etc.) que centralizassem as ações de Assistência e

Proteção à Infância, mormente aquela constituída pelas crianças em situação de risco social.

*Ciência e ação codificadora* formaram o binômio no qual a sociedade depositou um elevado grau de confiança para a solução do “*problema dos menores*”.

*A partir de uma perspectiva operacional, os códigos encarregam os tribunais especializados da administração de justiça, sendo geralmente denominados tribunais de menores a quem, em teoria pelo menos, se atribui um papel protetor educativo contrastante com a função repressiva dos tribunais penais para adultos. A fim de atingir este objetivo, são conferidas atribuições muito particulares ao Juiz de Menores, que, idealmente, teria que dominar não somente os aspectos jurídicos relativos à infância, como também aqueles referentes à temática psicossocial do desenvolvimento e conduta de crianças e jovens.<sup>51</sup>*

Este era o tom dominante dos discursos que imputavam ao Estado o dever de conter e reabilitar os menores abandonados, desassistidos e “delinqüentes”, bem como de coordenar, amparar, orientar e supervisionar a rede de instituições da sociedade civil dedicadas ao atendimento da população infanto-juvenil em situação de risco social.

Segundo levantamento feito por PILOTTI, este movimento em prol de uma ação mais forte e centralizadora do Estado em matéria de Assistência e Proteção à Infância começou cedo na América Latina. Já no II Congresso Panamericano da Criança, realizado em 1919, no Uruguai, destacaram-se as teses que cobravam dos governantes dos países do sistema interamericano a implementação de uma estrutura jurídico-institucional que cuidasse dessa área da Ação Social do Estado.

*Os dez Congressos seguintes, até 1963, retomaram o tema e insistiram na necessidade de estabelecimento de um escritório central, de caráter governamental, encarregado de oferecer serviços para a infância com carências familiares e/ou em conflito com a justiça. O advento de certas profissões – especialmente o serviço social – e a influência da ideologia do estado do bem-estar, são fatores que também pressionaram em favor de uma presença governamental mais forte no campo do bem-estar infantil.<sup>52</sup>*

Em vista disso, o resultado prático desta fase da Assistência à Infância e das legislação que tinha por objeto a situação social dos chamados “menores irregulares” na América Latina e, especialmente no Brasil, não foi nada promissor para os seus destinatários. A história demonstra que este período se destacou pela consolidação de um

---

<sup>51</sup> Cf. PILOTTI. Op. Cit., p. 38-39.

<sup>52</sup> Cf. PILOTTI. Op. Cit., p. 39.

sistema de ação sócio-jurídica cujas características básicas podem ser assim resumidas: a) uma perspectiva sociocultural que fundia compaixão, repressão, burocratismo, assistencialismo, clientelismo ou populismo político, b) uma forte crença de que a institucionalização era o instrumento mais adequado para a solução do “problema dos Menores”.

Do ponto de vista de jurídico-positivo, o início desse período foi marcado pelo movimento em torno da produção de Códigos de Menores: no Brasil, tivemos o Código Mello Matos<sup>53</sup>, em 1927, no Chile, a codificação de ocorreu em 1928<sup>54</sup>, no Uruguai, em 1934<sup>55</sup>, e no Equador em 1938.<sup>56</sup> Além de ser uma exigência para a afirmação do papel intervencionista do Estado nas questões sociais, que já apresentam níveis de elevada complexidade, essa produção legislativa deveu-se, em grande parte, ao otimismo legalista que se difundiu entre as elites intelectuais, jurídicas e políticas da América Latina. O que chamamos de “Era dos Códigos” foi uma espécie de crença inabalável na “*providência das codificações e do domínio estatal sobre redes nacionais de instituições de proteção e reabilitação, como forma de se resolver a problemática do menor*”.

Nesse ambiente tivemos no Brasil a evolução normativa que resultou no *Código de Menores de 1927*.<sup>57</sup> Conhecido como “Código Mello Mattos”, esse diploma legal foi instituído através do Dec. 17943-A, de 12/10/27 e colocou o Brasil na liderança do movimento de legalização do Menorismo na América Latina.

---

<sup>53</sup> Melo Mattos foi o primeiro Juiz de Menores da América Latina. Segundo CAVALLIERI, o primeiro despacho de MELLO MATTOS foi proferido “em um processo no dia 6 de março de 1924. Seu espírito humanístico levou-o a tentar preencher as lacunas existentes nos anos vinte, na área de amparo à criança. Criou estabelecimentos para menores, e sua esposa, Dona Chiquinha, foi diretora de asilo. O primeiro juiz menorista, de tal modo se dedicou ao amparo direto que ganhou o apodo carinhoso de “Mellino das crianças”. [...] “O Juizado de Mello Mattos foi o modelo para todo o país, com sua atuação na área da assistência, afastando-se de sua função judicial primordial.” Cf. CAVALLIERI. Op. Cit., p. 14.

<sup>54</sup> Vigente até 1967, quando entrou em vigor a nova “Ley de Menores” (nº 16.618), que se manteve fiel às Diretrizes e Princípios do Ordenamento jurídico-positivo anterior – filiação teórico-doutrinária: Doutrina da Situação Irregular. Em 1990, o governo chileno ratificou a Convenção Internacional sobre os Direitos a Criança. Neste momento, discute-se a reforma da legislação “menorista” chilena.

<sup>55</sup> “Ley nº 9342”, de 06/04/34, ainda em vigor.

<sup>56</sup> Cf. PILLOTTI. Op. Cit., p. 38.

<sup>57</sup> O Código Mello Mattos foi precedido das seguintes “Leis”: a) Lei Orçamentária de 1921 (Lei nº 4.242), que autorizou o Governo a criar e organizar um Serviço de Proteção e Assistência ao menor abandonado e delinquente. Além disso, quanto aos “menores delinquentes”, esta lei eliminou o critério do discernimento, adotado pelo Código Criminal de 1890 para determinar a responsabilidade penal de menores entre 9 e 14 anos. No sistema da Lei nº 4.242/21, os menores não seriam submetidos a qualquer processo, embora pudessem ser internados se fossem “menores pervertidos” ou “doentes mentais”. Os menores entre 14 e 18 anos seriam submetidos a processo especial; b) O Decreto nº 16.272/23, que aprovou o regulamento de Proteção e Assistência aos menores abandonados e delinquentes, c) O Decreto Legislativo nº 5.083/26, que autorizou o governo a decretar o Código de Menores, levando em conta o Código Civil e o Código Penal em vigor.

No campo das idéias, o “Código Mello Mattos” foi precedido de uma ampla discussão sobre a necessidade de se implantar no país uma agenda de proteção social sistemática. Essa discussão refletia no plano interno, as mesmas preocupações que já vinham criando força e expressão nos debates internacionais, relativos à situação da criança na comunidade latino-americana.<sup>58</sup>

Traduzindo as concepções dos setores intelectuais, jurídicos e políticos dominantes sobre o enquadramento jurídico do “*problema do “menor”*” nesse período da vida brasileira, o Código de Menores de 27 oscilava entre a “*salvação dos desamparados*” e a “*defesa da sociedade*”, e incorporava “*tanto a visão higienista de proteção ao meio e do indivíduo como a visão jurídica repressiva e moralista.*”<sup>59</sup> O enunciado do seu artigo 1º deixava bem claro quem era os seus destinatários primordiais:

***“O menor, de um ou de outro sexo, abandonado ou delinqüente, que tiver menos de 18 anos de idade, será submetido pela autoridade competente às medidas de assistência e proteção contida neste Código.”***

Numa leitura que procura fazer justiça ao papel histórico, quase lendário, desempenhado por MELLO MATTOS na condução do “problema dos menores”, VERONESE informa que, ao instituir o Código de Menores, ele teve compreensão de que a atividade do juiz de menores não deveria se restringir aos menores abandonados e delinqüentes, conforme determinava a lei nº 4.242, de 05-01-1921. O próprio Decreto Legislativo nº 5.083, explica VERONESE já resolvera esta questão, ao prever que o Código menorista deveria se ocupar de todos os menores de 18 anos de idade. Segundo a autora:

*Tinha Mello Mattos razão em assim entender, pois há nessa lei, que proporcionou ao Governo a decretação do Código de Menores, diversos capítulos que se ocupam de outros menores que não os acima citados, como o capítulo II, que tratava das crianças da primeira idade; o capítulo VI, que dizia respeito ao trabalho dos menores; o capítulo VIII, referia-se aos vários crimes e contravenções praticados contra a fraqueza, a saúde e a moralidade dos menores, quaisquer que fossem estes; e o capítulo X, que no art.93,*

---

<sup>58</sup> Conforme constavam das recomendações do “I Congresso Brasileiro de Proteção à Infância” (1920).

<sup>59</sup> Cf. FALEIROS, Vicente de Paula. Infância e processo político no Brasil. In: PILLOTTI; RIZZINI. Op. Cit., p. 63.

*dava ao juiz de menores da Capital Federal – Rio de Janeiro, a atribuição de “praticar todos os atos de jurisdição voluntária tendentes à proteção dos menores, embora não sejam abandonados, ressalvada a competência dos juízes de órfãos”.<sup>60</sup>*

A despeito disso, o que mais se destacou durante a vigência do Código de Menores 1927 foi a preocupação com o controle social dos chamados “menores” ou “menores irregulares”.

Para a concretização dos seus fins sociais a nova legislação previa cuidados especiais com a saúde da criança, do recém-nascido, das nutrizes, estabelecendo procedimentos médicos específicos, como a inspeção da higiene. Combatia a vadiagem, prevendo a punição através do internamento, caso fosse habitual. Previa prisão especial para o infrator.

Atendendo ao disposto na Lei nº 4.242/21, extinguiu o critério do discernimento, adotado pelo Código Penal em vigor, para determinar a responsabilidade criminal de menores entre 9 e 14 anos de idade. Os menores de 14 anos não seriam submetidos a processo de qualquer natureza, embora pudessem ser internados se fossem “menores pervertidos” ou “doentes mentais”. Para os menores entre os 14 e os 18 anos de idade, previa-se processo especial.

O “Código Mello Mattos” proibia o trabalho a menores de 12 anos, bem como aos menores de 14 anos que não tivessem completado a instrução primária. Protegia os menores de 18 anos contra o trabalho noturno e contra formas de trabalho consideradas perigosas ou nocivas à sua saúde ou integridade moral. Instituiu um Juizado Privativo de Menores, com funções judiciais e executivas e um Conselho de Assistência e Proteção a Menores, subordinado ao Ministro da Justiça.

No que se refere ao abandono físico e moral de crianças, o Código em exame previa a possibilidade dos “abandonados” serem postos sob guarda, vigilância e educação de outras famílias ou instituições privadas ou públicas, às quais poderia ser concedida delegação do pátrio poder.

Tendo por base as matrizes ideológicas já lembradas, especialmente a visão jurídico-moralista-médico-higienista, o Código Mello Mattos conviveu de início, com uma ambiente sociocultural que determinaria a atuação destacada de dois setores

---

<sup>60</sup> Cf. VERONESE. Op. Cit., p. 36.

profissionais na sua aplicação – o Juiz de Direito e o Médico – com predominância do primeiro. “*O olhar do juiz deve ser de total vigilância e seu poder é indiscutível. O jurista o médico representam as forças hegemônicas no controle da complexa questão social da infância abandonada*”<sup>61</sup>

Assim, podemos afirmar que a *Lei* e a *Medicina* se aliaram na realização dos ideais do tratamento correccional e institucional das crianças e adolescentes pobres. A psicologia e o Serviço Social<sup>62</sup> vieram em seguida, para reforçar essa rede interdisciplinar. Não houve, todavia, uma verdadeira mudança no cotidiano dos menores *assistidos e protegidos pela nova legislação*, visto que a ênfase na ação jurídica estatal não fora pensada com a preocupação de promover-se a universalização de direitos em favor dos “menores irregulares”. Não havia, simplesmente, a dimensão de “Direitos”, mas a de carência, abandono, delinqüência, que precisavam ser controlados como uma questão de ordem pública e como uma “questão de polícia”.<sup>63</sup>

Em razão da base principiológica que condicionava o Código Mello Mattos, essa lei não superou (e com certeza não podia fazê-lo) os problemas resultantes das articulações pouco claras entre as esferas pública e privada, nem combateu o clientelismo e o autoritarismo presentes na área de Assistência e Proteção a Menores no período que o antecedeu. Os interesses dos menores continuaram a ser manipulados em função de uma nascente indústria de assistencialismo; a repressão assumiu novas feições, dando a substituição da “*esfera diretamente policialesca do Estado [...] por instituições médicas e jurídicas, com novas formas de intervenção que vão superando a detenção em celas comuns, sem contudo, fugirem ao caráter repressivo.*”<sup>64</sup>

Na “Era Vargas” (1930-1945), o menorismo brasileiro passou por uma “recapagem” ideológica. Enquanto para Washington Luís, como já observamos, a questão social era uma “questão de polícia”,<sup>65</sup> para Vargas e seus aliados era uma “questão de

---

<sup>61</sup> Cf. FALEIROS. Op. Cit., p. 63.

<sup>62</sup> Segundo Irma RIZZINI, na década de 30 a Associação S.O.S. (Serviços e Obras Sociais) organizou e promoveu um curso intensivo de serviço social, orientado pela Assistente Técnica do Juizado, Maria Esolina Pinheiro. (Meninos desvalidos e menores transviados: a trajetória da assistência pública na era Vargas (In: PILLOTTI; RIZZINI. Op. Cit., p. 264). E Irene Rizzini informa que a primeira Escola de Serviço Social no Brasil foi fundada em São Paulo, em 1936, seguida do Instituto de Educação Familiar e Social, no Rio de Janeiro em 1937. (Crianças e menores do pátrio poder ao pátrio dever: um histórico da legislação para a infância no Brasil - 1830-1990. In: PILLOTTI; RIZZINI. Op. Cit., p. 137).

<sup>63</sup> Este era o lema adotado pelo governo do Presidente Washington Luís (15/11/1926-24/10/1930).

<sup>64</sup> Cf. FALEIROS. Op. Cit., p. 64.

<sup>65</sup> Ibidem, p. 64.

política”, embora essa “política” fosse essencialmente centralizadora, autoritária, fortemente policializada. Os problemas sociais passaram a ser vistos como “*questões nacionais numa visão de intervenção política no âmbito do Brasil como um todo e como forma de se desestruturarem os poderes regionais.*”<sup>66</sup>

Neste novo cenário ideológico-político a área de Assistência e Proteção à Infância foi alvo de mudanças significativas. Combinando “*mão de ferro*” (através da Ordem da Segurança Nacional), com assistência burocratizada, clientelista e de defesa da raça, a Constituição do Estado Novo, no seu artigo 127, previa o seguinte:

*[...] a infância e a juventude devem ser objeto de cuidados e garantias especiais por parte do Estado, que tomará todas as medidas destinadas a assegurar-lhes condições físicas e morais de vida sã e de harmonioso desenvolvimento de suas faculdades. O abandono moral, intelectual ou físico da infância e da juventude importará falta grave dos responsáveis por sua guarda e educação, e cria ao Estado o dever de provê-las de conforto e dos cuidados indispensáveis à sua preservação física e moral. Aos pais miseráveis assiste o direito de invocar o auxílio e proteção do Estado para a subsistência e educação de sua prole.*<sup>67</sup>

O *Estado-Novo* incorporava em seu discurso providencial o dever jurídico-político de liderar a “*obra patriótica*” de proteger a Infância dentro de um contexto ideológico em que o aperfeiçoamento da raça e o progresso do país (Nação) eram duas questões estreitamente vinculadas, num ambiente de absoluta obediência à Ordem Pública do regime autoritário. Conforme registra FALEIROS, “*Já em 1933 Getúlio Vargas dirigira um apelo aos governadores para a proteção à infância, nos seguintes termos: ‘nenhuma obra patriótica intimamente ligada ao aperfeiçoamento da raça e ao progresso do país, excede a esta, devendo constituir, por isso, preocupação verdadeiramente nacional.*”<sup>68</sup>

Observemos que esse projeto jurídico-político *nacional* estava inserido no processo macro-ideológico de “Defesa da Civilização cristã-ocidental” contra o perigoso avanço das idéias socialistas e os assédios do “*demônio*” comunista. Assim, o Projeto estadonovista de Assistência Social refletia o condicionamento ideológico que vincularia

---

<sup>66</sup> Ibidem, p. 65.

<sup>67</sup> Cf. CAMPANHOLE, Adriano; CAMPANHOLE, Hilton Lobo. *Constituições do Brasil*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 1979. p. 455.

<sup>68</sup> Cf. FALEIROS. Op. Cit., p. 67.

a “*Política de Menores*” ao ideário de um Estado Nacional a serviço das forças capitalistas. Vejamos, nesse sentido o parecer de RIZZINI:

*Em termos ideológicos, a assistência social resultou da compreensão de que o descompasso entre classes sociais era uma realidade, cujos rumos precisavam de um redirecionamento. Sobretudo porque o problema era identificado em termos de uma ameaça concreta à própria nacionalidade. A influência das idéias socialistas e a força de irradiação do comunismo se faziam presentes como perigos a serem combatidos. Para tanto, dedicavam-se ilustres brasileiros, tais como Olavo Bilac, Coelho Netto, Pedro Lessa e Miguel Calmon, a fundar a Liga de Defesa Nacional, cuja proposta era de “saneamento dos costumes e pelo integral cumprimento dos nossos deveres cívicos”. Nos anos 30, a criança era peça importante deste projeto. Em conferência do Juiz Sabóia Lima na Academia Brasileira de Letras, a convite da Liga de Defesa Nacional em 1936, lemos suas advertências: “A criança é um dos elementos mais disputados pelo comunismo, para desorganizar a sociedade atual”. O que mostraria “[...] como é necessário cuidar da criança no sentido da defesa da pátria e da sociedade” (p. 266-267). Para então concluir de forma veemente: “A hora impõe-nos zelar pela nacionalidade, cuidando das crianças de hoje, para transformá-las em cidadãos fortes e capazes. Pois, ‘a criança de hoje será o Brasil de amanhã’”.*<sup>69</sup>

No período compreendido entre 1940 e a queda do Estado Novo, houve um significativo incremento na política governamental de proteção e assistência ao *menor* e à *infância*. Nesse período, esclarece RIZZINI, foram criados diversos órgãos federais especializados no atendimento da “criança” e do “menor”, tratados como duas categorias “*indiscutivelmente específicas*”.<sup>70</sup>

No que se refere à *criança*, termo com o que o discurso oficial se referia aos *menores-não-irregulares*, através do Decreto-Lei nº 2.024, de 17/02/1940, foi criado um Sistema de proteção materno-infantil, cuja gestão cabia ao *Departamento Nacional da Criança (DNCr)*, um órgão federal subordinado ao Ministério da Justiça. Uma das metas fundamentais desse programa governamental de assistência social era “*a preparação do futuro cidadão, de acordo com a concepção de cidadania da época, isto é, a formação do trabalhador como “capital humano do país, através do preparo profissional, e o respeito à hierarquia pela educação da criança*”.<sup>71</sup>

Ao DNCr, cujo lema era “*salvar a família, para proteger a criança*”, competia “*estudar e divulgar o problema social da maternidade, da infância, da*

<sup>69</sup> RIZZINI, Irene. Op. Cit., p. 137.

<sup>70</sup> “Menores desvalidos e menores transviados: a trajetória da Assistência Pública até a Era Vargas”. In: PILLOTTI; RIZZINI. Op. Cit., p. 275.

<sup>71</sup> Cf. RIZZINI, Irma. Op. Cit., p. 275.



*adolescência*” [...] “Conceder auxílio federal aos Estados e subvenção às instituições de caráter privado para manutenção e desenvolvimento de serviços dirigidos a esta população, bem como fiscalizar a execução dos mesmos”.<sup>72</sup>

Segundo RIZZINI,<sup>73</sup> o objetivo fundamental do DNCr era manter a estabilidade da família brasileira em todo território nacional. Isto significava a união da Sociedade civil com Estado para protegê-la de qualquer ameaça ou agressão. Além disso, esse modelo de proteção à infância dedicava atenção especial ao papel sócio-familiar da mãe, que devia permanecer em casa para cumprir o papel de responsável pelos cuidados físicos e formação moral dos filhos. Caso isso não fosse possível, as crianças deviam ser encaminhadas a instituições previstas em lei, para serem resguardadas dos riscos a que poderiam ficar expostas. Por fim, a tarefa de proteger e assistir à maternidade e à infância era atribuída a um conjunto de instituições: Juntas Municipais da Infância, Postos de Puericultura, Creches, Jardins de Infância, Maternidades e Hospitais Infantis, que deviam funcionar segundo critérios científicos estabelecidos pelo Departamento. Esclarece a autora que por falta de registros no DNCr no Estado Novo, não há elementos para sabermos até que ponto essas iniciativas foram realmente implantadas, ou para verificarmos até que ponto esse programa governamental de salvação pública da família brasileira foi efetivo no cumprimento de suas metas.

Quanto aos *menores ou menores irregulares*, através do Decreto-Lei nº 3.799, de 05/11/1941, sob a mesma tendência centralizadora do tratamento das questões sociais, foi criado o Sistema de Assistência a Menores – SAM,<sup>74</sup> cujas finalidades estavam assim definidas:

*a) sistematizar e orientar os serviços de assistência a menores desvalidos e delinqüentes, internados em estabelecimentos oficiais e particulares; b) proceder à investigação social e ao exame médico-psico-pedagógico dos menores desvalidos e delinqüentes; c) abrigar os menores, à disposição do Juízo de Menores do Distrito Federal; d) recolher os menores em estabelecimentos adequados, a fim de ministrarlhes educação, instrução e tratamento sômato-psíquico, até o seu desligamento; e) estudar as causas do abandono e da delinqüência infantil para a orientação dos*

---

<sup>72</sup> Ibidem, p. 289.

<sup>73</sup> Ibidem, p. 289.

<sup>74</sup> Esclarece RIZZINI que “a criação do Serviço de Assistência aos Menores (SAM) não pode ser entendida somente como uma atitude de caráter centralizador de um governo ditatorial. Deve-se levar em conta que, há pelo menos três décadas, os ‘apóstolos’ da assistência vinham defendendo o lema de sua centralização num órgão que passaria a ater o controle sobre as ações dirigidas a esta população, tanto do setor público quanto privado.” (Cf. RIZZINI, Irma. Op. Cit., p. 275).

*poderes públicos; f) promover a publicação periódica dos resultados de pesquisas, estudos e estatísticas.*

Com a criação do SAM, o governo Vargas atendeu à tese dominante entre os juizes de menores, segundo a qual era preciso retirar da competência da Justiça Menorista as tarefas relativas à execução do atendimento aos *menores abandonados* ou *transviados*. Neste sentido, já na década de 30, os juizes haviam proposto “*a criação e/ou a reforma de instituições de assistência, visando a atender à finalidade de educar ou reformar o menor, instituições que estariam sob o controle técnico e fiscalização do juízo.*”<sup>75</sup> Seguindo essa tendência, com o surgimento do SAM, as funções de “*organizar os serviços de assistência, fazer o estudo e ministrar tratamento aos menores, foram retiradas da alçada dos juizes.*”<sup>76</sup> Cabia-lhes a fiscalização das instituições, públicas e privadas, incumbidas de realizar tais trabalhos.

O SAM foi originariamente concebido para atender ao *problema dos menores desvalidos e delinquentes ou transviados* da Capital da República. Através do Decreto-Lei nº 6.865, de 11 de setembro de 1944, a instituição passou a ter abrangência nacional, tornando-se responsável pela “*assistência social, sob todos os aspectos*”, aos “*menores desvalidos e infratores das leis penais, em todo o território nacional*”<sup>77</sup>

Para realizar suas tarefas, atendendo à visão fortemente repressiva do modelo menorista, que supervalorizava a técnica da institucionalização dos menores abandonados e transviados, o SAM possuía uma rede de estabelecimentos públicos e privados: institutos, escolas, abrigos, patronatos e agrícolas. Com o passar do tempo, a maioria desses estabelecimentos acabou se transformando numa rede de depósitos de meninos e meninas abandonados, carentes e infratores, sem qualquer perspectiva metodológica adequada à propalada ressocialização.

Através destas referências aos dois aspectos fundamentais da Ação Governamental de Assistência Social durante o Estado Novo, percebemos de que maneira o Menorismo consolidou e aperfeiçoou ao longo dos anos as suas bases conceituais e metodológicas, gerando um discurso, um sistema de instituições, de procedimentos e de ações, obedientes à concepção jurídica que via no Direito do Menor uma técnica de

---

<sup>75</sup> Ibidem, p. 276.

<sup>76</sup> Ibidem, p. 276.

<sup>77</sup> Artigo 1º do Decreto-Lei nº 6865/44.

controle repressivo do segmento infante-juvenil, ao qual se dirigia com a aparência de um sistema tutelar. Na base de tudo isso, constatamos a presença e a atuação de uma racionalidade jurídica que se harmonizava com o caráter excludente do processo de organização social e política dominante neste momento da vida brasileira.

Diante da eficácia desta racionalidade do sistema menorista, aos “menores” só restavam duas opções. Na primeira tinham de enfrentar um aparato policial que agia com base no critério da “suspeita”. Em nome da *ordem pública*, a Polícia tinha uma espécie de permissão tácita para exercer rigorosa vigilância aos “menores”. Isso incluía a apreensão e custódia dos suspeitos de abandono ou delinqüência, até que o juiz de menores decidisse sobre o seu destino. Neste caso, havia uma ação integrada entre os setores policial e judiciário, como demonstram estas observações de RIZZINI:

*Em 1937, o Chefe de Polícia Filinto Muller, em colaboração com o juiz de menores Sabóia Lima, criou uma delegacia especializada de menores, com a finalidade de “amparar todos os menores que fossem encontrados em completo abandono nas ruas, em espetáculo deprimente para a nossa civilização. (Lima, 1939, p.504). Em 16 de janeiro de 1937, Sabóia Lima (1939) enviou um ofício ao Chefe de Polícia Filinto Muller solicitando que ‘a Polícia centralizasse todo o movimento de menores sob a direção de uma autoridade policial’ (p. 171). A Polícia faria a apreensão dos menores nas ruas e investigaria as condições morais e materiais do menor e dos seus pais e responsáveis, e no caso de serem responsáveis pelo abandono, iniciaria inquérito para o processo penal. Os menores seriam ‘abrigados’ pela Polícia até que o Juízo conseguisse mandá-los para local definitivo. Para este fim, o juiz reservaria vagas nos patronatos agrícolas dos Estados do Rio de Janeiro e Minas Gerais. Atendendo ao juiz de menores, o Chefe de Polícia baixou no dia 18 de janeiro do mesmo ano uma Portaria criando o Serviço de Fiscalização e Repressão à Mendicância e Menores em substituição ao Serviço de Fiscalização e Repressão à Mendicância, organizado pela Polícia Civil, com “resultados apreciáveis e de grande utilidade à população” (p.172).<sup>78</sup>*

Na segunda opção, tinham que se deparar com os Juizados de Menores, cuja ação era motivada por uma cultura de assistência e proteção, baseada no binômio “assistência-eugenia”, que teve grande repercussão nos meios assistenciais e no judiciário menorista, a partir da década de 20. Traduzindo emblematicamente esta tendência, Sabóia Lima, Juiz de Menores no período estudado, afirmava: “proteger a criança é valorizar a

---

<sup>78</sup> Cf. RIZZINI, Irma. Op. Cit., p. 266.

raça!” Além disso, os registros históricos comprovavam a presença dessa cultura eugênica em Instituições especializadas no atendimento da infância desvalida ou abandonada.<sup>79</sup>

Seguindo essa orientação, com fundamento em critérios científicos de verificação de patologias bio-psicológicas em voga, o Judiciário Menorista incorporava a importante missão de participar da construção e aperfeiçoamento da raça brasileira. Tratava-se de uma “obra patriótica”, que devia reunir,

*[...] os poderes públicos, aliados à iniciativa particular e guiados pelo estudo atento e científico dos fatos”, no trabalho de amparar “a criança, sobretudo, quanto à preservação da vida, conservação da saúde, e ao seu desenvolvimento físico e mental, um problema da maior transcendência, chave da nossa opulência futura, principalmente na nossa terra, onde, mais talvez que nas outras, se acumulam fatores nocivos à formação de uma raça forte e sadia. O índice da mortalidade infantil é, na própria Capital da República, só comparável ao das grandes cidades tropicais da África e da Ásia, e, no resto do país, as cifras são desoladoras. A hora impõe-nos zelar pela nacionalidade, cuidando das crianças de hoje, para transformá-los em cidadãos fortes e capazes.”<sup>80</sup>*

O poder incomensurável dos Juízes de Menores baseava-se em aspectos científicos de grande prestígio. Eles detinham o poder jurídico de definir as *causas objetivas* do comportamento desviante dos menores. Para isso, valia todo tipo de “causas”: *causas morais*, como “maus costumes, “frouxidão moral”, “enfraquecimento da autoridade familiar”; *causas ou distúrbios físicos ou psíquicos*, como a “hereditariedade”; *causas sociais*, como o “urbanismo”, o “industrialismo”, o “pauperismo” ou carência etc.

Por fim, as áreas técnico-social e psicopedagógica gravitavam em torno de uma visão metodológica terapêutica e funcionalista que retratava em suas intervenções o controle do modo de ser, da conduta ou meio de vida dos “menores” e de seus responsáveis. Orientados por critérios correccionais e higienistas, os técnicos e as

---

<sup>79</sup> Como foi o caso do “Patronato de Menores”, uma “*associação de assistência e beneficência privada, destinada a amparar e proteger à infância desvalida, os menores abandonados, filhos de reclusos ou condenados à orfandade*”, fundada em 1908, no Rio de Janeiro, por dois desembargadores, então Juizes de Órfãos (Patronatos de Menores, 1938)”, cujos Estatutos mencionavam que um dos seus fins era “*propagar as vantagens da eugenia, procurando especialmente reconhecer e tratar a heredo-sífilis, as taras tuberculosa e nervosa, combatendo as verminoses.*” (RIZZINI, Irma. Ibidem, p. 263-4).

<sup>80</sup> Trecho de conferência proferida em 1937, pelo Juiz de Menores Sabóia Lima, na Academia Brasileira de Letras, a convite da Liga da Defesa Nacional, com o título “A Criança e o Comunismo”, em que o magistrado fazia menção a apelo de Getúlio Vargas aos Governadores dos Estados, em prol da

instituições estavam autorizados a intervir diretamente sobre os aspectos mais elementares da vida dos *menores* e suas famílias que lhes parecessem destoantes dos padrões comportamentais oficiais.

Desta forma, o discurso de Assistência e a Proteção dava lugar à disciplinização dos *menores* encaminhados para triagem, diagnóstico ou reeducação, bem como dos seus responsáveis. Havia em torno deles uma rede articulada de ações e procedimentos que acabava aproximando as diversas esferas: a Polícia, o Judiciário, o Serviço de Assistência a Menores (SAM, 1941), o Conselho Nacional de Serviço Social (1938), a Legião Brasileira de Assistência (1942), o Departamento Nacional da Criança (1940), as Entidades de Recolhimento ou Correccionais e outras instituições.

Pondo em prática esses parâmetros, a Era Vargas chegou ao fim sem que a sociedade brasileira tivesse experimentado progressos na solução adequada da questão social dos “*menores*”. Houve, é certo, a ampliação da rede institucional de assistência, proteção e controle, tanto na esfera do Estado, como da sociedade civil. Houve também a inegável produção de um conhecimento especializado no controle social dos *menores irregulares*, bem como o aperfeiçoamento dos procedimentos técnico-burocráticos ligados à institucionalização e ao confinamento de crianças pobres.<sup>81</sup> Neste sentido, além do Serviço de Assistência a Menores - SAM, do Departamento Nacional da Criança - DNcr, e do envolvimento da Legião Brasileira de Assistência - LBA,<sup>82</sup> foram criadas várias entidades ligadas ao governo federal e à figura da primeira dama, que tinham por objeto alguma forma de atendimento aos *menores e suas famílias*. Com apoio em observações de COSTA, destacamos as seguintes:

---

infância brasileira, no Natal de 1932 (Circular aos interventores dos Estados, datada de 25/12/32), e que ficou conhecida como “Mensagem de Natal”.

<sup>81</sup> Cf. ARANTES (Op. Cit., p. 215), “*A institucionalização e o confinamento de crianças pobres, na realidade, funcionou não apenas como depósito, como também como um grande laboratório, permitindo tanto a retirada da criança da rua como a produção de um saber sobre a irregularidade – saber este que não se destinava a solucionar a questão das desigualdades sociais, mas um aprendizado de submeter esta população, ou experimentar modos de fazê-lo.*”

<sup>82</sup> A LBA – Legião Brasileira de Assistência, foi criada em 1942, por iniciativa da Primeira Dama, Sra. Darcy Vargas, com o objetivo de amparar as famílias dos pracinhas brasileiros. O documento de sua criação já previa, no entanto, que seus serviços pudessem estender-se a outros campos da Assistência Social, tais como “desenvolver esforços em favor do levantamento do nível de vida dos trabalhadores...”, “incentivar a educação popular”, “proteger a maternidade e a infância”, “contribuir para melhoria da saúde do povo brasileiro, atendendo particularmente ao problema da alimentação e da habitação”, “favorecer o reajustamento das pessoas, moral ou economicamente desajustadas” (RIZZINI, Irene. Op. Cit., p. 138).

*Fundação Darcy Vargas: Organismo de cooperação financeira que apóia a implantação de hospitais e serviços de assistência materno-infantil em diversos pontos do país;*

*Casa do Pequeno Jornaleiro: Programa de atenção a meninos de famílias de baixa renda baseado no trabalho informal (venda de jornais) e no apoio assistencial e sócio-educativo;*

*Casa do Pequeno Lavrador: Programa de assistência e aprendizagem rural para crianças e adolescentes filhos de camponeses;*

*Casa do Pequeno Trabalhador: Programa de capacitação e encaminhamento ao trabalho de crianças e adolescentes urbanos de baixa renda;*

*Casa das Meninas: Programa de apoio assistencial e sócio-educativo a adolescentes do sexo feminino com problemas de conduta.<sup>83</sup>*

Paralelamente a esta expansão institucional, o que se viu em toda parte foram sinais de falência da engenharia social e política “*salvacionista*” que estava por trás das ações de Assistência Social, implementadas sob a orientação racionalizadora da ideologia da segurança nacional.

Do ponto de vista da legalidade repressiva, também em relação aos menores em conflito com a lei, a Era Vargas foi um momento *exemplar* do menorismo brasileiro, sob o domínio do chamado “direito penal do menor”<sup>84</sup>, ou “penalismo menorista”. Quanto a este ponto é importante fazermos algumas referências ao Decreto nº 6.026/43, que tratou de “*medidas aos menores de 18 anos pela prática de fatos considerados infrações penais*”. Este decreto introduziu no sistema menorista o instituto da *periculosidade do menor*. Constatando-se que o menor era perigoso, - o que era feito a partir do estudo de sua personalidade e do exame do seu ambiente familiar e social, o Juiz de Menores podia remetê-lo a um estabelecimento de reeducação, até que se convencesse da “*cessação da periculosidade*”. Além disso, o Juiz de Menores podia internar “*menores perigosos*” de 14 a 18 anos em seção especial de “*estabelecimento destinado a adultos.*” Os presídios ainda eram o lugar para onde iam os internos revoltosos do SAM. Neste ambiente de

---

<sup>83</sup> Cf. COSTA, Antônio Gomes da. **De menor a cidadão**: notas para uma história do novo direito da infância e da juventude no Brasil. Ministério da Ação Social – Centro Brasileiro para a Infância e Adolescência. Brasília, [199-]. p. 14-15.

<sup>84</sup> “Direito Penal do Menor” é uma das Doutrinas-fundamento do Direito do Menor. Sua principal característica é que ela se interessa pelos “menores irregulares” na condição de “delinqüentes” ou “infratores” (autores de crime, contravenção penal etc.) Representa uma especialização do Direito Penal aplicada aos menores de 18 anos. Tem por objeto a definição de fatos típicos e a cominação da resposta penal (penas, medidas de segurança). É essencialmente repressiva, mesmo quando oculta este caráter através de uma linguagem aparentemente “tutelar” ou “protetiva”. Esta Doutrina esteve orientou o sistema menorista brasileiro, com variações conceituais e metodológicas, desde o Código Criminal de 1890 até o advento do Código de Menores de 1979, ocasião em que passou a conviver, em segundo plano, com a Doutrina da Situação Irregular.

“*equidade pelo avesso*”, em 31/12/1944, havia 55 menores presos na Ilha Grande, para lá encaminhados pelo Juízo de Menores do Rio de Janeiro.

Desta forma, considerando as diversas facetas do “Problema do Menor”, o balanço final da “política de menores” da Era Vargas, apresenta um saldo amplamente negativo. Numa visão de conjunto, é perceptível que o resultado dos esforços governamentais nesta área de intervenção do Estado na realidade social reflete as peculiaridades e contradições ideológicas dos modelos políticos que se seguiram à revolução de 1930 (República Nova, Estado Novo). Na raiz dessas formas políticas deparamos com o complexo ideário da Aliança Liberal, que levou Vargas ao poder em 1930. Uma das características do programa político-ideológico da Aliança Liberal consistia na afirmação de compromissos com a questão social, agravada pela crise econômica de 1929, que teve como conseqüências o fechamento de um grande número de empresas, o desemprego em massa, a grave diminuição do ganho dos trabalhadores etc.

No seu discurso de posse (3/11/1930), Vargas prometeu “*instituir o Ministério do Trabalho, destinado a superintender a questão social, o amparo e a defesa do operariado urbano e rural*”. O que de concreto constatou-se nas ações oficiais subsequentes foi a demonstração de que a verdadeira intenção do Governo Vargas era manter a classe trabalhadora sob o seu controle. Neste sentido, é importante observarmos que desde a sua criação, o novo Ministério foi marcado por uma política de aproximação com segmentos das classes dominantes e pelo cerceamento progressivo das liberdades operárias.

Com o aprofundamento do regime getulista, que tinha como traços fundamentais a centralização político-administrativa, o intervencionismo estatal na economia e o autoritarismo, com ampla atuação da censura e do aparelho policial contra as liberdades fundamentais, a classe trabalhadora foi alvo de intensa repressão.

O caráter autoritário das ações governamentais se tornou mais evidente a partir da implantação do Estado Novo, cujas intervenções na área social tinham um sentido básico: manter os trabalhadores sob dependência do poder governamental, ou, o que seria ainda melhor, a serviço da sua ideologia. Para que estes resultados fossem obtidos, repressão e “peleguismo” se combinavam como instrumentos da política governamental de “amparo e defesa” dos trabalhadores, tendo por elemento simbólico de grande efeito a figura emblemática de Vargas, na ambígua posição de “pai dos pobres” e amigo dos ricos.

Em vista disso, a despeito das estratégias adotadas com o objetivo de inserir a classe trabalhadora na economia formal, fato que trouxe benefícios sociais para parte da população de baixa renda, o regime do Estado Novo não enfrentou os problemas estruturais do sistema capitalista, que acabaram por agravar a injustiça social, a pobreza e a marginalização social, aprofundando o *apartheid social* já existente. Ao que tudo indica esse enfrentamento não fazia realmente parte da agenda dos novos detentores do poder político. Desde sua ascensão (1930), o arco das forças sociais e políticas reunidas em torno de Getúlio Vargas era predominantemente liberal e conservador no seu ideário e nos seus objetivos. Em consequência de tudo isso, durante a Era Vargas, a teoria e a prática menorista traduziu a simbiose entre o censo comum teórico correcional-higienista dominante entre os especialistas em matéria de Assistência e Proteção à Infância desassistida e delinqüente e a visão centralizadora, tecnocrática e populista das intervenções do poder estatal na realidade social.

No interstício democrático-liberal-populista de 1945 a 1964, tendo por pano de fundo o quadro político diversificado e profundamente contraditório dos governos que se sucederam à derrubada do Estado Novo, mas contando com uma Constituição liberal restauradora dos direitos e garantias fundamentais individuais, o movimento pela defesa da criança e do adolescente e pela extinção da tradição menorista passou a ter uma atuação mais efetiva.

Conforme esclarece COSTA, as mudanças percebidas no perfil das lutas sociais e políticas em favor das crianças e adolescentes vitimadas pelas mazelas do Menorismo e dos Planos governamentais de Assistência e Proteção a Menores, ocorreram a partir dos novos parâmetros jurídico-políticos do Estado de Direito contemplado pela Constituição Federal de 1946, dentro de uma dialética do processo social permeada por duas tendências sócio-políticas antagônicas:

a) de um lado, os reformistas que buscavam aprofundar as conquistas socio-econômicas obtidas no período anterior em favor das classes de baixa renda;

b) de outro lado, os conservadores que pretendiam controlar e manter sob a direção da burocracia estatal os movimentos de mobilização e de organização que surgiam ao nível das classes populares.

Essa dicotomização social e política correspondeu, no primeiro caso, a um gradativo fortalecimento dos movimentos sociais representantes ou aliados de setores



oprimidos da população. Neste caso, a idéia básica era criar condições para que estes movimentos atuassem com autonomia, isto é, desvinculados das agências estatais de organização e promoção social. O que as forças progressistas<sup>85</sup> tinham em mente era exercitar sua capacidade de construir formas autônomas de participação e de luta na demanda pela afirmação dos direitos já conquistados e por sua ampliação. Esta situação sócio-política vai se apresentar com toda evidência, no início da década de 60, ocasião em que se agudiza a possibilidade da ruptura das lutas sociais dos setores marginais com a lógica estatal. *“A expressão desta ruptura dá-se por meio de tentativas de organização autônoma e por reivindicações no sentido de uma política social efetivamente redistributiva e auto-promotora.”*<sup>86</sup>

Situada no macro-contexto do confronto ideológico-político estabelecido e cada vez mais agravado entre “Capitalismo” e “Comunismo”, que resultou na “Guerra-Fria”, o conflito entre o anseio de emancipação social e política dos amplos setores marginalizados da população e o desejo das elites dominantes de refrearem e manter sob sua tutela este movimento emancipatório, teve como consequência a retomada da via autoritária, que assumiu diversos matizes, até desembocar no golpe militar de 31-3-64.

Antes disso, paralelamente, ao confronto entre reformistas e conservadores, no campo econômico, as ações governamentais seriam direcionadas para uma política desenvolvimentista, retoricamente nacionalista e de massas, como vimos acontecer no governo Kubitschek, tendo como objetivos básicos a modernização da economia nacional e a inserção definitiva do país no mercado internacional. Tal ideário se refletiria com clareza em dados socioeconômicos como estes:

---

<sup>85</sup> O termo “progressista” é por nós utilizado, para identificar o caráter, o compromisso e as atitudes de atores sociais, individuais ou coletivos, vinculados com a transformação social emancipatória, isto é, humanista e democrática da realidade social. Não se trata de uma referência meramente formal à idéia de “progresso”, enquanto afirmação de uma qualidade ôntica do mundo social (progresso social, progresso político, progresso econômico, etc.), que implique apenas no reconhecimento de que tudo está em movimento, em permanente processo de auto-construção. O que temos em mente é atribuir a “progresso” e suas derivações um sentido axiológico para conferir substancialidade ética à ação social e política de indivíduos, ou de movimentos sociais, que atuam comprometidos com a permanente positivação dos valores éticos da pessoa humana, considerada o “valor-fonte” de toda e qualquer forma de organização e funcionamento da sociedade. No nosso caso, indivíduo ou coletivo progressista é aquele ator social que se aplica na superação da ordem social vigente, impregnada por pressupostos ideológicos burgueses como premissa para a emancipação humanista e democrática dos setores oprimidos da sociedade. Trata-se de uma atitude que tem um lado essencialmente insurgente, na medida que a sua utopia fundamental é a construção de uma outra sociedade, diria, um novo bloco histórico, ou seja, uma nova situação histórica global, antiburguesa, democrática, popular, socialista, para lembrar a referência feita por ARRUDA JR., ao que ele considera “operadores jurídicos progressistas” (ARRUDA JÚNIOR., Edmundo Lima de. *Introdução à sociologia crítica*. São Paulo: Acadêmica, 1993. p. 22.).

<sup>86</sup> Cf. COSTA. *De menor a cidadão...*, p. 16.

*De 1940 a 1960 os estabelecimentos industriais de bens de produção aumentaram 287,2%, passando a 52.489 e os bens de consumo aumentam 216,1% passando a 57.850 e o número médio de empregados na indústria registra um crescimento de 213,1% chegando, em 1960 a 1.513.713 operários. A população economicamente ativa ocupada na indústria passa de 12,9% a 18,6%, a ocupada em serviços de 19,3% a 32,2% e a ocupada na agricultura baixa de 67,85 a 49,2%.<sup>87</sup>*

As bases da estratégia desenvolvimentista, que correspondia ao lema “Desenvolvimento e Segurança”, eram de fácil compreensão: com a modernização industrial, adviria o crescimento econômico; mais riqueza, mais mercado, maior necessidade de produção e de mais empregos; havendo mais empregos, ampliar-se-iam os benefícios econômicos para um número cada vez maior de trabalhadores; cada trabalhador satisfeito se sentiria amparado pelas vantagens do sistema capitalista, passando a ser seu virtual defensor.

Com base nestas premissas entendemos relevante observar que o regime democrático-liberal implantado pela Constituição de 46 continha uma proposta peculiar de “*cidadania industrial*”: a inserção na economia formal era condição essencial para que os trabalhadores tivessem acesso aos benefícios sociais. Mas ao que tudo indica, a presumida racionalidade libertadora do processo de modernização econômica do Brasil não passava de um projeto de aprofundamento da dominação das elites oligárquico-burguesas brasileiras, fortalecidas pela presença do capital estrangeiro incentivado, sobre o restante da população.

Apesar da retórica ufanista das elites políticas e econômicas dominantes, o crescimento econômico do país, não representou a prometida melhoria nas condições de bem-estar social da maioria da população. Os indicadores sócio-econômicos que refletiam o acesso a direitos fundamentais como expectativa de vida, habitação, saúde e educação, saneamento básico etc., demonstram que a maioria da população continuava vivendo à margem do “*processo civilizatório*”. Neste sentido, observe-se, por exemplo que a mortalidade infantil chegava à taxa de 110 por mil – renda *per capita* de 300 dólares, e conviviam com elevado índice de crescimento do produto interno bruto. Além disso, registrava-se elevado índice de analfabetismo entre a população acima de 15 anos (49,4%

---

<sup>87</sup> Cf. FALEIROS. Op. Cit., p. 71.

em 1950) e elevado número de crianças fora da escola (em 1954, apenas 7,9% da população estava matriculada).

No que se refere à área da Assistência à Criança, o período examinado apresentou alguns registros positivos:

a) o início de uma estratégia de preservação da saúde da criança e de participação da comunidade, orientada para uma visão não-assistencialista e não-repressiva;

b) o surgimento de movimentos de reação ao sistema de assistência, proteção e controle dos “menores”, especialmente ao modelo desenvolvido pelo Serviço de Assistência ao Menor (SAM), que, como já vimos, passa a ser visto e denunciado como *escola de crimes, fábrica de delinquentes, antro de corrupção* e correlatos;

c) o incremento das discussões acerca da legislação “menorista” em vigor (Código de Menores de 1927), com tendências para a sua reforma na linha de orientação que reconhecia o “menor” como titular de **direitos especiais**.

Essa forma de abordar o enquadramento jurídico da situação social da população infanto-juvenil não era um fato isolado, mas representava, em parte, o reflexo dos debates que vinham sendo promovidos pela Comunidade Internacional sobre essa matéria. Na América Latina, referida tendência doutrinária tinha-se se firmado durante o “IX Congresso Panamericano da Criança”, em Caracas, em 1948. Segundo RIZZINI, há várias menções na literatura brasileira da época, sobre este Congresso como o que *“estabeleceu as normas adequadas para a reformulação dos Códigos de Menores dos diversos países.”*<sup>88</sup>

Dentre os reflexos positivos mais práticos deste Congresso, no Brasil, podemos destacar a proposta pioneira do então Deputado Federal pelo Amazonas, ANDRÉ ARAÚJO, de um “**Estatuto Social da Infância e da Juventude Brasileiras**”. Na justificativa do seu Projeto, o parlamentar amazonense, recorria às recomendações do “IX Congresso”, especialmente esta: *“El Código de Menores tendrá por finalidad formular,*

---

<sup>88</sup> Cf. RIZZINI, Irene. Op. cit., p.147.

*regulamentar y proteger el derecho del menor a viver en condiciones que le permitam llegar a su completo y normal desarrollo fisico, intelectual y moral*”<sup>89</sup>

Outro efeito dessa nova mentalidade, que considerava a Criança um sujeito de direitos e não mero objeto de intervenção do Estado e da Sociedade, foi o surgimento de propostas de reforma legislativa, que chegaram a Câmara dos Deputados no final da década de 50, início da de 60. Uma dessas propostas foi um esboço de emendas ao Projeto de Código de Menores em tramitação no Congresso Nacional (Projeto nº 1000-56), elaborado em 1957, por Juízes de Porto Alegre, São Paulo, Salvador, Fortaleza, Distrito Federal e Belo Horizonte, e por Curadores de Menores, sob coordenação do Dr. Jason Soares ALBERGARIA (Sub-Procurador do Estado de Minas Gerais). No seu art. 1º, previa que *“O menor desde a concepção até os dezoito anos, tem direitos especiais, que este Código reconhece e protege”*. E no art. 2º, descrevia todos os direitos indispensáveis à *“dignidade”*, ao *“livre desenvolvimento”* da personalidade do menor.<sup>90</sup> Um aspecto relevante dessas propostas é o fato de que elas revelavam as novas idéias sobre o tema da menoridade. Conforme RIZZINI, *“elas tendiam para as teorias debatidas nos fóruns nacionais e internacionais sobre a transformação do conceito tradicional de família, considerando a desorganização e a ‘disfunção familiar’, bem como a necessidade de fortalecimento da família e das relações comunitárias, como forma de prevenir o abandono e a delinqüência (FEBEM, 1968, p.110).”*<sup>91</sup>

Esse movimento de defesa da Criança teve uma importante aliada na **“Declaração Universal dos Direitos da Criança”** (ONU, 1959). Este Documento da Normativa Internacional sobre Direitos Humanos da Criança era incompatível com o *“Direito do Menor”*. Consolidando as teses defendidas por movimentos internacionais e locais em prol da Criança, esta Declaração proclamava que, *“visando a que a criança tenha uma infância feliz e possa gozar, em seu próprio benefício e no da sociedade, os direitos e as liberdades aqui anunciadas e apela a que os pais, os homens e as mulheres, em sua qualldade de indivíduos, e as organizações voluntárias, as autoridades locais e os governos nacionais reconheçam esses direitos e se empenhem pela sua observância*

---

<sup>89</sup> *“O Código de menores terá a finalidade de formular, regulamentar e proteger o direito do menor de viver em condições que lhe permitam atingir o seu pleno e normal desenvolvimento físico, intelectual e moral.”* (tradução do autor). Cf. RIZZINI, Irene. *Ibidem*, p. 147.

<sup>90</sup> *Ibidem*, p. 147.

<sup>91</sup> *Ibidem.*, p. 147.

*mediante medidas legislativas e de outra natureza, progressivamente instituídas,*<sup>92</sup> de conformidade com os dez princípios que se seguiam: 1º – Direito à igualdade; 2º – Direito à vida; 3º – Direito à individualidade como pessoa; 4º – Direito à saúde; 5º – Direito à proteção especial; 6º – Direito ao afeto e à compreensão; 7º – Direito à educação; 8º – Direito à prioridade; 9º – Direito ao trabalho e 10º – Direito à liberdade.

Seja pelo fato de ter obtido o reconhecimento de todos os países da ONU, seja pelo significado e alcance do seu conteúdo, esta Declaração representou um marco histórico fundamental para os setores da sociedade brasileira que já vinham reivindicando mudanças não apenas na lei, mas também na própria concepção “*menorista*” de Assistência e Proteção à Infância.

Na seqüência desses fatos, em 2/3/61, através da Portaria 56-B, o Ministro da Justiça, Rodrigo Horta, criou uma Comissão com competência legal para “*estudar e propor, no prazo de 60 dias*” medidas mais adequadas ao problema do menor desamparado, devendo inclusive sugerir o destino a ser dado ao “Serviço de Assistência ao Menor” (SAM). No seu Relatório final, a Comissão propôs a substituição do SAM por um Instituto Nacional de Assistência a Menores (INAM), organizado como fundação de direito público, diretamente subordinada ao Presidente da República, dotada de autonomia administrativa e financeira e destinada a orientar, estabelecer e executar a Política Nacional de Assistência a Menores.<sup>93</sup>

Por fim, complementando os esforços dos movimentos que lutavam pela implantação de um novo Direito e de um novo modelo de Assistência e Proteção aos Menores, o Governo de João Goulart, encaminhou à Câmara dos Deputados o Projeto 17/12/64, propondo a extinção do SAM e a criação de uma Fundação para cuidar dessa matéria. A despeito disso, Serviço de Assistência a Menores-SAM - resistiu até o fim deste período político.

Com a implantação da ditadura militar, o processo de redemocratização do país, com todas as suas contradições, avanços e retrocessos, voltou à “estaca zero”. A lógica repressiva do Governo Militar massacrou as instituições democráticas, e mesmo as bases

---

<sup>92</sup> Cf. GRÜSPRUN. Op. Cit., p. 111-2.

<sup>93</sup> Cf. CARVALHO, Francisco Pereira Bulhões de. **Direito do menor**. Rio de Janeiro: Forense, 1977. p. 119-20.

clássicas do Estado Liberal de Direito. Impôs à sociedade a lógica da caserna, e a racionalidade da Ordem da Segurança Nacional convenientemente traduzida em termos de uma legalidade legítima, que denominava “revolucionária”. A Doutrina da Segurança Nacional – marca ideológica do novo regime - tinha como uma de suas características fundamentais a defesa do *Ocidente capitalista e cristão* contra o seu arqui-inimigo, o *demônio comunista do Leste*. Além disso, esta Doutrina representava, no entendimento dos seus ideólogos, propagandistas e beneficiários, a base conceitual e institucional mais adequada ao grau máximo de garantia que o Estado Brasileiro podia proporcionar à comunidade nacional, para a consecução e salvaguarda de seus **Objetivos**.

A despeito dos antagonismos internos ou externos, os **Objetivos Nacionais Permanentes** deveriam ser implementados a qualquer preço. Esta era a condição inderrogável para se preservar e potencialiar a Nação, considerada elemento polarizador da toda vida social e política. Em razão disso, o Estado Nacional era um Estado autocrático. Sob seu império deveria prevalecer uma Geopolítica de Segurança, a imperatividade dos comandos governamentais, a visão oficial de ordem pública e de bem-estar social e a unidade nacional em face de todas as forças sociais e políticas dissidentes, que eram encaradas pelos detentores do poder como inimigos públicos de um Brasil-Potência-emergente.

Na lógica da “Segurança Nacional”, a Sociedade se curvava à Nação e esta imantava o “Estado-Nacional”, a máxima consagração da ordem jurídica e política. E o Estado-Nação, embalado no colo materno da Civilização-Cristã-Occidental, exercia com onipotência, onipresença e onisciência, a *missão histórica* de ser o Supremo Juízo da Consciência Nacional, do Sentimento Nacional, do Destino Nacional. Prisões, banimento, tortura, mortes, enfim toda violência física e moral valia como instrumento de garantia da ordem pública do Estado de Segurança Nacional.

Dentro desse quadro ideológico-político e institucional, ocorreu uma profunda redefinição do significado da Política Social. A Ação Social do Estado deixou de ser vista como um fim em si mesma, e passou a ter o caráter de instrumento para se atingir outros fins, os da Segurança Nacional. A par disso, o

*[...] atendimento às necessidades sociais passa a ser feito em nome dos efeitos econômicos ou da racionalidade tecnocrática. [...] o gasto social público passa a atender a uma dupla finalidade: fortalecer a determinados segmentos do setor empresarial e atender às necessidades básicas dos segmentos mais vulneráveis da população. O Banco Nacional de Habitação (BNH) articula-se organicamente com os*

*interesses dos empresários da construção civil e dos agentes financeiros. O Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência Social (INAMPS) passa a considerar obrigação sua sustentar e manter a iniciativa privada na área da saúde. Como se vê, a missão institucional dos organismos sociais públicos junto a seus destinatários passa a ser “um aspecto entre outros” a ser considerado pelos dirigentes do aparelho do Estado.<sup>94</sup>*

Analisando o perfil dominante dos programas sociais neste período, COSTA, identificou nessas ações governamentais da Política Social as seguintes características gerais:

- a) Ocorrência de paralelismos, desperdícios, superposição e até mesmo antagonismos entre programas de origem diversas;*
- b) Centralismo burocrático que traz, para o âmbito do Estado e do Município, programas de decisão e ação federais, desfigurando, desta forma, o caráter federativo da República;*
- c) Muitos programas têm um claro sentido de controle social das populações pobres, reduzindo-as a objeto passivo da intervenção assistencial do Estado;*
- d) A participação dos destinatários se fazia sob a forma de “mão-de-obra” para execução de determinadas ações ou em decisões sem maior relevância;*
- e) A instrumentalização político-eleitoral de ações tópicas, chegando mesmo a comprometer o caráter social de certas ações;*
- f) O efeito político desmobilizador, através da sistemática sonegação da iniciativa e da criatividade das bases comunitárias;*
- g) A desuniformidade de critérios na distribuição das verbas, recebendo mais quem melhor acesso e simpatia obtenha em relação aos decisores políticos;*
- h) Não-coincidência entre a pauta de prioridades do Estado e as necessidades objetivas das comunidades pobres;*
- i) Retenção da maior parte dos recursos em atividades de intermediação e controle, fazendo com que apenas uma parcela mínima dos recursos destinados à área social chegasse realmente aos destinatários.<sup>95</sup>*

No que se refere à *política menorista*, mais uma vez, o “problema do Menor” foi transformado em matéria de Segurança Nacional. Esclarece BAZILIO, que ao elevar o “menor” à categoria de “*problema de segurança nacional*”, tinha-se em vista o fato de que os “*grupos de menores passaram a colocar em risco a ordem pública, participando ostensivamente em ações e crimes contra o patrimônio e homicídios.*”<sup>96</sup> Em face da moldura macro-ideológica em que estava inserido o binômio “Segurança Ocidental/Segurança Nacional”, os “*menores*” constituíam uma parcela da população

---

<sup>94</sup> Cf. COSTA, Antônio Gomes da. *De menor a cidadão – notas para uma história do novo direito da infância e da juventude no Brasil*. Brasília: Ministério da Ação Social/CBIA, p. 17.

<sup>95</sup> *Ibidem*, p. 17-18.

<sup>96</sup> Apud RIZZINI, Irene. *Op. Cit.*, p. 152.

que, juntamente com suas famílias, podiam abalar os alicerces do desenvolvimento ou do progresso do país. Presas fáceis à sedução de idéias exóticas (idéias socialistas ou comunistas), era preciso discipliná-los dentro da pauta de valores que davam significado à Pátria e à Nação Brasileira, no quadro geral do Ocidente Cristão e capitalista.

Com base nestas considerações, foram estabelecidas as novas diretrizes da ação estatal, articulada com os setores interessados da sociedade civil, no atendimento das necessidades dos Menores. Finalmente chegava ao fim o longo reinado do *famigerado* SERVIÇO DE ATENDIMENTO A MENORES (SAM), do Estado Novo!

A extinção do SAM e a criação da Política Nacional do Bem-Estar do Menor (PNBEM) e do seu braço executivo, a FUNABEM-Fundação Nacional do Bem-Estar do Menor, chegaram a ser caracterizada como um “*milagre*” e, a Lei 4.513/64, definida como Revolução dentro de outra Revolução. Anos após, em discurso proferido a 5/10/70, nas dependências da FUNABEM o Presidente da República, General Garrastazu Médici assim se expressou:

*Este milagre que, hoje e aqui, proclamam a toda a nação brasileira, nós o devemos por inteiro, à Revolução de Março. E, não tenho dúvidas em afirmar que a constatação mais cega e mais surda, que tudo negasse a obra revolucionária, haveria, pelo menos, de bendizê-la por apagar o sangue, a corrupção e a vergonha do malsinado SAM, para, neste mesmo lugar, erguer a Fundação Nacional do Bem-Estar do Menor.*<sup>97</sup>

Em conferência na Escola Superior de Guerra (11/6/70), Mário ALTENFELDER, “*mentor da ideologia aplicada ao menor*”, e Presidente da FUNABEM, posteriormente Secretário da Promoção Social de São Paulo, foi enfático: “*A Lei 4.513 é uma Revolução. Foi sancionada neste período histórico de nossa vida. Duidamos que pudesse ser executada fora desse regime. As dificuldades que ainda encontramos para implantar a nova política atestam sem contestação o que afirmamos.*”<sup>98</sup>

O Sistema PNBEM/FUNABEM era baseado em uma consistente fundamentação teórica que refletia os condicionamentos ideológicos do momento político. No planejamento geo-sócio-político do Estado de Segurança Nacional a inserção

---

<sup>97</sup> Cf. BAZILIO, Luiz Cavallieri. *O menor e a ideologia da segurança nacional*. Belo Horizonte: Veja-Novo Espaço, 1985. p. 61.

<sup>98</sup> Cf. BAZILIO. Op. Cit., p. 65.



do Brasil no clube das Grandes Potências do Ocidente implicava “*preservar o capital humano*” contra todo e qualquer fator de desagregação da sociedade e de fragilização do Poder Nacional. Segundo Golbery do COUTO E SILVA, que se notabilizou como a “Eminência parda” do regime militar, autoridade máxima da Geopolítica Brasileira desse período histórico, a categoria teórica “Poder Nacional” devia ser entendida como um instrumento:

*[...] da “ação estratégica”, que nesta era de guerras totais, só pode ser o que resulta da integração de todas as forças nacionais, de todos os recursos físicos e humanos de que dispõe cada nação, de toda a sua capacidade espiritual e material, da totalidade dos meios econômicos, políticos, psicossociais e militares, que possa reunir para a luta – de seu Poder Nacional, em suma. E é esse Poder, atuante desde o tempo de paz como trunfo decisivo e sustentáculo real nas discussões diplomáticas, já desde então supervalorizado pela sobre prestígio que o acompanha, de um Potencial mais amplo, suscetível de atualizar-se em prazo maior ou menor, que deverá ser transformado, orientado, mobilizado para a eventualidade da guerra que se venha a concretizar, assumindo, a partir de então, sua componente militar, exteriorizada nas Forças Armadas, o papel dominante. [...] Maximizar o Poder Nacional, em face das exigências impostas pelo fantasma da guerra que já nos persegue – eis um dever a que se não podem esquivar, de forma alguma, as nações atentas ao futuro que de todas se avizinha a passos tão agigantados.*<sup>99</sup>

Enfim, como expressão integrada dos meios políticos, psicossociais, econômicos e militares “*de que a Nação dispõe, efetivamente, no momento considerado, para promover, no âmbito interno e no campo internacional, a consecução e salvaguarda dos Objetivos Nacionais, a despeito dos antagonismos internos e externos, existentes ou presumíveis.*”<sup>100</sup> o Poder Nacional é elemento vital da ordem estatal. Por isso, “*A Estratégia de hoje, é assim a arte de fortalecer e aplicar, tanto na guerra como na paz, o Poder Nacional, para superar ou vencer – em certos casos, apenas diferindo ou contornando – os antagonismos que se manifestem ou possam vir a manifestar-se, no campo interno ou no âmbito internacional, em oposição mais ou menos frontal àqueles Objetivos Nacionais.*”<sup>101</sup>

Com este significado geopolítico, o “Poder Nacional” representava a unidade da Estratégia (Política da Segurança Nacional) e era um complexo quadrimensional,

---

<sup>99</sup> Cf. COUTO E SILVA, Golbery do. Geopolítica do Brasil. **Conjuntura política nacional o poder executivo & geopolítica do Brasil**. 2. ed. (Coleção Documentos Brasileiros). Rio de Janeiro: José Olympio, 1981, p. 13.

<sup>100</sup> *Ibidem*, p. 153.

<sup>101</sup> *Ibidem*, p. 153.

integrado pelo “Poder Político”, pelo “Poder Psicossocial”, pelo “Poder Econômico” e pelo “Poder Militar”. Dentro disso, observa VOGEL,

*[...] o que se chamava Poder Nacional, entretanto, a parcela considerada mais vulnerável era a de crianças e jovens. Por isso, qualquer política de desenvolvimento, cujo objetivo fosse o de fortalecer o Poder Nacional, deveria dedicar-se-lhe de modo particular. Em virtude da peculiaridade desse público, por sua vez, essa atenção especial teria de levar em conta a família.*

*[...] Ora, se a família era, segundo um estereótipo, tão antiga quanto permanente, a “célula de base da sociedade”, então o fato de vê-la deteriorar-se fundava o temor de que por essa via se chegasse a todo o conjunto de formas de subversão da ordem estabelecida, algumas delas com implicações políticas evidentes, do ponto de vista da segurança nacional.<sup>102</sup>*

Era preciso, portanto, empreender uma ação de amplitude nacional, adentrando-se “*meios tendentes a prevenir ou corrigir as causas de desajustamento*”<sup>103</sup>. E se o problema do **menor** era basicamente um problema de **carência material**, ponto inicial de um processo social perverso que levava ao ciclo fatal de desajuste familiar e social (carência – abandono – maus tratos – exploração – desvio de conduta – criminalidade), a solução era óbvia!

Como proclamava a ONU, na Declaração Universal dos Direitos da Criança, devia-se garantir o “*Bem-Estar do Menor*”, atendendo-se suas necessidades básicas como “*saúde, amor, compreensão, educação, recreação e segurança social*”. Também se devia garantir “*a defesa do próprio menor contra o abandono, a crueldade, a corrupção ou a exploração*”. Para isso o melhor caminho parecia ser de “*reintegração no ambiente familiar*”. Ora, isso implicava na necessidade de se fortalecer a família do ponto de vista econômico-social.

Apesar de estar baseado em diretrizes doutrinárias decorrentes da tese defendida pelas Nações Unidas afirmativa do dever jurídico dos Estados de promoverem a defesa e a proteção da Criança,<sup>104</sup> o sistema PNBEM/FUNABEM nasceu contaminado por graves vícios relativos ao *aspecto conceitual e à metodologia de trabalho*.

---

<sup>102</sup> Cf. VOGEL, Arno. Propostas e vicissitudes da política de atendimento à infância e adolescência no Brasil Contemporâneo. In: PILLOTTI; RIZZINI. Op. Cit., p. 304-5.

<sup>103</sup> Ibidem, p. 305.

<sup>104</sup> Na terminologia utilizada pelos Documentos das Nações Unidas, geralmente, o termo “Criança” abrange a pessoa humana de 0 a 18 anos.

Quanto ao aspecto conceitual, o ponto mais vulnerável desse sistema consistia em que a nova Política tinha por fundamento a Doutrina Jurídica da Situação Irregular. Em vista disso, ao invés de representar uma inovação no tratamento do “problema do Menor”, constituiu mais uma garantia na perpetuação dos equívocos característicos da tradição menorista. A população infanto-juvenil continuou subdividida em dois segmentos com distinto “status” sócio-jurídico, tal como era no princípio, nos anos 20: de um lado *crianças e adolescentes*, de outro *menores irregulares*. Somente os “menores irregulares” eram atingidos pela nova legalidade, instaurada através da Lei nº 4.513/64, e aperfeiçoada, quinze anos após, com o advento do Código de Menores (Lei nº 6.697/79).

Ao conformar-se à Doutrina da Situação Irregular, a “nova” Política Nacional de Bem-Estar do Menor nasceu comprometida com a “visão estigmatizadora”, e com a “ideologia da exclusão”, duas marcas singulares da ação jurídica e social do Estado brasileiro no atendimento aos menores “desvalidos”, “delinquentes” ou “infratores”, nos momentos em que o regime autoritário parecia considerar o Direito do Menor até então vigente em nosso país um menorismo da idade das trevas.

Como observa COSTA, “*Estas duas leis*” (lei nº 4513/64, que criou a PNBEM e a FUNABEM, e lei nº 6.697/79 – Código de Menores), “*não se dirigiam ao conjunto da população infanto-juvenil brasileira. Seus destinatários eram apenas as crianças e jovens considerados em situação irregular. Entre as situações tipificadas como situação irregular encontrava-se a dos menores em estado de necessidade “em razão da manifesta incapacidade dos pais para mantê-los”. “Desta forma, as crianças e adolescentes pobres passavam a ser objeto potencial de intervenção do sistema de administração da justiça de Menores.”*”<sup>105</sup>

No que se refere ao aspecto da metodologia, a nova Política de Atendimento ao Menor (PNBEM), foi estruturada como um sistema centralizado e vertical, baseado “*em padrões uniformes de atenção direta e implementados por órgãos executores inteiramente uniformes em termos de conteúdo, método e gestão*”.<sup>106</sup> Além disso, a FUNABEM não combateu, mas apenas *modernizou* as práticas correcionais e repressivas

---

<sup>105</sup> Cf. COSTA. *De menor a cidadão...*, p. 18.

<sup>106</sup> *Ibidem*, p. 18.

do antigo SAM, que foram perpetuadas graças ao modo assistencialista<sup>107</sup> com que os menores irregulares eram vistos.

Assim, o ideal do “*Anti-SAM*” não conseguiu escapar à dupla armadilha da herança recebida do “SAM”:

a) o acervo físico-espacial, voltado para a INTERNAÇÃO, e a tecnologia de ressocialização dos “*menores*” que correspondia ao sistema de confinamento “*dominada por certos grupos familiares que manejavam os procedimentos necessários à internação e/ou dispunham de relações pessoais capazes de obtê-la.*”<sup>108</sup>

b) um senso comum teórico, presente nas áreas jurídica e técnico-social, que via na institucionalização do *menor irregular*, uma forma “natural” de promover a sua ressocialização. Isso parecia ainda mais correto, quando se tratava de menores com problema de conduta ou *autores de infrações penais*. Nessas situações, resgatava-se a visão repressiva ou de controle social que tinha caracterizado a relação entre os “menores” e a Ideologia da Segurança Nacional no período do Estado Novo.

Atitude típica e representativa desse momento ambíguo de revisão do Menorismo, foi a aprovação, em 10 de abril de 1967, da Lei nº 5.258. Conforme observa CARVALHO, [...] “*elaborada e votada na surdina*”<sup>109</sup>, esta lei representou o resgate parcial do sistema jurídico-penal do Código Criminal de 1830 em matéria de enquadramento jurídico de adolescentes infratores.

No seu art. 2º, referida Lei previa que se um menor entre 14 e 18 anos praticasse ato definido em lei, crime punido com pena de reclusão, o juiz deveria determinar sua internação em estabelecimento apropriado à sua *reeducação*, por prazo não inferior a

---

<sup>107</sup> Pelo menos até o final dos anos 70, as crianças e adolescentes em *situação irregular*, comparados com as crianças e adolescentes da classe média, adotados como paradigmas para se pensar a população infanto-juvenil brasileira, eram vistos, não como sujeitos de direitos, mas como “feixe de carências”. Atendê-los era mais uma questão de *providência estatal e misericórdia social* do que de dever jurídico propriamente dito. Neste caso, pode-se falar que havia preocupações com a *cidadania dos menores irregulares*, com a seguinte ressalva: essa cidadania era o resultado de uma outorga, de uma concessão por parte das agências de atendimento. Os *menores irregulares* não eram reconhecidos como titulares de direitos, mas como portadores de necessidades, clientes e não propriamente cidadãos...

<sup>108</sup> VOGEL. Op. Cit., p. 308.

<sup>109</sup> A expressão “*elaborada e votada na surdina*” consta da obra “Direito do Menor”, de Francisco Pereira de Bulhões CARVALHO, no trecho cuja transcrição se impõe pelo seu significado histórico: “*Diante da manifesta deficiência de nossa legislação sobre menores infratores e da necessidade imperiosa de adaptá-la aos padrões de cultura universal, causou a maior estupefação pública a publicação, recentemente, de uma nova lei, elaborada e votada na surdina, sem a menor técnica legislativa e em que se procurou ressuscitar preceitos sepultados com o nosso velho Código Criminal de 1830.*” (CARVALHO. Op. Cit., p. 61).

dois terços do mínimo e não superior a dois terços do máximo da pena privativa de liberdade cominada ao fato típico na lei penal.<sup>110</sup>

Cumprido o tempo do internamento, o menor seria submetido a exame pericial. Se o resultado da perícia evidenciasse a cessação de sua periculosidade, o interno seria colocado em liberdade vigiada,<sup>111</sup> por prazo não inferior a um ano.

Completada a maioria no curso da internação, o interno permaneceria sob custódia, sendo transferido para uma colônia agrícola ou estabelecimento análogo, à disposição do Juízo das Execuções Criminais, onde permaneceria preso até cumprir o restante da internação. Este prazo ainda podia ser prorrogado indefinidamente, pois a liberação ficava na dependência da verificação pericial da cessação da periculosidade.

Além disso, estava previsto no art. 2º, da lei em questão, que se *“o menor praticar fato definido em lei como infração penal a que seja cominada pena de reclusão e for moralmente abandonado, pervertido ou se achar em perigo de o ser, o juiz poderá interná-lo em estabelecimento para a sua reeducação pelo menos por seis meses e até, no máximo, atingir a idade de 21 anos.”*

Foi tão grave o retrocesso do sistema punitivo instituído por esse diploma legal, que contra ele organizou-se imediata e contundente reação por parte de setores influentes da sociedade, especialmente dos Juizes de Menores.<sup>112</sup> Diante desse fato, a redação original da Lei nº 5258/67 teve vida curta, sendo, na parte aqui destacada, substancialmente alterada pela Lei nº 5439/22/05/68. Com isso, restabeleceu-se o regime jurídico constante dos artigos 1º e 2º, do Decreto-Lei nº 6.026, de 24 de novembro de 1943! O enquadramento jurídico relativo aos “menores infratores” continuou tributário de uma visão correcional-repressiva-penal, embora fosse menos degradante do que o modelo derogado!?

---

<sup>110</sup> Tratava-se então de “pena”, apenas com o nome de “internação” para reeducação, que poderia ser cumprida até em “seção especial de estabelecimento destinado a adultos” (art. 2º, § 3º).

<sup>111</sup> *Pelo Código Criminal de 1830, seria posto em liberdade!*

<sup>112</sup> Segundo testemunho de Francisco Pereira Bulhões de CARVALHO, *“Causou grande revolta não só nos meios jurídicos como em toda a culta população do País a promulgação da lei n.5.258 de 10 de abril de 1967, que, como vimos, mandou submeter os menores entre 14 e 18 anos, acusados de infração penal, a regime repressivo mais rigoroso do que o aplicável aos adultos: enquanto estes estão sujeitos a penas pre-fixas, os ditos menores deveriam ser submetidos a uma internação por prazo prefixo somente quanto ao mínimo mas prorrogável a critério do juiz, que ainda lhes deveria acrescentar medidas de segurança.”* (sic). (Op. Cit., p. 90-91).

Apesar das opiniões contrárias ao tratamento jurídico dispensado aos “menores irregulares”, a verdade é que os traços sócio-culturais e institucionais do menorismo serviram para justificar a intensificação da intervenção policial contra “menores” no período em exame. Referindo-se a esse fato, informa CAVALLIERI que de 12/4/1967 - quando se implantou o Sistema de Recolhimento Provisório de Menores, da FUNABEM-, a polícia do Rio de Janeiro recolheu perto de 90.000 “menores nas ruas, alguns com repassagens. São abandonados ou perambulantes. Os infratores fazem parte de outra estatística.”<sup>113</sup>

O advento do Código de Menores de 79, como ainda veremos com mais detalhes, constituiu fator de agravamento do cerco policial contra os “menores irregulares”, pois, na sua sistemática legal, as apreensões e o encarceramento receberam o reforço ideológico da Doutrina Jurídica da Situação Irregular. Este fato significou a derrota momentânea das teses mais progressistas sobre o atendimento de necessidades básicas e dos direitos fundamentais de crianças e adolescentes em nosso país. É importante registrar que reconhecidos doutrinadores brasileiros do Direito do Menor, como foi o caso de Alyrio CAVALLIERI, verdadeiro símbolo da Magistratura menorista, então Juiz de Menores do Rio de Janeiro e Presidente da Associação Brasileira de Juizes de Menores, insistiram na opção pelo sistema de “situação irregular”.

Em tese, conforme justificava CAVALLIERI, em sua obra clássica “Direito do Menor”,<sup>114</sup> estava-se diante de um “Direito novo”, “que se dirige ao menor” [...] “na consideração do menor como sujeito de direitos”.<sup>115</sup> Tratava-se então de uma perspectiva revolucionária, cujo sentido básico poderia, segundo CAVALLIERI ser traduzida por estas palavras de Jean CHAZAL<sup>116</sup>: “tenhamos em conta que a criança, uma vez que é uma pessoa, deve ser sempre tratada como um sujeito e não como um objeto no conjunto das relações jurídicas, de que ela é o centro.”

Palavras, que segundo o menorista brasileiro “deviam ser gravadas em bronze nas salas de todos os tribunais.”<sup>117</sup>

---

<sup>113</sup> Cf. CAVALLIERI. Op. Cit., p. 54.

<sup>114</sup> Conforme edição de 1976 pela Editora (Livraria) Freitas Bastos.

<sup>115</sup> Cf. CAVALLIERI. Op. Cit., p. 20.

<sup>116</sup> Jean Chazal era, então, Conselheiro da Corte de Cassação e Presidente de Honra da Associação Internacional de Juizes de Menores e candidato dessa entidade ao Prêmio Nobel da Paz, pelo que fizera pelo Direito do Menor. Já fora agraciado com a Medalha Mello Mattos (Vide CAVALLIERI. Op. Cit., p. 20, nota de rodapé “24”).

<sup>117</sup> Ibidem, p. 20.

Na prática, o modelo jurídico do Código de Menores de 1979, representou, em grande parte, a continuidade da Política de controle social das crianças e adolescentes provenientes das classes populares. Identificáveis como "menores em situação irregular", a pretexto de serem tutelados e amparados segundo o critério da prevalência dos seus interesses (artigos 2º e 5º, do Código de Menores), eles acabavam se transformando em "objetos" da intervenção do sistema tutelar, que envolvia ações de instituições públicas (polícia de costumes, curadorias e juizados de menores, centros de ressocialização) e privadas (entidades de atendimento) e se materializava no ciclo repressivo, que começava com a apreensão ou com a abertura de procedimento para a verificação da situação irregular, e terminava com a deportação, através do internamento.

Extrapolando as características institucionais do Direito do Menor, mas constituindo uma de suas conseqüências previsíveis, era freqüente que esse ciclo repressivo se exaurisse com o ingresso dos ex-internos dos centros de reeducação em algum estabelecimento do sistema penitenciário. Em vista disso, ao contrário dos argumentos e dos cálculos otimistas dos defensores do Direito do Menor, a experiência do Código 1979 serviu, na verdade, para agravar o processo de estigmatização, marginalização e exclusão dos *menores em situação irregular* que foram, de qualquer forma, destinatários de sua contraditória racionalidade tutelar.

Afinal de contas, quem eram os "*MENORES IRREGULARES*", *figuras centrais do sistema jurídico do Código de Menores e da Doutrina Situação Irregular?*

Eram os mesmo **sujeitos de direitos** que CHAZAL tinha em mente, na menção destaca por CAVALLIERI?

Tudo indica que não! Esta conclusão nada tem de arbitrário, mas é o resultado das evidências mostradas pela pesquisa bibliográfica e a memória registrada das situações desumanas a que eram submetidos os *menores irregulares*, no contato com o sistema do Código de Menores, durante a vigência da Doutrina Jurídica da Situação Irregular em nosso país.

São muitos os testemunhos sobre a verdade trágica das experiências vivenciadas pelos "*Menores Irregulares*", durante o longo período de vigência e eficácia social da tradição menorista no Brasil. Neste sentido, vejamos por exemplo as observações feitas por ARANTES, em artigo constante da obra "Como Governar Crianças".

*No Brasil de hoje uma grande parcela da população de crianças e jovens “escapa” ao controle das famílias, seja porque não têm família (“órfão” ou “abandonado”); seja porque a família não pode assumir funções de proteção e bem-estar (menor “carente”), seja porque não pode controlar os excessos da criança (menor de “conduta anti-social”), seja porque as ações e envolvimento do menor põem em risco a segurança e a integridade de terceiros, da família ou do próprio menor (autor de infração penal ou “infrator”); seja porque o menor é dito portador de alguma doença, dificuldade ou deficiência, com a qual a família não pode ou não sabe lidar (“deficiente físico”, “doente mental”, com “dificuldades de aprendizagem”, etc.); seja ainda porque necessitando contribuir para a renda familiar, faz da rua local de moradia e trabalho (“meninos de rua”); ou ainda porque, sem um ofício qualquer e expulso/evadido da escola ou fugitivo do lar, perambula ocioso pelas ruas, à cata de um qualquer expediente (menor “perambulante”). Pela legislação que vigorou de 1927 a 1990 – (Código de Menores), todas essas crianças e jovens eram passíveis, num momento ou outro, de serem sentenciadas como “irregulares” e enviadas às instituições de recolhimento, triagem, ressocialização ou guarda, a fim de que cessasse a situação de irregularidade. A lógica era aparentemente simples: se a família não pode ou falha no cuidado e proteção ao menor, o Estado toma para si esta função.<sup>118</sup>*

Assim, à luz da Política Nacional do Bem-Estar do Menor - PNBEM - da Doutrina Jurídica da Situação Irregular e do Código de Menores de 1979, a despeito do que já previa a Declaração dos Direitos da Criança, das Nações Unidas (1959), consolidou-se entre nós o controle técnico-social, psico-pedagógico, policial e jurídico do “Menor irregular”.

Conforme história evidencia, devemos observar que o modelo jurídico menorista, representado pelo binômio “Código de Menores/Doutrina Jurídica da Situação Irregular”, não era apenas uma forma de controle individualizado dos *menores irregulares*. Era também uma forma de se projetar o controle social numa perspectiva de classe. A partir do padrão de organização da família burguesa, como “*célula mater* da nação brasileira”, impunha-se traçar o destino, estabelecer os valores morais, o perfil das relações inter-familiares, a lógica dos comportamentos, a serem adotados pelos setores populares. Este era caminho disponível à sua redenção das famílias pobres, sob pena de serem contra elas movidas as engrenagens do Sistema legal menorista.

*Se família burguesa facilmente se deixa seduzir pela higiene e educação das crianças, a extensão desse modelo como proposta aos segmentos pauperizados da classe trabalhadora, sem alterar-lhes as condições concretas de existência, facilmente se transforma em instrumento de repressão e controle, na medida em que não se encontram em condições de sustentarem sua parte numa tal aliança com o Estado. É quando as famílias pobres passam a ser definidas – como desagregada, desestruturada,*

---

<sup>118</sup> ARANTES. Op. Cit., p. 211.



*incapaz ou ignorante e as crianças, frutos dessas famílias, como encontrando-se em situação de patologia social ou de irregularidade, estando, a partir de então, assujeitadas aos diferentes agentes e instituições que, no campo social, constituem o complexo tutelar.*<sup>119</sup>

“Prisão”, “diagnóstico” “confinamento” “institucionalização”, eis as diversas faces de uma legalidade obscura que durante sete décadas foi mantida como um eficaz instrumento de controle e “barbarização” dos chamados “menores irregulares”, além de, indiretamente, funcionar como técnica de controle das famílias pobres do Brasil. “Sistema Tutelar”, eis a máscara usada pelo Direito do Menor, na verdade uma ordem jurídica tenazmente repressiva e violadora dos mais comezinhos princípios do “Estado de Direito”. Maquinaria legal kafkiana responsável pela trágica narrativa de medo e violência em que os “menores irregulares”, transformados em meros objetos de intervenção do Estado e da Sociedade, em nome de sua falaz ressocialização ou readaptação ao sistema vigente, tiveram negada a sua humanidade, violada a sua dignidade, sepultadas as suas utopias, o seu direito ao sonho, tantas vezes...para sempre!

### **1.3.5 Fase do “Fortalecimento da Alternativa Não-governamental”**

Na periodização proposta por PILLOTTI, esta fase do Menorismo latino-americano e, conseqüentemente, brasileiro, refere-se aos anos 70 e 80, época em que houve um intenso movimento de organizações não-governamentais envolvidas com a luta social e política contra as condições sócio-econômicas desfavoráveis à maioria das populações dos países da região. Em épocas anteriores os movimentos sociais ou organizações da sociedade civil comprometidas com os excluídos ou marginalizados agiam, ou na ilegalidade explícita – como foi o caso do Partido Comunista Brasileiro (PCB) – ou conectados aos anéis burocráticos do Estado.

O período focalizado, especialmente a década de 70 representou o momento de uma tomada de posição que direcionou os movimentos sociais de caráter popular-progressista para a ação baseada na “autonomia” em face da esfera estatal. È nesse ambiente histórico-social que ocorre a significativa expansão das organização não-governamentais (ONGs), hoje identificadas como “terceiro setor”, para distingui-las do que é estatal e do que constitui o Mercado. As ONGs, conforme esclarece PILLOTTI são

---

<sup>119</sup> ARANTES. Op. Cit., p. 214.

entidades sem fins lucrativos que apoiam as iniciativas dos movimentos sociais nas comunidades pobres ou marginalizadas, oferecendo:

*[...] assistência técnica em diversas áreas assim como ajuda para a obtenção dos fundos necessários para a execução dos projetos. Estes últimos se caracterizam, geralmente, por métodos participativos originais que reforçam os próprios recursos da comunidade através da educação popular e iniciativas de auto-ajuda. Revaloriza-se assim a teoria e a prática da “ação” na base, dando novo impulso à necessidade de descentralizar os programas sociais, privilegiando o papel dos organismos comunais ou municipais na mediação entre o Estado e a comunidade.<sup>120</sup>*

PILLOTTI identifica alguns fatores que estão na raiz do aparecimento das ONGs nos anos 70: a) efeitos regressivos da políticas sociais e econômicas dos regimes autoritários, b) exclusão de numerosos profissionais, especialmente das ciências sociais, das universidades e do setor estatal, c) redirecionamento da cooperação internacional do setor estatal oficial para o não-governamental. Os resultados desses fatores, explica o autor, foi o fato de que, em muitos países latino-americanos, a atuação das ONGs (e dos movimentos sociais a elas conexos) constituiu “*uma espécie de política social alternativa e paralela à oficial, muitas vezes cobrindo as deficiências e omissões desta última.*”

Em vista do condicionamento ideológico-político que as acompanha, geralmente as ONGs rechaçam as perspectivas e os procedimentos assistencialistas, não-participativos e heterônomos e valorizam a perspectiva da cidadania e a participação ampla dos portadores de necessidades nas deliberações e no controle da execução das políticas sociais e dos programas de atendimento. Da mesma forma as ONGs procuram atuar preventiva e corretivamente, ao contrário das ações oficiais que, via de regra, agem mais nos efeitos do que nas causas dos problemas sócio-econômicos.

No contexto latino-americano dos anos 70/80 coube ao Uruguai papel destacado no processo de surgimento de ONGs a serviço da infância. Segundo PILLOTTI, “*Estima-se que, em 1988, existiam 174 organizações deste tipo que, em conjunto, ofereciam serviços para um total de 11.966 crianças e jovens, por meio de centros de capacitação, cantinas e sopas populares, creches e abrigos (CLAEH-IIN,1989).*”<sup>121</sup> Outro dado interessante informa que no Chile, de “*um total de 105 ONG dedicadas à assistência de*

---

<sup>120</sup> Cf. PILLOTTI. Op. Cit., p. 42.

<sup>121</sup> Ibidem, p. 43.

*crianças e jovens, estudadas no início dos anos 90, 75% foram criadas durante a década de oitenta.*”<sup>122</sup>

No Brasil, os anos 70/80 foram um período de grande efervescência dos chamados “novos movimentos sociais” (NMS), ou seja, os movimentos sociais progressistas, comprometidos com as demandas das classes populares, dos setores oprimidos ou excluídos da sociedade. Numa abordagem sociológica crítica movimentos sociais são concebidos como agentes de transformação social (práxis). Os *novos movimentos sociais* que tiveram intensa atuação no Brasil nos anos 70/80 tinham em vista a superação das arcaicas estruturas e relações de poder presentes no nosso processo social desde a criação do Estado Nacional. Daí sua vinculação com as lutas das classes populares, dos segmentos excluídos, discriminados ou marginalizados. Em vista das contingências sociais e políticas vividas pelo povo brasileiro nos anos 70/80, a experiência brasileira dos NMS nessa quadra da nossa história, mormente nos anos 70, identificados como os “anos de chumbo” da repressão do regime militar<sup>123</sup>, adquire um

<sup>122</sup> Cf. PILLOTTI. Op. Cit., p.43.

<sup>123</sup> *A década de 70 foi o período de maximização do Terror de Estado do regime militar. Sob o slogan “Brasil, ame-o ou deixe-o”, e com o aperfeiçoamento do sistema repressivo apoiado no AI-5, de 13-12-68, dos 12 Atos Complementares que o seguiram e pelo Serviço Nacional de Informações (SNI), na Polícia estaduais, especialmente através dos Departamentos de Ordem Política e Social (DOPS) e militares e de diversos órgãos das Forças Armadas (Cenimar, da Marinha, do Rio de Janeiro e Oban, em São Paulo, que a partir de maio de 1970, passaria a se chamar Destacamento de Operações de Informações – Centro de Operações de Defesa Interna (DOI-CODI). Esse aparato repressivo contava com o financiamento de empresários, foi responsável pela desarticulação de grupos oposicionistas à ditadura, prendendo, torturando, e executando, ou forçando o exílio do seus integrantes e simpatizantes. Paralelamente ao endurecimento repressivo do regime, sob o binômio “segurança e desenvolvimento” foi instaurado um novo modelo de crescimento econômico, que ficou conhecido como o “milagre brasileiro”. O país foi escancarado ao capital estrangeiro, estabelecendo-se as condições favoráveis à instalação das multinacionais, principalmente a contenção da classe trabalhadora, a limitação drástica de aumento de salários, e outros atrativos. Do ponto de vista meramente econômico, os resultados foram positivos, tanto que de 1968 a 1973, o PIB registrou crescimentos médios anuais da ordem de 10%. Só que na contrapartida esta política econômica agravou o desequilíbrio na distribuição da renda. A contenção dos salários afetou o poder aquisitivo dos trabalhadores e favoreceu a concentração da riqueza em poder das minorias detentoras do poder econômico. No período de 1960 a 1972, os 5% dos brasileiros mais ricos passam de uma participação de 28,3% para 39,8% do total da renda nacional, contra uma redução de 17,4% para 11,3% dos 50% mais pobres da população. Em 1970 o Banco Mundial anuncia: 70 milhões de brasileiros sofrem de subnutrição. Foi o tempo da receita “deixar crescer o bolo, para depois dividi-lo”, pregada por Delfim Neto, Ministro da Fazenda do Governo Costa e Silva.*

*Na contrapartida do agravamento do autoritarismo político e do arrocho econômico em relação às classes populares, esta também foi a década do surgimento de uma complexa rede de movimentos da sociedade civil comprometidos com a luta em favor da redemocratização do país. Só que neste caso, “redemocratização” não significava o mero retorno ao estágio da democracia liberal dos anos 50. Tinha-se agora em mente uma nova concepção de Democracia, que envolvia, além da preservação da pauta de Direitos e Garantias Fundamentais do indivíduo, própria do Estado Liberal, a previsão da construção social e política de novos Direitos e novas Garantias. Isto representava um desafio histórico no que se refere à redefinição do conceito de cidadania, das relações entre o indivíduo e o Estado/sociedade, e, no*

significado especial. No nosso caso, a grande virada na existência e no funcionamento dos novos movimentos sociais começa antes mesmo da implantação do Estado Autoritário. Por volta do final da década de 50, na medida em que se agravavam as contradições sociais e políticas da sociedade brasileira, estes movimentos sociais já tinham visibilidade pública, apresentando-se como manifestações de identidades e demandas coletivas populares em busca de autonomia em face dos anéis burocráticos do Estado. Se antes, na vigência do “pacto populista”, próprio do Estado Novo e ainda presente no período inicial de redemocratização do país, pós-45, os movimentos sociais vinculados às causas populares existiam e funcionavam mais ou menos à sombra do “Estado paternalista-controlador”, nesse novo momento da história procuram afastar-se do poder instituído.

*No final da década de 50 e início dos anos 60, as contradições se acirraram, e mesmo os movimentos que anteriormente atuavam sob o controle do Estado extrapolaram as atuações determinadas dentro do “pacto populista”. A crise revelou-se com a saída de Jânio Quadros e a assunção de João Goulart ao poder; na sociedade civil surgiam outros movimentos que intensificavam o conflito, a organização popular criava novas perspectivas. O contato anterior com o Estado possibilitou maior “politização dos conflitos” e o surgimento de movimentos urbanos aceleraria o “desenvolvimento de uma força social que tem uma dinâmica própria.”*

*As carências urbanas tornaram-se “objeto privilegiado da ideologia e da ação política”, no período populista, e principalmente na década de 50. Mas, no início da década de 60, as aglutinações populares ganharam um novo vigor e conquistaram maior autonomia frente ao populismo.<sup>124</sup>*

A partir dessa redefinição do campo das lutas sociais populares é que vamos nos reencontrar com a ação cada vez mais intensa dos movimentos sociais pela defesa dos Direitos de crianças e adolescentes, pelo rompimento com a tradição menorista, pela construção de um novo modelo de juridicidade que refletisse as teses mais avançadas em torno da cidadania infanto-juvenil.

É justamente nesse período que se dá o momento mais agudo do processo de “enfrentamento-negociação” em torno de redefinições profundas na Política Social de atendimento a crianças e adolescentes no Brasil. Conforme esclarece COSTA, na segunda metade dos anos 70, o Estado autoritário foi intensamente pressionado pelas classes populares, “cuja reorganização tivera início no princípio da década” e que emergem

---

caso específico do tema aqui desenvolvido, das relações entre a criança, o adolescente, de um lado, e a sociedade (contexto familiar, contexto da produtividade), e o Estado, de outro.

<sup>124</sup> Cf. PINTO. Op. Cit., p. 21.

*“como uma força de oposição e como interlocutor ativo e crítico dos dirigentes e técnicos das políticas públicas.”*<sup>125</sup>

Desta forma, o Estado, que a partir de 1945 vinha se desvencilhando das pressões dos setores populares, passando a formular e gerir Políticas Públicas como se fora um “negócio apenas seu”, “de costas para o povo”, tinha agora *nova companhia*. Eram os movimentos sociais de base, agentes do clamor social e político que se tornaria cada vez mais consciente, organizado e comprometido com a defesa das causas populares e com o enfrentamento à Ordem Jurídica e Política da Segurança Nacional e seus aliados, até desembocar no caudal de descontentamento e indignação generalizada que reivindicaria a desconstrução do regime militar pela via democrática do processo Constituinte.

Há um outro aspecto que é de grande importância para compreendermos o significado que os anos 70/80 tiveram no estabelecimento das bases sociais, culturais e políticas que viabilizaram as transformações na direção da reconstrução da democracia em nosso país e, no que se refere diretamente ao tema deste estudo, na direção do rompimento com a tradição menorista vigente desde a década de 20. Referimo-nos ao surgimento de um verdadeiro processo de recondicionamento cultural e técnico-profissional dos *trabalhadores sociais* (assistentes sociais, educadores, pedagogos etc.). Através da redefinição profunda (reconceitualização) dos fundamentos das ciências sociais e educacionais e da posição que os profissionais dessas áreas deveriam assumir perante o contexto social e político concreto, desenvolveu-se aos poucos a consciência de que o trabalhador social tinha um compromisso com a melhoria do processo histórico. Isto significava basicamente que ele era um agente não apenas profissional, ou técnico-profissional, mas sobretudo político, com responsabilidade social, o que o obrigava a observar uma ética social essencialmente democratizante e humanista.

Neste sentido, ensinava Paulo FREIRE que *“o humanismo é um compromisso radical com o homem concreto. Compromisso que se orienta no sentido de transformação de qualquer situação objetiva na qual o homem concreto esteja sendo impedido de ser mais”*.<sup>126</sup>

---

<sup>125</sup> Cf. COSTA. **De menor a cidadão...**, p. 21.

<sup>126</sup> Cf. FREIRE, Paulo. **Educação e mudança**. 12. ed. Tradução de Moacir Gadotti e Lilian Lopes Martin. (Coleção Educação e Comunicação), Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1983. v. 1, p. 22.

Isso implicava uma ética de responsabilidade social dos profissionais que estavam em contato com os setores mais vulneráveis da sociedade. O seu conhecimento, a sua sensibilidade, o seu pensar e o seu agir deviam ser colocados a serviço do “*ser mais desses segmentos sociais*”, visando à sua emancipação social e política. Este “colocar-se a serviço” era visto como um “ser para”, e um “ser com”, ou seja, uma relação inter-subjetiva, baseada na generosidade e na interação horizontal (sujeito-sujeito) dos participantes do processo relacional.

Para FREIRE, o trabalho social junto aos setores oprimidos da Sociedade devia ser concebido como uma “ação cultural” para a liberdade, um instrumento para a construção da autonomia dos indivíduos socialmente fragilizados por relações de dependência. Isso criava para o *trabalhador social* o compromisso profissional e político de atuar segundo uma visão pedagógica libertadora, democrática e humanista. Antes de tudo, todo trabalhador social devia ter consciência das condições em que agiria para transformar-se em instrumento de libertação dos oprimidos. Com o fim de evitar o resgate de fatores de opressão, ele devia entender que a superação da contradição “opressor-oprimidos” - pré-requisito da “ação cultural” para a liberdade - só seria possível quando ele reconhecesse nos oprimidos, indivíduos, com inteligência, entendimento, capacidades, habilidades e vontade, e não “coisas” a serem objeto de sua intervenção.

*É como homens que os oprimidos têm de lutar e não como “coisas”. É precisamente porque reduzidos a quase “coisas”, na relação de opressão em que estão, que se encontram destruídos. Para reconstruir-se é importante que ultrapassem o estado de quase “coisas”. Não podem comparecer à luta como quase “coisas”, para depois serem homens. É radical esta exigência. A ultrapassagem deste estado, em que se destróem, para o de homens, em que se reconstróem, não a posteriori. A luta por esta reconstrução começa no auto-reconhecimento de homens destruídos.<sup>127</sup>*

Além disso, era imprescindível que o trabalhador social percebesse que os oprimidos não eram por ele libertados e nem se libertavam sozinhos. A ação libertadora, dizia FREIRE, é “co-implicante”. Seu princípio norteador, segundo esse autor, é aquele que diz: “*Ninguém liberta ninguém. Ninguém se liberta sozinho. Os homens se libertam em comunhão.*”<sup>128</sup>

---

<sup>127</sup> Cf. FREIRE, Paulo. **Pedagogia do oprimido**. 18. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987. p. 55.

<sup>128</sup> *Ibidem*, p. 52.

Este seria, em traços gerais, o contexto sócio-cultural e sócio-pedagógico propício ao trabalho dos agentes sociais responsáveis pelo atendimento de crianças e adolescentes vivendo em situações de risco social. A partir desta visão humanista e democrática da Ação Social do Estado foi-se redefinindo a condição dos *menores em situação irregular*. Conforme esclarece COSTA, o “*menino*” atendido pelas ações e programas patrocinados pela FUNABEM deixou de ser visto como “*feixe de carência*”, passando a ser percebido como “*sujeito de sua história e da história de seu povo, como um feixe de possibilidades abertas para o futuro.*” <sup>129</sup>

Assim, diferentemente do que ocorria no modelo assistencialista, peculiar ao cotidiano do Menorismo, que se dirigia à criança ou ao jovem, perguntando-lhe “*pelo que ele não é, pelo que ele não sabe, pelo que ele não tem, pelo que ele não é capaz*”, o atendimento-humanista-democrático, interessando-se por ele como “*sujeito de existência concreta*” perguntava-lhe “*o que ele é, o que ele sabe, o que ele traz e do que ele é capaz.*” <sup>130</sup>

A despeito da importância que teve para a evolução do trabalho social, esse movimento de reconceituação não foi suficiente para determinar a extinção das velhas concepções e práticas. Sucedeu então que, tanto na FUNABEM, quanto na rede de entidades de atendimento, passaram a conviver, de forma superposta, os enfoques e práticas correcionais-repressivas da tradição menorista e os enfoques e práticas educativas, do modelo humanista-democrático.

Com o aprofundamento da abertura do regime autoritário, enquanto se caminhava para o final dos anos 70, “*O padrão de atendimento às crianças e jovens em circunstâncias especialmente difíceis, baseado no ciclo perverso da institucionalização compulsória resultante da aplicação das leis 4513/64 e 6697/79 começa a provocar o repúdio ético e político dos setores da sociedade mais sensíveis à questão dos direitos humanos.*”

Segundo COSTA tornaram-se evidentes as perversidades do tratamento a que eram submetidos os “*menores em situação irregular*”, bem como a ineficácia positiva dos seus procedimentos. Finalmente, o menorismo brasileiro estava sendo colocado em cheque, a despeito da legalidade menorista, de orientação retrógrada, em vigor (Código de

---

<sup>129</sup> Cf. COSTA. *De menor a cidadão...*, p. 19-20.

<sup>130</sup> *Ibidem.*, p. 20.

Menores, de 1979, Lei nº 6.697/79). Refletindo este momento crítico do sistema menorista, a direção da FUNABEM modificou a metodologia de atendimento de crianças e adolescentes em situação de risco pessoal e social: os programas destinados a esses menores passariam a funcionar junto às suas próprias comunidades de origem.

Durante o Governo GEISEL (15/3/74-15/3/79), visando a viabilização do novo “*modus operandi*” da Política Nacional do Bem-Estar do Menor (PNBEM), foi implantado o PLIMEC (Plano de Integração Menor-Comunidade). O objetivo básico desse plano era a interiorização da política da FUNABEM (Fundação Nacional do Bem-Estar do Menor), dando maior visibilidade e efetividade nacional aos seus programas e à superação do modelo de institucionalização compulsória dos *menores em situação irregular*.

Os resultados dos longos anos de vigência da ideologia da Institucionalização haviam demonstrado que a retirada de “menores em situação irregular” do convívio de suas famílias e de sua comunidade era uma alternativa completamente equivocada. Em vista disso, o PLIMEC consistia em programas de atendimento de crianças e adolescentes que dele necessitassem, nas suas próprias comunidades de origem.

Embora teoricamente bem orientado, ao ser levado à prática, o PLIMEC não surtiu os efeitos positivos esperados. Para os críticos do novo plano, o insucesso generalizado se deveu à centralização, verticalização administrativa e padronização de ações e procedimentos.

Somente em alguns poucos Estados onde a comunidade técnica foi capaz de ludibriar os rígidos critérios e padrões do Governo Central é que o programa, através da gestão democrática e do planejamento a partir da realidade local, foi capaz de atingir os níveis de maturidade técnica e legitimidade política que dele esperavam os seus formuladores. Isto, porém, ocorreu, apesar do órgão nacional e não por causa dele.<sup>131</sup>

Com o fracasso do PLIMEC, o Brasil chegou ao final dos anos 70 sem uma resposta consistente para o “problema do Menor”. A situação social da grande maioria da população infanto-juvenil não só inspirava cuidados, mas era uma trágica resposta ao discurso ufanista do regime militar, que operava com a imagem emblemática de um

---

<sup>131</sup> Cf. COSTA. Op. cit., p. 21.



“Brasil-potência- emergente”, numa clara alusão às grandes possibilidades que a “Nação tinha de trocar a plebe terceiromundista e de ingressar no “Clube de elite mundial”.

Os indicadores sociais relativos ao Brasil de 1980, comprovam a falência da Política Social que tinha por objetivo promover e garantir o Bem-Estar de crianças e adolescentes, especialmente aqueles que se encontravam em situação de risco social. Conforme testemunho de Terezinha SARAIVA, durante o “X Congresso da Associação Brasileira de Juizes de Menores” (RS, Tramandaí,1983),

*Em 1980, 64,5% dos menores de 19 anos compunham a população urbana. A população estimada para o Brasil, em 1981, era de 120 milhões, 179 mil e 300 pessoas. Havia, então, 27 milhões, 690 mil famílias: Pois bem: 48,9% destas famílias que se caracterizavam por ter como chefe uma pessoa cujo rendimento mensal era inferior a 2 (dois) salários mínimos, abrigavam 51,2% dos menores de 19 anos. Se acrescentarmos os que se declaravam “sem rendimentos”, podemos considerar a existência de 32 milhões de menores atingidos pela carência sócio-econômica. (p.43-44).<sup>132</sup>*

Os dados confirmavam os fatos: cerca de metade das famílias brasileiras “abrigavam” “menores em situação irregular”; o número de *menores* vivendo nas ruas era crescente, a despeito da aplicação indiscriminada de métodos e técnicas de contenção, controle e recolhimento nas diversas instituições do sistema menorista, cuja efetividade era garantida pelo complexo institucional “PNBEM-FUNABEM-JUIZADOS DE MENORES”.

Esse período que identificamos positivamente como um momento em que foram delineadas as bases que iriam resultar na ruptura com a tradição menorista, é bom que frisemos, em termos de legalidade menorista teve fases: uma anterior e outra posterior à aprovação do Código de Menores de 79 (Lei nº 6.697/79). O que trouxe esse Código de novo para o mundo dos “menores irregulares”?

Do ponto de vista teórico, os defensores do segundo Código menorista realçavam suas virtudes: O Código colocava o Direito do Menor no seu devido lugar, como um sistema jurídico de caráter “tutelar”, destinado, como expressava o seu art. 1º, a dispor sobre a “assistência, proteção e vigilância a menores: I) até dezoito anos que se encontram em situação irregular; II) entre dezoito e vinte e um anos, nos casos expressos

---

<sup>132</sup> Cf. RIZZINI, Irene. Crianças e menores - do pátrio poder ao pátrio dever. In: PILLOTTI; RIZZINI. Op. cit., p. 159-160.

*em lei.*” O Código era tecnicamente adequado, pois definia claramente o que se devia entender por “menor em situação irregular”, delimitando, dessa forma, a discricionariedade decisional. Ao institucionalizar a “Doutrina Jurídica da Situação Irregular”, o Código rechaçou as tendências do pensamento jurídico que, se aceitas, certamente levariam o Direito do Menor à falência. Segundo a argumentação de um dos mais destacados menoristas nacionais, o então Juiz de Menores Alyrio CAVALLIERI, era preciso limitar:

*[...] os alcances do Direito do Menor sob pena de decretar-se sua falência, pela impossibilidade da prestação judicial que ele envolve. Uma desmesurada extensão do conceito do Direito do Menor, com a conseqüente expressão legislativa que dele deflui, resultará em desmoralização do Poder Judiciário.*

*Veja-se o que aconteceu no Brasil. A reconhecida sensibilidade dos magistrados levou-os, no passado – e há lamentáveis recaídas no presente – a exagerar sua própria competência legal, atirando-se à solução de problemas para os quais não dispunham de recursos. Formou-se, paralelamente, junto ao consenso público, fomentado pelos meios de comunicação, uma idéia errônea de que os juizados de menores substituíram qualquer atividade estatal no campo da assistência.*

*[...]*

*Por mais chocante que possa ser a realidade a verdade é que o juiz de menores nada, absolutamente nada deve nem pode fazer no campo da assistência direta. Ele é o homem dos efeitos e não pode ir às causas. Tal como o juiz criminal, condenado a esperar que os homens se tornem criminosos para se ocupar deles, o juiz de menores trata daqueles que chegaram à situação irregular, para dispensar-lhes o tratamento.<sup>133</sup>*

Além disso, ressaltavam os adeptos do menorismo, o Código continha no seu art. 5º uma regra afirmativa da precedência do interesse do menor em face de outros interesses conflitantes, o que demonstrava o seu caráter fundamentalmente protetivo. O que essa corrente jurídica não aceitava, conforme posição assumida por CAVALLIERI, era conciliar à “*idéia de proteção integral com a tutela oferecida pelo direito no sistema jurídico do Estado*”. No entendimento “jurídico” dos menoristas um Direito do Menor *ampliado* seria causa de desvio de finalidade do Judiciário que estaria às voltas com questões de competência dos outros poderes do Estado. Por isso, impunha-se a depuração jurídico-normativa, visto que ao Direito do Menor devia competir somente, dentro do parâmetros da Doutrina da Situação Irregular, instrumentalizar as decisões judiciais nas situações de conflito. Essa preocupação com a “pureza jurídico-normativa” do Direito do Menor consistia, para os menoristas, uma questão científica indissociável da visão

---

<sup>133</sup> Cf. CAVALLIERI. Op. cit., p. 14.

juridicista, ou seja, a perspectiva jurídica que vincula a idéia de direito praticamente à atuação de Juizes e Tribunais como órgãos “meramente julgadores” de conflitos de interesses deduzidos segundo a clássica teoria do processo. Ademais, era condição de garantia da autonomia do Direito do Menor no conjunto do sistema jurídico. Neste sentido, insistia CAVALLIERI:

*Do ponto de vista de categoria, de posição no concerto das disciplinas jurídicas, mas não comparando importância, colocamos o Direito do Menor ao lado de qualquer das outras. Assim é que vislumbramos nessa nova extensão da frondosa árvore do Direito, um Direito do Menor-Ciência, ao lado do Direito do Menor-Norma, isto é, direito positivo.*

*Seguimos aqui a trilha de Anibal Bruno no tocante ao Direito Penal. Como ciência, sem se afastar do campo jurídico, o Direito do Menor “se alimenta da substância das coisas, da realidade social, na qual vive o menor em situação irregular.”<sup>134</sup> (o grifo é nosso).*

O que os menoristas se recusaram a entender é que a proposta do Código de Menores de 79 já nascera juridicamente e cientificamente superada. Aliás, no que se refere às controvérsias doutrinárias em torno do conceito e do objeto Direito do Menor, vale lembrar que já em 1970, Francisco de Bulhões CARVALHO apresentava críticas contundentes contra um Esboço do Código de Menores elaborado por Cavalcanti de GUSMÃO. Segundo CARVALHO um dos maiores equívocos dessa proposta consistia no fato de se classificar os menores em “*abandonados, em perigo moral e infratores, mantendo, com um acréscimo, a classificação do código de 1927*”. Na opinião de CARVALHO, esta técnica conduzia ao *etiquetamento*, efeito que devia ser evitado numa legislação moderna.<sup>135</sup> Assim, nove anos antes da aprovação do Código de Menores que implantou a Doutrina da Situação Irregular, os argumentos de Bulhões CARVALHO já mostravam em que direção o Direito do Menor deveria evoluir. Dizia ele:

*O direito moderno rejeitou qualquer denominação aposta ao menor sujeito à jurisdição especial, limitando-se a fixar as “situações em que tais menores se encontrem sob aquela proteção”. E fez referências expressas às modernas legislações portuguesa e belga, que não denominam os menores. Assim é que a lei portuguesa refere-se à competência dos tribunais tutelares para decretar medidas aos que sejam “sujeitos a maus tratos ou se encontrem em situação de abandono, desamparo ou semelhante, capazes, num e noutro caso, de pôr em perigo a sua saúde, segurança ou formação moral”. A lei continua especificando a “situação, comportamento ou tendências que*

<sup>134</sup> Cf. CAVALLIERI. Op. Cit., p. 21.

<sup>135</sup> Ibidem, p. 30.

*mostrem dificuldade séria de adaptação a uma vida social normal; se entreguem à mendicidade, vadiagem, prostituição ou libertinagem, sejam agentes de qualquer fato qualificado pela lei como crime ou contravenção.*<sup>136</sup>

No âmbito internacional, desde a década de 40, a Doutrina já vinha reconhecendo a necessidade de uma legislação especial que positivasse os direitos especiais dos *menores de 18 anos* e regulamentasse a sua proteção. Como já vimos, essa tese sobre um Direito do Menor protetivo foi objeto de debates no “IX CONGRESSO PANAMERICANO DA CRIANÇA”, realizado em Caracas, em 1948. Segundo RIZZINI, há várias menções na literatura brasileira da época, sobre este Congresso como o que “*estabeleceu as normas adequadas para a reformulação dos Códigos de Menores dos diversos países.*”<sup>137</sup>

Paralelamente a tudo isso, em 20 de novembro de 1959 a ONU aprovava, com participação do Brasil a “Declaração Universal dos Direitos da Criança”, documento da normativa dos Direitos Humanos da Criança incompatível com a tese dos menoristas e com o conteúdo geral do Código de Menores que tanto defenderam, antes e depois de sua aprovação!

Numa abordagem analítica das linhas gerais do Código de Menores de 79, recorrendo a VERONESE, destacamos os seguintes pontos:

- a) uma nova conceituação no que diz respeito ao menor abandonado e qual a atuação específica a ser tomada pelo Estado frente ao seu estado;*
- b) a criação de formas de atuação alternativas nos casos de falta ou mau relacionamento entre menor/família ou menor/sociedade;*
- c) que todas as atividades que atingissem o menor seriam regradadas, seja na questão do trabalho, lazer, educação e influências externas;*
- d) poderes mais amplos aos juízes de menores, transformando-os em verdadeiros “pater-famílias”, uma vez que poderiam atuar em todas os segmentos da sociedade, se entendessem e constatassem a existência de alguma circunstância que de forma específica ou mesmo geral, pudessem atingir o menor (ou os menores) em sua individualidade ou na sua vida comunitária.*<sup>138</sup> (sic).

---

<sup>136</sup> Cf. CAVALLIERI. Op. Cit., p. 30.

<sup>137</sup> Cf. RIZZINI, Irene. Op. Cit., p. 147.

<sup>138</sup> Cf. VERONESE. Op. Cit., p. 186.

Afora esses pontos, observa a autora, o Código de 79 apresentava outros que “*não são pacíficos e permitem questionamentos e críticas*”<sup>139</sup> :

“1. O processo em que o menor é sujeito, é inquisitorial [...] Enquanto para o adulto é contraditório (garantia constitucional)”;

“2. O juiz tem praticamente poderes ilimitados, não se sujeitando a critérios objetivos;”<sup>140</sup>

“3. A existência para os menores da prisão cautelar;”<sup>141</sup>

“4. Para o maior de 18 anos, a imputação de uma pena é proporcional à gravidade da infração por ele cometida. Já para o menor, o internamento e a liberdade contida não têm a determinação de um tempo mínimo, além do que, também não há proporcionalidade deste com a gravidade da infração cometida.”<sup>142-143</sup> (sic).

Em breves observações críticas, que não podemos deixar de fazer, é preciso deixarmos claro que os adversários do Menorismo tinham inteira razão: o Código de Menores de 1979 constituiu na verdade uma inoportuna e inadequada continuidade do sistema antidemocrático, anti-humanista, repressivo e degradante do Menorismo inaugurado com as vetustas legislações da década 20. Não falava expressamente na Doutrina do Direito Penal do Menor, mas adotou a Doutrina da Situação Irregular, irmã-siamesa daquela. Em ambas, encontramos o mesmo núcleo “penalista” sob a capa da “proteção” ou “tutela”. O tempo se encarregou de demonstrar como a Doutrina da Situação Irregular conviveu, sem atritos, com instituições e procedimentos e metodologias já existentes no período de vigência da Doutrina do Direito Penal do Menor (1920-1979), em que se privilegiava a condição “desviante”, “infratora” ou “delinqüencial” dos “menores irregulares”. Em vista disso, entendemos que é correto afirmar que durante a vigência do Código de Menores de 1979 tivemos no Brasil a *hegemonia coligada* das duas Doutrinas-Fundamento do Direito do Menor.

Ficando apenas com a Doutrina da Situação Irregular, expressamente adotada pelo Código de 79, trata-se, já se sabia na época, de uma aberração jurídica. Como pode ser jurídica, no sentido profundo dessa palavra, uma Doutrina que peca pelo desrespeito

<sup>139</sup> Cf. VERONESE. Op. Cit., p. 187.

<sup>140</sup> Ver art. 8º, mencionado pela autora.

<sup>141</sup> Ver art. 99, mencionado pela autora.

<sup>142</sup> Cf. VERONESE. Op. Cit., p.187-190.

<sup>143</sup> Ver artigos 41e 42, § 1º e 2º, mencionados pela autora.

aos Direitos Fundamentais Individuais próprios do Estado de Direito? Como podemos denominar “jurídica” uma Doutrina que tratava as vítimas das “situações irregulares” como culpados? Como portadores de “ *um estado de patologia jurídico-social abordado por normas jurídicas, através de diagnóstico ou definição, terapia ou tratamento, profilaxia ou prevenção.* ” ?<sup>144</sup>

Concluindo estas observações sublinhamos que o Código de Menores de 1979 consistia num sistema legal arbitrário, contrário aos princípios fundamentais do Estado de Direito, intrinsecamente injusto. Segundo AMARAL E SILVA, “*o sistema produtor e reprodutor de violência era juridicamente tão equivocado que permitia prisão de crianças e adolescentes, sem determinação de tempo, sem defesa jurídica, em estabelecimento penitenciário comum, por atos que jamais um adulto seria privado de liberdade. Era o desvio de conduta. (Cód. Arts. 2º e 41, § 2º).*”<sup>145</sup>

Equivocado quanto aos fundamentos, o Sistema Tutelar da Doutrina da Situação Irregular, transposto para o Código de Menores, acabou se transformando num aliado do “*status quo*” que sempre viu nos “menores irregulares” um risco para a ordem estabelecida. Durante o período em que vigorou, a sociedade brasileira conviveu com as técnicas da barbárie menorista, mormente em matéria “menores irregulares” infratores”, tais como a institucionalização ou “enjaulamento” denunciado por RIVERA,<sup>146</sup> e o chamado **Ciclo Perverso** que se manifestava através da **apreensão, da triagem, ou investigação, da rotulação, ou diagnóstico, da deportação e do confinamento.**

*Aprensão: o menino é apreendido nas ruas pelo policiamento ostensivo ou ronda do Comissariado de Menores; Triagem e investigação: realizada em diversas fases que podem envolver a delegacia de menores, o Juizado de Menores, e Juizado e os centros de triagem da Febem; rotulação: como resultado do estudo social do caso, o menino é enquadrado em categorias sociais (abandonado, carente, desassistido) ou nas categorias legais previstas no Código de Menores; deportação: por uma decisão judicial, o menino é arrancado do seu continente afetivo (família ou bando de rua) e das vinculações sociais e culturais com a sua comunidade de origem; confinamento: ao fim desse ciclo, ocorre o seu confinamento em internato que, paradoxalmente, passa a ter a missão de ressocializá-lo. É evidente que quando o adolescente luta, valendo-se dos*

<sup>144</sup> Cf. CAVALLIERI. Op. Cit., p. 9.

<sup>145</sup> Cf. AMARAL E SILVA, Antônio Fernando do. “Apresentação”. In: Estatuto publicado pela Fundação Vida, Florianópolis, 1991.

<sup>146</sup> Referimo-nos à situação contrária a todos os princípios de direito e ética humanitária em Deodato RIVERA encontrou “menores irregulares” “detidos” na Delegacia de Menores do Distrito Federal, ao realizar um plantão voluntário junto àquela repartição policial (1987). Para maiores detalhes sobre o “Relatório Rivera”, consultar o capítulo desta monografia sobre o “Princípio da Desjurisdicionalização.”

*mais diversos meios, para escapar deste ciclo perverso, ele o faz, acima de tudo, pelo que ainda lhe resta de saúde mental e de senso de dignidade humana.*<sup>147</sup>

Foi diante desse quadro geral de uma legalidade que colidia diretamente com os parâmetros jurídicos, éticos e políticos do “Estado de Direito” tão cortejado teoricamente pelas elites brasileiras que, durante a década de oitenta, ganhou força e visibilidade social o movimento em favor da Causa infanto-juvenil. O acirramento desta ação social e política foi decisivo para abreviar a ruptura com a tradição menorista, gerando as condições favoráveis à emergência do Direito da Criança e do Adolescente. Neste sentido, entendemos que os anos 80 podem ser considerados “a hora e vez da utopia”, ou de afirmação histórico-concreta da Era dos Direitos infanto-juvenis em nosso país. Dada a natureza e profundidade das transformações exigidas para que a tradição menorista fosse suplantada, podemos ver esta fase da luta pela rejeição do Direito do Menor como uma autêntica “revolução copernicana” ainda em curso. Por sua base doutrinária, suas características fundamentais, seus princípios, seu comprometimento ético e sua destinação social, o Direito da Criança e do Adolescente mostrou-se absolutamente incompatível com a legislação menorista que o antecedeu. A Sociedade brasileira viu-se definitivamente frente a um novo paradigma jurídico, como constataremos a seguir, ao abordarmos sua estrutura e seu caráter duplamente sistemático – sistema de princípios e regras, primordialmente principiológico e sistema de direitos fundamentais.

---

<sup>147</sup> Cf. COSTA, Antônio Gomes da. **As crianças e jovens expostos à situação de elevado risco pessoal e social**. Trabalho interno do Ministério da Previdência e Assistência Social-MPAS. Rio de Janeiro, [198-].

## CAPÍTULO II

# ASPECTOS GERAIS DA ABORDAGEM SISTEMÁTICA DO DIREITO E DA TEORIA DOS PRINCÍPIOS JURÍDICOS APLICADOS AO DIREITO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

### 2.1 INTRODUÇÃO

→ Numa definição teórico-dogmática sintética, para cuja formulação recorreremos aos enunciados dos artigos 1º e 2º do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90), podemos dizer que o **Direito da Criança e do Adolescente (DCA)** é o novo ramo do Direito Brasileiro que tem por objeto especial dispor sobre a Proteção Integral de crianças (as pessoas até doze anos de idade incompletos) e de adolescentes (as pessoas entre doze e dezoito anos de idade), sendo aplicável, excepcionalmente, nos casos expressos em lei, às pessoas entre 18 e 21 anos.

No que se refere às suas raízes jurídico-positivas, o Direito da Criança e do Adolescente é um Ordenamento Jurídico decorrente das seguintes fontes formais:

a) o Direito interno, representado por princípios e regras constitucionais (v.g.: arts. 227 e 228 da Constituição da República Federativa do Brasil), Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90), Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança, integrada ao sistema jurídico brasileiro através do Decreto nº 99.710/90, e demais legislação complementar;

b) a normativa internacional sobre Direitos Humanos ou Direitos Fundamentais, gerais ou específicos (Declarações de Direitos, Tratados, Convenções, etc.). Neste caso, no que se refere aos direitos infanto-juvenis, complementando o sistema da Convenção, destacam-se os seguintes Documentos: a Declaração Universal dos Direitos da Criança (1959), O Pacto de San José da Costa Rica (1969), As Regras Mínimas das Nações



Unidas para a Administração da Justiça da Infância e da Juventude, ou "Regras de Beijing" (1985), As Regras das Nações Unidas para a Proteção de Menores Privados de Liberdade (1990), as Diretrizes das Nações Unidas para a Prevenção da delinquência juvenil, ou "Diretrizes de Riad" (1990) e a Declaração e Programa de Ação de Viena (1993).

O fundamento doutrinário do Direito da Criança e do Adolescente é a Doutrina Sócio-Jurídica da Proteção Integral, da ONU. Esta Doutrina tem como tripé: a) o *valor intrínseco da criança e do adolescente como pessoas humanas em desenvolvimento*, b) o *valor prospectivo da criança e do adolescente, o que os torna portadores da continuidade do seu povo e da espécie humana*, c) a *vulnerabilidade especial a que crianças e adolescentes em geral estão expostos na vida social*. Do ponto de vista prático, "Proteção Integral" significa que devemos garantir em favor de crianças e adolescentes em geral o gozo ou pleno exercício dos Direitos Fundamentais comuns a toda pessoa humana, dos seus Direitos especiais, bem como o mais adequado atendimento às suas Necessidades Básicas, de modo que lhe sejam asseguradas, em todos os contextos e situações sociais, as melhores condições para o seu desenvolvimento integral (físico, mental, moral, espiritual e social), em condições de liberdade e dignidade.

Para que o Direito da Criança e do Adolescente cumpra a função social de concretizar a Doutrina da Proteção Integral é necessário que todos os contextos da vida social se submetam a condições morais e materiais condizentes com uma efetiva "Política de Direitos", isto é, um programa social e político de realização de Direitos Fundamentais. Somente quando a Sociedade atende a esse requisito existe a real possibilidade de se falar no respeito e na melhoria da cidadania de crianças e adolescentes. A tese que considera os Direitos Fundamentais de crianças e adolescentes um aspecto primordial da vida coletiva deve corresponder a uma *práxis jurídica, ou uma ação jurídica transformadora* para a qual, a realização da cidadania infanto-juvenil constitui a mais pétrea de todas as cláusulas pétreas de organização e funcionamento de suas instituições.

Este perfil doutrinário insere o Direito da Criança e do Adolescente no projeto de reconstrução da sociedade brasileira previsto na Constituição Federal em vigor, na medida que sua implementação exige transformações estruturais nas esferas fundamentais da vida social: o contexto da família, o contexto do mercado, o contexto do espaço público, o contexto do Estado, e assim por diante.

Podemos então falar do Direito da Criança e do Adolescente como um novo modelo jurídico, isto é, um novo ordenamento de direito positivo, uma nova teoria jurídica, uma nova prática social (da sociedade civil) e institucional (do poder público) do Direito. O que importa, neste caso, é perceber que desde a criação legislativa, passando pela produção do saber jurídico, até a interpretação e aplicação a situações concretas, este Direito impõe-nos o inarredável compromisso ético, jurídico e político com a concretização da cidadania infanto-juvenil.

Em razão desse condicionamento ético particular e ainda pelo fato de apresentar-se simultaneamente como um sistema normativo de princípios, regras e valores e um sistema de Direitos Fundamentais, o Direito da Criança e do Adolescente possui características normativas, teórico-doutrinárias e teórico-dogmáticas que o diferenciam da generalidade das leis. A consequência disso é que o Direito da Criança e do Adolescente adquire identidade nesses três níveis de sua existência como Ordenamento, Concepção Doutrinária e Teoria Jurídica em sentido estrito, o que lhe assegura autonomia relativa, como marco jurídico especial, na totalidade do sistema jurídico brasileiro.

Devido ao fato de ser uma ordem jurídica definitivamente comprometida com os interesses, os direitos e os valores indissociáveis da cidadania infanto-juvenil, o Direito da Criança e do Adolescente integra o rol seletivo e ainda restrito de leis que denominamos *emancipatórias ou de "função social"*. Na obra "Contratos no Código de Defesa do Consumidor" MARQUES utiliza esta última expressão para identificar as leis que apresentam uma *"característica ímpar"*, qual seja, a de *"impor as novas noções valorativas que devem orientar a sociedade e por isso optam, geralmente, em positivar uma série de direitos assegurados ao grupo tutelado e impõem uma série de novos deveres imputados a outros agentes da sociedade, os quais, por sua profissão ou pelas benesses que recebem, considera o legislador, que possam e devam suportar estes riscos."*<sup>148</sup>

Para MARQUES, na obra em referência, a idéia de *"lei de função social"* vincula-se a leis que *"cumprem com a função social do direito privado"*.<sup>149</sup> Apesar da especificidade adotada pela autora na aplicação do conceito de *"lei de função social"*, suas observações são para nós de grande utilidade, bastando, para isso, que façamos a

---

<sup>148</sup> Cf. MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor*. 3. ed. revista, atualizada e ampliada. 3. tiragem. São Paulo: RT, 1999. p. 220-221.

<sup>149</sup> *Ibidem*, p. 220.

devida adaptação dessa categoria teórica ao objetivos do tema que estamos desenvolvendo. Neste sentido, consideramos que o Direito da Criança e do Adolescente é tipicamente uma *lei de função social* porque, como temos insistido, é uma lei que pressupõe a redefinição das relações “Criança/Sociedade”, Criança/Direito” a partir de novos patamares valorativos e teleológicos: (i) que o Direito exerça, com destaque, a função de promoção da pessoa humana e de permanente positivação de novos Direitos, (ii) que a Sociedade, compreenda o novo significado da “presença”, e da “atuação de crianças e adolescentes na vida coletiva e implemente a necessária redefinição do pacto social para permitir a emergência da *criança/adolescente-sujeitos* no lugar da *criança/adolescente-objetos*. O fato consumado do reconhecimento da cidadania infanto-juvenil como um dos eixos da convivência social e da legalidade democrática implicam a busca de instrumentos teóricos e práticos para assegurar a efetividade do Direito da Criança e do Adolescente segundo a concepção que acabamos de sublinhar.

Neste caso, a expressão “marco jurídico”, utilizada linhas atrás, adquire um sentido amplo e abrange o conjunto dos elementos normativos, ideológicos e epistemológicos, que, atuando de maneira simultânea e por conexão dialética, permitem compreender o Direito da Criança e do Adolescente do ponto de vista sistemático. Em razão do vínculo estreito que existe o Direito e o processo social é importante ressaltar que à abordagem teórica do Direito da Criança e do Adolescente deve corresponder uma determinada concepção de sociedade: A Sociedade em que a criança e o adolescente não são mais vistos como “*adultos em miniatura*”, destituídos de substrato humano-existencial próprio, e, conseqüentemente, de expectativas, interesses e direitos que digam respeito às suas peculiaridades. Podemos denominá-la a “*Sociedade do Direito da Criança e do Adolescente*”. Nela a criança e o adolescente se firmam na condição de parceiros da construção da vida social, como titulares de um projeto de vida e com direito *garantido* à sua realização.

## 2.2 O DIREITO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE COMO UM SISTEMA E SUA ABORDAGEM TEÓRICA

No tópico anterior ficou esclarecido que considerarmos o Direito da Criança e do Adolescente no seu duplo significado sistemático: sistema de princípios, regras e valores e sistema de Direitos Fundamentais. Fixando nossa atenção no primeiro desses significados, gostaríamos de acentuar que quando adotamos a perspectiva sistemática para definir a essência do Direito da Criança e do Adolescente, nossa posição teórica pressupõe que concebemos a idéia de "Sistema" e sua aplicação epistemológica ao Direito no âmbito das posições críticas presentes no pensamento jurídico da atualidade. Neste sentido, uma referência importante para nós é a proposta doutrinária desenvolvida por Juarez FREITAS na monografia intitulada "A Interpretação Sistemática do Direito". Para esse autor, cujo pensamento se reporta aos de CANARIS, LARENZ, KELSEN, WIEWEG, WILBURG, ENGLISH E LASK, o sistema jurídico deve ser visto como um conjunto aberto e ordenável de elementos axiológicos e teleológicos. Sobretudo, observa FREITAS:

*Com o fim do império da razão típica do século XIX - a razão monológica - e com o advento de novos paradigmas, mais e mais, à luz da melhor doutrina, convém que o Direito seja visto como um sistema caracteristicamente aberto e, pois, como potencialmente contraditório, tanto normativa, quanto axiologicamente, sem prejuízo do dever racional de se efetuar sua ordenação "desde dentro", dado que tal função, para além das diferentes abordagens filosóficas, é um traço comum nos conceitos modernos de sistema jurídico, a par daquela outra conferida ao intérprete de constantemente atualizar o sistema jurídico.<sup>150</sup>*

Esta forma de encarar o sistema jurídico significa a imediata rejeição de qualquer posicionamento que não leve em consideração a materialidade valorativa e teleológica e o caráter inacabado e dinâmico do Direito como uma das instâncias do processo social. Neste sentido, já observava CANARIS, que o papel básico do conceito de "Sistema" no

---

<sup>150</sup> Cf. FREITAS, Juarez. **A interpretação sistemática do direito**. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 36.

Direito é traduzir e concretizar a adequação valorativa e a unidade interior da ordem jurídica.<sup>151</sup>

Esta unidade valorativa interna do Ordenamento Jurídico, ressalva CANARIS, é sempre material e historicamente determinada. Desta forma, acrescentamos, não se coaduna com a compreensão idealística ou a-histórica dos valores desenvolvida por algumas correntes do pensamento jus-filosófico. Afinal de contas, ainda segundo CANARIS, a idéia de "Sistema" no Direito tem fundamento no "*princípio de justiça e das concretizações no princípio da igualdade e na tendência para a sua generalização.*" E a "*unidade interna de sentido do Direito, que opera para o erguer em sistema, não corresponde a uma derivação da idéia de justiça do tipo lógico, mas antes do tipo valorativo ou axiológico.*"<sup>152</sup>

Assim, o Direito, como um "Sistema" fundado em valores (e fins), transcende ao manuseio lógico-formal.

*De fato, a tentativa de conceber o Sistema de determinada ordem jurídica como lógico-formal ou axiomático-dedutivo está, de antemão, votada ao insucesso.*

[...]

*Os valores estão, sem dúvida, fora do âmbito da lógica formal e, por consequência, a adequação de vários valores entre si e a sua conexão interna não se deixam exprimir logicamente, mas antes, apenas, axiológica e teleologicamente.*

[...]

*Este carácter axiológico e teleológico da ordem jurídica implica que, comparativamente, os critérios lógico-formais tenham escasso significado para o pensamento jurídico e para a metodologia da Ciência do Direito.*

[...]

*Por consequência, hoje não mais se pode pôr em dúvida que um sistema lógico-formal não sirva, de alguma maneira, nem a essência do Direito, nem as tarefas específicas do jurista.*<sup>153</sup>

Por outro lado, se pensarmos no ato decisório como questão primordial da "práxis jurídica", é oportuno lembrarmos que esse ato não se reduz à aplicação de princípios ou de procedimentos lógico-formais. Uma sentença não é o resultado de um processo meramente intelectual de escolha de premissas metodológicas, elementos probatórios, discussão e fixação do diagnóstico jurídico. A decisão judicial não é fruto de um processo meramente intelectual. Inteligência e vontade interagem para produzi-la. O

---

<sup>151</sup> Cf. CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito.** Tradução de A. Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989. p. 23.

<sup>152</sup> Ibidem, p. 30.

<sup>153</sup> Ibidem, p. 30-38.

sentido e o alcance das expressões do Direito (princípios, regras e valores) não é um dado “a priori” apenas captado pelo órgão decisor. É o resultado de um processo complexo de compreensão de um ser histórico, que atua sob determinadas condições sociais e políticas. Por isso se diz que a lógica que orienta as decisões jurídicas não é a lógica dedutivo-silogística, do pensamento formal. É a lógica material, que orienta o pensamento pragmático e se ajusta ao caráter prático e tecnológico do saber jurídico. É a lógica da preferência, porque pressupõe a escolha de uma entre diversas possibilidades interpretativas possíveis, de “*modo que a escolha seja apresentada como adequada.*”<sup>154</sup>

O órgão decisor é um mediador entre as expressões jurídicas e o direito que precisa ser estabelecido para resolver o caso concreto. Partindo do caso dado, o intérprete do Direito concretiza a expressão normativa, viabilizando a norma positivada como parte da realidade. Daí a necessidade de pensarmos o Direito de maneira a transcendermos a imposição do discurso positivista que pretende reduzir o fenômeno jurídico aos enunciados normativos da Lei ou do Costume.

Ao atribuímos ao Direito da Criança e do Adolescente o caráter de um sistema aberto e ordenável de princípios, regras e valores, considerando-o, além disso, uma ordem jurídica comprometida com a promoção e a garantia de realização social da cidadania infanto-juvenil, somos compelidos a operar com uma Teoria Jurídica condicionada pela *perspectiva dos fins e dos valores humanos*. Para este ponto de vista, a criança e o adolescente constituem os eixos valorativos em torno dos quais devem orbitar o discurso e a práxis jurídica, bem como todo conhecimento produzido sobre a criança e o adolescente e a busca da sua mais adequada materialização.

O resultado disso é que percebemos a necessidade de encontrar uma alternativa teórica e metodológica que valorize o Direito da Criança e do Adolescente como um instrumento de proteção e promoção social dos seus destinatários, e que, conseqüentemente, não se limite à descrição analítica do “Jus Positum” e das relações jurídicas em são partes crianças e adolescentes.

A Ciência Jurídica, como lembra FERRAZ JR., tem peculiaridades que a diferem das demais formas de conhecimento científico.

---

<sup>154</sup> Cf. GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 153.

*Toda ciência tem um objeto. Mas sejam quais forem o objeto e a ciência, um preocupação máxima a envolve, que se caracteriza como sua questão peculiar. Referimo-nos à alternativa verdadeiro ou falso. Uma investigação científica sempre faz frente ao problema da verdade. Admitimos, assim, que toda ciência pretende obter enunciados independentes da situação em que são feitos, à medida que aspiram a uma validade erga omnes. Esta aspiração pode ser apresentada em três níveis diferentes, mas inter-relacionados, distinguíveis conforme a sua intenção de verdade, a sua referência à realidade e o seu conteúdo informativo. Um enunciado aspira à verdade à medida que propõe, concomitantemente, os critérios e os instrumentos de sua verificação intersubjetiva. Quanto à referência à realidade, um enunciado pode ser descritivo, prescritivo, resolutivo, etc. O enunciado científico é basicamente descritivo. Quanto ao conteúdo informativo, o enunciado pretende transmitir uma informação precisa sobre a realidade a que se refere significativamente.*<sup>155</sup>

A Ciência do Direito, continua FERRAZ JR., não opera com este tipo de enunciado. A questão peculiar do Direito-Ciência não visa a determinar aquilo que sempre foi Direito para, então, descrever aquilo que pode ser direito. O problema do conhecimento jurídico não é uma questão de verdade, mas de *decidibilidade*. "Os enunciados da Ciência do Direito que compõem as teorias jurídicas têm, por assim dizer, natureza criptonormativa, deles decorrendo consequências programáticas de decisões, pois devem prever, em todo caso, que, com sua ajuda, uma problemática social determinada seja solucionável sem exceções perturbadoras."<sup>156</sup> Além disso, os enunciados jurídicos têm sua validade dependente de sua relevância prática. "Embora não seja possível deduzir deles as regras de decisão, é sempre possível encará-los como instrumentos mais ou menos utilizáveis para a obtenção de uma decisão."<sup>157</sup>

De modo geral, explica FERRAZ JR., as questões jurídicas são "dogmáticas", pois têm uma função diretiva, referem-se a situações configuradas como um *dever-ser* e "visam possibilitar uma decisão e orientar a ação".<sup>158</sup> Devemos, no entanto, observar, que apesar de "dogmáticas", as questões jurídicas "podem ser submetidas a um processo de questionamento, mediante o qual se exige uma fundamentação e uma justificação delas, procurando-se, através do estabelecimento de novas conexões, facilitar a orientação da ação."<sup>159</sup> Aquí revela-se também o seu caráter *zetético* ou problemático.

---

<sup>155</sup> Cf. FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. São Paulo: Atlas, 1990. p. 88.

<sup>156</sup> *Ibidem*, p. 89.

<sup>157</sup> *Ibidem*, p. 90.

<sup>158</sup> *Ibidem*., p. 90.

<sup>159</sup> *Ibidem*, p. 90.

Desta forma, a Ciência do Direito é um campo cognitivo em permanente tensão: de um lado, o enfoque dogmático, padronizador, centrado nos aspectos conceituais, lógico-abstratos do fenômeno jurídico, de outro lado, o enfoque zetético, problematizador, preocupado com a abertura do discurso dogmático. No dizer de COELHO, o enfoque zetético "*corresponde à pesquisa científica dos fatos e valores enquanto definidos nas normas jurídicas.*". No pensamento jurídico tradicional, lembra esse autor, o ponto de vista zetético está representado pelas escolas que reagiram contra o fetichismo legalista, conceitual e analítico do positivismo exegético do século XIX, a partir das inovações teóricas e metodológicas formuladas por juristas como Jhering, Gény, Heck, das escolas sociológicas e do realismo jurídico, e culminando com o pensamento culturalista.<sup>160</sup>

Com base nessas digressões, podemos afirmar que a abordagem zetética da Ciência Jurídica, é um aspecto fundamental do tipo de saber jurídico compatível com a caráter instrumental do Direito da Criança e do Adolescente. Orientado por uma racionalidade emancipatória, ou seja, vinculada à destinação garantista dos Direitos Fundamentais de crianças e Adolescentes em geral, o Direito da Criança e do Adolescente rejeita os posicionamentos teóricos que dão ênfase aos aspectos jurídico-formais do Direito, em detrimento da apreciação dos aspectos factuais, valorativos e finalísticos.

Nessas circunstâncias, já que estamos tratando de um sistema jurídico garantista, são oportunas as lições de FERRAJOLI sobre o tema em exame. Conforme esclarece esse autor, a *visão garantista do Direito* impõe-nos o abandono de todas as orientações teóricas – tanto as *exclusivamente normativistas*, quanto as *exclusivamente realistas* – radicadas no “juspositivismo dogmático”. É ponto comum dessas teorias o caráter avalorativo da ciência do jurídica. Em vista disso, o seu objeto é o “direito-norma” ou o “direito-fato” tal como ele se apresenta, respectivamente, na legislação ou nas práticas sociais.<sup>161</sup>

No primeiro caso, das teorias “*exclusivamente normativistas*”, “*al limitarse al análisis (del significado) de las normas,*” - o juspositivismo jurídico - “*permite solamente describir el ‘deber ser’ normativo de los fenómenos jurídicos regulados, pero no su ‘ser’ efectivo.*” No segundo caso, das teorias “*exclusivamente realistas*”, “*al limitarse a la*

---

<sup>160</sup> Cf. COELHO, Luís Fernando. *Lógica jurídica e interpretação das leis*. Rio de Janeiro: Forense, 1981. p. 52.

<sup>161</sup> Cf. FERRAJOLI. Op. Cit., p. 871.



*observación de lo que sucede de hecho, permite sólo describir los fenómenos jurídicos tal como 'son' efectivamente, y no como normativamente 'deben ser'.*"<sup>162</sup> Em ambos os casos, explica FERRAJOLI,

*[...] resultan favorecidos modelos unidimensionais de ciência jurídica: en el primero, la visión acrítica y edificante de la imagen legal (pero desgraciadamente a veces irreal) que con sus normas un sistema jurídico da de sí mismo y su identificación con el "ser" del derecho; en el segundo caso, la constatación acrítica y resignada de sus modos de funcionamiento reales (pero desgraciadamente a veces ilegales) y su identificación con el "deber ser" del derecho. El resultado común es la legitimación ideológica del derecho inválido vigente; ya porque resulta ignorado como no vigente, o bien resulta acreditado como válido.*<sup>163</sup>

A alternativa teórica e metodológica mais apropriada a um modelo jurídico, como o Direito da Criança e do Adolescente, visceralmente comprometido com o objetivo básico de assegurar eficácia social aos Direitos Fundamentais previstos por seus princípios e regras, constitui uma reflexão crítica do direito vigente e pressupõe que o jurista ou o operador do direito ponha em cheque os dogmas do "positivismo dogmático". Segundo FERRAJOLI, cuja teoria está situada no âmbito do pensamento jurídico crítico neopositivista, este posicionamento realiza a tarefa cívica e política, mas, sobretudo, científica do jurista, que é a de "*valorar la validez ou la invalidez de las normas conforme a parámetros de validez tanto formales como sustanciales establecidos por las normas jurídicas de rango superior.*"<sup>164</sup>

Para que seja possível subsidiarmos a construção de uma teoria do Direito da Criança e do Adolescente baseada nestes pressupostos, entendemos que o estudo deste novo modelo jurídico deve ter na devida conta três pontos de vista fundamentais que

---

<sup>162</sup> "normativas exclusivas", "ao limitar-se à análise (do significado) das normas", o juspositivismo dogmático "permite somente descrever o "dever ser" normativo dos fenômenos jurídicos regulados, porém, não o seu "seu ser" efetivo. No segundo caso, das teorias "exclusivamente realistas", "ao limitar-se à observação do que acontece, permite somente descrever os fenômenos jurídicos, tais como são efetivamente, e não como normativamente "devem ser"". (tradução do autor). Ibidem, p. 871-872.

<sup>163</sup> "[...] resultam favorecidos modelos unidimensionais da ciência jurídica: em primeiro lugar, a visão acrítica e eficiente da imagem legal (mas, às vezes, desgraciadamente irreal), que através de suas normas um sistema jurídico dá de si mesmo e sua identificação com o "ser" do direito; no segundo caso, a constatação acrítica e resignada de suas formas reais de funcionamentos (que, às vezes, são desgraciadamente ilegais) e sua identificação com o 'dever ser' do direito. O resultado comum é a legitimação ideológica do direito vigente sem validade, seja porque é ignorado como não vigente, seja porque acaba sendo aceito como válido." (tradução do autor). Cf. FERRAJOLI. Op. Cit., p. 872.

<sup>164</sup> "Valorar a validade ou a invalidez das normas, conforme parâmetros de validade, tanto formais como substanciais, que são estabelecidos pelas normas jurídicas de categoria superior." (tradução do autor). Ibidem, p. 874.

identificamos como momentos compreensivos de uma Introdução crítica ao Direito da Criança e do Adolescente:

- a) o ponto de vista do âmbito material de incidência ou de aplicação;
- b) o ponto de vista dos fins;
- c) o ponto de vista dos meios.

### 2.2.1 O Ponto de Vista do Âmbito Material de Incidência ou de Aplicação

Este momento corresponde à demarcação teórica da parcela da realidade social que é objeto das normas (princípios e regras) que compõem o Direito da Criança e do Adolescente. Neste caso, comparado com Direito do Menor, o Direito da Criança e do Adolescente é uma ordem jurídica que exige inovações profundas na definição do papel que deve ser exercido pelo Direito Positivo, enquanto expressão normativa do “*Estado de direito*”,<sup>165</sup> no terreno da proteção jurídica de um dos segmentos sociais mais vulneráveis. Para que esse fim seja realizado, a concepção de Democracia subjacente à teoria e à prática do Direito transcende os limites impostos pela tradição liberal à participação dos indivíduos nos processos políticos, através do seu modelo básico, restrito, de democracia política. Isto ocorre, especialmente, na medida em que, contrariando as previsões da Democracia Liberal, as ações individuais ou coletivas e os procedimentos institucionais, tanto na esfera da sociedade civil, quanto do Estado, passam a ser orientadas por um novo padrão ético, um imperativo categórico que obriga à construção, a realização e o aperfeiçoamento de relações sociais materialmente justas, *segundo as diretrizes, objetivos, princípios fundamentais, regras e valores do Estado Democrático de Direito*.

Esta linha de pensamento baseia-se na idéia de Democracia, que, conforme explica BARATTA, pressupõe uma redefinição do conceito de Política. Neste contexto, não tem mais sentido pensar a “Política” como administração tecnocrática das estruturas econômica e sociais existentes. A este conceito corrente de Política, deve sobrepor-se outro, que é o de “*Política como projeto de sociedade*”. Na política como Tecnocracia, argumenta BARATTA, “*la dinámica política está subordinada a la estática de las*

---

<sup>165</sup> A expressão “Estado de Direito” tem, aqui, a conotação de “legítimo Estado de Direito” (Estado social e democrático de Direito).

*relaciones de producción y de poder existentes, a través del uso del derecho y de la Constitución formal en interés, sobre todo, de la conservación de la Constitución material.*” e os processos decisórios ficam na dependência de uma elite profissionalizada para “fazer política”.<sup>166</sup>

Na “*Política como projeto de sociedade*”, de maneira inteiramente distinta, uma das preocupações fundamentais do processo político é o atendimento das necessidades humanas. Em vista disso, devem existir mecanismos garantidores do exercício dos direitos de participação dos cidadãos, que deixam de ser objetos de intervenção de um cálculo político, social e econômico que lhes é estranho, e passam a ter atuação política efetiva como portadores do “status” de sujeitos políticos propriamente ditos. Nesse novo ambiente são os próprios portadores de necessidades que participam ativamente das tomadas de decisões acerca da forma como suas necessidades devem ser atendidas, fixando, por exemplo, a pauta de prioridades, os meios mais adequados e menos onerosos para a sua satisfação num regime de relações democráticas.

Em vista disso, na Democracia resultante da política como projeto, os cidadãos deixam de ser objetos de uma “*ação política exterior*” para serem os próprios construtores do processo político. Para isso, essa concepção de Democracia pressupõe que não existe cidadania sem que os cidadãos sejam detentores do direito subjetivo de participarem das decisões sobre interesses coletivos ou gerais e de exercerem o controle social de sua execução.

Conforme observa BARATTA, na Política como projeto e seu respectivo modelo democrático, deve-se entender por esfera pública o lugar onde se “*ejercita la subjetividad política potencial de todos los ciudadanos a través de la constante apertura de nuevos espacios públicos. [...] Me refiero a la democracia, entendida como la auto-organización de la respuesta pública a las necesidades reales por parte de sus portadores.*”<sup>167</sup>

---

<sup>166</sup> “A *dinâmica política está subordinada à estatística das relações de produção e de poder existentes, através do uso do Direito e da Constituição formal, no interesse, sobretudo, da perpetuação da Constituição material.*” (tradução do autor). Cf. BARATTA, Alessandro. La niñez como arqueología del futuro. In: BIANCHI, Maria del Carmen (Org.). *El derecho y los chicos*. 1. ed. Buenos Aires: Espacio Editorial, 1995. p. 13.

<sup>167</sup> “[...] *exercita a subjetividade política potencial de todos os cidadãos através da constante abertura de novos espaços públicos. Refiro-me à democracia, entendida como uma auto-organização da resposta pública às necessidades reais por parte dos seus portadores.*” (tradução do autor). Cf. BARATTA. Op. Cit..

Adotando-se este novo ponto de vista sobre o sentido de Política e Democracia, a discussão sobre as necessidades dos cidadãos deixa de ter um caráter abstrato, passa a integrar o processo de sua existência real, sendo a partir delas, nelas e com elas que os seres humanos devem ser vistos como seres socialmente (e politicamente) produzidos. Diante de tudo o que já expusemos sobre as bases deste trabalho, entendemos que é evidente a incompatibilidade do Direito da Criança e do Adolescente com o “ponto de vista do âmbito de incidência ou de aplicação” das tecnocracias e das democracias políticas tradicionais.

É importante destacar que a redefinição do sentido e do alcance da proteção jurídica devida pelo Estado e pela Sociedade à cidadania infanto-juvenil perante o sistema do Direito da Criança e do Adolescente, não constitui manifestação isolada de progresso jurídico. Na verdade, torna-se evidente que se trata de um momento no processo histórico de afirmação de um Direito especial, cujos destinatários diretos representam um segmento social inserido no movimento maior de afirmação e expansão dos Direitos Humanos na sociedade contemporânea. Esta expansão, ou *desenvolvimento dos Direitos Humanos, cuja análise deve levar em conta a distinção entre os níveis da teoria e da prática social*, conforme esclarece BOBBIO, “*ocorreu, a partir do final da guerra mundial, essencialmente em duas direções: na da sua universalização e naquela de sua multiplicação.*”<sup>168</sup>

Na *primeira direção* temos o desenvolvimento da idéia de cidadania que extrapola os limites de cada Estado, podendo-se falar em “*cidadãos do mundo*”.<sup>169</sup> Neste sentido, os debates que atualmente giram em torno da construção de uma saída do mundo dominado pela ideologia da globalização – leia-se recuperação ideológica do liberalismo – tem como uma de suas teses fundamentais a idéia da mundialização dos Direitos Humanos, entendidos como necessidades e possibilidades de toda pessoa humana, onde quer que ela se encontre em caráter eventual ou permanente.

Na *segunda direção* justamente o que nos interessa neste estudo, “multiplicação dos Direitos Humanos” significa: a) aumento da quantidade de bens merecedores de proteção jurídica, b) extensão de determinados direitos a *sujeitos diversos do homem*, c) o fato de se levar em conta, para fins de proteção de Direitos Humanos ou Fundamentais,

---

<sup>168</sup> Cf. BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 68.

<sup>169</sup> *Ibidem*, p. 68.

não o ser humano abstratamente concebido, mas o ser humano socialmente concretizado. Este critério conceitual possibilita a proteção jurídica dos Direitos Humanos numa variada gama dos modos de ser dos indivíduos em sociedade (criança, indígena, mulher, idoso, portador de deficiência etc.).

Relativamente ao Direito da Criança e do Adolescente, o processo de desenvolvimento dos Direitos Humanos ou Fundamentais significou um duplo avanço histórico, afirmando a exigência de maior e mais efetiva proteção jurídica, tanto em relação ao campo dos direitos, quanto em relação aos sujeitos beneficiários do Sistema. Respeitadas as peculiaridades, e, portanto, os limites semânticos atribuídos por Bobbio ao termo “multiplicação”, podemos falar numa “multiplicação objetiva” e numa “multiplicação subjetiva”.

A “multiplicação objetiva” se evidencia pelo fato de que o Direito da Criança e do Adolescente é um sistema de princípios, regras e valores, francamente aberto a novas necessidades e a novos interesses do segmento infanto-juvenil. Mesmo sem se recorrer à potencialidade construtiva do parágrafo 2º do art. 5º da Constituição Federal,<sup>170</sup> evidencia-se a “textura aberta” do Direito da Criança e do Adolescente, visto como um sistema complexo, aberto e ordenável de princípios, regras e valores, o que permite sustentar a inescotabilidade de sua ação protetiva. Podemos chegar a esta conclusão através de diversos caminhos: Quanto a este ponto, parece-nos relevante observar que, não fosse pela indeterminação semântica da parte final do art. 227, da Constituição Federal, o art. 3º do Estatuto da Criança e do Adolescente, seguindo a técnica jurídico-social da Convenção Internacional sobre os Direitos da Crianças, expande indisfarçadamente o campo de incidência de proteção jurídica.

Com efeito, a parte final do art. 227 da Constituição Federal, depois de mencionar alguns direitos fundamentais de que são titulares exclusivos crianças e adolescentes, prescreve que é dever da família, da sociedade e do poder público colocá-los a salvo de “*toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.*” Já o art. 3º do Estatuto da Criança e do Adolescente estabelece que “*A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à*

---

<sup>170</sup> Este dispositivo constitucional, potencializando o caráter garantista do Estado Democrático de Direito nela delineado, assim se expressa: “*Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa seja parte.*”.

*“pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e dignidade.”*

Diante da inegável abertura semântica desses dispositivos da Constituição e do Estatuto, podemos afirmar que o Direito da Criança e do Adolescente configura um campo de infinitas possibilidades para a realização social e política dos Direitos Fundamentais da criança e do adolescente, reconhecidos como cidadãos em uma sociedade que, pelo elevado nível de desigualdades e de injustiça social presentes no seu cotidiano, reconheceu a necessidade histórica de firmar uma Carta Política<sup>171</sup> definitivamente comprometida com a dignidade da pessoa humana. Evidentemente, este passo jurídico-formal ainda não é a solução, mas seu valor é inestimável para a redefinição da ordem instituída em nossa sociedade neste início de um novo século.

Por sua vez, a “multiplicação subjetiva” se manifesta através do comprometimento do novo Direito com a totalidade da população infanto-juvenil, prevendo que seu âmbito de *validade pessoal* se estende, em regra, aos menores de idade, até os dezoito anos, aplicando-se, excepcionalmente, àqueles situados entre os 18 e 21 anos.

Este “*ponto de vista*” da compreensão teórico-dogmática do Direito da Criança e do Adolescente em vigor no Brasil representa a expansão do âmbito de validade pessoal, vinculando juridicamente o Estado Democrático de Direito com o dever jurídico-constitucional de proteger totalidade da população infanto-juvenil em geral. Neste caso, através do processo de universalização do Direito da Criança e do Adolescente, temos o oposto do caráter discriminatório e estigmatizante do regime jurídico do Direito do Menor.

Através da universalização, ao se referir à “criança” e ao “adolescente” como seus destinatários diretos, o Direito da Criança e do Adolescente estabelece uma verdadeira ruptura com a simbologia básica e com a semântica do menorismo, que tinha

---

<sup>171</sup> Vide, especialmente, o artigo 3º da Constituição da República Federativa do Brasil, que estabelece deveres jurídicos bem definidos na conformação dos “objetivos fundamentais” do Estado Democrático de Direito: I – construir uma sociedade livre, justa e solidária; II – garantir o desenvolvimento nacional; III – erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e qualquer outras formas de discriminação.”

como seu "sujeito fundamental", na verdade, mais objeto que sujeito, o "*menor irregular*", ou "*menor em situação irregular*", ou, simplesmente, "*menor*", no sentido de "carente", "abandonado", "inadaptado" e "infrator". A atitude inovadora do Direito da Criança e do Adolescente demonstra, desde suas estruturas simbólicas e lingüísticas, o seu compromisso com a proteção integral de crianças e adolescentes e propicia a negação da cultura jurídica de discriminação e de estigmatização dos "menores irregulares", própria do Menorismo. Este modelo jurídico, nunca é demais lembrar, a partir da construção e do uso teórico-dogmático do termo "menor", funcionava como um programa de controle repressivo da parcela da população infanto-juvenil originária dos setores pobres da sociedade, vistos por segmentos das elite como sinônimo de "sociedade marginal".

Ao se constituir no Direito destinado à criança e ao adolescente em geral, independentemente de raça, cor, situação social, econômica, ou qualquer outra forma de discriminação, o Direito da Criança e do Adolescente constitui uma autêntica "*Carta de liberdade*" da criança e do adolescente brasileiro, tardiamente identificados como **sujeitos de direitos fundamentais gerais e especiais, na sua peculiar condição de pessoas em desenvolvimento.**

### 2.2.2 O Ponto de Vista dos Fins

Quando focalizamos "o ponto de vista dos fins" o nosso objeto de análise é a base teleológica do Direito da Criança e do Adolescente. Aqui o que nos importa é identificarmos as condições sociais, econômicas, éticas, políticas, culturais etc., com que os princípios, regras e valores deste novo Direito têm obrigações expressas ou implícitas. Isto significa o mesmo que indagar quais são as modificações institucionais e sociais, quais são as características das relações sociais, quais são as condições concretas de vida que devem estar presentes no cotidiano de qualquer criança e qualquer adolescente na ordem jurídica e política do Estado Democrático de Direito, em função do que estabelece o Direito da Criança e do Adolescente. Em suma, qual é o conteúdo social-concreto que responde pela função social abstratamente prevista para este novo Direito?

Neste contexto reflexivo nunca é demais lembrarmos que a finalidade social básica do Direito da Criança e do Adolescente está resumida no enunciado do art. 1º, do

Estatuto da Criança e do Adolescente: Garantir “*proteção integral à criança e ao adolescente*”. Na prática, isto quer dizer que em todos os contextos em todos os níveis da vida social, deve-se assegurar a qualquer criança e a qualquer adolescente a possibilidade concreta de usufruir de “*todos os direitos fundamentais da pessoa humana*” [...] “*todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.*” (artigo 3º do Estatuto), assegurando-se que “*nenhuma criança ou adolescente será objeto de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão*” e que será punido, na forma da lei, “*qualquer atentado, por ação ou omissão, aos direitos fundamentais.*” (artigo 5º do Estatuto).

Como se vê, a exemplo do que acontece no “*ponto de vista do âmbito de incidência ou aplicação*”, o Direito da Criança e do Adolescente é também aqui radicalmente inovador, transformando-se numa autêntica “*Magna Carta*” pós-positivista<sup>172</sup> dos Direitos Fundamentais de crianças e adolescentes. Reconhece-os, amplia-os; abre espaço para a sua concretização e para o seu aperfeiçoamento; positiva a vontade social de que esses direitos saiam do plano do *direito abstrato* para o do *direito efetivo*. Superando o binômio menorista da “*compaixão-repressão*” que via no *menor irregular um “feixe de necessidades”*, o Direito da Criança e do Adolescente, fiel às diretrizes, princípios e regras da Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança (ONU), como esclarece COSTA, passa a considerar a criança e o adolescente sujeitos de direitos exigíveis, contemplados na Constituição, nos Tratados Internacionais de Direitos Humanos e na legislação em geral. Em razão disso, “*No se limita a la protección y vigilancia, buscando promover y defender todos los derechos de todos los niños y adolescentes, incluyendo la supervivencia (vida, salud, alimentación), el desarrollo personal y social (educación, cultura, recreación y capacitación profesional) y la integridad física, psicológica y moral ( respeto, dignidad, libertad y convivencia familiar y comunitaria). Además de ponerlos a salvo de todas las formas de situación de riesgo personal y social (negligencia, discriminación, explotación, violencia, crueldad e*

---

<sup>172</sup> Utilizamos esta expressão para diferenciar o compromisso do Estado Social e Democrático de Direito com os Direitos Fundamentais, do limitado papel exercido pelo Estado Liberal ou Neo-Liberal de Direito. Este era ideologicamente vinculado à idéia de “Estado Mínimo”, o que lhe conferia uma concepção e uma prática de absentismo em face dos direitos sociais ou sócio-econômicos, dos direitos culturais, dos direitos coletivos, enfim, dos direitos que extrapolam o estreito alcance das liberdades individuais, da tradição positivista.



*opresión*).<sup>173</sup> Estas observações nos remetem ao terceiro ponto de vista de compreensão do Direito da Criança e do Adolescente.

### 2.2.3 Ponto de Vista dos Meios

Compreender o Direito da Criança e do Adolescente sob o ponto de vista dos meios é investigar os elementos teóricos e os elementos da realidade social e política favoráveis à concretização emancipatória dos princípios, das regras e dos valores deste modelo jurídico. Em outras palavras, trata-se de identificar as condições instrumentais de operacionalização legítima da legalidade humanística e democrática que representa o modo de ser deontológico deste novo Direito.

Sabemos que o Direito da Criança e do Adolescente exige uma reformulação profunda do nosso *modus vivendi*, o que inclui mudanças em nossas atitudes mentais e no nosso comportamento, em todos os aspectos da experiência social que compartilhamos com a criança e o adolescente cidadãos. Esta exigência decorre do fato de que praticamente todas as nossas ações e/ou omissões acabam por afetar as condições de vida, formação e desenvolvimento das crianças e dos adolescentes que dividem conosco praticamente os mesmos espaços da vida social. Uma política de paz ou uma política de guerra, uma ação predadora do ambiente natural, ou uma ação de desenvolvimento sustentável, a escolha política pela democracia ou por uma forma de organização social autoritária ou totalitária, tudo isso implica em atingir de modo mais grave os segmentos mais vulneráveis da sociedade, dentre os quais se destaca o segmento infanto-juvenil. Esta, aliás, é uma das razões pelas quais a luta pelos Direitos de crianças e adolescentes tem como um dos princípios jurídicos fundamentais o da prioridade de atendimento.

Caso a mudança legislativa não seja acompanhada de mudanças similares no nosso *modus vivendi* em todos os campos da vida social, podemos ter uma legislação

---

<sup>173</sup> “*Non se limita a proteção e vigilância, buscando promover e defender todos os direitos das crianças e dos adolescentes, inclusive a sobrevivência (vida, saúde, alimentação), desenvolvimento pessoal e social (educação, cultura, lazer e capacidade profissional), e a integridade física, psicológica e moral (respeito, dignidade, liberdade e a convivência familiar e comunitária). Além de colocá-los a salvo de todas as formas de situação de risco pessoal e social (negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão).*” (tradução do autor). Cf. COSTA, Antonio Carlos Gomes da. *Pedagogia y justicia*. In: MÉNDEZ, Emílio García; BELOFF, Mary (Org.). **Infancia, ley y democracia en América Latina**. Buenos Aires: Editorial Temis–Ediciones DePalma, 1998. p. 60.

primorosa, podemos ter, como efetivamente temos, a mais avançada legislação sobre criança e adolescente em vigor na América Latina, servindo de cortina de fumaça para as ações de parcelas da sociedade que continuam optando pelas distorções da tradição menorista. Sem que o novo Direito repercuta positivamente no imaginário e na vida social, a Velha Ordem do menorismo, que ainda não se rendeu totalmente<sup>174</sup>, poderá voltar com força ao nosso meio, retardando ou adiando indefinidamente as transformações sociais e institucionais necessárias à revisão das relações "Criança-Adolescente/Direito", "Criança-Adolescente/Estado" em nosso país. Por tudo isso, é sumamente importante a identificação dos instrumentos disponíveis para extrairmos do novo Direito o máximo das suas potencialidades preventivas e corretivas, tendentes a combater, na maior medida possível, qualquer ameaça de resgate de *saber, do modus operandi e do modus vivendi* próprio ou compatível com a tradição menorista. Para isso, devemos considerar que, embora abalada em sua vitalidade maligna, essa tradição resiste entre os escombros do Código de Menores e da Doutrina "Jurídica" da Situação Irregular.

---

<sup>174</sup> *Setores influentes da sociedade brasileira não incorporaram o ideário jurídico-garantista e a sistemática sócio-educativa do Direito da Criança e do Adolescente. Há um verdadeiro movimento buscando "quebrar" a ordem constitucional, para "criminalizar" o tratamento dado pelo texto constitucional e pela legislação infra-constitucional aos adolescentes autores de atos infracionais. No Senado Federal tramitam 6 propostas de emenda constitucional nesse sentido. Dessas, quatro propõem a alteração do art. 228 da Constituição Federal, reduzindo pura e simplesmente a idade penal para 16 anos. Uma, revoga o art. 228 e a última, acrescenta um artigo a este dispositivo constitucional, estabelecendo que em atos praticados contra a vida, o adolescente será denunciado ao Ministério Público quando completar 18 anos. Na Câmara dos Deputados são sete as propostas de alteração do artigo 228 da Constituição Federal, reduzindo a idade penal para 16 anos. Além disso, existe uma que aumenta a pena máxima de internação dos chamados crimes hediondos para 6 anos propondo alterações nos Códigos Civil e Penal e, finalmente, reduzindo a idade penal para 16 anos. Recentemente a Revista Veja publicou uma reportagem na qual o jornalista ....., entre outras coisas, chama o "Estatuto da Criança e do Adolescente" de "Estatuto da malandragem"! Na Grande São Paulo sobrevive o "sistema FEBEM". Por fim, são inúmeros os dados disponíveis demonstrando que a cultura do menorismo ainda é uma referência de "salvação pública" daqueles que vêem no Direito da Criança e do Adolescente um sistema jurídico paternalista, utópico, aliado da violência praticada pelos "MENORES". O que esses segmentos da sociedade não percebem, e, ao que parece, se recusam terminantemente, a perceber, é a adoção pelo Brasil do sistema da Convenção significa um "salto civilizatório" que exige um amplo reordenamento de práticas sociais e políticas. Não basta termos a nova legislação. É preciso, como diria, Paulo Freire, reeducar o "Educador" (a família, a escola, a sociedade, o Estado etc.), para que a nova ordem jurídico-positiva tenha efetividade. É preciso criar as instituições exigidas pelo sistema do Direito da Criança e do Adolescente e instrumentalizá-las para o cabal cumprimento de suas competências e atribuições. É preciso priorizar o atendimento dos Direitos e das necessidades básicas de crianças e adolescentes. É preciso destinar mais recursos e, com a participação da sociedade civil, racionalizar a sua aplicação para que o aproveitamento das verbas seja mais profícuo e gere resultados perfeitamente possíveis de serem gerados, como o comprovam diversas experiências em curso (ex.: a prática correta do "Estatuto" em muitas cidades de Santa Catarina, com destaque para Blumenau, no Pará, em Roraima (programa de atendimento a adolescentes autores de atos infracionais, inclusive o programa de internação), em Belo Horizonte, em Maceió, em Salvador e em cidades do Paraná, reduziu a reincidência infracional, fazendo-a girar em torno de 10%). Os dados da realidade estão testemunhando que onde a "Lei" veio acompanhada de sua adesão pela sociedade civil e pelo setor público a proposta do Direito da Criança e do Adolescente é o caminho*

Daí porque a vigilância ao acatamento do Direito da Criança e do Adolescente sob o “ponto de vista dos meios” deve ser permanente.

Não podemos esquecer que estamos tratando da efetiva defesa dos direitos da criança e do adolescente numa sociedade que se acostumou em considerar “natural” a sua freqüente violação. Diante das condições de nossa história nesta matéria, a mudança no marco jurídico-formal foi uma conquista de valor incalculável, mas, insistimos, não é o bastante, pois, como observa FERRAJOLI:

*Obviamente una buena legislación es solamente el primer paso –ni siquiera el más importante o el más difícil—en el camino de una efectiva defensa de los derechos de la infancia. Sobre todo en países como aquellos de América Latina, que sufren de una prolongada anomia de poderes efectivos, esta nueva legislación presenta el riesgo de quedar-se en papel y, en consecuencia, de producir una nueva y frustrante delusión en relación con la función garantista del derecho. El problema más serio que se presenta hoy en materia de derecho de la infancia es el de la efectividad de leyes aprobadas. Los obstáculos y dificultades son muchos y diversos. En primer lugar, las resistencias opuestas a este nuevo derecho por parte de los poderes fuertes y consolidados, no dispuestos a renunciar a los oscuros y a menudo turbios intereses perseguidos a la sombra de la actual anomia en tema de "menores". [...] El segundo orden de obstáculos y dificultades se refiere a la resistencia para desarrollar aquellas políticas sociales necesarias para el cumplimiento del nuevo derecho de la infancia. [...] El tercer orden de dificultades se refiere a la implemenación de las nuevas leyes, aspecto que requiere una multiplicidad de condiciones no solo jurídicas sino también económicas, políticas y culturales: exemplo, la efectivación de nuevas instituciones dirigidas a asegurar el cumplimiento de los derechos, tales como los Consejos de Derechos de la infancia previstos en las leyes de Brasil y Guatemala; la renovación del antiguo personal del poder judicial, la formación, sobre todo, de una nueva cultura basada sobre la percepción de una infancia ciudadana y de condiciones de vida como símbolo de la civilidad e un país, de su futuro como fujturo del género humano y, por último, de la comprensión de la violación de sus derechos como lesiones mortales a la democracia y atentado a los derechos del conjunto de la sociedad.<sup>175</sup>*

---

adequado a solução de problemas que os sistemas repressivos, como o Direito do Menor, só faziam fomentar.

175 “Obviamente una boa legislação é somente o primeiro passo – nem sempre o mais importante ou o mais difícil – no caminho de uma efetiva defesa dos direitos da infância. Sobretudo nos países da América Latina, que sofrem de uma grande anomalia de poderes efetivos, esta nova legislação apresenta o risco de ficar no papel, e, em consequência, de produzir uma nova e frustrante delusão com relativa à função garantista do direito. O problema mais grave que hoje se apresenta em matéria de direito da infância é o da efetividade das leis aprovadas. Os obstáculos e as dificuldades são diversos e muitos, em primeiro lugar, as resistências opostas a este novo direito, por parte dos poderes fortes e consolidados não dispostos a renunciar aos escusos e freqüentemente ilegítimos interesses perseguidos à sombra da atual anomia em tema ‘menores’[...] A segunda ordem de obstáculos e dificuldades se refere à resistência para desenvolver aquelas políticas sociais necessárias para o cumprimento do novo direito da infância. [...] A terceira ordem das dificuldades se refere a implementação das novas leis, aspecto que requer uma multiplicidade de condições, não somente jurídicas, mas também econômicas, políticas e culturais. Exemplo: a efetivação das novas instituições direcionadas a assegurar o cumprimento dos direitos, tais como os conselhos de direito da infância previstos nas leis do Brasil e Guatemala, a renovação do antigo pessoal do poder judicial, a formação, sobretudo, de uma nova cultura baseada na percepção de uma

Quanto ao aspecto teórico, cujo desenvolvimento faz parte da criação de uma nova cultura sobre os direitos infanto-juvenis, o que importa, na verdade, é a produção de um saber comprometido com o caráter emancipatório do novo Direito, enquanto instrumento de promoção e garantia da cidadania da criança e do adolescente. Neste caso, falamos de uma teoria jurídica pós-positivista, recortada por uma visão hermenêutica crítica e dialética, apoiada numa concepção sistêmico-princiológica do Direito da Criança e do Adolescente.

Diante disso, ao considerar o Direito da Criança e do Adolescente, do ponto de vista dos meios de sua concretização, torna-se imprescindível pensarmos sua fundamentação ao nível de uma teoria sistêmica estrutural-funcional-integrativa baseada na idéia de que este novo ramo do direito brasileiro deve se consumir, a par de outras orientações metodológicas, como um sistema aberto e ordenável de princípios, regras e valores. O funcionamento deste sistema deve estar subordinado à visão hermenêutica fundada na existência presumida de uma norma fundamental calibradora das decisões em casos de colisão de princípios e de conflitos entre princípios e regras.

Adotamos esta orientação teórica, que não está livre de objeções, como instrumento de política jurídica em sentido estrito, justamente para que o intérprete/aplicador do Direito da Criança e do Adolescente, seja o particular, seja o agente público, não possa agir segundo o paradigma da discricionariedade, que, em última instância, nos conduz ao domínio perigoso do subjetivismo incontrolado do intérprete, como ocorria durante a vigência do Direito do Menor. Também implica a necessidade de se estabelecer critérios de uma lógica jurídica derivada da análise dos fins práticos deste novo Direito, sob pena de cair-se na armadilha da validade meramente formal da emancipação jurídica de crianças e adolescentes. Este tema será examinado mais detidamente na quarta parte desta monografia.

Em outras palavras, na proposta aqui esboçada, quanto ao ponto de vista dos meios de realização do direito posto, partimos da consideração de que todo e qualquer sistema, mesmo os sistemas mais "brandos" ou "abertos" que possamos imaginar, possui uma gama variável de elementos estruturais que respondem por sua conservação e

---

*infância cidadã e das condições de vida como símbolo da civilidade de um país, do seu futuro como futuro do gênero humano, e por último, da compreensão da violação dos seus direitos como lesões mortais à democracia e atentado aos direitos do conjunto da sociedade.*" (tradução do autor). Cf. FERRAJOLI,

sobrevida, e pelo maior poder possível de consumação de suas funções básicas. Identificamos este nível estrutural dos sistemas, como “*rede interna de segurança sistêmica*”. Esclarecendo melhor o que acabamos de afirmar, partimos da constatação de que todo sistema social, não só os jurídicos, contam com uma “*rede interna de segurança*”, constituída por uma série de mecanismos que visam a garantir sua existência e funcionalidade sistêmica. Sem uma “*rede interna de segurança*”, desse tipo nenhum sistema poderia viabilizar a organicidade, unidade e congruência de suas estruturas e funções, nem poderia realizar, a interação por interdependência, que caracterizam seus elementos internos e os fazem atuar, realizando seus objetivos da maneira mais adequada, mais rentável ou menos onerosa possível.

Ao nos referirmos à “*rede interna de segurança*” de um sistema, especialmente de um sistema jurídico como o Direito da Criança e do Adolescente, não temos nenhuma intenção de caracterizá-lo como um “*sistema hermético*” ou “*cerrado*” nos seus contornos, ao ponto de isolá-lo do ambiente exterior, como se fosse dotado de uma autonomia absoluta.

Na *teoria dos sistemas sociais* que adotamos não cabe pensar em *sistemas fechados, completos, auto-suficientes ou auto-poyéticos*. Neste sentido, trabalhando com a diferenciação entre sistemas mecânicos ou orgânicos e sistemas sociais ou socioculturais, concebemos um sistema social como um “*conjunto de elementos, ligados por um conjunto de relações, de tal forma que uma modificação num dos elementos provoque uma modificação (maior ou menor, não importa) em outros*”.<sup>176</sup> Além disso, como já explicamos, trabalhamos com uma concepção teórica que considera todo sistema social essencialmente aberto para o entorno. A finalidade desta “abertura” é garantir que o sistema permaneça viável como sistema e operante em face do conjunto da realidade da qual participa, interagindo com outros sistemas regionais e com a totalidade social.

Enfim, na visão teórica dos sistemas sociais, como sistemas socio-culturais por nós adotada, está definitivamente superada a *perspectiva dos sistemas absolutamente independentes, fechados, auto-poyéticos*, forma de pensar que na Ciência Jurídica, traduz uma das variáveis da compreensão positivista-formalista do Direito, que rejeitamos

---

Luigi. “Prefácio”. In: MÉNDEZ, Emílio García; BELOFF, Mary (Org.). **Infancia, ley y democracia en América Latina**. Buenos Aires: Editorial Temis-Ediciones DePalma, 1998. p. XIV.

<sup>176</sup> Cf. NORONHA, Fernando. **Direito e sistemas sociais – a jurisprudência e a criação de direito para além da lei**. Florianópolis: UFSC, 1988. p. 57.

peremptoriamente: *o ordenamento jurídico como sistema completo, hermético, sem contradições, sem lacunas, dotado de auto-referencialidade axiológica e de auto-determinação semântica.*

Desta forma, deixamos claro que quando pensamos na “*rede interna de segurança*” de um sistema social qualquer, em especial de um sistema jurídico, isto não significa que estejamos retrocedendo aos parâmetros sistêmicos do Positivismo Exegético, ou coisa assemelhada. Cogitamos dos sistemas sociais e do sistema jurídico em qualquer de suas manifestações, levando em conta a visão de sistema aberto da Teoria dos Sistemas Sociais.

Em vista dessas observações, reafirmamos o que pode parecer óbvio, embora continue sendo motivo de tantos mal-entendidos no debate jurídico do nosso tempo: O Direito, enquanto ordenamento, não é algo acabado; não é um sistema *auto-poyético*. Reportando-nos a FERRAJOLI, diríamos, que se estivermos à procura do verdadeiro direito, não de um direito qualquer, mas do direito legítimo, não podemos nos apoiar em posições doutrinárias e dogmáticas que considerem o direito como um sistema “*auto-poyético*”, ou “*auto-referencial*”. A adoção de um posicionamento deste tipo na análise da produção do conhecimento jurídico corresponderia ao cometimento de pelo menos duas graves incongruências científicas.

Em primeiro lugar, significaria renunciar aos avanços teóricos mais significativos da epistemologia contemporânea que, no seu movimento de crítica contra o racionalismo e o empirismo clássico, já incorporou na compreensão da realidade, especialmente da realidade que é objeto de estudo das ciências humanas ou sociais a perspectiva da complexidade dos processos da vida. Segundo este modo de pensar, que rechaça o suposto hermetismo das tendências tradicionais da teoria do conhecimento, a verdade que supera as idiosincrasias metodológicas de nossa tradição cultural é que a realidade natural ou social é um complexo infinito de interações, no sentido de que nada existe isolado, mas de que tudo está em tudo. Desta forma, a abstração de algo do contexto em que está situado, para se compreender a sua existência e a sua funcionalidade implica em uma contradição de princípio que tem como consequência a obtenção de um resultado carente de legitimidade epistemológica.

Em segundo lugar, significaria o desenvolvimento de uma proposta dessintonizada com os progressos alcançados nos estudos hermenêuticos nos últimos cem anos, a partir da encruzilhada estabelecida pela obra de SCLEIERMACHER, que

proporcionou o aparecimento de duas tendências fundamentais na hermenêutica contemporânea – uma tendência de hermenêutica metodológica e outra de hermenêutica filosófica. A partir desta cisão chega-se, primeiro, à separação dos campos epistemológicos, momento de grande significado na evolução do pensamento filosófico e científico do século passado, estabelecendo-se, a partir de DILTHEY, as bases para a compreensão diferenciada dos fenômenos naturais e dos fenômenos histórico-sociais. Neste contexto, deparamos com tradição culturalista, que advém da proposta de DILTHEY, e que, no campo do Direito, através do tridimensionalismo de Emil LASK, da Lógica do Razoável de Recaséns SICHES, do egologismo de Carlos COSSIO e do Tridimensionalismo específico de Miguel REALE, resultará em profundos embaraços para as teses do Positivismo Jurídico.

O culturalismo jurídico incorporou definitivamente o elemento valorativo na compreensão do Direito enquanto fenômeno histórico-social. Com isso, por um lado, tornou inverossímil a idéia do "direito-norma", do Positivismo Jurídico formalista, secamente concebido como um axioma lógico-abstrato, sem ligação direta com a vida social, mas, em face dela, situado numa posição hierarquicamente superior, de determinação ou administração normativa dos acontecimentos, das condutas humanas e dos acontecimentos naturais relevantes para os interesses humanos. Por outro lado, no que se refere às correntes positivistas fáticas, a abertura culturalista possibilitou a dissolução da idéia que validava o direito enquanto regra socialmente observada, pelo simples fato de ser observada pela sociedade.

De maneira geral e bem sucinta, podemos dizer que, ao lado de outras correntes de pensamento, o culturalismo jurídico em grande parte foi responsável pela produção de condições epistemológicas que resultaram na negação de um Direito que se colocava fora ou acima da vida humana, dotado de alguma espécie de vitalidade própria, para se fazer valer, peremptoriamente, diante de toda e qualquer circunstância.

Quando se defende o caráter "auto-poyético" ou "auto-referencial" do Direito, retrocede-se em termos de epistemologia e de metodologia jurídica, pois, passa-se a perseguir uma ciência jurídica essencialmente normativista, dominada pelo idéia-fixa de "purificar" o Direito de todos os elementos que lhe pareçam estranhos ao mundo das normas, retirando das reflexões sobre o fenômeno jurídico as indagações de cunho axiológico ou teleológico.

Desta forma, os aspectos históricos, ideológicos e políticos do Direito são rechaçados do quadro de atenção do jurista, promovendo-se uma relação distorcida do conhecimento jurídico com o seu objeto, e deste com a realidade social em que está inserido, na medida em que se busca dotar o Direito positivado de uma higidez normativa incompatível com suas raízes sociais. Isso ocorre por que a defesa da "*auto-poyésis*" e da "*auto-referencialidade*" do Direito se associa às correntes da Ciência do Direito identificadas como "exegéticas", "dogmatistas", "formalistas" "conceitualistas" ou "tecnocráticas", que constituem variações do Positivismo Jurídico, expressão que congrega as orientações teórico-doutrinárias e teórico-dogmáticas que reduzem o entendimento do que seja o Direito ao Direito estatal, independentemente de adotarem uma perspectiva mais formal ou mais realista. Tanto em um caso como e outro, o que importa é que, em última análise, vincula-se a validade do Direito à manifestação "a priori" ou "a posteriori" do poder estatal, além de que os preceitos normativos são abordados segundo uma análise axiomático-dedutiva, que abstrai o ordenamento jurídico da realidade social e confere autonomia significativa às suas normas. Este modo de encarar o Direito carece de legitimidade fenomenológica e epistemológica, pois, de um só golpe, trai a essência humana do Direito e o compromisso do saber jurídico, senão com a verdade, pelo menos com o esforço para evitar a deturpação da parcela da realidade que é seu objeto de estudo.

Concordamos com a abordagem do Direito como Sistema, acrescentando o entendimento de que se trata de um sistema aberto ou "hetero-poyético", pois, não temos dúvida de que o significado dos conceitos, dos princípios, regras e valores que o compõem, não são imanentes, nem derivam de critérios puramente internos, mas provêm de fora, da Sociedade na interação dialética com elementos do próprio sistema.

Neste ponto, nossa compreensão do Direito da Criança e do Adolescente converge para a perspectiva do empirismo dialético. Através desta tendência de fundamentação epistemológica do conhecimento jurídico, o Direito é abordado como uma instância da totalidade social, e o sentido das expressões jurídicas (princípios, regras, valores) é apreendido nas conexões dialéticas do sistema jurídico com outros sistemas sociais, responsáveis pela identidade da sociedade historicamente determinada, tais como o sistema político, o sistema econômico etc. Neste caso, o Direito é percebido como fenômeno social-objetivo, traduzindo uma forma de modalização dessas relações – o seu modo de ser como *dever-ser*. Ademais, compreendemos que é da essência do ser do



direito a sua dinamicidade, e ressaltamos o seu caráter *processual*: O Direito, dizia LYRA FILHO, é processo dentro de processo social mais amplo, do processo social interno e internacional.<sup>177</sup> Além disso, é inegável a existência de uma relação estreita das expressões do Direito (princípios, regras, valores) e o modo de produção da sociedade. Nessa linha de pensamento, observa BARATTA:

*El derecho es una forma de regulación de lo que es en realidad social contingente, o sea de lo que puede ser o no, dependiendo no de la naturaleza sino de las acciones y las actitudes de las personas. Pero a su vez las acciones y las actitudes de las personas dependen de los grupos a los cuales pertenecen, del lenguaje y la cultura que utilicen, y en último término de las relaciones de poder y de propiedad entre grupos y naciones en lo que concierne a la forma de producción y de distribución de los recursos, en una determinada sociedad y en el mundo.*<sup>178</sup>

Referindo-se à Convenção Internacional sobre Direitos da Criança, BARATTA explica que este Documento de Direito Internacional, representa uma etapa fundamental do caminho da humanidade, relativo à proclamação e à realização dos Direitos Humanos. Neste caso, falar de Direitos Humanos significa utilizar um conceito complexo, integrado por dois elementos—Homem e Direito—vinculados entre si mediante uma relação de complementariedade, mas também de contradição. "*Complementaridad*", diz BARATTA, "*en el sentido de lo que pertenece al hombre en cuanto tal según el derecho, contradicción en el sentido de que el derecho no reconoce al hombre lo que le pertenece en cuanto tal.*"<sup>179</sup>

Em nossa tradição, segundo BARATTA, nesta relação, "Homem" e "Direito", têm sido definidos a partir de uma ótica idealista. Na verdade, observa BARATTA, "*Es la realidad que produce la idea y no viceversa. Si la historia de los derechos humanos hubiera sido solamente la historia de una idea, ella se hubiera dedicado a llenar de hojas impresas las bibliotecas antes que llenar de violencia y de sangre el camino de los*

<sup>177</sup> Cf. LYRA FILHO. Op. Cit., p.

<sup>178</sup> "*O direito constitui uma forma de regularização do que é em realidade social contingente, ou seja, do que pode ser ou não ser, dependendo, não da natureza, se não das ações e atitudes das pessoas. Por sua vez, as ações e as atitudes das pessoas dependem dos grupos aos quais pertencem, da linguagem e da cultura que utilizem, e em último caso, das relações de poder e de propriedade entre grupos e nações no que concerne à forma de produção e de distribuição dos recursos, em uma determinada sociedade e no mundo.*" (tradução do autor). Cf. BARATTA. Democracia y derechos del niño. In: BIANCHI, Maria del Carmen (Org.). *El derecho y los chicos*. 1. ed. Buenos Aires: Espacio Editorial, 1995. p.40.

<sup>179</sup> "*Complementaridade*" diz BARATTA, "*no sentido do que pertence ao homem, como tal, conforme o direito, contradição no sentido de que o direito não reconhece ao homem o que lhe pertence como tal.*" (tradução do autor). Ibidem, p. 39.

*pueblos como há sucedido y sucede*".<sup>180</sup> Por isso é indispensável adotar-se uma compreensão histórico-social e não idealista dos Direitos Humanos.

Estas observações de BARATTA nos remetem a uma reflexão crítica da relação "Criança-Direito" e resulta na opção por uma perspectiva antropológica, através da qual os direitos da criança e do adolescente deixam de ser fórmulas vazias (idealizadas, meta-social, meta-histórica), para serem a expressão jurídica de realidades em determinados contextos históricos e sociais. Assim, parafraseando BARATTA, diríamos que como formas atualizadas dos Direitos Humanos, os Direitos Fundamentais de crianças e adolescentes adquirem uma conotação atualista, um conteúdo dinâmico e evolutivo que exige uma interpretação das necessidades infanto-juvenis como possibilidades concretizáveis.

Uma derradeira observação relativa ao papel do "ponto de vista dos meios" na concretização do Direito da Criança e do Adolescente, é o fato de que a proposta aqui esboçada compreende este novo Direito enquanto uma técnica jurídica garantista, modelo de análise do Direito e do Estado, defendida por FERRAJOLI, na obra "*Derecho y Razón*".<sup>181</sup> Não tendo neste momento a intenção de apreciar detidamente o pensamento de Ferrajoli, basta-nos por ora mencionar que a Teoria do Garantismo Jurídico tem como um de seus pressupostos o fato de que ela deve funcionar como uma teoria de legitimação e também de deslegitimação interna do ordenamento jurídico, exigindo dos juizes e operadores do direito em geral, uma constante atitude mental e prática crítica em face do direito positivado. Neste sentido, "garantismo" significa uma redefinição dos compromissos éticos e políticos do Conhecimento Jurídico, o que ressalta sua estreita interação com o tema aqui desenvolvido. Além disso, é importante mencionar que o "garantismo" também "*designa un modelo de ordenamiento dotado de medios de invalidación de todo ejercicio del poder en contraste con las normas superiores dictadas para la tutela de derechos fundamentales.*"<sup>182</sup>

---

<sup>180</sup> "É a realidade que produz a idéia e não vice-versa. Se a história dos direitos humanos tivera sido somente a história de uma idéia, ela teria se dedicado a encher de folhas impressas as bibliotecas, antes de encher de violência e de sangue o caminho dos povos como tem sucedido e sucede." (tradução do autor). *Ibidem*, p. 39.

<sup>181</sup> Trata-se da obra **Derecho e Razón: teoria del garantismo jurídico**. Tradução de Perfecto Andrés Ibáñez et al. Madrid, 1995.

<sup>182</sup> "*Designa um modelo de ordenamento dotado de meios para a invalidação de todo exercício do poder que contraria as normas superiores destinadas à tutela de direitos fundamentais.*" (tradução do autor). FERRAJOLI. *Op. Cit.*, p. 880.

A seguir, passamos a tratar dos “*Princípios Jurídicos Fundamentais*” deste novo ramo do Direito Brasileiro.

## 2.3 NOTAS SOBRE TEORIA DOS PRINCÍPIOS E DOS PRINCÍPIOS JURÍDICOS

### 2.3.1 Introdução

*Todo o direito em geral, e seus ramos específicos são dotados de normas e princípios genéricos, que constituem "mens" ontológicos que orientam a aplicação prática dos seus conceitos. Serve-se o legislador e o aplicador da lei desses lineamentos gerais para dirigir o sistema normativo para determinados fins primordiais. [...] Os princípios fundam-se em idéias primárias e essenciais das quais decorre todo um sistema a que se aplicam. Ou como diz Gofredo Teles Júnior ("Filosofia do Direito - Tomo II - Max Limonad Editor - 1965). "Filosoficamente, princípio se define, aquilo de que algo, de qualquer maneira, procede ou resulta."<sup>183</sup>*

Todo Ordenamento Jurídico é constituído por princípios, regras e valores. Além disso, se apresenta como um sistema, visto que seus elementos estão organizados segundo uma ordem lógica interna, posicionados, uns em face dos outros, através de uma relação de interdependência, formando uma unidade complexa nas interações e conflitos com o ambiente externo. Ao contrário do que se pensava na Dogmática Positivista clássica, os sistemas jurídicos são conjuntos abertos e ordenáveis de princípios, regras e valores e, pois, “*potencialmente contraditório, tanto normativa, quanto axiologicamente, sem prejuízo do dever racional de se efetuar a sua ordenação “desde dentro”*”<sup>184</sup>, mas sempre em interação com o meio ambiente.

Na Doutrina constitucionalista das últimas décadas já se demonstrou a impropriedade de se conceber o Direito como um sistema exclusivamente de princípios (modelo puro de princípios) ou como um sistema exclusivamente de normas (modelo puro de normas). Um modelo ou sistema constituído exclusivamente por regras, explica CANOTILHO,

---

<sup>183</sup> MARTINS, Anísio Garcia. *Direito do menor*. São Paulo: LEUD, 1988. p. 67.

<sup>184</sup> Cf. FREITAS. Op. cit., p. 36.

*[...] conduzir-nos-ia a um sistema jurídico de limitada racionalidade prática. Exigiria uma disciplina legislativa exaustiva e completa – legalismo – do mundo e da vida, fixando em termos definitivos, as premissas e os resultados das regras jurídicas. Conseguir-se-ia um “sistema de segurança”, mas não haveria qualquer espaço livre para a complementação e desenvolvimento de um sistema, como o constitucional, que é necessariamente um sistema aberto. Por outro lado, um legalismo estrito de regras não permitiria a introdução dos conflitos, das concordâncias, do balanceamento de valores e interesses, de uma sociedade pluralista e aberta. Corresponderia a uma organização política monodimensional. (ZAGREBELSKI).<sup>185</sup>*

Por outro lado, continua o mestre luso, um modelo ou sistema baseado exclusivamente em princípios, levar-nos-ia a conseqüências também inaceitáveis, tais como: “A indeterminação, a inexistência de regras precisas, a coexistência de princípios conflitantes, a dependência do “possível” fáctico e jurídico”, que conduziriam a um “sistema falho de segurança jurídica e tendencialmente incapaz de reduzir a complexidade do próprio sistema.”<sup>186</sup>

Daí, para CANOTILHO, a proposta sugerida para a compreensão do Direito como “sistema de princípios e regras”, indispensável à abordagem do Direito Constitucional, tem as seguintes características:

“(1) – o sistema jurídico carece de regras: a constituição, por ex., deve fixar a maioria para efeitos de determinação da capacidade eleitoral activa e passiva, sendo impensável fazer funcionar aqui apenas uma exigência de optimização: um cidadão é ou não maior aos 18 anos para efeito de direito de sufrágio; um cidadão “só pode ter direito à vida”;

“(2) – o sistema jurídico necessita de princípios (ou os valores que eles exprimem) como os da liberdade, igualdade, dignidade, democracia, Estado de Direito; são exigências de optimização abertas a várias concordâncias, ponderações, compromissos e conflitos;

“(3) – em virtude da sua “referência” a valores ou da sua relevância ou proximidade axiológica (da “justiça”, da “idéia de direito”, dos “fins de uma comunidade”, os princípios têm uma função normogenética e uma função sistémica: são o fundamento de regras jurídicas e têm uma idoneidade irradiante que lhes permite “ligar” ou cimentar objectivamente todo o sistema constitucional;

---

<sup>185</sup> Cf. CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional**. 6. ed. revista (reimpressão). Coimbra: Almedina, 1995. p.168-169.

<sup>186</sup> Cf. CANOTILHO. Op. Cit., p.168-169.

“(4) – as “regras” e os “princípios”, para serem activamente operantes, necessitam de procedimentos e processos que lhes dêem operacionalidade prática”...<sup>187</sup>

O Direito da Criança e do Adolescente é constituído por um conjunto sistêmico de princípios, regras (e valores) e sua função social básica é garantir a proteção integral e a materialização dos Direitos Fundamentais de crianças e adolescentes em geral. Por isso, reafirmamos que o Direito da Criança e do Adolescente tem uma estrutura e funcionalidade duplamente sistêmica: é um sistema aberto e ordenável de princípios, regras (e valores) e um sistema de Direitos Fundamentais.

Enquanto fazendo parte da totalidade do Direito Brasileiro, o Direito da Criança e do Adolescente tem sua estrutura e sua funcionalidade subordinados a uma visão teórica (teórico-dogmática e teórico-doutrinária) em que se sobressai o seu caráter *instrumentalista-constructivo que vincula a ordem jurídica nacional à perspectiva axiológica e teleológica, em consonância com o que dispõe a regra de “super-direito” enunciada no art. 5º, da Lei de Introdução ao Código Civil.*

***“Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e as exigências do Bem Comum.”***

Em verdade, numa abordagem teórico-dogmática mais criteriosa e numa linguagem jurídica mais precisa, o correto é atribuir-se ao artigo 5º da LICC a condição de princípio jurídico-positivo. Aqui deparamos com um dos princípios jurídicos fundamentais do sistema do Direito Brasileiro, dada a sua função preponderante de determinar um critério hermenêutico geral, ao qual estão subordinadas inclusive as disposições do texto da Constituição Federal.

Na medida em que o Direito da Criança e do Adolescente constitui um sistema jurídico especial garantista, observamos que a materialização da sua “instrumentalidade construtiva” já por força do que dispõe a parte final de enunciado do artigo 5º da LICC (“exigências do Bem Comum”), deve ser promovida no contexto mais amplo da conformação sócio-política do Estado de Direito vigente, o *Estado Democrático de Direito*, cujas diretrizes éticas, jurídicas e políticas, próprias de um modelo político

---

<sup>187</sup> Ibidem, p. 169.

subordinado aos valores da pessoa humana, à lógica dos Direitos Fundamentais e às exigências da Justiça Social, estão expressas na Constituição de 1988.

Como já vimos em outra parte deste trabalho, o Estado Democrático de Direito é um sistema jurídico-político comprometido com a visão garantista do Direito. Em vista disso, deve atender aos seguintes pré-requisitos mínimos:

(a) no plano da validade formal, subordina-se ao primado da legalidade;

(b) no plano da validade material, a funcionalização de todos os poderes do Estado a serviço da garantia dos Direitos Fundamentais dos cidadãos. Para atingir a este fim, além de uma Carta de Direitos Fundamentais, a Constituição dessa espécie de Estado incorpora limitações dos deveres públicos correspondentes, prevendo proibições de lesão aos direitos de liberdade e obrigações de satisfazer direitos sociais ou de prestação, bem como os correlativos mecanismos de acesso à tutela judicial;

(c) além disso, a teoria garantista do Direito, na formulação do jurista italiano FERRAJOLI, incide sobre a relação "Estado de Direito e Democracia", dando ênfase ao conceito de Democracia Substancial ou Material, ou Social. Dizer Democracia substancial, na visão do garantismo jurídico, é o mesmo que dizer Estado de Direito dotado de efetivas garantias de realização da cidadania integral, aquela cidadania que implica, necessariamente, no exercício pelos cidadãos dos Direitos Fundamentais construídos pelas tradições liberal e socialista, os direitos de liberdade e os direitos de crédito ou de prestação.

Este é justamente o caso do Estado Brasileiro na atualidade, um modelo de Estado de Direito que visa o rompimento com a rotina da nossa evolução sócio-política, impregnada desde a origem, do ideário e da prática do Estado e da Democracia Liberal. Neste sentido, a "Constituição Cidadã" deixa bem claro o compromisso da Sociedade Civil e da Sociedade Política com uma Política de Direitos Fundamentais e com a produção de uma sociedade substancialmente democrática, nos moldes da proposta garantista.

Por outro lado, é sintomático que a nossa Constituição de 1988, conhecida como "Constituição Cidadã", tenha previsto que o caráter garantista do Estado Democrático de Direito, nela esboçado, não se esgota apenas com a efetiva proteção jurídica dos Direitos e Garantias Fundamentais expressamente contidos no seu texto. No parágrafo 2º, do seu

artigo 5º, a Constituição evidencia a “abertura” do seu sistema de Direitos e Garantias Fundamentais:

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

Desta forma, além de comprometer o Estado Brasileiro com a efetividade dos Direitos Fundamentais de 1ª, 2ª e 3ª gerações - direitos de liberdade, de igualdade ou de prestação e de fraternidade -, e respectivas Garantias, expressamente mencionados no seu texto, de forma inédita na história do constitucionalismo brasileiro, a Lei Fundamental institucionalizou a possibilidade jurídica-constitucional de se ampliar o raio da proteção estatal, para abranger novos Direitos e novas Garantias Fundamentais. Assim, acentuou o caráter sempre provisório desses Direitos e Garantias, numa demonstração de que o Poder Constituinte originário foi tocado pela compreensão dinâmica, histórico-evolutiva ou processual do Direito, atendendo as mais avançadas orientações da cultura jurídica contemporânea, as quais, de maneira geral, visualizam os textos do Direito Positivo como “texturas abertas”, por onde as sociedades, em processo dialético, no entrechoque das lutas sociais e políticas, vão se instituindo permanentemente.

Em vista disso, o Estado Democrático de Direito em que temos o dever jurídico de concretizar o Direito da Criança e do Adolescente atende a duas ordens de exigências. Trata-se, ao mesmo tempo, de um sistema político e de uma ordem jurídica, que devem representar a provisão de respostas positivas aos reclamos de liberdade civil, de liberdade política e de melhoria das condições morais e materiais básicas de vida de todos os integrantes do corpo social, visando ao máximo bem-estar de cada cidadão e ao melhor nível do desenvolvimento coletivo.

A realização destas estratégias sócio-jurídico-políticas corresponde, de um lado, à manutenção dos Direitos Fundamentais da Democracia Liberal, e de outro, como já vimos, à expansão do conceito de cidadania, para incluir na pauta de Direitos Fundamentais aspectos da vida humana que, ao excederem os limites do Liberalismo ou do Neo-Liberalismo, representam o ponto de partida da construção da cidadania social ou substancialmente democrática. No estágio de evolução das instituições jurídico-políticas em que nos encontramos, sem recorrermos ao mote da “estatização da vida social”, é indispensável que sejam fixados parâmetros destinados a viabilizar a legítima intervenção dos poderes estatais na efetivação do que em doutrina se denomina uma Política de

Direitos. Neste caso, referirimo-nos ao paradigma jurídico, ético e político estreitamente ligado à idéia de “Política” como projeto de sociedade a que já nos reportamos. Segundo BARATTA, citando BALIBAR, a “Política de Direitos”:

*[...] es la que pone la democracia frente a sus límites, es decir en aquella línea en la que se divide el presente del futuro. [...] La política de los derechos, que es la política de la realización dinámica de la constitución del Estado social de derecho y de las convenciones internacionales que la integran, es la que permite, a través de su cumplimiento, la definición de nuevos derechos, que pone al Estado y al pacto – alianza – social en condición de renovarse continuamente.<sup>188</sup>*

Estabelecidas estas premissas, torna-se indispensável esboçar uma proposta principiológica do Direito da Criança e do Adolescente, concebido como um sistema jurídico, aberto e ordenável, de princípios, regras (e valores), tendente à efetivação da cidadania infanto-juvenil, no contexto do Estado Democrático de Direito.

Caracterizamos nossa análise como "principiológica" porque, embora consideremos o Direito da Criança e do Adolescente, como qualquer outro ordenamento jurídico, um sistema de princípios, regras e valores, nossa preocupação fundamental neste momento é destacar o significado e o papel dos princípios jurídicos na estruturação e no funcionamento deste novo Direito especial, integrante do Sistema geral do Direito Brasileiro.

As reflexões até aqui produzidas são pressupostos teórico-doutrinários e teórico-dogmáticos de uma compreensão, interpretação e aplicação do Direito da Criança e do Adolescente, seguindo os ditames de uma teoria jurídica assente com a legitimidade dos seus preceitos, centrada numa lógica de princípios; uma lógica que confere perfil especial ao modo de ser deontológico desse sistema jurídico. É também importante observar que o trabalho aqui desenvolvido tem como pressuposto uma tese central, qual seja a de que estamos tratando de um Direito cujo grande significado histórico decorre do fato de ser um novo direito, mas acrescido da peculiaridade, segundo a qual, desde a sua gênese, se apresentou como um direito essencialmente humanizante e democrático, em suma um Direito de emancipação.

---

<sup>188</sup> “[...] é a que coloca a democracia frente aos seus limites, quer dizer, naquela linha que separa o presente do futuro [...]. A política dos direitos, que é a política da realização dinâmica da construção do estado social do direito e das convenções internacionais que a integram, é a que permite, através do seu



Tudo isso, observe-se, implica que a teoria e a prática deste novo direito, na medida em que é possível separar analiticamente estes dois níveis da vida social, devem dar respostas adequadas aos desafios que um Direito como este, tão insurgente em face da nossa tradição jurídica, coloca para cada um de nós.

Isto significa que é preciso estabelecer uma pauta de compromissos, de estimativas e de critérios para transformar o Direito da Criança e do Adolescente, enquanto direito abstrato, em direito vivo, em todos os quadrantes do país. Sem assumir, a princípio, e por princípio esta determinação ética, jurídica, social e política, torna-se muito difícil implementar no cotidiano da nossa Sociedade e do nosso Estado, a lógica da "Criança cidadã", do "Adolescente cidadão". Seguindo caminho diverso, torna-se obscura e até impertinente a pretensão de repensar as relações entre a Criança e o Adolescente, de um lado, e, de outro, a Família, a Sociedade e o Estado, em condições compatíveis com os pressupostos do Estado Democrático de Direito, sistema político primordialmente comprometido com a pessoa humana e seus valores, com a pessoa humana e suas necessidades básicas, com a pessoa humana e seus Direitos Fundamentais.

Enfim, para que a operacionalização do Direito da Criança e do Adolescente concretize os fins sociais a que ele se dirige e as exigências do Bem Comum, como determinam o art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro, e o art.6º do Estatuto da Criança e do Adolescente;<sup>189</sup> quer dizer, para se levar este Direito a sério, dando-se a devida atenção aos fatores históricos, sociais e políticos que determinaram a sua positivação jurídica, faz-se imprescindível a produção de um "retaguarda teórica", *ao mesmo tempo analítica e zetética, porque eticamente comprometida com a defesa e a promoção da cidadania infanto-juvenil*. A partir dessa retaguarda teórica, subordinada à perspectiva principiológica, deverão ser desenvolvidas e adotadas práticas individuais, coletivas e institucionais garantidoras de sua efetividade social.

---

*cumprimento, a definição dos povos direitos, que colocam ao estado e ao pacto aliança-social em condições de se renovar continuamente.*" (tradução do autor). Cf. BARATTA. Op. Cit., p. 56.

<sup>189</sup> O art. 6º do ECA assim se expressa: "Na interpretação desta Lei, levar-seão em conta os fins sociais a que ela se dirige, as exigências do bem comum, os direitos e deveres individuais e coletivos, e a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento."

### 2.3.2 Princípio e Princípio Jurídico

O estudo dos princípios é, sem sombra de dúvida, uma das questões fundamentais do pensamento jusfilosófico e teoria geral do direito na atualidade. A esse respeito, já se afirmou que os princípios atravessam uma “*idade de oro*”<sup>190</sup>, e já se reconheceu à proposição “*Não se faz ciência sem princípios*”<sup>191</sup> o “status” de axioma epistemológico.

A idéia de princípio, informa BONAVIDES, deriva da linguagem da geometria, “onde designa as verdades primeiras”. De largo uso na Filosofia, na Teologia, na Sociologia, na Política, na Física, e, a partir do pensamento moderno, no Direito, a palavra “princípio” tem diversas conotações.

“Princípio” (do latim *principiu*). S.m. 1. Momento ou local ou trecho em que algo tem origem” [...] 2. Causa primária. 3. Elemento predominante na constituição de um corpo orgânico. 4. Preceito, regra, lei. 5. Base, germe. 6. Filos. Fonte ou causa de uma ação. 7. Filos. Proposição que se põe no início de uma dedução, e que não é deduzida de nenhuma outra dentro do sistema considerado, sendo admitida provisoriamente, como inquestionável. (São princípios os axiomas, os postulados, os teoremas, etc.).<sup>192</sup>

Segundo ABBAGNANO,<sup>193</sup> na tradição filosófica, desde ANAXIMANDRO,<sup>194</sup> tem-se atribuído ao vocábulo “princípio” dois significados básicos, estreitamente vinculados entre si: “ponto de partida” e “fundamento” ou “causa” de um processo qualquer.

Do ponto de vista da Epistemologia, como já vimos, é pacífico o entendimento de que a consideração dos princípios é imprescindível à produção do conhecimento

<sup>190</sup> Cf. PRIETO, Luis Sanches. Sobre princípios y normas – problemas del razonamiento jurídico. Apud FARIAS, Edilson Pereira de. Op. Cit. p. 21.

<sup>191</sup> Cf. PORTANOVA, Rui. **Princípios de processo civil**. Porto Alegre: do Advogado, 1995. p. 13.

<sup>192</sup> Cf. FERREIRA, Aurélio Buarque de. **Novo dicionário da Língua Portuguesa**. 2. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986. p. 1393.

<sup>193</sup> Cf. BOSI, Alfredo (Ed., Trad. Coord.). **Dicionário de Filosofia**. São Paulo: Mestre Jou, 1970. p. 760.

<sup>194</sup> *Filósofo jônio, nascido em Mileto, contemporâneo de Tales, viveu, provavelmente entre 610-09 e 547-46 a.C. Preocupado em descobrir o princípio supremo de todas as coisas, afirmava que o princípio é o elemento primordial das coisas, é algo indeterminado, ilimitado, infinita, do qual provêm todos os céus e os mundos que neles existem.*

científico. O próprio conceito de Ciência demonstra esta conexão: “conjunto de conhecimentos ordenados coerentemente segundo princípios.”<sup>195</sup>

A idéia de princípio, como já percebemos através desta breve alusão retrospectiva, insere-se em uma determinada maneira de perceber como a realidade está organizada. Referimo-nos à concepção de “Sistema”, que pode ser entendido como o modo de estruturação ou organização da vida natural e social, caracterizado pela conjunção de diversos elementos que “ordenadamente entrelaçados contribuem para determinado fim; trata-se, portanto, de um todo coerente cujos diferentes elementos são interdependentes e constituem uma unidade completa.”<sup>196</sup>

Neste sentido, esclarece ESPÍNDOLA, a idéia ou o conceito de princípio, seja qual for o campo do saber em questão, “designa a estruturação de um sistema de idéias, pensamentos ou normas por uma idéia mestra, por um pensamento chave, por uma baliza normativa, donde todas as demais idéias pensamentos ou normas derivam, se reconduzem e/ou se subordinam.”<sup>197</sup>

Por sua vez, CARRIÓ explica que na linguagem ordinária, o conceito de princípio se vincula, pelo menos, a sete focos de significação, que são os seguintes:

(I) Con las ideas de “parte o ingrediente importante de algo”, “propriedad fundamental”, “núcleo básico”, “característica central”, (II) Con las ideas de “regra, guía, orientación o indicación generales”, (III) Con las ideas de “fuente generadora”, “causa”, o “origen”, (IV) Con las ideas de “finalidad”, “objetivo”, “propósito” o “meta”, (V) Con las ideas de “premisa”, “inalterable punto de partida para el razonamiento”, “axioma”, “verdad teórica postulada como evidente”, “esencia”, “propriedad definitoria”, (VI) Con las ideas de “regla práctica de contenido e evidente”, “verdad ética incuestionable”, (VII) Con las ideas de “máxima”, “aforismo”, “proverbio”, “pieza de sabiduría práctica que nos viene del pasado y que trae consigo el valor de la experiencia acumulada y el prestigio de la tradición.”<sup>198</sup>

<sup>195</sup> Cf. PORTANOVA. Op. Cit., p. 13.

<sup>196</sup> Cf. DICIONÁRIO DE CIÊNCIAS SOCIAIS. 2. ed. São Paulo: FGV/MEC, 1967. p. 1127.

<sup>197</sup> ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de princípios constitucionais:** elementos teóricos para uma formulação dogmática constitucionalmente adequada. Florianópolis, SC., out. 1996. p. 32.

<sup>198</sup> “(I) Com as idéias de ‘parte ou ingrediente importante de algo’, ‘propriedade fundamental’, ‘núcleo básico’, ‘característica central’; (II) Com as idéias de ‘regra, guia, orientação ou indicações gerais’; (III) Com as idéias de ‘fonte geradora’, ‘causa’, ou ‘origem’; Com as idéias de ‘finalidade, objetivo, propósito ou meta’; (V) Com as idéias de ‘premissa’, inalterável ponto de partida ou fundamento, ‘axioma’, ‘verdade teórica postulada como evidente’, ‘essência’, ‘propriedade definitória’; (VI) Com as idéias de ‘regra prática de conteúdo’ e evidente ‘verdade ética inquestionável’; (VII) Com as idéias de ‘máxima’, ‘aforismo’, ‘provérbio’, ‘parte de sabedoria prática que nos vem do passado e que traz consigo

Estes sete focos de significação do termo “princípios”, observa CARRIÓ, tiveram e têm relevância para o mundo jurídico. A eles estão vinculados diversos usos da expressão “princípio jurídico”, os quais passamos a nos referir, através de tradução livre de texto do próprio autor:

1. Para identificar traços ou aspectos importantes de uma ordem jurídica, que não podiam faltar numa descrição suficientemente informativa da mesma (ex. separação dos poderes, inamovibilidade dos juizes, indissolubilidade do vínculo matrimonial, socialização da propriedade e dos meios de produção). Este uso se vincula ao foco I.

2. Para expressar generalizações explicativas obtidas a partir de regras do sistema (Ex. princípio de que não há responsabilidade sem culpa, ou de que não há responsabilidade penal por atos alheios, princípio da boa-fé nos negócios). Este uso está vinculado aos focos I e II.

3. Para referir-se à “ratio legis” ou “mens legis” de uma norma dada ou de um conjunto dado de normas, representando, a seu propósito, meta “policy”, etc. Este uso está ligado ao foco de significação IV.

4. Para designar pautas às quais se atribue um conteúdo intrínseca e manifestamente justo (Ex. o princípio que proíbe discriminar entre os seres humanos, por motivos raciais ou religiosos, ou que condena a escravidão). Este uso está ligado ao foco de significação VI.

5. Para identificar certos requisitos formais ou externos que toda ordem jurídica deve satisfazer (Ex. a afirmação de que as normas devem ser gerais, não retroativas, suficientemente claras, não contraditórias, que devem ser promulgadas, que não devem ter por objeto coisas ou pretensões impossíveis). Este uso está ligado aos focos de significação V e VI.

6. Para se referir a diretrizes dirigidas ao legislador, com caráter meramente exortatório.<sup>199</sup> Este uso está ligado ao foco de significação II.

7. Para aludir a certos juízos de valor, relativos a exigências básicas de justiça e moral positivas, e que se diz fundadas na “consciência jurídica popular”. Este uso está ligado aos focos de significação II e III.

8. Para se referir a máximas que provêm da tradição jurídica. Este uso está ligado ao foco de significação VII.

9. Por fim, esclarece o autor, a palavra “princípio” é aplicada em contextos jurídicos com significados vinculados conscientemente, ou não a duas correntes de pensamento, que, permanecem ativas, a despeito de serem consideradas extintas.

O primeiro indica a influência da escola histórica de Direito. A palavra princípio é empregada, às vezes, para designar uma misteriosa fonte geradora, que se encontra, pode-se dizer, subordinada a grupos de regras do sistema, que, como tal as engendrou, e continua engendrando regras novas. O segundo acusa a influência da “Jurisprudência dos Conceitos”. Neste caso, a palavra “princípio” é às vezes empregada para identificar enunciados que se entende derivados de uma enigmática essência dos conceitos jurídicos, considerados como entidades. (Ex. o princípio de que não há patrimônio sem sujeito, nem sujeito sem patrimônio, ou o que expressa a unidade essencial de todo patrimônio). Este uso está ligado ao foco de significação V.

---

o valor da experiência acumulada e o prestígio da tradição.” (tradução do autor). Cf. CARRIÓ, Genaro R. **Principios jurídicos y positivismo jurídico**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1970. p. 33-4.

<sup>199</sup> Trabalhamos com uma concepção de “princípios jurídicos” que rejeita este uso, porquanto entendemos que estes princípios são expressões de Direito positivado, e, por isso, incompatíveis com o caráter meramente exortatório de preceitos meramente morais ou filosóficos.

*DIEGO, lembrado por ESPÍNDOLA como aquele que mais se aproxima da concepção dominante no pensamento jurídico brasileiro acerca desse tema, conceitua o “princípio de Derecho” como:*

*El pensamiento directivo que domina y sirve de base a la formación de las singulares disposiciones de Derecho de una institución jurídica, de un Código o de todo un Derecho positivo. El principio encarna el más alto sentido de una ley o institución de Derecho, el motivo determinante, la razón informadora del Derecho (ratio juris), aquella idea cardinal bajo la que se cobijan y por la que se explican los preceptos particulares, a tal punto, que éstos se hallan con aquélla en la propia relación lógica que la consecuencia al principio de donde se derivan.<sup>200</sup>*

*A contribuição teórica de DIEGO está presente no pensamento de juristas brasileiros, como é o caso de BANDEIRA DE MELLO. Inspirado nesse autor, o célebre administrativista pátrio adota a seguinte definição para “Princípio” aplicado ao Direito: “Princípio é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico...”<sup>201</sup>*

*Por fim, nesta aproximação teórica sobre o significado de princípio jurídico, lembramos o conceito formulado pela Corte Constitucional italiana, numa de suas decisões históricas (1956): “Faz-se mister assinalar que se devem considerar como princípios do ordenamento jurídico aquelas orientações e aquelas diretivas de caráter geral e fundamental que se possam deduzir da conexão sistemática, da coordenação e da íntima racionalidade da normas, que concorrem para formar assim, num dado momento histórico, o tecido do ordenamento jurídico.”<sup>202</sup>*

Até a década de 50, sob o domínio ideológico das doutrinas positivistas, o pensamento jurídico dominante ainda não despertara para o verdadeiro papel dos princípios nos sistemas jurídicos. Os princípios jurídicos eram encarados através de uma perspectiva teórica essencialmente normativista que lhes atribuía o significado vago de “diretrizes”, “vigas mestras”, “alicerces” etc., mas lhes recusava os atributos de

---

<sup>200</sup> “O pensamento diretivo que domina e serve de base à formação das disposições singulares de Direito de uma instituição jurídica, de um Código ou de todo um Direito Positivo. O princípio encarna o mais alto sentido de uma lei ou instituição de direito, o motivo determinante, a razão informadora do direito (ratio juris), aquela idéia cardeal sob a qual se abrigam e pela qual se explicam os preceitos particulares, a tal ponto que, em face daquela, estes se acham na própria relação lógica que existe entre o princípio e a consequência que dele procede.” (tradução do autor). Cf. Diego Clemente. Apud ESPÍNDOLA. Op. Cit., p. 31-2.

<sup>201</sup> Cf. BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 143.

<sup>202</sup> Cf. BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 10. ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 229-30.

“normatividade”, “positividade” e “imperatividade” característicos, segundo voz corrente, das normas jurídicas propriamente ditas. Até se dizia que os princípios jurídicos ou princípios gerais de direito eram importantes para “orientar” ou “iluminar” a aplicação do Direito. Todavia, sua observância ficava na dependência do critério do intérprete, ou seja, não era obrigatória. Dessa forma, prevalecia a concepção de que o Direito era, fundamentalmente um “sistema de normas”, restringindo-se, com base no *dogma da legalidade*, a função dos princípios nos Ordenamentos Jurídicos.

Segundo BONAVIDES, coube a CRISAFULLI (1952) afirmar “*categórica e precursoramente*”,<sup>203</sup> a normatividade dos princípios jurídicos. Refletindo uma visível mudança de enfoque doutrinário própria do momento de revisão crítica do Pensamento Jurídico contemporâneo, na passagem para a fase que é identificada como “pós-positivista”, assim se expressava CRISAFULLI:

*Princípio é, com efeito, toda norma jurídica, enquanto considerada como determinante de uma ou de muitas outras subordinadas, que a pressupõem, desenvolvendo e especificando ulteriormente o preceito em direções mais particulares (menos gerais), das quais determinam, e portanto, resumem, potencialmente, o conteúdo: sejam, pois, estas efetivamente postas, sejam, ao contrário, apenas dedutíveis do respectivo princípio geral que as contém.*<sup>204</sup> (o grifo é nosso).

Conforme já antecipamos em vários momentos deste trabalho, a nossa concepção de “sistema” aplicada ao Direito pressupõe o reconhecimento de que os “Princípios Jurídicos” constituem, ao lado das regras, uma categoria de normas jurídicas.

Mas, neste caso, considerando o sistema jurídico como um sistema integrado por **princípios (e os valores que eles expressam)** e **regras**, como fazer a diferença entre princípios e regras?

### 2.3.3 Princípio e Regra Enquanto Espécies de Normas Jurídicas

A construção teórica da diferenciação entre princípios e regras no sistema jurídico é o resultado da contribuição de diversos pensadores empenhados em superar as limitações impostas pelo positivismo dogmático que encarava os princípios como

---

<sup>203</sup> Cf. BONAVIDES. Op. Cit., p.230

<sup>204</sup> Ibidem, p. 230.

preceitos dotados de caráter meramente programático. Segundo ALEXI, a diferenciação entre princípios e regras jurídicas é uma das construções teóricas mais importantes no estudo dos Direitos Fundamentais. Afirma o pensador:

*Ella constituye la base de la fundamentación iusfundamental y es una clave para la solución de problemas centrales de la dogmática de los derechos fundamentales. Sin ella, no puede existir una teoría adecuada de los límites, ni una teoría satisfactoria de la colisión y tampoco una teoría suficiente acerca del papel que juegan los derechos fundamentales en el sistema jurídico. Es un elemento básico no sólo de la dogmática de los derechos de libertad e igualdad, sino también de los derechos a protección, organización y procedimiento y a prestaciones in situ estricto. [...] La distinción entre reglas y principios constituye, además, el marco de una teoría normativo-material de los derechos fundamentales y, con ello, un punto de partida para responder la pregunta acerca de la posibilidad y los límites de la racionalidad en el ámbito de los derechos fundamentales. Por todo esto, la distinción entre reglas y principios es uno de los pilares fundamentales del edificio de la teoría de los derechos fundamentales.<sup>205</sup>*

No que nos concerne, estas observações de ALEXY têm significado especial, não apenas por estarmos tratando o Direito da Criança e do Adolescente numa perspectiva principiológica, mas sobretudo pela estreita conexão que existe entre o ponto de vista aqui defendido e uma teoria dos Direitos Fundamentais de crianças e adolescentes.

Buscando subsídios para orientar nossa abordagem principiológica do Direito da Criança e do Adolescente, no que se refere à configuração dos princípios jurídicos como espécie de normas e a distinção entre princípios e regras, reportar-nos-emos sucintamente ao pensamento de alguns autores responsáveis pelo desenvolvimento da Teoria dos Princípios Jurídicos nas últimas décadas.

---

<sup>205</sup> “Ela constitui a base da fundamentação jusfundamental e é uma chave para a solução dos problemas centrais da dogmática dos direitos fundamentais. Sem ela, não pode existir uma teoria adequada dos limites, nem uma teoria satisfatória da colisão; tampouco uma teoria capaz de explicar o papel que os direitos fundamentais exercem num sistema jurídico. É um elemento básico, não somente da dogmática dos direitos de liberdade e igualdade, mas também dos direitos à proteção, à organização e procedimentos e os que se referem a prestações em sentido estrito [...]. A distinção entre regras e princípios constitui, além disso, o marco de uma teoria normativa – material dos direitos fundamentais, representando, com eles, um ponto de partida para a resposta à indagação sobre a possibilidade e os limites da racionalidade no âmbito dos direitos fundamentais. Por tudo isto, a distinção entre regras e princípios é um dos pilares do edifício da teoria dos direitos fundamentais.” (tradução do autor). Cf. ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Versão para o espanhol de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993. p. 81-2.

a) **BOULANGER - Os diferentes níveis da generalidade.**

JEAN BOULANGER é reconhecido como um dos precursores da teoria da normatividade dos princípios jurídicos. Segundo BONAVIDES, a obra desse autor tem importância fundamental na transição da cultura civilista ou privatística do Direito, contemporânea do Estado Liberal, para a visão publicista, que emergiu no ambiente sócio-político do Estado Social, ou do Bem-Estar.

Quanto à noção de princípios aplicada ao Direito, esclarece BONAVIDES, que BOULANGER recorre ao "*vocabulário técnico e crítico de filosofia de Lalande, o qual assim define os princípios: Chamam-se princípios, dizem os filósofos, o conjunto de proposições diretivas às quais todo o desenvolvimento ulterior se subordina*". Acrescenta Boulanger: "*É o que se verifica tanto no Direito como na Filosofia: existem no Direito proposições às quais séries de soluções positivas se subordinam. Essas proposições devem ser consideradas como princípios*". [...] "*A verdade que fica é a de que os princípios são um indispensável elemento de fecundação da ordem jurídica positiva. Contêm em estado de virtualidade grande número das soluções que a prática exige*."<sup>206</sup>

Ainda segundo BONAVIDES, foi de BOULANGER o primeiro estudo analítico e classificatório dos princípios de Direito, vindo dele o testemunho de que teoria dos princípios jurídicos ainda não tinha sido formulada e a percepção pioneira de que os princípios seriam "*os materiais mediante os quais pode a doutrina edificar com confiança a construção jurídica*".<sup>207</sup>

Coube a BOULANGER, com base no predicado da *generalidade*, estabelecer o primeiro critério para se distinguir "princípio" e "regra" jurídica. Há, dizia BOULANGER, "*entre princípio e regra jurídica não somente uma disparidade de importância mas uma diferença de natureza. Uma vez mais o vocabulário é a fonte de confusão: a generalidade da regra jurídica não se deve entender da mesma maneira que a generalidade de um princípio*"<sup>208</sup>. Uma regra jurídica é geral, argumentava, porque ela é estabelecida para um número indeterminado de atos ou fatos, "*mas, sob certo aspecto ela é especial na medida em rege tão-somente atos ou fatos, ou seja, é editada contemplando uma situação jurídica determinada*". "*O princípio, ao contrário, é geral*

---

<sup>206</sup> Cf. BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1994. p. 240.

<sup>207</sup> Cf. BOULANGER, Jean. Apud BONAVIDES. Op. Cit., p. 239.

<sup>208</sup> Apud BONAVIDES. Ibidem, p. 239-40.



*porque comporta uma série indefinida de aplicações.”<sup>209</sup> [...] “Uma vez afirmados e aplicados na jurisprudência, os princípios são os materiais graças aos quais pode a doutrina edificar, com segurança, construções jurídicas. No sentido em que nós entendemos o termo, que não peca por excesso de precisão, as construções jurídicas têm os princípios por armadura [...] Os princípios existem, ainda que não se expiram ou não se reflitam em textos de lei. Mas a jurisprudência se limita a declará-los; ela não os cria. O enunciado de um princípio não escrito é a manifestação dos espíritos de uma legislação.”<sup>210</sup>*

**b) DWORKIN: *Os princípios como standards de justiça ou equidade. O "tudo ou nada" versus o critério do peso ou importância.***

O pensamento de Ronald DWORKIN representa na Filosofia do Direito anglo-saxã uma importante crítica às doutrinas positivistas e realistas que tiveram grande prestígio na cultura jurídica contemporânea. Tendo por referência o pensamento de HERBERT HART, DWORKIN critica diversos aspectos fundamentais da doutrina positivista, tais como:

- a distinção entre direito e moral;
- o apego ao sistema de normas;
- o modelos de função judicial.

Segundo DWORKIN, a separação entre Direito e Moral transforma o Positivismo numa doutrina perigosa, visto que a prática jurídica dos tribunais demonstra que a distinção entre direito e moral não é tão clara como sustentam os positivistas. DWORKIN rejeita essa separação e, além disso, quando trata dos direitos individuais, que para ele são o cerne dos sistemas jurídicos, reconhece a existência de “direitos morais” ao lado dos “direito de fundamentação legal”.

Quanto à função judicial, DWORKIN rechaça a proposta positivista – presente no pensamento de HERBERT HART – segundo a qual, nos “casos difíceis” (lacunas jurídicas, antinomias jurídicas), deve-se conceder aos juízes o poder de “decidir

---

<sup>209</sup> Cf. BOULANGER. Apud BONAVIDES, p. 239-40.

<sup>210</sup> Cf. BOULANGER. Apud BONAVIDES, p. 240.

discricionariamente”.

No entendimento de DWORKIN, essa posição metodológica não leva a sério o sistema de legitimação da Democracia e fere a teoria da divisão tripartite dos poderes do Estado, que não autorizam os juizes a ditarem leis ou normas retroativas. Combatendo a tese da “função discrecional” argumenta que em face de “casos difíceis” o que compete aos juizes é recorrer ao material jurídico formado por normas, diretrizes e princípios. Em outros termos, para DWORKIN, em vez de exercerem um poder discricionário, que, na verdade é um poder político, e este poder os juizes não têm e não devem ter, os juizes devem recorrer à teoria jurídica e nela certamente encontrarão instrumentos para dar uma “resposta correta” aos dilemas práticos do Direito. Dar aos juizes a liberdade para decidirem sem os critérios racionais estabelecidos pela teoria do direito é uma solução prejudicial aos direitos individuais que ficam à mercê do julgador. Isto corresponde a não levar os direitos a sério. Para DWORKIN, quando existe uma contradição ou lacuna jurídica os juizes não tem poder discricionário para decidirem porque suas decisões estão sempre determinadas por *princípios*. Esta tese de DWORKIN está embasada em dois argumentos: a) qualquer norma jurídica se fundamenta em um princípio; b) os juizes não podem criar normas retroativas. São obrigados a aplicar os princípios jurídicos porque estes constituem parte essencial do Direito.

Por fim, quanto à crítica lançada à atitude positivista que responde pelo “apego ao sistema de normas”, DWORKIN explica que o sistema jurídico não se reduz a um conjunto de normas. Junto com as normas, argumenta, existem *princípios* e *diretrizes políticas*. As diretrizes referem-se a objetivos sociais (fins coletivos) que devem ser atingidos ou que são vistos como desejáveis. Os princípios, por sua vez, dizem respeito à “justiça” e à “equidade” (*fairness*).

Levar os direitos a sério significa, para DWORKIN, combater a filosofia utilitarista e sua defesa dos fins coletivos ou sociais. Liberal convicto, o pensador anglo-saxão subordina os fins coletivos ou sociais do utilitarismo aos direitos individuais. Para ele a função mais importante do sistema jurídico é a garantia desses direitos que representam o triunfo do indivíduo contra o poder da maioria e do governo.

Feita essa rápida digressão do pensamento de DWORKIN, para melhor situarmos suas contribuições na temática que interessa diretamente ao nosso trabalho, passamos ao exame resumido de sua posição teórica sobre o significado, o papel dos

princípios e a diferenciação entre princípios e regras no interior do sistema jurídico. Para isso destacamos estas premissas do pensamento dworkiniano:

a) a afirmação de que os princípios são “standards” que devem ser observados por constituírem uma exigência de justiça, de equidade ou qualquer outra dimensão moral, enquanto as regras podem ser normas vinculantes com um conteúdo meramente formal;

b) o reconhecimento de que a diferença entre princípios e regras jurídicas é, desde logo, de carácter lógico: As regras são aplicadas à *maneira do tudo ou nada* (all or nothing). Os princípios atuam segundo o *critério do peso ou importância*.

Para as regras, explica DWORKIN, o tudo ou nada significa que “*if the facts a rule stipulates are given, then either the rule is valid, in which case the answer it supplies must be accepted, or it is not, in which case it contributes nothing to the decision.*”<sup>211</sup>

Em tradução livre, este argumento de DWORKIN afirma o seguinte: *Se ocorrerem os fatos estipulados pela regra, a regra será válida, e, nesse caso, a resposta que ela der ao caso deverá ser acatada; em caso contrário em nada contribuirá a regra para a decisão.* Isto quer dizer que as regras são aplicadas de maneira disjuntiva: valem ou não valem como instrumento decisório.<sup>212</sup> Já para os princípios o critério do *peso ou importância*, implica em que eles “*do not out legal consequences that follow automatically when the conditions are met*”<sup>213</sup>, ou seja, os princípios *não impõem consequências que se seguem automaticamente à constatação das condições estabelecidas. Apesar disso, continuam válidos e podem subsidiar a construção da norma de decisão em outro caso particular.*

No pensamento de DWORKIN a dimensão de “peso” e de “valor”, é exclusiva dos princípios, determinando-se a escolha entre os princípios através do critério de “relevância”.

---

<sup>211</sup> Cf. citação de FARIAS, Edilson Pereira de. **Colisão de direitos**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1996. p. 24.

<sup>212</sup> Cf. DWORKIN, Ronald. **Los derechos em serio**. Tradução de Marta Guastavino. Barcelona: Ariel, 1997. p. 75.

<sup>213</sup> Cf. citação de FARIAS. Op. Cit., p. 24.

*Los principios tienen una dimensión que falta en las normas: la dimensión del peso o importancia. Cuando los principios se interfieren (la política de protección a los consumidores de automóviles interfiere con los principios de libertad de contratación, por ejemplo), quien debe resolver el conflicto tiene que tener en cuenta el peso relativo de cada uno. [...] Sin embargo, es parte esencial del concepto de principio el que tenga esta dimensión, que tenga sentido preguntar qué importancia o qué peso tiene. Las normas no tienen esta dimensión. [...] no podemos decir que una norma sea más importante que otra dentro del sistema, de modo que cuando dos de ellas entran en conflicto, una de las dos sustituye a la otra en virtud de su mayor peso. Se se da un conflicto entre dos normas, una de ellas no puede ser válida.<sup>214</sup>*

Assim, com razão, observa BONAVIDES, a fórmula do *peso e importância*, utilizada por DWORKIN para resolver a colisão de princípios permite afirmar que o fato de um princípio não ser aplicado para resolver determinada situação não impede que *"amanhã, noutras circunstâncias, volte ele a ser utilizado, e já então de maneira decisiva."*<sup>215</sup> Isto acontece porque quando se trata de princípios a escolha é determinada pelo critério de *relevância*. Em vista disso o afastamento de um princípio em um caso específico não toca na sua validade

### c) ALEXY: Os princípios como "mandamentos de otimização"

Robert ALEXY escreve a obra "Teoría de los Derechos Fundamentales", tendo como preocupação básica a elaboração de uma teoria dogmática geral dos direitos fundamentais. Trata-se de uma teoria dogmática, como ele mesmo esclarece, por ter como referência empírica as disposições sobre Direitos Fundamentais da Lei Fundamental Alemã. Trata-se, ademais, como insiste o autor, de uma teoria integrativa, pois se compromete a tratar dos Direitos Fundamentais formulados pela Lei Fundamental Alemã, abarcando de maneira mais ampla possível os enunciados verdadeiros ou corretos que podem ser formulados nas três dimensões da Dogmática Jurídica (dimensão analítica<sup>216</sup>,

---

<sup>214</sup> "Os princípios têm uma dimensão que falta às normas. A dimensão de peso ou importância. Quando os princípios colidem entre si (a política de proteção aos consumidores de automóveis colide com os princípios de liberdade de contratação, por exemplo), quem deve resolver o conflito tem que levar em conta o peso relativo de cada um [...]. Com efeito, é parte essencial do conceituado princípio que ele possua esta dimensão, que haja sentido em se perguntar que importância ou que peso tem. As normas não têm esta dimensão [...] não podemos dizer que uma norma seja mais importante que outra dentro do sistema. Assim, quando duas normas entram em conflito, uma delas invalida a outra, em virtude do seu maior peso. Se acontece um conflito entre duas normas, uma delas não pode ser válida." (tradução do autor). Cf. DWORKIN. Op. cit., p. 77-78.

<sup>215</sup> Cf. BONAVIDES. Op. Cit., p. 253.

<sup>216</sup> A dimensão analítica trata do aspecto sistemático-conceitual do Direito. "El espectro de tareas se extiende aquí desde logo el análisis de los conceptos fundamentales (por ejemplo, el concepto de norma,

dimensão empírica<sup>217</sup> e dimensão normativa<sup>218</sup>). Além disso, como parte de uma teoria integrativa, é uma teoria estrutural e material, porque "*investiga estructuras tales como la de los conceptos de derechos fundamentales, de la influencia de los derechos fundamentales en el sistema jurídico y de la fundamentación de los derechos fundamentales, tomando en cuenta las tareas prácticas de una teoría integrativa.*"<sup>219</sup>

Um dos pontos de partida da Teoria geral dos Direitos Fundamentais de ALEXY é a explicação do que seja uma "norma de direito fundamental", no que diz respeito ao conceito e estrutura. Relativamente ao último aspecto, que nos interessa mais de perto, ALEXY enfatiza a necessidade de distinguir os *principios* das *reglas jurídicas*. Esta preocupação teórico-dogmática adquire maior importância, quando ALEXY deixa claro que rejeita, no tocante à positivação jurídica dos direitos fundamentais, os sistemas ou modelos "puro de principios" e "puro de reglas", demonstrando que a forma mais adequada de normatização jurídica dos direitos fundamentais é o modelo combinado de principios e reglas.<sup>220</sup>

---

*de derecho subjetivo, de libertad y de igualdad) pasando por la construcción jurídica (por ejemplo, la de la relación entre lo supuesto de hecho y las restricciones de los derechos fundamentales y la del efecto en terceros), hasta la investigación de la estructura del sistema jurídico (por ejemplo, la llamada irradiación de los derechos fundamentales) y la de la fundamentación sobre la base de los derechos fundamentales (por ejemplo, de la ponderación)." ("Neste caso, o conjunto de tarefas estende-se, desde logo, à análise dos conceitos fundamentais [ex.: o conceito de norma, de direito subjetivo, de liberdade e igualdade], passando pela construção jurídica [ex.: a relação entre o pressuposto fático e as restrições dos direitos fundamentais e os efeitos em relação a terceiros], até a investigação da estrutura do sistema jurídico [ex.: a chamada irradiação dos direitos fundamentais] e a fundamentação sobre a base dos direitos fundamentais [ex. o tema da ponderação]" (tradução do autor). (Cf. ALEXY. Op. Cit., p. 30).*

<sup>217</sup> ALEXY considera a dimensão empírica em duplo significado: a) com relação ao conhecimento do direito positivado; b) com relação ao uso das premissas empíricas da argumentação jurídica. (ALEXY. Op. Cit., p. 30).

<sup>218</sup> Na sua dimensão normativa, segundo ALEXY, a Dogmática Jurídica se ocupa da orientação e da crítica da "práxis jurídica", especialmente a "praxis da jurisprudência judicial". Portanto, nesta dimensão, "se vá más allá de la simple comunicación de aquello que en la dimensión empírica es constatable como derecho positivo válido." [...] "Para ella, es constitutiva la cuestión de saber cuál es, en el caso concreto y sobre la base del derecho positivo válido, la decisión correcta." (Vai-se além da simples comunicação do que na dimensão empírica é constatável como direito positivo válido." [...] "Para esta dimensão constitui questão primordial sobre qual é, no caso concreto, a partir do direito positivo válido, a decisão correcta." (tradução do autor). (ALEXY. Op. Cit., p. 32).

<sup>219</sup> "[...] investiga estructuras, tais como a dos conceptos de derechos fundamentales, da influência dos direitos fundamentais no sistema jurídico e da fundamentação dos direitos fundamentais, levando em conta as tarefas práticas de uma teoria integrativa." (tradução do autor). Cf. ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Versão para o espanhol de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993. p. 39.

<sup>220</sup> Eis o argumento de ALEXY: "El modelo puro de reglas fracasa en los tres tipos de normación de derecho fundamental considerados." Aqui ALEXY se refere aos tipos de normatização dos Direitos Fundamentais sem reserva, com reserva simples e com reserva qualificada, tratados na sua obra (pp.119-128). Segue o autor: "Se puede suponer que también es insuficiente para otros tipos de normación que se encuentran en la Ley Fundamental. El modelo puro de principios fue rechazado porque no toma en serio las regulaciones adoptadas en la Ley Fundamental. Cuando dos formas puras contrapuestas no son

Quando o objeto do debate é o problema da diferença entre princípios e regras, a proposta de ALEXY é semelhante à de DWORKIN, ressalvando-se desde logo que para DWORKIN os princípios visam apenas a tutela jurídica de direitos individuais, denominando as normas que se referem a direitos fundamentais coletivos de "policies" (diretrizes políticas). ALEXY discorda expressamente dessa posição. Na sua opinião, é importante perceber a diferença entre direitos individuais e bens coletivos. Todavia, não é necessário, nem funcional, vincular o conceito de princípio exclusivamente ao conceito de direito individual.

Para ALEXY, é fundamental compreender que a diferença entre princípios e regras é o mesmo que a diferença entre duas espécies de normas.

*A menudo, no se contraponem regla y principio sino norma y principio o norma y máxima. Aquí las reglas y los principios serán resumidos bajo el concepto de norma. Tanto las reglas como los principios son normas porque ambos dicen lo que debe ser. Ambos pueden ser formulados con la ayuda de las expresiones deónticas básicas del mandato, la permisión y la prohibición. Los principios, al igual que las reglas son razones para juicios concretos de debe ser, aun cuando sean razones e un tipo muy diferente. La distinción entre reglas y principios es pues una distinción entre dos tipos de normas.<sup>221</sup>*

ALEXY observa que existe uma pluralidade de critérios de distinção de princípios e regras, ressalvando que o critério da generalidade é o mais frequentemente utilizado. "*Según él, los principios son normas de un grado relativamente alto, y las reglas normas con un nivel relativamente bajo de generalidad*".<sup>222</sup> Além do critério da generalidade, ele colaciona outros, presentes na Doutrina sobre a matéria: o da "*determinabilidade dos casos de aplicação*", (J. ESSER) o da "*forma da origem*", que distingue ente normas "criadas", no sentido de "originárias" e normas "derivadas" ou

---

*acceptables, hay que preguntarse por una forma mixta o combinada, es decir un modelo combinado. Un tal modelo combinado es el modelo regla/principios, que surge de la vinculación de un nivel de principios con un nivel de reglas." (O modelo puro de regras fracassa nos três tipos de normatização de direitos fundamentais contemplados) [...] "Pode-se considerar que também é insuficiente para outros tipos de normatização constantes da Lei Fundamental. O modelo puro de princípios foi rejeitado porque não leva a sério o sistema regulativo da Lei Fundamental. Quando duas formas puras contrapostas não são aceitáveis, devemos pensar numa forma mista e combinada, isto é, um modelo combinado. Um modelo deste tipo é o modelo regra/princípio, que deriva da vinculação de um nível de princípios com um nível de regras." (tradução do autor). (Op. Cit., p. 129/130).*

<sup>221</sup> Cf. ALEXY. Op. Cit., p. 83.

<sup>222</sup> "*Segundo ele, os princípios são normas que apresentam um grau relativamente alto, enquanto as regras constituem normas com um nível relativamente baixo de generalidade.*" (tradução do autor). Cf. ALEXY. Op. Cit., p. 83.

"desdobradas" (S. I. SHUMAN e T. ECKOFF), o da "*explicitação do caráter valorativo*" (C. W. CANARIS), o da "*referência a uma idéia de Direito*", (K. LARENZ), o da "*referência a uma lei suprema de Direito*" (H. J. WOLFF), o da "*relevância para o Ordenamento Jurídico*" (K. LARENZ, A. PECZENIN, Z. ZIEMBINSKI, dentre outros). Finalmente, observa que os princípios e regras ainda podem ser diferenciados segundo sejam fundamentos de regras, ou regras elas mesmas, ou segundo se trate de "normas de fundamentação" (J. ESSER, K. LARENZ, J. RAZ, N. MACCORMICK) ou "normas de comportamento" (H. GROSS).

A partir da variedade de critérios para distinguir princípios e regras, diz ALEXY, surgem três teses totalmente distintas sobre essa matéria. A primeira delas afirma que devido à diversidade de critérios existentes, é vã toda pretensão de dividir as normas em duas classes – regras e princípios. A segunda, sustenta que as normas podem dividir-se em dois tipos – regras e princípios – levando-se conta unicamente o critério do grau. Os defensores típicos desta tese entendem que o *grau de generalidade* é o critério decisivo. A terceira tese - que para ALEXY é a correta -, afirma que as normas podem ser divididas em regras e princípios, e que entre regras e princípios existe uma diferença, não apenas de grau, mas também qualitativa.<sup>223</sup>

Os princípios, argumenta o jurista germânico, são normas que prescrevem algo para ser efetivado da melhor forma possível, dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes.<sup>224</sup> Em vista disso, ALEXY conceitua os princípios como "*mandamentos de otimização*", advertindo que neste caso o conceito de "mandamento" é utilizado em sentido amplo, abrangendo também "permissões" e proibições".<sup>225</sup>

Enquanto "mandamentos de otimização", os princípios são normas que podem ser cumpridos em distinto grau, e cuja medida do seu cumprimento depende, ao mesmo tempo, das possibilidades reais e jurídicas existentes. Neste caso, o *âmbito das possibilidades jurídicas* é determinado frente a princípios e regras opostas.<sup>226</sup> De maneira diferente, as *regras* são normas que somente podem ser cumpridas ou não.

---

<sup>223</sup> Cf. ALEXY. Op. Cit., p. 85-6.

<sup>224</sup> Ibidem, p. 86.

<sup>225</sup> Vide nota de rodapé n. 23, p. 86, da obra em questão. "*El concepto de mandato es utilizado aquí en un sentido amplio, que abarca también permisiones y prohibiciones.*" ("*O conceito de mandamento é aqui utilizado em sentido amplo, abrangendo permissões e proibições.*") (tradução do autor).

<sup>226</sup> Cf. ALEXY. Op. Cit., p. 86. BOVANIDES. Op. cit., p. 250.

*"Si una regla es válida, entonces de hacerse exactamente lo que ella exige, ni más ni menos. Por lo tanto, las reglas contienen determinaciones en el ámbito de lo fáctica e jurídicamente posible. Esto significa que la diferencia entre reglas y principios es cualitativa y no de grado. Toda norma es bien, una regla o un principio."* <sup>227</sup>

O momento em que se torna mais evidente a importância da diferenciação de regras princípios na obra examinada, é quando ALEXY considera o tema das antinomias jurídicas. No instante em que duas regras entram em conflito, explica ele, este problema jurídico-normativo pode ser resolvido de duas maneiras:

a) introduzindo-se em uma das regras, uma cláusula de exceção, que elimina o conflito;<sup>228</sup>

b) declarando-se inválida uma das regras.

Quando se trata de declarar juridicamente inválida uma das regras em conflito, segundo ALEXY, é preciso observar que ao contrário do que ocorre com o conceito de eficácia ou validade social, o conceito de validade jurídica não é graduável. Uma regra vale ou não vale juridicamente. Afirmar a validade jurídica de uma regra, significa afirmar a validade de suas consequências jurídicas. Assim, quando o conflito entre regras não pode ser resolvido pela introdução de uma cláusula de exceção em uma delas, o remédio jurídico é a expulsão de uma das regras do Ordenamento do Direito Positivo, o que se concretiza pela aplicação de critérios cronológico, de hierarquia e de especialidade.

Desta forma, argumenta ALEXY, *não se pode afirmar que uma das regras em conflito é mais importante ou tem maior peso do que a outra no interior do Ordenamento Jurídico*. Uma delas é válida, a outra não. O conflito é resolvido por uma decisão sobre a validade jurídica.

---

<sup>227</sup> *"Se uma regra é válida, impõe-se fazer exatamente o que ela exige, nem mais, nem menos. As regras contêm determinações no âmbito do que é fáctica e jurídicamente possível. Isto significa que a diferença entre regras e princípios é qualitativa e não de grau. Toda norma é, assim, uma regra ou um princípio."* (tradução do autor). Cf. ALEXY. *Ibidem*, p. 87.

<sup>228</sup> *Aqui, Alexy exemplifica com a seguinte situação: uma regra proíbe abandonar a sala antes de que soe o sinal de saída, outra ordena a retirada da sala em caso de alarme incêndio. Se não se aciona o sinal de saída e se dá o alarme de incêndio, estas duas regras conduzem a juízos concretos de dever-ser contraditórios entre si. Este conflito se soluciona introduzindo-se na primeira das regras em conflito uma cláusula de exceção, para o caso de alarme de incêndio.*



No conflito – colisão - entre *princípios* isto não ocorre. É claro que no caso de colisão entre princípios, um deles deve ceder ao outro. No entanto, isto não significa que se declare inválido o princípio vencido, nem que este princípio tenha sido deixado de lado através da introdução de uma cláusula de exceção no princípio vencedor. O que acontece nesta situação é outra coisa: levando-se em conta o *peso* ou *importância* de cada princípio no interior do Ordenamento jurídico, um dos princípios em colisão é afastado na solução jurídica caso concreto, sem que isto resulte na declaração de sua invalidade. O afastamento de um princípio na solução jurídica de um caso concreto, pode não se repetir numa situação futura, diante de outras circunstâncias. Assim, em face de determinadas condições, a colisão de princípios é resolvida por uma decisão sobre o peso ou importância, nada se dizendo acerca da invalidade jurídico-normativa do princípio preterido.

ALEXY explica que a solução dos casos de colisão de princípios consiste no estabelecimento de uma "*relação de precedência condicionada*", levando-se em conta as circunstâncias da situação concreta.

*"La determinación de la relación de precedencia condicionada consiste en que, tomando en cuenta el caso, se indican las condiciones bajo las cuales un principio precede al outro. Bajo otras condiciones, la cuestión de la precedencia puede ser solucionada inversamente."*<sup>229</sup>

Segundo ALEXY, na base da teoria dos princípios, enquanto "mandamentos de otimização", existe uma "lei de colisão". Em linguagem comum, esta lei pode ser expressada da seguinte maneira:

"As condições sob as quais um princípio precede a outro, constituem o pressuposto fático de uma regra que expressa a consequência jurídica do princípio precedente." Esta "lei de colisão" "*Reflexa el carácter de los principios como mandatos de optimización entre los cuales, primero, no existen relaciones absolutas de*

---

<sup>229</sup> "A determinação da relação de precedência condicionada consiste em que, tomando-se em conta o caso concreto, determinam-se as condições sob as quais um princípio precede a outro. Havendo mudança de condições, a questão da precedência pode ser solucionada inversamente." (tradução do autor). Cf. ALEXY. Op. Cit., p. 92 (grifo no original).

*precedencia y que, segundo, se refieren a acciones y situaciones que no son cuantificables.*"<sup>230</sup>

Desde logo percebemos que para ALEXY não existem princípios absolutos, pois a teoria de princípios por ele elaborada pressupõe sempre a presença da lei de colisão.

Neste sentido, encontramos na obra pesquisada a seguinte posição: admitir a existência de princípios absolutos é imaginar que um sistema jurídico contenha princípios "sumamente fortes", ou seja, princípios que em nenhum caso possam ser preteridos por outros.

Desta forma, argumenta ALEXY, para atender à idéia de "princípios absolutos", é necessário modificar o próprio conceito de princípio, "*pues el hecho de que exista un principio que, en caso de colisión, tiene que preceder a todos los otros principios, es decir, también a aquél que dice que las reglas estatuidas tienen que ser obedecidas, significa que su realización no conoce límites jurídicos. Solo siguen existiendo límites fácticos. El teorema de la colisión no es aplicable.*"<sup>231</sup>

No entendimento de ALEXY existe uma ligação estreita entre a *teoria dos princípios* e a *máxima da proporcionalidade*. Em razão de seu caráter de "*mandamentos de otimização*", os princípios implicam nesta *máxima*, que se desdobra em três máximas parciais:

- a) da conformidade ou adequação dos meios;
- b) da exigibilidade ou da necessidade dos meios (requisito do meio menos gravoso);
- c) proporcionalidade em sentido estrito ou mandamento de ponderação propriamente dito.

As *máximas de adequação e exigibilidade* ou *necessidade* dos meios se referem ao caráter dos princípios como mandamentos de otimização relacionadas com as possibilidades fáticas. Por seu turno, a *máxima da proporcionalidade em sentido estrito* –

---

<sup>230</sup> "Reflete o caráter dos princípios como mandamentos de otimização, entre os quais não existem relações absolutas de precedência, além do que, em segundo lugar, referem-se a ações e situações que não são quantificáveis." (tradução do autor). ALEXY. Op. Cit., p. 95.

<sup>231</sup> "[...] pois o fato de que exista um princípio que, em caso de colisão, precede a todos os outros princípios, ou seja, também àquele que diz que as regras estatuidas devem ser obedecidas, significa que sua realização não conhece limites jurídicos. Só conhecem limites fáticos. Neste caso, o teorema da colisão não é aplicável." (tradução do autor). Cf. ALEXY. Op. Cit., p. 106.

ou *mandamento de ponderação propriamente dito*, se refere ao caráter dos princípios como "mandamentos de otimização" com respeito a possibilidades jurídicas.

A teoria dos princípios jurídicos de ALEXY está intimamente conectada à teoria dos valores. No entendimento desse autor, esta conexão se dá em duplo sentido:

a) do mesmo modo que se pode falar de uma colisão de princípios e de uma ponderação de princípios, pode-se falar de uma colisão de valores e de uma ponderação de valores,

b) o cumprimento gradual dos princípios tem o seu equivalente na realização dos valores.

Apesar das semelhanças que os aproximam, princípios e valores apresentam uma diferença básica: os princípios tem um caráter deontológico e os valores, um caráter axiológico. Em vista disso, os princípios constituem juízos de dever-ser e os valores juízos estimativos<sup>232</sup> (belo, valente, econômico, nobre, justo, democrático, autoritário, social, etc.). *"Lo que en el modelo de los valores es "prima facie" lo mejor es, en el modelo de los principios, "prima facie" debido."*<sup>233</sup>

Segundo ALEXY os conceitos de valor podem ser divididos em três grupos: classificatórios, comparativos e métrico ou de medida. Os conceitos classificatórios, atuam à base da ponderação entre critérios valorativos opostos, permitem valorações mais diferenciadas e são os que têm maior importância para o direito constitucional.

Diante disso, podemos dizer que a proposta de ALEXY de uma teoria dos princípios, implica necessariamente, no reconhecimento da temática dos valores. Ao se conceber os princípios como "mandamentos de otimização", e ao se ressaltar que as colisões de princípios, diferentemente dos conflitos de regras, são resolvidas através de critérios de peso e importância, através da técnica da ponderação, advém a percepção, quase intuitiva, porém perfeitamente demonstrável, da forte relação que neste caso existe entre as esferas dos princípios e a esfera dos valores. Concluímos com este pensamento de BONAVIDES:

---

<sup>232</sup> *"Quien dice de algo que tiene un valor expresa un juicio de valor y lleva a cabo una valoración."* ("Quem se refere a algo que tem um valor expressa um juízo de valor e realiza uma valoração." (tradução do autor). ALEXY. Op. Cit., p. 142 (grifo no original).

<sup>233</sup> *"Aquilo que no modelo dos valores é 'prima-facie' o melhor, no modelo dos princípios é 'prima-facie' o devido."* (tradução do autor). Cf. ALEXY. Ibidem, p. 147.

*Da posição de Alexy se infere uma suposta contiguidade da teoria dos princípios com a teoria dos valores. Aquela se acha subjacente a esta. Se as regras têm a ver com a validade, os princípios têm muito que ver com os valores. Teoriza Alexy na mesma direção da jurisprudência dos valores, e aqui reside a inteira contemporaneidade, bem como a importância vanguardista de seu pensamento jurídico tocante ao valor normativo dos princípios.<sup>234</sup>*

**d) GIANFORMAGGIO: Os princípios como juízo de concorrência.**

No entendimento de Letizia GIANFORMAGGIO, no referente aos princípios constitucionais e considerando que todos os preceitos constitucionais obrigam juridicamente, independentemente de sua tipologia, é no momento de interpretação/aplicação das normas que se evidencia a diferença entre princípios e regras.

Neste caso, a autora defende o ponto de vista segundo o qual a interpretação/aplicação das regras se realiza por um juízo de subsunção da situação de fato ao preceito normativo. Enquanto isso, como os princípios não são incompatíveis, mas concorrentes entre si, a aplicação de um princípio implica a aplicação de outro com ele concorrente, tendo em vista alcançar-se o mínimo de restrição aos princípios envolvidos.

Feitas estas digressões na Doutrina, podemos agora catalogar os critérios de distinção entre princípios e regras da seguinte forma:

- a) o grau de generalidade ou abstração (Boulanger);
- b) a proximidade da idéia de Justiça e de Equidade (Dworkin);
- c) o peso ou importância dos princípios, face ao “tudo ou nada” das normas; (Dworkin);
- d) os princípios como mandatos de otimização; (Alexy)
- e) os princípios como juízo de concorrência; (Gianformaggio).

Complementamos esta análise introdutória ao estudo dos princípios jurídicos do Direito da Criança e do Adolescente, reportando-nos a CANOTILHO que, na obra “Direito Constitucional”<sup>235</sup>, *dando ênfase aos princípios enquanto normas*

<sup>234</sup> Cf. BONAVIDES. Op. Cit., p. 251-2.

<sup>235</sup> Cf. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 6. ed. revista (reimpressão). Coimbra, Portugal, 1995. p.167-8.

*qualitativamente distintas das outras categorias de normas – as regras jurídicas, sintetiza a questão da diferenciação entre tais tipos de normas jurídicas, com seguinte comentário:*

*“(1) os princípios são normas jurídicas impositivas de uma otimização, compatíveis com vários graus de concretização, consoante os condicionamentos fácticos e jurídicos; as regras são normas que prescrevem imperativamente uma exigência (impõem, permitem ou proibem) que é ou não é cumprida (nos termos de DWORKIN: *applicable in all-or-nothing fashion*); a convivência dos princípios é conflitual (ZAGREBELSKY); a convivência de regras é antinômica; os princípios coexistem, as normas antinômicas excluem-se.*

*(2) conseqüentemente, os princípios, ao constituírem exigências de otimização, permitem o balanceamento de valores e interesses (não obedecem, como as regras, à ‘lógica do tudo ou nada’), consoante o seu peso e a ponderação de outros princípios eventualmente conflitantes; as regras não deixam espaço para qualquer outra solução, pois se uma regra vale (tem validade) deve cumprir-se na exacta medida das suas prescrições, nem mais nem menos.*

*(3) Em caso de conflito entre princípios, estes podem ser objeto de ponderação, de harmonização, pois eles contêm apenas ‘exigências’ ou ‘standards’ que, em ‘primeira linha’ (prima facie), devem ser realizados; as regras contêm ‘fixações normativas’ definitivas, sendo insustentável a validade simultânea das regras contraditórias.*

*(4) os princípios suscitam problemas de validade e peso (importância, ponderação, valia); as regras colocam apenas questões de validade (se elas não são correctas devem ser alteradas).” (grifos no original).*

### **2.3.4 Os Princípios Jurídicos e suas Funções**

Outro ponto de fundamental importância num estudo introdutório dos princípios jurídicos é aquele que se refere às funções que estes tipos de normas cumprem, enquanto expressões positivadas de Direito, no Ordenamento Jurídico. Já vimos com CANOTILHO que os princípios, enquanto “normas de otimização”, permitem o balanceamento de valores e interesses, consoante o seu peso e a ponderação de outros princípios eventualmente colidentes. Além disso, em face da contiguidade da teoria dos princípios com a teoria dos valores, presente no pensamento de ALEXY, podemos dizer que os princípios se materializam também através do manejo ou ponderação de critérios de

valorações. Com a utilização desses critérios são estabelecidas as regras de precedência condicionada de um princípio em relação a outro, ou de um princípio em relação a uma regra jurídica.

Segundo a análise pioneira de F. de CASTRO, os princípios servem de fundamento para a ordem jurídica, sendo que neste caso, dotados de eficácia derogatória e diretiva, orientam o trabalho interpretativo e atuam como fonte de Direito na hipótese de vazio jurídico, causado pela insuficiência da lei ou do costume.<sup>236</sup>

Por sua vez, o jurista italiano TRABUCCHI, reconhece que os princípios servem como “*critérios inderrogáveis*”<sup>237</sup> ou “*diretrizes para a interpretação e a aplicação das normas*”,<sup>238</sup> assumindo, assim, “*a triplice dimensão fundamentadora, interpretativa e supletória em relação às demais fontes*”<sup>239</sup> do Direito.

Por fim, lembramos que BOBBIO reconhece a “*tetradimensionalidade funcional*” dos princípios jurídicos, afirmando que eles exercem *função interpretativa, função integrativa, função diretiva e função limitativa*.

Sintetizando essas contribuições sobre o tema, entendemos que os princípios jurídicos exercem basicamente três funções jurídico-normativas, “função fundamentadora”, com eficácia diretiva e limitativa, “função interpretativa” e “função integrativa” ou supletiva. Pela *função fundamentadora*, os princípios estabelecem os marcos fundantes do Sistema Jurídico, fixando os limites dentro dos quais, tanto o legislador, quando o aplicador do Direito Positivo têm o dever jurídico de se manter. Esta função, como dissemos, atua em dois níveis de eficácia: *diretiva* e *limitativa*. No primeiro caso, impõem ao Estado o dever de intervir positivamente na regulação jurídica da vida social, garantindo os cidadãos, por exemplo, contra a omissão legislativa em assuntos relevantes para o conjunto da sociedade. No segundo caso, negam validade e/ou vigência a regras que conflitem com os fundamentos da ordem jurídica estabelecida, com os objetivos do respectivo sistema político etc., o que pode acontecer, v.g., através de tentativas de se revogar ou de se modificar, em prejuízo dos cidadãos, normas sobre direitos fundamentais.

---

<sup>236</sup> Cf. BONAVIDES. Op. Cit., p. 254-255.

<sup>237</sup> Cf. TRABUCCHI. Apud BONAVIDES. Op. Cit., p. 255.

<sup>238</sup> Idem, ibidem, p. 255.

<sup>239</sup> Cf. TRABUCCHI. Apud BONAVIDES. Op. Cit., p. 255.

Através da *função interpretativa ou “hermenêutica”*, os princípios funcionam como *códigos de significação*, que orientam o intérprete na busca do sentido e da extensão das regras jurídicas, consoante os ditames do modelo de estado de direito em que estão inseridas. Mas, como observa FARIAS, neste caso, a singularidade dos princípios “*é que eles servem de guia para a sua própria aplicação. Isso acontece porque os próprios princípios carecem de interpretação, e o agente jurídico terá que primeiramente interpretar os princípios retores da interpretação.*”<sup>240</sup>

Além disso, os princípios são acionados na solução das antinomias jurídicas, presentes no Direito positivado, tão comuns na atualidade, especialmente em face da complexidade da vida social em sociedades de massa, bem como em vista do movimento de expansão dos direitos fundamentais, não raro, colidentes entre si.

Por fim, mormente na ótica “pós-positivista”, que compromete o Direito e o Estado de Direito com a idéia da instrumentalidade positiva ou garantista, segundo a qual, não basta ao Estado formalizar um Direito qualquer, mas um Direito legítimo, os princípios funcionam como controle da “discricionariedade”, tanto no campo administrativo, quanto no campo judiciário. No primeiro caso, impondo que as ações político-administrativas sejam realmente fundadas no interesse geral (Bem Comum). No segundo caso, advertindo que o Judiciário está comprometido com a produção de decisões justas, mesmo porque uma das finalidades básicas da prestação jurisdicional é a “*pacificação com Justiça*”.

Quanto à *função integrativa ou supletiva*, designa a utilização dos princípios jurídicos como fonte formal de Direito em caso de lacuna da lei. Nestas situações, os princípios funcionam como instrumento de colmatação ou superação da ausência de regulação legal de um caso ou determinado grupo de casos, naquelas circunstâncias em que, segundo o plano teleológico da lei, essa regulação se mostra como uma necessidade da ordem jurídica. Segundo LARENZ, a superação das lacunas do Sistema de Direito Positivo é caso de desenvolvimento do Direito imanente à lei, de competência do Judiciário, categoria que ele difere do “Desenvolvimento do Direito superador da lei”, por

---

<sup>240</sup> Cf. FARIAS. Op. Cit., p. 41.

sua vez, cabível ao Legislativo, como decorrência da teoria da divisão tripartite dos poderes do Estado.<sup>241</sup>

A própria possibilidade jurídica de integração das lacunas da lei pressupõe a aplicação de outros princípios mais propriamente de lógica jurídica. Com efeito, falarmos em lacuna significa que devemos pressupor a incompletude, e abertura do Sistema normativo, constatação que, por seu turno, só se justifica, quando partimos da premissa ou princípio de compreensão geral do Direito, segundo o qual o Sistema normativo tem por aspiração primordial, a completa regulação da vida social ou de partes dela, ainda que essa meta nunca seja atingida. É diante disso que podemos conceber as lacunas da lei como “*imperfeição contrária ao plano da lei*”.

Além disso, há outro princípio atuante no reconhecimento das lacunas da lei. É o princípio inerente a toda lei, e que se traduz pela expressão “*tratamento igual daquilo que é igual*”. Ou seja, se uma dada situação de fato está regulada pela lei, não se justifica que outra situação semelhante à primeira à luz de uma valoração jurídica inerente ao plano teleológico da lei, não esteja referida em nenhuma regra. Na opinião de LARENZ, os princípios jurídicos, ao lado da analogia, são os instrumentos metodológicos que na maior parte das vezes, se prestam à superação das chamadas lacunas patentes da lei.<sup>242 - 243</sup>

No sistema jurídico brasileiro, o artigo 4º da Lei de Introdução ao Código Civil, prevê o funcionamento dos princípios jurídicos como instrumento de integração das lacunas da lei (“Quando a lei for omissa, o juiz decidirá de acordo com [...] os princípios gerais de direito”). Nesta hipótese, a que se refere como “função regulativa”, esclarece FARIAS, “*os princípios são normas primárias que regulam imediatamente a conduta de seus destinatários, além de constituírem premissa da argumentação jurídica utilizada na aplicação dos mesmos. [...] os princípios cumprem o papel de lex e não apenas de ratio legis. Vale dizer, como normas de conduta e não como simples critério justificador ou orientador da aplicação de outras normas.*”<sup>244</sup>

---

<sup>241</sup> Cf. LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Tradução de José Lamego. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1983. p. 447-448; 455.

<sup>242</sup> “*Existe uma lacuna patente, quando a lei não contém regra alguma para um determinado grupo de casos, que lhes seja aplicável – se bem que, segundo a sua própria teleologia, devesse conter tal regra.*” Cf. LARENZ. Op. Cit., p. 457.

<sup>243</sup> Ibidem., p. 461.

<sup>244</sup> Cf. FARIAS. Op. Cit., p. 42-43.



### 2.3.5 Origem e Classificação dos Princípios Jurídicos

Um dos momentos mais controversos da teoria dos princípios jurídicos é aquele em que se busca elucidar de onde eles provêm, onde fixam seus primeiros fundamentos, suas raízes menos perceptíveis, enquanto "normas de otimização". Ao tratarmos deste tema, passamos a conviver com um processo teórico cujo desenvolvimento e resultado final ficam na dependência da orientação compreensiva inicial sobre a própria idéia do Direito, que anima o pesquisador. Se sua concepção sobre o Direito for jusnaturalista, terá ele a tendência de buscar a origem dos princípios, ora na Vontade Divina, ora numa Ordem Universal da Natureza, ora em ditames de uma Razão Humana Superior etc., dependendo do caráter do fundamento ontológico a que estiver subordinado o seu jusnaturalismo – isto é, seja ele, teológico, cosmológico, antropológico ou histórico-social. Por outro lado, se for um adepto do Positivismo Jurídico, as respostas que dará à questão da origem dos princípios jurídicos, declinará em direção a outros fatores, os quais variarão, novamente, de acordo com sua convicção fundamental sobre a gênese do Direito. Neste sentido, um seguidor do positivista-formalista que vincula o nascimento da ordem jurídica a uma manifestação do poder estatal, dirá que os princípios jurídicos são originários, exclusivamente, do sistema de Direito Positivo, como resultado da positivação pelo poder competente das diretrizes do sistema normativo em vigor. Diferentemente, se a posição teórico-doutrinária do estudioso for o positivismo-realista, ele será tentado a constatar que os princípios jurídicos são imanentes à própria dinâmica dos fatos sociais.

É evidente que essas opções teóricas unilateralistas sobre o Direito já foram objeto da crítica que se encarregou de trazer a público e demonstrar suas ilegitimidades epistemológicas de origem e as conseqüentes impropriedades de seus postulados fundamentais. Este não é momento apropriado para voltar a tais questões, mas é importante sublinhar que as idéias a seguir desenvolvidas as tem como seu pano de fundo teórico.

Nossa abordagem sobre a origem dos princípios jurídicos, como de resto toda nossa reflexão sobre o Direito, e especialmente sobre o Direito da Criança e do Adolescente, tem seu ponto de partida no reconhecimento de que o Direito é um fenômeno histórico-social tridimensionalmente estruturado, constituído como uma unidade integrada pelas dimensões fática, normativa e valorativa, as quais participam necessariamente do ser-do-Direito através de uma interação dialética. Dada a

essencialidade do caráter tridimensional do fenômeno jurídico, qualquer aproximação filosófica ou científica que não a leve em conta como elemento fundacional, estará gravemente contaminada por um vício de origem que se irradiará em todo o processo de produção do conhecimento.

Por outro lado, é importante lembrar que nossa posição teórica, em suas duas dimensões – teórico-doutrinária e teórico-dogmática – é uma abordagem que concebe o Direito como um sistema aberto e ordenável, um sistema hetero-poyético, de princípios regras (e valores).

Em razão dessas premissas não podemos concordar com a afirmação corrente em certos setores da comunidade jurídica de que os princípios jurídicos têm sua origem exclusiva no ordenamento de Direito Positivo. Mesmo quando tal afirmação, num gesto de contemporização com as posições anti-positivistas, reconhece a existência de princípios “latentes” na ordem jurídica, atendendo parcialmente à objeção de que o problema dos fundamentos dos princípios jurídicos não se esgota numa perspectiva meramente positivista. No estágio histórico-social em que nos encontramos, é imperativo reconhecermos que o progresso experimentado pelo Conhecimento Jurídico nos últimos cinquenta anos não permite qualquer retrocesso em direção ao reducionismo positivista que, como sabemos, ao confundir Direito e Lei, impedia a busca de princípios jurídicos fora do sistema de direito positivo.

Não se trata aqui de uma reprise da dicotomia “Direito Positivo/Direito Natural”, nos moldes tradicionais. Trata-se, isso sim, de sublinhar que não pactuamos com as teses que esgotam no “Direito Positivo” a própria idéia de Direito e cerceiam a busca de princípios jurídicos fora do “sistema legal”. Se concordarmos em conceber o Direito como um Sistema, sobram fundamentos teóricos para evitar que o nosso raciocínio jurídico se perca no labirinto das teorias sistêmicas que não sabem o que fazer, ou que se recusam a fazer o que é adequadamente possível para incorporar, na definição, na abordagem, na interpretação e na aplicação do Direito, uma perspectiva que dê conta da complexidade e da abertura dos textos legais, realizando um dos aspectos básicos da essência fenomenológica do Direito, que é servir de instrumento para a inesgotável realização da vida humana.

O Direito não é um sistema em si mesmo, não é um “sistema-fim”. É um sistema-meio, um instrumento para a realização de fins e valores sociais, políticos, econômicos etc., os quais, por isso, passam a ter relevância para teoria jurídica, para a

Ciência do Direito. São os fins e os valores, que passamos a denominar "bens jurídicos", os eixos que comandam o movimento incessante do Direito. Segundo LARENZ, se considerarmos os diversos tipos de sistema que já foram concebidos pela Ciência Jurídica, o único modelo compatível com o Direito é justamente o que o caracteriza como "ordem axiológica ou teleológica" e que exaure a pauta de princípios na ordem estatuída.

CANARIS demonstrou, num escrito especificamente dedicado a este problema, que de facto se têm de distinguir diferentes conceitos de sistema. Comum a todos eles é apenas a idéia de unidade (no sentido de um ou vários pontos de referência centrais) e de ordem (no sentido de uma conexão sem hiatos, da compatibilidade lógica de todos os enunciados). Não é apropriado para a ciência do Direito, segundo CANARIS, o sistema axiomático-dedutivo, no sentido da lógica, pois um tal sistema requer a ausência de contradição e a integralidade dos axiomas subjacentes — dois requisitos que não são susceptíveis de serem satisfeitos, pelo menos tendo em conta os princípios de valoração que estão por detrás das normas. Tão-pouco é adequado o sistema lógico da Jurisprudência dos Conceitos, precisamente porque a unidade de sentido intrínseca ao Direito, que se pode apreender no sistema é, "de acordo com a sua deducionabilidade da idéia de justiça, não de cariz lógico, mas adequado à valoração, ou seja, de cariz axiológico". Inapropriados para a apreensão desta "unidade de sentido" são também, para usar a terminologia de HECK, um sistema externo construído somente com objetivos de exposição ou para a facilitação da visão de conjunto, um "sistema de resolução de conflitos", mais uma vez no sentido de HECK, um sistema de conceitos básicos puramente formais, como, por exemplo, o de STAMMLER, um sistema apenas de conexões de problemas e um sistema de relações da vida, embora estas tenham uma influência considerável, pelo menos no "sistema externo" do Direito. **O que resta é um sistema enquanto "ordem axiológica ou teleológica"**. Diferentemente de um sistema de conceitos jurídicos gerais, "um tal sistema é um sistema de princípios jurídicos em que o "princípio" ao invés do "conceito", deve ser entendido como uma pauta "aberta", carecida de concretização — e só plenamente apreensível nas suas concretizações. [...] "o princípio torna a valoração explícita" e é por isso "mais apropriado para reflectir a unidade de valoração do Direito". Com isso, obviamente, a construção conceptual não se torna supérflua. É imprescindível para a preparação da subsunção "e portanto deveria ser agregado aos princípios jurídicos um sistema correspondente de conceitos jurídicos". Só que não se poderia esquecer que estes são de natureza teleológica e que portanto em caso

de dúvida é sempre necessário remontar à valoração neles contida, isto é, ao princípio. [...] Logo daí resulta a “abertura” de um sistema formado a partir de princípios jurídicos. Acresce ainda a mutabilidade histórica da ordem jurídica, incluindo as valorações em que se escora. **Os princípios jurídicos gerais não podem ter o seu fundamento de validade apenas na ordem estatuída, mas para além dela eles assentam também na “idéia de Direito”, cujas concretizações históricas eles representam em larga escala, bem como na “natureza das coisas”<sup>245</sup>** (o grifo é nosso)

A esta altura, cabe-nos lembrar que a presente abordagem do Direito da Criança e do Adolescente, a partir da perspectiva principiológica, como já foi observado, também está baseada na teoria do *garantismo jurídico* que visualiza o Direito como um “sistema hereto-poyético”, possibilitando a interação entre a ordem normativa e as instâncias sócio-políticas da Sociedade.

Por essas razões adotamos a posição de que há princípios jurídicos fora do direito positivado. Isto não impede que esse princípios extra-positivos venham a ser incorporados na ordem estatuída, seja pela via da Doutrina, seja através da atividade dos juizes e tribunais. Prova inequívoca do que estamos afirmando é o próprio fato da positivação dos chamados Direitos Inatos, pré-figurados na filosofia jurídica e na filosofia política moderna, como indissociáveis da vida humana, inderrogáveis e imprescritíveis, antes de se tornarem conteúdo das Constituições e Códigos contemporâneos.

Em consequência do que afirmamos no item anterior, sobre a origem dos princípios jurídicos, tratamos de classificá-los a partir da idéia de que podem ser gerados tanto no interior, quanto no exterior do sistema normativo.

Assim, identificamos uma classe de *princípios intra-sistêmicos* e outra classe de *princípios extra-sistêmicos*. Os primeiros, podem ser *explícitos* ou expressamente previstos, e *implícitos* ou latentes no sistema de Direito Positivo.

Os princípios jurídicos *intra-sistêmicos explícitos* se evidenciam nos textos legais; são normas, “mandamentos de otimização” visíveis, como se observa nas inúmeras proposições normativas constante no art. 5º da Constituição brasileira em vigor, bem como em outros dispositivos do texto constitucional, como o art. 37, que subordina a “*Administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados,*

---

<sup>245</sup> LARENZ. Op. Cit., p. 199-200.

do Distrito Federal e dos Municípios", [...] aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência" o art. 204, que vincula as ações da Assistência Social aos princípios da Descentralização Político-administrativa e da participação popular, o do art. 227, que estabelece que os Direitos Fundamentais de crianças e adolescentes devem ser atendidos com Prioridade Absoluta, e assim por diante.

Já os princípios jurídicos *intra-sistêmicos implícitos*, não estão expressamente declarados nos textos legais, "*senão que se encontram implicitamente no interior da ordem jurídica de onde são recolhidos através da arte de interpretar e aplicar as normas jurídicas. [...] São princípios de direito positivo ou positivados, embora se encontrem implícitos no ordenamento.*"<sup>246</sup> Neste sentido, ampliando sensivelmente o compromisso do Estado Democrático de Direito com a ampliação da Cidadania, a Constituição brasileira em vigor consagra, no parágrafo 2º do seu art.5º, em norma de Direito Fundamental, a possibilidade jurídica da tutela de direitos e garantias fundamentais além dos que nela estão expressamente contemplados:

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

Entendemos que esse preceito constitucional transcende à idéia de princípios *intra-sistêmicos-implícitos*, alcançando com proteção jurídica de Direito Fundamental, os direitos decorrentes de princípios constantes de tratados internacionais em que o Estado Brasileiro seja parte, ou seja, princípios que não integram a estrutura do Direito interno propriamente dito, princípios *extra-sistêmicos*. Esta idéia é perfeitamente compatível com a concepção de Direito por nós aqui delineada, e se coaduna com a imagem jurídica e política de um verdadeiro Estado Democrático de Direito, que vem a ser um sistema político comprometido, no plano da Política, com a visão da "política enquanto projeto de sociedade", o que conduz, como já vimos, à Democracia Substancial, e na esfera Jurídica, com a franca e progressiva implementação de Direitos Fundamentais. Para atender a estas funções sociais e políticas de base, um Estado de Direito deste tipo tem de conviver com o Direito positivado como um sistema aberto, ordenável, incompleto, hetero-poyético. Desta forma, nem tudo o que é jurídico, está nele está contido, seja de modo expresso, seja de modo latente.

---

<sup>246</sup> Cf. FARIAS. Op. Cit., p. 38

Quanto aos "princípios-intra-sistêmicos-implícitos", extraímos da obra "Colisão de Direitos", de Edmilson Pereira de FARIAS alguns exemplos significativos:

*[...] o princípio da proporcionalidade, que, entendido na acepção de garantia dos cidadãos contra os excessos praticados pelo Poder Público, teria arrimo, principalmente, no parágrafo 2º do art. 5º, princípio da finalidade administrativa (radicado nos mesmos fundamentos do princípio da legalidade – arts. 5º, II, 37, caput e 84, IV); princípio da razoabilidade administrativa (estribado também nos mesmos fundamentos do princípio da legalidade) princípio da imparcialidade do juiz (extraído das garantias que lhe são atribuídas – art. 95, das vedações que lhe são impostas – art. 95, parágrafo único, e da proibição de juízos e tribunais de exceção – art.5º, XXXVII).<sup>247</sup>*

Alguns doutrinadores identificam os princípios jurídicos implícitos com os “princípios gerais do Direito”. Pensamos que esta opção teórica é metodologicamente inadequada, pois tem o efeito inaceitável de dificultar o reconhecimento de princípios jurídicos não abrangidos pela fórmula clássica, como é o caso dos “princípios jurídicos extra-sistêmicos”. Além disso, trata-se de uma estratégia utilizada no controle dissimulado da linguagem jurídica com o objetivo de neutralizar a emergência de uma visão hermenêutica mais adequada à concepção do Direito como sistema aberto e ordenável que a Doutrina mais evoluída já consagrou.

Através desse procedimento veda-se a possibilidade de uma maior abertura semântica dos textos legais, impedindo-se que, através do processo de expansão do sistema jurídico, novos Direitos venham a ser contemplados à margem da pauta de Direitos Fundamentais previstos expressa ou implicitamente no Direito Positivo em vigor. O resultado disso é o enfraquecimento da potencialidade emancipatória de uma das expressões chaves da Teoria Jurídica na atualidade, com interferência negativa direta no campo da “adaptação dinâmica” do sistema jurídico às contingências da realidade social e às novas demandas dos cidadãos, na direção do progresso jurídico e político do conjunto da Sociedade.

Em suma, estamos diante de uma proposta que pretende manter o intérprete e o Operador do Direito, naquele limite de “juridicidade” que LYRA FILHO denominava ironicamente “campo de concentração legislativa”, referindo-se à errada compreensão do

---

<sup>247</sup> Vide FARIAS. Op. Cit., p. 39.

fenômeno jurídico em geral como sinônimo de *legislação em vigor*, tão cara à nossa tradição jurídica.<sup>248</sup> O que resulta dessa atitude teórica é uma análise deformada do Direito, da relação do Direito com a vida e com os bens morais e materiais que a ordem jurídica incumbe proteger com efetividade.

Se perguntarmos o que motiva uma estratégia desse tipo no âmbito do discurso jurídico, certamente vamos encontrar como resposta a intenção, nem sempre visível, de se neutralizar ou postergar as possibilidades de fortalecimento e aperfeiçoamento dos Direitos Fundamentais e das bases jurídicas da luta constante por Justiça e por Justiça Social.

O problema pode se agravar quando nos reportamos à norma prevista no art.4º da Lei de Introdução ao Código Civil. Diz o enunciado legal que “*ocorrendo a omissão da lei*”, o juiz pode decidir de “*acordo com [...] os princípios gerais de direito*”. Que princípios jurídicos “gerais” estariam abrangidos por esta previsão legal? Estariam excluídos os princípios extra-sistêmicos? Não nos parece apropriada a resposta afirmativa a esta última indagação, pois, numa visão aberta e ordenável do sistema jurídico, a categoria “princípios gerais do Direito” deve ser ampliada para alcançar, também, os princípios que ainda não estão radicados no sistema legal, de maneira explícita ou implícita. Neste sentido é o posicionamento doutrinário adotado por FARIAS. Senão, vejamos:

*As duas classes de princípios até agora apresentadas têm origem no direito positivo: de forma explícita (princípios explícitos) ou implícita (princípios gerais do Direito). Todavia, existe uma terceira classe que reivindica sua origem além do sistema de direito positivo: são os princípios suprapositivos ou extra-sistêmicos. Comumente respaldados numa ordem jurídica fora do ordenamento jurídico: No Direito Natural, na Constituição Material, etc. Conforme observa Luis P. Sanchis, constituem mais elaboração teórica do que prática (jurisprudência) porque decorrem de uma argumentação política ou moral assaz complexa que frequentemente não se encontra nas motivações das sentenças judiciais. Com efeito, esta concepção de princípios extra-sistêmicos parece próxima da expendida por K. Larenz ao considerar os princípios jurídicos como pautas gerais de valoração ou preferências valorativas referentes à “idéia de Direito”, ou ao asseverar que os princípios jurídicos operariam a mediação entre a “idéia de Direito” (ou valores jurídicos de escalão superior) e as normas da ordem jurídica positiva.<sup>249</sup>*

<sup>248</sup> Vide LYRA FILHO, Roberto. **O que é direito**. 11. ed. São Paulo: Brasiliense, 1990.

<sup>249</sup> Cf. FARIAS. Op. Cit. p. 40.

Segundo SANCHÍS<sup>250</sup>, constituem exemplos de princípios jurídicos extra-positivos o “*da reserva absoluta da lei ou de precedência da lei em todo âmbito normativo, entendido como exigência do sistema de legitimidade; e a elaboração de uma norma de cláusula do sistema de liberdades “que concibe la libertad jurídica como la garantía institucional de la coextensa libertad natural, de modo que toda limitación a ésta se considera como una restricción a la libertad jurídica y, por tanto, a los derechos fundamentales.”*”<sup>251</sup>

Acrescentamos a este rol exemplificativo o princípio da vinculação do Direito Positivo à idéia de Justiça, que é uma das bases axiológicas não declaradas do “Estado de Direito. É evidente que no caso brasileiro, a partir da promulgação da Constituição de 88, o comprometimento da criação, interpretação e aplicação do Direito Positivo com a realização da Justiça passou a ser um princípio jurídico constitucional intra-sistêmico-implícito! Esta conclusão decorre do sentido constitucionalmente adequado que devemos atribuir ao disposto nos incisos I, III e IV, do art. 3º, da Constituição Federal. Ora, se constituem objetivos fundamentais do Estado Brasileiro (Estado Democrático de Direito), “*construir uma sociedade livre, justa e solidária*”, *erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdade sociais e regionais, promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação*”, não resta dúvida que a nossa ordem jurídico-constitucional institucionalizou implicitamente a exigência de que a Justiça seja o critério de legitimidade da criação de novas leis, da interpretação e aplicação do direito positivado.

Evidentemente, uma compreensão adequada do Direito da Criança e do Adolescente como sistema jurídico implica uma leitura dos textos legais capaz de reconhecer a interação entre as diversas categorias de princípios jurídicos. O intérprete/aplicador deste Direito deve ter consciência disso, dando aos princípios a devida importância, atento aos deveres que lhe são impostos como mediador entre a Lei e a realidade social. A sua tarefa é com certeza das mais graves, pois tem diante de si um quadro antitético: de um lado uma legislação exemplar em termos de “lei de função

---

<sup>250</sup> Apud FARIAS. Ibidem, p. 40.

<sup>251</sup> “[...] *que concibe a liberdade jurídica como a garantia institucional da coextensa liberdade natural, de modo que toda limitación desta é considerada uma restricción da liberdade jurídica e, portanto, de direitos fundamentais.*” (tradução do autor). FARIAS. Ibidem, p.40.



social”, “Direito libertário”, de outro, uma realidade que clama por Justiça a todos os pulmões! Compete-lhe fazer o que tem de ser feito. Com isso queremos dizer que o nosso compromisso com a efetividade da cidadania infanto-juvenil interpela-nos a trabalhar com os princípios do Direito da Criança e do Adolescente de forma a efetivar toda a sua força normativa. Para isso devemos rejeitar de plano as posições doutrinárias ou jurisprudenciais que neutralizem, embaracem ou enfraqueçam o papel desses princípios na concretização social da nova ordem jurídica.

O “plano de metas jurídicas, sociais, éticas e políticas” do Direito da Criança e do Adolescente está claro, como ainda veremos, pelo estudo dos princípios jurídico que o norteiam, dando atenção especial aos comandos da Constituição da República Federativa do Brasil, da Convenção Internacional dos Direitos da Criança (ONU) e do e do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90). Esse “plano” representa a tradução da luta histórica pelos direitos de crianças e adolescentes tão barbarizados durante a vigência do Direito do Menor em nosso país. Ademais, contém a síntese do *“padrão de reivindicações e das expectativas que as apoiam”*, de quase 50% da população brasileira no contexto geral de uma Sociedade finalmente comprometida com sua auto-instituição nos moldes de uma “Sociedade livre, justa e solidária”, plasmada na consagração dos Direitos Fundamentais e da Justiça Social!

Estamos conscientes de que as metas estabelecidas só serão atingidas na medida que a teoria e a práxis jurídica relativa ao Direito da Criança e do Adolescente deixarem marcas positivas profundas sobre as perspectivas individuais e coletivas, sobre as atitudes mentais e as práticas que devem preceder e conviver com a sua efetividade social.<sup>252</sup>

#### 2.4 INTRODUÇÃO AO ESTUDO PRINCIPOLÓGICO DO DIREITO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

Nos tópicos anteriores vimos que o Direito da Criança e do Adolescente é o novo ramo do Direito brasileiro que tem por objeto dispor sobre a Proteção Integral de crianças

---

<sup>252</sup> Cf. KAPLAN, Abraham; LASSWELL, Harold. **Poder e sociedade**. Tradução de Maria de Seixas Corrêa. Brasília: Ed. UnB, 1979. p. 45-57.

e adolescentes, aplicável, excepcionalmente, nos casos expressos em lei, às pessoas situadas na faixa etária dos 18 aos 21 anos de idade. Constatamos que a finalidade histórico-social específica deste novo modelo jurídico é redefinir a relação da sociedade em geral e do Estado com o segmento infanto-juvenil, rompendo definitivamente com a chamada “tradição menorista”. Isto significa basicamente garantir à criança e ao adolescente em geral

(i) o efetivo exercício de seus direitos fundamentais – direitos comuns a toda pessoa humana e direitos especiais,

(ii) o atendimento de suas necessidades básicas, tendo em vista o seu pleno desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e dignidade, e ainda

(iii) resguardá-los contra qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, considerando-os, para todos estes fins, sujeitos de direitos, na sua condição peculiar de pessoas em desenvolvimento.

Além disso, enfatizamos a importância do pressuposto teórico, segundo o qual, a interpretação e a aplicação do Direito da Criança e do Adolescente, deve atender ao caráter garantista deste ramo do direito brasileiro, isto é, deve ter em vista a concretização da cidadania infanto-juvenil. Para isso, é indispensável que sejam levadas em conta as obrigações éticas e jurídicas próprias do Estado Democrático de Direito, na forma prevista pela Constituição da República Federativa do Brasil, a “Constituição Cidadã”!

A partir desses marcos teórico-doutrinários e teórico-dogmáticos, e trabalhando com uma visão crítica da teoria dos sistemas sociais, concebemos o Direito da Criança e do Adolescente como um sistema aberto, ordenável e “hetero-poyético” de princípios, regras e valores que propicia a observância e a permanente constituição de direitos fundamentais.

Do ponto de vista jurídico-formal vimos que o Direito da Criança e do Adolescente como um sistema de Direitos Fundamentais está baseado em duas fontes normativas:

a) a ordem jurídica interna, representada por princípios e regras da Constituição Federal (artigos 227 e 228), da Convenção Internacional Sobre os Direitos da Criança e do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90);

b) a ordem jurídica internacional (Declarações, Tratados, Convenções, Pactos etc.) sobre Direitos Humanos comuns a toda pessoa humana e especiais de crianças e adolescentes. Neste caso, podemos destacar os seguintes instrumentos jurídicos: Declaração Universal dos Direitos da Criança (1959), Pacto de San José da Costa Rica (1969), “Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça da Infância e da Juventude”, também conhecidas como “Regras Mínimas de Beijing” (1985), As Regras das Nações Unidas para a Proteção de Menores Privados de Liberdade (1990), As Diretrizes das Nações Unidas para a Prevenção da Delinquência Juvenil, ou “Diretrizes de Riad” (1990), e a Declaração e Programa de Ação de Viena (1993).

Por outro lado, observamos que o Direito da Criança e do Adolescente tem um fundamento doutrinário bem definido: a Doutrina Sócio-Jurídica da Proteção Integral, das Nações Unidas. Esta doutrina representa uma *ruptura paradigmática* frente às Doutrinas do Direito do Menor (Doutrina do Direito Penal do Menor e Doutrina da Situação Irregular). Neste particular, é importante ressaltar que a Doutrina da Proteção Integral, como fundamento ideológico de um Direito Positivo, incompatível com a tradição menorista, tem por eixos fundamentais: (i) a afirmação do valor intrínseco da criança como ser humano; (ii) o reconhecimento da criança e do adolescente como titulares de Direitos Fundamentais, gerais e especiais, na condição peculiar de pessoas em desenvolvimento; (iii) o reconhecimento do caráter prospectivo, o sentido de que ela é portadora da continuidade do seu povo e da espécie humana; (iv) o reconhecimento de que a criança é portadora de vulnerabilidade especial, o que a torna merecedora de proteção integral por parte da família, da sociedade em geral e do poder público.

Além disso, conforme já demonstramos, sendo um sistema normativo condicionado por elementos *teleológicos* e *axiológicos*, o Direito da Criança e do Adolescente constitui um modelo jurídico orientado por uma Política de Direitos. Isto significa que este novo direito se inscreve no rol dos sistemas jurídicos que se sobressaem por seu caráter essencialmente transformador da realidade social, o que o situa na

macrovisão sócio-política do utopismo jurídico concreto, conforme ressalta BARATTA, em inspirado texto.<sup>253</sup>

Nesta introdução ao estudo dos princípios jurídicos fundamentais do Direito da Criança e do Adolescente, cumpre ainda observar que este Direito sustenta-se numa Política Jurídica cujos fundamentos nos remetem a um novo desenho das relações "Direito-Realidade Social", "cidadania-Estado", "cidadania-Sociedade", "Criança-Direito". Aqui temos uma Política Jurídica caracterizada pela ênfase que atribuímos ao plano da teoria e da práxis jurídica, ao compromisso democrático da realização de Direitos Fundamentais.

Descendo ao nível mais pragmático dessa discussão, lembramos que a realização dos fins sociais e do Bem-Comum, que comprometem o Direito da Criança e do Adolescente, é tanto mais efetiva, quanto mais democrático for o contexto das organização e do funcionamento da sociedade. Nesta linha de pensamento, é que ganham relevância dois enunciados emblemáticos, lembrados por BARATTA, sobre a relação existente entre o processo social de reconhecimento e efetivação dos direitos da criança e

---

<sup>253</sup> Referimo-nos ao artigo "La niñez como arqueología del futuro", constante da obra "El derecho y los chicos", org. por BIANCHI, María Del Carmen Buenos Aires: Espacio Editorial, 1995, p.13-22. Neste trabalho, BARATTA defende três teorias tendentes à compreensão dos Direitos da Criança como fundamentos de uma nova ordem social e política, nos níveis nacional e internacional: a) a política como projeto de sociedade; b) a democracia como auto-organização da resposta pública às necessidades por parte de seus portadores; c) a cidadania plural, base do "estado mestizo", decorrente da redefinição do pacto social. Com relação à função utópica concreta dos Direitos da Criança, o autor, entre outras coisas, observa "el mensaje de la niñez como ciudadanía puede convertirse en el eje de una auténtica revolución cultural en la cual está contenida quizás, la oportunidad para la transformación de la sociedad en una sociedad más justa, más humana, más madura. [...] Nuestra sociedad de los adultos blancos, machos y propietarios continúa auto-reprimiéndose. O, dicho de otra forma continúa auto-destruyéndose. La ventaja de los niños con respecto a los adultos de hoy, se deriva directa e indirectamente de su mucho más profunda colocación en el tiempo, sobre todo en el tiempo cultural. Es la ventaja resultante de la mayor memoria histórica de los niños; de su mayor proyección en el futuro. Los niños tienen más historia y más futuro que los adultos de hoy. Tienen también más memoria e imaginación que los adultos. (...) La ciudad de los niños está esencialmente proyectada en el futuro. Su principio constitutivo es forma "formans", no forma formada. (...) El eje de la política como proyecto, el acto originario constituyente de la democracia como organización de los portadores de necesidades reales, es la grandiosa enseñanza del utopismo concreto de Ernest Bloch, el principio de la esperanza." (grifos no original). ("[...] o significado da infância como cidadania pode converter-se no eixo de uma autêntica revolução cultural na qual certamente está contida a oportunidade para a transformação da sociedade em uma sociedade mais justa, mais humana, mais madura [...]. Nossa sociedade dos adultos brancos, machos e proprietários continua auto-reprimindo-se. Dizendo em outras palavras, continua auto-destruindo-se. A vantagem das crianças com respeito aos adultos de hoje, decorre direta e indiretamente de sua mais profunda ubicação no tempo, sobretudo, no tempo cultural. É a vantagem resultante da maior memória histórica das crianças, de sua maior projeção no futuro. As crianças têm mais história e mais futuro do que os adultos de hoje. Têm mais memória e imaginação do que os adultos [...]. A cidade das crianças está essencialmente projetada para o futuro. Seu princípio constitutivo é forma 'formans' não formada. [...] O eixo da política como projeto, o ato constitutivo originário da democracia como organização dos portadores de necessidades reais, é a

a democracia. O primeiro desses enunciados, de autoria de JAMES GRANT, diretor executivo do UNICEF, afirma que "*La democracia es buena para los niños*", y que *a los progresos en la protección de los niños, sigue los progresos de la democracia*". O segundo, formulado por GARCÍA MÉNDEZ, diz que "*Los niños son buenos para la democracia*", no sentido de que "*el progreso en la relación de sus derechos y el movimiento social que lleva a cabo esta realización son quizás el aprendizaje más importante para un proceso de la realización de la sociedad democrática a nivel nacional e internacional.*"<sup>254</sup>

A despeito da nossa abordagem não atingir a profundidade analítica do trabalho teórico desenvolvido por BARATTA,<sup>255</sup> não temos dúvida de que estes dois enunciados fazem parte do imaginário pertencente a uma Política Jurídica cujos fundamentos axiológicos e teleológicos imprimem ao Direito da Criança e do Adolescente o caráter essencialmente emancipatório da cidadania infanto-juvenil. Uma Política Jurídica com este compromisso, tal como o Ordenamento Jurídico que dela recebe orientação básica, deve ser construída em função do postulado de que a "Dignidade da Criança e do Adolescente" constitui um dos valores vitais da sociedade democrática.

*"Sin embargo, el mensaje de la niñez como ciudadanía puede convertirse en el eje de una auténtica revolución cultural en la cual está contenida quizás, la oportunidad*

---

*grandiosa lição do utopismo concreto de Ernst Bloch, o princípio esperança.*" (tradução do autor). (Op. Cit., p.19-22).

<sup>254</sup> "*A democracia é boa para as crianças*", e que *aos progressos da proteção à criança, seguem os progressos da democracia [...]. 'As crianças são boas para a democracia', no sentido de que 'o progresso em relação aos seus direitos e o movimento social que leva a cabo esta realização são, certamente, o aprendizado mais importante para um processo de realização da sociedade democrática ao nível nacional e internacional.*" (tradução do autor). Cf. BARATTA. Op. Cit., p. 46.

<sup>255</sup> No texto *Infancia y democracia*, incluído na obra "*Infância, ley y democracia*", org. por Emilio García MÉNDEZ, BARATTA chama nossa atenção para o fato de que o sentido mais profícuo das frases de GRANT e MÉNDEZ é o que assinala que o progresso da democracia pode favorecer a participação das crianças e adolescentes em atividades de democracia social (democracia do ponto de vista das relações entre os indivíduos no nível das instituições da sociedade civil) e política (democracia do ponto de vista das relações entre os indivíduos nos níveis das instituições do Estado e da Ordem Jurídica Internacional); que a democratização das relações existentes entre crianças, adolescentes e adultos, pode favorecer o progresso da democracia; por fim, que a importância recíproca, entre o sistema democrático e o sistema da infância, que compreende o interesse superior e os direitos da criança, considerando que este interesse, como os direitos da criança, devem corresponder, necessariamente à participação democrática dos seus portadores nos âmbitos social e político da democracia. (Vide Op. Cit., p.41.). Obs.: O conteúdo desta nota constitui, praticamente o conteúdo do texto de BARATTA, em tradução livre.

*por la transformación de la sociedad en una sociedad más justa, más humana, más madura.*" <sup>256</sup>

Para isto, argumenta BARATTA, precisamos superar a arrogância que nos tem impedido de ver crianças e adolescentes como nossos parceiros sociais e políticos.

*La arrogancia de nosotros los adultos, que hasta ahora no hemos sabido crear una sociedad madura. Estamos en plena inmadurez histórica. La arrogancia con respecto a los niños es tan injustificable cuanto risible. Risible si no fuera tan trágica en sus efectos nuestra pretensión de reducirlos a ser similares a nosotros. Es trágica, en efecto, nuestra incapacidad de respetarlos, incapacidad de aprender de ellos, perdemos muchísimo por no saber aprender de los niños.* <sup>257</sup>

Neste particular, o que a experiência histórica demonstra é que existe uma relação direta entre os processos sociais e políticos efetivamente democráticos e a concretização do ideário de um sistema de Direito Positivo comprometido com a mudança social, como é o caso do Direito da Criança e do Adolescente. Somente num ambiente social, político e jurídico, subordinado aos princípios da convivência democrática, é que lograremos concretizar à idéia de que os direitos fundamentais e as necessidades básicas de crianças e adolescentes em geral devem ser reconhecidos e atendidos com prioridade absoluta, sem qualquer conotação de caridade, filantropia, benevolência, ou concessão.

Ao revés, nos processos sociais e políticos que não atendem aos princípios da convivência democrática, crianças e adolescentes, a exemplo do que acontece com outras "minorias", são identificados por suas incapacidades, e, conseqüentemente, tratados com objetos de compaixão e repressão. Para o "gênio do autoritarismo", a expressão "sujeito de direito" é de uso pouco freqüente e restrito, não beneficiando os indivíduos ou os grupos situados à margem das relações essenciais ou mais significativas de poder, como crianças, adolescentes, e outros "sujeitos", integrantes das chamadas "periferias sociais".

---

<sup>256</sup> "No entanto, ao significado da infância como cidadania pode transformar-se no eixo da transformação da sociedade em uma sociedade mais justa, mais humana, mais madura." (tradução do autor). Cf. BARATTA. Op. Cit., p. 19-20.

<sup>257</sup> "A nossa arrogância de adultos, nós que até agora não fomos capazes de criar uma sociedade madura. Estamos em plena imaturidade histórica. A arrogância com relação às crianças é tão injustificável quanto risível. Risível, se não fora trágica nos seus efeitos a nossa pretensão de reduzi-las a nossas miniaturas. É trágica, nos seus efeitos, a nossa incapacidade de respeitá-las, de aprender com elas; perdemos muito por não saber aprender com as crianças." (tradução do autor). Ibidem., p. 20.

O nosso processo histórico é próspero em experiências sociais deste tipo, e o Direito do Menor, que vigorou em nosso país da década de 20 até a de 90, representa um longo e dramático relato da sujeição de crianças e adolescentes às perversões de uma "lógica de dominação social". Como sabemos, esta "lógica" não via o "menor irregular (a criança ou o adolescente abandonado, carente, inadaptado, delinqüente etc.), personagem fundamental da "tragédia menorista", como sujeito de direitos.

Em suma, a Política Jurídica orientadora do Direito da Criança e do Adolescente determina que os processos de criação e de aplicação do Direito funcionem como canais de construção de uma sociedade que deve incorporar, definitivamente, no seu cotidiano, correções e antídotos contra a cultura da repressão-compassiva que marcou de maneira contundente a legislação menorista e os programas de assistência e proteção aos menores até o advento, mais precisamente, até a regulamentação do art. 227, da Constituição Federal, através do Estatuto da Criança e do Adolescente.

O resultado teórico e prático da articulação congruente, entre uma Política Jurídica com este perfil e uma correspondente concepção do Direito, tem tudo para constituir-se num sistema jurídico de Direitos Fundamentais, tem todas as pré-determinações para induzir-nos à produção de decisões jurídicas que façam do Direito da Criança e do Adolescente um "Direito-garantista".

A concepção garantista do Direito, como sabemos, embora não constitua uma ruptura plena com a tradição positivista, é, sem sombra de dúvida, a proposta mais avançada já produzida pelo pensamento jurídico crítico da atualidade. Trata-se de uma redefinição teórico-doutrinária e teórico-dogmática do Direito, que pode contribuir, e efetivamente o tem feito, para com as lutas sociais que enfrentamos no Brasil, como ocorre com os demais povos latino-americanos, pelo estabelecimento da legalidade democrática, pelo fim dos regimes sócio-políticos autoritários, cujos resultados práticos têm sido desastrosos para as grandes majorias dos povos do nosso Continente.

No caso do Direito destinado aos menores de 18 anos de idade, conforme lembra MÉNDEZ, a história da América Latina tem sido uma forma eficaz de controle social dos segmentos mais pobres da sociedade.

*Durante siete décadas (1919-1990), las leyes de menores fueron mucho más que una epidérmis ideológica y mero símbolo de un proceso de criminalización de la pobreza. Las leyes de menores fueron un instrumento determinante en el diseño y ejecución de la*

*política social para la infancia pobre. Las leyes de menores fueron un instrumento (legal) determinante para legitimar la alimentación coactiva de las políticas asistenciales. La policía – en cumplimiento de las leyes de menores y simultáneamente en flagrante violación de los derechos e garantías individuales consagrados en todas las Constituciones de la región – se convirtió de hecho en el proveedor mayoritario y habitual de la clientela de las llamadas instituciones de "protección" o de "bienestar".*  
258

No Brasil a história não foi diferente, pois, nas últimas décadas, com a vigência do regime militar, baseado na lógica da Segurança Nacional, advieram graves conseqüências jurídicas para a já absurda situação dos "menores irregulares". Evidentemente, não foi por mero acaso que, em 1979, entrou em vigor o Código de Menores, instituindo legalmente em nosso país a Doutrina da Situação Irregular. Através desse Código o nosso sistema jurídico "institucionalizou", como demonstra a história, a violação dos Direitos Fundamentais dos chamados "menores irregulares".

A mudança desse quadro, juridicamente incompatível com um Estado de Direito que, a despeito do seu caráter autoritário, continha na sua Constituição formal uma Carta dos Direitos e Garantias Individuais, só foi possível quando as lutas sociais internas contra a Ditadura militar passaram a contar com o apoio decisivo do movimento internacional em favor dos Direitos Humanos da Criança. Como sabemos, este movimento teve como resultado a aprovação da CONVENÇÃO SOBRE OS DIREITOS DA CRIANÇA, pela Assembléia Geral das Nações Unidas em 20 de novembro de 1989.

Foi assim que, na passagem do trigésimo aniversário da Declaração Universal dos Direitos da Criança, de 1959, as Nações Unidas entregaram ao mundo um documento de Direito Internacional que iria constituir-se na base jurídica para a reformulação dos sistemas legais e institucionais relativos à minoridade. A Convenção, no que concerne à positivação de Direitos infanto-juvenis, erigiu-se em fonte de inesgotáveis transformações. Na opinião de MÉNDEZ, "*La Convención nos es solo una Carta Magna*

---

<sup>258</sup> "*Durante sete décadas (1919-1990), as leis menoristas foram muito mais do que uma epiderme ideológica e mero símbolo de um processo de criminalização da pobreza. As leis dos menores foram um instrumento determinante no desenho e na execução da política social para a infância pobre. As leis dos menores foram um instrumento (legal) determinante para legitimar a alimentação coativa das políticas assistenciais. A polícia – no cumprimento das leis menoristas e, simultaneamente, em flagrante violação dos direitos e garantias individuais consagrada em todas as Constituições da região – transformou-se de fato na provedora majoritária e habitual da clientela das chamadas instituições de 'proteção' ou de 'bem-estar'.*" (tradução do autor). Cf. MÉNDEZ. Op. Cit., p.27.



*de los derechos humanos de la infancia-adolescencia; es, además, la base jurídica concreta para refundar un concepto de ciudadanía más acorde con los tiempos.*"<sup>259</sup>.

Ao colocar na ilegalidade a legislação menorista e as Doutrinas que lhe davam fundamento, a Convenção constituiu o ponto de partida para a "revolução paradigmática" que se seguiria, implicando novas atitudes legislativas – constitucionais e infra-constitucionais – e novas ações político-administrativas e institucionais, condizentes com o seu sistema de Direitos e Garantias Fundamentais.

No caso brasileiro, a Constituição de 1988 antecipou a institucionalização da Doutrina da Proteção Integral à criança e ao adolescente, presente na Convenção e em Documentos Internacionais anteriores que a precederam.<sup>260</sup> O advento do Estatuto da Criança e do Adolescente,<sup>261</sup> como resultado de uma grande mobilização do movimento social em prol da cidadania infanto-juvenil, e a posterior adoção pelo Governo Brasileiro, da Convenção como Direito interno,<sup>262</sup> foram dois fatos de grande significado histórico na formação do Direito da Criança e do Adolescente brasileiro. Representaram a "pá de cal" no sepultamento formal do Direito do Menor, um modelo jurídico totalmente rechaçado pelos princípios do Estado Democrático de Direito e, especialmente, pelo conteúdo do novo texto constitucional, no seu artigo 227.

No entendimento de MÉNDEZ, a "atitude brasileira" em face da Convenção foi um fator de importância fundamental para o futuro dos Direitos Humanos de crianças e adolescentes. Se as coisas tivessem seguido o seu curso "natural", observa o referido autor, é bem provável que a Convenção permanecesse por muitos anos como um simpático instrumento de direito internacional, e nada mais.

*"Sin embargo, Brasil cambió el rumbo "natural" de la historia, desatando el proceso absolutamente inédito en la tradición socio-jurídica de la región: la producción*

---

<sup>259</sup> "A convenção não é somente uma Carta Magna dos direitos humanos da infância – adolescência; é também a base jurídica concreta para refundar um conceito de cidadania que está mais de acordo com os tempos." (tradução do autor). Cf. MÉNDEZ. Op. Cit., p. 25.

<sup>260</sup> Informa, BARATTA, que a Convenção consolida um conjunto orgânico e detalhado de princípios e regras de proteção à criança que já se encontravam expressamente previstos em mais de 80 documentos de direito internacional, que tinham por objeto a proteção da infância, de modo geral ou específico (vide BARATTA. Op. Cit., p. 44).

<sup>261</sup> Primeira legislação, no continente latino-americano a materializar a adoção, em direito interno, do sistema da Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança.

<sup>262</sup> O Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90) é datado de 13/07/90 e entrou em vigor em 13/10/90. A Convenção foi adotada como direito interno pelo Governo Brasileiro através do Decreto nº 99.710, de 21/11/90.

*democrática participativa del derecho, en este caso, de un nuevo derecho para la infancia.*"<sup>263</sup>

O caráter emancipatório e o pressuposto democrático da legalidade, representada pelo Direito da Criança e do Adolescente, fazem deste novo Direito, um sistema jurídico-positivo que não se harmoniza com as concepções tradicionais da cultura jurídica entre nós predominante, profundamente permeada por uma perspectiva que olha para o Direito como um instrumento de controle social ou de manutenção das estruturas de poder e de servilismo aos interesses dos grupos hegemônicos.

Em vista disso, a sua concretização como medida deontológica de relações sociais, como conteúdo material de atitudes, de procedimentos e de hábitos, individuais e coletivos, exige uma atenção especial quanto ao aspecto de sua fundamentação teórico-doutrinária e dogmática.

Tratando-se de um sistema jurídico que incorpora uma Política de Direitos e, conseqüentemente, sendo concebido como um Sistema de Direitos e Garantias Fundamentais, o Direito da Criança e do Adolescente exige a produção de um saber que enfatize o seu caráter instrumental eticamente comprometido com o que BARATTA denomina "*ciudad de los niños*", ou seja, com uma sociedade que inclua crianças e adolescentes no seu pacto fundador. Para o nosso autor, "*la ciudad de los niños*" traz muitas vantagens à "sociedade dos adultos". O reconhecimento e a efetividade da cidadania de crianças e adolescentes, em que ela se funda, permite que nossas sociedades, acostumadas a discriminá-los e a não respeitá-los como seres humanos propriamente ditos, resgate a si mesma e se abra para um futuro de melhores possibilidades. A beleza quase poética dos argumentos utilizados por BARATTA aconselha que suas palavras sejam repetidas:

*Si los movimientos sociales apostaran no solamente al rescate de los derechos de los niños sino sobre todo, al rescate de su mensaje como idea guía para un proceso general de emancipación, las ventajas obvias para una nueva ciudad del hombre, se derivan de una prerrogativa fundamental de la niñez sobre la cual me voy a detener en esta conclusión.*

*La ventaja de los niños con respecto a los adultos de hoy, se deriva directa e indirectamente de su mucho más profunda colocación en el tiempo, sobre todo en el*

---

<sup>263</sup> "No entanto, o Brasil trocou o rumo 'natural' da história desatando o processo absolutamente inédito na tradição sócio-jurídica da região: a produção democrática participativa do direito, como um novo direito para a infância." (tradução do autor). Cf. MÉNDEZ. Op. Cit., p. 10.

*tiempo cultural. Es la ventaja resultante de la mayor memoria histórica de los niños; de su mayor proyección en el futuro. Los niños tienen más historia y más futuro que los adultos de hoy. Tienen también más memoria e imaginación que los adultos. A raíz del pragmatismo cínico de la razón instrumental, que reduce nuestra función a la reproducción de la estructura económico-político existente, nosotros, los adultos, no solamente hemos perdido el futuro o sea la capacidad de política como proyecto, sino que tampoco tenemos un pasado. La capacidad de anticipación del futuro, la capacidad de vivir como real lo posible y lo real como contingente, o sea, como posible pero no necesario, es decir, algo que es así pero podría ser diferente. Esta capacidad de proyección, de crítica de la realidad, así como la memoria del pasado o se la presencia de nuestras raíces culturales en el imaginario colectivo, está gravemente perjudicadas por la degradación de la comunicación social producida por la comercialización salvaje de los medios de comunicación y de información de masas y su funcionalidad al proyecto conservador. La comunicación de masas nos proyecta en una realidad virtual que solamente produce la ilusión de escapar de la realidad. Más efectivamente, la reproduce como necesidad, la legítima con el establecimiento del sentido común, en lugar de la imaginación. Estamos perdiendo cada vez más el contacto con los mitos, los cuentos, los símbolos como fundamento de nuestra inserción en el tiempo histórico de nuestra identidad cultural. La cultura de masas ha abarcado también lo mítico, reduciéndolo a realidad virtual, secularizándolo y comercializándolo como cualquier otra mercancía. Cuando un mito se convierte en mercancía, pierde su función de mantenimiento de la continuidad del tiempo histórico. La cultura de masas nos reduce a un presente cortado de su raíz con el pasado y de su proyección con el futuro. Los niños cuanto más pequeños son, tienen una edad mucho mayor que los adultos. Los adultos tenemos cuarenta, cincuenta, sesenta años, los niños tienen milenios porque a través de los cuentos, de los sueños y de la imaginación continuamos siendo portadores de los mitos, no como realidad virtual, sino como una verdad de nuestra identidad cultural. Los adultos hemos reducido, hasta casi perderla, nuestra capacidad de alimentarnos a través de los sueños. Nuestra memoria histórica, sueños y realidad se han separado radicalmente a raíz del pragmatismo de la razón instrumental al cual un proceso de alienación política e cultural nos condena. Un niño no distingue entre sueño y realidad. El imaginario es real, es real e imaginario para el niño. La ciudad de los niños está esencialmente proyectada en el futuro. Su principio constitutivo es forma formans, no forma formada. Las oportunidades de refundación democrática de nuestra sociedad, está en larga medida en la capacidad de introducir en el proceso de refundación este principio constituyente de la niñez como ciudadanía. No se trata, sin embargo, de emancipar solamente a los niños. Se trata sobretudo, de modificar esencialmente el pacto social, rescatando, nosotros los adultos, a través del respeto hacia los niños nuestra niñez reprimida, nuestra vinculación cortada con el tiempo de la cultura, nuestra memoria histórica para poder ser más capaces de futuro.*<sup>264</sup>

---

<sup>264</sup> “Se os movimentos sociais apostassem, não somente no resgate dos direitos das crianças, senão, acima de tudo, no resgate do seu significado como idéia guia para um processo geral de emancipação, as vantagens óbvias para uma nova cidade do homem decorreriam de uma prerrogativa fundamental da infância sobre a qual me detenho nesta conclusão. A vantagem das crianças com relação aos adultos de hoje, deriva direta ou indiretamente da sua mais profunda ubicação o tempo, sobretudo no tempo cultural.. É a vantagem resultante da maior memória histórica das crianças; de sua maior projeção no futuro. As crianças têm mais história e mais futuro que os adultos de hoje. Têm, também, mais memória e imaginação que os adultos. A raiz do pragmatismo cínico da razão instrumental reduz nossa função à reprodução da estrutura econômico-política existente. Com isso, nós, adultos, não somente temos perdido o futuro, ou seja, a capacidade de política como projeto, tampouco temos um passado. Temos perdido a capacidade de antecipação do futuro, a capacidade de viver como real o possível e o real com contingente, isto é, como possível, mas não necessário, digamos, algo que é assim mas poderia ser diferente. Esta capacidade de projeção, de crítica da realidade, assim como a memória do passado, ou seja, a presença das nossas raízes culturais no imaginário coletivo, está gravemente prejudicada pela degradação da

Concordamos com o professor BARATTA, pois entendemos que temos no Direito da Criança e do Adolescente a grande oportunidade de reconstruir o processo civilizatório brasileiro. Para isso, precisamos estabelecer uma pauta de valores e fins que oriente a teoria e a práxis deste novo Direito. Precisamos adotar atitudes mentais que nos conduzam, a todo momento, ao desafio de rever, a partir do "olhar infanto-juvenil", as relações sociais estabelecidas. Quanto ao aspecto teórico, isto nos leva a mergulhar no sentido profundo dos Direitos Humanos de crianças e adolescentes, o que só pode ser feito com êxito se nossa meditação acerca do novo Direito estiver inspirada na perspectiva de que estamos diante de uma Agenda de Direitos Fundamentais, sustentada por uma teoria jurídica de emancipação. Para nós, uma teoria deste tipo pressupõe uma compreensão do Direito através de Princípios.

Em vista disso, cuidaremos daqui por diante da análise do Direito da Criança e do Adolescente, como sistema estruturado de Princípios Jurídicos – que denominamos "perspectiva teórica principiológica". Para esse fim, consideraremos, de modo especial, o conteúdo desenvolvido no capítulo anterior, que constitui um estudo introdutório aos princípios jurídicos em geral.

Ao iniciarmos a abordagem do Direito da Criança e do Adolescente através de uma "perspectiva principiológica", constatamos que este ordenamento se caracteriza pela grande variedade de princípios jurídicos que lhe conferem identidade teleológico-

---

*comunicação social produzida pela comercialização selvagem dos meios de comunicação e de informação de massas e sua funcionalidade em prol do projeto conservador. A comunicação de massas projeta-nos em uma realidade virtual que somente produz a ilusão de escaparmos da realidade, embora efetivamente a reproduza como necessidade e a legitime com o estabelecimento do senso comum, no lugar da imaginação. Estamos perdendo cada vez mais o contato com os mitos, os contos, os símbolos como fundamento da nossa inserção no tempo histórico de nossa identidade cultural. A cultura de massas tem englobado, também o mítico, reduzindo-o à realidade virtual, secularizando-o e comercializando-o como qualquer outra mercadoria. Quando um mito se transforma em mercadoria, perde a sua função de provedor da continuidade do tempo histórico. A cultura de massas nos reduz a um presente sem raiz com o passado e sem projeção para o futuro. As crianças quanto mais pequenas são, têm uma idade muito maior que os adultos. Nós, adultos, temos quarenta, cinquenta, sessenta anos, as crianças têm milênios, porque, através dos contos, dos sonhos e da imaginação, continuam sendo portadores dos mitos, não como realidade virtual, mas sim como uma verdade de nossa identidade cultural. Nós, adultos, temos reduzido, até quase perdê-la, a capacidade de nos nutrirmos de sonhos. Nossa memória histórica, sonhos e realidade, foram separadas radicalmente pela raiz pragmática da razão instrumental, à qual nos condena um processo de alienação política e cultural. Uma criança não distingue entre o sonho e a realidade. Para ela, imaginário é real, é real e imaginário. A cidade das crianças está essencialmente projetada para o futuro. Seu princípio constitutivo e forma 'formans', não forma formada. As oportunidades de refundação democrática de nossa sociedade depende, em larga medida, da nossa capacidade de introduzir no processo de refundação o princípio constituinte da criança como cidadania. Não se trata, no entanto, de emancipar somente as crianças. Trata-se, sobretudo, de modificar, essencialmente, o pacto social, resatando em nós, adultos, através do respeito às crianças, nossa infância reprimida, nossa vinculação rompida com o tempo*

axiológica e respondem pela coerência lógico-sistemática<sup>265</sup> dos elementos que o compõem (princípios, regras e valores). Por representar um elemento essencial da estrutura ontológica do Direito, esta coerência deve refletir-se nos planos doutrinário e dogmático do conhecimento jurídico, sob pena de recairmos numa construção meramente retórica, sem consistência e legitimidade epistemológica. Para compreendermos o sentido e o papel que os princípios jurídicos exercem no interior do Direito da Criança e do Adolescente, torna-se necessário identificá-los segundo determinados critérios classificatórios.

Para a realização de nossa meta, num primeiro momento, levando em conta os estudos anteriores, adotamos dois critérios classificatórios dos princípios jurídicos: a) a localização dos princípios, dentro ou fora do Sistema; b) a maneira como os princípios se fazem presentes no Ordenamento. Através da combinação destes dois critérios de classificação de princípios jurídicos, chegamos ao seguinte resultado:

- a) princípios internos, ou intra-sistêmicos, que podem ser subdivididos em "princípios expressos" e "princípios implícitos";
- b) princípios externos ou extra-sistêmicos.

Num segundo momento, a identificação dos princípios jurídicos fundamentais do Direito da Criança e do Adolescente tem o objetivo de pôr em evidência a função ou o papel exercido por esses princípios no interior do Sistema.

---

da cultura, nossa memória histórica, para podermos ser mais capazes de futuro." (tradução do autor). Cf. BARATTA. Op. Cit., p. 20-21.

<sup>265</sup> Como trabalhamos com uma concepção de sistema "aberto e ordenável", a proposta aqui desenvolvida, ao cuidar da "coerência lógico-sistemática" do Direito, especialmente do Direito da Criança e do Adolescente, não se satisfaz com explicações axiomático-dedutivas, próprias da aplicação da lógica formal nos estudos jurídicos. No nosso caso, é importante sublinhar que trabalhamos com a hipótese da "imprescindibilidade inafastável da coerência lógica mínima do ordenamento jurídico", nos moldes em que este tema é tratado na obra "A interpretação sistemática do Direito", de Juarez FREITAS. Conforme esclarece esse autor, a "imprescindibilidade inafastável da coerência lógica mínima" no Direito implica que, "sem abstrações excessivas", se possa ter do ordenamento jurídico "uma percepção conceitual harmônica no que tange a princípios, normas e valores, no intuito de fazê-los ora complementares, ora relativos, ora mútua e parcialmente excludentes, mas, em todos os casos, pondo-os em consonância, não apenas com as mutações históricas, senão que também com os imperativos da coerência e de unidade, que demandam ver resolvidas as contradições ínsitas ao sistema jurídico. Assim, afastada, por irrealista, uma visão estritamente normativista, até porque o Direito é também principalmente decisão axiológica ou escolha, resultam, em via de consequência, prejudicadas, para os efeitos de nossa abordagem, aquelas concepções consoante as quais se deveria pensar o sistema de modo dedutivo, isto é, com o enfoque de que todas as normas jurídicas seriam deriváveis unicamente de postulados gerais." (Vide "A Interpretação sistemática do Direito". São Paulo: Malheiros, 1995. p. 23-25).

Neste caso, adotamos um critério metodológico de caráter nitidamente teleológico e axiológico, sob inspiração do pensamento de CANOTILHO.<sup>266</sup> Considerando parcialmente a proposta de CANOTILHO, na identificação e classificação dos Princípios Constitucionais, e adaptando-a ao presente trabalho, concebemos os Princípios Fundamentais do Direito da Criança e do Adolescente distribuídos em dois grandes grupos: *princípios estruturantes* e *princípios concretizantes*.

Os **princípios estruturantes** exercem, no sistema interno do Direito da Criança e do Adolescente, função semelhante à que é cumprida pelos “princípios estruturantes” pensados por CANOTILHO, para a ordem Constitucional. Referindo-se a esses princípios, explica o renomado jurista, são “*constitutivos e indicativos das idéias directivas básicas de toda a ordem constitucional. São, por assim dizer, as travessas-mestras jurídico-constitucionais do estatuto jurídico do político*”, tais como, na ordem constitucional portuguesa, se apresentam o “*princípio Estado de Direito*”, “*o princípio democrático*” e “*o princípio republicano*”.<sup>267</sup>

No Direito Constitucional Brasileiro, teríamos, como exemplos, o princípio do Estado Democrático de Direito, o princípio federativo, o princípio republicano e outros. Segundo o ensinamento de CANOTILHO, os “*princípios estruturantes*” “*ganham concretização através de outros princípios (ou subprincípios)*” – princípios constitucionais gerais e especiais – “*que densificam os princípios estruturantes, iluminando o seu sentido jurídico-constitucional e político-constitucional, formando, ao mesmo tempo, com eles, um sistema interno*”. Além disso, os princípios estruturantes são também *densificados* “*por regras constitucionais, qualquer que seja a sua natureza.*”

Transpondo essas noções para o Direito da Criança e do Adolescente, observamos que os *princípios estruturantes* fornecem os parâmetros para a atribuição do sentido jurídico fundamental deste novo Direito, contendo as referências teleológicas e axiológicas que determinam, nos casos de antinomias, sua superioridade em face de outras normas (outros princípios, regras jurídicas). Além disso, esses princípios estruturantes interferem nas colisões – de princípios entre si, e nas antinomias entre princípio e regra – em que não estejam diretamente envolvidos. Nestes casos, a

---

<sup>266</sup> Neste caso, teremos como referência bibliográfica direta a obra “*Direito Constitucional*”, 6. ed., de CANOTILHO, e como referências bibliográficas indiretas, especialmente, as obras “*Conceito de Princípio Constitucional*”, de ESPÍNDOLA, e “*Curso de Direito Constitucional*”, de BONAVIDES.

<sup>267</sup> Cf. CANOTILHO. Op. Cit., p. 180.

intervenção dos princípios estruturantes tem a finalidade de manter o debate tendente à superação de colisões e antinomias, dentro da moldura geral do sistema jurídico em questão, para o que se levam em conta os elementos vitais do seu substrato teleológico e axiológico. Desta forma, além de constituírem “*travessas-mestras*”<sup>268</sup> jurídico-positivas – de caráter formal e material - do Direito da Criança e do Adolescente, enquanto normas situadas no topo da pirâmide normativa, os princípios estruturantes são diretrizes metodológicas, de atuação decisiva na manutenção da organicidade, da unidade e da coerência desse sistema jurídico.

No cumprimento da importante função metodológica antes mencionada, os *princípios estruturantes* atuam no sentido de assegurar a observância das fronteiras lógicas, teleológicas e axiológicas<sup>269</sup> do Ordenamento Jurídico, sem prejuízo da realização dinâmica dos fins e dos valores compatíveis com a concepção de sistema aberto e ordenável aqui adotada, como já ressaltamos. Esta linha de pensamento, conforme esclarece FREITAS,<sup>270</sup> conduz à constatação de que a decisão jurídica transcende o império do raciocínio lógico-dedutivo, da Lógica Clássica, que mantém o Direito refém de orientações jurídicas formalistas, em cujo âmbito a função básica da Dogmática Jurídica é garantir a adequação lógico-abstrata das estruturas normativas.

Adotando-se a alternativa teórica formulada pelo referido autor, que tem como ponto de partida a visão sistemática marcada pela presença de aspectos axiológicos ou teleológicos, encontrada na obra de CANARIS, afigura-se-nos inegável que o problema geral da interpretação dos princípios e regras e das questões especiais relativas à colisão de princípios e conflitos de normas, requer a atuação de um raciocínio lógico-dialético, cuja estrutura básica, diferentemente do modo de ser do raciocínio lógico-formal, está fundada na permanente tensão e interação entre a forma e o conteúdo do pensamento humano, entre as expressões do Direito e a realidade social.

---

<sup>268</sup> Expressão formulada por CANOTILHO para esclarecer que os “*princípios estruturantes*” constituem elementos constitutivos das “*idéias directivas básicas da ordem constitucional*” (Vide obra citada, p. 180).

<sup>269</sup> Sobre a consideração teórico-dogmática dos valores, como uma das fronteiras do sistema jurídico, lembramos, como reforço de fundamentação, esta observação de BONAVIDES, baseado em CANARIS: “*O reconhecimento e a aplicação de valores na ordem normativa não é fruto apenas do emprego de meios intuitivos ou subjetivos, pois em verdade o argumento lógico pode entrar também em cena toda vez que o intérprete busque afastar valores estranhos ao sistema, para estabelecer no interior deste as conexões axiológicas de conteúdo.*” (BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 5. ed., rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 1994. p.117.

<sup>270</sup> Cf. FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do direito*, especialmente p. 36-9.

Diante destas premissas, reafirmamos que os *princípios estruturantes* por nós pensados, como de resto os demais princípios jurídicos do Direito da Criança e do Adolescente que ainda vamos examinar, não podem ser vistos como elementos-chaves, meramente formais, da estrutura deste sistema de Direito Positivo. São também expressões objetivantes do Direito. Sua textura pressupõe a necessária inserção do Direito na realidade social, o Direito como fenômeno social objetivo, o Direito como medida de relações sociais concretas, portanto, conformado, desde o seu aspecto imaginário, como projeto viável de direito, pela ponderação de fins e valores.

Esta é a forma como vemos os *princípios estruturantes*, ao fixarmos as Diretrizes do Direito da Criança e do Adolescente, segundo o paradigma crítico-dialético de abordagem sistemática do Direito. Para este modo de pensar, o Direito é visto como um sistema aberto e ordenável de princípios, regras e valores, com prevalência formal e material dos princípios - como "mandamentos de otimização" de valores ou interesses juridicamente relevantes - sobre as regras.

Além disso, consideramos que a função básica do sistema jurídico, visto sob este prisma, é viabilizar a interpretação e a aplicação do direito positivado, evitar e superar as antinomias, dando vazão aos princípios, aos fundamentos e aos objetivos fundamentais do Estado Democrático de Direito, conforme a moldura geral delineada na Constituição. Este condicionamento teórico importa numa posição hermenêutica prévia em favor da realização dos Direitos Fundamentais da criança e do adolescente.

Desta forma, ao considerarmos, por exemplo, o princípio jurídico da "*Vinculação do Direito da Criança e do Adolescente à Doutrina da Proteção Integral das Nações Unidas*", como princípio estruturante do Direito da Criança e do Adolescente, estamos afirmando que além de ser uma das normas "inderrogáveis" ou "impreteríveis" deste sistema jurídico especial, este princípio deve sempre funcionar como fator de pré-determinação de toda e qualquer decisão acerca de Direitos Fundamentais da criança e do adolescente.

Para termos uma idéia mais objetiva do significado sócio-jurídico de um princípio como o que estamos analisando, imaginemos, no caso do Direito Constitucional, a relevância normativa, doutrinária e dogmática do *princípio do Estado Democrático de Direito*, do *princípio federativo* ou do *princípio republicano*, na conformação do Estado Brasileiro atual. Em nenhuma circunstância será juridicamente razoável imaginar que se negue vigência e obediência a tais princípios constitucionais. Se isso acontecer, não mais



estaremos falando do Estado Brasileiro tal como ele se encontra definido e estruturado jurídica e politicamente na Constituição em vigor. Em vista disso, consideramos que este trabalho constitui um programa teórico-prático de realização do conteúdo sócio-jurídico do Direito da Criança e do Adolescente, com amplo domínio sobre a estrutura e o funcionamento deste sistema jurídico, objetivando a Política de Direito que nele está contemplada.

Além do já mencionado "*princípio de Vinculação à Doutrina da Proteção Integral, das Nações Unidas*", podemos, desde logo, identificar os demais *princípios estruturantes* do Direito da Criança e do Adolescente: o princípio da *Universalização*, o princípio do *Caráter Garantista*, o princípio do *interesse superior da criança e do adolescente*.

Em síntese, a exemplo do que acontece com os princípios *estruturantes* na ordem jurídico-constitucional pensada por Canotilho, no sistema do Direito da Criança e do Adolescente, os princípios estruturantes são dotados do mais elevado grau de essencialidade material, como "mandamentos de otimização". Isto significa que não são estruturantes apenas por estarem no topo da pirâmide da estrutura do sistema combinado de princípios e regras, mas também porque são as densificações mais elevadas dos fins e valores vitais do sistema jurídico em questão.

Por essa razão, qualquer interpretação restritiva do seu sentido, conteúdo e alcance, ou do seu grau de normatividade, em face de outros princípios e regras, provoca sensíveis mudanças em todo o sistema jurídico, podendo conduzir à sua deformação, à perda do seu caráter garantista. Para evitar estas e outras distorções, é indispensável que o intérprete do Direito da Criança e do Adolescente esteja sempre atento ao risco de resgatar velhos padrões mentais, velhas categorias teórico-doutrinárias e teórico-dogmáticas (Direito Penal do Menor, Situação Irregular), próprios da *tradição menorista*. Isto é necessário porque os *princípios estruturantes* constituem a "estrutura pétrea" e, nessa condição, cumprem uma tarefa funcional de garantir o sentido geral, a unidade interna e a coerência lógica, sistemática, axiológica e teleológica do Direito da Criança e do Adolescente.

É a partir da operatividade dos princípios estruturantes que o Direito da Criança e do Adolescente pode materializar-se, tanto formal, quanto materialmente, como um novo modelo jurídico diferenciado do Direito menorista, com o qual se relaciona, como já dissemos, através de uma "ruptura paradigmática".

Por isso, quando atribuímos aos **princípios estruturantes** o importante papel de garantir a unidade do sistema jurídico, fazemos questão de sublinhar que a "unidade" a que nos referimos não se restringe ao aspecto lógico-formal, mas, sobretudo, aos aspectos axiológico e teleológico do Direito positivado. A idéia de sistema com a qual trabalhamos faz parte do campo teórico defendido por CANARIS. Para este autor, o conceito de "sistema jurídico" encontra fundamento, não apenas na adequação lógico-formal do Ordenamento, mas também e principalmente na unidade valorativa.<sup>271</sup> É através da unidade valorativa que o sistema jurídico se presta a realizar o princípio de justiça que deve ser o fundamento último da ordem jurídica.

É por isso que nos debates entre "menoristas" e "estatutistas", ocorridos antes e logo após o Estatuto da Criança e do Adolescente entrar em vigor, já se afirmava que este novo Direito não se constituía em mero aperfeiçoamento do Direito do Menor, mas devia ser a sua negação, a decretação de sua morte jurídica e social, política e cultural. É por causa dos *princípios estruturantes* que vemos em primeiro lugar, no Direito da Criança e do Adolescente, uma "revolução copernicana", como ocorreu ao Senador Ronan Tito, ao apresentar no Senado Federal o projeto de Lei nº 193/89, que viria a transformar-se no Estatuto da Criança e do Adolescente:

*“Este projeto de Estatuto da Criança e do Adolescente, que regulamenta o novo direito constitucional de mais da metade da população brasileira, significa uma verdadeira “revolução copernicana”.*<sup>272</sup>

➤ Fazendo ecoar nos dias de hoje esta imagem de onze anos atrás, podemos então afirmar que os *princípios estruturantes* do Direito da Criança e do Adolescente representam o testemunho normativo e teórico da revogação jurídica e da superação social, em sentido amplo, do Sistema Menorista, instituindo uma nova concepção jurídica, para uma nova concepção de Sociedade e de Estado no Brasil, instituindo, ademais, uma nova Ideologia Jurídica na área dos direitos de infante-juvenis.

---

<sup>271</sup> Cf. CANARIS, Claus-Wilhelm. Apud FREITAS, Juarez. **A interpretação sistemática do direito**. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 28.

<sup>272</sup> Cf. TITO, Ronan; AGUIAR, Nelson. Justificativa do Estatuto. In: PEREIRA, Tânia da Silva (Org.). **Estatuto da Criança e do Adolescente – Estudos Jurídicos e Sociais**. Rio de Janeiro: Renovar, 1992. p. 37.

“Ficarão, portanto, revogados os conceitos (ideológicos) e anticientíficos de “situação irregular” e o termo estigmatizador de “menor” como condição substantiva caracterizadora da maior parte da “nossa mais rica matéria prima”. Resgataremos com isso para a cidadania e para a realidade da plenitude humana as diversas condições de existência escamoteadas por aqueles dois conceitos, o nascituro, a primeira e a Segunda infâncias, a pré-adolescência, a adolescência e o jovem adulto, reconhecendo-se, portanto, as exigências e peculiaridades de cada uma dessas fases da vida humana.”<sup>273</sup>

Aos princípios *estruturantes*, situados no mais elevado grau da estrutura formal, axiológica e teleológica do Direito da Criança e do Adolescente, seguem-se os princípios *concretizantes*. Estes princípios correspondem, na estrutura principialógica adotada por CANOTILHO para o sistema constitucional português, aos subprincípios que, para o nosso autor, se subdividem em princípios gerais e especiais.

Os princípios concretizantes têm como uma de suas funções básicas a densificação ou concretização dos princípios *estruturantes*. Segundo CANOTILHO, os princípios estruturantes "ganham concretização através de outros princípios (ou subprincípios) que "densificam" os princípios estruturantes, iluminando o seu sentido jurídico-constitucional e político-constitucional, formando, ao mesmo tempo, com eles, um sistema interno (a uma "união perfeita" alude LARENZ). Assim, por exemplo, o princípio do Estado de Direito é "densificado" através de uma série de subprincípios: o princípio da constitucionalidade [...], o princípio da legalidade da administração [...] o princípio da independência dos Tribunais."<sup>274</sup>

No caso do Direito da Criança e do Adolescente, ocorre a mesma relação entre estas duas espécies de princípios jurídicos fundamentais. Os princípios concretizantes se subordinam e completam os princípios estruturantes, havendo entre eles uma relação lógico-formal e lógico-material (axiológica, teleológica), que denominamos "subordinação-interativa-de participação".

Para ilustrar o que acabamos de afirmar, consideremos o par de princípios constituído pelos *princípio estruturante*, da "Vinculação do Direito da Criança e do

---

<sup>273</sup> Ibidem, p. 37.

<sup>274</sup> Cf. CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional**. 6. ed. revista (reimpressão). Coimbra, Portugal: Almedina, 1995. p. 181.

Adolescente à Doutrina Jurídica da Proteção Integral, das Nações Unidas", e o *princípio concretizante* da "Prioridade Absoluta".

Resumidamente, o princípio estruturante focalizado significa que devemos garantir, a toda criança e a todo adolescente, o pleno exercício dos seus direitos fundamentais e a satisfação de suas necessidades básicas na maior medida possível. Este conteúdo básico do primeiro princípio tem como garantia de sua concretização a prescrição feita pelo princípio da "prioridade absoluta".

De maneira geral, "prioridade absoluta" significa dar precedência aos direitos, às necessidades, aos interesses infanto-juvenis. De maneira especial, quer dizer que, devido a seu maior grau de vulnerabilidade, e sua peculiar condição de pessoas em desenvolvimento, que os impede de "*contar com meios próprios para satisfazer suas necessidades básicas*",<sup>275</sup> crianças e adolescentes devem ter "*primazia em receber socorro em quaisquer circunstâncias*", "*precedência nos serviços públicos ou de relevância pública*", "*preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas*", ou ainda "*destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à adolescência*".<sup>276</sup>

Assim, percebemos que o princípio da "prioridade absoluta", cujo significado e alcance deve ser determinado em obediência ao que estabelece o princípio de "vinculação do Direito da Criança e do Adolescente à Doutrina Jurídica da Proteção Integral", relaciona-se com este princípio estruturante por um elo de subordinação formal e material. Além disso, através da "prioridade absoluta" densifica-se a "proteção integral", na produção da "norma de decisão" que regule diretamente uma situação concreta. Assim, o segundo princípio (concretizante) subordina-se ao primeiro (estruturante) e potencializa a sua normatividade, a sua positividade, tornando-o mais denso na relação do Direito Positivo com a realidade social. No segundo aspecto da relação de "subordinação-interativa de participação", que liga o primeiro princípio (estruturante) ao segundo (concretizante), torna-se evidente como este princípio confirma e realiza a cláusula mais geral contida naquele, isto é, fica patente que o princípio concretizante é uma expressão normativa tipicamente garantidora da efetividade da proteção integral que o Direito da

---

<sup>275</sup> Cf. COSTA, Antonio Carlos Gomes da. *É possível mudar*. São Paulo: Malheiros, 1993. p. 27.

<sup>276</sup> Estatuto da Criança e do Adolescente, art. 4º, parágrafo único, alínea "d".

Criança e do Adolescente tem em vista, para instrumentalizar a cidadania infanto-juvenil, no âmbito jurídico-político do Estado Democrático de Direito.

Nesta primeira abordagem, identificamos os seguintes *princípios concretizantes do Direito da Criança e do Adolescente brasileiro*:

- princípio da *Prioridade Absoluta*,
- princípio da *Humanização* do atendimento à criança e ao adolescente;
- princípio da *Ênfase nas Políticas Sociais Públicas*;
- princípio da *Descentralização Político-Administrativa*;
- princípio da *Desjurisdicionalização*;
- princípio da *Participação Popular*;
- princípio da *Interpretação teleológica e axiológica*;
- princípio da *Integração Operacional* dos órgãos do poder Público responsáveis pela aplicação do Direito da Criança e do Adolescente;
- princípio da *especialização técnico-profissional*.

Além dos princípios estruturantes e concretizantes, constatamos, na estrutura normativa do Direito da Criança e do Adolescente, a presença de uma terceira categoria de princípios, segundo a função por eles exercida. São os *princípios-garantia*.

Na tese elaborada por CANOTILHO, aos “*princípios-garantia*”, é:

*Atribuída uma densidade de autêntica norma jurídica e uma força determinante, positiva e negativa. Refiram-se, a título de exemplo, o princípio de nullum crimen sine lege e de nulla poena sine lege [...], o princípio do juiz natural [...], os princípios de non bis in idem e in dubio pro reo [...]. Como disse, estes princípios traduzem-se no estabelecimento directo de garantias para os cidadãos e daí que os autores lhes chamem “princípios em forma de norma jurídica” (LARENZ) e considerem o legislador estreitamente vinculado na sua aplicação.”<sup>277</sup>*

No âmbito do Direito da Criança e do Adolescente, referimo-nos aos *princípios-garantia*, para identificar teoricamente os princípios jurídicos fundamentais, cuja função

---

<sup>277</sup> Cf. CANOTILHO. Op. Cit., p. 173.

básica é garantir diretamente a efetividade de determinado direito, seja ele individual, coletivo ou difuso.

Atendendo à abordagem teórica até aqui desenvolvida, nesta formulação preliminar de uma teoria dos princípios jurídicos fundamentais no Direito da Criança e do Adolescente, chegamos ao seguinte quadro geral:

## **I - PRINCÍPIOS INTRA-SISTÊMICOS EXPLÍCITOS:**

### **A – PRINCÍPIOS ESTRUTURANTES:**

- 1) vinculação à Doutrina Jurídica da Proteção Integral (Estatuto da Criança e do Adolescente, artigos 1º e 3º.),
- 2) universalização (Estatuto da Criança e do Adolescente, artigos 1º, 2º e 3º.),
- 3) caráter Jurídico-Garantista (Constituição Federal, artigo 227; Estatuto da Criança e do Adolescente, artigos 3º e 4º),<sup>278</sup>
- 4) princípio do Interesse superior da criança e do adolescente (Convenção, artigo 3º).

### **B - PRINCÍPIOS CONCRETIZANTES:**

- 1) Prioridade Absoluta (Constituição Federal, art.227; Estatuto da Criança e do Adolescente, artigo 4º),
- 2) Ênfase nas Políticas Sociais Básicas (Estatuto da Criança e do Adolescente, art. 87, I ),
- 3) Descentralização Político-Administrativa (Constituição Federal, artigo 104; Estatuto da Criança e do Adolescente, artigo 86),
- 4) Participação Popular (Constituição Federal, artigo 204; Estatuto da Criança e do Adolescente, artigo 86),
- 5) Interpretação teleológica e axiológica (Estatuto da Criança e do Adolescente, artigo 6º),
- 6) Integração Operacional (Estatuto da Criança e do Adolescente, artigos 86 e 88, V),

---

<sup>278</sup> Ver, no Capítulo “O Direito da Criança e do Adolescente enquanto sistema jurídico”, o estudo feito sob “o ponto de vista dos meios”.

8) Especialização técnico-profissional (Regras Mínimas das Nações Unidas para a Justiça da Infância e da Juventude - Regras de Beijing, Primeira Parte, 1.6, Segunda parte, 13, Terceira parte, 22).

### **C - PRINCÍPIOS-GARANTIA:**

1) Prevalência da família natural (art.19, do Estatuto da Criança e do Adolescente),

2) Reserva legal (Convenção, artigo 40, 2, a; Constituição Federal, artigo 5º, XXXIX),

3) Devido processo de lei (Constituição Federal, artigo 5º, LIV; Convenção, artigo 40, 2, b, iii),

4) Ampla defesa (Constituição Federal, artigo 5º, LIV),

5) Presunção da inocência (Convenção, artigo 40, 2,b,i; Constituição Federal, artigo 5º, LVII),

6) Contraditório (Constituição Federal, artigo 5º, LV; Convenção, artigo 40, 2, b, IV; Estatuto da Criança e do Adolescente, artigo 111, I e II),

7) Excepcionalidade e brevidade de medidas privativas de liberdade (Convenção, artigo 37, b; Estatuto da Criança e do Adolescente, artigo 121),

8) Inimputabilidade penal (Constituição Federal, artigo 228; Convenção, artigo 40, 3,b; Estatuto da Criança e do Adolescente, artigo 104),

10) Inviolabilidade da Defesa (Convenção, artigo 37, d; Constituição Federal, art. 133; Estatuto da Criança e do Adolescente, artigos 111, III, 207), ao adolescente autor de ato infracional),

11) Restrição à publicidade (Convenção artigo 40, 2b,VII; Estatuto da Criança e do Adolescente, artigo 143),

12) Impugnação ou duplo grau de jurisdição (Estatuto da Criança e do Adolescente, artigos 198, 199; Convenção, artigo 40, 2 b, V),

13) Brevidade e excepcionalidade da Internação (art.121, do Estatuto da Criança e do Adolescente).

## II - PRINCÍPIOS INTRA-SISTÊMICOS-IMPLÍCITOS:

São princípios “CONCRETIZANTES” em sua totalidade:

- 1) Desjurisdicionalização;
- 2) Humanização;
- 3) Despolicialização (descriminalização);
- 4) Proporcionalidade;
- 5) Autonomia financeira (garantia de recursos, através dos Fundos nacional, estaduais e municipais, e de gestão de recursos através dos Conselhos Nacional, estaduais e municipais).

No capítulo seguinte, examinaremos o significado sócio-jurídico de alguns dos princípios fundamentais do Direito da Criança e do Adolescente antes elencados. Para esse fim, escolhemos os que nos parecem os mais importantes do conjunto normativo deste sistema jurídico. Optamos por esta alternativa tendo em vista que o tempo e o espaço necessários a um exame completo dos princípios já identificados, seriam incompatíveis com a natureza desta pesquisa, cujo objetivo epistemológico básico é formular uma introdução ao estudo do Direito da Criança e do Adolescente, na visão principialista. Para este fim, insistimos em que uma das idéias centrais deste estudo é a que considera o Direito um sistema aberto e ordenável de princípios, regras e valores, com prevalência formal e material (axiológica e teleológica) dos princípios, enquanto "mandamentos de otimização" de valores ou interesses juridicamente relevantes, sobre as regras.

Dentre os *Princípios Estruturantes* e *Concretizantes*, constantes do quadro geral já apresentado, e diante dos critérios operacionais supra-mencionados, decidimo-nos pela análise dos Princípios Jurídicos Fundamentais do Direito da Criança e do Adolescente que abordamos a seguir.

## I - PRINCÍPIOS ESTRUTURANTES:

1. Vinculação à Doutrina Jurídica da Proteção Integral das Nações Unidas;
1. Universalização;



3. Caráter Jurídico Garantista;

Interesse superior da criança e do adolescente.

## **II - PRINCÍPIOS CONCRETIZANTES:**

1. Prioridade ou Primazia Absoluta;

2. Descentralização Político-Administrativa;

3. Participação Popular;

4. Desjurisdicionalização;

5. Humanização;

6. Despolicialização (descriminalização);

7. Ênfase nas Políticas Sociais Básicas.

Ao nos dedicarmos a um estudo introdutório do Direito da Criança e do Adolescente sob a ótica da teoria dos princípios jurídicos, desejamos que esta iniciativa possa contribuir com a construção de um saber jurídico regional comprometido com o caráter emancipatório deste novo Direito. Com isso, pensamos na Teoria do Direito da Criança e do Adolescente como um saber jurídico que não se satisfaz com o papel tradicionalmente exercido pela Dogmática Jurídica no contexto da tradição positivista, qual seja, o de praticamente explicar o significado dos enunciados legais, como se este significado fosse algo imanente às “palavras da lei”. Neste caso, o que temos em mente é uma teoria jurídica que seja capaz de romper com a perspectiva positivista-dogmática na medida em que esteja determinada a operar com o Direito da Criança e do Adolescente como um instrumento de concretização dos Direitos Fundamentais que estão contemplados no seu Sistema de normas – de regras e princípios – especialmente de princípios jurídicos.

Considerar a Teoria do Direito da Criança e do Adolescente sob este ponto de vista é situá-la no campo do pensamento jurídico crítico, tendo por referência marcante as posições que vêem Direito e o Estado através de uma mundividência instrumental, eticamente comprometida com o fim de garantir os direitos fundamentais da pessoa humana. Trata-se, portanto, de uma aproximação teórica do Direito Positivo que

transcende ao próprio Ordenamento legal, embora tenha nele o seu ponto de partida. Transcende-o porque não lhe reconhece um valor intrínseco e absoluto, submetendo-o, como o faz com o Estado, ao teste da legitimidade teleológica e axiológica. Transcende-o, porque percebe que uma verdadeira teoria jurídica é também uma teoria política, fato que evidencia a insuficiência das abordagens positivistas tradicionais, vinculadas ao tecnicismo jurídico exegetico.

O que mais nos importa neste momento, é a percepção de estarmos compartilhando de uma preocupação que a cada dia se torna mais relevante, tanto no meio jurídico, quanto na Opinião Pública em geral. Referimo-nos à crescente conscientização da Sociedade brasileira, quanto à necessidade de se assegurar a eficácia do Direito da Criança e do Adolescente, vendo-se, nesta atitude social e política, uma forma de o país resgatar o grande débito que acumulou, para com a grande maioria da população infanto-juvenil, durante as sete décadas de vigência do Menorismo. Foram sete décadas de uma verdadeira barbárie sócio-jurídica que marcou profundamente a nossa memória coletiva, e que ainda hoje, só de ser lembrada, causa indisfarçável desconforto e justa indignação.

Uma das facetas mais significativas do movimento social organizado em torno do tema que estamos focalizando, reside no reconhecimento de que precisamos aprofundar o debate acadêmico e público sobre o real significado e o alcance jurídico, social, político e cultural, do Direito da Criança e do Adolescente. Parece que paira no ar a percepção de que a proposta incorporada por este novo Direito é um instrumento indispensável à mudança de mentalidade e de práticas sociais, na direção do projeto perfeitamente possível, de construirmos em nosso país uma sociedade livre, justa e solidária, ou seja, uma sociedade efetivamente orientada por uma Política de Direitos Fundamentais e sedimentada na crença inabalável de que a Democracia é o caminho sócio-político mais adequado para atingirmos esse grande objetivo comum.

## CAPÍTULO III

### O DIREITO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE E SEUS PRINCÍPIOS JURÍDICOS FUNDAMENTAIS - PRINCÍPIOS ESTRUTURANTES -

#### 3.1 PRINCÍPIO DA “VINCULAÇÃO À DOCTRINA JURÍDICA DA PROTEÇÃO INTEGRAL”

*“Proteção Integral: A lei assegura os direitos de todas as crianças e adolescentes sem discriminação de qualquer tipo.”<sup>279</sup>*

Em trabalho anterior, analisamos o significado e as características básicas da Doutrina Jurídica da Proteção Integral das Nações Unidas<sup>280</sup>. No presente estudo nos restringiremos a aspectos desta Doutrina que julgamos indispensáveis à demonstração da importância que ele possui numa proposta teórica - de orientação principiológica e garantista - sobre o Direito da Criança e do Adolescente.

A *Doutrina Sócio-Jurídica da Proteção Integral*, como já é de conhecimento geral, representa uma alternativa doutrinária aos paradigmas do *Direito Penal do Menor* e da *Situação Irregular*, que deram suporte ao Direito do Menor, sistema jurídico vigente em nosso país durante o longo período compreendido entre a década de 20 e o começo dos anos 90.

Também não constitui nenhuma novidade a constatação de que essa Doutrina, consubstancia o resultado do perseverante esforço desenvolvido pela Comunidade

---

<sup>279</sup> Cf. COSTA, Antonio Carlos Gomes da. **É possível mudar – a criança, o adolescente e a família na política social do município**. (Série Direitos da Criança 1). São Paulo: Malheiros, 1993. p. 84.

<sup>280</sup> Vide Capítulo IV "Fundamentos doutrinários do "Direito do Menor" e do "Direito da Criança e do Adolescente", da nossa monografia "Fundamentos Jurídicos e sociais do Direito da Criança e do Adolescente - a busca da "criança perdida", a descoberta da "criança cidadã".

Internacional e por movimentos sociais e políticos internos, tendo em vista a afirmação e a defesa dos Direitos Humanos de crianças e adolescentes a longo deste século.

Este duplo movimento em prol da Criança, cujas origens remontam às primeiras décadas do século XX, tem como objetivo fundamental a inserção de crianças e adolescentes em geral, enquanto titulares de Direitos Fundamentais, no âmbito do "Estado de Direito". Para isto, as forças sociais e políticas que dele fazem parte têm como uma de suas importantes frentes de trabalho, paralelamente à positivação jurídico-formal de uma pauta de Direitos, o estabelecimento de uma rede de garantias para torná-los efetivos.

Esta é uma tarefa de grande complexidade, mormente se levarmos em conta as disparidades sociais, políticas e econômicas em que vive o conjunto da população mundial, disparidades estas que interferem na interpretação dos princípios e regras da normativa internacional. Somemos a isto a existência de um *sensu-commun-teórico* que tem produzido efeitos nocivos nos processos internos de implementação dos Direitos infanto-juvenis já reconhecidos pela Comunidade das Nações. Segundo esse padrão de pensamento, que está presente no "Constitucionalismo clássico", a eficácia social de alguns direitos fundamentais - tais como os direitos sociais ou de prestação - encontra obstáculo na tese do "Estado Mínimo" ou fica na dependência de condicionamentos político-administrativos, como é o caso da limitação expressa pela cláusula geral de reserva ao "economicamente possível".

Mesmo num sistema jurídico como o da Convenção, o apelo a uma cláusula deste tipo por parte de Estados-signatários, pode transformar a Política Internacional de reconhecimento e proteção dos Direitos Humanos de crianças e adolescentes em algo estéril; pode resultar na perda da força normativa ou vinculante da Convenção, conspirando para reduzi-la a mais um Documento de direito internacional sem conseqüências práticas, no que se refere à concretização da cidadania infanto-juvenil, seja no sentido de garantir a crianças e adolescentes em geral o mínimo indispensável à vida humana digna, seja em termos de propiciar-lhes condições necessárias à plena realização de sua personalidade e de suas potencialidades. Esta situação se agrava quando a definição do que é "economicamente possível" depende do critério de análise dos próprios agentes políticos ou de autoridades indiferentes, omissos ou coniventes com as violações de Direitos de crianças e adolescentes, ou quando essa definição se subordina ao poder discricionário dos responsáveis pelas chaves do "Cofre do Estado". Tanto em um

caso, como em outro, a cidadania de crianças e adolescentes corre grandes riscos, pois é perfeitamente possível que se armem resistências contra ela, e/ou que se fortaleçam tendências de pensamento e de ação que convergem para os interesses colidentes com os interesses infanto-juvenis.

Em vista de fatores como esses, prejudiciais à concretização da cidadania de crianças e adolescentes, as forças sociais e políticas envolvidas na sua defesa, perceberam a indispensabilidade jurídica de se prever um quadro básico de garantias destinadas a anular ou minimizar os ataques que lhe são freqüentemente dirigidos. Do ponto de vista do movimento social e político comprometido com a causa da criança e do adolescente, tornou-se pacífico o entendimento de que a consistência desse quadro de garantias começa pela ênfase que se deve dar à Proteção Integral, considerando-se esta doutrina o eixo axiológico e teleológico que sustenta e vitaliza todo o sistema de Direitos fundamentais, gerais e especiais, a que corresponde, de maneira dinâmica, como processo histórico-concreto de incessante positivação de direitos, a cidadania infanto-juvenil. Seja em termos estruturais, seja em termos funcionais, a Doutrina sócio-jurídica da Proteção Integral pertence à categoria de verdadeira norma fundamental gerativa do Direito da Criança e do Adolescente. Por isto, esta Doutrina compromete todo o sistema jurídico nacional e internacional com as mudanças necessárias à implementação dos Direitos da criança e do adolescente. Isso implica profundas alterações no pensamento e no comportamento geral da sociedade civil e do poder público, que devem rever suas concepções fundamentais e suas práticas, no que diz respeito à "presença" e à "atuação" de crianças e adolescentes na vida social. Até o advento do Direito da Criança e do Adolescente, o imaginário coletivo e a administração pública eram tributários de uma concepção de Sociedade e de Estado na qual não havia lugar para se falar seriamente em direitos-infanto juvenis. Em vista disso, no caso brasileiro, os menores de 18 anos eram mais identificados por suas incapacidades e por sua dependência ontológica aos adultos com os quais conviviam. A Doutrina da Proteção Integral rompe integralmente com este passado.

Mesmo antes da Convenção institucionalizá-la como o fundamento da luta mundial em torno da construção da cidadania infanto-juvenil, a Doutrina Sócio-Jurídica da Proteção Integral já fazia parte da Normativa Internacional sobre a proteção de crianças e adolescentes nos mais variados contextos. Constatamos sua presença, v.g., na base ideológica da Declaração Universal dos Direitos da Criança, de 1959. Já no

Preâmbulo, a "Declaração" afirma que "*a humanidade deve à criança o melhor que pode dar-lhe*". E em três dos seus dez princípios, deparamos com postulados que correspondem a elementos integrantes do conceito jurídico de "proteção integral". Este é o caso do *1º princípio*, que institui o reconhecimento de direitos à criança, sem distinção alguma ou a salvo de discriminações de qualquer natureza, do *2º princípio*, relativo à "proteção especial e o acesso a oportunidades e, ainda, do *8º princípio*, que trata da prioridade de ajuda e socorro à criança.

A despeito disso, não há dúvida de que foi somente com a Convenção que esta Doutrina assumiu a condição de eixo-fundamental do Direito da Criança e do Adolescente em construção, erigindo-se num dos mais importantes instrumentos jurídicos à disposição dos movimentos sociais e políticos que fazem da luta em favor de crianças e adolescentes a sua "ratio essendi".

Consolidando a tradição da "Declaração Universal dos Direitos da Criança", trinta anos após, a *Convenção* densifica a tese de que a Criança *tem direito* à mais ampla proteção, em todo e qualquer espaço geográfico, em toda e qualquer situação ou circunstância social. É fácil constatar o que estamos afirmando. Já no "Preâmbulo", em duas oportunidades, o texto da Convenção assim se expressa:

*Tendo em conta que a necessidade de proporcionar à criança uma proteção especial foi enunciada na Declaração de Genebra de 1924 sobre os Direitos da Criança e na Declaração dos Direitos da Criança, adotada pela Assembléia Geral em 20 de novembro de 1959, e reconhecida na Declaração Universal dos Direitos Humanos, no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (em particular os artigos 23 e 24), no Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais ( em particular no Artigo 10) e nos estatutos e instrumentos pertinentes das Agências Especializadas e das organizações internacionais que se interessam pelo bem-estar da criança.*

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

Além disso, no corpo da Convenção, podem ser destacados os artigos 2, 6, 19 e 41, como enunciados representativos da pré-determinação exercida pela idéia de "Proteção Integral" sobre a totalidade deste instrumento de Direito Internacional relativo a Direitos Humanos da Criança, e sobre as implicações que daí decorrem:

No "Artigo 2", a Convenção determina que:

*Os Estados Partes respeitarão os direitos enunciados na presente Convenção e assegurarão sua aplicação a cada criança sujeita à sua jurisdição, sem distinção alguma, independentemente da raça, cor, sexo, idioma, crença, opinião política ou de outra natureza, origem nacional, étnica ou social, posição econômica, deficiências físicas, nascimento, ou qualquer outra condição da criança, de seus pais ou de seus representantes legais. – Os Estados Partes tomarão todas as medidas apropriadas para assegurar a proteção da criança contra toda forma de discriminação ou castigo por causa da condição, das atividades, das opiniões manifestadas ou das crenças de seus pais, representantes legais ou familiares.*

No "Artigo 6", a Convenção prescreve que *"Os Estados Partes reconhecem que toda criança tem direito inerente à vida"*, e que *"Os Estados-Partes assegurarão ao máximo a sobrevivência e o desenvolvimento da criança."*

No "Artigo 19", impõe-se aos Estados-Partes a adoção de todas *" medidas legislativas, administrativas, sociais e educacionais apropriadas a proteger a criança contra todas as formas de violência física ou mental, abuso ou tratamento negligente, maus-tratos ou exploração, inclusive sexual, enquanto a criança estiver sob a custódia dos pais, do representante legal ou de qualquer outra pessoa responsável por ela."*

E no "Artigo 41", está previsto que o disposto na Convenção não prejudicará padrões de proteção estabelecidos mais convenientes à concretização dos Direitos da Criança. Diz o texto: *"Nada do estipulado na presente Convenção afetará disposições que sejam mais convenientes para a realização dos direitos da criança e que podem constar: a) das leis de um Estado Parte; b) das normas de direito internacional vigentes para esse Estado."*

Através de uma interpretação sistemática e dinâmica desses dispositivos, chegamos ao inevitável entendimento de que a Convenção manifesta com firmeza a diretriz internacional de romper com a visão maniqueísta e estigmatizante do Direito anterior, que subdividia o universo dos "menores de 18 anos de idade" em dois "mundos sociais": de um lado, o "mundo das crianças e dos adolescentes", para os quais se reservava a família, a escola, a normalidade na vida social e comunitária; de outro, o "mundo dos menores carentes, abandonados, inadaptados ou delinquentes", os chamados "menores irregulares", destinados ao sistema de "tutela compassivo-repressiva", através do controle policial, judicial e de Instituições ou Centros de Reeducação (ex. SAM!) e ao cenário sombrio da marginalização.

Atuando no plano ideológico, ético e jurídico da Proteção Integral, a Convenção enfatiza a idéia-chave que permeia todo o seu conteúdo:

*A Criança, toda e qualquer Criança, - termo com que abrange, indistintamente, todas as pessoas humanas com menos de dezoito anos de idade - tem pleno direito a ter Direitos; deve receber, com prioridade, o mais adequado atendimento de suas necessidades básicas. Toda e qualquer Criança é titular de Direitos Fundamentais. É portadora de necessidades reais, ou seja, de definição histórico-social,<sup>281</sup> que devem ser providas, por direito próprio, pelo só fato de ser Criança: Criança na condição peculiar de pessoa humana em desenvolvimento, Criança enquanto um ser com suas peculiaridades, com sua própria Existência, um ser humano dotado de vulnerabilidades que o impossibilitam de garantir, em condições de liberdade e dignidade, sua própria sobrevivência e seu desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social.*

Assim é quase intuitiva, porém perfeitamente demonstrável, a percepção de que a Doutrina da Proteção Integral das Nações Unidas, se apresenta como uma fronteira redefinidora das relações entre a "Criança" e o "Direito", entre a "Criança" e o "Estado", e entre a "Criança" e a "Sociedade". Numa abordagem crítica, o perfil tradicional dessas relações funciona como permanente denúncia das impropriedades jurídicas que caracterizavam o Direito do Menor e das grandes perversidades sociais decorrentes de sua aplicação, a clamarem por mudanças radicais no imaginário dos juristas e na realidade social em geral. Neste sentido, vale lembrar esta sensível observação de BARATTA, para quem, a Doutrina da Proteção Integral das Nações Unidas:

*No solo cambió profundamente es concepto y el rol de las principales instituciones públicas destinadas a la infancia, empezando por los tribunales de menores, sino que incluso se ha producido una revolución en el lenguaje, lo cual constituye una señal*

---

<sup>281</sup> Cf. Alessandro BARATTA, "Durante la larga tradición del derecho natural se establece la concepción de una necesidad jurídica que corresponde a una necesidad natural. Ahora bien, en su reciente desarrollo la concepción de la justicia de los derechos humanos se autonomiza de la concepción jus naturalista y encuentra una nueva fundamentación en un concepto de necesidad, concepto que difiere de la naturaleza ontológica y que más bien tiene que ver con una dimensión histórico social. En esta nueva concepción esa justicia y los derechos humanos adquieren un contenido dinámico y evolutivo que requiere de una interpretación de las necesidades del hombre y de los grupos humanos como posibilidades." ("Durante a longa tradição do direito natural se estabelece a concepção de uma necessidade jurídica que corresponde a uma necessidade natural. Agora, em um recente desenvolvimento, a concepção da justiça dos direitos humanos se autonomiza da concepção 'jus' naturalista e encontra uma nova fundamentação no conceito de necessidade; conceito que difere da natureza ontológica e que melhor tem a ver com a dimensão histórico-social. Nesta nova concepção, essa justiça e os direitos humanos adquirem um conteúdo dinâmico e evolutivo que requer de uma interpretação das necessidades do homem e dos grupos humanos como possibilidades.") (tradução do autor). (Op. Cit., p. 40).



*relevante de la transformación en el plano normativo. Se habla y se escribe siempre menos de "menores", y siempre más de infancia, de niños y adolescentes y de sus derechos.*<sup>282</sup>

No contexto da ruptura paradigmática representada pela Convenção, a nossa Constituição Federal incorporou ao Estado Democrático de Direito brasileiro a Doutrina inovadora das Nações Unidas. Isto aconteceu antes da aprovação do texto final da Convenção pela Assembléia-Geral das Nações Unidas.<sup>283</sup> Esta agradável novidade foi o resultado da mobilização da Sociedade Civil organizada em movimentos de pesquisadores (juristas, sociólogos, pedagogos, etc.), de instituições e de setores populares. Graças a esta intensa mobilização foi possível garantir que as emendas ao texto constitucional em discussão fossem subscritas por mais de 150.000 eleitores - *“cidadãos que, cientes da inadequação do sistema jurídico, do sistema de atendimento e da própria visão da sociedade frente à questão da criança e do adolescente, sentiram que eram necessárias mudanças.”*<sup>284</sup>

Finalmente, o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90), no seu art. 1º assim se expressou: *“Esta Lei dispõe sobre a proteção integral à criança e ao adolescente.”*

Um dos componentes éticos e jurídicos fundamentais da Doutrina Jurídica da Proteção Integral é o reconhecimento de que a Criança e o Adolescente, enquanto pessoas em desenvolvimento, são portadores de um valor humano inestimável. Além disso, o fato de que, por sua maior vulnerabilidade e pelo sentido prospectivo de sua existência - representando objetivamente a continuidade do seu povo e da própria humanidade - são portadores de necessidades específicas, o que os torna titulares de Direitos Fundamentais especiais, ao lado dos direitos fundamentais comuns a toda pessoa humana.

---

<sup>282</sup> “Não só modificou profundamente o conceito e o rol das principais instituições públicas destinadas à infância, começando pelos tribunais de menores, como também tem produzido uma revolução na linguagem, a qual constitui um sinal relevante da transformação no plano normativo. Fala-se e se escreve sempre, menos de ‘menores’, e sempre mais de infância, de crianças e de adolescentes e dos seus direitos.” (tradução do autor). BARATTA. Op. Cit., p. 42.

<sup>283</sup> A Convenção foi aprovada e destinada à subscrição, ratificação ou adesão, através da Resolução nº 44/25, de 20 de novembro de 1989. Entrou em vigor em 02.09.90, tem em vista o disposto no art. 49. Este dispositivo determina o termo inicial de vigência da Convenção no trigésimo dia seguinte à concretização do vigésimo instrumento de ratificação pelos Estados-Partes. Foi aprovada pelo Congresso Nacional, em 14.09.90, através do Decreto Legislativo nº28. Ratificada pelo Governo Brasileiro em 24.09.90, entrou em vigor no país no dia 23.10.90. Por fim, foi promulgada pelo então Presidente da República Fernando Collor, em 21.11.90, por meio do Decreto nº 99.710.

<sup>284</sup> Cf. AMARAL E SILVA, Antônio Fernando do. In: **A criança e seus direitos** (debate promovido pela PUC/Rio e Funabem e editado pela PUC em 1990, p. 12).

Com isso, a Doutrina Sócio-Jurídica da Proteção Integral redefine as bases das relações complexas que envolvem, de uma parte, o Estado, a Sociedade, a Família e, de outra, a Criança e o Adolescente. Em relação à Criança e ao Adolescente, esta Doutrina institui o conceito jurídico-político de Cidadania. Quanto ao Estado, à Sociedade e à Família, impõe deveres jurídicos, no sentido de garantir que a *cidadania infanto-juvenil* não seja transformada em mero aconselhamento, sem conseqüências práticas.

Em razão disso, é importante asseverar que, no sistema do Direito da Criança e do Adolescente, toda e qualquer norma (princípios e regras) é dotada de normatividade e de positividade; de validade formal e material, o que deve implicar efetividade social. Para este fim, a Doutrina Jurídica da Proteção Integral pressupõe, ao contrário das Doutrinas do Direito do Menor, a existência e a afirmação de uma autêntica *Carta de Direitos Fundamentais*, os quais devem assegurar em favor de toda Criança e de todo Adolescente, desde a vida intra-uterina, as melhores condições ao pleno desenvolvimento de suas potencialidades físicas, morais, sociais, culturais e espirituais.

Neste caso, sublinhamos que, no âmbito da Doutrina Sócio-Jurídica da Proteção Integral, a Criança e o Adolescente deixam de ser *objetos de intervenção*, passando a ser vistos como *sujeitos de direitos*. O conceito sócio-jurídico de Proteção Integral institucionaliza um novo espaço para crianças e adolescentes na sociedade brasileira. Este é o "espaço da Cidadania", entendido como o espaço de quem tem "direito a ter direitos", ou de quem não pode mais ser visto como *feixe de carências*, mas deve ser considerado como *feixe de direitos*.

A grande inovação, decorrente da adoção do conceito sócio-jurídico de Proteção Integral, que garante a especificidade paradigmática do Direito da Criança e do Adolescente, é basicamente esta: diferentemente do que ocorria com o Direito do Menor, que a rigor só se referia expressamente a "DIREITO" quando assegurava ao "menor irregular" *sub-judice* por prática de infração penal e detido em estabelecimento correccional o "direito à assistência religiosa" (art. 119, Código de Menores)<sup>285</sup>, o Direito da Criança e do Adolescente contém uma Carta (aberta) de Direitos, que incorpora os Direitos Fundamentais comuns a toda pessoa humana, e os direitos especiais, próprios de

---

<sup>285</sup> O art. 119, do Código de Menores (Lei nº 6.697/79), prescrevia: "*O menor em situação irregular terá direito à assistência religiosa.*"

crianças e adolescentes na sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento. Isto significa uma redefinição ampliativa do Estado de Direito, em dois sentidos:

- a) no sentido subjetivo, pela inclusão jurídica de uma nova categoria social ;
- b) no sentido objetivo, pela previsão, em favor desta categoria social - criança e adolescente - de novos direitos, ou seja, de direitos não previstos na pauta tradicional de direitos fundamentais.

Esta ampliação do Estado de Direito significa que os menores de 18 anos são reconhecidos como integrantes do seu pacto fundador e como beneficiários da sua proteção jurídica. Desta forma, também em favor de crianças e adolescentes em geral, impõe-se a observância de todos os princípios e regras jurídicas fundamentais da Constituição Federal acerca de Direitos e Garantias Fundamentais, como é o caso dos direitos e garantias previstas no art. 5º do texto constitucional.

A partir destes elementos, é preciso reconhecer que a institucionalização da Doutrina Jurídica Sócio-Jurídica da Proteção Integral, enquanto fundamento axiológico e teleológico do Direito da Criança e do Adolescente, transformou a Criança e o Adolescente em titulares de um direito subjetivo público – o direito de exigir através de todas as ações, e de todas as formas de pressão próprias ou compatíveis com o Estado Democrático de Direito, o respeito à sua cidadania.

Seja no que se refere aos direitos fundamentais gerais, seja no que diz respeito aos direitos especiais, a observância da Doutrina Jurídica da Proteção Integral deve significar a garantia de que toda Criança e todo Adolescente sejam efetivos beneficiários de políticas sociais básicas, complementares ou assistenciais, porém sem assistencialismo, como também de ações político-administrativas, de mecanismos jurídico-processuais, de programas de atendimento (preventivo ou corretivo, emergencial ou permanente), que devem comprometer a Família, a Sociedade em geral e o Poder Público, com a sua mais adequada e eficiente operacionalização. Esta característica da Doutrina Sócio-Jurídica da Proteção Integral põe em evidência o caráter o Direito da Criança e do Adolescente como uma *técnica garantista*.<sup>286</sup> Os Estados-Partes, prescreve a Convenção, "adotarão todas as

---

<sup>286</sup> Utilizamos a expressão "técnica garantista" no sentido apropriado à Teoria do Garantismo Jurídico, desenvolvida por Luigi Ferrajoli na obra "Derecho y Razón": teoría del garantismo penal" e referido por Emilio García Méndez, na "Conferência Magna - Sistema de Garantias", proferida na "II

medidas administrativas, legislativas e de outra natureza, com vistas à implementação dos direitos reconhecidos na presente Convenção."

Conforme argumenta COSTA,<sup>287</sup> beneficiando a totalidade da população infanto-juvenil, a Doutrina da Proteção Integral das Nações Unidas exige, para a sua concretização na vida social, um conjunto de estratégias que pode ser subdividido em quatro grandes dimensões de Políticas de Atendimento:

- a) Políticas Sociais Básicas – de cobertura universal. Direito de todos e dever do Estado;
- b) Políticas de Assistência Social – Não são universais, mas se destinam a grupos, comunidades ou pessoas que se encontram em "estado de necessidade", isto, temporária ou permanentemente incapacitados de prover suas próprias necessidades;
- c) Políticas de Proteção Especial – destinadas a grupos, comunidades ou pessoas que se encontram em situação de risco pessoal ou social;<sup>288</sup>
- d) Políticas de Garantias – constituídas por um sistema de "*mecanismos jurídicos e institucionales destinados a poner en práctica las conquistas del estado democrático en favor de las personas y grupos amenazados o violados en sus derechos.*"<sup>289</sup>

---

CONFERÊNCIA NACIONAL DOS DIREITOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE", ocasião em que este autor fez, dentre outras, as seguintes observações: "Abordar o tema do sistema de garantias dos direitos exige começar por uma compreensão muito clara, do significado de garantia. Uma garantia deve ser entendida como uma técnica jurídica idônea para assegurar o cumprimento e a efetividade dos conteúdos expressados nas normas jurídicas. Técnica jurídica certa, fixada com antecipação a sua utilização. Neste contexto, é claro que o conceito de garantia pertence ao reino da certeza de vida, que é o mesmo que dizer que a garantia pertence como concepção filosófica à cultura da não-discrecionalidade, entendendo discrecionalidade como está no Aurélio, como aquilo que procede sem restrições e de maneira arbitrária" (Vide *Anais da II Conferência Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente*. Brasília, DF: CONANDA, 1997, p. 29).

<sup>287</sup> COSTA, Antônio Carlos Gomes da. *Niños y niñas de la calle: vida, pasión y muerte*. Buenos Aires: UNICEF Argentina, 1993, p. 28.

<sup>288</sup> Segundo COSTA, no sistema da Convenção, estão incluídos entre os beneficiários de Políticas de Proteção Especial, as crianças e adolescentes ameaçados ou violados na sua integridade física, psicológica ou moral, tais como: vítimas de abandono e tráfico, vítimas de abuso, negligência e maus-tratos (na família ou em instituições), vítimas do trabalho precoce, abusivo, explorador, os que fazem das ruas seu espaço de luta, sobrevivência e, mesmo, de vida, vítimas de prostituição e outras formas de exploração sexual, envolvidos com o uso e tráfico de drogas, adolescentes em conflito com a lei. (Vide COSTA. *Niños y niñas...*, p. 28.

<sup>289</sup> *Ibidem*, p. 28.

Considerando o que foi exposto, entendemos que o princípio da Vinculação do Direito da Criança e do Adolescente à Doutrina Sócio-Jurídica da Proteção Integral das Nações Unidas deve funcionar para o Direito da Criança e do Adolescente, como uma norma fundamental kelseniana funciona para todo e qualquer sistema jurídico.<sup>290</sup> Embora não seja uma norma presumida ou ficta, este princípio deve criar para o conjunto da Sociedade (Instituições governamentais, não-governamentais etc.), um amplo *dever jurídico de agir*, visto que a Sociedade, o Poder Público e a Família, “*por lei ou por outros meios*,” devem funcionar como gestores da implementação de “*todas as oportunidades e facilidades*”, que visem a facultar à Criança e ao Adolescente o “*pleno desenvolvimento físico, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e dignidade*”, conforme dispõe o art. 3º do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Por tudo isso, consideramos o princípio em exame o primeiro e o mais importante dos princípios estruturantes deste novo modelo jurídico. Na visão sistemática do Direito da Criança e do Adolescente, este princípio está situado no plano mais elevado da pirâmide normativa, sendo o “mandamento de otimização” dotado de maior peso e importância. Desta forma, o conteúdo jurídico do seu enunciado é o que mais densamente expressa o significado geral do novo Direito. Do ponto de vista da Teoria da Interpretação, este princípio funciona como a diretriz hermenêutica que se superpõe a todo o sistema de princípios e regras do Direito da Criança e do Adolescente, pois lhe compete, de modo especial, a tarefa de garantir a organicidade e unidade deste Direito.

Nesta condição de *primeiro princípio estruturante*, o seu conteúdo deve refletir-se em todas as ações de implantação e aperfeiçoamento do Direito da Criança e do Adolescente, em todos os níveis da produção jurídica (legal, institucional, político-administrativa, legislativa, executiva, judiciária, preventiva, corretiva, sócio-educativa etc.), sob pena de frustrarem-se os fins sociais deste novo Direito.

Desta forma, a *mudança do panorama legal*, o *reordenamento institucional*, a busca de novas *formas de proteção aos Direitos Fundamentais*, e de *atendimento às Necessidades Básicas de crianças e adolescentes*, devem traduzir-se em compromissos permanentes de todos os operadores do Direito da Criança e do Adolescente.

---

<sup>290</sup> Para Hans Kelsen (1881-1969), a Norma Fundamental é pressuposto lógico e jurídico de todo e qualquer sistema jurídico. Apresenta-se como uma norma presumida, hierarquicamente superior às demais normas (regras e princípios), que confere sentido e validade ao Sistema como um todo.

Isto significa, como lembra SEDA<sup>291</sup>, "*alteratividade*", ou seja, mudança de atitudes, de hábitos, ações e procedimentos. Mas, para nós, significa também "*alternatividade*", porque à alteração do modo de agir deve corresponder a busca de uma nova cultura jurídica, deve implicar novos compromissos concretos do Direito em face da realidade social, recusando-se o Direito da repressão, da estigmatização, da exclusão e do confinamento de setores da população infanto-juvenil, pondo-se no seu lugar, numa atitude de verdadeira ruptura, o Direito da inclusão, da promoção pessoal, social e comunitária, da garantia democrática da dignidade, da liberdade, da igualdade, enfim, de todos os elementos implicados no conceito jurídico de justiça em prol de crianças e adolescentes em geral.

Transcendendo a função de regulação de condutas sociais, a teoria e a operacionalização do Direito da Criança e do Adolescente devem consolidar a tese de que este Direito foi historicamente construído para servir também como instrumento efetivo da consumação permanente dos autênticos fins sociais e das exigências do Bem-Comum que o caracterizam como um Direito emancipatório, como um Sistema Jurídico de Direitos Fundamentais. Isto retrata um compromisso com as outras duas funções básicas do Direito na sociedade atual, além de servir como instrumento ou técnica de controle da vida social: a) função de proteção de direitos conquistados; b) função de promoção de novos direitos, ou de promoção social.

### 3.2 PRINCÍPIO DA UNIVERSALIZAÇÃO

No sistema do Código de Menores, sob a égide da "*Doutrina da Situação Irregular*", os termos "*menor*" e "*criança*" tinham significados sociais e jurídico diferenciados. "Menor" designava o menor de 18 anos qualificado por uma situação de carência, abandono, vítima ou autor de infração penal, o trombadinha, o "pivete", o menino de rua, o "menino" ou a "menina problema", "moralmente pervertidos" etc. Por sua vez, o termo "Criança" dava a entender o menor de 18 anos regularmente integrado na família, na escola, na sociedade, vivendo em condição social de normalidade.

---

<sup>291</sup> Cf. SEDA, Edson. **A criança e o direito alterativo**: um relato sobre o compromisso da doutrina

Visto como portador de uma patologia social, o *Menor* era concebido juridicamente como alguém passível de ser *identificado, apreendido, diagnosticado e encaminhado para o sistema institucional de exclusão da "sociedade das crianças e dos adolescentes", que se incumbia de confiná-lo para submetê-lo à terapia da "ressocialização"*. Segundo Deodato RIVERA, na vigência do Código, o adjetivo "menor",

*por uso e abuso da prática social discriminatória - foi transformado em substantivo. Mas ele escamoteia a essência, a ontologia, a referência desse conceito. Qual é o referente deste conceito? É uma criança e um adolescente. Quando se diz menores - existe aquela famosa manchete de um jornal do Rio de Janeiro há alguns anos: "Menor assalta criança na porta da escola". Quem é o menor? É o outro, é o pobre, é o que está excluído do convívio social das pessoas de bem.*<sup>292</sup>

Havia, então, um processo lingüístico de *etiquetamento conceitual*, que permitia saber contra quem o sistema menorista podia ser acionado, e que funcionava como uma espécie de licença para a implementação da "tutela assistencialista, clientelista e repressiva" que caracterizava a relação entre os *Menores* e o Direito, os *Menores* e as Políticas Públicas que lhes diziam respeito, os *Menores* e as Instituições de atendimento, governamentais, nas diversas esferas do Poder Público, ou não-governamentais etc..

O Direito da Criança e do Adolescente foi pensado como uma forma de revogação jurídica e de superação ética, política e econômica desse "etiquetamento conceitual", e dos efeitos geralmente perversos que resultaram de sua aplicação durante o longo tempo de vigência do Menorismo em nosso país. Em razão deste compromisso emancipatório, o Direito da Criança e do Adolescente constitui o comando geral de inclusão de toda criança e adolescente, independentemente de sua condição (racial, cultural, econômica, social etc.), no estágio jurídico e político do Estado de Direito. Nunca é demais enfatizar que para uma compreensão correta do sentido e do alcance social e jurídico do Direito da Criança e do Adolescente, é sempre necessário trabalhar com suas normas (regras e princípios) e seus valores fundamentais como corolários do

---

da proteção integral à criança e ao adolescente no Brasil. Campinas: Aidês, 1995. p. 10.

<sup>292</sup> Cf. RIVERA, Deodato. Posicionamento da sociedade civil frente ao Estatuto da Criança e do Adolescente e o Código de Menores. In: A CRIANÇA E SEUS DIREITOS. Rio de Janeiro: PUC-RIO/FUNABEM, 1990. p. 50.

Estado Democrático de Direito, observando-se com rigor técnico e com a máxima sensibilidade ética e política os fins sociais e as exigências do bem comum no âmbito de tal sistema político.

Ao analisar o art.1º do Estatuto, AMARAL E SILVA observa:

*O dispositivo ora em exame é a síntese do pensamento do legislador constituinte, expresso na consagração do preceito de que "os direitos de todas as crianças e adolescente devem ser universalmente reconhecidos. São direitos especiais e específicos, pela condição de pessoas em desenvolvimento. Assim, as leis internas e o direito de cada sistema nacional devem garantir a satisfação de todas as necessidades das pessoas de até 18 anos, não incluindo apenas o aspecto penal do ato praticado pela ou contra a criança, mas o seu direito à vida, saúde, educação, convivência, lazer, profissionalização, liberdade e outros" (João Gilberto Lucas Coelho, **Criança e Adolescente: a Convenção da ONU e a Constituição Brasileira**, UNICEF, p. 3).<sup>293</sup>*

Conforme está expresso no art. 2º, do Estatuto da Criança e do Adolescente, para fins de efetivação da Doutrina Jurídica da Proteção Integral de maneira *universal*, considera-se *criança* a pessoa humana até doze anos de idade incompletos, e *adolescente*, a pessoa humana entre doze anos completos e dezoito anos de idade. Afora esse âmbito de competência genérico, o Estatuto, ou seja, o Direito da Criança e do Adolescente aplica-se, excepcionalmente, nos casos expressos, às pessoas entre dezoito anos completos e vinte e um anos de idade (art. 2º, "caput" e seu parágrafo único).

As faixas etárias fixadas pelo Estatuto estão fundadas em critérios de política legislativa.

Segundo ALBERGARIA, a distinção feita pela lei não coincide com a distinção biológica entre criança e adolescente, bem como se afasta do critério dominante adotado na legislação comparada. No primeiro caso, diz o autor, a "*infância*" *vai até a puberdade, na qual se insere a adolescência. A pré-puberdade começa aos 11 ou 12 anos nos meninos e 13 anos nas meninas. A puberdade aparece aos 13 anos na menina e aos 15 anos no menino. A adolescência termina aos 16 ou 17 anos na moça e aos 18 anos no rapaz.*" No segundo caso, destaca que de acordo com dados estatísticos da ONU, "*varia a idade-limite entre vários países: em 74 países, o critério cronológico se fixa em 15 anos; em 10 países em 16 anos; em 31 países em 18 anos e em 6 países, mais de 18 anos.*" E

---

<sup>293</sup> Cf. AMARAL E SILVA. In: AMARAL E SILVA, Antônio Fernando do et al.. **Estatuto da criança e do adolescente – comentários jurídicos e sociais**. São Paulo: Malheiros, 1991. p. 11-12.



adverte, "*O limite da idade de 12 anos para o adolescente irá potencializar a concepção inflacionária da delinquência do menor, ao compreender outros tipos de "deviance", como a pré-inadaptação social, e pré-delinquência e paradelinquência.*"<sup>294</sup>

NOGUEIRA entende que a fixação da adolescência a partir dos doze anos de idade completos, com a responsabilização por ato infracional, através de processo contraditório com ampla defesa, "*não deixa, salvo melhor juízo, de ser uma temeridade, pois aos doze anos a pessoa ainda é uma criança*". A seu ver, o critério adotado no art. 2º do Estatuto contraria as Regras Mínimas de Beijing, que, ao cuidar da responsabilidade penal, recomenda que "*seu começo não deverá fixar-se numa idade demasiado precoce, levando em conta as circunstâncias que acompanham a maturidade emocional, mental e intelectual*" (4.1 - As regras de Beijing).<sup>295</sup>

Levando em conta que a Constituição Federal proibia o trabalho a menor de "**quatorze anos**", salvo na condição de aprendiz<sup>296</sup>, NOGUEIRA defende que o limite entre a infância e a adolescência deveria fixar-se nessa idade.

*Sempre defendemos a redução da idade para a imputabilidade penal aos dezesseis anos, tendo em vista vários fatores, o que sempre encontrou resistência por parte dos menoristas, mas agora, com o Estatuto, foi reduzida a idade para doze anos completos, já que o adolescente ao praticar ato infracional estará sujeito a verdadeiro processo contraditório, com aplicação de medidas sócio-educativas, como prestação de serviços à comunidade ou internação, que não passam de penas restritivas de direito ou recolhimento.*<sup>297</sup>

Embora reconheçamos que o Estatuto da Criança e do Adolescente, como qualquer outro produto cultural, certamente contém falhas que haverão de ser apontadas e corrigidas no exercício de sua interpretação e aplicação, entendemos que não se justificam os argumentos apresentados pelos dois autores acima destacados.

No caso de ALBERGARIA, lembramos que, embora o Estatuto, no art. 103, preveja que o adolescente responderá pela prática de ato infracional, exige, por igual, a pré-definição legal da conduta típica (princípio da reserva legal aplicável às leis

---

<sup>294</sup> Cf. ALBERGARIA, Jason. *Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente*. Rio de Janeiro: Aide, 1991. p. 24-25.

<sup>295</sup> Cf. NOGUEIRA, Paulo Lúcio. *O Estatuto da Criança e do Adolescente comentado*. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 9.

<sup>296</sup> Através da Emenda Constitucional nº 20, de 15-12-98, o inciso XXXIII, do art. 7º do texto constitucional fixou a idade laboral mínima em 16 anos, permitindo aos menores de 14 anos apenas a condição de aprendizes.

<sup>297</sup> Cf. NOGUEIRA. *Op. Cit.*, p. 10.

repressivas em geral) e estabelece garantias processuais (arts. 110/111), que visam justamente a evitar que o contato do adolescente com o Sistema de Justiça da Infância e Adolescência o exponha a situações incompatíveis com seu "status" de cidadão e sujeito de direitos individuais indisponíveis.

Quanto à crítica de NOGUEIRA, objetamos o seguinte: a fixação da adolescência a partir dos doze anos de idade completos não significa que o Estado brasileiro tenha adotado a alternativa de *responsabilização penal para jovens*, mencionada no artigo 4, das "Regras Mínimas de Beijing", para a Administração da Justiça da Infância e da Juventude. Responsabilidade penal é conceito jurídico que não pode ser ampliado, seja por conveniência política, seja por dificuldade de se operar com novos dados da vida jurídica. A Constituição Federal é taxativa ao fixar a imputabilidade penal a partir dos 18 anos de idade, remetendo os que estão abaixo desta faixa etária "às normas de legislação especial" (art. 228). Esta norma constitucional constitui uma das cláusulas pétreas do Estado Democrático de Direito, não podendo sequer ser objeto de proposta de emenda, a teor do disposto no art. 60, § 4º, IV, da Constituição Federal.

Além disso, não é correto, do ponto de vista da Teoria do Direito da Criança e do Adolescente, confundir as *medidas sócio-educativas* previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente com as *penas do Código Penal Brasileiro*. O caráter essencialmente sócio-educativo ou pedagógico das medidas que o Estatuto da Criança e do Adolescente destina ao adolescente autor de ato infracional impede qualquer confusão conceitual entre elas e a resposta do Direito Penal.

Embora as medidas sócio-educativas do Direito da Criança e do Adolescente alberguem, do ponto de vista fáctico, um aspecto punitivo, dada a relação que, em termos psicossociais, existe entre as noções de transgressão à ordem instituída e a reação da sociedade, o que o estudioso deste novo Direito deve entender é que o conceito comum de punição não deve levar a uma mudança semântica da resposta estatutária ao adolescente em conflito com a lei, de modo a transformar o ato infracional em "crime em miniatura" e as "medidas sócio-educativas" em "penas previstas na legislação especial".

Fazer com que o adolescente "responda" por seus atos, não significa submetê-lo à lógica do penalismo. Se há algo de "punitivo" nas medidas sócio-educativas, no que diz respeito ao aspecto ontológico da resposta da sociedade a uma transgressão à ordem, isto não desnatura o conteúdo pedagógico, escolhido pelo movimento que defende a causa da criança e do adolescente como a forma mais adequada de lidar com o adolescente na sua

condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, escola esta que acabou sendo adotada pelo constituinte brasileiro. Neste particular, é esclarecedor o pensamento de GOMES NETO:

*Quis o legislador resguardar o adolescente do ranço da punição estigmatizante. Também em nenhum momento a lei reporta-se ao efeito retributivo ou mesmo intimidatório da medida; pelo contrário, sempre preteriu tais figuras em favor da garantia de oportunizar e facilitar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de dignidade, observando a condição peculiar de pessoa em desenvolvimento. Mesmo porque hoje já é consenso entre os educadores e profissionais afins de que não se educa pela repressão, ou pela punição. A verdadeira educação processa-se pelo armazenamento de experiências e pela compreensão dos fatos e atos. Pela repressão e punição forja-se um comportamento artificial, não condizente com o de um cidadão cômico de direitos e deveres.*

*Não há punição pedagógica. Pois o conceito de uma repele o da outra. Na punição há caráter implícito de retribuição, vingança, o que por si só afasta todo e qualquer caráter pedagógico, o qual encerra todo um processo educativo, de compreensão, assimilação e conformação aos preceitos legais, morais e sociais. Daí a importância do aspecto pedagógico das medidas a serem aplicadas ao adolescente, que atuarão como verdadeiras condutoras da formação global, porque em consonância com princípios científicos multidisciplinares.<sup>298</sup>*

Por fim, o fato de a Constituição Federal prever que os adolescentes autores de atos infracionais são beneficiados pelos princípios da *ampla defesa* e do *contraditório* não autoriza afirmar que, em razão disso, referidos adolescentes passem a ser vistos como "destinatários do direito penal". Nem a *responsabilização pela prática de ato infracional*, prevista no Estatuto da Criança e do Adolescente, nem qualquer outra forma de responsabilização jurídica, pode ser levada a efeito, no atual estágio civilizatório, em Sociedades estruturadas sob a forma de Estado de Direito, especialmente no caso do sistema político vigente em nosso país (Estado Democrático de Direito!), sem que sejam observados estes consagrados princípios de proteção aos direitos individuais.

Reconhecer a obrigatoriedade da observância de tais princípios regedores da Cidadania do nosso tempo, nos casos em que se atribui a um adolescente a prática de ato infracional, não pode jamais sugerir, ao intérprete ou ao aplicador do Direito, que a situação *sub judice* se tenha deslocado do Direito da Criança e do Adolescente para o Direito Penal.

---

<sup>298</sup> Cf. GOMES NETO, Gercino Gerson. O adolescente, o Estatuto da Criança e do Adolescente e a redução da idade penal. In: **Atuação** - Revista da Associação Catarinense do Ministério Público, ano 1, 2. ed., fev. 2000, p. 24.

Assim, de maneira alguma assiste razão ao jurista NOGUEIRA. Em primeiro lugar, como a *responsabilização pela prática de ato infracional* não corresponde à *responsabilidade ou "imputabilidade penal"*, não tem consistência jurídica afirmar que o critério adotado pelo art. 2º do Estatuto da Criança e do Adolescente tenha contrariado as Regras Mínimas de Beijing para a Administração da Justiça da Infância e da Juventude em matéria de adolescente em conflito com o sistema jurídico. Em segundo lugar, pelas razões já expostas, também não se sustenta o argumento de NOGUEIRA, segundo o qual, ao submeter adolescentes autores de atos infracionais a "*verdadeiro processo contraditório, com aplicação de medidas sócio-educativas como prestação de serviços à comunidade ou internação, que não passam de penas restritivas de direito ou recolhimento.*", o Estatuto optou pela redução da idade penal.

O que o Estatuto fez, a partir da decisão de política criminal presente no art. 228 da Constituição Federal, foi justamente organizar um sistema de resposta jurídica compatível com as Regras de Beijing, estabelecendo uma rede de Direitos e Garantias Fundamentais que consulta às regras e princípios do referido Documento da normativa internacional, como os "direitos individuais" elencados nos arts. 106 a 109 e as "garantias processuais" constantes dos arts. 110 e 111, para exemplificar.

Em suma, as medidas sócio-educativas e a metodologia jurídico-processual adotada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente estão em harmonia com as "Regras Mínimas de Beijing", em cujo texto, em nenhum momento, se encontrará a defesa da impunidade de jovens autores de atos infracionais, conforme definidos na legislação dos *Estados Membros*. O que este Documento das Nações Unidas contém, como objeto essencial de seus princípios e regras, é precisamente a preocupação em assegurar que adolescentes autores de atos infracionais, sejam ou não considerados penalmente responsáveis, tenham tratamento jurídico que respeite aos princípios de um autêntico Estado de Direito. Consequentemente, não podem ser submetidos a ordenamentos jurídicos que não incorporem os Direitos Fundamentais e as Garantias Processuais próprias dos sistemas democráticos. Assim, as "Regras de Beijing" são incompatíveis com legislações que não proíbem juízos parciais ou de exceção ou juízos discriminatórios, que prevêm sanções de caráter eminentemente repressivo, ou desproporcionais às circunstâncias do infrator e à gravidade da infração, que estabelecem procedimentos inquisitoriais, que não contemplem os princípios da reserva legal, do contraditório e da ampla defesa, com os recursos a ela inerentes, que não prevêm a pluralidade de medidas

aplicáveis aos autores de atos infracionais, ou não prescrevem o caráter excepcional da institucionalização (ex. internação), nem protegem o adolescente em conflito com a lei contra a morosidade processual etc..

Ainda segundo as *Regras de Beijing*, na administração da Justiça da Infância e da Juventude, os *Estados Membros* devem “*satisfazer as diversas necessidades dos jovens infratores, e ao mesmo tempo proteger seus direitos básicos*”, “*satisfazer as necessidades da sociedade*” e “*aplicar cabalmente e com justiça*” as demais regras constantes do documento em questão.

Evidentemente, como já observamos, não é correto negar a existência de um certo caráter punitivo nas medidas sócio-educativas previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente. Esta constatação, numa análise apressada, pode levar o intérprete do Estatuto a confundir as medidas sócio-educativas com as penas do Direito Criminal. A verdade é que, embora seja praticamente impossível esvaziar completamente o sentido repressivo das medidas sócio-educativas, o que as distingue das sanções penais propriamente ditas é o modo jurídico de concebê-las e a forma aplicá-las na prática do Direito da Criança e do Adolescente.

A visão axiológica e teleológica deste novo ramo jurídico exige incessantes esforços teóricos e práticos para acentuar que o que mais importa no sistema do Direito da Criança e do Adolescente não é o caráter punitivo-retributivo da medida aplicável...É que a medida em si, tanto quanto todo o rito processual para determinar a sua aplicação têm como princípio norteador, o respeito à dignidade da pessoa do adolescente, à sua condição de pessoa em desenvolvimento, e a garantia de que o seu contato com o sistema policial e com a justiça da infância e da juventude enfatiza a sua condição de educando e não de delinqüente. Neste caso, como adverte COSTA, é preciso ter clareza sobre o que realmente significa considerar o adolescente autor de ato infracional um "sujeito em termos pedagógicos". Para esse autor, com quem concordamos no ponto em questão, a noção de educando:

*[...] consiste en una concepción del educando como sujeto del proceso educativo, o sea, el educando como fuente de iniciativa, en el sentido de ser él mismo el protagonista de acciones, gestos y actitudes en el contexto de la vida familiar, escolar o comunitaria. También fuente de compromiso, por ser él responsable por las consecuencias de sus actos; y fuente de libertad, desde el momento en que sus actos van siendo, cada vez en*

*mayor medida, consecuencia de sus propias elecciones. Todo eso, naturalmente, dentro de los límites que derivan de su condición peculiar de persona en desarrollo.*<sup>299</sup>

O bem-estar do adolescente, a satisfação de suas necessidades básicas, a proteção dos seus direitos fundamentais, a implementação de condições que favoreçam o seu pleno desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, aliada à correspondente satisfação das necessidades da sociedade, são, pois, os compromissos jurídicos exigidos para a implementação das medidas sócio-educativas, como, de resto, para a aplicação de qualquer medida prevista no Direito da Criança e do Adolescente. Este mandamento fundamental é uma decorrência do fato de levarmos a sério o conteúdo sócio-jurídico da Doutrina da Proteção Integral como medida social e jurídica de combate aos modelos jurídicos que, ao discriminarem determinadas crianças e adolescentes para fins de Direito, permitiam que a lógica da marginalização comprometesse qualquer tentativa de resgate da dignidade dos excluídos ou dos expostos a condições especialmente difíceis de sobrevivência. É nesta medida, radicalmente emancipatória, que o princípio da Universalização vigora no sistema da Convenção e, conseqüentemente, no sistema do Direito da Criança e do Adolescente adotado em nosso país.

### 3.3 PRINCÍPIO DO CARÁTER GARANTISTA

Em capítulo anterior, tivemos a oportunidade de ressaltar que, em vista das características éticas, jurídicas e políticas do Direito da Criança e do Adolescente, o Garantismo Jurídico é uma alternativa teórica, não apenas compatível, mas imanente a esse novo ramo do Direito Brasileiro. Segundo proposta desenvolvida por FERRAJOLI, o Garantismo Jurídico se desdobra em três momentos – *um determinado modelo jurídico, uma determinada teoria jurídica e uma determinada filosofia jurídica e política.*

---

<sup>299</sup> “Consiste em uma concepção do educando como sujeito do processo educativo, isto é, o educando como fonte de iniciativa, no sentido de que ele é protagonista de ações, gestos e atitudes no contexto da vida familiar, escolar e comunitária. Neste caso, o educando é também fonte de compromisso, já que é responsável pelas conseqüências de seus atos; fonte de liberdade, desde o momento em que seus atos são, cada vez em maior medida, conseqüências de suas próprias escolhas. Tudo isso, naturalmente, dentro de limites que decorrem de sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento.” (tradução do autor). Cf. COSTA. Op. Cit., p. 62.

Em qualquer desses momentos, vale destacar, o Garantismo se apresenta como uma nova forma de definir, abordar e operar com o Direito que decorre das preocupações de FERRAJOLI em face do que ele denomina "crise do Direito", expressão que para ele significa "crise da própria razão jurídica" sob o domínio do pensamento e da práxis positivista. Nas palavras do próprio autor, *"Assistimos hoje, mesmo nos países demais avançada democracia, a uma crise profunda e crescente do Direito, que se manifesta, sob várias formas e em múltiplos níveis."*<sup>300</sup>

Segundo FERRAJOLI, a "crise do Direito" pode ser compreendida através de três aspectos: a) crise de legalidade, relacionada ao valor vinculativo associado às regras pelos titulares dos poderes públicos. Este aspecto da "crise do Direito" se *"exprime na ausência ou na ineficácia dos controles, e portanto na variada e espetacular fenomenologia da ilegalidade do poder"*;<sup>301</sup> b) crise da *"inadequação estrutural das formas do Estado de Direito às funções do Welfare State, agravada pela acentuação do seu caráter seletivo e desigual, em consequência da crise do Estado Social"*<sup>302</sup> e, c) crise na *"deslocação dos lugares de soberania, na alteração do sistema das fontes e conseqüente enfraquecimento do constitucionalismo"*.<sup>303</sup> Este aspecto da "crise do Direito", explica FERRAJOLI, está ligada à "crise do Estado Social" e se manifesta no bojo do processo de integração mundial, que provocou o deslocamento das sedes de decisão tradicionalmente reservadas à soberania dos Estados Nacionais para fora das fronteiras desses entes políticos. Este tríplice "crise do Direito", observa FERRAJOLI, implica riscos para a Democracia e para a eficácia dos Direitos Fundamentais.

Diante desse quadro, a proposta garantista significa uma profunda revisão dos fundamentos teórico-dogmáticos e teórico-doutrinários da cultura jurídica de matriz positivista, que se fez dominante, especialmente nos países filiados à herança romano-germânica, como é o caso do Brasil. Desde os seus fundamentos, a tradição positivista se apresenta como uma construção do saber jurídico e político comprometida com o ideário do Estado Liberal e, por isso mesmo, dependente de uma visão filosófica e científica do Direito e da Política que sobrevalorizam os aspectos formais das relações jurídicas e das relações de poder. Neste sentido, o positivismo jurídico é um modelo teórico sistemático-

---

<sup>300</sup> Cf. FERRAJOLI, Luigi. O direito como sistema de garantias. In: OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebiades (Org.). **O novo em direito e política**. Porto Alegre: do Advogado, 1997. p. 89.

<sup>301</sup> Cf. FERRAJOLI. Op. Cit., p. 89.

<sup>302</sup> Ibidem, p. 90.

<sup>303</sup> Ibidem, p. 90.

avaliativo do Direito que deita suas raízes na idéia básica de que as normas jurídicas têm um valor intrínseco, isto é, valem porque são vigentes, independentemente do seu conteúdo, desde que observadas as exigências procedimentais de criação e inserção nos Ordenamentos. Esta é uma concepção formal ou materialmente acrítica do Direito e do Estado com a qual o Garantismo colide frontalmente no afã de engendrar novas bases para um imaginário jurídico-político adequado ao nosso tempo.

Na abertura deste capítulo observamos que para FERRAJOLI o Garantismo se desdobra em três momentos teóricos: um determinado modelo jurídico, uma determinada teoria jurídica e uma determinada filosofia jurídica e política.

No primeiro caso, o Garantismo tem por objeto a concepção do Direito-Ordenamento, na sua relação com os Sistemas Políticos ou tipos ideológicos de Estado, levando-se em conta os desdobramentos desta relação no que se refere ao tema dos Direitos Fundamentais. Neste contexto, o pressuposto fundamental do Garantismo Jurídico é demonstrar a necessidade de libertar o Direito dos condicionamentos do Estado Liberal e, em contrapartida, conformá-lo aos compromissos do Estado Democrático ou Social. Desde a sua formulação clássica,<sup>304</sup> a proposta Liberal se satisfaz em assegurar o *estatuto jurídico* dos cidadãos, baseada na sacralização da propriedade e na afirmação da igualdade jurídica formal. Em vista disso, o Estado permanece à margem dos conflitos sociais, como se fora apenas um *vigilante privilegiado, ou como diz a expressão francesa, "Etat Gendarm"*, das relações que se forjam na luta dos indivíduos, grupos e das classes sociais por sobrevivência, pela posse e fruição de bens, por poder etc. Para o Estado cumprir esta função social e política, basta-lhe assegurar o império da lei, a vigência do Direito positivado, pouco importando qual seja o conteúdo das normas jurídicas, isto é, a medida ou critério axiológico e teleológico adotado para regular as relações sociais subjacentes. A validade da ordem jurídica se perfaz com o atendimento dos pré-requisitos do chamado Estado de Direito Clássico: existência de uma Constituição, divisão tripartite dos poderes do Estado e salvaguarda dos direitos civis e políticos do indivíduo, também denominados "direitos de liberdade", ou *direitos de primeira Geração*.

Dentro deste quadro jurídico-político, o Direito (a Lei) é válido, e, conseqüentemente, deve ser obedecido, não pelo que proporciona em termos de felicidade

---

<sup>304</sup> Exemplo típico desta formulação é a proposta de Kant para o Estado Liberal.



e bem-estar ao conjunto da Sociedade, mas pelo que é, enquanto *regra externa de relações sociais*. Neste sentido, o Estado Liberal convive com uma concepção jurídica que se ajusta, em termos gerais, à definição kantiana do Direito. Para este autor, "*O direito é o conjunto das condições por meio das quais o arbítrio de um pode estar de acordo com o arbítrio de outro segundo uma lei universal de liberdade.*"<sup>305</sup>

Sob este prisma conceitual, em que se destaca o caráter formal da ordem jurídica - aspecto ontológico e metodológico do Direito moderno que sobrevive até os nossos dias - a operacionalização (interpretação/aplicação) do Direito, conforme ensinamento clássico de WEBER, é um processo que apresenta os seguintes traços fundamentais: "*a) toda decisão jurídica concreta representa a "aplicação" de um preceito abstrato a um 'fato concreto'; b) é necessário que se possa encontrar, em relação a cada caso concreto, graças ao emprego da lógica jurídica, uma solução que se apóie nos preceitos abstratos em vigor; c) o direito objetivo vigente é um sistema "sem lacunas", de preceitos jurídicos ou encerra tal sistema em estado latente ou, ao menos tem de ser tratado como tal para o fim de sua aplicação a casos singulares; d) tudo que não se possa "construir" de modo racional carece de relevância para o direito; e) a conduta dos homens que formam uma comunidade deve ser necessariamente concebida como "aplicação" ou "execução" ou, pelo contrário, como "infração" de preceitos jurídicos.*"<sup>306</sup>

Neste modelo de pensamento, há um reducionismo epistemológico na teoria jurídica, e um reducionismo funcional do Direito na vida social. No primeiro caso, divide-se o discurso jurídico em duas partes estanques, uma destinada aos aspectos lógico-formais, vista como "ciência das normas" e, outra, ocupada com os aspectos valorativos e teleológicos subjacentes à ordem jurídica, que corresponde ao objeto de estudo de "ciências não propriamente jurídicas", tais como Sociologia e Filosofia.

*"Destas duas partes, em que assim se fraciona o direito, ressalta, ademais a importância primordial da primeira, figurando a Segunda como seu ornamento, a ser especulado por quem tiver o lazer para cultivar os "jogos do espírito."*<sup>307</sup>

---

<sup>305</sup> Cf. KANT, Emanuel. Apud BOBBIO, Norberto. **Direito e estado no pensamento de Emanuel Kant**. Tradução de Alfredo Fait. Brasília: Editora da UNB, 1984. p. 54.

<sup>306</sup> Cf. WEBER, Max. Apud GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 65-66.

<sup>307</sup> Cf. AZEVEDO, Plauto Faraco de. **Crítica à dogmática e hermenêutica jurídica**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1989. p. 18.

No segundo caso, determina-se o não envolvimento do Estado de Direito com as vicissitudes da vida social. Segundo GRAU, isto significa que o fim do Direito funciona como mecanismo para a:

*[...] conservação dos meios, ainda que tantas vezes isso se tenha pretendido ocultar sob a afirmação de que ele estaria voltado a assegurar a ordem e a paz. Neste sentido, o Estado põe um direito definidor das regras de um jogo cujo fim ou cujos fins são externos a ele, porque definidos pelo indivíduo, que se vale de suas formas para realizar os seus fins. O espaço reservado a esse direito não compreende senão a predisposição dos instrumentos necessários a que cada um possa atingir os fins a que se propõe (IRTI 1979/4).<sup>308</sup>*

O limitado compromisso do Estado Liberal ou Neoliberal para com a integralidade da Cidadania entra em rota de colisão com a Teoria do Garantismo Jurídico. Esta Teoria concebe o Estado na presença obrigatória da Democracia *substancial*, como instrumento sócio-político para a concretização e construção permanente de Direitos Fundamentais. Isto significa que a materialização destes direitos é um aspecto essencial do Estado de Direito. Só é de Direito o Estado que age em consonância com e em função de uma Política de Direitos. Para chegar a esta conclusão, trabalhando com a expressão *governo sub-lege*, como uma das acepções do princípio de legalidade, FERRAJOLI distingue *validade formal* e *validade substancial* deste princípio fundador do Estado de Direito. *Validade formal* representa a mera legalidade das normas jurídicas positivadas. *Validade substancial* significa, numa acepção funcional, que todos os poderes e do Estado devem estar a serviço da garantia dos Direitos Fundamentais que compõem a *cidadania democrático-social*, entendendo-se esta como a incorporação, no “patrimônio político”, de toda a gama de Direitos – os direitos de liberdade, os direitos de crédito e os direitos de solidariedade etc. - ou seja, as múltiplas Gerações de Direitos Fundamentais que se sucederam à criação do Estado Moderno, na travessia que as sociedades politicamente mais avançadas fizeram do Liberalismo (Democracia formal) ao Socialismo (Democracia material) nos dois últimos séculos.

Em suma, diante das premissas teóricas formuladas por FERRAJOLI para o tema em questão, percebe-se que falar em *Estado de Direito* na ótica do Garantismo Jurídico não é apenas falar em *Estado da mera legalidade*, mas em *Estado de legalidade*

---

<sup>308</sup> Cf. GRAU. Op. Cit., p. 72.

*democrática*. O Estado de Direito é, na verdade, *de Direito legítimo*, é um *Estado de boas leis, de leis cada vez melhores, porque cada vez mais abrangentes no reconhecimento e na proteção dos Direitos Fundamentais*.

No que concerne ao Garantismo, enquanto uma *determinada Teoria Jurídica*, FERRAJOLI trabalha com o pressuposto metodológico da separação entre Direito e Moral (Ser e Dever Ser). Com isso, busca uma explicação objetiva entre aspectos fundamentais da Teoria Geral do Direito, tais como a distinção entre *validade e efetividade*, bem como entre estas duas categorias dogmáticas e a *existência* ou *vigência* das normas jurídicas. Transcendendo os parâmetros da Dogmática Positivista, a Teoria Garantista favorece a construção de uma “*teoria da divergência*” entre *direito válido e direito efetivo, ambos vigentes*, uma teoria que opera com a totalidade do Sistema Jurídico, evidenciando suas antinomias, e não as ocultando ou tentando ocultá-las, como ocorre com o Positivismo Jurídico.

Trata-se, então, de uma Teoria Jurídica que rejeita a atitude meramente legitimadora do Ordenamento de Direito Positivo em vigor. Distinguindo *vigência, validade e efetividade*, observa FERRAJOLI, o Garantismo é também uma forma de conceber o trabalho do juiz e do jurista em face da ordem jurídica estabelecida, pois significa que são questionadas a fidelidade do juiz à lei e a função meramente descritiva do cientista do Direito. Ou seja, a Teoria Jurídica transforma-se num instrumento de emancipação do próprio Direito em face dos condicionamentos conservadores, propiciando a construção de uma concepção jurídica que acompanha a dinâmica social na construção do *Estado de Direito (Garantista)*.

Quanto ao terceiro momento da Teoria Garantista, estamos diante de uma *determinada filosofia jurídica e crítica da política*: uma tese que aprofunda a diferença entre Direito e Moral, operando com o “*ponto de vista externo*” ou *heteropoyético* de valoração do Direito, o qual corresponde à dicotomia “*estado de direito democrático*”(o que vem do e beneficia o povo) ”*estado de direito autoritário*” (o que vem do e beneficia o príncipe). (o grifo é nosso).

Com base no pensamento de FERRAJOLI, observamos que a Dogmática Jurídica, tanto na vertente *normativista*, quanto na *realista*, funciona como um *discurso analítico* e como uma metodologia que fortalece os *modelos unidimensionais* de Ciência Jurídica. Esta tendência teórica e metodológica produz efeitos prejudiciais à compreensão e à operacionalização dos Ordenamentos Jurídicos. No caso do *normativismo*, conduz à

confusão entre Direito e Lei. No caso do *realismo*, o Direito se confunde com as práticas normativas vivenciadas por determinada Sociedade.

Em ambas as orientações positivistas, não se concebe o Direito criticamente, à luz de uma pauta de valores que transcenda o *positivado*, seja o positivado através da norma formalmente preestabelecida, seja o positivado através dos hábitos ou usos e costumes jurídicos de um povo. A consequência disso, no nosso entendimento, é que se direciona a Teoria Jurídica para uma “teoria de ajuste” ao direito vigente, no caso do normativismo, e ao direito efetivo, no caso do realismo, ficando de fora da Dogmática Jurídica o enfoque dos valores e dos fins sociais do Direito.

Mesmo através de uma abordagem sintética da Teoria Garantista, percebe-se como ela constitui um instrumento metodológico adequado aos fundamentos do Direito da Criança e do Adolescente. Este ramo jurídico, há quem o diga, constitui verdadeira “Carta de Alforria” da cidadania infanto-juvenil. Não se trata de um aperfeiçoamento do *menorismo*, mas do decreto de sua extinção, para tornar possível o surgimento de um padrão de juridicidade radicalmente inovador, que subverte as bases e o desenvolvimento do velho sistema repressivo-corretivo, conhecido como *Direito do Menor, ou Direito dos Menores*.

Esta é uma primeira e decisiva razão para asseverarmos que o Direito da Criança e do Adolescente constitui uma revolução paradigmática em face do regime jurídico anterior relativo aos menores de 18 anos. Este novo Direito, como sabemos, tem seus fundamentos assentados nas Declarações, Tratados e Convenções sobre Direitos Humanos da Criança no mundo contemporâneo, dentre os quais se destacam a Declaração Universal dos Direitos da Criança (1959), As Regras Mínimas da ONU para a Administração da Justiça da Infância e da Juventude - “Regras de Beijing” - (1985), As Regras Mínimas da ONU, para a Proteção dos Jovens Privados de Liberdade, a Convenção Internacional Sobre Direitos da Criança (1989) e as Diretrizes da ONU para a Prevenção da Delinquência Juvenil - “Diretrizes de Riad” - (1990).

Especialmente no que respeita à *Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança*, esta Normativa não se limita a *conclamar ou a admoestar os Estados-partes, mas obriga-os eticamente, juridicamente, socialmente, politicamente e economicamente*, à observância dos seus preceitos. No presente caso, tem-se um Documento cogente de Proteção a Direitos Humanos, cuja validade decorre do “interesse público” comum ou geral”, ou, como se diz em linguagem técnica do Direito das Gentes, “*ordre public*” que

lhe é inerente.<sup>309</sup> Por isso, é um Direito que se impõe aos Estados-Partes, sem que possam eles objetar ou embaraçar sua aplicação com base em teses como a do caráter absoluto de sua soberania, a do chamado domínio reservado dos Estados ("domestic jurisdiction" ou "compétence nationale exclusive").<sup>310</sup> Além disso, implica a interpretação necessariamente restritiva de derrogações permissíveis e de limitações ou restrições permissíveis ao exercício dos direitos nela contemplados, bem como a rejeição das chamadas "falsas analogias", tais como (i) a proteção dos direitos humanos e proteção diplomática, (ii) a solução de casos de direitos humanos e solução pacífica de controvérsias internacionais e (iii) a de recursos internos e recursos internacionais.<sup>311</sup>

Por outro lado, a exemplo do que ocorre com qualquer Tratado ou Convenção de Proteção de Direitos Humanos, a Convenção Internacional sobre Direitos da Criança, exige dos Estados-Partes medida de compatibilização de suas legislações aos seus preceitos.

Conforme esclarece TRINDADE, diferentemente dos Tratados de Direito Internacional comuns, os Tratados e Convenções de Proteção dos Direitos Humanos têm uma especificidade que demanda uma interpretação dirigida à sua efetividade.

*Os tratados de direitos humanos são distintos dos tratados do tipo clássico que incorporam restritivamente arranjos e concessões recíprocos; os tratados de direitos humanos prescrevem obrigações de caráter essencialmente objetivo, a serem garantidas ou implementadas coletivamente, e enfatizam a predominância de considerações de interesse geral ou ordem pública que transcendem os interesses individuais das Partes Contratantes.*<sup>312</sup>

[...]

*Os tratados de direitos humanos, dados a natureza essencialmente objetiva das obrigações que incorporam e seu caráter especial ou autônomo, acarretam uma interpretação própria. Esta interpretação é um processo essencialmente dinâmico, dado que os tratados de direitos humanos são tidos como instrumentos vivos.*<sup>313</sup>

No caso brasileiro, a Convenção está inserida no sistema de Direito Positivo interno, situada, na pior das hipóteses doutrinárias, no mesmo plano das leis ordinárias.<sup>314</sup>

---

<sup>309</sup> Cf. TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **A Proteção internacional dos direitos humanos: fundamentos jurídicos e instrumentos básicos**. São Paulo: Saraiva, 1991, especialmente p. 3.

<sup>310</sup> Ibidem, p. 3-6.

<sup>311</sup> Cf. TRINDADE. Op. Cit., p. 43-45.

<sup>312</sup> Ibidem, p. 47-48.

<sup>313</sup> Ibidem, p. 48.

<sup>314</sup> No nosso entendimento, em vista do disposto no parágrafo 2º, do art.5º, da Constituição Federal, os direitos fundamentais constantes da Convenção Internacional sobre Direitos da Criança têm status de direitos constitucionais. Neste sentido, A. A. Cançado TRINDADE. Op. Cit., p.133-134 e

É direito interno por recepção, de sorte que seus princípios, passam a ser princípios do Direito da Criança e do Adolescente.

A ligação direta entre o Direito da Criança e do Adolescente brasileiro e a normativa internacional, que tem por objeto proteger a Criança no mundo contemporâneo, torna indiscutível o seu matiz garantista. Lendo o Preâmbulo da Convenção, percebemos que a elaboração deste importante documento jurídico da atualidade teve como uma de suas causas imediatas o reconhecimento de que ao longo deste século, a exemplo do que ocorreu com outros tipos sociais, como a mulher e determinados grupos étnicos ou culturais (negros, indígenas, ciganos, idosos, portadores de deficiência etc.), crianças e adolescentes tiveram a existência marcada por graves e freqüentes agressões contra sua vida, liberdade, integridade física e psicológica e outros aspectos de sua condição humana.

É importante observar que o desrespeito, a indiferença e a submissão de crianças e adolescentes a condições "excepcionalmente difíceis" ocorreu em todos os quadrantes do mundo, a despeito de as Constituições, de maneira geral, já conterem princípios e regras sobre o reconhecimento e a proteção de Direitos Fundamentais do Homem, do Cidadão etc., e não obstante a proliferação de Declarações e Tratados Internacionais de Direitos Humanos.

As atrocidades dos conflitos bélicos mundializados ou não, dos regimes políticos autoritários ou totalitários, não importando a ideologia que os tenha orientado, bem como as conseqüências perversas produzidas pelo avanço das irracionalidades do Capitalismo, de Mercado ou de Estado, dentre outros fatores, foram responsáveis pela submissão de grande parcela da humanidade a condições sociais, econômicas e políticas incompatíveis com os valores da pessoa humana, situação esta agravada com relação aos segmentos populacionais mais vulneráveis.

Em suma, o século XX, com todas as condições econômicas, científicas e tecnológicas favoráveis à superação dos processos sociais e políticos que resultaram na degradação social, no empobrecimento crescente da maioria da população mundial, foi recheado de momentos altamente lesivos para a vida humana, em condições de liberdade, e de dignidade. Em alguns desses momentos, tanto na guerra, quanto na paz, a impressão

que se teve foi a de que a própria espécie humana corria sério risco de extermínio pela ação da irracionalidade na economia e na política.

Para milhões de crianças, o século XX foi um século perdido, pois viveram sob o jugo da dura realidade do progresso civilizatório pelo avesso. O mundo de liberdade, dignidade, igualdade e proteção contra a repressão, a opressão e a exploração do homem pelo homem, se, para a maioria da população mundial, chegou em minguadas porções, para crianças e adolescentes, pode-se dizer que praticamente não existiu como aspecto da vida real. Diante deste sombrio quadro de sofrimento humano, a Comunidade Internacional, através dos representantes dos Estados signatários da Convenção, afirmou uma das verdades mais contundentes deste final de século: em termos de proteção à Criança, todos os povos da terra e seus respectivos Estados deviam pautar-se pelos mesmos princípios do Direito das Gentes já consagrados pela Declaração Universal dos Direitos do Homem (ONU, 1948). Além disso, deixaram evidente que a necessidade de proporcionar proteção especial à criança não é, nada mais, nada menos, do que consolidar as realizações esparsas de um movimento que, desde as primeiras décadas do século XX, deixou suas marcas na normativa internacional. Por fim, era preciso passar da *lógica das intenções* para a *lógica das ações concretas*.

*Os Estados Partes da Presente Convenção*

*Considerando que, de acordo com os princípios proclamados na Carta das Nações Unidas, a liberdade, a justiça e a paz no mundo se fundamenta no reconhecimento da dignidade inerente a dos direitos iguais e inalienáveis de todos os membros da família humana;*

*Tendo em conta que os povos das Nações Unidas reafirmaram na Carta sua fé nos direitos fundamentais do homem e na dignidade e no valor da pessoa humana, e que decidiram promover o progresso social e a elevação do nível de vida com mais liberdade;*

*Reconhecendo que as Nações Unidas proclamaram e acordaram na Declaração Universal dos Direitos Humanos e nos Pactos Internacionais de Direitos Humanos que toda pessoa possui todos os direitos e liberdades neles enunciados, sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, idioma, crença, opinião política ou de outra natureza, seja de origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição;*

*Recordando que na Declaração Universal dos Direitos Humanos as Nações Unidas proclamaram que infância tem direito a cuidados especiais e assistência especiais;*

*[...]*

*Tendo em conta que a necessidade de proporcionar à criança uma proteção especial foi enunciada na Declaração de Genebra de 1924 sobre os Direitos da Criança e na Declaração dos Direitos da Criança adotada pela Assembléia Geral em 20 de novembro de 1959, e reconhecida na Declaração Universal dos Direitos Humanos, no Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos (em particular nos Artigos 23 e 24), no Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (em particular no*

*Artigo 10) e nos estatutos e instrumentos pertinentes das Agências Especializadas e das organizações internacionais que se interessam pelo bem-estar da criança; Tendo em conta que, conforme assinalado na Declaração dos Direitos da Criança, "a criança, em virtude de sua falta de maturidade física e mental, necessita proteção e cuidados especiais, inclusive a devida proteção legal, tanto antes quanto após seu nascimento";*

[...]

*Reconhecendo que em todos os países do mundo existem crianças vivendo sob condições excepcionalmente difíceis e que essas crianças necessitam consideração especial;*

[...]

*"Acordam o seguinte:" (grifos no original).<sup>315</sup>*

Adentrando no corpo da Convenção, verificamos que todo o texto é uma cabal demonstração da razão vital deste importante Documento de Proteção de Direitos Humanos da Criança: garantir a efetividade dos Direitos nela contemplados. Por sua expressividade, podemos ficar com estes destaques:

*"Artigo 2"*

*"1. Os Estados Partes respeitarão os direitos enunciados na presente Convenção e assegurarão sua aplicação a cada criança sujeita à sua jurisdição, sem distinção alguma, independentemente de raça, cor, sexo, idioma, crença, opinião política ou de outra índole, origem nacional, étnica ou social, posição econômica, deficiências físicas, nascimento ou qualquer outra condição da criança, de seus pais ou de seus representantes legais."*

*2. Os Estados Partes tomarão todas as medidas apropriadas para assegurar a proteção da criança contra toda forma de discriminação ou castigo por causa da condição, das atividades, das opiniões manifestadas ou das crenças de seus pais, representantes legais ou familiares."*

*"Artigo 3"*

*"1. Todas as ações relativas às crianças...devem considerar, primordialmente, o interesse maior da criança."*

*2. Os Estados Partes se comprometem a assegurar à criança a proteção e o cuidado que sejam necessários para o seu bem-estar, levando em consideração os*

---

<sup>315</sup> De acordo com texto publicado pelo Ministério da Justiça e Ministério da Ação Social, com apoio do UNICEF- Fundo das Nações Unidas para a Infância.



*direitos e deveres de seus pais, tutores ou outras pessoas responsáveis por ela perante a lei e, com essa finalidade, tomarão as medidas legislativas e administrativas adequadas.”*

[...]

“Artigo 4”

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

[...]

“Artigo 6”

*“1. Os Estados Partes reconhecem que toda criança tem o direito inerente à vida.*

*2. Os Estados Partes assegurarão ao máximo a sobrevivência e o desenvolvimento da criança.”*

[...]

“Artigo 43”

*“1. A fim de examinar os progressos realizados no cumprimento das obrigações contraídas pelos Estados Partes na presente Convenção, deverá ser estabelecido um Comitê para os Direitos da Criança que desempenhará as funções a seguir determinadas.” Etc...*

Concluindo, enfatizamos que o mesmo caráter objetivo das obrigações jurídicas e políticas criadas para os Estados-Partes em decorrência da natureza jurídica da Convenção (Tratado de Proteção de Direitos Humanos), manifestada com firmeza na linguagem adotada pela redação deste Documento, deve orientar a compreensão/interpretação e a aplicação das normas (princípios e regras) do Direito da Criança e do Adolescente. E isto deve ocorrer em todas instâncias, níveis e circunstâncias: nas esferas legislativas, administrativas, judiciais, governamentais e não-governamentais, em situações de normalidade ou emergenciais. A respeito disso, a Constituição brasileira em vigor determina que a observância dos Direitos Fundamentais

e o atendimento às necessidades básicas das crianças e adolescentes em geral são *deveres jurídicos* que obrigam solidariamente a família, a sociedade e o poder público, além do que devem ser cumpridos com *prioridade absoluta*...

Nessa linha de pensamento, observe-se que a técnica legislativa que produziu o Estatuto da Criança e do Adolescente, ao regulamentar o art.227, da Constituição Federal, não se restringiu a enunciar uma Carta de Direitos Fundamentais, mas se preocupou em prever os instrumentos jurídicos, os recursos econômicos, os agentes responsáveis pela efetividade destes Direitos, prevendo, ainda, sanções administrativas e penais em caso de ameaça ou violação de seus preceitos.

Esta estrutura normativa do Estatuto da Criança e do Adolescente é decorrência da observância, durante o processo legislativo, dos princípios que presidem o tema da Proteção Internacional dos Direitos Humanos e das recomendações dos organismos internacionais envolvidos com esta relevantíssima problemática social, jurídica e política do nosso tempo. Isto obrigou o Governo brasileiro a se manter fiel ao processo histórico que nas últimas décadas caracterizou-se pelo fortalecimento dos Direitos Humanos e pela preocupação de universalizar o respeito à pessoa humana como titular destes Direitos em face da soberania dos Estados, ou do poder dos Mercados e de outras esferas de poder presentes na sociedade pós-industrial.

Conforme voz corrente na Doutrina sobre Direitos Humanos, a consciência coletiva da humanidade está cada vez mais atenta para a necessidade imperiosa de queimar etapas no processo de mundialização da cidadania e de revitalizar permanentemente a teoria e a práxis tendente à radicalização democrática da proteção à pessoa humana, em geral, contra toda e qualquer forma de ameaça ou violação de sua dignidade. Os Direitos Humanos, observa DALLARI, em linguagem contemporânea, significam:

*[...] as faculdades e possibilidades que decorrem da condição humana e das necessidades fundamentais de toda pessoa humana. Tais faculdades e possibilidades são inerentes à natureza humana e se referem à preservação da integridade física e da dignidade dos seres humanos e à plena realização de sua personalidade. Por essas características fica evidente que a ordem jurídica positiva não pode ser contrária aos direitos humanos, não se admitindo que uma norma legal, sua interpretação e aplicação contrariem as exigências éticas da dignidade humana. Precisamente por se tratar de faculdades e possibilidades que nascem com a pessoa humana elas devem ter na ordem jurídica sua proteção e garantia da possibilidade de sua satisfação e expansão. Pode-se dizer que os direitos humanos são os equivalentes das necessidades fundamentais,*

*aquelas que devem ser atendidas para que se preserve o mínimo compatível com a dignidade humana e para que todos tenham a possibilidades de se desenvolver nos planos material, psíquico e espiritual. Por isso mesmo são universais, pois se referem a características de todos os seres humanos, de todas as épocas, de todos os lugares.*<sup>316</sup>

Além de representar um posicionamento alinhado com a tendência internacional de afirmação, valorização e busca de aperfeiçoamento do sistema de Proteção dos Direitos Humanos, o modo de ser do Estatuto da Criança e do Adolescente consulta à melhor tradição doutrinária e à melhor práxis brasileira nesta matéria. Esclarece TRINDADE que o melhor pensamento jurídico internacionalista brasileiro, representado pela obra de autores como Clóvis Bevilacqua, Hildebrando Accioly e Raul Fernandes, Levi Carneiro e a melhor prática dos nossos representantes nos plenários internacionais, sempre manteve o Brasil como um dos defensores mais expressivos dos Direitos Humanos no concerto das nações. Em precioso parecer que elaborou na condição de Consultor Jurídico do Ministério das Relações Exteriores (Parecer MRE-CJ/01), em agosto de 1985, justificando a necessidade de o Governo Brasileiro corrigir desvios praticados durante o regime militar e de resgatar sua tradição em prol dos Direitos Humanos, TRINDADE não deixa por menos e se manifesta de maneira enfática ao apontar os verdadeiros compromissos éticos e jurídicos do Brasil nessa área sensível das relações do Estado com a Cidadania:

*A melhor doutrina e tradição do Brasil militam em favor da proteção internacional dos direitos humanos. Em diversas ocasiões, a partir dos anos quarenta, manifestou-se o Brasil nesse sentido e tomou a iniciativa de apresentar projetos (acima relacionados e descritos - cf. supra). O Brasil teve participação ativa na fase legislativa de elaboração dos atuais instrumentos de proteção internacional dos direitos humanos. Somente a partir dos anos setenta afastou-se o Brasil de sua tradição jurídico-diplomática, ao mudar a sua posição anterior e assumir atitude que se adequou às vicissitudes do ciclo de autoritarismo por que passamos. Os desvios da tradicional posição brasileira em matéria de direitos humanos recorrem a argumentos que não resistem a um exame de maior rigor científico, revelam desconhecimento de matéria e são carentes de fundamentação jurídica.*<sup>317</sup>

Desta forma, podemos afirmar com segurança que o advento do Direito da Criança em nosso país tem um sentido bem mais profundo do que evidencia à primeira

---

<sup>316</sup> Cf. DALLARI, Dalmo. Humanismo jurídico. In: **Boletim Juizes para a Democracia**. Publicação oficial da Associação Juizes para a Democracia, ano 5, n. 15, out./dez. 1998, p. 1.

<sup>317</sup> Cf. TRINDADE. Op. Cit., p. 560.

vista. Mais do que representar a redenção da dignidade dos cerca de 50% da população brasileira, constituída do segmento que ainda não atingiu 18 anos de idade, este novo Direito é um instrumento de redenção da nossa sociedade, finalmente recuperada para as "possibilidades e desafios da vida democrática". Não é por acaso que a atitude brasileira em face do sistema de Direitos Humanos da Criança e do Adolescente da Convenção teve lugar justamente em um dos momentos mais propícios da nossa história recente para a afirmação do Direito legítimo, da democracia substancial e do verdadeiro Estado de Direito. Sublinhamos que nada disso pode ser esquecido, nada disto pode ser abreviado, nem relido pela lógica do Leviathan. A Ordem Internacional dos nossos dias, base de uma posteridade mais livre, justa e solidária para as gerações vindouras, deve receber o sêmem dos Direitos Humanos e a partir desta fecundação, deve gozar a gravidez de uma humanidade esteticamente mais bela, economicamente mais equilibrada, politicamente mais razoável, eticamente mais depurada, juridicamente mais justa. Assim, insistimos, o princípio que responde pelo "Caráter Jurídico Garantista do Direito da Criança e do Adolescente" deve ser uma das pedras de toque da Teoria Jurídica, especialmente da Teoria da Interpretação Jurídica aplicada a este Direito.

Para finalizar estas digressões, resta enfatizar que cabe a todos e a cada um de nós, agentes de uma sociedade que ainda não rompeu com a tradição de indiferença, ambigüidade e discricionariedade com relação aos Direitos Humanos de crianças e adolescentes, dedicarmo-nos à causa da necessária afirmação, defesa e aperfeiçoamento da Proteção desses mesmos Direitos, com o que estaremos contribuindo de forma decisiva para humanização e democratização do nosso cotidiano.

### 3.4 PRINCÍPIO DO INTERESSE SUPERIOR DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

#### 3.4.1 Origens e Evolução

O Princípio do "interesse superior", como instrumento jurídico destinado a garantir a efetividade dos Direitos da Criança (e do Adolescente) não constitui uma novidade da Normativa Internacional produzida recentemente sobre essa matéria. Como veremos a seguir, embora sendo concebido com um significado mais restrito do que o da

atualidade, sua presença foi marcante na tradição do direito costumeiro (ex. direito britânico), do direito codificado (ex. direito francês) e do direito internacional.

O que há de novo a respeito desse princípio é o fato de que, ao recepcioná-lo, o sistema da Convenção transformou-o em uma das principais balizas valorativas do novo regime jurídico sobre direitos infanto-juvenis. Em vista disso, nas últimas décadas, o significado jurídico do "interesse superior da criança" foi submetido a uma profunda redefinição teórica. Isto não ocorreu casualmente, mas foi o resultado de uma atitude metodológica consciente da função que esse princípio teria de exercer, como técnica de garantia de direitos fundamentais da criança (e do adolescente), na interpretação e na aplicação do direito positivado, tanto na esfera da normativa internacional, quanto no âmbito das ordens jurídicas estatais. No caso dos sistemas jurídicos estatais, essa mudança de enfoque foi de importância vital para o processo de evolução doutrinária e jurisprudencial em favor do fortalecimento da cidadania de crianças e adolescentes. Através dela tornou-se possível a construção de um saber jurídico capaz de superar as limitações impostas pela tradição positivista à implementação mundial de Direitos Humanos. No referente aos Estados que ratificaram a Convenção, a reconceitualização da cláusula do "interesse superior da criança" criou condições para um desarme mais eficaz das estratégias teóricas e políticas tradicionalmente utilizadas por governos avessos ou insensíveis à questão dos Direitos Humanos de crianças (e adolescentes) para justificarem suas posições ideológicas e/ou para abrandarem o caráter imperativo dos compromissos jurídicos de suas administrações com a eficácia desses Direitos. Em todas essas situações, as exigências de rompimento com sistemas jurídicos essencialmente repressivos ou de uma adequada destinação de recursos para o atendimento do segmento infanto-juvenil viram-se reforçadas pela ampliação do sentido e do alcance que se devia atribuir ao "interesse superior da criança".

Para permitir uma melhor compreensão do itinerário conceitual percorrido pelo princípio do "interesse superior da Criança" na cultura jurídica contemporânea, faremos um breve retrospecto da sua origem e evolução no Direito consuetudinário (*Common Law*), no Direito codificado (Direito francês) e no Direito Internacional.

- **Origem e evolução no Direito consuetudinário ou "Common Law":**

Observam ALSTON; GILMOUR-WALSH que, antes do nosso século, a *Common Law* era pouco sensível aos interesses da criança, tanto nas relações de crianças

com a sociedade em geral, quanto nas relações inter-familiares. Na verdade, explicam os autores, não havia nesse modelo jurídico um conceito de "direitos da criança". Nas relações de família, v.g., o que tinha maior importância era a autoridade paterna, com o sentido de "*derecho supremo del padre en una unidad familiar creada a partir del matrimonio, y se preocupaba más por la protección de los derechos paternos que por los intereses de los niños.*"<sup>318</sup> Em tal contexto, que colocava na base da sociedade uma estrutura familiar patriarcal, não eram muito freqüentes as previsões normativas objetivando a proteção da criança. Quando isso acontecia, o fundamento dessa proteção não eram os interesses da criança propriamente ditos, mas outros interesses considerados prevaletentes na vida social.

A mudança de enfoque ocorreu lentamente, mediante a atuação do "Tribunal da Chancelaria".<sup>319</sup> Opondo o "Direito de equidade", ao "Direito Consuetudinário", referido Tribunal, representando os interesses da Coroa, passou a tomar decisões baseadas em considerações que ressaltavam a importância do bem estar da criança. Com isso, o critério do "superior interesse" foi aos poucos ganhando terreno, de tal sorte que nas primeiras décadas deste século passou a ser o elemento hermenêutico fundamental na interpretação das situações em que se conflitavam interesses de crianças e interesses paternos. Como resultado dessa mudança implementada pelo "direito judiciário", uma lei inglesa de 1925 – lei da tutela – prescrevia que as decisões sobre tutela deveriam ter no bem estar da criança a sua "primeira e primordial consideração."

Paralelamente a este desenvolvimento jurisprudencial do princípio do "superior interesse", durante o domínio do Império Britânico, informam ALSTON; GILMOUR-WALSH, foram promulgadas leis que introduziram expressamente aspectos desse princípio nas legislações de muitas colônias.

---

<sup>318</sup> "*Direito supremo do pai em uma unidade familiar criada com o matrimônio, que se preocupava mais com a proteção dos direitos paternos do que com os interesses das crianças.*" (tradução do autor). Cf. ALSTON, Philip; GILMOUR-WALSH, Bridget. **El interés superior del niño: hacia una síntesis de los derechos del niño y de los valores culturales.** Tradução de Christoph Wagner. Buenos Aires: UNICEF, 1997, p.12.

<sup>319</sup> *Esse Tribunal podia intervir – em nome da Coroa – para determinar que a criança passasse à sua tutela ou para impor o cumprimento de suas decisões sobre educação.*

- **Origem e evolução no Direito codificado (Direito Francês):**

A exemplo do que ocorreu no Direito britânico, a inclusão do princípio do superior interesse da criança no sistema jurídico francês foi produto de um processo gradativo de mudança de mentalidade quanto à *presença* e à *atuação* da criança na vida social. As primeiras leis francesas relativas à criança, refletindo o espírito dominante do Código Civil (1804), não tiveram a preocupação de protegê-la em função dos seus próprios interesses. A criança era protegida, mas o que justificava a "preocupação tutelar" eram, por exemplo, os interesses paternos ou os interesses da sociedade em geral.

Nesta linha de pensamento, observa-se que o Código Napoleônico dispunha, por exemplo, que *"en caso de divorcio, la custodia de los niños se otorgase a la persona que conseguía el divorcio, "salvo que el tribunal [...] ordena, para un mayor bienestar de los niños, que todos o algunos de ellos sean confiados al cuidado del outro cónyuge o de una tercera persona."*<sup>320</sup>

A importância do interesse da criança continuou evoluindo no direito francês, de tal modo que especialmente após a II Guerra Mundial, o Direito de Família passou a ter pela criança uma consideração toda especial.

"Como resultado, "el interés superior del niño llegó a considerarse como el factor más importante de toda la legislación."<sup>321</sup>

- **Origem e evolução no Direito Internacional:**

Quanto ao Direito Internacional, esclarecem ALSTON; GILMOUR-WALSH que o uso do princípio do "superior interesse" é quase tão antigo como a preocupação internacional pela situação da criança na sociedade contemporânea. Confirmando essa tese, através do reconhecimento de que *"la humanidad debe a los niños lo mejor que puede ofrecer"* ("a humanidade deve às crianças o melhor que lhes pode oferecer" – tradução do autor), verifica-se que o gérmen desse princípio já está presente no primeiro Documento da Normativa Internacional sobre Direitos da Criança, a Declaração de

---

<sup>320</sup> "[...] em caso de divórcio, a custódia das crianças era outorgada a quem o obtinha, 'salvo que o tribunal [...] ordene, para maior bem-estar das crianças, que todas ou algumas delas sejam confiadas aos cuidados do outro cónyuge ou de uma terceira pessoa'." (tradução do autor). Cf. ALSTON; GILMOUR-WALSH. Op. Cit., p. 14.

<sup>321</sup> "O interesse superior da criança chegou a ser considerado com o fator mais importante de toda a legislação." (tradução do autor). Ibidem, p. 14.

Genebra, aprovada pela Sociedade das Nações, em 1924. Na seqüência, a Declaração Universal dos Direitos da Criança de 1959 (ONU), no seu segundo princípio, trazia o seguinte enunciado:

*"A criança gozará de uma proteção especial e disporá de oportunidades e serviços, dispensados pela lei ou por outros meios, para que possa desenvolver física, mental, moral, espiritual e socialmente de forma saudável e normal, assim como em condições de liberdade e dignidade. Ao promulgar leis com este fim, o interesse superior da criança será a consideração primordial"* (o grifo é nosso).

A partir de sua inclusão na Declaração Universal dos Direitos da Criança, o princípio do "interesse superior" passou a ter presença constante nos debates e nos Documentos de Direito Internacional sobre Direitos Humanos. Vejamos alguns desses casos:

a) A Convenção Sobre Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, em seu artigo 5, b, prescreve que os Estados-Partes devem *"Garantir que a educação familiar inclua uma compreensão adequada da maternidade como função social e o reconhecimento da responsabilidade comum de homens e mulheres pela educação e desenvolvimento de seus filhos, tendo em conta que o interesse dos filhos é a consideração primordial em todos os casos."*

O mesmo Documento, em seu artigo 16.1.d, prevê que em todas as matérias relativas a questões matrimoniais e familiares,

*"Os interesses da criança serão primordiais."*

b) A Declaração das Nações Unidas sobre Adoção e Abrigamento, de 1986, no seu artigo 5 dispõe que:

*"Em todas as questões relativas ao cuidado de uma criança por pessoas distintas de seus próprios pais, o interesse superior da criança, em particular, sua necessidade de receber afeto e seu direito à segurança e ao cuidado continuado, devem ser a consideração primordial."*

c) Na África, a "Carta sobre Direitos e Bem-estar da criança africana" (1990), estabelece a regra segundo a qual *"Em todas as medidas relativas à criança*



*empreendidas por qualquer pessoa ou autoridade, o interesse superior da criança será a consideração principal."*

Além de estar incorporado a vários Documentos Internacionais sobre Direitos Humanos, como já demonstramos, o princípio do "interesse superior da criança" tem atuado como critério de interpretação e aplicação de Direito Internacional em diferentes situações contextos. Neste sentido, como ressaltam ALSTON; GILMOUR-WALSH, o fato de este princípio não estar expressamente previsto em determinados instrumentos internacionais sobre Direitos Humanos de todas as pessoas, não tem impedido o seu uso por organismos supervisores que velam pelo cumprimento das obrigações dos Estados com relação a tais Tratados. Desta forma, observam os autores em questão,

*[...] el Comité de Derechos Humanos se há referido en varias ocasiones, en sus "comentários generales" sobre el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, a "los intereses primordiales del niño. Este Comité hizo uso efectivo del principio al determinar los resultados de las reclamaciones individuales remitidas en virtud del Protocolo Facultativo del Pacto. [...] En Europa, aunque el principio no figura en la Convención Europea sobre los Derechos Humanos, sí fui utilizado por la Comisión Europea de Derechos Humanos en aquellas decisiones que implicaban a los niños. Así, en el caso Hendriks, de 1982, se dijo que cuando "se produzca un conflicto serio entre los intereses del niño y uno de sus padres que sólo pueda resolverse perjudicando a una de las partes, los intereses del niño [...] deberán prevalecer".<sup>322</sup>*

Ainda em termos de exame histórico da presença do princípio do "interesse superior da criança" na cultura jurídica do século XX, não podemos deixar de mencionar que as *legislações menoristas* a ele já se referiam com o objetivo de estabelecer um critério de decidibilidade e aplicabilidade de suas normas. Foi este o caso do Código de Menores, vigente em nosso país de 1979 a 1990, sob a orientação da Doutrina da Situação Irregular. No seu artigo 5º, este Código menorista dispunha que "Na aplicação desta lei, a proteção aos interesses do menor sobrelevará qualquer outro bem ou interesse juridicamente tutelado."

---

<sup>322</sup> "O Comitê de Direitos Humanos tem-se referido em várias oportunidades, em seus 'comentários gerais' sobre o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, aos 'interesses primordiais da criança'. Este Comitê tem feito uso efetivo do princípio ao determinar os resultados das reclamações individuais promovidas em virtude do Protocolo Facultativo do Pacto. [...] Na Europa, ainda que o princípio não figure na Convenção Européia sobre os Direitos Humanos, foi utilizado pela Comissão Européia de Direitos Humanos em decisões que afetavam crianças. Assim, no caso Hendriks, de 1982, decidiu-se que quando 'ocorrer um conflito sério entre os interesses da criança e um de seus pais, só pode ele ser resolvido prejudicando a uma das partes, os interesses da criança [...] deverão prevalecer'." (tradução do autor). Cf. ALSTON; GILMOUR-WALSH. Op. Cit., p. 16-117.

Evidentemente, em vista do caráter discriminatório e repressivo do Direito do Menor - enquanto sistema jurídico que se preocupava primordialmente com o *menor em situação irregular* - a incorporação do princípio do "interesse superior da criança" nas leis menoristas não impediu o exercício da repressão e da discricionariedade, atitudes que se transformaram em "*lugares comuns*" na sua interpretação e aplicação a casos concretos. Isto não aconteceu apenas no Brasil, mas em toda a América Latina, continente onde o Direito do Menor fixou raízes profundas.

Baseado na Doutrina da Situação Irregular, o Direito do Menor via no seu destinatário - o menor irregular - alguém portador de uma patologia social. Para que esta patologia social fosse diagnosticada e tratada, justificava-se que o "menor" fosse objeto do controle policial, judicial e institucional. Por isso, o Direito do Menor era um modelo jurídico comprometido com a cultura de "apreensão" e da "institucionalização" dos menores irregulares. Desrespeitando princípios e regras fundamentais do Direito Internacional em matéria de Direitos Humanos e do Estado de Direito vigente no país, o Direito do Menor se apresentava como uma especialização jurídica cuja autonomia teórico-dogmática parecia colocá-lo acima do Direito Constitucional, da própria Constituição.

A partir desses pressupostos, o Direito do Menor transformava-se numa espécie de "carta branca" - um sistema permissivo de medidas simplistas e autoritárias - destinada ao controle social, jurídico e político dos menores em situação irregular. Em vista disso, intervenções que constituíam flagrante violação de Direitos Fundamentais desses *menores* tinham a seu favor uma espécie de "cobertura semântica". Consequentemente, verdadeiros crimes eram amiúde vistos como ações legítimas. Além disso, o próprio sistema menorista era protegido contra as críticas mais contundentes, que viam no Direito do Menor e suas instituições uma "barbárie legalizada."

No ambiente ideológico do Direito do Menor, violências praticadas contra os *menores em situação irregular* pelas instituições oficiais ou privadas (polícia, ministério público, judiciário, centros de reeducação, entidades de atendimento, etc.) tinham um alibi quase-perfeito: o "*melhor interesse do menor*". Desta forma, como observa AMARAL E SILVA, mesmo discursando em nome do "melhor interesse" ou do "superior interesse" dos menores irregulares, a teoria e a prática do Direito do Menor representava uma forma de violência institucionalizada. São suas palavras:

*Era a violência institucionalizada, em flagrante desrespeito às normas internacionais de direitos humanos e à Constituição. Toda uma doutrina repleta de eufemismos e mitos convenientes justificava a privação da liberdade de crianças e jovens marginalizados: eles não eram presos, mas "internados"; não eram "punidos", mas "protegidos", educados ou reeducados; não eram "acusados", mas "encaminhados". Essas medidas se baseavam num suposto "melhor interesse" da criança e do jovem, mas podiam implicar um internamento por vários anos em cadeia pública ou penitenciária, até em presídios de segurança máxima, sem determinação de tempo e sem defesa, porquanto o advogado só podia interferir quando constituído pela família, e, assim mesmo, segundo Barreira e Brazil, não deveria insistir em negar ou justificar a ação infracional.<sup>323</sup>*

Vale, pois, insistir naquilo que representa a grande inovação quando se fala na recepção do princípio do "interesse superior da criança" (e do adolescente) no sistema da Convenção e no Direito da Criança e do Adolescente: o seu caráter de princípio fundamental e seu sentido sócio-jurídico verdadeiramente emancipatório. Este princípio é firmatário da prevalência dos interesses de crianças e adolescentes. Deve ser interpretado e aplicado num contexto jurídico, social e político, que pressupõe o reconhecimento da criança e do adolescente como sujeitos de direitos próprios. Estes direitos devem ser, necessariamente, critérios de política jurídica em sentido amplo, ou seja, devem atuar em todos os níveis da criação jurídica e da operacionalização do Direito da Criança e do Adolescente (legislativa, administrativa, judiciária, família, poder público, sociedade em geral etc.).

### 3.4.2 O "Interesse Superior da Criança" no Direito da Criança e do Adolescente

O princípio do interesse superior da criança é uma das balizas axiológicas do sistema jurídico da Convenção, fazendo-se presente em vários momentos e contextos deste instrumento de Direitos Humanos infanto-juvenis. Consequentemente, é um dos alicerces do Direito da Criança e do Adolescente.

No texto da Convenção, o "interesse superior da criança" é mencionado nos Artigos 3.1, 9, 18, 20 e 21, 37 e 40. De todas essas disposições normativas, o Artigo 3.1, por sua abrangência, constitui a referência mais importante. Enquanto os demais artigos tratam de situações determinadas, o artigo 3.1 tem uma função ordenadora geral de interpretação/aplicação do sistema da Convenção. Para este fim, dispõe:

---

<sup>323</sup> Cf. AMARAL E SILVA, Antônio Fernando do. A mutação judicial. In: **Brasil, criança urgente. A lei 8069/90**. 1. ed. São Paulo: Instituto Brasileiro de Pedagogia Social-Columbus Cultural, 1990, p. 46-47.

*"Em todas as medidas concernentes a crianças que tomem as instituições públicas ou privadas de bem-estar social, os tribunais, as autoridades administrativas ou órgãos legislativos, uma consideração primordial a que se atenderá será o interesse superior da criança."*

A norma em destaque, como se observa, tem um campo inesgotável de atuação, porquanto incide em "todas as medidas concernentes a crianças", tomadas por instituições públicas ou privadas de bem-estar social, tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, constituindo-se numa *norma fundamental* de toda a Convenção. Isto significa que todo o sistema jurídico da Convenção está nele apoiado.

Referindo-se a este princípio, ALSTON; GILMOUR-WALSH argumentam que *"no hay artículo en la Convención, ni derecho reconocido en ella, con respecto a los cuales este principio no sea aplicable."*<sup>324</sup> Em outro estudo especializado esclarece BRUÑOL que o Comitê dos Direitos da Criança, das Nações Unidas, reconheceu nele *"uno de los principios generales de la Convención, llegando a considerarlo como principio "rector-guía" de ella."*<sup>325</sup>

Mais adiante, BRUÑOL acrescenta as seguintes observações:

*La Convención contiene "principios" – que a falta de outro nombre, denominaré "estructurantes" – entre los que destacan: el de no discriminación (art. 2º), de efectividad (art. 4º), de autonomía y participación (arts. 5º y 12), y de protección (art. 3º). Estos principios - como señala DWORKIN – son proposiciones que describen derechos: Igualdad, protección efectiva, autonomía, libertad de expresión, etc., cuyo cumplimiento es una exigencia de la justicia. Los principios, en el marco de un sistema jurídico basado en el reconocimiento de derechos, puede decirse que son derechos que permiten ejercer otros derechos y resolver conflictos entre derechos igualmente reconocidos.*

*Entendiendo de este modo la idea de "principios", la teoría supone que ellos se imponen a las autoridades, esto es, son obligatorios especialmente para las autoridades públicas y van dirigidos precisamente hacia (o contra) ellos. En consecuencia, nada más lejano al sentido de lo que aquí llamamos principio del interés superior del niño, creer que es interés superior del niño debe meramente "inspirar" las decisiones de las autoridades. No, el principio del interés superior del niño lo que dispone es una limitación, una obligación, una prescripción de carácter imperativo hacia las autoridades.*<sup>326</sup>

<sup>324</sup> "Não há artigo na Convenção, nem direito por ela reconhecido, acerca dos quais este princípio não seja aplicável." (tradução do autor). Cf. ALSTON; GILMOUR-WALSH. Op. Cit., p. 7.

<sup>325</sup> "Um dos princípios gerais da Convenção, chegando a considerá-lo como seu princípio 'rector-guía'." (tradução do autor). Cf. BRUÑOL, Miguel Cillero El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre Derechos del Niño. In: MENDÉZ, Emílio García. **Infância, ley y democracia en América latina**. Santa Fé de Bogotá–Buenos Aires: Temis-Ediciones De Palma. 1998. p. 71.

<sup>326</sup> "A Convenção contém 'principios' – que, à falta de outro nome, denominarei 'estructurantes' entre os que destacam: o de não discriminação (art. 2º), o da efetivamente (art. 4º), o da autonomia e da

Em vista disso, adotando o pensamento de DWORKIN, e argumentando de maneira enfática, BRUÑOL defende a tese de que no sistema da Convenção, o princípio do interesse superior da criança é uma "garantia", devendo-se entender o significado jurídico deste termo como "*vínculos normativos idóneos para assegurar efectividad a los derechos subjetivos*".<sup>327</sup>

Desta forma, adverte o autor, o princípio em questão tem o efeito jurídico de obrigar as diversas autoridades e instituições privadas de atendimento à criança a considerar o "interesse superior da criança" como fator primordial ao exercício de suas atribuições. Esta obrigação jurídica, segundo BRUÑOL, existe, não porque o interesse superior da criança seja algo socialmente valioso, ou em razão de qualquer outra concepção relacionada ao bem-estar social ou da bondade, mas, sim, porque a criança tem direitos que devem ser respeitados, sendo certo que, ao se tomar qualquer medida atinente a ela, devem ser adotadas aquelas medidas que promovam e protejam esses direitos e não as que possam prejudicá-los.

Prosseguindo em suas reflexões sobre o princípio do "interesse superior da criança", BRUÑOL lembra que antes da Convenção, como não havia uma pauta de direitos da criança, a noção de "interesse superior" acabava remetendo a algo que estava além do Direito, "*una espécie de interés colectivo o particular que pudiera imponerse a soluciones estrictamente de "derecho"*".<sup>328</sup> Ou seja, na ausência da afirmação legal de direitos da criança e diante da precariedade do status jurídico da infância, a tendência era que prevalecessem decisões orientadas pela mais absoluta discricionariedade. Daí o caráter paternalista/autoritário que assumiam as autoridades legislativas, administrativas ou judiciárias, na afirmação do "interesse superior da criança". Em tal contexto, dominava

---

*participação (arts. 5º e 12), e da proteção (art. 3º). Estes princípios, como assinala DWORKIN, são proposições que descrevem direitos de: igualdade, proteção efetiva, autonomia, liberdade de expressão etc., cujo cumprimento é uma exigência da justiça. Os princípios, no marco de um sistema jurídico baseado no reconhecimento dos direitos, pode-se dizer que são direitos que permitem exercer outros direitos e resolver conflitos entre direitos igualmente reconhecidos. Entendendo-se deste modo a idéia de 'princípios', a teoria presume que eles se impõem às autoridades, isto é, são obrigatórios especialmente para as autoridades públicas e vão dirigidos precisamente para (ou contra) elas. Em consequência, nada mais distante do sentido do que aqui chamamos princípio de interesse superior da criança, acreditar que o interesse superior da criança deve meramente 'inspirar as decisões das autoridades'. Não, o que o princípio de interesse superior da criança dispõe é uma limitação, uma obrigação, uma prescrição de caráter imperativo para as autoridades." (tradução do autor). Cf. BRUÑOL. Op. Cit., p. 77-78.*

<sup>327</sup> "*Vínculos normativos idóneos para assegurar a efetividade dos direitos subjetivos.*" (tradução do autor). Ibidem, p. 78.

<sup>328</sup> "*Uma espécie coletivo ou particular que se impunha a soluções estritamente jurídicas.*" (tradução do autor). Cf. BRUÑOL. Op. Cit., p. 78.

a visão teórica segundo a qual o "interesse superior" tem sentido *"en cuanto existen personas que por su incapacidad no se les reconocen derechos y en su lugar se definen poderes-deberes (potestades) a los adultos que deben dirigirse hacia la protección de estos objetos jurídicos socialmente valiosos que son los niños."*<sup>329</sup>

Num regime jurídico como o que antecedeu o sistema da Convenção (e, para nós), o do Direito da Criança e do Adolescente, como foi o caso do Direito do Menor, a função do princípio do interesse superior da criança não poderia ser outra que a de "iluminar" a consciência das autoridades para tomarem decisões corretas, mais justas etc. Consequentemente, a correção ou a justiça na proteção da criança ficava dependendo primordialmente, quando não exclusivamente, da virtude da autoridade encarregada de tomar a decisão.

No sistema da Convenção, afirma BRUÑOL, a solução proposta é bem diferente. A Convenção prevê o princípio do interesse superior da criança como uma garantia da vigência dos demais direitos que consagra, identificando o interesse superior com a satisfação desses direitos. Este princípio tem sentido quando se reconhece a existência de direitos e seus titulares (sujeitos de direitos), estando as autoridades em geral limitadas por esse reconhecimento.

*"El principio recuerda al juez o a la autoridad de que se trate que ella no "constituye" soluciones jurídicas desde la nada sino en estricta sujeción, no solo en la forma sino en el contenido, a los derechos de los niños sancionados legalmente."*<sup>330</sup>

Em suma, para BRUÑOL, o princípio do "interesse superior da criança" é um instrumento de carácter garantista de realização dos Direitos da Criança. É um mecanismo necessário e eficaz para fortalecer o princípio da primazia ou prioridade absoluta desses Direitos e para evitar a produção de interpretações que atribuam ao art. 3º da Convenção um papel de mero orientador ou inspirador das autoridades e de todas as pessoas incumbidas de assegurar a efetividade do sistema da Convenção, e, diríamos, de todo o sistema do Direito da Criança e do Adolescente.

---

<sup>329</sup> *"Enquanto existem pessoas que, por sua incapacidade, não têm direitos a serem reconhecidos; em razão disso se reconhecem em favor dos adultos poderes-deveres (potestades) destinados à proteção desses objetos juridicamente valiosos que são as crianças."* (tradução do autor). Ibidem, p. 79.

<sup>330</sup> *"O princípio lembra ao juiz, ou a autoridade de que se trate, que ela não 'constitui' soluções jurídicas do nada, mas sim em estrita subordinação, tanto em relação à forma, quanto ao conteúdo, aos direitos da criança sancionados legalmente."* (tradução do autor). Cf. BRUÑOL. Op. Cit.

Para cumprir eficazmente este papel de garantia de realização dos Direitos da Criança, além de limitar e orientar decisões, que incidam sobre tais direitos ou possam afetá-los, tanto na esfera pública, quanto na privada, o princípio do "interesse superior" exerce outras funções, tais como a de servir como critério hermenêutico, a de permitir a resolução de colisão de Direitos previstos na Convenção, a de servir como orientação e avaliação da legislação e das práticas que não se encontrem expressamente reguladas por lei. Neste caso, *"permitiría llenar algunos vacios o lagunas legales, tanto para la promulgación de nuevas leyes como para tomar decisiones en casos en que no existe norma expresa."*<sup>331</sup>

Do ponto de vista prático, a operacionalização do princípio do "interesse superior" constitui valioso instrumento metodológico para o estabelecimento de padrões objetivos de ordenação, avaliação e aprimoramento do Sistema de Direitos Fundamentais que são objeto central da Convenção e do Direito da Criança e do Adolescente. Através de sua correta interpretação e aplicação podem comprometer as políticas públicas, a prática administrativa, legislativa e judicial e a ação dos indivíduos na vida privada, com a prioridade ou primazia absoluta, pode-se assegurar a integralidade, a máxima operatividade e a mínima restrição dos Direitos que constituem sua razão social e jurídica de ser (*ratio essendi*). Por fim, podem-se fixar parâmetros teóricos adequados ao desenvolvimento de uma práxis social, jurídica e política comprometida com uma Política de Direitos, como base de uma sociedade estruturada e determinada a funcionar a partir e através do contínuo aperfeiçoamento da vida democrática.

Para concluir estas observações sobre o princípio do "interesse superior da Criança", enquanto uma das vigas-mestras ou princípio estruturante do Direito da Criança e do Adolescente, reportamo-nos a esta síntese de BRUÑOL:

*De las ideas expuestas se desprende que desde la ratificación de la Convención existe una absoluta equivalencia entre el contenido del interés superior del niño y los derechos fundamentales del niño reconocidos en el Estado de que se trate. De este modo es posible afirmar que el interés superior del niño es, nada más y nada menos, que la satisfacción integral de sus derechos.*

*Por su parte, la formulación del principio en el artículo tercero de la Convención permite desprender las siguientes características: es una garantía, ya que toda decisión que concierna al niño, debe considerar primordialmente sus derechos; es de una gran amplitud ya que no solo obliga al legislador sino también a todas las autoridades e instituciones públicas y privadas e a los padres; también es una norma de*

---

<sup>331</sup> Cf. BRUÑOL. Op. Cit., p. 82.

*interpretación o de resolución de conflictos jurídicos; finalmente, es una orientación o diretriz política para la formulación de políticas públicas para la infancia, permitiendo orientar las actuaciones públicas hacia el desarrollo armónico de los derechos de todas las personas, niños y adultos, contribuyendo, sin dudas, al perfeccionamiento de la vida democrática.*<sup>332</sup>

Através destas observações de BRUNÖL torna-se evidente que o princípio do “interesse superior” constitui uma “técnica jurídica” com a qual podemos reforçar o caráter imperativo e de ordem pública dos Direitos Fundamentais e das Necessidades Básicas de crianças e adolescentes, assegurando, além da validade formal, a validade material e a efetividade do novo Direito que é nosso objeto de atenção.

---

<sup>332</sup> “Das idéias expostas depreende-se que, desde a ratificação da Convenção, existe uma absoluta equivalência entre conteúdo do interesse superior da criança e dos direitos fundamentais da criança reconhecidos no Estado respectivo. Desde modo, é possível afirmar que é interesse superior da criança, nada mais e nada menos que a satisfação integral dos seus direitos. Por sua parte, a formulação do princípio no artigo terceiro da Convenção permite inferir as seguintes características: é uma garantia, já que toda decisão que diz respeito à criança, deve considerar primordialmente seus direitos; possui grande amplitude, uma vez que obriga não somente o legislador, senão também todas as autoridades, instituições públicas e privadas e os pais; também é uma norma de interpretação ou de resolução de conflitos jurídicos; finalmente, é uma orientação ou diretriz política para a formação de políticas públicas para a infância, permitindo orientar as atuações públicas tendo em vista o desenvolvimento harmônico dos direitos de todas as pessoas, crianças e adultos, contribuindo, sem dúvida, ao aperfeiçoamento da vida democrática.” (tradução do autor). Cf. BRUNÖL. Op. Cit., p. 84.



CAPÍTULO IV

**O DIREITO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE E SEUS  
PRINCÍPIOS JURÍDICOS FUNDAMENTAIS  
- PRINCÍPIOS CONCRETIZANTES -**

4.1 PRINCÍPIO DA PRIORIDADE ABSOLUTA

**4.1.1 Significado Sócio-jurídico da “Prioridade Absoluta”**

O sistema jurídico internacional de Proteção aos Direitos Humanos da Criança - inspirador do DIREITO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE - tem como um dos seus postulados fundamentais, a determinação de que as necessidades básicas da criança devem ser atendidas com *Prioridade ou Primazia Absoluta*. Confirmam esta afirmação o 8º Princípio da Declaração Universal dos Direitos da Criança da Assembléia-Geral da ONU (1959) e o Artigo 3, da Convenção (1989):

No texto da "Declaração" lê-se:

*"A criança figurará em quaisquer circunstâncias entre os primeiros a receber proteção e socorro."*

Já a "Convenção", assim se expressa:

*"Todas as ações relativas às crianças, levadas a efeito por instituições públicas ou privadas de bem-estar social, tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, devem considerar, primordialmente, o interesse maior da criança".*

Antecipando-se à aprovação da Convenção, o Constituinte brasileiro, positivou no art. 227, da Constituição de 1988, a exigência de que os Direitos Fundamentais e as necessidades básicas de crianças e adolescentes devem ser assegurados e providos com

Absoluta Prioridade. Diz o texto constitucional em linguagem direta, como convém a uma norma constitucional sobre Direitos Fundamentais, " 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."

Desta forma, a preocupação da Comunidade Internacional, no sentido de que os "Estados-Partes" da Convenção tomem medidas efetivas de proteção prioritária aos direitos e interesses infanto-juvenis, passou a constituir uma obrigação jurídica de primeira ordem para todas as esferas da sociedade e do Estado brasileiro. Esta tomada de posição por parte do Constituinte foi reforçada com a recepção imediata da Convenção no nosso sistema jurídico. Este gesto de grande significado jurídico e político aumenta a densidade do vínculo obrigacional imposto pelo texto constitucional, indicando o espírito de determinação que moveu o governo brasileiro, no umbral da redemocratização do país, em face da problemática dos Direitos Humanos, especialmente dos Direitos Humanos de crianças e adolescentes.

O Estatuto da Criança e do Adolescente, no seu art.4º, praticamente repete o texto constitucional, mas evolui ao fixar critérios que visam a garantir a efetividade da "prioridade absoluta" no atendimento dos direitos individuais e coletivos, civis, políticos, sociais, culturais etc., inerentes à cidadania infanto-juvenil, considerando toda criança e todo adolescente credores de proteção integral e titulares de direitos fundamentais gerais e especiais, na condição peculiar de pessoas em desenvolvimento.

Em vista da regra constitucional da **Absoluta Prioridade**, constante do art. 227, da Constituição Federal, constatamos que o sistema jurídico brasileiro passou a contar com uma regra fundamental que institui em prol de crianças e adolescentes um direito subjetivo público sem precedentes em nossa história. Com este gesto histórico, nosso país resgatou a posição de vanguarda que sempre marcou seu melhor pensamento jurídico e político em matéria de Direitos Humanos. Levando-se em conta que mesmo do ponto de vista do Direito Positivo, o rol dos Direitos Fundamentais constante da Constituição, da Convenção, e do Estatuto não é taxativo (art. 5º, § 2º, da C.F.), podemos antever a

relevância do Princípio da Prioridade Absoluta como instrumento de garantia de uma Política de Direitos seriamente comprometida com o reconhecimento, a efetivação e o aperfeiçoamento da cidadania de crianças e adolescentes em nosso país.

O sentido e o alcance sócio-jurídico do Princípio da Prioridade Absoluta implica necessariamente o fato de que crianças e adolescentes deverão estar sempre em primeiro lugar na escala das preocupações da família, da comunidade, do Poder Público e da sociedade em geral. Outra não pode ser a compreensão da idéia de responsabilidade compartilhada entre estes diversos segmentos e entes sociais, em face dos direitos fundamentais, das necessidades básicas e dos interesses infanto-juvenis que o Direito da Criança e do Adolescente contempla.

O Estatuto, como vemos pelo texto do "*caput*" do art. 4º, ao mencionar as instâncias sociais responsáveis pela efetividade do Direito da Criança e do Adolescente, aperfeiçoou a fórmula do art. 227, da Constituição Federal - *família, sociedade e poder público* -, referindo-se expressamente, também, à *comunidade*. Com relação a este ponto, DALLARI aprova a técnica adotada pelo Estatuto, já que a *comunidade*, embora inserida na *sociedade em geral*, constitui uma forma de convivência social caracterizada pela vinculação mais estreita entre seus integrantes, o que possibilita melhores condições de atendimento a crianças e adolescentes ameaçados ou lesados nos seus direitos.

*"Foi bem inspirada essa referência expressa à comunidade, pois os grupos comunitários, mais do que o restante da sociedade, podem mais facilmente saber em que medida os direitos das crianças estão assegurados ou negados em seu meio, bem como os riscos a que eles estão sujeitos."*<sup>333</sup>

Concordamos com esta posição, pois entendemos que "*comunidade*" é um conceito que indica de forma mais precisa o ambiente social com o qual a criança e o adolescente têm a convivência direta, imediata. Não há dúvida de que é no espaço da *comunidade* que crianças e adolescentes poderão ser beneficiados pelo contato mais estreito com lideranças, agentes sociais e movimentos sociais interessados na eficácia do comando jurídico que assegura atendimento prioritário. Por outro lado, além de ser o espaço social

---

<sup>333</sup> Cf. DALLARI. Op. Cit., p. 23.

mais próximo da criança e do adolescente, conforme opina DALLARI, é a *comunidade*, que *"que recebe os benefícios imediatos do bom tratamento dispensado às crianças e aos adolescentes, sendo também imediatamente prejudicada quando, por alguma razão que ela pode mais facilmente identificar, alguma criança ou algum adolescente adota comportamento prejudicial à boa convivência."* <sup>334</sup>

No que se refere à "família", observa DALLARI<sup>335</sup> que a co-responsabilidade pela efetividade da "Prioridade Absoluta", além de ser um dever legal, impõe-se como dever moral universalmente reconhecido, seja em decorrência da consangüinidade, seja em razão de o grupo familiar constituir o primeiro ambiente em que a criança toma contato com o meio social. *"Além disso, pela proximidade física, que geralmente se mantém, é a família quem, em primeiro lugar, pode conhecer as necessidades, as deficiências e possibilidades da criança, estando, assim, aptas, a dar a primeira proteção."* <sup>336</sup>

Quanto ao Estado, compete-lhe a responsabilidade de desenvolver ações político-administrativas que visam à consecução do Bem Comum, concebido como um ideal social-concreto comprometido com a superação dos fatores e das condições que fizeram da sociedade brasileira uma das sociedades mais injustas do planeta (elevada concentração de renda, elevada concentração da propriedade fundiária, marginalização da grande maioria da população em termos de acesso aos benefícios primários da convivência social, alimentação, saúde, garantia de trabalho digno, saneamento básico, habitação, escola, lazer, respeito à dignidade pessoal, à liberdade etc.).

No exercício do seu "poder-dever", incumbe ao Estado, ouvida a Sociedade, elaborar e implementar Políticas Públicas que propiciem a realização dos objetivos fundamentais do ajuste ético, jurídico e político que a Constituição Federal em vigor representa, quando se refere aos objetivos fundamentais do Estado Democrático de Direito:

- a) a construção de uma sociedade livre, justa e solidária;
- b) a garantia do desenvolvimento nacional;

---

<sup>334</sup> Cf. DALLARI. Op. Cit., p. 23.

<sup>335</sup> Ibidem, p. 23.

<sup>336</sup> Ibidem, p. 23.

c) a erradicação da pobreza e da marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais;

d) a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (art. 3º, da C.F.).

DALLARI, ao mencionar o dever do Poder Público em relação à criança e ao adolescente, observa que o Estatuto se referiu a todas as esferas do Estado. *"Evidentemente, não se poderia atribuir responsabilidade, por meio de lei, a uma entidade que não tivesse competência constitucional para tratar do assunto. Por esse motivo, é importante verificar o que dispõe a Constituição sobre competências em relação a crianças e adolescentes."*<sup>337</sup>

Neste sentido, destacamos que a Constituição Federal, no art.24, prevê a competência concorrente da União, dos Estados-membros e do Distrito Federal, para legislar sobre **educação, cultura, ensino e desporto**, (inciso IX), **previdência social, proteção e defesa da saúde** (inciso XII), matérias que mantêm estreita relação com os interesses de crianças e adolescentes, bem como sobre **proteção à infância e à juventude** (inciso XV).

Nos termos da Constituição, no âmbito da legislação concorrente, devem ser observados os seguintes critérios:

- a) a competência da União se limitará a estabelecer normas gerais;
- b) a competência da União para legislar sobre normas gerais não exclui a competência suplementar dos Estados;
- c) não existindo lei federal sobre normas gerais, os Estados exercerão a competência legislativa plena, para atender a suas peculiaridades;
- d) a superveniência de lei federal sobre normas gerais suspende a eficácia da lei estadual, no que lhe for contrário (parágrafos 1º a 4º, do art. 24, da C.F.).

---

<sup>337</sup> Cf. DALLARI. Op. Cit., p. 23.

Ainda quanto a esta matéria de competência legislativa dos entes da Federação brasileira atual, é preciso observar que a competência concorrente da União, dos Estados-membros e do Distrito Federal para questões relacionadas com a criança e o adolescente não exclui a competência suplementar dos Municípios, nos termos do art. 30, incisos I e II, da C.F.

Relativamente à competência para a prestação de serviços que repercutem direta ou indiretamente na vida social, como garantias dos direitos da criança e do adolescente, em diversos incisos do art. 23, a Constituição Federal estabelece a regra da competência comum dos entes da Federação para as seguintes finalidades:

- a) cuidar da saúde e da assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência (inciso II);
- b) proporcionar os meios de acesso à cultura e à ciência (inciso V);
- c) promover programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico (inciso IX);
- d) combater as causas da pobreza e os fatores da marginalização, promovendo a integração social dos setores desfavorecidos (inciso X).

Por fim, é importante destacar a norma programática constante do artigo 204, da Constituição Federal:

*As ações governamentais na área da assistência social serão realizadas com recursos do orçamento da seguridade social, previstos no art. 195, além de outras fontes, e organizadas com base nas seguintes diretrizes:*

*I - descentralização político-administrativa, cabendo a coordenação e as normas gerais à esfera federal e a coordenação e a execução dos respectivos programas às esferas estadual e municipal, bem como a entidades beneficentes e de assistência social.*

Desta forma, todas as instâncias da Federação e todos os setores da Administração Pública respondem, nos termos da Constituição Federal, da Convenção e do Estatuto, por **dever de agir**, pela efetivação dos Direitos Fundamentais e pelo atendimento prioritário das necessidades básicas, que constituem o conteúdo material da cidadania infanto-juvenil. Em razão disso, compete-lhes promover ações e políticas públicas que garantam a toda

criança e a todo adolescente o acesso aos seus direitos, observando-se, para esse fim, a Doutrina Sócio-jurídica da Proteção Integral, na sua acepção mais ampla.

Quanto à responsabilidade da *sociedade em geral*, trata-se da positivação normativa de um imperativo que advém do Direito Natural, um dever ético e social universal, ou seja, comum a todos os seres humanos, individualmente ou em coletividade.

O Homem, já ensinava ARISTÓTELES, é um ser político (*zoon politikon*), isto é, é um ser *naturalmente predeterminado* a viver na companhia dos seus semelhantes. Só em comunhão social e política, o indivíduo humano pode manifestar e desenvolver sua **humanidade**. Segundo ARISTÓTELES sendo um **animal político** ("*Zoon politikon*"), o homem tinha por destino natural a vida na *Polis*, termo que na Grécia clássica significava a "Cidade-Estado". Somente fazendo parte da *Polis* poderia o homem "*Viver como convém que um homem viva*", realizando a virtude superior que o diferencia dos demais animais - a racionalidade.

*"É claro, portanto, que a cidade tem precedência por natureza sobre o indivíduo. De fato, se cada indivíduo isoladamente não é auto-suficiente, conseqüentemente em relação à cidade ele é como as outras partes em relação a seu todo, e um homem incapaz de integrar-se numa comunidade, ou que seja auto-suficiente a ponto de não ter necessidade de fazê-lo, não é parte de uma cidade, por ser um animal selvagem ou um deus."*<sup>338</sup>

Atualmente, explica DALLARI, com base na observação dos fatos e utilizando conhecimentos científicos,

*[...] pode-se afirmar que a vida em sociedade é uma exigência da natureza humana. Com efeito, o ser humano é um animal que, após o seu nascimento, por muitos anos não consegue obter sozinho os alimentos de que necessita para sobreviver. E no mundo de hoje, com a maioria das pessoas vivendo nas cidades, são muitos raros os que produzem os alimentos que consomem, sendo necessária toda uma rede de produtores, transportadores e distribuidores para evitar que muitos morram de fome. Outras necessidades materiais, como um lugar de habitação e trabalho abrigado dos rigores da natureza, vestimentas protetoras, meios de locomoção, tudo isso faz parte das necessidades materiais, que só podem ser atendidas mediante uma troca de bens e de serviços. Ao lado disso, existem necessidades espirituais, intelectuais e afetivas que a pessoa humana só satisfaz na convivência com outras pessoas. Entre estas se inclui a*

---

<sup>338</sup> Cf. ARISTÓTELES. **Política**. Tradução de Mário Gama Kury. Brasília: Ed. UnB., 1985. p. 16.

*necessidade de expor os pensamentos e de dialogar, que, como maior ou menor intensidade, é sentida por todas as pessoas.*<sup>339</sup>

A fim de que sejam atendidas as necessidades de toda pessoa humana, em menor ou maior grau, evidencia-se na condição humana a relação de interdependência, em que *"todos dependem de muitos outros para sobreviverem, e não há pessoa que não receba muito, direta ou indiretamente, das demais. Os que são mais pobres recebem menos e os que vivem com maior conforto e gozam de padrão de vida mais elevado recebem muito mais, não havendo, entretanto, quem nada receba dos outros."*<sup>340</sup>

Participamos desse ponto de vista, pois, comparado com o restante do reino animal, o Homem caracteriza-se por sua maior vulnerabilidade inata. Os animais, em geral, nascem fortemente equipados com recursos instintivos para responderem adequadamente às condições objetivas do seu "habitat". O Homem é naturalmente dotado de maior grau de racionalidade e menor grau de "constituição instintiva". Isto faz dele um ser histórico, capaz de criar seu mundo, mas também o obriga a depender mais dos outros. O ser humano, recém nascido, segundo tudo indica, é o *"mais altricial dos seres vivos, por ser o que por mais tempo mantém-se dependente."*<sup>341</sup> Além disso, *"suas reações ao meio são menos velozes e menos eficazes que as ações reguladas automaticamente pelos instintos."*<sup>342</sup> Para compensar a fragilidade biológica natural, o Homem cria uma estrutura social-institucional que lhe permite viver e desenvolver-se. A própria subsistência biológica da espécie humana depende das instituições, que significam formas padronizadas de vida individual e coletiva. Sem as instituições, o *"homem não seria homem, [...] não sobreviveria como homem."*<sup>343</sup> Desta forma, podemos dizer que a fragilidade ou vulnerabilidade biológico-instintiva do ser humano funciona como pré-requisito da cultura e faz dele um ser histórico, necessariamente interdependente. Um indivíduo humano necessita de "outro" até mesmo para desenvolver *"o fato da consciência de si próprio, da faculdade de pensar, graças à*

---

<sup>339</sup> Cf. DALLARI. Op. Cit., p. 24-25.

<sup>340</sup> Ibidem, p. 25.

<sup>341</sup> Cfr. GRÜSPRUN. Op. Cit., p. 1.

<sup>342</sup> Cf. FROMM, Erich. **O medo à liberdade**. Tradução de Octavio Alves Velho. Rio de Janeiro: Zahar, 1970. p. 36.

<sup>343</sup> Cf. STEIN, Ernildo. **História e ideologia**. 2. ed. Porto Alegre: Movimento, 1981. p. 39-40.



*qual homem se dá conta de si mesmo como uma entidade individual, diferente da Natureza e das outras pessoas.*" <sup>344</sup>

Aplicando-se estas observações à análise das condições objetivas de existência social que foram (e ainda são) predominantes no nosso processo histórico, evidencia-se a importância de destacarmos o papel da solidariedade e da responsabilidade compartilhada na observância dos Direitos Fundamentais e no atendimento das necessidades vitais de crianças e adolescentes, conforme determina o princípio da Prioridade ou primazia absoluta.

Na vulnerabilidade da criança e do adolescente, na sua condição peculiar de pessoa humana em desenvolvimento, aí está, observa DALLARI,

*[...] o fundamento da solidariedade e da responsabilidade. Como as crianças e os adolescentes são mais dependentes e mais vulneráveis a todas as formas de violência, é justo que toda sociedade seja legalmente responsável por eles. Além de ser um dever moral, é da conveniência da sociedade assumir essa responsabilidade, para que a falta de apoio não seja fator de discriminações e desajustes, que, por sua vez, levarão à prática de atos anti-sociais.* <sup>345</sup>

Por fim, com apoio na melhor doutrina sobre a matéria que estamos analisando, podemos enumerar quatro justas-causas para que o Direito da Criança e do Adolescente, conforme se deduz do Sistema da "Convenção", tenha no princípio da Prioridade Absoluta uma de suas balizas conceituais, metodológicas e operacionais:

- a) as crianças e os adolescentes são seres humanos que ainda não atingiram o pleno desenvolvimento físico, mental, afetivo e espiritual;
- b) as crianças e os adolescentes, de maneira geral, não conhecem de modo pleno os seus direitos;
- c) as crianças e os adolescentes, de maneira geral, não dispõem de meios para suprir, por si mesmos, suas necessidades básicas;

---

<sup>344</sup> Cf. FROMM. Op. Cit., p. 27.

<sup>345</sup> Cf. DALLARI. Op. Cit., p. 25.

d) as crianças e os adolescentes, de maneira geral, não têm condições de fazer valer e de defender eficazmente os seus interesses, os seus direitos.

#### 4.1.2 Garantias Jurídico-positivas do Princípio da “Prioridade Absoluta”

*Por absoluta prioridade, entende-se que, na área administrativa, enquanto não existirem creches, escolas, postos de saúde, atendimento preventivo e emergencial às gestantes, dignas moradias e trabalho, não se deveria asfaltar ruas, construir praças, sambódromos, monumentos artísticos etc., porque a vida, a saúde, o lar, a prevenção de doenças são mais importantes que as obras de concreto que ficam para demonstrar o poder do governante.<sup>346</sup>*

Para assegurar que a expressão "Prioridade Absoluta", constante do art. 227, da Constituição Federal, não fosse objeto de um entendimento doutrinário ou jurisprudencial que negasse a sua normatividade ou reduzisse o seu caráter cogente, o que provocaria a neutralização do papel desse enunciado normativo como instrumento de garantia de Direitos Fundamentais e a perda de sua eficácia social, foram expressamente previstos no parágrafo único do art. 4º, do Estatuto da Criança e do Adolescente, parâmetros hermenêuticos mínimos para orientar a interpretação e a aplicação da lei a casos concretos. Diz a lei:

***Parágrafo único. A garantia da prioridade compreende:***

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

Diante do tratamento dado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente ao Princípio da Prioridade absoluta, não se pode deixar de reconhecer que a lei em vigor representa um significativo aprimoramento do princípio jurídico clássico, já presente no Direito do Menor, que determinava a "prevalência dos interesses do menor frente a qualquer outro bem ou

---

<sup>346</sup> Cf. LIBERATI, Wilson Donizeti. **O Estatuto da Criança e do Adolescente – comentários.** Brasília: IBPS, 1991. p. 4-5.

*interesse juridicamente tutelado"* <sup>347</sup> A técnica legislativa adotada pelo Estatuto, além de corrigir o caráter abstrato e a possibilidade de excessivo subjetivismo que o artigo 5º do Código de Menores ensejava, tem a virtude de favorecer a concreta fiscalização das ações relativas à sua aplicação, tanto no plano da Sociedade Civil, quanto na esfera estatal. Temos aqui farto material para viabilizar a atuação concreta dos organismos governamentais e não-governamentais, co-responsáveis em garantir a efetividade do Direito da Criança e do Adolescente, segundo sua Doutrina Fundamental - a Doutrina da Proteção Integral, pois o dispositivo em questão estabelece critérios que permitem a verificação e o controle interno e externo do comportamento dos diversos setores envolvidos nesta tarefa de grande alcance social e político.

O conteúdo do parágrafo único do art. 4º, do Estatuto da Criança e do Adolescente, não é exaustivo. Em razão disso, referida norma legal não esgota todas as situações em que o Princípio da Prioridade Absoluta deverá ser observado.

*"Essa enumeração não é exaustiva, não estando, aí, especificadas todas as situações em que deverá ser assegurada a preferência à infância e à juventude, nem todas as formas de assegurá-la. A enumeração contida nesse parágrafo representa o mínimo exigível e é indicativa de como se deverá dar efeito prático à determinação constitucional."* <sup>348</sup>

O que importa asseverar, é que nas situações expressamente previstas, a lei reduziu sensivelmente o espaço para a discricionariedade do seu intérprete ou aplicador, especialmente no caso do agente público, além de estabelecer um critério básico de significação hermenêutica das expressões "prioridade absoluta", "primazia absoluta", como significantes de um dos princípios fundamentais do Direito da Criança e do Adolescente.

Na primeira garantia de prioridade absoluta (art. 4º, parágrafo único, letra "a") , o Estatuto tem por objeto situações em que poderá haver a opção entre socorrer ou proteger, em primeiro lugar, crianças e adolescentes ou adultos. Conforme observa DALLARI,<sup>349</sup> isto tanto pode ocorrer numa situação de ameaça quanto em casos de dano efetivo a direitos

---

<sup>347</sup> Cf. Art. 5º, do Código de Menores de 1979.

<sup>348</sup> Cf. DALLARI. Op. Cit., p. 26.

<sup>349</sup> Cf. DALLARI. Op. Cit., p. 27.

ou necessidades básicas de crianças e adolescentes, em eventual conflito com as de adultos (ex. à iminência de uma tempestade; na falta ou escassez de alimentos, de abrigo, de medicamentos, de água etc.).

Na segunda garantia de prioridade absoluta (art. 4º, parágrafo único, letra "b"), a lei em questão tem por finalidade a adequação do funcionamento de **serviços públicos** ou de **relevância pública**, tendo em vista a observância da "prioridade absoluta" estabelecida em favor de crianças e adolescentes pelo art. 227 da Constituição Federal. Prescreve o Estatuto que se deve dar "*precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública.*" Para que se tenha uma melhor compreensão dos deveres jurídicos impostos pela referida norma é necessário tecermos algumas digressões sobre o significado das expressões "serviços públicos" e "serviços de relevância pública".

Quanto a **serviços públicos**, trata-se de conceito sobre cujo significado não existe consenso na Teoria Geral do Direito Administrativo. A este respeito, o administrativista Hely Lopes MEIRELLES explica que coexistem, pelo menos, três posicionamentos; a) o conceito orgânico - que leva em conta a fonte do serviço prestado (órgãos públicos); b) o conceito formal - que considera aspectos ou características exteriores do serviço - ex. regulamentação pelo Direito Público, c) o conceito material - baseado no objeto do serviço prestado.<sup>350</sup>

José CRETILLA JR., depois de dissertar extensamente sobre a polêmica noção de serviço público, menciona o esforço de Mário Masagão em simplificar a polêmica em torno do importante tema:

*Para alguns, há serviço público, quando o fim que se tem em mira interessa ao público, ou ao Estado, particularmente. Para outros, o serviço público quando é executado pelo Estado, seja qual for a sua natureza. Terceira corrente sustenta que o serviço público é aquele cuja disciplina está no direito público e não no direito privado. Para outra corrente, só é serviço público o que reúne dois, pelos menos, dos característicos anteriormente apontados. Finalmente, outros, ainda mais exigentes, entendem que o serviço só é público quando reúne aqueles três requisitos.*<sup>351</sup>

---

<sup>350</sup> Cf. MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 3. ed. refundida e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975. p. 291.

<sup>351</sup> Cf. CRETILLA JR, José. **Curso de direito administrativo**. Rio de Janeiro-São Paulo: Forense, 1967. p. 255.

Cotejando as diversas formulações, observamos que a de MEIRELLES é a que representa uma consolidação dos elementos que devem integrar o conceito de serviço público. É também a que mais favorece a mais ampla validade substancial da norma do Estatuto e o seu maior alcance sócio-jurídico. Para esse autor, "*Serviço público é todo aquele prestado pela Administração ou por seus delegados, sob normas e controles estatais, para satisfazer necessidades essenciais ou secundárias da coletividade ou simples conveniências do Estado.*"<sup>352</sup> Trata-se de uma proposta que colhe, no campo doutrinário, a noção orgânica, a noção formal e a noção material, que preferimos denominar teleológica, dos serviços públicos.

Na mesma linha de raciocínio, temos o conceito proposto por BANDEIRA DE MELLO, para quem "*Serviço público é toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material fruível diretamente pelos administrados, prestado pelo Estado ou por quem lhe faça as vezes, sob um regime de Direito Público - portanto, consagrador de supremacia e de restrições especiais -, instituído pelo Estado em favor dos interesses que houver definido como próprios no sistema normativo.*"<sup>353</sup> Segundo esse autor, a noção de "serviço público" deve conter, necessariamente, dois elementos: a) o substrato material, b) o substrato formal. No primeiro caso, tem-se em vista que o serviço público representa a "*prestação consistente no oferecimento, aos administrados em geral, de utilidades ou comodidades materiais (como água, luz, gás, telefone, transporte coletivo, etc.) que o Estado assume como próprias, por serem reputadas imprescindíveis, necessárias, ou apenas correspondentes a conveniências básicas da Sociedade, em dado tempo histórico.*" No segundo caso, a expressão "serviço público" é indicativa da submissão das atividades e procedimentos ao regime de Direito Público.<sup>354</sup>

Dando prosseguimento ao tema, tratando agora de identificar as diversas formas através das quais os serviços públicos se manifestam na atividade da Administração, reportamo-nos à abordagem analítica desenvolvida por MEIRELLES, que distingue tais serviços em **públicos** ou de **utilidade pública, próprios ou impróprios do Estado.**

---

<sup>352</sup> Cf. MEIRELLES. Op. Cit., p. 292.

<sup>353</sup> Cf. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 475.

<sup>354</sup> *Ibidem*, p.479-80.

**Serviços Públicos**, propriamente ditos, diz ele, são os serviços prestados diretamente pela Administração, "*por reconhecer a sua essencialidade e necessidade para a sobrevivência do grupo social e do próprio Estado.*" <sup>355</sup>, sem delegação a terceiros. Dentre estes serviços propriamente públicos, podem ser mencionados a Defesa nacional, a prestação jurisdicional, a segurança pública, etc.

**Serviços de utilidade pública** são os serviços que, por sua reconhecida conveniência (não essencialidade, nem necessidade) para os administrados, podem ser prestados pela própria Administração, ou pela iniciativa privada, através de concessões, permissões ou autorizações do Poder Público. Nesta categoria incluem-se os serviços de transporte coletivo, fornecimento de gás, telefonia etc. .

*"No primeiro caso (serviço público), o serviço visa a satisfazer necessidades gerais essenciais da sociedade, para que ela possa subsistir e desenvolver-se como tal; na segunda hipótese (serviço de utilidade pública), o serviço objetiva facilitar a vida do indivíduo na coletividade, pondo à sua disposição utilidades que lhes proporcionarão mais conforto e bem-estar. Daí se denominarem, os primeiros, serviços pró-comunidade, e os segundos, se seus membros individualmente."* <sup>356</sup>

**Serviços próprios do Estado** são aqueles serviços que, devido ao grau de intensidade da necessidade social de sua prestação (ex. Segurança, polícia, higiene e saúde públicas...), se relacionam intimamente com as atribuições da Administração.

Segundo o autor italiano VALLES, citado por CRETELLA JR., cabe a execução desses serviços ao Estado, direta (por meio dos seus agentes) ou indiretamente ( regime de concessões). MEIRELLES entende que tais serviços, dada a sua relevância, geralmente são gratuitos ou de baixa remuneração e devem ser executados pela Administração, "*sem possibilidade de delegação a particulares.*", para que estejam ao alcance de toda a comunidade. <sup>357</sup>

**Serviços impróprios do Estado** são os que "*não afetam substancialmente as necessidades da comunidade, mas satisfazem a interesses comuns de seus membros e por*

---

<sup>355</sup> Cf. MEIRELLES. Op. Cit., p. 293.

<sup>356</sup> Ibidem, p. 293-294.

<sup>357</sup> Cf. MEIRELLES. Op. Cit., p. 294.

isso a Administração os presta remuneradamente, por seus órgãos ou entidades descentralizadas (autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista, fundações governamentais) ou delega a sua prestação a concessionário, permissionários ou autorizatários.<sup>358</sup>

Conforme lembra BANDEIRA DE MELLO, a Constituição Federal já contém um rol não exaustivo de serviços públicos:

*É o que se passa com o serviço postal e o Correio Aéreo Nacional (art.21, X da Constituição), com os serviços de telecomunicações, serviços de radiofusão sonora e de sons e imagens, serviços e instalações de energia elétrica, navegação aérea, aeroespacial, infra-estrutura aeroportuária, transporte ferroviário e aquaviário entre portos brasileiros e fronteiras nacionais, ou que transponham os limites de Estado ou Território, transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros, exploração dos portos marítimos, fluviais e lacustres (arts. 21, XII, letras "a" a "f"), seguridade social (art.194) e educação (arts.205 e 208).<sup>359</sup>*

Em nosso entendimento, tendo em vista assegurar a plena funcionalidade do Princípio da Prioridade Absoluta, a expressão **serviços públicos**, constante da alínea "b", do parágrafo único do art. 4º, do Estatuto, deve ser compreendida de maneira ampliada, abrangendo os serviços que a Teoria Geral do Direito Administrativo classifica como serviços públicos, serviços de utilidade pública, serviços próprios ou impróprios do Estado (quando prestados pelo Poder Público). No caso destes últimos, serve como exemplo o que acontece com o tratamento constitucional dado aos serviços de saúde. Tais serviços não são privativos do Estado, embora seja "dever do Estado" garantir que toda a população tenha acesso aos mesmos, conforme prescreve o art.196, da Carta Magna. Quando prestados pelo Estado, tais serviços são, evidentemente, serviços públicos. Quando prestados pela iniciativa privada, não, pois passam a ser juridicamente qualificados como "serviços de relevância pública".<sup>360</sup>

<sup>358</sup> Ibidem, p. 294.

<sup>359</sup> Cf. BANDEIRA DE MELLO. Op. Cit., p. 485-486.

<sup>360</sup> Sobre este ponto vejam-se as observações feitas por BANDEIRA DE MELLO (Ob. cit. p.496), no sentido de que a técnica constitucional tem duas ordens de indicações para distinguir os serviços públicos dos serviços privados. "A primeira delas é a de que certas atividades a própria Carta Constitucional definiu como serviços públicos: alguns deles em todo e qualquer caso e outros deles apenas quando prestados pelo próprio Estado; pois [...] (b) previu-os como serviços incluíveis na categoria de serviços públicos quando prestados pelo Estado. É o caso dos serviços (I) de saúde, conforme previsão do art. 196 ("dever do Estado"), os quais, entretanto, também estão entregues à livre iniciativa, como estabelece o art. 199 ("A assistência à saúde é livre à iniciativa privada"), sendo de todo modo qualificados como "serviços de relevância pública" (art. 197, primeira parte); e (II) de educação ex vi do art. 205 ("dever do Estado"), inobstante também eles

Desta forma, a outra expressão - **relevância pública** - aplicar-se-á: a) aos serviços impróprios do Estado, quando prestados pela iniciativa privada, quer a lei os considere expressamente como de "relevância pública" (ex.: As ações e serviços de saúde, cf. Art.197, da Constituição Federal) ou não; b) os serviços que, embora próprios da iniciativa privada, afetem de tal forma os interesses da população, que autorizem atraí-los para o âmbito conceitual de "relevância pública".

Comentando o art. 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente, DALLARI observa que, por extensão do disposto no art. 197, da Constituição Federal, podem ser considerados de relevância pública os serviços "*que forem prestados ao povo para atendimento de necessidades essenciais, mesmo que o prestador seja um particular*", arrematando, que "*O conceito jurídico de relevância pública só ficará bem claro depois de trabalhado pela doutrina e sedimentado pela jurisprudência, mas pode desde já ser invocado no sentido corrente da expressão*".<sup>361</sup>

A terceira garantia de prioridade absoluta refere-se à atenção preferencial de crianças e adolescentes na formulação e na execução de políticas sociais públicas. Essa determinação estatutária dirige-se, primeiramente, ao "Estado-legislador", em todos os seus graus de manifestação (federal, estadual, municipal), observado o que dispõe a Constituição Federal sobre a divisão de competências. Como a "Prioridade Absoluta" é garantia dos direitos fundamentais da criança e do adolescente prevista na Constituição, as leis sobre políticas sociais públicas que não atenderem a este princípio, ou com ele colidirem, estarão contaminadas pelo vício de inconstitucionalidade. As "políticas sociais públicas" referidas no texto em exame são as "políticas sociais básicas", isto é, as "políticas de cobertura universal - direito de todos e dever do Estado". Estas Políticas Públicas têm tratamento privilegiado no Direito da Criança e do Adolescente. Constituem a primeira das "linhas de ação" da "Política de Atendimento" (art. 87, I, do Estatuto).

Em segundo lugar, a advertência legal destina-se aos administradores, órgãos ou agentes públicos ou entidades não-governamentais, os quais, ao regulamentar ou ao

---

*estejam entregues à livre iniciativa, a teor do art. 209 ("O ensino é livre à iniciativa privada, atendidas as seguintes condições: I - cumprimento das normas gerais da educação nacional; II - autorização e avaliação de qualidade pelo Poder Público.")* (grifos no original).

<sup>361</sup> Cf. DALLARI. Op. Cit., p. 27.



implementar os planos de serviços públicos, não podem deixar de observar a precedência dos cuidados com a criança e o adolescente. Neste caso, além dos mecanismos de controle interno dos atos administrativos, como a anulação, caberá, de maneira geral, recorrer-se ao Judiciário, através do Mandado de Segurança, do Mandado de Segurança Coletivo, da Ação Popular, da Ação Civil Pública, ou outra medida jurídica, conforme for o caso, para corrigir a ameaça ou a efetiva violação de direitos, atendidas as regras sobre a legitimidade para agir (*legitimatío ad causam*) aplicáveis a cada caso.

A quarta garantia de prioridade absoluta, compreende a *destinação privilegiada de serviços públicos para as áreas relacionadas com a proteção da infância e juventude*. Trata-se de uma exigência de grande amplitude e que visa a corrigir um vício histórico do comportamento político-administrativo no Brasil: a supervalorização retórica da questão social envolvendo os interesses de menores como instrumento de manipulação da opinião pública, por parte de políticos e administradores públicos, e a correspondente banalização desta mesma questão social, no momento de sua efetiva abordagem para fins concretos de destinação de recursos nos orçamentos da União, dos Estados-membros e dos Municípios.

Nesta matéria, a história brasileira tem sido farta em registrar a indiferença e a irresponsabilidade política com que boa parte dos postulantes a cargos eletivos ou cargos públicos que dependem do consentimento popular, se comportam "antes" e "depois" de alcançar seus objetivos. Para garantir o acesso a tais cargos, o lema é "vinde a mim os pequeninos", "tudo pelo social" etc. Neste caso, tais expressões têm em verdade servido para demonstrar, por via oblíqua, a falta de insensibilidade com que muitos dos nossos governantes tratam as questões sociais em suas políticas-realidade. O que a história demonstra é que a *Prioridade* quase sempre é lembrada quando se trata de "priorizar" as áreas sociais como alvo do cortes de verbas, ou dos programas de "racionalização" dos gastos ou dos investimentos públicos...

Em face do que dispõe o Estatuto, a exigência de se observar a *destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção dos direitos fundamentais de crianças e adolescentes*, constitui uma limitação jurídica à discricionariedade da atividade administrativa em qualquer esfera do Poder Público. Esta exigência, explica DALLARI:

*[...] é bem ampla e se impõe a todos os órgãos públicos competentes para legislar sobre a matéria, estabelecer regulamentos, exercer controle ou prestar serviços de qualquer espécie para promoção dos interesses e direitos de crianças e adolescentes. A partir da elaboração e votação dos projetos de lei orçamentária já estará presente essa exigência. Assim, também, a tradicional desculpa de "falta de verba" para a criação e manutenção dos serviços não poderá mais ser invocada com muita facilidade quando se tratar de atividade ligada, de alguma forma, a crianças e adolescentes. Os responsáveis pelo órgão público questionado deverão comprovar que, na destinação dos recursos disponíveis, ainda que sejam poucos, foi observada a prioridade exigida pelo Estatuto da Criança e do Adolescente.<sup>362</sup>*

Encerrando esta análise do "Princípio da Prioridade Absoluta", gostaríamos de relembrar que este princípio fundamental do Direito da Criança e do Adolescente, além de ser uma construção filosófica que confere sentido garantista a este novo Direito, é um comando da Constituição Federal. Dado o seu caráter profundamente redefinitório das ações político-administrativas em todos os níveis, a norma constitucional que determina prioridade absoluta no atendimento aos direitos infanto-juvenis é uma norma programática de alta tensão no seu contato com a realidade social. A mudança da situação da grande maioria de nossa população infanto-juvenil depende, em grande parte, de sua efetividade. Em vista disso, conforme lembra SEDA, faz-se necessária uma atuação prioritária dos operadores jurídicos.

Há portanto que estudar muito e se preparar (nova política de recursos humanos) para fazer cumprir o caráter cogente e alterativo do novo Direito da Criança e do Adolescente.

Nas Comarcas em que o Juiz e o Promotor estudam e estão preparados colaboram com as comunidades para a reorganização social prevista na Constituição e no Estatuto, os Municípios têm experimentado notável progresso nessa área.

*Nos Estados em que os Tribunais dão força para os princípios de ordem pública da Constituição e do Estatuto, o Judiciário vem sendo, efetivamente, o modelador constitucional do novo Direito.*

*É extremamente importante que o Judiciário lembre-se (o Juiz em primeira instância, e o Tribunal em Segunda) que o próprio juiz depende que os programas sejam organizados pela Prefeitura, pois são esses programas que cumprem decisões do próprio juiz, nos casos de adolescentes infratores. Sem esses programas, as decisões judiciais ficam retóricas (são escritas nos papéis oficiais mas não se cumprem) por falta de recursos e serviços destinados à sua execução.<sup>363</sup>*

---

<sup>362</sup> Cf. DALLARI. Op. Cit., p. 28.

<sup>363</sup> Cf. SEDA. Op. Cit., p.97-98.

É evidente que a radicalização construtivo-democrática do princípio da Prioridade Absoluta é um fundamento seguro para cimentar a estrada por onde devem transitar os sonhos dos milhões de crianças e adolescentes brasileiros que ainda esperam na fila que dá acesso ao portão de saída da barbárie social em que ainda hoje se encontram. A Convenção, a Constituição e o Estatuto são peremptórios, ao deixarem claro que *"não ficou por conta de cada governante decidir se dará ou não apoio prioritário às crianças e adolescentes. Reconhecendo-se que eles são extremamente importantes para o futuro de qualquer povo, estabeleceu-se como obrigação legal de todos os governantes dispensar-lhes cuidados especiais."*<sup>364</sup>

## 4.2 PRINCÍPIO DA PARTICIPAÇÃO POPULAR

*"Estados? Que é isto? Vamos! Abri os ouvidos, porque vou falar-vos da morte dos povos.*

*"Denomina-se Estado o mais frio dos monstros. Mente também friamente, e eis que mentira rasteira surge de sua boca: Eu o Estado, sou o Povo."*

(Nietzsche, "Assim Falava Zaratustra")

*"Eis a derradeira palavra da sabedoria: Merece a liberdade e a vida quem sabe conquistá-las todos os dias."*

(Goethe, "Faust").

### 4.2.1 Considerações sobre o "Princípio Participativo"

"Participação" é uma palavra que a partir da década de 60 tornou-se parte relevante do discurso político popular. Na onda dos movimentos sociais que reivindicavam integração autônoma na sociedade do pós-guerra - como foi o caso do movimento de estudantes, de trabalhadores etc. - o seu uso tornou-se generalizado. Era como se dissesse

---

<sup>364</sup> Cf. DALLARI. Op. Cit., p. 25.

"Viver é participar!", ou "Abaixo o indivíduo solitário - Viva o indivíduo comunitário!". A despeito disso, ressoando como eco do discurso político do liberalismo clássico, muitas teorias contemporâneas sobre a democracia ainda contêm como dado predominante a ênfase colocada nos perigos inerentes à ampla participação popular em política. Teorias que adotam este perfil - como a de Mosca e Michels - apostam na tese de Montesquieu, segundo a qual, o povo é apto para escolher seus representantes, mas não para tomar decisões de governo.

Neste quadro antitético, tem prevalecido o reforço crescente ao ideal da participação cada mais vez mais diversificada e profunda da sociedade nas questões relativas à ação política em geral. Observando o que vem ocorrendo nas últimas décadas, no terreno das discussões acadêmicas e dos debates públicos sobre "Estado", "Cidadania", "Democracia", ou temas correlatos, podemos afirmar que, na atualidade, não mais se concebe falar a respeito de tais assuntos sem, ao mesmo tempo, reservar-se um espaço privilegiado para o exame do sentido e do papel que o "princípio participativo" e o "Direito de participação", têm para o comportamento político, para a existência e o funcionamento das instituições políticas.

Rousseau, teórico da democracia moderna entendia que a desigualdade é uma das desgraças da civilização, sendo a propriedade uma de suas fontes, porque a propriedade fez de uns, senhores, e, de outros, escravos. Em toda parte, diz Rousseau, o homem se encontra sob ferros, embora tenha nascido livre. A única forma de resgatar a liberdade perdida é o pacto social, e este pressupõe um vínculo ético-jurídico unindo os indivíduos que dele participam. Podemos traduzir este vínculo fundamental da seguinte forma: daqui por diante estamos reunidos sob o regime da uma ordem política. Esta comunhão política pressupõe que nos despojemos dos nossos interesses individualísticos em função do "todo" que criamos através de uma decisão amadurecida sob o peso de uma história de opressão. Por isso, a partir do momento em que firmamos o pacto social, concordamos em nos subordinar à "suprema direção da Vontade Geral".

Para Rousseau, "vontade geral" não é uma vontade exterior ao corpo político criado pelo contrato social, nem é a soma das vontades individuais envolvidas. É a vontade do próprio todo ou da própria comunidade, é a vontade que visa, fundamentalmente, ou

acima de tudo, ao interesse coletivo. Na "vontade geral", Rousseau vê o fundamento da República e da cidadania democrática nascentes, atribuindo-lhe o papel de orientar o comportamento de todos os integrantes do pacto político.

A partir da criação do corpo político (República), o povo (ente coletivo) é o Soberano e a soberania da República encarna a soberania popular. O "Povo", pensa Rousseau, é o conjunto de cidadãos designados enquanto formando uma comunidade, e o cidadão é o associado enquanto "participante da autoridade soberana". Nesta última expressão, encontramos a afirmação singular, ao modo rousseauiano<sup>365</sup>, do princípio participativo na construção e no funcionamento da nova ordem política. Assim, podemos dizer que já encontramos em Rousseau, ou seja, nas raízes do pensamento democrático moderno, a presença do princípio participativo como condição da mais adequada forma de organização política.

*"Numa cidade bem dirigida, todos votam nas assembleias; sob um mau governo, ninguém aprecia dar um passo para isso fazer, porque ninguém se toma de interesse pelo que se faz, prevendo que a vontade geral não prevalecerá, e porque, enfim, os cuidados particulares tudo absorvem."*<sup>366</sup>

Para Rousseau, esclarece SOARES, o "vínculo social" é o elo de ligação da "vontade geral" ao "Estado". Na medida em que os interesses particulares prevalecem sobre o bem comum, o "vínculo social" se enfraquece. *"Não subsistindo a vontade geral, o Estado encontra sua ruína. E a participação é essencial à sobrevivência do Estado; os cidadãos são os "participantes da autoridade soberana."*<sup>367</sup> Ou seja, as decisões estatais são legítimas na medida em que resultarem de um cálculo político que consulta o interesse público e a participação do cidadão é o elemento fundamental para a definição e a construção política do Bem Comum.

---

<sup>365</sup> Para Rousseau, a "situação ideal para tomada de decisões seria a que não contasse com a presença de grupos organizados, apenas indivíduos, pois os primeiros poderiam querer que prevalecessem suas "vontades particulares"." (Cf. PATEMAN, Carole. **Participação e teoria democrática**. Tradução de Luiz Paulo Rouanet. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1992. p. 37).

<sup>366</sup> Cf. ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O contrato social e outros escritos**. Tradução de Rolando Roque da Silva. São Paulo: Cultrix, 1978. p. 95.

<sup>367</sup> Cf. SOARES, Fabiana de Menezes. **Direito administrativo de participação: cidadania, direito, estado, município**. Belo Horizonte: Del Rey, 1997. p. 53.

Segundo FARJAT, citado por SOARES, nos países avançados, há uma relação direta entre o crescimento da demanda por participação e o nascimento de novas exigências por parte dos cidadãos, acarretadas pelo progresso cultural e pela elevação do nível de vida. Enquanto isso, nos países de "Terceiro Mundo", a desorganização dos serviços do Estado, sua incompetência e corrupção "favorecem o surgimento de ditaduras." É importante observar que quando nos referimos a "participação" no contexto político da democracia na atualidade, não nos restringimos à participação indireta, pelo exercício do sufrágio. Reportando-nos a CANOTILHO, situamos o "princípio participativo" no âmbito da Democracia Social e o concebemos como instrumento potencializador da cidadania governante. Assim, para nós, "participar" significa "*democratizar a democracia*", ou seja, "*intensificar a otimização da participação dos homens no processo de decisão.*"<sup>368</sup>

O princípio participativo, enquanto instrumento jurídico-político potencializador da ordem democrática, manifesta-se através de três formas básicas de participação popular nas Administração: a) participação legislativa, b) participação no controle, c) participação como co-gestão.

A **participação legislativa** pode dar-se de forma semi-direta ou direta. Seu papel fundamental é prevenir e corrigir os desvios da legislação, no sentido de manter as decisões da Administração vinculadas aos fundamentos, princípios e objetivos da ordem democrática. Além disso, tem por objetivo manter a atividade político-administrativa do Estado subordinada ao crivo da sociedade civil organizada, no que se refere às questões relativas ao Bem-Comum, da Justiça Social, da Política de Direitos fundamentais, referenciais axiológicos que devem sempre pré-determinar a forma e o conteúdo, os meios e os fins do processo legislativo, da aplicação e da execução das leis. Para CANOTILHO, cuja posição está implicitamente contida na proposta aqui apresentada, é escopo da **participação legislativa** "*evitar o despotismo de iluminados, e através do potencial de democratização implícito na participação contribuir para soluções concretas mais justas, e, porventura, mais inovadoras.*"<sup>369</sup>

---

<sup>368</sup> Cf. CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional**. 6. ed. revista. Coimbra: Almedina, 1995. p. 426.

<sup>369</sup> Cf. CANOTILHO. Op. Cit., p. 430.

A Constituição brasileira em vigor garante o exercício da **participação popular legislativa**. A partir do princípio fundamental do Estado Democrático de Direito, de que *"Todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição."*, o texto constitucional contempla em várias oportunidades esta forma de participação popular na Administração.

No art.14, a Constituição prevê a atuação popular na esfera legislativa através do plebiscito (I), do referendo (II) e da iniciativa popular (III). Quanto a esta, o art. 27, § 4º, prevê que a "lei disporá sobre a iniciativa popular no processo legislativo estadual"; o art. 30, XIII, prescreve que um dos pressupostos fundamentais da legalidade municipal é que a lei orgânica deverá tratar da "iniciativa popular de projetos de lei de interesse específico do Município, da cidade ou de bairros, através de manifestação de, pelo menos, cinco por cento do eleitorado.", e o art. 60, § 2º, diz que "A iniciativa popular pode ser exercida pela apresentação à Câmara dos Deputados de projeto de lei subscrito por, no mínimo, um por cento do eleitorado nacional, distribuído pelo menos por cinco Estados, com não menos de três décimos por cento dos eleitores em cada um deles."

Quanto à **participação popular no controle das ações estatais**, afirma-se que ela se justifica para imprimir às ações governamentais a exigência de subordinação ao princípio da legalidade. Explica SOARES que *"Esta modalidade tem como fim verificar a relação de pertinência entre a atuação do Estado e seu fundamento legal. As leis são o meio pelo qual o Estado alcança os seus fins, devendo tornar efetivos os interesses públicos que são superiores aos privados."*<sup>370</sup>

Desta forma, a razão do controle é preservar a vinculação das ações estatais à visão instrumental, que determina que o seu "Agir" é um "Dever de Agir" em função da realização do Bem-Comum definido com a audiência da sociedade. "Controle", explica SOARES, significa, então, *"verificar, examinar, vigiar, seguir, observar."* *"É importante ressaltar que as ações contidas nos verbos acima elencados trazem tanto uma intervenção a posteriori ("verificar"), quanto uma ação permanente (vigiar), a fiscalização. Assim, o controle é meio operativo no sentido de trazer a conformidade dos princípios e normas que*

---

<sup>370</sup> Cf. SOARES. Op. Cit., p. 75.

*regulam o alcance de finalidade às atuações estatais ilegais e ilegítimas. Surge uma noção funcional do controle.*"<sup>371</sup>

Outro ponto relevante desta questão é o que tem por objeto definir a natureza jurídica do "controle", como técnica de participação popular na Administração. Se a participação popular é expressão do poder político, raciocina SOARES, e se este poder é o mesmo que cria normas e dá forma às instituições, o controle, como técnica participativa, não é mera faculdade, mas um direito subjetivo público.<sup>372</sup>

*"É por isso que não existe antagonismo ao conceber a participação popular como poder político que emana do povo, devendo ser exercido em benefício deste; e como um Direito Fundamental positivado pela Constituição do Brasil."*<sup>373</sup>

#### 4.2.2 O "Princípio Participativo" em Face do Processo Político Brasileiro

Quando voltamos a atenção para a realidade brasileira, podemos verificar que no atinente à relação "ordem política/participação popular", somos herdeiros de uma cultura política ambígua, ou de duplo sentido. De um lado, nossa referência teórica fundamental para abordar o processo político brasileiro é o conceito de Democracia, compreendida como forma de governo em que o povo é o sujeito político por excelência, sendo sua vontade e suas necessidades, os fatores vitais para a determinação do perfil do processo político, das tomadas de decisões governamentais e de sua execução. De outro lado, o **povo**, visto como o conjunto da sociedade juridicamente vinculada ao Estado brasileiro, pelo nexo de direitos e deveres, que corresponde à noção de Cidadania "lato sensu", tem sido historicamente barrado ou impedido de atuar efetivamente na formulação das regras do jogo político e na sua implementação institucional.

Neste sentido, pode-se dizer que o "povo brasileiro" tem convivido com uma tradição política marcada por uma visão de mundo elitista, e esta tem sido a grande responsável pela definição dos aspectos fundamentais da nossa vida coletiva, dos objetivos e das prioridades nacionais, dos meios e dos fins que devem compor a noção de Bem-Comum. Em nossa evolução histórica, desde a criação do Estado Nacional, o jogo das

---

<sup>371</sup> Ibidem, p. 76.

<sup>372</sup> Ibidem, p. 77-78.

<sup>373</sup> Cf. SOARES. Op. Cit., p. 78.



relações democráticas foi estabelecido a partir da supremacia das elites do campo e da cidade, as quais se mostraram bem sucedidas em manter, a todo custo, as instituições estatais sob o seu domínio ou raio de influência.

No decurso dessa trajetória, sob a aparência iluminista do "Estado de todos", o Estado brasileiro se apresenta como um "Estado de exclusão", em permanente conflito com os interesses do conjunto da sociedade, especialmente daqueles setores majoritários localizados nas franjas do corpo social, vivendo em condições incompatíveis com as exigências do nosso tempo e a com a própria condição humana

Este modelo de modernização sócio-política, como sabemos, não é uma exclusividade do nosso país no continente latino-americano. Concordamos com a observação de PRESSBURGER, segundo a qual, na América Latina, as relações jurídicas e políticas são "*a história dos povos colonizados, marcada pelo genocídio, pelo escravismo, pela profunda diferenciação de classe, pela exacerbada concentração de riquezas e consequentemente de poder.*"<sup>374</sup> No caso brasileiro, as formas históricas de Estado "*desde a Independência até o presente, denotam a continuidade e reiteração das soluções autoritárias, de cima para baixo, pelo alto, organizando o Estado segundo os interesses oligárquicos, burgueses, imperialistas.*"<sup>375</sup> Com isso, tem-se perpetuado uma concepção autoritária/conservadora de democracia (democracia como instrumento do poder), que é herdeira, na linha direta, do patrimonialismo ou privatismo e do culto à personalidade na política.

*Que era o Brasil antes de 1930 senão uma espécie de apêndice das grandes 'plantations' e dos latifúndios senhoriais? Que noção de "coisa pública" poderiam ter os grandes proprietários que se orgulhavam que a lei do Estado jamais entrasse pelas porteiras de suas fazendas? Que sentido da sociedade poderiam ter oligarcas para os quais a "questão social" se definia como 'questão de polícia'?*<sup>376</sup>

---

<sup>374</sup> Cf. PRESSBURGER, Miguel. Direito insurgente, o direito dos oprimidos. In: ARRUDA JÚNIOR, Edmundo Lima de. *Lições de direito alternativo*. São Paulo: Acadêmica, 1991. p.10.

<sup>375</sup> Cf. IANNI, Octavio. *O ciclo da revolução burguesa*. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 1984. p. 11.

<sup>376</sup> Cf. WEFFORT, Francisco C.. *Por que democracia?* 3. ed. São Paulo: Brasiliense, 1985. p. 35-36.

Refletir sobre essas questões é começar a compreender o verdadeiro sentido da Democracia liberal no Brasil, enquanto proposta política da elites dominantes, que têm como pressuposto a clássica definição de "Democracia" como o "governo do povo, pelo povo, para o povo". A despeito de inserir essa definição de governo democrático em seus manuais e não obstante o esforço dispendido pela "intelligentzia" da burguesia brasileira para justificar e legitimar as relações de poder existentes no país, o certo é que a realidade sócio-política mostra um quadro bem diferente.

Na prática, o que observamos é que a "visão democrática" dos detentores do poder econômico e do poder político em nosso país,

*"Enquanto liberalismo privatista e "possessivo", só foi capaz de conceber a liberdade econômica e, ainda assim, limitando-a exclusivamente, à liberdade econômica dos proprietários. Por isso mesmo, a liberdade política que eles foram capazes de entender nunca diferiu das justificações que tinham a apresentar para a manutenção dos seus próprios privilégios."*<sup>377</sup>

Através de arranjos e re-arranjos jurídicos e institucionais, as elites brasileiras engendraram um processo político permeado pela manipulação da opinião pública e pelo recurso eventual ao poder militar como instrumento de manutenção da estruturas sociais e políticas compatíveis com seus interesses de classe.

*A marca registrada das transformações do período republicano - seja em sua fase velha, moderna, recente ou prematuramente envelhecida - é a da transição social e política morosa e arrastada, imediatista e perservadora de conteúdo. Trata-se de um constante realinhamento político conservador, apoiado no transformismo institucional e escorado na intervenção corretiva, geralmente administrativa (burocrático-partidária), policialesca ou manipulativa de opinião pública e, muitas vezes, por via militar.*<sup>378</sup>

Aos olhos de uma teoria política exigente, podemos dizer que o que se convencionou chamar de Democracia em nosso país, em verdade não passa de algo semelhante ao projeto político pensado no século passado por alguns dos mais importantes ideólogos do Estado Liberal. Se voltarmos nossa atenção para as construções doutrinárias que animaram a burguesia revolucionária, verificaremos que as formulações mais festejadas souberam acomodar muito bem a Teoria Democrática aos pressupostos

---

<sup>377</sup> Cf. WEFFORT. Op. Cit., p. 36.

<sup>378</sup> Cf. DREIFUSS, René. **O jogo da direita**. Petrópolis: Vozes, 1989. p. 9.

político-econômicos dessa classe. Para isso, o pensamento liberal deu ênfase especial à teoria da representação política, buscando refúgio no "Governo Representativo".

Essa constatação pode ser feita através do exame dos ensinamentos de MADISON, considerado o "pai" da Constituição norte-americana, um dos criadores do Partido Republicano e duas vezes Presidente dos EUA, e de SIÉYES, um dos destacados ideólogos da Revolução da Revolução Francesa. Nos escritos desses pensadores, Democracia e Governo Representativo são modelos de ajustes políticos diferenciados por elementos bem específicos:

a) Para MADISON, "governo representativo" ou "governo republicano" tem como pressuposto o instituto da Representação política e "democracia" constitui a forma de governo próprio das pequenas cidades da antigüidade, que tinham na participação direta dos cidadãos o seu sinal de identidade. MADISON não trata o "governo representativo" como uma forma de "democracia" - democracia indireta -. Para ele a "representação" é uma forma de governo diferente e superior à "participação" efetiva dos cidadãos no processo político.

*"El efecto de la representación, señala, consiste en "refinar y ensanchar las opiniones públicas (the public viwes) haciéndolas pasar por el conducto de un cuerpo elegido de ciudadanos cuya sabiduría pueda discernir mejor el verdadero interés de su país y cuyo patriotismo y amor por la justicia sean los menos susceptibles de sacrificar ese interés a consideraciones efímeras y parciales." <sup>379</sup>*

Desta forma, para MADISON, o "governo representativo" tem a finalidade básica de garantir a racionalidade governamental, ou seja, *"el juicio maduro y deliberado de la colectividad"* <sup>380</sup>. Para isso, deve funcionar como mecanismo de depuração do processo de tomada de decisões políticas, protegendo-o das paixões desordenadas e das considerações efêmeras que podem se apoderar do povo. Em vista disso, para MADISON, o papel dos

---

<sup>379</sup> *"O efeito da representação, observa, consiste em 'refinar e ampliar as opiniões públicas (the public viwes) fazendo-as passar pelo crivo de um corpo eleito de cidadãos, cuja sabedoria possa discernir melhor o verdadeiro interesse de seu país e cujo patriotismo e amor pela justiça os torne os menos suscetíveis de sacrificar esse interesse às considerações efêmeras e parciais'."* (tradução do autor). Cf. MANIN, Bernard. La democracia de los modernos. Los principios del gobierno representativo. *Sociedad* - Revista de la Facultad de Ciencias Sociales. Buenos Aires, n. 6, p. 14, abr. 1995.

<sup>380</sup> *"O jútzo maduro e reflexivo da comunidade."* (tradução do autor). *Ibidem*, p. 14.

representantes não consiste em decidir sempre de acordo com a vontade dos representados. *"La superioridad de la representación consiste, por el contrario, en que abre la posibilidad de una separación entre la voluntad (o decision) pública y la voluntad popular."*<sup>381</sup>

b) Por sua vez, SIÉYÈS vê na "representação" um mecanismo político decorrente do princípio da divisão do trabalho, ao qual atribui a condição de fator essencial ao progresso social. O interesse pelo Bem Comum, argumenta, é incompatível com o exercício de uma "profissão particular". Daí a necessidade de se entregar o exercício do poder político a um corpo especializado de eleitos. No mesmo sentido de MADISON, entende SIÉYÈS que o papel dos representantes não é simplesmente manifestar a vontade dos eleitores. *"Por lo tanto es icuestionable, declara, que los diputados están en la Asamblea Nacional, no para anunciar el deseo ya formado de sus comitentes (sus electores), sino para deliberar y votar libremente según su opinión actual, esclarecidos con todas as luces que la Asamblea puede proporcionar a cada uno"*.<sup>382</sup>

Essa exposição sobre aspectos básicos do pensamento político que empolgou as revoluções norte-americana e francesa servem para nos mostrar que alguns elementos prematuros do Estado Moderno ainda integram o nosso cotidiano político. Este é, por exemplo, o caso da autonomia com que grande parte dos governantes brasileiros costuma conduzir suas ações político-administrativas, fazendo com que a Sociedade orbite em torno do eixo estatal, quando o contrário é que seria o correto e desejável. Diante de tudo isso, o que nos parece válido destacar, é que o povo brasileiro tem sido historicamente um duplo-refém: de um lado, tem sido um refém das expectativas libertárias da "teoria democrática", de outro, tem sido um refém das frustrações da "prática do governo representativo", a la Madison-Siéyès, levadas a efeito pelo detentores do poder.

---

<sup>381</sup> "A superioridade da representação consiste, pelo contrário, no fato de que ela abre a possibilidade de uma separação entre a vontade (ou decisão) pública e a vontade popular." (tradução do autor). Cf. MANIN. Ibidem, p. 14.

<sup>382</sup> "Portanto, é inquestionável, declara, que os deputados estejam na Assembléia Nacional, não para anunciar o desejo já formado de seus comitentes (seus eleitores), senão para deliberar e votar livremente segundo sua opinião atual, esclarecidos com todas as luzes que a Assembléia pode proporcionar a cada um." (tradução do autor). Ibidem, p. 15.

Na abordagem do processo político brasileiro, nunca é demais pôr em relevo o fato de que o quadro geral de nossas relações políticas tem historicamente sido permeado por uma concepção democrática muito peculiar, cujos resultados práticos são de fácil identificação:

- manutenção do poder nas mãos das elites "proprietárias" do país;
- "continuismo mudancista" das instituições jurídicas e políticas;
- a afirmação do "privilégio" contra o Direito;<sup>383</sup>
- o recurso à lei como pretexto para o arbítrio;<sup>384</sup>
- a manutenção do "povo brasileiro" a uma distância segura do poder instituído.

Que Democracia é esta? É a Democracia instrumental, em que instituições do processo democrático são utilizadas para estabilizar e manter uma ordem social compatível com os interesses das elites dominantes. É a democracia das autoridades contra os "subordinados". Neste modelo paradoxal de Democracia, a imposição forçada de decisões políticas é que dá o tom das relações entre "governantes" e "governados". Segundo WEFFORT, citando TOURAINE, este modelo democrático - "Democracia por via autoritária" - foi predominante no processo político brasileiro dos anos 30 aos anos 60, marcando profundamente o caráter de nossas instituições políticas.

O êxito da "democracia por via autoritária" depende do efeito de alguns ingredientes sócio-culturais. Destaquemos dois deles - a ambigüidade e o cinismo político - , ambos características integrantes do comportamento das elites brasileiras. A ambigüidade é importante, porque através dela alguém pode permitir-se ter um comportamento autoritário e democrático ao mesmo tempo.<sup>385</sup> "Cinismo político" é essencial porque quando o que importa é o poder, vale a regra de que "os fins justificam os meios", valem provérbios como estes: "Voto não enche barriga". "Em política vale a versão, não o fato".

---

<sup>383</sup> Ver WEFFORT. Op. Cit., p. 42.

<sup>384</sup> Ibidem, p. 44.

<sup>385</sup> Ibidem, p. 33.

"Lei, ora a lei." "Para os amigos tudo, para os adversários a lei". "Deixa como está para ver como é que fica".<sup>386</sup> Conforme observa WEFFORT, provérbios deste tipo são:

*[...] compartilhados às vezes pelo povo. Parecem simples, espontâneos, saborosos como as expressões do senso comum. Mas, na verdade, traduzem critérios sofisticados - e extremamente autoritários - de ação política. Aparentemente populares, estas são, na verdade, fórmulas contra o povo. Se examinarmos com atenção o que significam, elas só se adequam à comodidade de quem está no poder e, além do mais, habituado ao arbítrio. São fórmulas para serem ditas com o sorriso da ironia dos poderosos, como resultado de uma longa e laboriosa reflexão do poder sobre si próprio. O que têm de sabor popular nada mais é do que o resultado de um longo e feroz trabalho de inculcação ideológica, no qual cooperaram, ao longo do tempo, todas as oligarquias e todas as ditaduras de nossa história.*<sup>387</sup>

Neste quadro geral de "ambigüidade" e doses maciças de "cinismo político", a prática política das elites brasileiras está muito distante do "iluminismo democrático". Na verdade, essa prática tem consistido na negação contundente e sofisticada do sentido transformador e construtivo do princípio democrático. O que resta de positivo mesmo é a falsa sensação de que a "pax" democrática nos mantém a salvo de soluções sangrentas e de grandes rupturas da unidade nacional. Tudo se passa como se a democracia consistisse apenas na observância do sufrágio, na eleição dos "governantes" dentro de intervalos regulares, imaginando-se que, com isso, pela possibilidade de renovação do corpo de eleitos, a sociedade estaria protegida contra o risco do governo ou da administração distanciar-se e tornar-se alheia, indiferente ou, até, colidir com os interesses do conjunto da sociedade, especialmente dos setores mais oprimidos, excluídos ou marginalizados.

Num ambiente político com estas características, uma vez eleitos, os "representantes do povo" passam a agir como se fossem "proprietários" do mandato. Movidos pela sensação de que o povo não tem como controlá-los, e de que é muito reduzido o risco das pressões populares surtirem efeitos concretos na Administração, acabam agindo, com freqüência, contra os interesses da maioria da população e do eleitorado, adotando posições que consultam às exigências dos grupos minoritários, com os

---

<sup>386</sup> Ibidem, p. 34.

<sup>387</sup> Cf. WEFFORT. Op. Cit., p. 34.

quais mantém relações mais estreitas e mais orgânicas. Afora a hipótese de "infidelidade" para com o conjunto da sociedade, os eleitos costumam adotar estratégias de convencimento, diga-se, de manipulação da opinião pública, "assegurando" que determinada política, "aparentemente" contrária aos interesses da sociedade em geral, ao ser executada, poderá vir em seu benefício! Lembremo-nos, a este respeito, do episódio do "seqüestro da poupança popular" (Governo Collor), e dos diversos planos de estabilização da economia adotados no Brasil nos últimos anos...

Observando-se as regras deste fragilizado modelo de Democracia política, torna-se evidente que o poder de censura inerente às eleições periódicas acaba sendo em grande parte neutralizado em função do comportamento dos eleitos. Desta forma, são sonegadas do eleitorado e a sociedade em geral as condições mais eficazes para o exercício do controle do poder conferido pelo mandato. Conseqüentemente, neste modelo de "democracia representativa", a vontade e as necessidades da população em geral dificilmente funcionam como fatores reais de direcionamento dos destinos da Política e das ações dos governantes. Neste caso, é grande o risco que a sociedade corre de se ver descartada pelas esferas do Estado. Este risco aumenta em situações como a da Sociedade brasileira, uma sociedade caracterizada pelo elevado nível de empobrecimento da maioria da população, pelo ainda grande número de analfabetos e semi-analfabetos. Dados como estes podem não ser decisivos, mas favorecem a efetividade dos mecanismos de manipulação da opinião pública, os quais, como sabemos, são cada vez mais sofisticados, dificultando a resistência e o controle social.

A persistência da "democracia por via autoritária" e do "princípio representativo", em oposição à "democracia pelo diálogo/negociação" e ao "princípio democrático participativo", determinando o verdadeiro caráter do comportamento dominante de nossos agentes políticos, pode ser visto como um dos obstáculos a uma mais rápida e eficaz democratização social e política do país. Mas existem outros fatores que também atuam no sentido de agravar esta espécie de relação neurótica da nossa sociedade com a Democracia. Um deles é o caráter preponderantemente autoritário do nosso imaginário coletivo, cujo exame, embora breve, entendemos indispensável a uma adequada compreensão dos estudos subsequentes sobre o alcance das inovações trazidas à nossa vida coletiva pelo

Novo Direito da Criança e do Adolescente, enquanto modelo jurídico comprometido com a "participação popular".

Quando nos referimos à presença do autoritarismo em nossa cultura, não restringimos nossa observação ao uso ostensivo ou declarado da violência pelo Aparelho estatal (ex. Sistema Policial), nem à recorrência do golpismo tão freqüente na história de nossas instituições políticas. Temos em mente uma visão mais abrangente, quanto à interferência de atitudes, hábitos e costumes essencialmente antidemocráticos que permeiam o conjunto de nossas relações sociais e, conseqüentemente, de nossas relações políticas, em forma de autoritarismo difuso.

Neste caso, o importante é perceber como o autoritarismo difuso atua em nossas relações sociais determinando o adiamento da implantação de uma cultura democrática que viabilize a construção de uma sociedade baseada na justiça política, na justiça social, como prescreve a Constituição do Estado Democrático de Direito.

Esta compreensão é fundamental no momento em que falamos sobre a teoria e a prática de um Direito da Criança e do Adolescente em vigor (formalmente) no país, comprometido com a emancipação democrática de cerca de 50% da população brasileira, pela observância de seus Direitos Fundamentais. O que, então, significa este autoritarismo difuso, presente em nossa sociedade? Como se manifesta? Para responder a essas questões, recorreremos às reflexões feitas por CHAUI, na obra "Conformismo e Resistência - aspectos da cultura popular no Brasil", ao trabalhar sobre o tema "Cultura Popular e autoritarismo":

*O Brasil é uma sociedade autoritária, na medida em que não consegue, até o limiar do século XXI, concretizar sequer os princípios (velhos de três séculos) do liberalismo e do republicanismo. Indistinção entre o público e o privado, incapacidade para tolerar o princípio formal e abstrato da igualdade perante a lei, combate da classe dominante às idéias gerais contidas na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, repressão às formas de luta e de organização sociais e populares, discriminação racial, sexual e de classe, a sociedade brasileira, sob a aparência de fluidez (pois as categorias sociológicas, válidas para a descrição das sociedades européias e norte-americanas, não parecem alcançar a realidade social brasileira, estrutura-se de modo fortemente hierárquico, e, nela, não só o Estado aparece como fundador do próprio social, mas as relações sociais se efetuam sob a forma de tutela e do favor (jamais do direito) e a legalidade se constitui*



*como círculo fatal do arbítrio (dos dominantes) à transgressão (dos dominados), e, desta, ao arbítrio (dos dominantes).*<sup>388</sup>

Estamos falando, prossegue CHAUI<sup>389</sup>, de uma sociedade que não conheceu a cidadania como um valor e atributo universal (para todos os indivíduos), mas a conheceu através do "senhor-cidadão", que a conserva como "privilégio de classe". Um sociedade que transforma as "diferenças assimétricas" sociais e pessoais em critérios de desigualdade, e estas, "em relações de hierarquia, mando e obediência". Nesta estrutura social em forma de pirâmide, os indivíduos são de pronto distribuídos em "superiores" e "inferiores" e as relações sociais tomam a forma de dependência, da tutela, da concessão, da autorização e do favor, "*fazendo da violência simbólica a regra da vida social e cultural.*"<sup>390</sup> Enquanto "sociedade autoritária", a sociedade brasileira é daquelas em que as leis não serviram para superar o poder da força, mas, ao contrário, potencializaram o poder dos que já tinham a força na sua relação com os segmentos dela desprovidos. Uma sociedade que não experimentou a definição de direitos e deveres entre iguais. Nesse sentido, argumenta a autora em questão:

*No caso das camadas populares, os direitos são sempre apresentados como concessão e outorga feitas pelo Estado, dependendo da vontade pessoal e do arbítrio do governante. [...] Como consequência, é uma sociedade na qual as leis sempre foram consideradas inúteis, inócuas, feitas para serem violadas, jamais transformadas ou contestadas. E onde a transgressão popular é violentamente reprimida e punida, enquanto a violação pelos grandes e poderosos sempre permanece impune.*<sup>391</sup>

Os efeitos deste amplo espectro de manifestações do autoritarismo difuso em nossa sociedade se irradiam de forma intensa na situação de crianças e adolescentes, especialmente na daqueles que são portadores de qualquer um dos estigmas, através dos quais podem ser identificados e etiquetados como habitantes da "Índia brasileira".

---

<sup>388</sup> Cf. CHAUI, Marilena. **Conformismo e resistência: aspectos da cultura popular no Brasil.** São Paulo: Brasiliense, 1987. p. 47.

<sup>389</sup> Ibidem, p. 53-54.

<sup>390</sup> Cf. CHAUI. Op. Cit., p. 54.

<sup>391</sup> Ibidem, p. 54-55.

PRESSBURGER, já citado neste trabalho, explica que a **modernização da sociedade e do Estado brasileiro aconteceu através de um processo de exclusão da maioria da população dos benefícios da vida coletiva**. Como observa o nosso autor, trata-se de um paradoxo histórico, social e político, dadas as fontes que inspiraram a criação do "Estado-Nação-Brasil": os princípios do iluminismo libertário.

*"Da mesma forma com que os fazendeiros liberais do café do século passado apresentavam-se como os capitães do desenvolvimento nacional, exportadores de mercadorias de grande valor e conseqüentemente importadores de moedas fortes, os atuais grupos transnacionalizados industriais e financeiros, são também os determinantes do tipo de desenvolvimento a ser implantado."*<sup>392</sup>

Com isto, temos uma sociedade que "professa", mas não pratica os valores do modelo cristão-ocidental nas relações sociais, econômicas e políticas. O resultado de mais esse paradoxo foi a institucionalização de uma "geografia perversa", a "geografia da dor e do prazer", conforme esclarece Rubem ALVES:

*Apenas olhando o mapa de uma cidade pode se identificar as zonas de dor e de conforto. Confira com as páginas de classificados de um jornal. O preço de uma casa na parte da cidade que você está olhando no mapa lhe dirá se ela possui uma "boa vizinhança" ou não. À parte a divisão geográfica do mundo humano em zonas de dor e prazer, encontramos a mesma coisa na estrutura de classes. Certos grupos estão destinados a trabalhar mais, a sofrer mais, ganhar menos, morrer mais cedo e ser alvo de discriminação. Outros trabalham menos, ganham mais, têm mais prazeres, maiores chances de viverem e gozam de prestígio e status."*<sup>393</sup>

Diante desse imenso e desconfortante "out-door" sobre a realidade do processo político no Brasil, torna-se indispensável abordar o significado do princípio da **participação popular**, especialmente porque, segundo a Constituição em vigor, este princípio jurídico é um dos alicerces do Estado Democrático de Direito, seja como meio genérico de afirmação da Cidadania Política (art.1º), seja como técnica de gestão compartilhada de determinadas áreas da vida social, como é o caso das ações de Assistência Social e de Atendimento aos Direitos Fundamentais e Necessidades Básicas de Crianças e Adolescentes (art. 204, art. 227, § 7º, da C.F.).

---

<sup>392</sup> Cf. PRESSBURGER. Op. Cit.

<sup>393</sup> Cf. ALVES, Rubem. **A gestão do futuro**. Tradução de Francisco Duarte Júnior. Campinas: Papirus, 1987. p. 118.

Neste caso, temos uma proposta que entra em conflito direto com o modelo do "Governo representativo", tão a gosto do apetite político das elites liberais/conservadoras/autoritárias que se instalaram com "animus" definitivo (fiquismo), nos espaços fundamentais do Estado brasileiro. Com efeito, o **princípio da participação popular implica o aprofundamento da Democracia, com superação extrema dos fundamentos liberais do Estado, e das relações do Estado com a Sociedade Civil.** Isto significa dar substância, ou como diz CANOTILHO, "*optimizar*" o "princípio democrático" e a presença da soberania popular na administração de questões de interesse geral da sociedade.

#### 4.2.3 Participação Popular no Direito da Criança e do Adolescente

Faz parte do pensamento político moderno e contemporâneo, e nele tem lugar de destaque, o paradigma analítico que concebe o poder como algo global e unitário intimamente relacionado ao Estado. Para este modo de pensar, o poder vem "de cima para baixo", vem do Estado, esfera de relações políticas e da realização do interesse público, para a sociedade, campo das relações de produção e da vida privada. Nessa abordagem, o Estado é visto como a própria imagem e concretização do poder, o ponto de partida necessário, o espaço absoluto do qual decorre todo tipo de poder existente na sociedade. Consequentemente, o "olho do poder" , que a tudo e a todos vigia incessantemente, é o próprio "olho do Estado", o que transforma o Estado no próprio centro da vida social.

Na Microfísica do poder, FOUCAULT percebeu o equívoco em que incorria esse tipo de análise *estatista* do poder, que ele chamou de "descendente", no sentido em que se deduziria o "*poder partindo do Estado e procurando ver até onde ele se prolonga nos escalões mais baixos da sociedade, penetra e se reproduz em seus elementos mais atomizados.*"<sup>394</sup>

Para FOUCAULT, o poder não é algo unitário e global, não é uma coisa, é uma *relação*, uma prática social constituída historicamente. Nas suas análises genealógicas do

---

<sup>394</sup> Cf. MACHADO, Roberto (Org. Trad.). Introdução - por um genealogia do poder. In: MACHADO, Roberto. **Microfísica do poder**. 8. ed. Rio de Janeiro: Graal, 1979. p. XIII.

poder, FOUCAULT descobre - "*Estudando a formação histórica das sociedades capitalistas, através de pesquisas precisas e minuciosas sobre nascimento da instituição carcerária e a constituição do dispositivo da sexualidade*"<sup>395</sup> - que não existe sinonímia entre "Estado" e "Poder". O que se torna evidente em face da abordagem foucaultiana é "*a existência de formas de exercício do poder diferentes do Estado, a ele articuladas de maneiras variadas e que são indispensáveis inclusive a sua sustentação e atuação eficaz*"<sup>396</sup>. O poder é uma prática que se expande por toda a sociedade, manifestando-se através de formas diversas de intervenção na realidade das relações sociais, dando-lhes um significado específico, um certo caráter, investindo em instituições, tomando corpo em técnicas de dominação. Este poder age desde os confins da vida social, intervindo materialmente desde a realidade mais concreta e imediata dos indivíduos - o seu corpo - permeando todos os espaços e níveis do cotidiano social. Desta forma, não é correto o entendimento que vê no Estado a "grande central do poder".

*O importante é que as análises indicaram claramente que os poderes periféricos e moleculares não foram confiscados e absorvidos pelo aparelho de Estado. Não são necessariamente criados pelo Estado, nem, se nasceram fora dele, foram inevitavelmente reduzidos a uma forma ou manifestação do aparelho central. Os poderes se exercem em níveis variados e em pontos diferentes da rede social e neste complexo os micro-poderes existem integrados ou não ao Estado.*<sup>397</sup>

Isso quer dizer: (i) que o "*Estado não é o ponto de partida necessário, ou o foco absoluto que estaria na origem de todo tipo de poder social*",<sup>398</sup> (ii) que as relações entre o "poder de Estado" e demais formas de poder social não podem ser resolvidas através de uma análise linear. Se o poder é uma prática social, uma relação, e se não está situado em nenhum ponto específico da estrutura social, mas em toda parte. A proposta foucaultiana não significa que o poder seja deslocado do Estado para a periferia da sociedade. O interessante da análise, alerta MACHADO,

*[...] é justamente que os poderes não estão localizados em nenhum ponto específico da estrutura social. Funcionam como um rede de dispositivos e mecanismos a que nada ou*

---

<sup>395</sup> Ibidem, p. XI.

<sup>396</sup> Ibidem, p. XI.

<sup>397</sup> Cf. MACHADO. Op. Cit., p. XII.

<sup>398</sup> Ibidem, p. XIV.

*ninguém escapa, a que não existe exterior possível, limites ou fronteiras. Daí a importante e polêmica idéia de que o poder não é algo que se detém como uma coisa, como um propriedade, que se possui ou não. Não existe de um lado os que têm o poder e de outro aqueles que se encontram dele alijados.*<sup>399</sup>

Em suma, poder está em toda parte e todos "dominantes" e "dominados" dele participam, é imprescindível que participem para que o poder, como relação ou prática social se manifeste.

No que se refere ao nosso objeto de estudo, estes aspectos da revisão teórica empreendida por FOUCAULT sobre o poder têm uma importância capital, pois, a partir deles é possível visualizar um novo quadro de relações entre "Estado" e "sociedade" - um campo de relações em que se percebe que o exercício do poder como forma de gerenciamento de Direitos Fundamentais e de Necessidades Humanas Básicas, em qualquer terreno das ações de proteção social jamais foi e, portanto, não é agora que será materializada de cima para baixo, do "centro" para a "periferia", do "Estado" para a "sociedade". Numa visão simplificada, partindo da idéia central que anima este trabalho - a interação dialética entre o "poder de Estado" e o "poder da Sociedade" - pode-se falar em processo de negociação autoritária, dado o caráter dominante-imperativo que acompanhou a construção histórica do "Estado" como sede de poder político. Nessa mesma linha de pensamento, podemos ainda observar que o Direito (ex.: Direito da Criança e do Adolescente) não pode ser visto como uma produção exclusiva do poder do Estado, embora seja essa uma crença bem difundida em nossa sociedade.

Se o poder, como pensa FOUCAULT, é uma prática social exercida em rede, e se constitui formas de intervenção e dominação/libertação social, como pensamos, o Direito, no sentido estrito de complexo de regras obrigatórias à convivência social o acompanha em toda parte. Assim, entre "direito" e "poder" existe uma relação incindível, que melhor explica a expressão latina "Ubi societas ibi Jus" (onde houver sociedade, aí está o direito): sempre que duas ou mais pessoas conviverem entre si, estabelecem-se relações de poder, estabelece-se uma determinada "ordem jurídica", que tanto pode ser o "direito do mais forte", como o "direito do mais necessitado", "do mais sábio", e assim por diante.

---

<sup>399</sup> Cf. MACHADO. Op. Cit., p. XIV.

Chegamos, então, à conclusão de que o "*Direito nasce da participação das pessoas na vida em comum. Queira ou não, tendo ou não consciência disso, as pessoas ao se relacionarem criam, em seu cotidiano, o mundo jurídico.*"<sup>400</sup> O que acontece é que, geralmente, o mundo jurídico *no e através do* qual as pessoas, as instituições, os grupos interagem na vida social, é o resultado de relações marcadas pela forte subordinação de um dos pólos ao poder do outro. Daí se deduz que o "direito é um instrumento de controle social, um instrumento de dominação".

Todavia, como ressalta GENRO, "*Parece importante salientar que o Direito nem é só instrumento de dominação e nem é só instrumento de realização de liberdade [...] na sociedade burguesa o Direito é a instância abstrata do movimento humano teleológico para mediar a dominação e a liberdade dentro de totalidades históricas concretas.*"<sup>401</sup> (grifo no original). Justamente por isso, o Direito se manifesta processualmente na história, no centro das lutas sociais e políticas, refletindo dialeticamente as contradições da vida social. LYRA FILHO nos lembra de maneira otimista, profundamente tocado por um humanismo radical, que:

*O processo social, a História, é um processo de libertação constante ( se não fosse, estávamos até hoje, parados, numa estrutura, sem progredir); mas é claro, há avanços e recuos, quebras do caminho, que não importam, pois o rio acaba voltando ao leito, seguindo em frente e rompendo as represas. Dentro do processo histórico, o aspecto jurídico representa a articulação dos princípios básicos d Justiça Social atualizada, segundo padrões de reorganização da liberdade que se desenvolvem nas lutas sociais do homem.*<sup>402</sup> (grifo no original).

Nesta linha de raciocínio, é também de suma importância perceber que "*Queiramos ou não, saibamos ou não, é sempre porque repetimos regras que mantém as desigualdades sociais, que nós participamos do aprofundamento das desigualdades. A chave da mudança está portanto na participação inovadora.*"<sup>403</sup>

---

<sup>400</sup> Cf. SEDA. Op. Cit., p. 244.

<sup>401</sup> Cf. GENRO, Tarso. **Introdução crítica ao direito**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1988. p.18.

<sup>402</sup> Cf. LYRA FILHO, Roberto. **O que é direito**. 11. ed. (Coleção Primeiros Passos). São Paulo: Brasiliense, 1990. p. 114.

<sup>403</sup> Cf. SEDA. Op. Cit., p. 246.

Estas noções se aplicam plenamente à compreensão mais adequada do significado sócio-jurídico do princípio participativo - participação popular - no Direito da Criança e do Adolescente. Este novo Direito constitui um Sistema de Garantia de Direitos Fundamentais - Direitos Humanos de crianças e adolescentes - e, desta forma, exige o envolvimento permanente da sociedade civil na sua produção, afirmação, implementação e aperfeiçoamento. Um dos aspectos destacados deste novo Direito é o fato de que ele pressupõe uma profunda redefinição da forma de gerir a Política de Atendimento à infância e à juventude em nosso País. "**Mudanças de gestão**"!<sup>404</sup> É esta categoria operacional a que recorre a Doutrina mais apropriada ao caráter garantista do Direito da Criança e do Adolescente, para expressar que este Direito "vira pelo avesso" o tecido da estrutura político-administrativa do Estado Brasileiro em matéria de Modelos de Assistência ou de Proteção Social.

O Direito da Criança coloca-nos diante de uma nova perspectiva sócio-jurídica quanto ao papel da sociedade na construção da cidadania democrática: é da essência da Política de Atendimento aos Direitos Fundamentais de crianças e adolescentes, não apenas a consulta, ou a audiência da população. Nos termos do art. 204, II, da Constituição Federal, as ações governamentais nesta área de Proteção Social deverá necessariamente contar com a "**participação da população, por meio de organizações representativas, na formulação das políticas e no controle das ações em todos os níveis.**"

Como se vê, o enunciado da Constituição determina a obrigatoriedade da intervenção da sociedade civil em termos de "participação legislativa", "participação controle". Nesta última forma de participação está contida implicitamente a "participação co-gestão", que se traduz no gerenciamento conjunto da Política de Atendimento, através dos Conselhos dos Direitos da Criança e do Adolescente - nacional, estaduais, municipais.

Desta forma, o que importa é garantir à sociedade o direito político de ter vez, voz e voto, no planejamento, nas deliberações, na administração e no controle das ações relativas aos direitos tutelados pelo Sistema da Convenção, pela Constituição Federal, pelo Estatuto da Criança e do Adolescente e, ainda, os que decorrerem dos princípios do regime

---

<sup>404</sup> Cf. COSTA, Antônio Carlos Gomes da. **É possível mudar: a criança, o adolescente e a família na política social do município.** (Série Direitos da Criança 1). São Paulo: Malheiros, 1993. p. 24.

político adotado no país (Estado Democrático de Direito), e dos Tratados Internacionais em que o Estado brasileiro seja parte (parágrafo 2º do art.5º).

Traduzindo em miúdos esse princípio fundamental do novo Estado Brasileiro, o Estatuto previu formas concretas de garantir a participação da sociedade civil em todas as fases da gestão da nova política de atendimento (prevenção, promoção, defesa) dos direitos da criança e do adolescente, que são as seguintes:

a) A Sociedade civil participará, em condições de igualdade com o Poder Público, nos Conselhos dos Direitos, que devem ser criados nos três níveis político-administrativos da Federação (Conselho Nacional, Conselhos Estaduais, Conselhos Municipais). Estes Conselhos são deliberativos, ou seja, compete-lhes, em cada esfera da federação, decidir sobre as diretrizes da política de aplicação do Estatuto; são gestores dos recursos destinados ao custeio dos programas através dos quais essa política se efetiva; são controladores, em todos os níveis, das ações das respectivas políticas (nacional, estadual, municipal), cabendo-lhes, nos municípios, o registro e, conseqüentemente, a fiscalização indireta, das entidades não-governamentais e dos programas governamentais que tiverem por objeto o atendimento de direitos infanto-juvenis:

b) A Sociedade civil participará na execução direta das Políticas municipais de atendimento à criança, ao adolescente e seus pais ou responsáveis, atuando nos Conselhos Tutelares, os quais (pelo menos um) devem ser criados em todos os municípios:

c) Tanto os representantes da ala não-governamental nos Conselhos dos Direitos, quanto os Conselheiros dos Conselhos Tutelares, deverão ser escolhidos pela Sociedade Civil, e só depois nomeados pelo respectivo Chefe do Poder Executivo;

d) A Sociedade civil está juridicamente legitimada para atuar em Juízo, em qualquer instância ou Tribunal, na defesa (preventiva ou corretiva) dos direitos coletivos e difusos de que se beneficiem crianças e adolescentes. Nesse sentido, o art.210, do Estatuto prevê que essa legitimidade jurídico-processual pode ser exercida por *"associações legalmente constituídas há pelo menos um ano e que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses e direitos protegidos por esta Lei, dispensada a autorização da assembléia, se houver prévia autorização estatutária"*;



e) Por fim, ainda no terreno da defesa jurídico-processual dos Direitos da criança e do adolescente, a Sociedade civil autorizada, através de ações individuais, a provocar a iniciativa do Ministério Público. É o que está previsto no art.220, do Estatuto: "**Qualquer pessoa poderá e o servidor público deverá provocar a iniciativa do Ministério Público, prestando-lhe informações sobre fatos que constituam objeto de ação civil, e indicando-lhe os elementos de convicção.**" (o grifo é nosso).

Afora essa legitimação expressa para qualquer pessoa provocar a iniciativa do Ministério Público, é oportuno lembrar que a Constituição assegura, a qualquer cidadão, o **direito de petição aos poderes públicos, independentemente do pagamento de taxas, em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder, bem como a obtenção de certidões em repartições públicas, para a defesa de direitos e esclarecimento de situações de interesse pessoal.** Este direito fundamental da cidadania pode ser exercido diretamente pelo cidadão, na via administrativa, independentemente de intermediação de advogado, sempre que for detectada uma ilegalidade ou abuso de poder contra o cidadão-criança, contra o cidadão-adolescente. Segundo SEDA, "*Trata-se aqui do cidadão criança, do cidadão adolescente que devem ser respeitados em sua cidadania e, quando não o são, o servidor público que ameaçou ou violou tal cidadania deve ser compelido a corrigir seu desvio em relação à norma que deixou de aplicar.*"<sup>405</sup>, ou que aplicou erradamente. Em caso de embaraço ou resistência por parte do Poder Público, deve-se recorrer ao Judiciário para buscar a efetividade da pretensão em defesa da cidadania da criança ou do adolescente, que haja sido ameaçada ou violada.

Evidentemente, em razão dos vícios já apontados do nosso processo político (tendência ao "princípio representativo" em detrimento do "princípio democrático", participativo) e do nosso processo social (autoritarismo, difuso e determinado), não será tarefa fácil (como não tem sido) transformar a letra da Constituição e das leis que traduzem o novo modelo de vida coletiva em conteúdo de nossa experiência cotidiana. Aqui temos o problema do enfrentamento de paradigmas, da maneira de ver as coisas e de viver nossas convicções e crenças sobre a vida, o mundo, as relações humanas, a Sociedade, o Estado, o

---

<sup>405</sup> Cf. SEDA, Edson. **Construir o passado.** (Série Direitos da Criança). São Paulo: Malheiros, 1993. p. 52-53.

Poder, e o papel que cada um tem de exercer para que o novo, o justo, o adequado, sobrepuje o velho, o injusto, o superado. A normativa Internacional, a Constituição, o Estatuto e toda a legislação que lhe sobrevenha na regulação da aplicação da Doutrina da Proteção Integral, representam conquistas inegociáveis na construção ou no aperfeiçoamento de nossa democracia. Mas não bastam, por si sós, para que este maravilhoso mundo novo da sociedade livre, justa e solidária se apresente diante de nossos olhos. SEDA tem toda razão:

*São as pessoas que, agindo no desempenho de papéis sociais, mudam a realidade. A realidade só se transforma se contar com atores (desempenham papéis) e agentes (agem) aplicadores das normas. Em poucas palavras: ao lado dos que simplesmente atacam as normas porque elas não se aplicam (e a estes vamos perdoá-los porque eles não sabem o que dizem), devemos ter pessoas e coletividades dispostas a corrigir os desvios quando estes surgirem.<sup>406</sup>*

Toda vez que se propõe uma mudança profunda de comportamento a social - o que implica em novas atitudes mentais, novos hábitos etc.,- deve-se esperar a resistência inicial, a incompreensão, a sabotagem, a omissão, a busca de argumentos contrários e o recurso a subterfúgios que visam a ocultar o desejo de se manter o *status quo*. Ou seja, toda mudança de paradigma (modelo de pensamento e/ou de ação) é um processo psicossocial que geralmente encontra obstáculos à sua implementação. Por isso é muito importante que haja firmeza de propósitos e perseverança por parte de quem pensa promover transformações paradigmáticas na vida social. Este é justamente o caso das mudanças exigidas para a implementação do Direito da Criança e do Adolescente. Afinal de contas, o que a história demonstra é que a construção de novos direitos sempre acontece no entrelaço de lutas sociais. A História do Direito e dos direitos é o romance da luta constante. No seu clássico "A Luta pelo direito", JHERING já advertia:

*A vida do direito é uma luta: luta de povos, do Estado, de colasses, dos indivíduos. Todos os direitos do mundo foram conquistados com luta; todas as normas importantes do direito começaram por serem arrancadas aos que se lhe opunham, e todo direito, direito de um povo ou direito de particular, supõe que se*

---

<sup>406</sup> Cf. SEDA. Op. Cit., p. 22.

*esteja continuamente disposto a mantê-lo. O direito não é pura teoria, mas uma força viva.*"<sup>407</sup>

Não se constróem novos direitos senão no seio do processo social em que se conflitam indivíduos, grupos e classes sociais empenhados em fazer a história à imagem dos seus valores, interesses ou necessidades. É nesse *lugar existencial* e instituinte que se verifica o avanço ou o retrocesso jurídico e político da humanidade.

Nesse sentido, concordamos com o jurista e filósofo brasileiro LYRA FILHO, para quem o Direito é um processo de incessante positivação da liberdade no seio de lutas sociais e políticas. Dentro do processo histórico, explica LYRA FILHO, "*o aspecto jurídico representa a articulação dos princípios básicos da Justiça Social atualizada, segundo padrões de reorganização da liberdade que se desenvolve nas lutas sociais do homem.*"<sup>408</sup> O processo de criação do direito é intrinsecamente complexo, pois engloba a tradição, o presente e a antevisão do futuro, dentro do processo social e histórico de uma determinada sociedade, situada no contexto global de relações sociais, políticas, econômicas etc., e se afirma na luta inesgotável por Justiça, por Justiça Social. É nesta dialética social aberta que construímos a dialéticamente o Direito. São estas as condições em que teremos de fazer valer, do ponto de vista formal e do ponto de vista material, o Direito da Criança e do Adolescente. Para isso, é necessário que lutemos incansavelmente no sentido de assegurar a efetividade do nosso direito de participação na construção da sociedade que almejamos, a sociedade que tenha a cidadania de crianças e adolescentes como um de seus fundamentos!

#### 4.3 PRINCÍPIO DA "DESCENTRALIZAÇÃO POLÍTICO-ADMINISTRATIVA"

A *descentralização político-administrativa* é outro princípio jurídico fundamental, através do qual o Direito da Criança e do Adolescente apresenta-se como uma *ruptura paradigmática* em face do Direito do Menor. A análise desse princípio remete-nos a uma

---

<sup>407</sup> Cf. IHERING, Rudolph von. *A luta pelo direito*. Tradução de Vicente Sabino Júnior. São Paulo: Bushatsky, 1978. p. 39.

<sup>408</sup> Cf. LYRA FILHO. Op. Cit., p. 114.

das facetas mais interessantes do Direito da Criança e do Adolescente, mormente quando percebemos que este novo ramo do Direito brasileiro pressupõe a ocorrência de significativas mudanças de comportamento, a fim de evitar que sua implementação seja orientada por critérios hermenêuticos que afastem as decisões administrativas e judiciais e as ações da Política de Atendimento dos padrões dos valores e dos fins que lhe são peculiares.

Neste sentido, estamos diante da preocupação - que não pode ser minimizada - de se prevenir a nova ordem jurídica contra os fatores que podem acarretar o desvirtuamento dos compromissos éticos e dos fins sociais que nortearam a sua construção legislativa. Como já observamos em outras oportunidades, o Direito da Criança e do Adolescente representa uma "grande mutação" no imaginário e na praxis da sociedade em geral e do poder público, no que diz respeito ao modo de conceber e vivenciar a convivência com crianças e adolescentes cidadãos.

Esta "Grande Mutação", especificamente implicada com a Doutrina sócio-jurídica da Prote o Integral, somada ao compromisso que a sociedade brasileira assumiu com a Constitui o de 1988, de reconstruir a vida nacional em bases democráticas, pode ser vista sob quatro ângulos ou dimensões transformadoras - *muta o civilizatória*, *muta o jurídica*, *muta o social* e *muta o política*. Dessas quatro dimensões transformadoras do Direito da Criança e do Adolescente, a muta o social   a que está mais estreitamente relacionada com o tema deste capítulo.

Emergindo do ambiente autoritário que vigorou durante o regime militar p s-64, os movimentos sociais e políticos comprometidos com os direitos da criança e do adolescente perceberam que a luta pela extin o do sistema menorista envolvia um potencial transformador bem mais abrangente, ou seja, não se restringia   mera revoga o do Código de Menores. Para o conjunto dessas forças sociais tornou-se evidente que o velho "problema do Menor" não podia ser visto como uma questão periférica ou particular, mas sim como um dos temas centrais da grande reflexão que se fazia necessária para a redefini o da vida nacional. Estava claro que, para resolver o "problema do Menor" adequadamente, no bojo das transforma es éticas, sociais, políticas e econ micas necessárias   supera o do "Regime ditatorial", os debates sobre o "Menorismo" não

podiam perder de vista o papel que esse "problema" até então tivera, como uma das interfaces do processo de formação da sociedade brasileira, enquanto uma sociedade elitista e autoritária. Além disso, não havia dúvida quanto ao fato de que, no atinente à legislação menorista, os questionamentos não podiam limitar-se aos aspectos jurídico-formais do Direito em vigor.

Neste contexto, impunha-se aos críticos da tradição menorista a necessidade de detectarem as articulações existentes entre o Direito do Menor e as demais instâncias da vida social, estabelecendo, a partir disso, estratégias mais abrangentes para a ação das forças sociais e políticas empenhadas na construção de um novo direito para o segmento infanto-juvenil. Esta exigência histórica foi atendida com inegável competência. Desta forma, os críticos do menorismo conseguiram vincular o movimento em prol dos direitos infanto-juvenis ao movimento mais amplo em favor da Democracia e, por razões óbvias, visceralmente contrário a todas as manifestações do autoritarismo imperante na sociedade civil e no Estado. Esse autoritarismo detinha o poder político e o poder econômico, boa parte dos meios de comunicação social, mas carecia, cada vez mais, de legitimidade...

Por fim, a ação das forças sociais e políticas envolvidas na defesa da causa da criança e do adolescente teve como uma de suas premissas a consciência de que a revogação do Código de Menores devia ser encarada como um dos elementos do projeto social e político que mobilizava a resistência contra a ordem autoritária. Isto significou a necessidade de se definirem as bases de um novo projeto de sociedade, de uma nova ética social, para, através dessas diretrizes, serem geradas as condições favoráveis à reordenação da relação "Criança-Adolescente/Sociedade-Estado" a partir dos seus fundamentos.

Para o sistema do Direito da Criança e do Adolescente, a reordenação legal, social, institucional implicou três ordens de mudanças:

- a) mudanças de conteúdo;
- b) mudanças de método;
- c) mudanças de gestão.

O princípio da descentralização político-administrativa está situado no terreno das "*mudanças de gestão*". O seu conteúdo básico diz respeito às mudanças que tinham (e ainda têm) de ser introduzidas na forma de administrar as Políticas que visam ao atendimento de crianças e adolescentes, vistos, agora, como sujeitos de Direitos Fundamentais, na condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, e não mais como meros "clientes" do "paternalismo estatal", do "populismo" de determinada classe política, ou da "filantropia da sociedade civil".

Em vista disso, é oportuno observar, o presente estudo está intimamente relacionado com a organização e com o funcionamento das Políticas Públicas, que são os programas de ação governamental nas diversas áreas que demandam a intervenção do Estado na gestão de interesses gerais da sociedade (educação, saúde, habitação, agricultura, saneamento básico, segurança pública, ciência e tecnologia, meio ambiente etc.). Considerando-se que uma das estratégias metodológicas no Direito da Criança e do Adolescente é justamente dar ênfase às Políticas Sociais Básicas (art. 87, I, do Estatuto), como instrumentos de garantia dos Direitos infanto-juvenis, é de suma importância que haja uma adequada compreensão do significado e do alcance do princípio jurídico da *descentralização político-administrativa*.

Ao tratarmos em Políticas Públicas e Políticas Sociais Básicas, passamos a focalizar um dos aspectos mais complexos da atividade político-administrativa do Estado. Falando resumidamente, entendemos que o objeto dessa abordagem é a relação que existe entre o "poder do Estado" e sua base geográfica (território) e humana (povo). Esta matéria é objeto de um debate mais amplo, e envolve questionamentos básicos no campo das ciências sócio-políticas na atualidade, tais como:

a) o significado da *descentralização como instrumento de ação política* e seus reflexos na organização e no funcionamento dos serviços estatais, especialmente naquelas áreas atinentes ao atendimento dos chamados direitos de prestação, que correspondem aos Direitos Fundamentais de 2ª geração ou direitos sociais;

b) o significado e o modo de ser do ente estatal, concebido como uma unidade de poder jurídico-político dotada de soberania, porém vinculada à realização do Bem-Comum.

No que se refere ao significado da descentralização como instrumento de ação política, entendemos que é importante identificar as linhas gerais de reflexão sobre este tema que estão presentes no nosso estudo. Em primeiro lugar, é preciso esclarecer que ao falarmos sobre “descentralização”, estamos trabalhando com uma alternativa teórica que pressupõe as seguintes considerações analíticas:

- vinculamos o conceito de *descentralização* ao movimento sócio-político de resistência e superação das tendências centralizadoras e autoritárias ou antidemocráticas de exercício do poder político estatal;
- não olvidamos o fato de que a relação entre *descentralização* e *democracia ou democratização* não é direta, nem determinista, ou conclusiva. O caráter da relação entre *descentralização* e *democracia ou democratização* depende das definições adotadas para cada termo,<sup>409</sup> e estas dependem, por sua vez, dos diversos contextos históricos, sociais e políticos em que são elaboradas. Isto significa que,

*[...] a descentralização, como todo e qualquer mecanismo/instrumento de ação governamental, não possui qualidades exclusivamente positivas [...] Pois, se por um lado pode motivar relações que reconstruam o tecido social mais organizado e solidário, onde se constituem novos papéis e status (a descentralização pode ser instrumentalizada como um mecanismo de participação que permite o retorno do poder à sociedade civil), por outro, pode também se caracterizar como uma forma de reforço ao aparelho de dominação, encobrando a face obscura de um regime autocrático e fechado. Este raciocínio leva-nos a concluir que apesar do autoritarismo implicar em centralização, não significa que o não-autoritarismo implique necessariamente a descentralização;*<sup>410</sup>

- se, de um lado, podemos falar numa *descentralização emancipatória*, de outro devemos considerar que existe a *descentralização como estratégia neoliberal*, ligada à chamada crise fiscal do Estado contemporâneo. Neste caso, a preocupação básica reside na *redução do gasto público*, o que se obtém, segundo os ideólogos desta tese, através da seletividade do atendimento de demandas e necessidades sociais e da privatização de

---

<sup>409</sup> Cf. STEIN, Rosa Helena. A descentralização como instrumento de ação política e suas controvérsias. *Serviço Social & Sociedade*. São Paulo, n. 54, 1997. p. 83.

<sup>410</sup> *Ibidem*, p. 84.

atividades e serviços estatais, que, por se tornarem rentáveis, passaram a ser alvo do interesse do Mercado. Neste sentido, esclarece STEIN:

*Dentre as diferentes concepções sobre o termo descentralização, há aquela, de corte neoliberal, que a identifica com a estratégia de redução do gasto público, determinado pela chamada crise fiscal do Estado moderno. Tal redução tem se constituído numa das medidas que mais tem afetado os setores sociais, principalmente os marginalizados, cuja capacidade de negociação dos recursos públicos difere das frações de classe média ou trabalhadora com maior poder de pressão.*<sup>411</sup>

Esta *via descentralizadora*, identifica-se com a pressão do Mercado sobre o Estado por novos campos de exploração capitalista das necessidades sociais. Os neoliberais a utilizaram a partir da década de 70, paralelamente à tese do *Estado Mínimo*, para justificar as virtudes do Mercado (“Sociedade civil”), como “*o melhor e mais eficiente mecanismo de alocação de recursos*”,<sup>412</sup> e, também, para justificar o descompromisso do Estado quanto ao atendimento dos direitos sociais. Desta forma, é necessário que os defensores da *descentralização como estratégia de ação política democratizante e garantista de uma Política de Direitos estejam atentos para a possibilidade objetiva de distorção dos projetos jurídicos, sociais e políticos destinados a concretizá-la. Isto é, neste campo sócio-político é preciso ter clareza dos conceitos e de seus efeitos na vida social;*

- a *descentralização* é um conceito político, na medida em que traduz uma opção que significa “*governo próprio para as entidades descentralizadoras*”.<sup>413</sup> Neste caso, “descentralizar” importa em “reconhecer autonomia” ao nível da esfera de poder local. Por isso, *descentralização* deve ser diferenciada de *desconcentração*, pois, enquanto a primeira compreende “*um processo de distribuição de poder que pressupõe, por um lado, a redistribuição dos espaços de exercício de poder – ou dos objetos de decisão – isto é, das atribuições inerentes a cada esfera de governo e, por outro lado, a redistribuição dos meios para exercitar o poder, ou seja, os recursos humanos, financeiros e físicos*”,<sup>414</sup> a segunda se restringe a uma divisão administrativa, mas não política do poder. Desta

---

<sup>411</sup> Ibidem, p. 86.

<sup>412</sup> Cf. STEIN. Op. Cit., p. 86.

<sup>413</sup> Cf. MELLO, Diogo Lordello. Apud STEIN. Op. Cit., p. 82.

<sup>414</sup> Cf. UGA, Maria Alícia de. Apud STEIN. Op. Cit., p. 81.



forma, quem *desconcentra*, *divide para reinar*, visto que permanece com o poder decisório e com o controle das decisões. No dizer de LOBO, a *desconcentração* “*não afeta necessariamente a distribuição do poder decisório, atuando, no mais das vezes, apenas no plano físico territorial.*”<sup>415</sup>. No que diz respeito às conseqüências da implementação, esclarece LOBO, que a desconcentração, ao contrário da descentralização, não ameaça tanto as estruturas consolidadas, ou seja “*a desconcentração pode contribuir com a realização de uma ruptura com velhas estruturas, sendo funcional à descentralização, assim como substituir-lhe, cobrindo-a de uma aparência renovadora, que encontre o risco de um continuismo do modelo hegemônico. Isto porque o processo de desconcentração é eminentemente administrativo e regido pela legislação da entidade política a que pertence, não podendo adotar suas próprias leis.*”;<sup>416</sup>

• a *descentralização*, do ponto de vista da democratização, é um conceito operacional que pressupõe a observância de princípios democráticos, dentre os quais, reportando-nos a UGA, destacamos, o “*controle do governo por parte dos cidadãos*”, “*a participação popular*” e o “*processo de educação para a cidadania*” e a “*tomada de decisões por maioria*” e a “*atenção às demandas das minorias*”. Segundo esta autora, as qualidades da *descentralização vinculada à democratização*, são as seguintes:

“a) fortalecimento das liberdades e direitos políticos;

“b) viabilização mais fácil de conversão das demandas sociais em programas e serviços;

“c) maior controle social sobre a administração pública de nível local;

“d) democratização do Estado;

“e) papel integrador das instituições municipais;

“f) multiplicação dos núcleos do poder político por intermédio do poder local;

“g) aumento da eficácia das políticas públicas;

---

<sup>415</sup> Cf. LOBO, Tereza. Apud STEIN. Op. Cit., p. 82.

<sup>416</sup> Cf. LOBO. Apud. STEIN, p. 82.

“h) atenção às demandas crescentes por participação por meio das instituições representativas de nível municipal.”<sup>417</sup>

Quanto ao significado e ao modo-de-ser do Estado, visto como instância de poder jurídico-político comprometido com o Bem-Comum, trata-se de tematização que tem como ponto de partida discutir a Função Social do Estado na Sociedade Contemporânea em face das exigências da Cidadania. Conceber o Estado desta forma consiste em desenvolver uma visão reflexiva sobre o poder estatal, em potência e em ato, como instrumento de concretização da Justiça e da Justiça Social. Neste caso, torna-se indispensável esclarecer como o Estado, enquanto detentor de um poder de mando (poder político, soberano, imperativo, e integrador), deve agir ou deve ser levado a agir, para que o corpo social atinja o objetivo maior de realizar o Bem-Estar do conjunto da população, priorizando ações tendentes ao atendimento das demandas e necessidades dos setores mais vulneráveis, portadores de necessidades especiais etc. Para isto, o poder estatal deve ser analisado sob dois aspectos básicos - o da sua *legalidade* e o da sua *legitimidade* - o que corresponde, praticamente, ao estudo articulado das interfaces "normativa" e "axiológica" do poder que o Estado exerce sobre o território e o povo respectivos. Por outro lado, não menos importante neste contexto, é indagar-se sobre a estrutura centralizada ou descentralizada do poder estatal.

No nosso caso, esta análise é direcionada para a avaliação do “modo-de-ser” do Estado Brasileiro no exercício de suas competências e atribuições, tendo em vista o atendimento dos Objetivos do Estado Democrático de Direito. O que importa, em tal conjuntura, é avaliar o desempenho da Administração no cumprimento da Função Social estatal, consistente na integração entre o poder político que lhe é peculiar e suas bases geográfica (território) e social (povo).

Uma aproximação teórica deste tipo tem a finalidade de evidenciar os motivos que inspiraram a decisão do Constituinte de 1988 em adotar a *descentralização político-administrativa*, como um dos institutos jurídicos de ordem pública para a implementação

---

<sup>417</sup> UGA. Apud STEIN. Op. Cit., p. 84-85.

do Direito da Criança e do Adolescente, conferindo a esta decisão histórica o “status” de comando constitucional.<sup>418</sup> Para isso, começamos pela observação de que, desde a proclamação da República, a nossa história registra a recorrência de um modelo político-administrativo centralizador e autoritário, avesso, tanto ao princípios do federalismo propriamente dito, quanto aos compromissos da legalidade democrática.

Neste contexto jurídico-político, ressaltamos que o *pacto federativo, adotado como um dos fundamentos do Estado Brasileiro* foi desde os primórdios da República alvo de graves desvios, assumindo com frequência um perfil político-administrativo que se destacou pelo enfraquecimento do papel político dos entes federados locais, em favor da hipertrofia dos poderes da União, com a conseqüente centralização de recursos econômicos em poder do governo federal.

Não obstante o predomínio do discurso federalista, a verdade é que o *centralismo político-administrativo* se apresenta como uma constante política na trajetória do Estado Federal entre nós. Parte do pensamento político brasileiro tem denunciado esta distorção, ou “cacoete unionista” da Federação Brasileira, identificando-a através da expressão “*federalismo cerrado*”. Com esta terminologia pretende-se dizer que historicamente o federalismo brasileiro retrata, com frequência, a adoção de relações autoritárias do governo federal com os demais entes federativos. Para efeitos práticos, este “autoritarismo político-administrativo” tem significado a redução da autonomia dos governos locais, com o surgimento de sérios obstáculos ao exercício dos seus poderes, competências e atribuições constitucionalmente previstas, em benefício de uma expansão do poder político da União e de uma centralidade personalista em torno da figura do Presidente da República.

Em suma, diante dos registros históricos, podemos afirmar que nossa experiência federalista testemunha a persistência de um “pacto político” comprometido pelo vício da centralização na formação da vontade nacional. Este quadro de um Estado Federal “unionista”, tão caro à história brasileira, entra em conflito com os fundamentos do verdadeiro modelo federalista.

---

<sup>418</sup> O parágrafo 7º, do art.227, da Constituição Federal determina que no “atendimento dos direitos da criança e do adolescente levar-se-á em consideração o disposto no art.204.” Ou seja, no atendimento dos direitos da criança e do adolescente vigoram as diretrizes da “descentralização político-administrativa” e da “participação popular”, previstas, no art.204, para as ações governamentais na área da assistência social.

O federalismo, como sabemos, tem como inspiração maior a busca de uma dialética política equilibrada entre os poderes dos entes federados locais e o poder da União. Um dos fundamentos desta forma de Estado é justamente a participação das comunidades locais nas tomadas de decisões políticas nacionais, aliada à autonomia político-administrativa dos entes federados. Estas cláusulas do pacto federativo são indispensáveis para assegurar a unidade política e para manter o equilíbrio entre as esferas de poder central e local. A realização destes dois objetivos básicos do Estado Federal implica que, nas relações entre o poder central e os poderes locais, devem prevalecer técnicas jurídico-políticas de repartição equilibrada de poderes, competências, atribuições e recursos econômicos e financeiros.

*No momento em que são estabelecidos poderes, a eles correspondem competências; estas, por sua vez, implicam em encargos, os quais somente poderão ser atendidos se houver rendas suficientes para a sustentação financeira das ações capazes de cumpri-los. A proporcionalidade que se estabelece entre estes fatores é indiscutível e determina conseqüências. Caso não haja uma correspondência efetiva entre os poderes e a renda para satisfazer os encargos decorrentes das competências advindas do poderes, estes serão mero discurso sem resultados efetivos. Concretamente, se as rendas obtidas e orçadas não são suficientes para cobrir as despesas pertinentes aos encargos, o poder real não corresponde ao eventual poder conferido em texto legal.<sup>419</sup>*

Atendidos esses pressupostos do Sistema Federal, o resultado tende a ser um adequado balanceamento entre os poderes dos entes federados de diversos graus, evitando-se a asfixia das aspirações das comunidades locais, o surgimento ou agravamento de motivos sociais e/ou políticos que podem fragilizar o sentimento de unidade e inspirar movimentos de separatistas, os quais, não superados a tempo podem resultar em problemas políticos insolúveis ou de difícil controle. Em situações desse tipo, irrompem, não raro, demandas de emancipação política, cuja tendência mais provável é a de conduzirem a conflitos internos graves, em cujo ponto extremo está a guerra civil.

Em suma, o Estado Federal pressupõe uma regra fundamental de justiça política que garanta o convívio equilibrado entre a soberania do poder central e a autonomia dos poderes locais. Por isso, o federalismo levado a sério constitui uma forma de

---

<sup>419</sup> Cf. PASOLD, Cesar Luiz. **Função social do estado contemporâneo**. Florianópolis: Ed. do autor, co-edição LADESC, 1984. p. 43.

compartilhamento interno do poder político necessariamente descentralizada. Não foi essa a direção tomada pelo federalismo brasileiro até a Constituição de 1988. No Brasil, observa PASOLD, "*a União em detrimento de Estados Membros e de Municípios tem sido beneficiada por um crescente processo de domínio sobre as rendas públicas.*"<sup>420</sup>

A Constituinte de 1988 foi o momento histórico em que se formulou a profunda redefinição do federalismo brasileiro. Amadurecido o discurso crítico, as correntes sociais e políticas, que lutavam por transformações estruturais na organização e no funcionamento do Estado Brasileiro, conseguiram instituir um novo pacto federativo. Ao menos do ponto de vista jurídico-formal, podemos dizer que a Constituinte de 1987/8, estabeleceu condições favoráveis à ruptura com a tradição do federalismo centrado no domínio governo federal. Nessa tradição, como sabemos, em muitas oportunidades, os governos locais foram transformados em meros chefetes políticos, obedientes e submissos ao Presidente da República e/ou seus Ministros. A Constituição de 1988 contém a moldura de um novo pacto federativo. A distribuição de poderes, competências, atribuições e recursos entre a União e os entes federados (Estados e Municípios) inspirou-se na idéia de federalismo cooperativo, que implica a busca do equilíbrio político entre o poder central e os poderes locais. No nosso caso, isso demanda a opção pelo fortalecimento dos Estados e Municípios, como técnica jurídico-política que visa a ampliar a interação entre os entes federados, tendo em vista o incremento da unidade e da integração nacional.

Um dos aspectos relevantes nessa mudança ocorrida no processo político brasileira foi a emergência do Município como ente político-administrativo, como ente federativo. Neste sentido, a Constituição Cidadã, no art. 1º expressa que "*A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Município e do Distrito Federal*", e no art.18 estatui que a organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende, além da União, dos Estados-membros e do Distrito Federal, o Município. O reconhecimento, em favor do Município, do "status" jurídico-constitucional de ente federado, era uma velha aspiração do movimento municipalista brasileiro. A alternativa adotada pelo Constituinte, ressalvadas opiniões em sentido contrário, significa que o Município brasileiro passa a ser considerado entidade político-administrativa, dotada

---

<sup>420</sup> Ibidem, p. 44.

de autonomia política, administrativa e financeira. Com relação a esta matéria, vale lembrar estas observações de José Afonso da SILVA:

*Essa é uma peculiaridade do Município brasileiro. A inclusão do Município na estrutura da Federação teria que vir acompanhada de conseqüências, tais como o reconhecimento constitucional de sua capacidade de auto-organização mediante cartas próprias e a ampliação de sua competência, com a liberação de controles que o sistema até agora vigente lhe impunha, especialmente por via de leis orgânicas estabelecidas pelos Estados.*<sup>421</sup>

A maioria política do Município na Federação brasileira trouxe grandes repercussões no campo das Políticas Públicas. Ao assumir a sua condição de ente federado, isto é, ao deixar de ser mera unidade administrativa para transformar-se em partícipe do pacto político fundamental do Estado Brasileiro, o Município passou a ter, também, mais competências e atribuições na condução dos interesses das comunidades locais e no atendimento de suas necessidades gerais básicas. Exemplo disso é o que está disposto no art. 204, da Constituição Federal, cuja redação é a seguinte:

*“Art. 204. As ações governamentais na área da assistência social serão realizadas com recursos do orçamento da seguridade social, previstos no art. 195, além de outras fontes, e organizados com base nas seguintes diretrizes:*

*I – descentralização político-administrativa, cabendo a coordenação e as normas gerais à esfera federal e a coordenação e a execução dos respectivos programas às esferas estadual e municipal, bem como a entidades beneficentes e de assistência social.”*

Para traduzir a presença marcante do Município em Políticas Públicas tão importantes para a população em geral, como a de Assistência Social, da Saúde, e da Educação, fala-se em *municipalização*. O uso deste termo é fundamental quando se aborda o tema de implementação das ações relativas ao Direito da Criança e do Adolescente, como veremos em seguida.

---

<sup>421</sup> Cf. SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 18 ed. revista e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 622-623.

Ao tratar de questões relativas à *família, criança e adolescente e do idoso*, no capítulo VII, do Título VIII (Da Ordem Social), a Constituição Federal estabeleceu, no § 7º, do art. 227, a regra segundo a qual “*no atendimento dos direitos da criança e do adolescente levar-se-ão em consideração o disposto no art.204*”, parcialmente transcrito linhas atrás, naquilo que concerne ao assunto deste tópico. Como se vê, o princípio da “*descentralização político-administrativa*”, em matéria de Direito da Criança e do Adolescente, é mais um dos comandos constitucionais que têm a função social de provocar uma profunda alteração nas ações do poder público, em sua interação com a comunidade, para que o conteúdo prático deste novo Direito chegue à vida de seus destinatários.

*Até a Constituição de 1988, política para crianças e adolescentes era problema para a União (Governo Federal) e dos Estados. Municípios se eximiam desse atendimento com o argumento de que tradicionalmente a questão não era, de sua alçada. Agora a Lei Maior em seu art. 204 traça os princípios básicos de distribuição de funções nessa área: O Governo Federal trata das normas gerais. Não pode coordenar ou executar programas. A concepção, planejamento, coordenação e execução de programas é função básica do município. O Estado completa, no que se refere àqueles problemas que por sua complexidade ou especialização técnica, como ensina o Professor Antônio Carlos Gomes da Costa, não podem ser solucionados pelos municípios (como por exemplo é o caso do tratamento de infratores violentos).<sup>422</sup>*

Quando temos a atenção voltada para a *descentralização político-administrativa no atendimento a direitos da criança e do adolescente, dando ênfase ao papel do Município (Municipalização)*, é importante frisar o seguinte:

a) No passado, o atendimento a interesses e necessidades de crianças e adolescentes perdeu-se nos caminhos tortuosos da burocratização, do clientelismo, do populismo, da corrupção e malversação de recursos públicos. Para que as inovações instituídas pelo Direito da Criança e do Adolescente tenham efetividade, é preciso que a sociedade esteja atenta para evitar que tais vícios não infestem a transferência de responsabilidades da União para os Municípios. De nada adiantará se o caso for de substituição de uma administração federal deficiente, por outra, estadual ou municipal, igualmente comprometida...

---

<sup>422</sup> Cf. SEDA, Edson. **A criança e o direito alterativo**: um relato sobre o cumprimento da doutrina da proteção integral à criança e ao adolescente no Brasil. Campinas: ADÊS, 1995. p. 71.

b) Para que o princípio da *descentralização político-administrativa se realize na sua integralidade*, cumprindo a função social de trazer para junto das comunidades locais o direito-dever ou o poder-dever de participar na Política de Atendimento aos direitos e necessidades básicas de crianças e adolescentes, não basta redistribuir tarefas. É também preciso redistribuir recursos econômicos e financeiros, bem como científicos e tecnológicos. Assim, para que haja mesmo a descentralização desejada, o Estatuto da Criança e do Adolescente previu, no art. 260, a transferência de recursos da área federal para a municipal. Esta prerrogativa se completa “*com o poder deferido a cada município de formular sua política de atendimento à crianças e adolescentes e de recorrer aos fundos estadual ou nacional, quando os recursos carreados para o municipal forem insuficientes.*”;<sup>423</sup>

c) Não se deve dar ao termo “Município”, em nenhuma circunstância, o significado de “Prefeitura”. A idéia de “prefeitura” está mais vinculada com aquilo que se refere ao “Prefeito”, o Chefe do Poder Executivo municipal. Já a idéia de “município” indica o conjunto de poderes públicos locais, que corresponde, na estrutura do Município brasileiro, aos poderes Executivo e Legislativo, ou seja, à Administração Municipal na sua totalidade, direta, indireta, fundacional, todos os serviços públicos municipais.

Além disso, o termo “município” também evoca o conjunto de forças sociais e políticas, a comunidade municipal, que é um coletivo sócio-político no qual estão integrados os cidadãos individualizados, a família, o poder público, as organizações da sociedade civil e a sociedade em geral.

Portanto, “municipalizar” não é o mesmo que “prefeiturizar”. Não é responsabilizar apenas o Prefeito Municipal e seus auxiliares diretos pelos resultados da Política de Atendimento ao nível local. Também não significa transferir para a esfera privada o ônus de garantir a implementação das ações tendentes ao atendimento dos direitos da criança e do adolescente. “Municipalizar” é conceito complexo. Implica responsabilizar o conjunto da Administração Municipal e a comunidade pela eficiência da Política de Atendimento aos direitos da criança e do adolescente.

---

<sup>423</sup> Ibidem, p. 71.



Em vista dessas condições exigidas pelo conceito de “municipalização”, Poder Público e Sociedade Civil devem estar permanentemente articuladas, pois é do esforço comum que depende o bom funcionamento da Política de Atendimento, como, aliás, prevê o art. 86, I, do Estatuto da Criança e do Adolescente<sup>424</sup>;

d) Para atender a este conceito de “*municipalização*”, é necessário empreender mudanças radicais na atitude mental e no comportamento, na concepções sociais, políticas, jurídicas, éticas e administrativas dos agentes do Poder Público e da sociedade civil. A *maioridade do Município* corresponde a um novo valor jurídico-político do pacto federativo brasileiro, que entra em choque com a tradição de dependência e subordinação das antigas *unidades administrativas*. Governantes e governados podem, por algum tempo, continuar sob a influência, ou mesmo o domínio, da cultura política tradicional, centralista e autoritária. Este é um fator psicossocial que precisa ser combatido e superado para que o princípio da Descentralização Político-Administrativa se transforme em efetivo instrumento jurídico das “mudanças de gestão” exigidas pelo novo Direito.

Em razão disso, é preciso investir na compreensão e na socialização do paradigma comprometido com o sentido forte da emancipação municipal. Com a Constituição de 1988 foram dados os primeiros passos com vistas à desejada redistribuição de poderes, competências, atribuições e recursos entre a União, Estados e Municípios brasileiros. Mas isto, como sabemos, não é tudo.

Novas condições materiais de existência, novas formas de convivência social não advêm tão-somente por força de lei, mas dependem em grande parte da adesão, da mobilização e da observância dos sujeitos sociais. Em questões desta ordem, é preciso considerar que todo paradigma de comportamento social vigente, toda ordem estabelecida tende a ser objeto de defesa, muitas vezes incondicional, irrefletida de parcelas do corpo social. Por isso, toda cautela é pouca nesta matéria.

---

<sup>424</sup> Segundo esse dispositivo legal, “A política de atendimento dos direitos da criança e do adolescente far-se-á através do conjunto articulado de ações governamentais e não-governamentais, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.”

Segundo Edson SEDA, “*para descentralizar e municipalizar é preciso se organizar*”<sup>425</sup>. Preferimos dizer que *é preciso reorganizar a nossa Sociedade em termos de cultura e práxis política e administrativa*, porque a efetividade do Direito da Criança e do Adolescente, no que diz respeito à *descentralização* e à *municipalização* pressupõe a reengenharia do Estado, a introdução de novos hábitos e costumes, tarefa que exige esforços, auto-controle e controle externo permanentes da Administração Pública para sintonizá-la com a nova tendência.

e) Por fim, *descentralizar e municipalizar* são atitudes *político-administrativa* que exigem conhecimento da realidade com a qual se vai intervir na concretização do Direito da Criança e do Adolescente.

Conhecimento da realidade social existente e conhecimento do projeto de sociedade que está embutido no significado sócio-jurídico deste novo ramo Direito brasileiro. A gravidade e complexidade do trabalho a ser desenvolvido nesse sentido faz-nos uma advertência especial: não podemos *especular*, não podemos *improvisar*. Grandes são os riscos de que a *especulação* e a *improvisação* venham ocasionar efeitos perversos irremediáveis, danos morais e materiais irreparáveis a crianças e adolescentes, que, em vez de beneficiários, podem ser transformadas em vítimas da ação dos envolvidos no atendimento dos seus direitos.

Por outro lado, não podemos esquecer o saldo devedor que a Sociedade e o Estado brasileiro contraíram no decurso da nossa história perante a faixa infanto-juvenil da nossa população. Tampouco podemos esquecer os resultados desastrosos de tantas Políticas governamentais, de tantos planos de “proteção aos menores” já experimentados ou *improvisados* em nosso país sem a consistência e a densidade política necessária para corresponder adequadamente os problemas que pretextavam solucionar. O que a história demonstra é que tais ações, por paradoxal que pareça, serviram para agravar o quadro das condições sociais e econômicas desfavoráveis aos contingentes de crianças e adolescentes vitimados pela lógica de exclusão e de marginalização que deviam combater. Essas lições do passado não podem ser esquecidas ou desprezadas, pois foi justamente o resultado

---

<sup>425</sup> Cf. SEDA. Op. Cit., p. 71.

prático delas decorrente, aliado ao espetáculo degradante de exposição de crianças e adolescentes a condições de vida subumana, fatores que despertaram, na comunidade internacional e nos movimentos sociais e políticos internos, a consciência ética que os impulsionou a romperem com a tradição menorista e a adotarem a Doutrina da Proteção Integral, das Nações Unidas, como verdadeira plataforma de redenção de crianças e adolescentes em nosso tempo.

O caráter garantista do Direito da Criança e do Adolescente exige de todos os atores sociais envolvidos com sua aplicação, não apenas o engajamento ideológico, mas também profissionalismo. Nada de amadorismo, nem de imaginar que o trabalho com crianças e adolescentes é tarefa que depende apenas da intuição, da assimilação de hábitos, da disposição amorosa ou da disponibilidade de tempo.

Neste caso, o melhor entendimento é o que exige de quem trabalha com o Direito da Criança e do Adolescente, seja como operador jurídico, operador social, educador, membro de Conselho Tutelar ou de Direitos etc., amor à causa, compromisso e permanente capacitação. Por falta de conscientização quanto ao papel desse pré-requisito na implantação e aperfeiçoamento do novo Direito, ou por não lhe termos conferido a importância que ele merece, muitos equívocos já foram cometidos, muitas comunidades já incorreram em erros graves na formulação da Política local de Atendimento<sup>426</sup>, e na organização da estrutura institucional para executá-la.

Em razão disso, ao invés de afirmar-se a cidadania de crianças e adolescentes, o que tantas vezes tem sido feito é precisamente o oposto, a negação de sua eficácia social. E este disparate tem ocorrido justamente no momento histórico em que devemos otimizar a administração de recursos humanos e materiais, racionalizar políticas, programas e todas as ações da Sociedade Civil e/ou do Estado direcionadas para a proteção e a promoção dos direitos infanto-juvenis.

---

<sup>426</sup> Um exemplo disso, conforme registra SEDA, é o fato de muitos municípios não observarem adequadamente a posição do Conselho Municipal dos Direitos e do Conselho Tutelar, *“como órgãos públicos que devem ser vinculados ao organograma da Prefeitura. Por não estabelecerem a estrutura adequada, muitos municípios estão pagando a remuneração dos conselheiros tutelares com recursos do Fundo*

#### 4.4 PRINCÍPIO DA DESJURISDICIONALIZAÇÃO

No período final de vigência do Menorismo no Brasil, a despeito das críticas contundentes dirigidas ao Código de Menores, às Políticas de Proteção aos menores, e ao sistema de instituições destinadas á sua aplicação, ainda era dominante a mentalidade do controle legal, repressivo, discricionário e institucionalizante, dos *menores em situação irregular*. Em termos resumidos, não obstante os avanços verificados no Direito Internacional relativo à proteção dos Direitos Humanos, fato demonstrado, em parte, pela proliferação de Tratados, Declarações, Pactos e Convenções cuidando dessa matéria, e, em parte, pela evolução doutrinária e jurisprudencial em favor desses Direitos, é desconfortante verificar que a legislação brasileira continuava fiel a parâmetros doutrinários incompatíveis com o momento histórico. Com efeito, numa época em que já não constituía novidade falar da criança como titular de "direitos especiais", e em que as Nações Unidas já produzira a Declaração Universal dos Direitos da Criança (1959), o nosso sistema jurídico permanecia vinculado ao padrão valorativo nas Doutrinas menoristas (Direito Penal do Menor e Situação Irregular).

A idéia central do Direito do Menor, isto é, o critério de legitimação e fundamento organizacional das Instituições Menoristas, correspondia ao reconhecimento generalizado de que os *menores em situação irregular eram portadores de uma anomalia social*, que colocava em risco a Ordem Pública nos seus diversos contextos sociais (família, escola, empresa, comunidade etc.). Tudo se passava como se a Sociedade estivesse dividida em dois territórios bem definidos: a *sociedade oficial* e a *sociedade marginal*. Essa territorialização estratégica continha implicitamente uma espécie de lei de pré-destinação social, que, além de justificar a segmentação sócio-econômica da população, tinha como um dos seus efeitos mais importantes o etiquetamento e a discriminação de crianças e adolescentes oriundos da *sociedade dita marginal*. Sobre estes, em razão da seletividade que caracteriza a legislação menorista, recaía a qualificação de *menores em situação*

---

*Municipal, quando obviamente esses servidores devem ser remunerados com recursos das dotações para o*

*irregular*, e o tratamento jurídico essencialmente repressivo, ao qual eram praticamente imunes os "*filhos da sociedade oficial*".

Desta forma, justamente os segmentos mais vulneráveis da população infanto-juvenil eram objeto do descaso, da má-vontade ou da hipocrisia com que as leis brasileiras tratavam o grave drama social em que eles se debatiam. Tinha-se, no entanto, a impressão de que a "ratio legis" das leis menoristas era proteger, amparar e promover socialmente os *menores irregulares*. Essa mensagem ambígua que vinha da legislação menorista representava a tradução do comportamento adotado pelos setores influentes da Sociedade e do Estado em face do denominado "problema do Menor".

A conseqüência previsível dessa absurda engenharia social e política era a reprodução ou o aumento do contingente de crianças e adolescentes socialmente marginalizados. Com receio de perder o controle da "ordem pública", as elites dominantes respondiam ao agravamento da situação familiar e social dos *menores irregulares* com técnicas de controle cada vez mais enérgicas. O objeto básico dessa estratégia era vigiar e conter os *filhos da sociedade marginal*, em defesa da *sociedade oficial e sua prole, seu patrimônio e sua ordem instituída*. Em resumo, alarmada pelo temor de perder a tranqüilidade pela ação dos *menores irregulares, vistos como inimigos da ordem estabelecida*, a *sociedade oficial* imprimia mais severidade e mais repressão à lei e às instituições menoristas.

No centro deste círculo vicioso, o destaque ficava por conta do Juizado de Menores, espaço do Poder estatal para onde a tradição menorista, desde os seus primórdios, ainda na República Velha, desviara a complexa questão social dos menores órfãos, carentes, abandonados e delinqüentes.

No crepúsculo do Menorismo brasileiro, o Juiz de Menores continuava tendo sob seu encargo praticamente a totalidade de situações que envolviam os *menores irregulares*. Esta hipertrofia funcional não resultou de uma escolha por parte desses Juizes. Foi uma conseqüência *lógica* dos vícios de origem que fizeram do Código de Menores de 1979, a exemplo do que ocorreu com toda a legislação menorista, um instrumento inadequado para

dar conta da realidade social que era objeto de suas normas. Um desses vícios consistiu no fato de que este Código concentrou sob o exame dos Juizados de Menores, questões que demandavam providências político-administrativas de outras áreas do Poder Público, especialmente daquelas áreas responsáveis pela formulação e execução das Políticas Sociais, tais como: Assistência Social, Educação, Saúde, Saneamento Básico etc.

Para se ter uma idéia dessa situação que envolvia os Juizados de Menores, é expressivo o testemunho de REZENDE, lembrado por AMARAL E SILVA:

*Como Juiz de Menores, quantas vezes não me foram apresentadas crianças arquejantes ou em estado pré-comatoso, necessitando de internamento hospitalar imediato? Ou ainda, quantas centenas de crianças não me apareceram no Juizado, prestes a morrer de fome? Em casos dessa natureza, abster-me de mandá-las aos órgãos oficiais, porque sabia que, antes de ser despachada a papelada, ao sabor da displicência e desinteresses dos funcionários, tudo isso com toda sorte de dificuldades, as infelizes crianças já teriam morrido. Apelando, pessoalmente, para a comunidade consegui contornar um sem-número de situações dessa espécie.<sup>427</sup>*

Em razão dessa prática, os *menores em situação irregular* eram apreendidos e conduzidos aos Juizados de Menores, sem nenhuma expectativa de que os fatores sociais determinantes de sua apreensão fossem adequadamente tratados, sem nenhuma chance de deixarem o Fórum com um encaminhamento adequado às suas condições e necessidades. Na grande maioria dos casos, problemas de miséria, de abandono, de falta de escolarização, de falta de atendimento à saúde, de violência, de envolvimento com drogas, de desemprego ou subemprego dos pais, de falta de moradia etc., sobrecarregavam a pauta e abarrotavam os relatórios dos Juizados de Menores.

Ano após ano, *Menores irregulares*, aos milhares, transitaram pelos corredores das Delegacias de Polícia e dos Fóruns do país. Passavam de mão em mão, como se fossem “petecas humanas”, ingressando indevidamente no Sistema Judiciário. Este, se não podia rejeitá-los, muito menos podia verdadeiramente resgatá-los da situação subumana em que se encontravam. Isto não é lenda, muito menos exercício de ficção literária! É o retrato, ainda pálido, da realidade com a qual a sociedade brasileira conviveu durante o regime

---

<sup>427</sup> Cf. REZENDE, Mário Moura. Apud AMARAL E SILVA. In: PEREIRA. Op. Cit., p.154.

jurídico das leis menoristas. Este era o cotidiano de um tempo em que prevalecia, por força de lei, o princípio da *Jurisdicionalização* no atendimento às crianças e adolescentes sob quem recaía o conceito jurídico da *situação irregular*.

Em vista dos equívocos presentes no sistema menorista, durante cerca de sete décadas, milhares de *menores irregulares* suportaram o injusto fardo do *ciclo perverso de violentação e degradação pessoal* denunciado por COSTA. Este *ciclo perverso* se desdobrava sistematicamente nas conhecidas fases da *Apreensão, triagem e investigação, rotulação, deportação e confinamento*. Ao chegar ao seu final, o *menor em situação irregular* podia perceber que a prometida tutela da lei menorista se havia transformado no passaporte que o levava a experiências mais dolorosas no terreno da marginalização social e da própria marginalidade. Por que isso acontecia? Em parte, porque no sistema do Código de Menores, toda uma rede de instituições e procedimentos orbitava em torno do controle repressivo ou sócio-penal dos *menores irregulares*. A questão era como identificá-los, apreendê-los e confiná-los nos grandes depósitos em que se transformaram os Centros de Reeducação do sistema menorista. Centros de Reeducação, sim, mas para o Crime e não para a Virtude, como ocorreu com os estabelecimentos do SAM – Sistema de Atendimento a Menores e seus sucessores, os estabelecimentos do sistema “FEBEM”.

Assim, podemos dizer que a *Jurisdicionalização* não representou qualquer vantagem para os *menores em situação irregular*, mas foi uma das vias que os levou ao seu inferno terreno. Via de regra, este inferno começava numa apreensão policial, mas tinha de passar pelo Fórum, pelo Juiz de Menores, que selava o destino do infeliz!

Em 1987, após permanecer em plantão voluntário junto à Delegacia de Menores do Distrito Federal, RIVERA elaborou um Relatório que se tornou histórico, transformando-se num dos mais importantes documentos para o movimento social que já vinha lutando para retirar da frente do Menorismo o *véu de aparente legitimidade*. Através do seu Relatório, RIVERA denunciou, com sobra de evidências, o quadro de barbárie a que estavam expostos os meninos e as meninas recolhidos a uma repartição policial especializada. Já na fase policial, o *ciclo perverso* comprovava a sua eficiência, destruindo qualquer perspectiva de vida digna para os meninos e meninas que caíam na malhas do sistema menorista. Apreendidos sob os mais variados pretextos, tais como

“perambulância”, “perturbação do comércio”, por “não terem onde dormir”, por “correrem da polícia”, por “cheirar cola” etc., sempre “com base em uma das situações elencadas no art. 2º, do Código de Menores”, esses meninos e meninas – *menores irregulares* - eram vítimas de um verdadeiro *enjaulamento*, já que permaneciam detidos em condições animais, sofrendo toda sorte de violência por parte do aparato estatal que os tinha sob custódia. É de causar perplexidade e forte sentimento de indignação a situação geral relatada por RIVERA quanto às “*condições do enjaulamento*”:

*“Crianças e adolescentes são trancafiados como se fossem todos delinquentes adultos de alta periculosidade, em jaulas onde os cidadãos amantes de animais domésticos não admitiriam que fossem confinados os seus dependentes biologicamente inferiores. As condições dessas jaulas, também elas ilegais, são desumanas e degradantes, assim como as rotinas de enjaulamento e da permanência nelas”.*

*“Meninos e adolescentes ficam ali expostos, sem defesa alguma, ao convívio e ao contágio com casos graves de desequilíbrio mental, depravações e perversidades, o que cria situações de alto risco de degradação pessoal e social, capazes, por si sós, de traumatizar e comprometer a normal evolução de um organismo e um psiquismo em formação.”*

- *jaulas infectas, com latrina exposta e constituída por um simples buraco no chão, com apenas uma descarga de água diária.*

- *privações sensoriais e emocionais de efeitos perniciosos à integridade física e mental (efeitos comprovados em pesquisas científicas recentes).*

- *precariedade total das condições de aeração, iluminação e higiene das jaulas, propiciando promiscuidade física e moral, expondo os enjaulados a doenças dermatológicas, gastrointestinais, respiratórias, venéreas, e a distúrbios nervosos em graus variáveis – como constatado pela Dra. Dalva Lopes de Souza, da Comissão de Justiça e Paz de Brasília, que prestou assistência médica voluntária durante o plantão.*

- *não existem os mínimos elementos que dêem aspecto humano à carceragem – não prevista no Código -, tornando-a compatível com uma retenção digna de seres humanos: não há colchão, lençol, cobertas, pia, cadeira ou banco, sabão ou escova de dentes; os enjaulados são obrigados a dormir no cimento frio, sujo e freqüentemente molhado das jaulas; a água de beber fica fora da jaula, num balde plástico de limpeza, e a comida (proveniente da Penitenciária da Papuda, o que é revelado aos enjaulados) é servida em pratos plásticos espalhados pelo chão antes de ser entregues, sem talheres, aos enjaulados, que são obrigados a comer com a mão;*

- *não há água ou sabão para lavar as mãos, nem papel higiênico nas jaulas;*

- *não há café da manhã, a primeira refeição constando apenas de um pão seco, e a Segunda refeição devendo ocorrer por volta das 13 horas, quando não mais tarde, cabendo aos próprios agentes irem buscar a comida na Penitenciária da Papuda;*



- devido à presença de jovens presos há meses, alguns dos quais tendo cometido crime de morte, os agentes são bastantes cautelosos ao se aproximar das jaulas, e isso, independentemente de sua vontade, cria um clima de medo e desconfiança que contamina os infratores por motivos leves e os não-infratores ilegalmente retidos nas jaulas, que não podem entender porque são considerados perigosos e tratados como tal;

- não há qualquer assistência médica de rotina, nem serviço de enfermagem, sequer uma caixa de primeiros socorros e remédios de emergência; nos casos mais gritantes de enfermidades, os enjaulados são levados ao Hospital de Base e, se forem considerados “fujões” ou “perigosos”, aí são expostos por corredores e salas e atendidos, com algemas como criminosos comuns, cena chocante para todos os que assistem e presenciada durante o plantão;

- não há condições de repouso à noite, devido aos prantos, lamentos, gritos e até uivos, às vezes lancinantes, dos detentos, principalmente os não-infratores que desconheciam a carceragem, e dos adolescentes enjaulados há meses, abalados pelo cativo degradante; isso cria um clima de pavor noturno propício a uma acelerada degradação psíquica dos enjaulados, particularmente dos de mais tenra idade;

- para espantar os mosquitos – tormento adicional do enjaulamento -, alguns prisioneiros queimam certos materiais como jornais ou rolinhos de estopa, degradando ainda mais as condições ambientais e provocando transtornos respiratórios e torpor em diversos enjaulados.

- são freqüentes as sevícias sexuais e agressões entre as próprias crianças e jovens, assim como os casos de desespero e pânico paralisador (assistimos no plantão ao caso de uma adolescente presa de pânico, que teve de ser hospitalizada);

- colapsos nervosos e automutilações repetem-se nas jaulas; nos fins de semana e feriados não há acesso ao chuveiro nem banho de sol, sendo o confinamento permanente para todos;

- é comum a superlotação das jaulas nesses períodos, havendo dias em que são amontoados entre 2º a 25 crianças ou adolescentes numa só jaula feita para dois presos, sendo fácil imaginar, para quem conhece as jaulas, o suplício desse convívio forçado e suas nefastas conseqüências para o psiquismo dos enjaulados;

- a propósito, essa situação parece ser pior, hoje, em plena transição para um regime de primado da lei, do que há doze anos, quando, ao prestar depoimento na CPI do Menor, na Câmara dos Deputados, o então Juiz de Menores do DF., Dr. José Manoel Coelho, declarava:

“...atualmente encontram-se amontoados nas suas dependências (da DM) trinta menores, dividindo três camas (sic) e enjaulados em duas celas diminutas.” (In: A realidade brasileira do menor, C. dos Deputados, 1976, p. 227).

O que mais impressiona nisso tudo é que o Sistema de Justiça do Código de Menores convivia com a situação desumana em que eram colocados os menores “em situação irregular”. Isto não acontecia somente no Distrito Federal, mas podia ser observado pelo país afora, numa demonstração inequívoca de falência do verdadeiro Estado de Direito.

Na sua análise final do quadro descrito, RIVERA faz a seguinte observação:

*As situações constatadas durante o plantão voluntário na Delegacia de Menores revelam antes de tudo uma concentração injusta de mecanismos de controle social sobre crianças e jovens das classes pobres. A simples presença de certas crianças, com certas características, em certos lugares, dá motivo à apreensão, como vimos, e esta conduz automaticamente ao enjaulamento. Com menores dos setores sociais de status mais elevado é diferente, pois eles contam com a pronta presença dos pais ou responsáveis e de advogados que podem conseguir a liberação imediata e proteger os clientes de prejuízos futuros causados pela apreensão.*

O Relatório Rivera deixou claro que o paradigma jurídico do Código de Menores, baseado na Doutrina da Situação Irregular, não tinha condições de validade no ambiente de construção da vida democrática, que exigia uma profunda revisão das estruturas jurídico-políticas então ainda vigentes. O sistema de controle social que garantia o seu funcionamento conduzia a aberrações do tipo das encontradas na Delegacia de Menores do Distrito Federal e corajosamente descritas por RIVERA. Repressivo, discriminatório e estigmatizador, o Direito do Código de Menores era incompatível com princípios éticos e jurídicos do Estado de Direito. Além disso, não atendia às mínimas exigências epistemológicas da Ciência do Direito. Em razão disso, na temática da criança e do adolescente urgia a necessidade de aproximar o Brasil dos modelos jurídicos já delineados em documentos internacionais, como a Declaração Universal dos Direitos da Criança, de 1959, e as Regras de Beijing, de 1985, os quais clamavam por justiça e por justiça social em favor do segmento infanto-juvenil da Sociedade Humana, tão duramente maltratado e reprimido ao longo dos séculos.

Quanto ao sistema de Justiça relativa a *menores*, era preciso superar a mentalidade que concebia o Estado-Juiz como substituto dos pais ou responsáveis, e que, em vista disso, autorizava os Juizes de Menores a controlar discricionariamente as vidas, os corpos, as condutas dos *menores irregulares*, podendo inclusive suprimir-lhes a liberdade, a pretexto de ressocializá-los ou reeducá-los, sem a observância dos elementares princípios processuais do Estado de Direito (ampla defesa, reserva legal, devido processo de lei etc.).

Esta posição jurídica, incompatível com uma sociedade democrática, observa MANZANERA<sup>428</sup>, ingressou em muitas legislações contemporâneas, através da

---

<sup>428</sup> MANZANERA, Luis Rodriguez. Apud AMARAL E SILVA. A nova justiça da infância e da juventude. In: PEREIRA, Tânia da Silva. Op. Cit. p. 166.

intervenção do Estado em matéria civil e administrativa, para favorecer menores, na ausência dos pais naturais. Posteriormente foi trasladada para a área penal, significando uma licença doutrinária para legitimar ações autoritárias do Estado sobre “menores delinquentes”.

*Una sentencia del Tribunal Supremo de Pensilvania, de 1905, explica como el padre natural no necesita de un procedimiento para privar a un hijo de su libertad...para salvarle e protegerle de las consecuencias de que persista en una carrera de desvarios; de la misma forma, es Estado, cuando es compelido, como pares patriae, a ocupar el lugar del padre con idéntica finalidad, no tiene por que adoptar ningún tipo de procedimiento para poner las manos sobre él y someterlo a los tribunales.*<sup>429</sup>

Em consequência da revisão crítica desses sistemas tradicionais, a tendência mais recente defende a tese de que a Justiça relativa a menores deve considerar a criança e o adolescente titulares de direitos fundamentais comuns a toda pessoa humana, além de serem credores de direitos especiais. Em nosso país, esta orientação jurídica foi instituída pela Constituição de 1988 (art. 5º, I, e art. 227, § 3º). Neste caso, juizados e tribunais competentes para o julgamento de situações que envolvem crianças e adolescentes, têm o dever jurídico de proteger os direitos infanto-juvenis, sem que isso signifique “*decaimiento de ciertos derechos superiores garantizados por la constitución, como las reglas del debido proceso; evitándose de esta forma que a través del ejercicio de facultades discrecionales y arbitrarias se conaviertan en centros de poder ilimitado.*”<sup>430</sup> Outra tendência na reordenação da situação jurídica de crianças e adolescentes, antes regulada pelo direito menorista, é a que determina a observância do princípio da *desjurisdiccionalização*, o que importa numa redefinição radical do respectivo sistema de Justiça.

*Desjurisdiccionalizar* é um termo que tem importância fundamental na compreensão do significado sócio-jurídico do Direito da Criança e do Adolescente

---

<sup>429</sup> “Uma sentença do Supremo Tribunal da Pensilvânia, de 1905, explica como um pai natural está dispensado de observar um procedimento jurídico-formal para privar o seu filho de liberdade [...] para salvá-lo e protegê-lo dos riscos de persistir em uma vida de desvarios; da mesma forma se pode dizer que o Estado, quando é obrigado, como ‘pares patriae’, a ocupar o lugar do pai com idéntica finalidade, não precisa adotar nenhum procedimento para apreender uma criança e submetê-la aos tribunais.” (tradução do autor). Cf. MANZANERA. Apud AMARAL E SILVA. *Ibidem*, p. 166-167.

<sup>430</sup> Cf. SOLARI, Ubaldo Calvento. Apud AMARAL E SILVA. *Ibidem*, p. 167.

brasileiro, como sistema de regras e princípios, comprometido com a concretização da cidadania infanto-juvenil. Se, na vigência do Direito do Menor, *Jurisdicionalizar* significava concentrar no Judiciário o conhecimento e o exame de situações que envolviam *menores irregulares*, *desjurisdicionalizar* implica, agora, trocar o sinal dessa atitude concentradora, reduzindo ao máximo o envolvimento do sistema de justiça com questões que demandam tratamento político-administrativo e não judicial ou jurisdicional.

A finalidade básica da *desjurisdicionalização* consiste em se compreender, segundo postulados da Ciência Jurídica, o papel do Judiciário, do Juiz, da Jurisdição. Desde a Teoria Clássica do Estado Moderno, especialmente com a obra de Montesquieu, prevaleceu a proposta de separação dos Poderes do Estado, identificando-se estes poderes através das funções por eles ordinariamente exercidas (executiva, legislativa e judiciária). Segundo essa formulação, o verdadeiro Estado de Direito teria como um dos seus pressupostos evitar a monopolização funcional em favor de um dos poderes estatais. Assim, seria grave vício político, favorável ao despotismo, concentrar-se no Executivo as funções de criar as leis e aplicá-las.

A partir dessas premissas da Filosofia Política, o pensamento político moderno demarcou o campo de atuação das três esferas de poder em que o Poder do Estado acabou sendo subdividido – Executivo, Legislativo e Judiciário –, considerando esta divisão jurídico-política uma condição essencial para o reconhecimento de qualquer Estado como Estado Constitucional. Daí por diante, salvo as exceções previstas na própria Constituição, constitui anormalidade da ordem jurídica a confusão e a superposição de funções.

Neste contexto, a Jurisdição, função de dizer o Direito em face de conflitos de interesses manifestos, passou a ser entendida como uma função específica do Poder Judiciário. Em contrapartida, chegou-se ao entendimento de que, afora a gestão dos assuntos que dizem respeito à própria Instituição (organização e funcionamento do Judiciário), não é correto que este Poder se imiscua em ações pertinentes às funções administrativa e legislativa.

Quando se fala em *desjurisdicionalização*, tem-se como referência teórico-dogmática esta regra da divisão e da especialização das funções dos poderes estatais. No sistema do Código de Menores não se respeitava esta regra elementar de Direito Político.

Os Juizes de Menores eram incumbidos, ao mesmo tempo, de exercer funções jurisdicionais e de assistência social. Havia, então, um envolvimento regido por lei, do sistema de justiça menorista com crianças e adolescentes em situações que não eram próprias da jurisdição. Nem a Polícia Judiciária, nem os próprios Juizados se ajustam a esta dupla tarefa. No caso do Judiciário, como observa AMARAL E SILVA:

*[...] não é próprio da função jurisdicional se envolver com o atendimento de casos onde inexistam conflitos de interesse (jurisdição contenciosa) ou fatos ou direitos a serem protegidos com possível formação de futuro litígio (jurisdição voluntária). A moderna tendência anotada por D'ANTÔNIO, é no sentido de ampliar a participação de órgãos administrativos especializados. [...]. O sistema, principalmente a polícia judiciária, que é repressiva por natureza, não deve se envolver com casos exclusivamente sociais. O sistema só deve ser acionado no âmbito da jurisdição voluntária ou contenciosa. Não havendo julgamento, não há normalmente atividade jurisdicional e, muito menos, sistema de justiça ou polícia judiciária. O atendimento de crianças e jovens em situação de risco deve ser feito pela autoridade administrativa especializada.<sup>431</sup>*

No sistema do Direito da Criança e do Adolescente, o Juiz da Infância e da Juventude exerce função jurisdicional propriamente dita, isto é, julga situações que correspondem a conflitos de interesses, envolvendo toda a gama de direitos juridicamente protegidos, ou carecedores desta proteção, interpretando e aplicando o Direito cabível à espécie. Quando o caso é de simples atendimento social ou de provimento de direitos ou necessidades, fora das hipóteses de conflitos jurídicos, respaldado na orientação constante da Convenção Internacional sobre Direitos da Criança, o Estatuto da Criança e do Adolescente remete-o para uma instância administrativa especializada, os Conselhos Tutelares. Os Conselhos Tutelares são órgãos permanentes e autônomos, não jurisdicionais, aos quais compete zelar pelo cumprimento dos direitos da criança e do adolescente, nas situações previstas no art.136<sup>432</sup> do Estatuto.

---

<sup>431</sup> Cf. AMARAL E SILVA. Op. Cit. p. 169.

<sup>432</sup> Segundo o art. 136, do Estatuto, "São atribuições do Conselho Tutelar: I – atender as crianças e adolescentes nas hipóteses previstas nos arts. 98 e 105, aplicando as medidas previstas no art.101, I a VII; II – aconselhar os pais ou responsável, aplicando as medidas previstas no art.129, I a VII; III – promover a execução de suas decisões, podendo para tanto: a) requisitar serviços públicos nas áreas de saúde, educação, serviço social, previdência, trabalho e segurança; b) representar junto à autoridade judiciária nos casos de descumprimento injustificado de suas deliberações; IV – encaminhar ao Ministério Público notícia de fato que constitua infração administrativa ou penal contra os direitos da criança e do adolescente; V – encaminhar à autoridade judiciária os casos de sua competência; providenciar a medida estabelecida pela autoridade judiciária, dentre as previstas no art. 101, de I a VI, para o adolescente autor de ato infracional; VII – expedir notificações; VIII – requisitar certidões de nascimento e de óbito de criança ou adolescente

Para que o princípio da *desjurisdicionalização* tenha efetividade, o Estatuto da Criança e do Adolescente o envolveu com garantias de existência<sup>433</sup>, permanência<sup>434</sup>, autonomia<sup>435</sup> e funcionamento.<sup>436</sup>

O princípio da *desjurisdicionalização*, uma das vigas-mestras do Direito da Criança e do Adolescente, além de colocar a Justiça da Infância e da Juventude no lugar que lhe compete na estrutura organizacional e no fluxo dos serviços estatais, reduzindo, em grande parte, o envolvimento de crianças e adolescentes, seus pais ou responsáveis com este sistema - exerce mais um importante papel no contexto geral do novo modelo jurídico: abre as portas do sistema de atendimento aos direitos fundamentais da criança e do adolescente para a participação da comunidade, presente de maneira direta nos Conselhos Tutelares.<sup>437</sup>

#### 4.5 PRINCÍPIO DA DESPOLICIALIZAÇÃO

Os estudos que estamos desenvolvendo sobre o Direito da Criança e do Adolescente se baseiam na premissa metodológica de que esse ramo jurídico constitui um sistema de princípios e regras destinado a garantir a realização integral da cidadania infanto-juvenil. Para nós, este pressuposto teleológico e axiológico não é apenas um predicado do Direito da Criança e do Adolescente, mas faz parte de sua essência fenomenológica.

Desta forma, é importante frisar que a correta abordagem desse novo direito deve, necessariamente, levar em conta que estamos diante de um instrumento de garantia de Direitos Fundamentais. Podemos mesmo afirmar que esta opção metodológica tem como

---

*quando necessário; IX – assessorar o Poder Executivo local na elaboração da proposta orçamentária para planos e programas de atendimento aos direitos da criança e do adolescente; X – representar, em nome da pessoa e da família, contra a violação dos direitos previstos no art.220, § 3º, inciso II da Constituição Federal; XI – representar ao Ministério Público, para efeito das ações de perda ou suspensão do pátrio poder.”*

<sup>433</sup> Vide art.132, do Estatuto.

<sup>434</sup> Vide art.131, do Estatuto.

<sup>435</sup> Vide art.131, do Estatuto.

<sup>436</sup> Vide arts. 134, 136, III, a, b, 137 e 236, do Estatuto.

<sup>437</sup> Segundo o art. 132, do Estatuto: “*Em cada município haverá, no mínimo, um Conselho Tutelar composto de cinco membros, escolhidos pela comunidade local, para mandato de três anos, permitida uma recondução.*”

postulado a idéia de que é preciso dar ênfase à cidadania infanto-juvenil como um dos objetivos indissociáveis do Estado de Direito.

Quando levamos a sério estes pressupostos teóricos, adquire relevância a tese de que existe uma relação íntima e inderrogável entre o Direito da Criança e do Adolescente e a Democracia. Neste caso, o termo "democracia" assume um significado que transcende o discurso político tradicional, que praticamente o tem como sinônimo de "regras para o acesso e o exercício do poder político", e, quando vai além disso, não consegue superar o vínculo histórico inicial do "princípio democrático" com a afirmação e o exercício dos direitos e garantias reivindicados pelo pensamento liberal.

No nosso caso, procuramos dar ao termo "democracia" um tratamento apropriado à articulação estrutural e funcional que ele deve ter com os Direitos Humanos e Fundamentais da Criança e do Adolescente.

Neste sentido, em primeiro lugar nos reportamos ao conceito de Democracia Substancial formulado por FERRAJOLI. Para este autor, em apertada síntese, "Democracia substancial", é o mesmo que "Democracia social" e corresponde ao Estado de Direito dotado de efetivas garantias, tanto liberais quanto sociais, para a realização dos Direitos Fundamentais. Se a "Democracia formal" ou política, vinculada ao Estado Liberal, se preocupa primordialmente com a questão "quem decide", a "Democracia substancial" ou social, tem por princípio básico estabelecer limites estruturais e funcionais a todos os poderes *"democráticos y burocráticos, públicos y privados - para la tutela substancial de derechos vitales siempre nuevos y, a la vez, mediante la elaboración de nuevas técnicas garantistas aptas para asegurar una maior efectividad."*<sup>438</sup>

Na ótica de FERRAJOLI, com a qual concordamos, a Democracia substancial ou social, co-irmã do Estado Social e Democrático de Direito deve corresponder à maximização das liberdades e das expectativas dos cidadãos quanto à eficácia social dos Direitos Fundamentais e a uma minimização dos poderes estatais, nas funções relacionadas com a repressão, ou com a restrição das liberdades. Por fim, para FERRAJOLI, a

---

<sup>438</sup> "[...] *democráticos e burocráticos, públicos e privados – para a tutela substancial de direitos vitais sempre novos e, por sua vez, mediante a elaboração de novas técnicas garantistas aptas a assegurar uma maior efetividade.*" (tradução do autor). Cf. FERRAJOLI. Op. Cit., p. 8.

Democracia social é um modelo de organização jurídico-político cuja essência pode ser traduzida pela fórmula sintética: "Estado Liberal. Mínimo-Estado Social Máximo"!

Em segundo lugar, a nossa escolha teórica remete-nos aos escritos de BARATTA para quem, no que interessa ao tema deste tópico, quando pensamos a Democracia como espaço político de realização de Direitos, somos conduzidos a uma definição em que a Democracia se apresenta como *"la auto-organización de la respuesta pública a sus necesidades por parte de los portadores."*<sup>439</sup>

Isto significa basicamente inserir o conceito de Democracia num ambiente sócio-político que exige a redefinição do próprio sentido da palavra "Política". Em tais circunstâncias, essa palavra deixa de identificar o sistema tecnocrático de administração da estrutura econômica e social existente - política como administração exercida por uma elite profissionalizada em "fazer política" - e passa a referir-se à participação efetiva dos cidadãos nas tomadas de decisões que afetam seus direitos, interesses e necessidades. Através desta importante modificação semântica, o termo política evoca a idéia de "projeto de sociedade, concepção que repercute sensivelmente nas relações "homem/direito", "cidadão/Estado".

Por outro lado, pondera BARATTA, a profundidade e a riqueza da relação "infância/democracia" pode ser representada por duas afirmações emblemáticas.

*La primera es una frase del director ejecutivo de Unicef, James Grant, que dice: La democracia es buena para los niños, y que a los progresos en la protección de los niños, sigue los progresos de la democracia", y la otra frase es una frase especular a la ahora citada, de Emilio García Méndez que dice: los niños son buenos para la democracia, es decir que el progreso en la relación de sus derechos y el movimiento social que lleva a cabo esta realización son quizás el aprendizaje más importante para un proceso de realización de la sociedad democrática a nivel nacional e internacional.*<sup>440</sup>

---

<sup>439</sup> "[...] a auto-organização da resposta pública às suas necessidades por parte dos portadores." (tradução do autor). Cf. BARATTA. Op. Cit., p. 45.

<sup>440</sup> "A primeira é uma frase do diretor executivo da Unicef, James Grant, que diz: 'A democracia é boa para as crianças', e que aos progressos na proteção à criança, seguem os progressos da democracia, e a outra frase é uma frase espetacular para o momento citado, de Emilio García Méndez, que diz: 'As crianças são boas para a democracia', no sentido de que 'o progresso em relação aos seus direitos e o movimento social que leva a cabo esta realização são, certamente, o aprendizado mais importante para um processo de realização da sociedade democrática ao nível nacional e internacional'." (tradução do autor). Cf. BARATTA. Op. Cit., p. 46.



A partir destas importantes contribuições doutrinárias, quando tratamos da relação "Direito da Criança e do Adolescente/Democracia", o uso que fazemos do termo "democracia" é radicalmente humanista e refere-se ao modelo de organização e funcionamento da sociedade centrado na pessoa humana como o "valor-fonte" de todos os valores. Em razão disso, não nos limitamos ao aspecto formal, mas nossa atenção se dirige, também, aos aspectos ético ou axiológico, teleológico e jurídico do sistema democrático, comprometendo-o com uma Política de efetiva proteção dos Direitos Humanos e dos Direitos Fundamentais na sua mais profícua acepção. Neste caso, a totalidade da vida social e seus diversos contextos regionais (político, econômico, religioso, tecnológico, etc.), devem ser pensados em função de uma ética humanística subordinada ao que BALIBAR denomina *Política de Direitos*. Segundo este autor, conforme esclarece BARATTA:

*La política de los derechos [...] es la que pone la democracia frente a sus límites, es decir en aquella línea en la que se divide el presente del futuro. Una visión dinámica de la democracia, el proyecto de una democracia inclusiva de los niños como eje de una forma alternativa de desarrollo económico, que compatibiliza y no choca con el desarrollo humano, implica una transformación del concepto mismo de política. De la política como administración del status de la sociedad, a la política como proyecto de sociedad. La política de los derechos, que es la política de la realización dinámica de la constitución del Estado social de derecho y de las convenciones internacionales que la integran, es la que permite, a través de su cumplimiento, la definición de nuevos derechos, que pone al Estado y al pacto – alianza – social en su condición de renovarse continuamente.<sup>441</sup>*

Sintetizando estas diretrizes conceituais, para os fins propostos neste trabalho, identificamos como Democracia:

(i) os sistemas sociais e políticos em que o princípio democrático significa uma opção indisponível pela pessoa humana como valor-fonte de todos os valores,

(ii) os sistemas sociais e políticos comprometidos com a efetividade do princípio democrático, como garantia dos direitos de participação dos cidadãos nos diversos

---

<sup>441</sup> "A política dos direitos [...] é a que coloca a democracia frente a seus limites, quer dizer, naquela linha em que se divide o presente do futuro. Uma visão dinâmica da democracia, o projeto de uma democracia inclusiva das crianças com eixo de uma forma alternativa de desenvolvimento econômico, que se compatibiliza e não se choca com o desenvolvimento humano, implica uma transformação do conceito mesmo de política como administração do status da sociedade, a política como projeto da sociedade. A política dos direitos que é a política da realização dinâmica da constituição do Estado social de direito e das convenções internacionais que a integram, é a que permite, através do seu cumprimento, a definição de novos direitos que colocam o Estado e o pacto – aliança – social – na condição de se renovarem continuamente." (tradução do autor). Cf. BARATTA. Op. Cit., p. 56.

contextos da vida coletiva - o contexto doméstico, o contexto da produção, o contexto da vida política ou da cidadania etc.,

(iii) os sistemas sociais materialmente comprometidos com a realização dos Direitos Humanos e dos Direitos Fundamentais, que, para serem socialmente eficaz, exigem a existência e a efetividade de "*principios e normas constitucionales propias del estado social e democrático de derecho, y la titularidad de todos los derechos fundamentales que caracterizan esta forma de Estado, incluyendo aquellos políticos y de participación política.*"<sup>442</sup>.

Entendemos que a estreita relação entre o Direito da Criança e do Adolescente e a Democracia constitui razão suficiente para afirmarmos que este novo sistema jurídico foi pensado e formulado para funcionar como "carta de alforria" da criança e do adolescente na condição de titulares de direitos numa sociedade habituada a vê-los, através da cultura da discricionariedade, como objetos de compaixão, "feixes de necessidades" e controle. Neste sentido, desde suas raízes sociais, o Direito da Criança e do Adolescente se apresenta como uma ordem jurídica que confere dignidade política ao debate sobre a observância dos direitos e o atendimento das necessidades básicas de seus destinatários. Este juízo de valor se justifica, pois além de cumprir o papel histórico de romper com a tradição menorista, o Direito da Criança e do Adolescente está destinado a ser um instrumento de permanente positivação de novos Direitos Fundamentais.

Devido a este equacionamento axiológico e teleológico, o Direito da Criança e do Adolescente rejeita a cultura de assistencialismo, de vigilância e de repressão, intrínseca ao Direito do Menor. Por isso, de modo mais abrangente, podemos dizer que o Direito da Criança e do Adolescente não é apenas um mero sistema legal, mas um paradigma sociocultural incompatível com o imaginário da tradição do menorismo.

Quanto ao Direito do Menor, no caso brasileiro, sabemos que foi um subproduto do ambiente jurídico-político que, nas primeiras décadas deste século, retratou a visão-de-mundo e os interesses de elites oligárquicas filiadas ao projeto da modernidade liberal-

---

<sup>442</sup> "[...] *principios e normas constitucionais próprias do Estado social e democrático de Direito, e a titularidade de todos os direitos fundamentais que caracterizam esta forma de Estado, incluindo aqueles direitos políticos e de participação política.*" (tradução do autor). Cf. BARATTA. Op. Cit., p. 42.

positivista. Em vista disso, não é por obra do acaso que quando aprofundamos o exame desse sistema legal, constatamos que um dos seus traços essenciais foi a firme determinação de atuar como técnica de controle dos "*menores irregulares*".

Contaminado desde a origem por vícios como a repressão, o vigilantismo e o assistencialismo, o Direito do Menor cumpriu eficazmente a função, racionalizadora das questões sociais que estavam na raiz da exclusão e marginalização dos "*menores irregulares*". Desde a criação do Estado Republicano essas questões constituíram o problema mais contundente do nosso processo social e político. Em vez tratá-las como um "problema de Política" a ação governamental da República Velha preferiu vê-las como "questão de Polícia". Esta, aliás, era a palavra de ordem do governo "Washington Luís" (1926/1930)!

Durante a vigência do Direito do Menor, o caráter sócio-penal da intervenção estatal sobre o "problema dos menores" era mais evidente quando os debates tinham por objeto as chamadas "medidas de proteção" aos "*menores irregulares*" ou quando se referiam ao enquadramento legal dos "menores infratores" ou "menores delinquentes", incluindo a atuação da polícia e da justiça menorista (modelo processual), a organização e o funcionamento do sistema de reeducação ou ressocialização.

Nessas situações, o que mais importava era identificar os "*menores irregulares*", retirá-los do convívio familiar e social, e institucionalizá-los nos Centros Correccionais. Estes estabelecimentos, como já se sabia na época, e o tempo incumbiu-se de demonstrar, não passavam de centros de degradação pessoal, social, física e moral dos internos.

Em todos os períodos do menorismo brasileiro esta foi a tônica da relação "Menor"/Direito". Na fase certamente mais obscura da Era menorista, funcionou, a todo vapor, a máquina de terror que atendia pelo nome oficial de "SAM - Serviço de Assistência a Menores", mas que ficou popularmente conhecida pelos reveladores apelidos de "SAM - Sem Amor aos Menores", "Sucursal do Inferno", "Escola de Crimes", etc..

Foram tão degradantes os maus-tratos e a violência infligida aos internos...foram tão graves os desmandos administrativos e a corrupção interna, que NOGUEIRA FILHO,

um dos ex-dirigentes da instituição<sup>443</sup>, em texto que se tornou um dos testemunhos mais candentes da barbárie menorista, a ela se referiu como "SANGUE, CORRUPÇÃO E VERGONHA - SAM" (1956). Eis a palavra do autor: "*Sangue da mocidade, lama da corrupção e vergonha da incúria recaem sobre a sociedade brasileira, enquanto perdura a tragédia dos menores abandonados.*"<sup>444</sup>

No caso específico dos "menores infratores", mesmo depois que o Código Penal de 1940 determinou que os menores de 18 anos de idade estavam sujeitos à legislação especial, praticamente não houve alteração no caráter repressivo dos procedimentos a que eram submetidos, pela ação da Polícia, da Justiça de Menores e do Sistema de Execução das sanções que lhes eram aplicadas. Houve mesmo uma tentativa quase bem sucedida de retrocesso jurídico-formal com a elaboração e votação "na surdina"<sup>445</sup> da lei nº 5.258/67. Dentre outras medidas que denunciavam a sua matriz penalista, esta lei previa que se um menor entre 14 e 18 anos praticasse um ato definido em lei como crime punido com reclusão, o juiz determinaria a sua internação (prisão) em estabelecimento apropriado à sua *reeducação*, por prazo não inferior a dois terços do mínimo e não superior a dois terços do máximo da pena privativa de liberdade cominada ao fato típico na lei penal.

A verdade é esta: não obstante já existirem posições contrárias ao menorismo, os menores irregulares continuaram expostos à cultura da "repressão-compassiva", calcada numa perspectiva primordialmente penalista.

*Reações vinham se esboçando, aos poucos, para situar a questão do menor fora da área da benevolência e caridade. Mais ainda para libertá-la do direito penal e enquadrá-la como problema social e humano.*

---

<sup>443</sup> Paulo Nogueira Filho foi diretor do SAM de setembro de 1954 a novembro de 1956. Pressionado pelos "anti-progressistas", pediu demissão do cargo.

<sup>444</sup> NOGUEIRA FILHO, Paulo. Apud RIZZINI, Irma. Menores desvalidos e menores transviados: a trajetória da assistência pública até a era Vargas. In: PILLOTTI; RIZZINI. Op. Cit., p.276.

<sup>445</sup> Na obra "Direito do Menor" (Rio de Janeiro: Forense, 1977), Francisco Pereira de Bulhões CARVALHO valeu-se da expressão "elaborada e votada na surdina", aludindo à forma viciada do procedimento legislativo adotado na produção da lei nº 5.258/67. Em vista do valor histórico dessa menção, transcrevemos o parágrafo em que o autor fez uso da expressão destacada: "*Diante da manifesta deficiência de nossa legislação sobre menores infratores e da necessidade de adaptá-la aos padrões de cultura universal, causou a maior estupefação pública a publicação, recentemente, de uma nova lei, elaborada e votada na surdina, sem a menor técnica legislativa e em que se procurou ressuscitar preceitos sepultados com o n.º velho Código Criminal de 1830.*" (Op. Cit., p. 61).

*Mas a legislação centralizadora e doutrina vigente continuavam a falar em internação, reeducação, medida premonitória e reformadora, vigilância, menor transviado, menor abandonado, pervertido, menor exposto ou abandonado, correção disciplinar, abstencionismo escolar, etc..*<sup>446</sup>

Em suma, na vigência do Direito do Menor, todo o sistema de atendimento aos *menores irregulares*, e, especialmente, a parte destinada aos “*menores infratores*”, era tributário de uma visão de mundo em que a violência, a repressão e o autoritarismo se manifestavam desde a linguagem austera e etiquetizante ou discriminadora até as práticas institucionais. Predominava, então, uma cultura e uma práxis “policializante”. Nesse ambiente social, os “*menores irregulares*” eram tratados como uma espécie de “câncer social”. A partir de uma construção imaginária dominada pela ótica sócio-penal, eram, de fato e de direito, vistos como “casos de Polícia”<sup>447</sup>. Depois de serem identificados com esta e/ou com outras etiquetas semelhantes (“pivetes”, “pervertidos”, “inadaptados à vida familiar” ou à “convivência em sociedade” etc.), os “menores irregulares” adquiriam um valor peculiar para a legislação e para as instituições menoristas...

**...REPRESENTAVAM UMA SÉRIA AMEAÇA À ORDEM ESTABELECIDADA,  
À PAZ OU TRANQUILIDADE DA SOCIEDADE DOS HOMENS DE BEM!**

**...SUA VISIBILIDADE PÚBLICA ERA ABERRAÇÃO QUE AGREDIA OS  
PADRÕES “OFICIAIS” DE HIGIENISMO E DE NORMALIDADE DA  
CONVIVÊNCIA SOCIAL!**

---

<sup>446</sup> Cf. Cel. PM José do ESPÍRITO SANTO. “A criança e o adolescente em conflito com a lei: a relação policial em questão.” In: **O policial militar e o estatuto da criança e do adolescente**. Estado de Santa Catarina – Secretaria de Estado da Segurança Pública – Polícia Militar, p. 28.

<sup>447</sup> Esclarece o Cel. José do ESPÍRITO SANTO, no artigo “O Policial militar e o estatuto da criança e do adolescente”: *A expressão “caso de polícia”, como unidade de comunicação, retrata o julgamento que cada pessoa faz, com base no senso comum da medida cabível, em face de determinado fato que lhe é colocado no cotidiano. Seu sentido ontológico ainda demanda muito estudo, levando em conta, inclusive, os condicionantes culturais. Em certas situações, a contundência e a rapidez com que mencionado julgamento é proferido caracteriza a visão vigilantista tão comum em nossa sociedade, quando, de resto, aliás, na sociedade latino-americana (Huggins, 1991).*” Op. Cit., p. 23.

Em razão disso, os *menores irregulares* eram objetos de permanente atenção do “olhar vigilante” de todas os organismos e agentes responsáveis pela segurança, pela ordem dos bons costumes, pela estabilidade e paz coletiva. Neste trabalho de manutenção da ordem e disciplina social, que incluía cenas corriqueiras de “banditismo oficial”, a Polícia teve papel destacado, ao lado dos denominados “comissários de menores”. Segundo os padrões legais vigentes, competia ao sistema policial “limpar” as ruas das nefastas levas de “menores” que perambulavam sem destino, mas sempre representando um grande risco para a ordem pública.

Em razão disso, o termo “Policialização” adquiriu um sentido simbólico especial para os críticos do Menorismo. Passou a significar, não apenas a intervenção policial propriamente dita, mas uma matriz ideológica, um padrão mental profundamente enraizado nas nossas instituições, na sua relação com os menores irregulares. No sistema menorista praticado no Brasil, a palavra “polícia”, não lembrava apenas os policiais, as viaturas, as delegacias. Era também a imagem de um poder irracional, atuando praticamente sem limites, pairando acima da Constituição e das leis, orientada pela “lei do combate à malandragem”, e, por isso, portadora de uma autorização, jamais expressa, para a segurança a qualquer custo.

Como instância significativa do pensamento e da prática social do período menorista, a “policialização” não pode ser considerada isoladamente, como se fora algo à parte do “problema dos menores”. Tampouco podemos encará-la como um desvio de finalidade das instituições policiais. Neste sentido, é importante observar que durante a vigência do menorismo era comum encarar com tolerância a violência contra os menores irregulares, especialmente os “menores” que viviam nas ruas ou que já “freqüentavam” a agenda policial. Vistos em geral como “infratores” ou como suspeitos de alguma transgressão, em razão da vinculação imaginária que havia entre o conceito de “menor” e a idéia de “delinqüência”, freqüentemente os “menores irregulares” estavam à mercê da truculência do sistema policial. Para agravar a situação, em grande parte dos casos, as vítimas da violência policial eram crianças e adolescentes que desde tenra idade tinham sido abandonadas e/ou lançados no mundo das ruas, entregues à própria sorte ou aos “cuidados” dos seus exploradores (drogas, prostituição, exploração do trabalho infantil

etc.). Com isso, para milhares de crianças e adolescentes, a presença da Polícia funcionava como fator de agravamento da situação precária em que se encontravam.

Diante desse retrospecto histórico, a “despolicialização” adquire o significado crítico de autêntica *contracultura* em relação ao passado menorista. Sendo um dos princípios fundamentais concretizantes do Direito da Criança e do Adolescente, a “DESPOLICIALIZAÇÃO” exige a redefinição simbólica e prática das relações da criança e do adolescente com o sistema social, em todos os seus níveis e contextos, especialmente com os níveis e contextos aos quais incumbe a interpretação e aplicação desse novo ramo do Direito brasileiro.

Em conseqüência disso, a “**questão da criança e do adolescente**”, se quisermos colocar as coisas nestes termos, passa a ser, antes de tudo “**questão de Política**”, mas política democrática destinada a garantir que toda criança e todo adolescente tenham direito à proteção integral e acesso às condições adequadas ao seu pleno desenvolvimento. Este é um ponto de vista verdadeiramente comprometido com a defesa e a promoção da pessoa humana como o valor-fonte de todo o sistema social. Em tal caso, a pessoa humana é concebida como um ente dotado de liberdade, autoconsciência e dignidade ético-social. Isto a torna, como lembra ANDRADE, reportando-se ao pensamento de Miguel REALE, “*o valor-fonte de todos os valores, de modo que em torno do foco irradiante do valor da pessoa humana se dispõem os círculos axiológicos múltiplos da comunidade.*”<sup>448</sup>

Desdobrando-se esta idéia-chave, chega-se à conclusão de que uma “política de vivência societária” e uma “política estatal” adequada à pessoa humana é aquela que a envolve numa circularidade funcional. Parte dela e a ela retorna, garantindo a integridade dos seus valores e fins. Isto significa um processo de subordinação da vida social e estatal a uma ética concreta radicalmente humanista. Para atingir este resultado, como observa REALE, a pessoa humana apresenta-se “*no plano ético como critério objetivo e primordial de aferição da experiência ético-jurídica, pois a priori pode considerar-se injusta toda*

---

<sup>448</sup> Cf. ANDRADE, Christiano José de. **Hermenêutica jurídica no Brasil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991. p. 119.

*ordem social que redunde em diminuição da dimensão já adquirida in concreto pela pessoa humana em cada ciclo histórico.*"<sup>449</sup>

No que se refere especificamente ao atendimento dos direitos da criança e do adolescente, trabalhar com a “despolicialização” quer dizer pensar um sistema de instituições jurídicas e sociais, gestão de políticas públicas e de programas de atendimento e de procedimentos, livre da ótica sócio-penal. Nesta hipótese, mesmo quando for indispensável o enfoque ou a intervenção policial, as ações do poder de polícia, subordinadas ao caráter de excepcionalidade, serão desprovidas da cultura da violência que costumeiramente as acompanha, a pretexto de efetivação da ordem pública.

Uma orientação teórica e operacional com tais predicados significa, em primeiro lugar, que a “questão da criança e do adolescente não é - na sua essência - uma questão de polícia”, embora haja situações que justificam e, mesmo, até exigem, a intervenção policial. Nesta linha de pensamento, observa RIVERA:

*O outro princípio fundamental é a DESPOLICIALIZAÇÃO, que é um corolário também da Proteção Integral e da Humanização. A questão da criança e do adolescente não é questão de polícia. Ela tem um aspecto policial quando o adolescente ou a criança são vítimas de violação dos seus direitos ou quando são autores de violência, e isso porque, em primeiro lugar, foram vítimas. Houve omissão da sociedade, da família ou do Estado. Nesse caso, há um ângulo policial, no caso de alto risco para essa criança, de protegê-la com armas se for preciso, proteger sua integridade. Ou proteger as pessoas da sociedade de sua violência. Mas é um aspecto secundário, não é fundamental.*<sup>450</sup>

Em segundo lugar, mas com idêntico grau de importância, falar em “despolicialização” implica subordinar a ação policial – da Polícia Militar, da Polícia Civil etc. – à legalidade e ao agir democrático. Esta imposição democrática do “Poder Policial” começa pela crítica e superação da “*linguagem dura do combate, da guerra, das blitz, das*

---

<sup>449</sup> Apud ANDRADE. Op.Cit., p. 120.

<sup>450</sup> Cf. RIVERA, Deodato. Debate – A criança e seus direitos – Estatuto da criança e do adolescente e Código de Menores em debate – 2ª mesa: “Posicionamento da sociedade civil frente ao estatuto e ao código de menores”. Rio de Janeiro: PUC-RIO-FUNABEM, 1990, p.50-51.



*armas ostensivas exibidas ao público (mesmo por policiais à paisana), da autoridade exercida com a força bruta.*<sup>451</sup>

Paralelamente a isso, a "despolicialização" está presente na produção de mudanças nos procedimentos destinados à apuração de atos infracionais com a adoção de meios adequados à ordem jurídica do Estado Democrático de Direito, rejeitando-se o convívio com as práticas autoritárias e os abusos ainda comuns no nosso meio, como a tortura, física ou psicológica, o uso de maus-tratos em geral, a submissão de suspeitos a situações vexatórias, humilhantes. Afinal de contas, atitudes como essas constituem violação de Direitos Fundamentais, mesmo no contexto jurídico de um Estado de Direito menos exigente do que o Estado Democrático de Direito.

Nem a Polícia Militar, nem a Polícia Civil, é certo, são instituições de assistência social. Todavia, essas instituições estatais não existem e nem foram pensadas no Estado Democrático de Direito para funcionarem como instrumentos de "política de terror", ou da cultura de violência oficial sob o pretexto de estabelecer, manter ou restabelecer a ordem pública.

Num Estado Democrático de Direito - e este é o caso do Estado Brasileiro na atualidade -, a própria idéia de ordem pública deve ser concebida como conceito jurídico-político vinculado à observância dos Direitos Fundamentais da pessoa humana. Estes Direitos constituem um dos eixos em volta do qual deve girar todo o sistema societário e estatal, porque, numa sociedade política comprometida com os Direitos da Pessoa Humana, ordem pública e cidadania são elementos complementares e não contrários.

Desta forma, o exercício da violência consentida pela ordem jurídica não pode extrapolar os limites jurídicos previstos no sistema constitucional, nos tratados internacionais de proteção aos direitos humanos, e na legislação infra-constitucional sobre Direitos e Garantias Fundamentais do cidadão. Quando isso acontece, e, no caso da relação "criança-adolescente/ordem pública", existe a tendência de acontecer com certa frequência, é porque o vigilantismo e a repressão ainda estão presentes no cotidiano dos órgãos responsáveis pela Segurança, como atributos imanescentes da sua atuação, independentemente

---

<sup>451</sup> Cf. Cel. PM-MG, José do ESPÍRITO SANTO. Op. Cit., p. 26.

da circunstância. É porque, a despeito das exigências da nova ordem, presidida pelo princípio democrático e pela positividade jurídica do valor "dignidade da pessoa humana", como um dos valores fundamentais do sistema jurídico-político, a cultura da violência e da discricionariedade no contato desses órgãos com crianças e adolescentes ainda não foi objeto de uma madura reflexão capaz de determinar a sua rejeição a partir do interior das instituições policiais. Tampouco foi objeto de ações concretas tendentes a bani-las da execução da Política de Segurança Pública.

O princípio da "despolicialização" tem como um dos seus pressupostos fundamentais a necessidade de se redefinir o conceito de ordem pública. Na visão teórica tradicional e no imaginário social dominante, a ordem pública é concebida como algo que se impõe inexoravelmente aos indivíduos, tendo em vista assegurar a estabilidade das instituições e a paz social. Este modo de pensar a relação entre os indivíduos e a ordem estabelecida é dependente de um paradigma teórico e comportamental baseado na visão organicista da sociedade e do Estado. Neste modelo descritivo e organizacional sobrevaloriza-se o princípio de Autoridade em face do princípio de Liberdade. Em vista disso, cabe aos indivíduos a observância incontestada das regras do jogo social e político, sob pena de serem objeto de perseguição e penalização por parte dos agentes e dos setores encarregados de salvaguardar a ordem interna. Por isso, o organicismo social e político é próprio dos tipos de sociedade e de Estado que enfatizam a imposição autoritária da superação de conflitos sociais.

Para as propostas organicistas, a exemplo do que ocorre com o "Leviathan" de HOBBS, a conflituosidade social – "guerra de todos contra todos" – representa o caos do pacto social. Em razão disso, deve ser debelada a qualquer custo, para que se estabeleça, sob a ótica das instituições estabelecidas e dos agentes da ordem pública, a convivência pacífica entre os indivíduos.

Por estar fundado em premissas autoritárias, o organicismo social e político pensa em ordem pública como o conjunto das instituições vigentes que se impõem por si mesmas, importando-lhes mais sua efetividade do que sua legitimidade. Nesta linha de pensamento, o papel das instituições policiais é primordialmente repressivo, não havendo nenhum compromisso com a cidadania, enquanto conceito correlato ao de ordem pública. Manter a

ordem pública é vigiar, suspeitar, é ver em determinados tipos sociais (como ciganos, andarilhos, moradores de rua, meninos e meninas de rua etc.), transgressores da Lei em potencial.

Quando se fala em “despolicialização”, trabalha-se com outro conceito de ordem pública. Rejeita-se a visão organicista e se estabelece a necessidade de coexistirem ordem pública e cidadania. Neste caso, quando se considera o tecido social, percebe-se que o conflito inter-individual ou intergrupar não pode ser visto como prenúncio de dissolução da vida coletiva, mas como um dos seus componentes. Em vista disso, o que importa não é subjugar os indivíduos e os grupos sociais a uma ordem social unidimensionalista, entendendo-se esta como um sistema baseado no controle das manifestações de pensamento e das condutas sociais, com a preocupação de imprimir padrões rígidos às relações sociais e políticas.

Arrogância, autoritarismo, desrespeito à diferença e à singularidade dos indivíduos e dos grupos sociais, imposição repressiva dos padrões “oficiais” de pensar e agir, discricionariedade no julgamento de comportamentos desviantes, “predestinação” para o crime de determinados tipos sociais, banalização da violência em relação a determinados sujeitos (prostitutas, grevistas, líderes de movimentos sociais contestatórios, integrantes de manifestações públicas contra o governo, meninos e meninas de rua, drogaditos etc.), determinados lugares (casas de prostituição, bares da periferia, favelas, cortiços etc.), e outras situações similares, são alguns dos inimigos a serem vencidos na tarefa de repensar a ordem pública segundo a perspectiva da cidadania.

Sob este novo enfoque, pode-se ter como ponto de partida o “*elenco de exemplos de descumprimentos das leis garantidoras dos direitos e garantias fundamentais, coletivos e sociais*”<sup>452</sup> e a orientação teórica que vincula ordem pública, como “*conceito referido às instituições nacionais, ao Estado e à sua ordem jurídica*”,<sup>453</sup> com a observação de que estas instituições devem representar as aspirações, os interesses e as necessidades do conjunto da sociedade, dando-se destaque e priorização aos setores mais vulneráveis.

---

<sup>452</sup> Cf. Cel. PM-MG José do ESPÍRITO SANTO. Op. Cit., p. 29.

<sup>453</sup> Ibidem, p. 29.

No primeiro caso, a reconceitualização de “ordem pública” implicará uma tomada de decisão em favor da efetividade de uma Política de Direito. Isto resultará na adoção de uma atitude garantista, comprometendo as instituições policiais com os valores e as práticas do regime democrático. No segundo caso, essa reconceitualização demandará maior interação não-autoritária dos setores policiais com todos os segmentos sociais, sem vislumbrar, aprioristicamente, neste ou naquele, um potencial inimigo público nº 1.

Uma análise deste tipo evidenciará uma série de dilemas que envolvem e afetam de maneira grave a ordem pública, colocando em cheque a concepção tradicional referida parágrafos atrás. Com apoio em ESPÍRITO SANTO, destacamos alguns desses dilemas:

*“O estado de degradação pessoal e social em que subsistem milhões de crianças e adolescentes, em quase todos os quadrantes, confirma a postura do alheamento.”*

*“Há em curso no país, hoje, uma falsa contradição entre Estado de Direito e segurança pública, respaldada pela ideologia da segurança pública.”*

*“Um modelo de desenvolvimento econômico-social injusto e excludente, hostil à emancipação econômica, à promoção social, condenou à destituição e à subcidadania mais de um terço de seu povo.”*

*“Os números desta guerra desigual são assustadores – de 12 em 12 horas morre um menor, no Brasil, vítima dos esquadrões de extermínio.”*<sup>454</sup>

Numa realidade como a brasileira, isto é, numa sociedade marcada pelo ferro em brasa da injustiça social, da concentração da renda e da propriedade, na qual o poder do Estado é praticamente apropriado por algumas oligarquias, o conceito de ordem pública, que é fator de orientação logística das instituições policiais, deve incorporar a exigência de um compromisso ético com a emancipação dos setores marginalizados. Para fins de orientar a “ratio essendi” e o “modus operandi” dos setores policiais, a afirmação e o respeito da cidadania de todos os indivíduos, sem qualquer discriminação, é uma premissa inderrogável.

---

<sup>454</sup> Cf. Cel. PM-MG José do ESPÍRITO SANTO. Op. Cit., p. 30.

Tudo o que afirmamos a respeito da redefinição do significado de ordem pública nos remete-nos diretamente a considerar um outro aspecto relevante do princípio da “despolicialização” no Direito da Criança e do Adolescente. Trata-se de saber como este princípio se reflete no significado e no papel das instituições policiais frente a este novo Direito, frente à criança e ao adolescente vistos como partícipes do pacto social e político do Estado de Direito, e, conseqüentemente, como titulares de direitos fundamentais na ordem democrática.

Este é certamente um dos pontos mais polêmicos do debate que envolve a eficácia social do Direito da Criança e do Adolescente. Dentre os inúmeros motivos que poderiam ser nomeados para justificar o que acabamos de afirmar, destacamos dois que nos parecem mais relevantes:

a) o fato de que o Direito da Criança e do Adolescente é um sistema jurídico determinado a garantir a concretização de uma Política de Direitos Fundamentais;

b) o fato de que a história do Poder Policial em nosso país é a história de uma instituição pública que se tem caracterizado como braço repressivo do poder estatal, implicado com o poder social dominante. O Estado brasileiro, conforme já foi demonstrado, nasceu do ventre das elites rurais, comerciais, industriais e financeiras, e cresceu sob os seus afagos. O Aparelho de Estado policial tem parte nisso, como um dos aspectos dessa realidade sócio-política, como um dos seus “braços armados”, uma de suas mais contundentes implicações e garantias.

Não há novidade na afirmação que acabamos de fazer sobre a tendência funcional do sistema policial brasileiro para o arbítrio e a ilegalidade (abuso de autoridade). Na literatura especializada, oriunda do próprio meio policial, esta ligação “polícia/autoritarismo” já foi objeto de abordagem crítica. Neste sentido, podemos reportar-nos, por exemplo, a CERQUEIRA, que assim se manifesta: *“Sobre as polícias brasileiras, cabe ressaltar a sua notada dificuldade em trabalhar dentro dos preceitos legais, acostumadas que foram a operar em regimes autoritários e fortemente arbitrários. Não*

*foram acostumadas ou treinadas para atuar em regimes de democracia plena em que os direitos da cidadania devem ser respeitados.”*<sup>455</sup>

A partir desta constatação, CERQUEIRA chama a atenção para a necessidade das instituições policiais se adaptarem ao regime da legalidade democrática, trabalhando com a hipótese dos policiais atuarem como operadores sociais, levando em conta “*que da sua ação dependerá a liberdade, a segurança, a justiça e a solidariedade, aspirações máximas do cidadão.*” No que se refere à relação das Polícias com o segmento infanto-juvenil, tendo em conta a realidade do Rio de Janeiro, CERQUEIRA trabalha com dados que demonstram o grande envolvimento do policiamento ostensivo com crianças e adolescentes em “ocorrências não criminosas”.

*“O relatório plurianual de ocorrência da PMERJ, período 1982/1986, aponta no grupo ‘ocorrências não-criminosas’, no item encaminhamento de menor, o número de 20.118 (vinte mil, cento e dezoito) encaminhamentos no período citado, registrando uma média de aproximadamente 4.000 (quatro mil) encaminhamentos por ano.”*

Apesar disso, parece-nos correta a sua observação no sentido de que, de maneira geral, os setores policiais não são preparados para trabalhar como agentes de proteção, como agentes da segurança pública, com conotação de segurança social. Baseando-se em fontes que exploram os efeitos negativos de um primeiro contato de uma criança ou de um adolescente com um sistema policial sem o devido treinamento para interagir numa relação entre cidadãos,<sup>456</sup> o autor observa que a alternativa do policial como “operador social” é a

---

<sup>455</sup> Cf. Cel. PM-RJ Carlos Magno Nazareth CERQUEIRA. “A polícia frente ao estatuto da criança e do adolescente”. In: **O policial militar e o estatuto da criança e do adolescente**. Estado de Santa Catarina – Secretaria da Segurança Pública, p. 39.

<sup>456</sup> Uma dessas fontes, Raymond Clift, observa o autor “*chama a atenção também para a importância do trato da polícia com o menor, por ser ele a primeira a entrar em contato com ele; “a forma como a detenção é feita produz no menor infrator uma profunda impressão e afeta a atitude que vai assumir durante toda a sua vida para a sociedade e a lei” (pág.257)*. Outra importante fonte bibliográfica adotada por CERQUEIRA, são os escritos de Kenney e Pursuit: “*El hecho de un adolescente se vea envuelto en el sistema de justiça juvenil depende ordinariamente del resultado de un encuentro con la policía. Esos encuentros son muy frecuentes, especialmente em el centro extremadamente poblado de las ciudades. Algunos son consecuencia de un acto criminal de proporciones significativas: se há sorprendido al adolescente in flagrante, se el está buscando o hay razón para sospechar de su culpabilidad, según la descripción hecha por el denunciante” (pág.50).*” (“*O fato de um adolescente ver-se envolvido com o sistema de justiça juvenil depende ordinariamente do resultado do encontro com a polícia. Estes encontros são mais frequentes, especialmente nos centros urbanos extremamente populosos. Alguns são resultado de uma ação delituosa de proporções significativas: o adolescente foi surpreendido em flagrante delito, está sendo procurado ou há*

que mais se ajusta ao espírito de uma ordem jurídica preocupada em abandonar o enfoque repressivo. Fica claro na exposição de CERQUEIRA que a repressividade do contato do policial com crianças e adolescentes, especialmente no casos de “meninos” e/ou “meninas de rua” que são alvo de sua atuação profissional é um dado histórico que advém da tradição menorista.

*“O trabalho da PM se resumia no encaminhamento do menor e, em alguns casos (graves), no chamado “combate” com o menor delinqüente. Não havia grande interesse em qualquer trabalho tipo “assistencial” como o menor em situação irregular.”<sup>457</sup>*

Relatando interessante experiência da Polícia Militar do Rio de Janeiro, nos anos 80 – o “SIM” – NÚCLEO DE SEGURANÇA INTEGRADA COM O MENOR” – CERQUEIRA destaca alguns dados de um importante levantamento feito na época sobre a atuação da Polícia Militar-RJ no campo do Direito do Menor:<sup>458</sup>

a) Era desprezível o percentual de “menores infratores” com os quais a PM se deparava “no dia a dia de sua atividade”.

*“Não era só de adolescentes infratores a clientela da PM; há uma população de jovens nas ruas, vivendo, brincando, trabalhando e às vezes assustando gente grande que chama polícia para espantá-los. Viu-se que tinha que se pensar como trabalhar com esses menores e com aqueles maiores.”*

b) *“a grande maioria dos menores de/da rua temem a figura da PM (mesmo aqueles que nunca tiveram contatos diretos com policiais)”.*

Lamenta o autor que este quadro era freqüentemente agravado por *“desastrosas intervenções policiais, às vezes violentas e sempre realçadas pelos órgãos de comunicação social.”*

c) *“Mais de 95% de crianças institucionalizadas adentraram ao sistema pelas mãos da PM”*”

---

*razão para suspeitar-se de sua autoria, segundo a descrição feita pelo denunciante.”*) (tradução do autor).  
Op. Cit., p. 41, sic.

<sup>457</sup> Cf. CERQUEIRA. Op. Cit., p. 45.

<sup>458</sup> Ibidem, p. 46-47.

d) “A PM não possuía uma sistematização na abordagem, condução e na postura diante da criança.”

e) “A maioria das polícias é detentora de fortes preconceitos em relação ao menino de rua, relacionando-o com a figura do marginal.” (sic).

Quanto a este ponto, observa CERQUEIRA que o preconceito dos setores policiais para com meninos e meninas de rua era uma das “razões para a violência muitas vezes apontada da polícia contra os jovens. Por outro lado, a maneira como a comunidade percebe os meninos de rua não é muito diferente, gerando pressões em cima do órgão policial para detê-los.”

Os elementos teóricos e os dados da realidade constantes do interessante artigo de CERQUEIRA demonstram a necessidade de uma profunda e urgente mudança de mentalidade das instituições policiais em geral no que se refere ao seu contato institucional com a realidade da criança e do adolescente, e, mais propriamente, com as exigências previstas nas normativas nacional e internacional que formam o Direito da Criança e do Adolescente. Tanto a Polícia Militar, quanto a Polícia Civil têm muito a fazer para se transformarem em instituições compatíveis com a nova ordem jurídica. O Direito do Menor funcionava como uma “Carta branca” para a intervenção das polícias como uma força bruta a serviço de condicionamentos culturais e posicionamentos jurídico-políticos que viam nos “menores irregulares” nada mais que “objetos” de suspeita, prisão, revista etc.. A discricionariedade atuava com grande desenvoltura, criando uma cultura de tolerância, que chegava até o Ministério Público e o Judiciário. Eram raras as exceções em sentido contrário!

Nos Estados Unidos, observa CERQUEIRA, dois casos paradigmáticos serviram como marcos históricos para estabelecer uma dimensão jurídica corretiva dos desmandos das autoridades no seu contato com adolescentes. No primeiro caso – “Miranda vs Arizona” (1966), a Suprema Corte decidiu que qualquer suspeito detido pela polícia tem direito a ser notificado do seguinte:

que tem direito a ficar calado;



se falar, deve ficar sabendo que o que disser poderá ser utilizado nos tribunais;  
tem direito a consultar um advogado durante seu interrogatório na polícia;  
que se não puder contratar os serviços de um advogado, tem direito a um defensor público.”

Por sua vez, o caso “GAULT” (1967), foi a oportunidade para a Suprema Corte americana firmar posição no sentido de que os adolescentes têm os mesmos direitos constitucionais dos adultos: direitos ao contraditório, direito a uma cópia dos procedimentos e direito a pedir revisão da decisão judicial.

Tendo como referência estes dois precedentes da Suprema Corte do Estados Unidos, em tom de visível descontentamento com o que ocorreu e ainda ocorre em nosso país, em matéria de observância, pelo sistema policial, do que dispõe o Direito da Criança e do Adolescente, o nosso autor argumenta:

*Esses exemplos aparecem na literatura especializada como marcos das garantias individuais, ressaltando-se o esforço policial para a eles se adequarem. Quando se observa o que acontece no Brasil, nós não podemos falar com a mesma segurança. O que se vê por aqui, e se viu durante aprovação da Constituição, foi a reserva de certos setores da polícia criticarem quanto à garantia de um elenco de direitos individuais, alguns semelhantes aos obtidos no “caso Miranda”, argumentando que tais direitos dificultariam a ação policial e favoreceriam os criminosos.*

*Acredito que a falta de treinamento do brasileiro para a convivência democrática, o hábito da polícia em atuar de forma marcadamente autoritária e arbitrária, além da tolerância da justiça para com essas práticas, vêm sendo um dado importante a ser considerado, sob pena de se verem frustradas todas as tentativas para a adequação das práticas policiais aos regramentos constitucionais.*

*Agora mesmo estamos sob impacto do relatório da Anistia Internacional, apontando para a violência da polícia brasileira. Julgo oportuno essas considerações para se ter pronto conhecimento das dificuldades que serão encontradas na transformação das práticas policiais.<sup>459</sup>*

Esta análise feita por CERQUEIRA está de acordo com o ponto de vista defendido neste trabalho quando afirmamos que o Direito da Criança e do Adolescente exige das instituições policiais uma profunda revisão do exercício do poder policial na presença ou

---

<sup>459</sup> Cf. CERQUEIRA. Op. Cit., p. 50-1.

em relação a crianças e adolescentes, independentemente da natureza do fato que motivou a sua intervenção.

A normativa que compõe este novo Direito assegura que toda criança e todo adolescente é sujeito de Direitos Fundamentais, é titular de todos os direitos cabíveis aos adultos. Além disso, é titular de direitos especiais, decorrentes de sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento. A Polícia tem função social relevante na prevenção e na correção dos desvios de conduta no contexto da ordem democrática vigente no país. E é disso que deve cuidar. E é para isso que deve estar preparada, aparelhada, aperfeiçoada.

As “Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça de Menores (Resolução 40/33, de 29 de novembro de 1985) – “Regras de Beijing” -, que integram o sistema da Convenção, que são referência normativa para o pensarmos o tema da “despolicialização”, determinam que, tanto a exposição de crianças e adolescentes ao sistema penal, quanto o contato que eles possam ter com o aparelho policial deve observar o princípio *excepcionalidade*. Além disso, nos casos em que este em este contato for indispensável, como ocorre com os adolescentes em conflito com a lei, por envolvimento com a prática de atos infracionais, as “Regras de Beijing” manifestam a preocupação da Comunidade Internacional com a adequada formação e capacitação dos agentes policiais. Neste sentido, expressa a regra 12.1, do referido Documento de Direito Internacional:

*“Para melhor desempenho de suas funções, os policiais que tratem freqüentemente ou de maneira exclusiva com menores ou que se dediquem fundamentalmente à prevenção da delinqüência de menores, receberão instrução e capacitação especial. Nas grandes cidades, haverá contingentes especiais de polícia com esta finalidade.”*<sup>460</sup>

Finalizando esta análise do princípio jurídico da “despolicialização”, um dos princípios concretizantes do Direito da Criança e do Adolescente, desejamos enfatizar que compete à Polícia um dos papéis mais importantes na implementação da Doutrina da Proteção Integral e na efetivação da cidadania das crianças e dos adolescentes com os quais freqüentemente depara no seu cotidiano.

---

<sup>460</sup> Cf. “Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça de Menores”. Tradução de Maria Josefina Becker. (Série Documentos nº 2). FUNABEM, 1988.

Se é certo que a Polícia não faz assistência social, no sentido rigoroso desta expressão, como já lembramos, também é certo que não lhe cabe ser instrumento de autoritarismo, de arbitrariedade, ou ser agente de ameaça ou efetiva violação dos Direitos Humanos, dos Direitos Fundamentais e suas Garantias. Na ordem jurídica do Estado Democrático de Direito, o papel do aparelho policial deve cingir-se aos princípios que caracterizam a legalidade democrática.

Neste caso, ordem pública e cidadania são conceitos que se complementam, estando a atuação das instituições policiais subordinadas a esta perspectiva jurídico-política. Nenhuma constituição democrática autoriza a escolha entre a “assistência social” e a “violência oficial”. Em vez disso, toda constituição democrática é visceralmente contrária a este falso dilema. Na legalidade democrática, mormente quando o sistema da constituição atribui à pessoa humana a condição de valor central da ordem social em geral, e das ordens jurídica e política em especial, como é o caso brasileiro, compete à Polícia (Civil, Militar etc.), atuar em defesa da ordem com cidadania. Para isso, conforme arremata CERQUEIRA,

*É preciso inovação; é preciso crescer como instituição prestadora de serviços públicos; é preciso rever as suas práticas autoritárias e violentas que nada acrescentam em termos de prevenção da criminalidade, é necessário portanto se preparar para operar em um regime democrático, que acredita que o respeito aos direitos humanos (políticos, sociais e individuais) inscritos na nossa Carta Magna seja o único caminho para construir um país de cidadania plena para todos os seus filhos, jovens e adultos.<sup>461</sup>*

Um derradeiro lembrete: No Estado Democrático de Direito não há como fugir ao princípio fundamental de que a dignidade da pessoa humana é o valor de maior densidade ética, jurídica e política, pois a pessoa é o polo de irradiação de todas as instituições sociais. A Política de reconhecimento, proteção e aperfeiçoamento dos Direitos da Pessoa Humana deve orientar todas as ações relativas à manutenção da ordem pública. Ordem pública e cidadania, segurança pública e segurança social, polícia e legalidade democrática, eis aqui, três binômios inseparáveis do imaginário institucional das polícias e do cotidiano de órgãos e agentes no Estado Democrático de Direito. Estes postulados éticos, jurídicos e políticos, que visam a uma redefinição profunda do Poder Policial no Estado Democrático de Direito,

---

<sup>461</sup> Cf. CERQUEIRA. Op. Cit., p. 55.

ganham relevância especial quando se trata de considerar o papel que o Direito da Criança e do Adolescente reserva ao sistema de Segurança Pública na salvaguarda da cidadania infanto-juvenil.

## 4.6 PRINCÍPIO DA HUMANIZAÇÃO

### 4.6.1 Introdução

O Princípio da Humanização é próprio das ordens sociais centradas na pessoa humana como o fundamento axiológico que determina o caráter organizacional e funcional das instituições. Nesses sistemas a pessoa humana deve ser considerada o valor-fonte de todos os valores. À sua volta, como observa REALE, orbitam “*os círculos axiológicos múltiplos da comunidade.*”<sup>462</sup>

No significado básico de plataforma ético-social em defesa da pessoa humana, podemos afirmar que esse princípio é uma questão recorrente na História da Civilização. No pensamento moderno, o princípio da Humanidade constituiu um dos aspectos do imaginário revolucionário que abalou as estruturas do chamado “Antigo Regime” e determinou a emergência de um novo modelo de civilização fundado no reconhecimento dos direitos inatos (depois, Fundamentais) do indivíduo.

Neste cenário histórico, explica BURNS, o termo “Humanismo” não era unívoco, mas tinha um sentido técnico e um sentido geral. Em seu sentido técnico, prossegue o autor,

*[...] o humanismo era um programa de estudos que visava a substituir a ênfase da escolástica medieval na lógica e na metafísica pelo estudo da linguagem, da literatura, da história e da ética. Preferia-se sempre a literatura antiga: o estudo do latim clássico constituía o núcleo do currículo e, sempre que possível, o estudante devia passar ao grego. Os mestres humanistas afirmavam que a lógica escolástica era demasiado árida e irrelevante para a vida prática; preferiam, ao invés, as "humanidades", destinadas a*

---

<sup>462</sup> Cf. REALE, Miguel. Apud ANDRADE. Op. Cit., p. 119.

*tornar seus alunos virtuosos e a prepará-los para melhor servirem às funções pública do estado.*

Já na acepção geral, o termo "humanismo", indicava uma ênfase na:

*[...] "dignidade do homem", considerado a mais excelente de todas as criaturas de Deus, abaixo dos anjos. Alguns pensadores da Renascença julgavam que o homem era excelente porque somente ele, dentre as criaturas terrenas, era capaz de chegar ao conhecimento de Deus; outros salientavam a capacidade do homem para dominar seu destino e viver com felicidade no mundo. De um ou de outro modo, os humanistas da Renascença nutriam a firme convicção na nobreza e nas possibilidades da raça humana.<sup>463</sup>*

A partir do seu "sentido geral", por volta do século XIV, o Humanismo se expandiu pela Europa Ocidental integrando o processo histórico de lutas contra a cultura e as estruturas de poder social e político assentadas na autoridade dos reis e na simbologia teológica. Paralelamente, o Humanismo significou o advento do "Homem novo", ou seja, a glorificação do "indivíduo humano" como um ser livre e racional, por natureza.

No decorrer dos séculos XV a XVIII, esse processo de humanização da cultura na Europa Ocidental representou o enaltecimento dos valores éticos, das potencialidades e dos feitos do novo "senhor do mundo"<sup>464</sup> que ganhou cada vez mais visibilidade no pensamento jurídico e político da modernidade. Com base na "ruptura renascentista", a prevalência do "humano" na gênese e no desenvolvimento da Modernidade, foi ressaltada nas principais formas de manifestação cultural: na literatura e na arte renascentista, no pensamento religioso da Reforma, na Filosofia do Direito e do Estado etc.

Na Filosofia do Direito e do Estado, a idéia-chave de que o Homem era um ser naturalmente racional e livre, portador de direitos inatos, constituiu a essência da

---

<sup>463</sup> Cf. BURNS, Edward McNall; LERNER, Robert E.; MEACHAM, Standish. **História da civilização ocidental: do homem das cavernas às naves espaciais.** Tradução de Donaldson M. Garschagen. 29. ed. Porto Alegre/Rio de Janeiro: Globo, 1986. v. 1, p.345.

<sup>464</sup> O "espírito humanista", no sentido de "glorificação do Homem", está muito bem representado por este trecho de Shakespeare, em Hamlet (II, 2), transcrita na obra "História da Civilização Ocidental: do homem das cavernas às naves espaciais", de BURNS et al., à pg. 343. "Que obra-prima é o homem! Como é nobre pela razão" Como é infinito em faculdade! Em forma de movimentos, como é expressivo e maravilhoso! Nas ações, como se parece com um anjo! Na inteligência, como se parece com um deus! A maravilha do mundo! Protótipo dos animais!" .

plataforma ideológica que estava destinada a ser um dos principais fundamentos do Estado e do Direito Moderno. Neste particular, os humanistas tiveram papel relevante na formulação dos fundamentos filosóficos, jurídicos e políticos da modernidade. Por um lado, esses pensadores combateram o imaginário que dava sustentação ideológica às instituições vigentes. Em última análise, segundo o discurso oficial, estas instituições derivavam sua legitimidade do poder de Deus. Por outro, participaram na formulação das bases teóricas que iriam criar as condições adequadas às reformas institucionais em prol da liberdade individual e da defesa de outros valores fundamentais da pessoa humana, contra as iniquidade da ordem estabelecida.

Neste panorama geral extremamente sucinto sobre o papel histórico desempenhado pelo princípio da Humanização, é importante observarmos que foi especialmente através da crítica às legislações penais que o princípio da Humanização se firmou como bandeira da racionalidade moderna na defesa da pessoa humana. Empenhada em destruir os últimos vestígios das relações feudais e em combater a “Lei das Monarquias absolutas”, a Burguesia oitocentista concentrou-se no caráter desproporcional, cruel, humilhante ou degradante das penas. Neste conflito envolvendo os valores do “Antigo Regime” e da “Ordem Burguesa”, a presença do “Homem-novo”, como conceito operacional e referência axiológica, foi decisiva para a consagração iluminista do princípio de Humanidade.

*A consagração do princípio de humanidade no direito penal moderno, deve-se ao grande movimento de idéias que dominou o século XVII e XVIII, conhecido como iluminismo. Os arautos do pensamento iluminista advogavam a transformação do Estado, partindo de suas idéias fundamentais. De um lado a afirmação da existência de direitos inerentes à condição humana, e de outro lado a elaboração jurídica do Estado como se tivesse origem em um contrato, no qual, ao constituir-se o Estado, os direitos humanos seriam respeitados e assegurados. Daí um direito penal vinculado a leis prévias e certas, limitadas ao mínimo estritamente necessário, sem penas degradantes.<sup>465</sup>*

Desde a sua inserção na ordem jurídica do Estado de Direito, o princípio de Humanidade tem exercido um papel de grande relevância na proteção da pessoa humana

---

<sup>465</sup> Cf. LUISI, Luiz. **Os princípios constitucionais penais**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991. p. 32.

contra todas as formas de repressão, exploração e opressão, funcionando como uma regra de ouro das Constituições contemporâneas, bem como dos Documentos Internacionais sobre Direitos Humanos. Através dele tem-se resguardado a pessoa humana contra penas e procedimentos cruéis e incomuns,<sup>466</sup> contra a tortura ou qualquer tratamento ou castigo cruel, desumano e degradante,<sup>467</sup> contra tratamento que represente violação do respeito devido à dignidade da pessoa humana<sup>468</sup> etc..

#### 4.6.2 O “Princípio da Humanização” no Processo Histórico Brasileiro: Breves Anotações

Ressalvando-se o Código Criminal do Império (1830), a Constituição de 1937 e a Emenda Constitucional de 1969, podemos dizer que o princípio da Humanização incorporou-se no nosso imaginário jurídico. Na área penal, por exemplo, sua presença tem sido marcante na defesa da proporcionalidade ou justiça das penas, na rejeição à pena de morte<sup>469</sup>, na gradativa democratização e humanização dos procedimentos (inquérito policial, processo penal, execução penal etc.) e em tantas outras frentes de afirmação e defesa da dignidade da pessoa humana.

Nessa linha de cultura e política jurídica que consolidam o lugar da pessoa humana como “valor-fonte” de todos os valores e afirmam a prevalência dos Direitos Humanos e

---

<sup>466</sup> Cf. Emenda VIII à Constituição da Filadélfia, ratificada em 1791.

<sup>467</sup> Cf. Artigo 5º da Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948) e inciso II, do art.5º, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

<sup>468</sup> Cf. Artigo 10, I, do Pacto sobre Direitos Políticos e Cívicos (Nações Unidas).

<sup>469</sup> Sobre isso, na obra “Os princípios constitucionais penais”, de Luiz LUISI assim se manifesta: *“Em nosso país, a pena de morte estava prevista no Código Criminal do Império de 1830. Todavia ocorreu a sua revogação de fato, a partir de 1851, quando foi, em cumprimento de sentença, executado o fazendeiro fluminense Mota Coqueiro. Tendo sido provado, após o enforcamento que Mota Coqueiro não fora o autor do delito que lhe havia sido atribuído, e que sempre negara, o Imperador Dom Pedro II passou sistematicamente a comutar as penas de morte em galés perpétuas. Nos cem anos de República, e de muitas Constituições, apenas a de 10 de novembro de 1937, não inseriu no seu texto a proibição da pena de morte, ressalvados para certos delitos previstos na legislação penal militar, quando cometidos em tempo de guerra externa. Também na Emenda Constitucional nº 9 – de 19 de outubro de 1969 não se encontra norma proibitiva da pena de morte. A primeira Constituição Republicana dispunha que ficava “abolida a pena de morte, ressalvadas as disposições legais da legislação penal militar em tempo de guerra”, no parágrafo 21, do artigo 72. A Constituição de 16 de julho de 1934 em seu artigo 113, inciso 28 diz claramente que não haverá pena de morte, ressalvadas as disposições da legislação penal militar em tempo de guerra com países estrangeiros.” A Carta Magna de 18 de setembro de 1946, e a de março de 1967, repetem, usando a mesma linguagem, o disposto a respeito na Constituição de 1934. (Op. Cit., p. 34).*

dos Direitos Fundamentais sobre questões antes tidas como inderrogáveis, como o dogma da soberania dos Estados, a Constituição de 1988 contemplou princípio de Humanização em diversos contextos e para múltiplos fins. No referente ao *contexto geral*, podemos destacar três momentos em que o princípio de Humanidade se faz presente em nossa Constituição Cidadã:

a) no art. 1º, o texto constitucional prescreve que a “DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA” é um dos **fundamentos** da República Federativa do Brasil, constituída em “Estado Democrático de Direito”;<sup>470</sup>

b) no art.3º, a Constituição ressalta o papel da pessoa humana como valor-fonte da ordem social, jurídica e política, dispondo que entre os **objetivos fundamentais** do Estado Brasileiro estão a **erradicação da pobreza e da marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais (inciso III)**, bem como a **promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (inciso IV)**;

c) no art. 4º, ao tratar das relações internacionais da República Federativa do Brasil, a Constituição prescreve que estas relações ficam subordinadas “à *prevalência dos direitos humanos*”, estabelecendo como um dos requisitos da participação do Brasil na Comunidade Internacional, um posicionamento decisivamente subordinado ao que podemos denominar uma “Política de mundialização dos Direitos Fundamentais da Pessoa Humana”.<sup>471</sup>

---

<sup>470</sup> “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] III – a dignidade da pessoa humana.”

<sup>471</sup> A expressão “Política de mundialização dos Direitos Fundamentais da Pessoa Humana”, remete-nos a uma tese defendida pelo pensamento jurídico e político crítico da atualidade no que concerne ao movimento de reação contra a chamada “globalização neoliberal”, entendida esta como o inevitável processo de expansão capitalista em escala mundial, vulgata burguesa formulada e difundida pelo pelos ideólogos do mercado onipotente, onipresente, onisciente. Como explica Edmundo Lima de ARRUDA JÚNIOR, não é correto falar em “globalização”, como se este termo tivesse um sentido único, unilateral e unívoco. São vários os processos de globalização. Assim, por exemplo, sob o ponto de vista das lutas populares, dos movimentos de defesa e promoção dos Direitos Humanos, sob o prisma dos oprimidos - cerca de 2/3 da humanidade -, o que “reivindica é a mundialização da cidadania, a globalização da democracia como valor universal. O sentido da globalização querida pelos trabalhadores diz respeito à emancipação e não à alienação de seres humanos. Enquanto a direita quer mais uma vez universalizar o seu sentido de globalização neoliberal, nós queremos a universalização de maiores graus de liberdade e igualdade. Queremos a democracia, formalizada em constituições compromissárias, marcadas “pela força normativa



Relativamente à aplicação do princípio de Humanização ou de Humanidade a contextos jurídicos especiais, lembramos várias menções do art. 5º da nossa Carta Política que representam a irradiação do valor que a pessoa humana tem no Estado Democrático de Direito, como titular de Valores e Direitos Fundamentais.

- O inciso III, que proíbe a tortura ou qualquer tratamento desumano ou degradante na esfera jurídico-penal;
- os incisos VI, X, XI e XII, que protegem a pessoa humana no que diz respeito à inviolabilidade da liberdade de consciência e de crença, da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem; da casa, como asilo do indivíduo, do sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, dos dados e das comunicações telefônicas;
- o inciso XLI, que veda qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais;
- o inciso XLII, que prevê a inafiançabilidade e a imprescritibilidade da prática do crime de racismo;
- o inciso XLV, que determina que nenhuma pena passará da pessoa do condenado;
- o inciso XLVI, que trata da individualização da pena;
- o inciso XLVII, considerado pela Doutrina uma situação em que o princípio de humanidade assume especial relevância na atual ordem constitucional brasileira. Através dele a Constituição determina que não haverá penas (i) de morte, salvo em caso de guerra declarada nos termos do art.84, XIX; (ii) de caráter perpétuo; (iii) de trabalhos forçados; (iv) de banimento; e (v) cruéis;
- o inciso XLIX, que assegura aos presos o respeito à sua integridade física e moral;

---

*irradiante dos princípios constitucionais, mormente pelos princípios estruturantes da República, dentre os quais os princípios fundamentais da dignidade da pessoa humana, da cidadania, da erradicação da pobreza, da redução das desigualdades sociais e o da construção de uma sociedade livre, justa e solidária." (Cf. ARRUDA JR. no artigo "Os caminhos da globalização: alienação e emancipação" - Revista jurídica da UNIDERP - Universidade para o Desenvolvimento do Estado e da Região do Pantanal. v. 1, n. 1, jun. 1998. Campo Grande: UNIDERP, 1998, p. 82).*

- o inciso L, no qual se garante que “às *presidiárias serão asseguradas condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação*”.

Afora o caso do artigo 5º e de todo o Título II, em que Constituição se refere especificamente aos Direitos e Garantias Fundamentais, ainda encontramos no texto constitucional outras disposições que abrigam o princípio de Humanização.

- o art.170, “caput”, que subordina a “Ordem Econômica” à **valorização do trabalho humano, à concretização de vida digna para todos, conforme os ditames da justiça social, observada, quanto à propriedade, a sua função social, quanto às relações de produção e distribuição de bens econômicos, a defesa do consumidor, quanto ao desenvolvimento social, a redução das desigualdades regionais e sociais, quanto ao mercado de trabalho, a busca do pleno emprego;**

- o artigo 196, que estabelece a saúde como um direito de todos e dever do Estado; o art. 205, que prevê o mesmo caráter universal do direito à educação, e o comprometimento do Estado e da família na sua concretização;

- o artigo 220, que abre o Capítulo sobre a “Comunicação Social”, o texto constitucional prescreve: “*a manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto na Constituição*”. Além desta regra especial, comprometida em valorizar e preservar a livre manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, o texto constitucional prevê mecanismos de proteção da sociedade contra programas ou programações de rádio e televisão que representem violação ao princípio que manda respeitar aos *valores éticos e sociais da pessoa e da família*. A Constituição também se preocupa com a veiculação de propaganda de produtos, práticas e serviços que possam ser nocivos à saúde e ao meio ambiente (art . 220, § 3º, II, *in fine*, e § 4º).

#### 4.6.3 O “Princípio da Humanização” no Direito da Criança e do Adolescente

*“A humanização é o princípio da presente constituição no art. 227. Aspecto filosófico fundamental. No código,<sup>472</sup> nós temos o que? Não temos nenhuma referência à humanização. Nós temos o “mito conveniente” do “interesse do menor”, mas na prática, a defesa social, a proteção dos interesses dos grupos dominantes na sociedade, a proteção daquilo que é considerado normal, regular. E os pobres são considerados anormais e irregulares.”<sup>473</sup>*

No significado sócio-jurídico mais adequado ao Direito da Criança e do Adolescente como “*lei de função social*”, “*sistema de Direitos Fundamentais*” e “*Direito garantista*”, devemos atribuir-lhe a condição de instrumento destinado à redefinição dos padrões de organização e funcionamento da sociedade brasileira, tendo por referência os valores fundamentais da criança e do adolescente na condição peculiar de pessoas em desenvolvimento.

É neste âmbito conceitual e ético-social que o princípio da Humanização adquire consistência epistemológica e dignidade política, como critério de compreensão e, portanto, determinante, das melhores condições de decidibilidade do Direito da Criança e do Adolescente.

Segundo RIVERA, o princípio da Humanização se confunde com o próprio enunciado do art. 227, da Constituição<sup>474</sup> e significa que a Sociedade em geral e o Poder Público têm o dever jurídico de ver em toda criança e adolescente, como pessoas humanas em desenvolvimento que são, centros axiológicos da ordem social e política. Neste caso “humanizar” corresponde a “garantir a efetividade” constitucionalmente adequada dos Direitos Fundamentais e o atendimento, em condições de liberdade e dignidade, das necessidades básicas do segmento infanto-juvenil. Isso implica mudanças radicais na forma de pensar e de agir da Sociedade e do Poder Público, impregnadas que foram, durante o passado menorista, por concepções e práticas sociais incompatíveis com os compromissos impostos pela nova ordem jurídica. Seria o mesmo que dizer: “Adultos em

---

<sup>472</sup> Aqui o autor se refere ao Código de Menores de 1979, última legislação menorista em vigor no Brasil. Através dele foi institucionalizada em nosso país a “*Doutrina Jurídica da Situação Irregular*”.

<sup>473</sup> Cf. RIVERA. Op. Cit., p. 50.

<sup>474</sup> Cf. RIVERA. Op. Cit., p. 50.

miniatura, nunca mais"! Se são pessoas humanas, a criança e o adolescente devem ser considerados na sua dignidade, na sua liberdade, em todos os seus valores fundamentais; devem ser ouvidos, levando-se em conta suas opiniões acerca dos seus interesses, das suas expectativas, das suas necessidades, dos seus direitos, ou seja, não basta que sejam ouvidos, é necessário que, além de ouvi-los, os adultos estejam dispostos a aprender com eles.<sup>475</sup> Por isso não cansamos de ressaltar que, diante de uma tradição menorista que negou aos chamados "menores irregulares" o acesso ao mínimo da proteção jurídica devida pelo Estado de Direito, o Direito da Criança e do Adolescente, tem o efeito de uma "Revolução Francesa" tardia em favor do segmento infanto-juvenil. Foi essa Revolução que inaugurou o conceito moderno de cidadania,<sup>476</sup> forjando condições para que a pessoa humana se transformasse no centro das questões sociais e políticas. Por isso vemos o conteúdo básico desse novo Direito, enquanto expressão sócio-jurídica do princípio da Humanização como a afirmação da personalidade humana da criança e do adolescente, finalmente chamados ao encontro com o Estado de Direito, com a Democracia e com a cidadania.

Ademais, se reconhecemos que crianças e adolescentes são pessoas humanas para todos os efeitos, o princípio da Humanização exige que sejam efetivamente protegidos contra todas as situações que impliquem a desconsideração de sua personalidade, dignidade e liberdade. Justamente por isso, o Estatuto da Criança, no art. 5º, reportando-se à parte final do art. 227, da Constituição, prescreve: **"Nenhuma criança ou adolescente será**

---

<sup>475</sup> Neste sentido, observa BARATTA: "*Pero este deber no se puede reducir a la pura libertad del niño a expresar su experiencia a los otros niños y a los adultos, sino que significa en concreto, el deber del adulto de aprender de los niños, es decir, de penetrar cuanto sea posible al interior de la perspectiva de los niños, medir a través de ello la validez de sus propias (del adulto) opiniones y actitudes y estar dispuesto a modificarlas.*" ("Porém, este dever não pode reduzir-se à pura liberdade da criança expressar sua experiência a outras crianças e aos adultos; significa, concretamente, o dever do adulto aprender com as crianças, isto é, mergulhar o quanto seja possível na perspectiva das crianças, mensurar através delas a validade de suas próprias opiniões (do adulto) e atitudes e estar disposto a modificá-las." (tradução do autor). Cf. BARATTA. Op. Cit., p.54.

<sup>476</sup> A menção que fazemos à "Revolução Francesa" no sentido que lhe conferimos no texto inspira-se em afirmação já feita por Emílio García Méndez com finalidade semelhante. Na ocasião, realçando o papel e a importância da Convenção, MÉNDEZ declarou: "*Eu próprio costumo repetir que a Convenção Internacional dos Direitos da Criança é a Revolução Francesa que chega à infância 200 anos depois. É justamente a Revolução Francesa que inaugura o conceito moderno de cidadania. Conceito na sua essência jurídica, mas do qual, quando fazemos uso primordialmente político e cultural, tendemos a esquecer as suas raízes jurídicas.*" (MÉNDEZ, Emílio García. Conferência magna: sistema de garantia dos direitos. In: CONFERÊNCIA NACIONAL DOS DIREITOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE, 2, 1997, Brasília. Anais... Brasília: MJ/SN/DH/CESPE, UnB, 1997, p. 31).

**objeto de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão...”.**

O princípio da Humanização é uma das referências valorativas fundamentais do sistema jurídico da Convenção Internacional dos Direitos da Criança. Podemos ver isso em várias passagens desse “Tratado de Direitos Humanos”, a começar pelo seu “Preâmbulo”, conforme destacamos a seguir:

**Preâmbulo:**

a) *“a justiça e a paz no mundo se fundamentam no reconhecimento da dignidade inerente e dos direitos iguais e inalienáveis de todos os membros da família humana”*,

b) *“que os povos das Nações Unidas reafirmam na Carta sua fé nos direitos fundamentais do homem e na dignidade e no valor da pessoa humana, e que decidiram promover o progresso social e a elevação do nível de vida com mais liberdade.”*,

**Art. 37:**

*“Os Estados Partes zelarão para que:*

a) *nenhuma criança seja submetida à tortura nem a outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes. Não será imposta a pena de morte nem a prisão perpétua sem possibilidade de livramento por delitos cometidos por menores de dezoito anos de idade;*

b) *Nenhuma criança seja privada de sua liberdade de forma ilegal e arbitrária. A detenção, a reclusão ou a prisão de uma criança serão efetuadas em conformidade com a lei e apenas como último recurso, e durante o mais breve período de tempo que for apropriado;*

c) *Toda criança privada da liberdade seja tratada com humanidade e o respeito que merece a dignidade inerente a toda pessoa humana, e levando-se consideração as necessidades de uma pessoa de sua idade. Em especial, toda criança privada de sua liberdade ficará separada dos adultos, a não ser que tal fato seja considerado contrário aos melhores interesses da criança, e terá direito a manter contato com sua família, por meio de correspondência ou de visitas, falso em circunstâncias excepcionais.”*

Por sua vez, o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90), consubstanciando essa mesma orientação político-jurídica, refere-se inúmeras vezes a aspectos do princípio da Humanização:

1. no art. 3º, o Estatuto estabelece que “*sem prejuízo da proteção integral [...] todas as oportunidades e facilidades*” indispensáveis ao “*desenvolvimento físico, mental, espiritual e social*” da criança e do adolescente devem ser providos “*em condições de liberdade e de dignidade*”;

2. no art. 15, que prescreve: “[...] *a criança e o adolescente têm direito à liberdade, ao respeito e à dignidade como pessoas humanas em processo de desenvolvimento e como sujeitos de direitos civis, humanos e sociais garantidos na Constituição e nas leis.*”;

3. no art. 109 que, em respeito à dignidade da pessoa do Adolescente prescreve: “*O adolescente civilmente identificado não será submetido a identificação compulsória pelos órgãos policiais, de proteção ou judiciais, salvo para efeito de confrontação, havendo dúvida fundada.*”;

4. no art. 124, que prevê expressamente Direitos a serem observados em favor de adolescentes privados de liberdade que tem a função de “humanizar” a aplicação de medidas sócio-educativas (ex: entrevistar-se pessoalmente com o Representante do Ministério Público, avistar-se reservadamente com seu defensor, ser informado de sua situação processual, sempre que solicitada, ser tratado com respeito e dignidade, permanecer internado na mesma localidade ou naquela mais próxima ao domicílio de seus pais ou responsável, receber visitas, ao menos semanalmente, ter acesso aos objetos necessários à higiene e asseio pessoal, habitar alojamento em condições adequadas de higiene e salubridade, etc.);

5. no art. 126 c.c. art. 180, II, que procura evitar o ingresso de adolescentes a quem se atribua a prática de atos infracionais no chamado “sistema formal de persecução criminal”, humanizando a relação desses adolescentes com o “Sistema de Justiça”;

6. no art. 141, que garante o Acesso à Justiça, como forma de permitir que a Defensoria Pública, o Ministério Público e o Poder Judiciário, sejam acessíveis a “*toda criança ou adolescente [...] por qualquer de seus órgãos*”;

7. no art. 143, que protege de maneira especial a identidade, a honra, a dignidade e a imagem de crianças e adolescentes, incluindo o caso de adolescentes a quem se atribua autoria de ato infracional;

8. no art. 178, que proíbe a condução e o transporte de adolescente a quem se atribua a autoria de ato infracional em compartimento fechado de veículo policial, *“em condições atentatórias à sua dignidade ou que implique em risco à sua integridade física ou mental, sob pena de responsabilidade.”*;

9. no art. 232, que considera crime “Submeter criança ou adolescente sob sua autoridade, guarda ou vigilância a vexame ou a constrangimento.”.

Diante dos destaques que acabamos de fazer nos textos básicos do Direito da Criança e do Adolescente, parafraseando RIVERA, podemos afirmar com convicção que o **princípio da Humanização ou de Humanidade condiciona esse sistema jurídico como um todo**. Em consequência disso, do ponto de vista metodológico, entendemos que esse princípio deve refletir-se em todas as relações e situações atinentes a interesses, necessidades ou direitos de crianças e adolescentes. Evidentemente, deve ser um dos fatores condicionantes da interpretação e da aplicação do Direito da Criança e do Adolescente. Finalmente, o princípio da Humanização ou de Humanidade deve ser operacionalizado como critério político-jurídico na criação de novas leis que tenham por objeto interesses, necessidades ou direitos infanto-juvenis ou que possam afetá-los.

Se não observarmos estas regras metodológicas, dificilmente faremos com que o Direito da Criança e do Adolescente seja um instrumento eficaz na superação da cultura e das práticas sociais e institucionais predominantemente repressivas que se enraizaram no imaginário jurídico, político-administrativo e social, durante a vigência do Direito do Menor. Além disso, estaremos garantindo a validade formal, mas não a validade material do Direito da Criança e do Adolescente, como horizonte de progresso ético, social e jurídico, na construção de uma sociedade em que as relações entre crianças e adolescentes e a chamada “sociedade adulta” sejam baseadas no princípio democrático e na cultura humanística.

## 4.7 PRINCÍPIO DA “POLITIZAÇÃO” OU DA “ÊNFASE NAS POLÍTICAS SOCIAIS BÁSICAS”

### 4.7.1 Introdução

Ao subordinar-se à Doutrina da Proteção Integral, das Nações Unidas, o Direito da Criança e do Adolescente representa, não apenas a revogação jurídico-positiva do Direito do Menor, mas também a ruptura definitiva com o contexto simbólico e socio-cultural da tradição menorista baseada nas Doutrinas do Direito Penal do Menor e da Situação Irregular. O significado profundo deste rompimento foi abordado pelo então senador Ronan TITO, na “Justificativa” do Projeto de Lei nº 193/89, que veio a transformar-se na lei nº 8.069/90 - o Estatuto da Criança e do Adolescente. Naquela oportunidade assim se manifestou esse parlamentar:

*O novo paradigma jurídico e de atendimento de direitos representado pelo presente projeto de Estatuto não nasceu exclusivamente da vontade e da competência, ainda que bem-intencionada, de um seletivo grupo de minoristas. Ao contrário, tem suas fontes em longínquos, sucessivos e permanentes esforços de mudanças em favor da criança e do jovem sistematicamente sufocados pelas concepções e práticas sustentadoras de um panorama legal e de um ordenamento institucional que transformaram os seus destinatários em objetos de medidas judiciais – e não em sujeitos de direitos –, rotulando-os por uma conceitualização estigmatizante que em lugar de propiciar o “bem-estar” dos marginalizados perseguia de fato, e sistematicamente, “a segurança e o desenvolvimento” das estruturas marginalizadoras.*

*Este projeto de Estatuto da Criança e do Adolescente, que regulamenta o novo direito constitucional de mais da metade da população brasileira, significa uma verdadeira “revolução copernicana”: ao contrário da legislação ainda vigente, já inconstitucional, ele se sustenta sobre dois pilares – a concepção da criança e do adolescente como sujeitos de direitos e a afirmação de sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento.*

*Ficarão, portanto, revogados os conceitos ideológicos e anticientíficos de “situação irregular” e o termo estigmatizador de “menor” como condição substantiva caracterizadora da maior parte da “nossa mais rica matéria prima”. Resgataremos com isso para a cidadania e para a realidade da plenitude humana as diversas condições de existência escamoteadas por aqueles dois conceitos, o nascituro, a primeira e a segunda infância, a pré-adolescência, a adolescência e o jovem adulto, reconhecendo-se, portanto, as exigências e peculiaridades de cada uma dessas fases da vida humana.<sup>477</sup> (o grifo é nosso).*

---

<sup>477</sup> Cf. TITO, Ronan. Op. Cit., p. 37.



Em vista disso, como já esclarecemos, uma das premissas do nosso trabalho consiste justamente no fato de que consideramos o advento do Direito da Criança e do Adolescente uma “revolução paradigmática” ou “copernicana”. Neste sentido, os compromissos impostos pela nova ordem jurídica tem como aspecto nuclear a reformulação de atitudes mentais, hábitos, procedimentos e instituições, sem o que as mudanças legislativas podem cair no vazio. A Doutrina da Proteção Integral é incompatível com comportamentos sociais e políticos próprios da cultura menorista, como o atendimento meramente filantrópico ou assistencialista das necessidades de crianças e adolescentes que vivem em condições de risco social. Os novos parâmetros estabelecidos pela Doutrina da Proteção Integral implicam a efetividade da cidadania de crianças e adolescentes em todos os contextos sociais. Mas é em relação no contexto do Estado que essa Doutrina deve ser especialmente compreendida e operacionalizada como instrumento jurídico comprometido com a transformação estrutural e funcional da realidade.

Falando de maneira resumida, sabemos que a expressão jurídica “Proteção Integral” tem dois significados básicos:

a) que “*os direitos de todas as crianças e adolescentes devem ser universalmente reconhecidos*”<sup>478</sup>,

b) que “*as leis internas e o direito de cada sistema nacional devem garantir a satisfação de todas as necessidades das pessoas de até 18 anos, não incluindo apenas o aspecto penal do ato praticado pela ou contra a criança, mas o seu direito à vida, saúde, educação, convivência, lazer, profissionalização, liberdade e outros.*”<sup>479</sup>

Conjugando estes dois postulados da Doutrina-fundamento do Direito da Criança e do Adolescente com os princípios jurídicos do “superior interesse da criança” e da “prioridade absoluta”, temos como resultado um campo conceitual e metodológico que

---

<sup>478</sup> Cf. AMARAL E SILVA, Antônio Fernando do; CURY, Munir. Comentário ao art.1º do Estatuto da Criança e do Adolescente. In: CURY, Munir; AMARAL E SILVA, Antônio Fernando do; MÉNDEZ, Emílio García (Coord.). **Estatuto da criança e do adolescente comentado – comentários jurídicos e sociais**. São Paulo: Malheiros, 1992, p. 11.

<sup>479</sup> Cf. AMARAL E SILVA; CURY. Op. Cit., p. 11.

abala as estruturas tradicionais da relação existente entre as necessidades/direitos de crianças e adolescentes e a ação governamental.

Se por um lado, a Doutrina da Proteção Integral impõe a **universalidade** e a **garantia** de atendimento dos direitos e das necessidades de crianças e adolescentes os princípios do “interesse superior” e da “prioridade absoluta” têm em comum a exigência de que esses direitos e necessidades tenham prevalência em face de quaisquer com os quais possam entrar em conflito. Quanto ao princípio do “superior interesse”, conforme já esclarecemos em outro momento deste estudo, a doutrina especializada considera-o uma *viga-mestra* (“*rector-guia*”) do sistema jurídico da Convenção. Em vista disso, afirma-se: “*no hay artículo en la Convención, ni derecho reconocido por ella, con respecto a los cuales este principio no sea aplicable.*”<sup>480</sup>

Levando-se a sério estes pressupostos o Direito da Criança e do Adolescente passa a constituir um sistema de garantia de Direitos Fundamentais, um sistema de garantia do atendimento mais adequado e prioritário dos direitos e necessidades de crianças e adolescentes em geral. Para que essas características sejam materializadas, o Direito da Criança e do Adolescente exige uma ação interventiva do Estado na realidade social. Vários são os fatores que concorrem para justificar este envolvimento do Estado, através dos seus entes político-administrativos, das suas esferas governamentais, dos seus poderes e órgãos, na realização social do Direito da Criança e do Adolescente:

a) a cultura autoritária e a tradição menorista, fortemente enraizadas no imaginário coletivo brasileiro, criam embaraços simbólicos (ideológicos) e práticos ao reconhecimento efetivo da criança e do adolescente como sujeitos de direitos,

b) a criança e o adolescente não têm acesso ao conhecimento pleno dos seus direitos e dos meios para exercê-los,

c) enquanto pessoas em desenvolvimento, a criança e o adolescente ainda não atingiram as condições que lhes possibilitam a defesa efetiva de seus direitos, a proteção de seus interesses, o atendimento de suas necessidades, mesmo as necessidades básicas,

---

<sup>480</sup> Cf. ALSTON; GILMOUR-WALSH. Op. Cit., p. 7.

d) além disso, a criança e o adolescente não dispõem de meios próprios para custear a satisfação e o acesso a todas as oportunidades e facilidades indispensáveis ao seu desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e dignidade,

e) por fim, a criança e o adolescente são portadores de uma série de carências biológicas, psicológicas e sociais, que desfavorecem a realização autônoma de sua cidadania.

Em face destas contingências, das peculiaridades da vida social na sociedade de massas e da natureza de grande parte dos componentes da cidadania infanto-juvenil (“direitos sociais” ou de “direitos de prestação”), torna-se indispensável que o Estado interfira na realidade social, formulando e implementando a execução de uma “Política-programa” destinada a assegurar a efetividade do Direito da Criança e do Adolescente.

O que acabamos de afirmar tem sido objeto de preocupação de pensadores que não se contentam com os avanços jurídico-formais e, sem abrir mãos deles, apontam para a necessidade de os juristas incorporarem em suas teorizações a questão da efetividade das mudanças eventualmente positivadas. FERRAJOLI, por exemplo, é um dos juristas contemporâneos que adota esse enfoque mais exigente sobre o Direito. São dele estas afirmações:

*Obviamente una buena legislación es solamente el primer paso – si siquiera el más importante o el más difícil – en el camino de una efectiva defensa de los derechos de la infancia. Sobre todo en países como aquellos de América Latina, que sufren de una prolongada anomia de poderes efectivos, esta nueva legislación presenta el riesgo de quedar-se en el papel y, en consecuencia, de producir una nueva y frustrante desilusión en relación con la función garantista del derecho.*<sup>481</sup>

---

<sup>481</sup> “Obviamente uma boa legislação é somente o primeiro passo – não é o mais importante ou o mais difícil – no caminho de uma efetiva defesa dos direitos da infância. Sobretudo em países como os da América Latina que sofrem de uma prolongada anomalia de poderes efetivos sendo que esta nova legislação corre o risco de ficar no papel e, em consequência, produzir uma nova e frustrante desilusão no que se refere

Segundo FERRAJOLI um dos obstáculos e dificuldades que podemos enfrentar para assegurar a efetividade do Direito da Criança e do Adolescente é precisamente a resistência governamental em promover as políticas sociais adequadas a esse fim.<sup>482</sup>

Frise-se que a exigência de uma política do agir estatal eticamente comprometida com a causa da criança e do adolescente não deve sujeitar-se às conveniências da chamada “lógica do Estado”, tampouco deve ser fruto de contingências momentâneas. Deve decorrer do reconhecimento de que a promoção social da criança e do adolescente como sujeitos de direitos é uma exigência do processo civilizatório, que precisa ser impulsionado na direção do fortalecimento da pessoa humana, de modo que os processos políticos e econômicos se subordinem à pauta dos seus valores vitais, de suas necessidades e da realização de suas potencialidades.

Desta forma, uma política do agir estatal é uma macro-política que impõe ao Estado um Agir, por *dever de agir*, tendo em vista que o Estado é um instrumento à disposição da sociedade para que o processo social centrado na pessoa humana seja permanente e não fique à mercê da caridade, da filantropia, da concessão, nem dependa de eventuais crises sistêmicas que possam abalar a estabilidade social ou política, a governabilidade, ou fenômeno desse gênero.

Além disso, é sumamente importante compreender que **política de Estado eticamente comprometida com o Direito da Criança e do Adolescente** impõe-se ao Estado Brasileiro atual como um dos imperativos constitucionais de maior significado. Em apoio a esta tese observamos que as mudanças do panorama legal instituídas pelo art. 227 da Constituição Federal representam conquistas jurídicas e políticas de primeira grandeza. Essas conquistas são o resultado da maior mobilização que a sociedade brasileira já testemunhou em defesa da causa da criança e do adolescente em nosso país. O art. 227 da Constituição Federal, nunca é demais lembrar, foi uma exigência popular feita à Constituinte através de um documento com a assinatura de mais de duzentos mil eleitores e de um milhão e duzentas mil crianças e adolescentes. A legitimidade dessa inovação

---

à função garantista do direito.” (tradução do autor). Cf. FERRAJOLI, no “Prefácio” à obra “*Ley, infancia y democracia em América Latina*” (BELLOF. Op. Cit., p. XIV).

<sup>482</sup> Ibidem, p. XIV.

constitucional é de tal sorte que o Estado não pode por nenhuma forma violentá-la, embaraçá-la, negar-lhe ou não lhe promover a necessária efetividade.

Além disso, conforme se costuma destacar, o Estatuto da Criança e do Adolescente é uma lei que teve um processo de criação similar ao da norma constitucional que veio regulamentar. Desta forma, é uma lei que podemos considerar *duplamente legítima!*

*Quanto à forma de sua elaboração, a nova lei rompeu de modo visceral com os métodos e processos de elaboração legislativa que vigoram há séculos em nosso país. Não é nenhum exagero dizer que, literalmente, trata-se de uma lei pensada por milhares de cabeças e escritas por milhares de mãos.*

*De fato, dezenas de movimentos e entidades aglutinaram-se no Fórum DCA (Fórum Nacional de Entidades Não-Governamentais de Defesa das Crianças e Adolescentes) para coordenar a elaboração e lutar pela aprovação da nova lei, apontada desde o princípio, como a “Constituição das Crianças e Adolescentes do Brasil.”*

*Dentre essas entidades tiveram especial destaque o Movimento Nacional Meninos e Meninas de Rua, a Pastoral do Menor da CNBB (Conferência Episcopal Brasileira), a Frente Nacional de Defesa dos Direitos da Criança e do Adolescente, a Articulação Nacional dos Centros de Defesa de Direitos, a Coordenação dos Núcleos de Estudos ligados às universidades, a Sociedade Brasileira de Pediatria, a Associação Brasileira de Proteção à Infância e à Adolescência (ABRAPIA), e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB).*

*No campo governamental é fundamental importância ressaltar o protagonismo político e social do FONACRIAD (Fórum Nacional de Dirigentes Estaduais de Políticas Públicas para a Criança e o Adolescente). Esta articulação de lideranças do setor público desempenhou um significativo papel na mobilização dos governos das unidades federadas e das bancadas dos Estados e das duas casas do Congresso Nacional.*

*Cabe ainda ressaltar o papel aglutinador da Frente Parlamentar pelos Direitos da Criança, uma articulação de deputados e senadores de todos os partidos que possibilitou que se imprimisse à luta pelos novos direitos da criança uma dimensão consensual, situando-a acima das divergências ideológicas e partidárias que dividem os homens públicos.*

*Tal enfoque permitiu, na Constituição, o capítulo dos Direitos das Crianças e dos Adolescentes fosse aprovado com a expressiva maioria de 435 votos a favor e apenas 8 contra. Quando da votação do Estatuto, nas duas Casas do Congresso Nacional, o fenômeno se repetiu. A aprovação se deu por votação unânime das lideranças de todos os partidos representados no Parlamento.<sup>483</sup>*

Por fim, o modelo jurídico-político do Estado Democrático de Direito faz com que a exigência de implementação de uma política estatal, como a prevista no Direito da Criança e do Adolescente, seja inderrogável e impostergável. Depois de nomear a “*dignidade da pessoa humana*” como um dos “fundamentos”, do Estado Democrático de

---

<sup>483</sup> Cf. COSTA. Op. Cit., p. 18-9.

Direito, a Constituição em vigor prescreve que entre os Objetivos Fundamentais desse sistema político figura a obrigação jurídica de “*construir uma sociedade livre, justa e solidária*”, “*erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais*”, e “*promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e qualquer outras formas de discriminação.*”

Estes comandos constitucionais significam, sem qualquer sombra de dúvida, que do ponto de vista estrutural e funcional, o Estado Brasileiro está constituído como um “Estado de Cidadania”. No que se refere à “Cidadania da criança e do adolescente”, esta característica institucional, da qual decorre o dever do Estado garanti-la e aperfeiçoá-la permanentemente, tem no art. 227, da Constituição e na ratificação da Convenção Internacional sobre Direitos da Criança (ONU), dois eventos jurídicos sem precedentes em toda a nossa história.

Em vista disso, a efetividade do Direito da Criança e do Adolescente obriga o Estado Brasileiro, primeiramente por sua legitimidade sócio-política, e, em segundo lugar, porque o conteúdo desse novo Direito é matéria de natureza jurídico-constitucional. Daí porque insistimos que a “cidadania da criança e do adolescente” é, hoje, e deve ser doravante, uma das grandes questões da “Política Nacional” e, conseqüentemente, deve ser tratada com dignidade por todas as esferas do poder público.

O **dever de agir** do Estado Brasileiro em face do Direito da Criança e do Adolescente não deve ser entendido como mera determinação moral, mas como produto da síntese que precisa existir entre os horizontes da Ética, da Política e do Direito. Neste caso, o conceito de dever de agir transcende ao campo dos condicionamentos puramente morais da ação estatal, expressando, além disso, um princípio jurídico-político indispensável ao significado do Estado contemporâneo, especialmente quando este Estado assume a forma de “Estado Democrático” ou de “Estado Social”.

Falar do Estado nos dias atuais significa levar em conta que esta forma eminente de associação política deve ser concebida através de sua subordinação ao dever jurídico e político - que lhe é essencial - de servir como instrumento do conjunto da sociedade para o estabelecimento das condições, possibilidades e acessibilidades favoráveis à efetiva concretização da justiça nas relações sociais, na partilha e na fruição do produto do trabalho

coletivo. Este modo de ver o Estado contemporâneo nas suas relações com a Sociedade, a partir da conformação de sua **Função social**, está presente nas propostas teóricas que pressupõem a **primazia do humano** como princípio ético e racional da organização da vida coletiva. Deparamos com uma orientação desse tipo na obra do jurista catarinense Cesar Luiz PASOLD:

*Entre as características do Estado Contemporâneo insistimos na sua condição instrumental e o seu compromisso com o Bem-Comum, compreendido este além da satisfação das necessidades materiais, alcançando a dimensão do respeito aos valores fundamentais da pessoa humana.*

*O Estado Contemporâneo encontra-se num contexto de vida social cuja principal nota distintiva é a disparidade de condições entre os homens.*

*De um lado, os avanços tecnológicos – justo motivo de orgulho para a inteligência humana – beneficiando parcelas da humanidade; do outro lado as condições de miséria, fome, doenças, falta de acesso à educação formal, e, em muitos locais, restrições à liberdade, e delimitação do exercício da igualdade de possibilidades.*

*Eis composto um quadro que exige uma consciência social esclarecida e mobilizadora da Sociedade no sentido de que o progresso seja colocado a serviço de todas as pessoas, assegurando-lhes plenas condições de realização humana.<sup>484</sup>*

Desta forma, adverte PASOLD, não basta ao Estado Contemporâneo dar conta da eficiência administrativa, no sentido ramente operacional. Também não lhe basta o exercício do *poder quantitativo*, ou da mera capacidade de produzir resultados pretendidos. Para que se conceda ao Estado Contemporâneo o selo de qualidade é indispensável, que, além de operativo, efetivo, transparente e dinâmico, este Estado demonstre que suas intervenções perante o conjunto da Sociedade estão permanentemente condicionadas pela ótica das necessidades, dos direitos e dos valores fundamentais da pessoa humana, elementos essenciais à noção jurídica, social e política de Bem Comum que compromete todas as ações de governo e de administração pública.

A **função social do Estado** não é uma dádiva, não é uma compensação, não é fruto de mera conveniência, da parte do Estado para com a pessoa humana ou para com a sociedade em geral. É um **imperativo categórico** da vida social e política, é um fundamento essencial das relações “Estado/Sociedade”, “Estado/Pessoa Humana”. Por isso deve estar presente em toda e qualquer consideração da ordem jurídica e da ordem política,

---

<sup>484</sup> Cf. PASOLD. Op. Cit., p. 51-2.

vistas como expressões do poder estatal. É, pois, condição de juridicidade<sup>485</sup> das ações do Estado na realidade social. Se nos referimos a “Estado” enquanto “Estado de Direito”, devemos entender que o termo “Direito” constante desta expressão não se restringe ao “Direito formal”, mas aplica-se também, necessariamente, ao “Direito material”. Desta forma, pressupõe não apenas o Ordenamento jurídico como mera “regulação de relações sociais intersubjetivas”<sup>486</sup>, mas o Direito como medida justa da estrutura e do funcionamento da Sociedade, o Direito como “fenômeno social-objetivo”, na medida em que as normas jurídicas refletem o modo de ser e o conteúdo das relações sociais.

Assim, no nosso ententimento, o Direito não pode ser concebido como *ordenação para a vida, mas é a própria vida ordenada, segundo princípios, regras e valores, que expressam normativamente a experiência vivida pelos indivíduos e pelos grupos sociais no seio do processo histórico.*

É dentro desta nova dimensão da função social do Estado Contemporâneo, que definimos os compromissos jurídicos e políticos do Estado Brasileiro com as necessidades, os interesses e os direitos do segmento infanto-juvenil da nossa sociedade. Neste caso, nunca é demais insistir no fato de que o Direito da Criança e do Adolescente tem como uma de suas características fundamentais o efeito vinculante de todas as esferas do poder público ao dever jurídico de respeitar os direitos de crianças e adolescentes, e tomar todas as medidas apropriadas a assegurar-lhes a proteção integral<sup>487</sup> de que são credores na

---

<sup>485</sup> Utilizamos o termo “juridicidade” no sentido adotado por PASOLD, ou seja “a conformação ao direito por parte da interferência do Estado na vida social” que segundo este autor: “há que se submeter a um pressuposto conforme o qual o Estado e o Direito partilham a condição instrumental, mesmo porque, ambos são, como alerta SANCHEZ VIAMONTE, “instrumentos criados pelo povo”, para a realização dos fins humanos e os do grupo social.” (PASOLD. Op. Cit. p. 25).

<sup>486</sup> Esta concepção de Direito pertence ao contexto teórico do formalismo jurídico, que encontra no pensamento de KANT uma das suas referências mais importantes. Para KANT é muito importante na caracterização do Direito a idéia de relação externa, absolutamente prática, de uma pessoa em face da outra, enquanto as ações mesmas podem ter como base influências recíprocas. Desta forma, o Direito, para KANT, não chega aos interesses que os indivíduos têm em vista, ou seja, não atua sobre o conteúdo material das relações que regulamenta. Esta forma kantiana de conceber o Direito faz parte do imaginário liberal-individualista, que atribui ao Estado de Direito uma função meramente reguladora das relações intersubjetivas, fazendo abstração dos fins subjetivos ou dos interesses que movem os indivíduos enquanto compartilham da vida social. Isto implica uma tomada de posição jurídico-política que funciona como condição essencial do Estado de Direito na sua forma liberal-burguesa – O Estado Mínimo. Para não ser “paternalista”, esse Estado se mantém equidistante das partes em conflito, apenas vigiando-os para que não excedam os limites da liberdade consentida pela lei.

<sup>487</sup> Cf. Artigos 2, 6 e 19, da Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança.



ordem do Estado Democrático de Direito. Sendo uma **questão de política de Estado**, as necessidades, interesses e direitos de crianças e adolescentes devem obrigatoriamente fazer parte das preocupações e ações político-administrativas do Poder Público, em todos os níveis institucionais. A observância desta regra será decisiva para impedir que haja descontinuidade, indiferença ou retrocesso de uma Administração para outra. Além disso, possibilitará a superação daqueles fatores históricos que foram responsáveis pela recorrente degradação pessoal e marginalização social de grande parte da nossa população infanto-juvenil durante a vigência do modelo menorista.

O balanço do passado demonstra que até o advento do Direito da Criança e do Adolescente a história brasileira foi marcada por modelos jurídicos de orientação repressiva e/ou assistencialista. Em vista disso, as políticas e os planos de assistência e proteção destinados a crianças e adolescentes não tinham caráter propriamente promocional ou emancipatório. Na verdade, eram subprodutos de uma cultura política dominada pelas idéias de filantropia, clientelismo, paternalismo estatal, populismo e institucionalização dos menores irregulares.

Conforme já foi amplamente demonstrado pelo pensamento social crítico estas distorções não atingiam exclusivamente as Políticas Sociais destinadas a crianças e adolescentes. Nesta linha de pensamento, segundo Potyara A. PEREIRA, desde a década de 30, o Estado Brasileiro, a exemplo do que ocorreu em outros países, assumiu um papel ativo na regulação dos problemas sociais. Todavia, observa a autora, diferentemente do que aconteceu nas intervenções estatais estrangeiras de estilo keynesiano:<sup>488</sup> *“As políticas brasileiras, criadas ou instituídas desde 30, não obedeciam a nenhum plano concatenado e orgânico de correção dos desequilíbrios econômicos e sociais, mas sim a requerimentos populistas.”*<sup>489</sup>

---

<sup>488</sup> *O liberalismo keynesiano se sustenta no fortalecimento da demanda. Por isso, para este modelo capitalista, é importante o aumento da capacidade de compra, de consumo da população em geral, o que se torna possível com o pleno emprego e com bons salários ou complementos salariais, justificando-se a intervenção/participação do Estado na Economia.*

<sup>489</sup> Cf. PEREIRA, Potyara A. P. A questão do bem-estar do menor no contexto social da política social brasileira. (**Serviço Social e Sociedade** – Revista quadrimestral de Serviço Social. Ano IX, n. 27 – Setembro-88. São Paulo: Cortez, 1988, p. 58).

Por esta razão, o que se constata é que as Políticas Sociais no Brasil nunca foram realmente subordinadas ao princípio da gestão democrática, nem funcionaram, de fato, como instrumentos governamentais comprometidos com o resgate sócio-econômico das camadas da população oprimidas pela lógica do Capital,<sup>490</sup> , “lógica” esta, que acabou prevalecendo sobre a “lógica da Cidadania”.<sup>491</sup> Dos anos 30 aos anos 60, argumenta PEREIRA, a política social no Brasil sempre “foi mantida à margem do processo de planejamento e sempre foi usada como instrumento de barganha política.”,<sup>492</sup> como forma de mascarar o caráter predominantemente classista do Estado e de criar condições para o desenvolvimento do projeto econômico capitalista.

*De 1964 em diante, dada a característica tecnocrática e planificadora dos governos militares, e dada, ainda, a incômoda desigualdade que se apresentava ao poder central e mobilizava a opinião pública, a política social passou a figurar, parcialmente, nos planos de desenvolvimento nacional.*

*A partir dos anos 70 ou, mais especificamente, de 1974, a inclusão da política social no planejamento torna-se decisiva. Pela primeira vez ouve-se falar de política social com “objetivo próprio” e preferencialmente voltada para os mais pobres, ou seja, para os 60% da população nacional. Entretanto, as inúmeras políticas sociais criadas no campo do trabalho, da saúde, da educação, da habitação, da previdência social, etc. passaram a ser utilizadas mais como recursos indiretos à acumulação do capital e à monopolização do poder pelo Estado em sua relação contraditória com os pleitos de bem-estar da sociedade.*<sup>493</sup>

Além disso, esclarece PEREIRA, os fatos evidenciam que à semelhança do que ocorreu no século passado “em outras plagas sob o comando de um Estado corporativo de

---

<sup>490</sup> Aqui, a expressão “lógica do Capital” significa o modelo de organização e funcionamento da sociedade baseado na racionalidade liberal-individualista, nas idéias de concorrência, maximização do lucro, mercadoria e mercadorização da vida social, incluindo as relações inter-subjetivas, mais-valia e sua apropriação pelos detentores do Capital, concentração da renda em poder dos mais aptos (as elites capitalistas) e socialização da pobreza, pela necessidade que a ordem capitalista tem de contar com um numeroso exército de dependentes da oferta de mão-de-obra, comprometimento com o progresso material (desenvolvimento econômico), independentemente dos valores da pessoa humana.

<sup>491</sup> Utilizamos a expressão “lógica da Cidadania” para identificar a forma de organização e funcionamento da sociedade baseada na racionalidade democrática (democracia substancial e não apenas formal), que implica na centralidade da dignidade da pessoa humana e nas idéias de solidariedade, justiça/justiça social, maximização do bem-estar de todos os indivíduos, socialização dos Direitos Fundamentais, proteção especial para os segmentos mais vulneráveis da sociedade, comprometimento com o progresso material subordinado aos valores da pessoa humana e sua permanente vitalização.

<sup>492</sup> Cf. PEREIRA, Potyara A. P.. Ibidem, p. 58.

<sup>493</sup> Ibidem, p. 59.

orientação fascista (O Estado alemão bismarckiano, por exemplo)” – a história brasileira da política social –

*[...] apresenta uma predominância de um movimento pendular de cooptação e repressão. Com políticas sociais, atende-se, em parte, reivindicações em nome da ampliação da cidadania, mas também, com elas, retrocede-se nesta ampliação. Não foi à toa que tanto na Alemanha de Bismarck, pelos idos de 1870, como nos dois períodos de maior autoritarismo no Brasil (1930-1945 e 1964-1984) privilegiou-se a expansão das políticas sociais que, sob o rótulo de “direitos sociais”, visavam impedir o cumprimento ou mesmo a expansão dos chamados direitos “civis”, ou “políticos”, de inspiração liberal.<sup>494</sup>*

Em suma, se considerarmos que toda política social (do menor, da saúde, da educação, do trabalho, da previdência social, etc.), “*resulta sempre de uma tensão contraditória entre os imperativos do Estado capitalista de reproduzir ampliadamente o capital e de se legitimar politicamente, e a necessidade que tem a sociedade de participar do fruto dessa reprodução, nem que seja através de formas consideradas “anti-sociais” pela ordem e razão dominantes*”,<sup>495</sup> torna-se evidente, no caso brasileiro, que as políticas sociais - até a Constituição de 1988 – nunca estiveram realmente comprometidas com uma política de promoção da pessoa humana, com a afirmação e ampliação da cidadania e com a superação das estruturas do modelo econômico vigente liberal e sua correlata “lógica do Capital”.

Na perspectiva analítica que demonstra o caráter anti-democrático dos modelos de Proteção Social no Brasil, observa HILLESHEIM: “*Os modelos de Proteção Social, no Brasil, só podem ser pensados se vinculados à forma de organização social na qual eles foram engendrados: uma sociedade capitalista fundada na divisão de classes.*”<sup>496</sup>. Em razão disso, continua o autor, “*Se se fizer uma incursão histórica, ver-se-á que os modelos de Proteção Social no Brasil sempre estiveram subordinados aos modelos de*

<sup>494</sup> Cf. PEREIRA. Op. Cit., p. 60.

<sup>495</sup> Ibidem, p. 61.

<sup>496</sup> Cf. HILLESHEIM, Jaime. Descentralização e municipalização das políticas sociais públicas. *Dynamis* – Revista técnico-científica da Universidade Regional de Blumenau, Blumenau, v. 6, n. 25, p. 188, out./dez. 1998.

*desenvolvimento econômico. Dessa forma, historicamente, apresentaram-se de forma seletiva, fragmentada, com forte caráter de apadrinhamento.*"<sup>497</sup>

Tendo como subsídio as contribuições do pensamento social crítico, é inevitável o registro de que a história dos nossos modelos de Proteção e Assistência aos menores de 18 anos insere-nos em um quadro geral de desvios e contradições. Sobre este ponto é importante observarmos que desde o início do século passado, até a revogação da legislação menorista, com o advento da Constituição de 1988, a dicotomia "criança/menor" foi decisiva para orientar as ações do setor privado e do poder público nessa matéria.

Nesse paradigma jurídico e político o "problema do Menor" sempre foi objeto de intervenção "tutelar-repressiva" que investia enfaticamente no controle policial e na institucionalização dos chamados "menores irregulares". Através desta expressão, como já vimos, identificava-se a grande maioria de nossa população infanto-juvenil, originária das classes populares, vitimizada por inúmeros fatores de exclusão e marginalização social (concentração da propriedade, concentração da renda, precárias condições de saúde, escolar, habitacional, de saneamento básico, violência urbana etc.). A despeito disso, os condicionamentos ideológicos da tradição menorista impediam a emergência de uma Política de Proteção e Assistência destinada aos denominados "menores irregulares" que fosse condizente com a realidade por eles vivida. Em vez de tutela ou proteção, a racionalidade jurídica vigente, destinava-lhes a intervenção dos aparelhos repressivos de Estado (a Polícia, o Ministério Público, o Judiciário, os estabelecimentos de reeducação etc.) cuja atuação era legitimada pela cultura da discricionariedade, repleta de eufemismos e álibis doutrinários.<sup>498</sup>

---

<sup>497</sup> Ibidem, p. 189.

<sup>498</sup> Representativa dessa atitude menorista era a posição defendida por Alyrio CAVALLIERI. Este renomado menorista -para quem o "Direito do Menor" era o "conjunto de normas jurídicas relativas à definição da situação irregular do menor, seu tratamento e prevenção.", concebia a "situação irregular" como "estado de patologia jurídico-social, abordado por normas jurídicas, através de diagnóstico ou definição, terapia ou tratamento, profilaxia ou prevenção.". No entendimento de CAVALLIERI, não era possível conciliar "a idéia de proteção integral com a tutela oferecida pelo direito no sistema jurídico do Estado." Assim, era necessário limitar-se "os alcances do Direito do Menor, sob pena de decretar-se sua falência, pela impossibilidade da prestação judicial que ele envolve. Uma desmesurada extensão do conceito do Direito do menor, com a conseqüente expressão legislativa que dele deflui, resultará na desmoralização do Poder Judiciário." (CAVALLIERI, Alyrio. **Direito do menor**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1976. p. 9; 14).

Não foi por acaso que o conjunto de procedimentos que o sistema menorista utilizava para “tutelar” os “menores irregulares” recebeu de um crítico desse sistema a denominação de “CICLO PERVERSO”. Funcionando como um verdadeiro “labirinto kafkiano” esse “ciclo perverso” significava “*Apreensão-triagem-rotulação-deportação-confinamento*”. Depois de “apreendido” pelo “Sistema” só em casos raros não caía sobre o “menor irregular” a desgraça da “tragédia menorista”.

Segundo PEREIRA, no seio das tensões contraditórias que marcam a história das políticas sociais em geral, o “problema do Menor” foi alvo de uma atuação ambígua do Estado:

*Premidos por necessidades não supridas pelas vias regulares de distribuição de produto social, as crianças e os jovens pobres, mesmo sem terem uma organização política ou corporativa, mediante a qual possam pressionar o poder público e a sociedade em geral por justiça social, exercem, de qualquer maneira, uma pressão espontânea e difusa sobre todo o sistema societário, pelo fato de abalarem os padrões formais de convivência social e a tranqüilidade ou mesmo as consciências individuais. A política social voltada para o “menor pobre” exposto ou já inserido no chamado processo de “marginalidade social” visa minimizar a tensão criada, de um lado, pela exclusão desses menores e de suas famílias dos frutos do crescimento econômico e, de outro, pela luta surda e sem tréguas a que são levadas essas crianças no sentido de usufruir, de qualquer forma, as migalhas desse crescimento. Trata-se, pois, de uma tensão estrutural que coloca na pauta das decisões governamentais não o problema de uma minoria politicamente organizada e consciente de preconceitos ou desatenções lesivos aos seus direitos, mas o problema da maioria da população brasileira que, por isso mesmo funciona, naturalmente, como uma poderosa avalanche sobre medidas formais e contingenciais de correção de suas manifestações concretas.<sup>499</sup>*

Através deste retrospecto histórico e doutrinário, a verdade vêm à tona: os modelos de Proteção e Assistência aos Menores jamais atingiram o cerne das questões sociais, econômicas e políticas que se escondiam por trás dos efeitos perversos que as condições de organização e funcionamento da Sociedade infligiam sobre a grande maioria da população infanto-juvenil. Examinando essas questões, a pesquisadora Potyara PEREIRA observa:

*[...] parece que não se tem feito outra coisa, no plano institucional, senão correr desesperadamente para tentar, ao menos, permanecer no mesmo lugar. Atuando sobre os*

---

<sup>499</sup> Cf. PEREIRA, Potyara A. P.. Op. Cit., p. 53.

*efeitos de uma desigualdade sem precedentes, o máximo que podem fazer, no plano conjuntural (porque não se cogita nos meios governamentais de uma mudança estrutural), é tentar evitar que, pela omissão, o pobre brasileiro seja impedido, não só de obter o status de cidadão, dentro dos limites burgueses do Estado de Direito, mas, inclusive, de viver.*<sup>500</sup>

Profundamente marcados por estes e outros condicionamentos decorrentes da visão distorcida que as elites sociais e políticas sempre mantiveram em relação ao “problema dos Menores”, os modelos de Proteção e Assistência Social destinados aos “Menores” foram de maneira geral reféns de um catálogo de vícios que podem ser sintetizados da seguinte forma:

- a) prioridade de ações sobre as conseqüências e não sobre as causas dos problemas vividos pelos “menores”;
- b) predomínio da visão *assistencial*, em detrimento da visão sócio-educativa;
- c) ênfase no caráter terapêutico-correcional das instituições de “bem-estar” dos menores;
- d) ênfase na técnica da “institucionalização”;
- e) concentração do saber técnico-científico;
- f) concentração do poder de decisão sobre distribuição e aplicação de recursos econômicos e financeiros;
- g) judicialização dos problemas vinculados aos “menores” em situação de risco, com tendência de “patologizar” situações de origem estrutural;
- h) criminalização da pobreza;
- i) negação explícita e sistemática dos princípios básicos de Direito, com infringência de princípios e regras constitucionais, inclusive;
- j) construção sistemática de linguagem eufemística, que etiqueta e condiciona o funcionamento do sistema institucional a este etiquetamento de parte da população infanto-juvenil.

---

<sup>500</sup> Ibidem. Op. Cit., p. 62.

Analisando os programas sociais destinados aos “menores” pelo regime militar de 1964, época em que o “problema do Menor” voltou<sup>501</sup> a ser considerado “Problema de Segurança Nacional” e em que foi extinto o ‘SAM’, substituído pela FUNABEM-Fundação Nacional do Bem-Estar do Menor, incumbida de aplicar em todo país a “Política Nacional do Bem-Estar do Menor - PNBEM”, o estudioso da questão menorista e do Direito da Criança e do Adolescente, Antonio Carlos GOMES DA COSTA identificou nas ações governamentais de Política Social as seguintes “características gerais”:

- a) *Ocorrência de paralelismos, desperdícios, superposição e até mesmo antagonismos entre programas de origem diversas;*
- b) *Centralismo burocrático que traz, para o âmbito do Estado e do Município, programas de decisão e ação federais, desfigurando, desta forma, o caráter federativo da República;*
- i) *Muitos programas têm um claro sentido de controle social das populações pobres, reduzindo-as a objeto passivo da intervenção assistencial do Estado;*
- j) *A participação dos destinatários se fazia sob a forma de “mão-de-obra” para execução de determinadas ações ou em decisões sem maior relevância;*
- k) *A instrumentalização político-eleitoral de ações tópicas, chegando mesmo a comprometer o caráter social de certas ações;*
- l) *O efeito político desmobilizador, através da sistemática sonegação da iniciativa e da criatividade das bases comunitárias;*
- m) *A desuniformidade de critérios na distribuição das verbas, recebendo mais quem melhor acesso e simpatia obtenha em relação aos decisores políticos;*
- n) *Não-coincidência entre a pauta de prioridades do Estado e as necessidades objetivas das comunidades pobres;*
- i) *Retenção da maior parte dos recursos em atividades de intermediação e controle, fazendo com que apenas uma parcela mínima dos recursos destinados à área social chegasse realmente aos destinatários.<sup>502</sup> (sic).*

O Direito da Criança e do Adolescente é incompatível com esse quadro geral de características da tradição dos modelos de proteção e assistência social aos “menores irregulares”. Um dos motivos mais importantes para justificar esta incompatibilidade consiste no fato de que para o novo Direito o atendimento às necessidades básicas de crianças e adolescentes não deve ser uma questão de “política assistencialista”, mas de

---

<sup>501</sup> A primeira vez em que o “problema do Menor” teve “status” de “problema de Segurança Nacional”, foi na “Era Vargas”. Ao contrário de Washington Luís (15-11-1926/24-10-1930), para quem o “problema do Menor” era uma “questão de polícia”, Getúlio Vargas considerava-o uma “questão de política”. Mas foi também na “Era Vargas” que a “repressão”, a “institucionalização” e o assistencialismo fizeram das intervenções menoristas um verdadeiro “teatro de horrores” para os “menores irregulares”.

<sup>502</sup> Cf. COSTA, Antônio Gomes da. **De menor a cidadão**: notas para uma história do novo direito da infância e da juventude no Brasil. Brasília: Ministério da Ação Social/CBIA, 9.17-18.

“política de direitos”. No mundo do Direito da Criança e do Adolescente não existe “feixe de carências”; existe titulares de direitos que o Estado deve atender por dever jurídico e não por dever meramente moral ou “esclarecimento” dos governantes. Além disso, o dever jurídico do Estado tem caráter universal, isto é, beneficia toda a população infanto-juvenil, por que foram riscados do dicionário jurídico os verbetes “menor” e “menor irregular” com que o menorismo distinguia a criança ou o adolescente “problema” da criança e do adolescente “normal”. Onde existe “dever jurídico”, existe direito de exigir o seu cumprimento, pois o Direito, como leciona REALE, é fenômeno normativo, bilateral atributivo e, conseqüentemente, estabelece regras para serem cumpridas em relações fundadas no vínculo de reciprocidade. Esta é a lógica que orienta o imaginário do Direito da Criança e do Adolescente!

No caso do “*poder público*”, esta expressão utilizada pelo art.227 da Constituição em vigor significa que todas as esferas e níveis em que se subdivide o poder político-administrativo estatal estão juridicamente obrigados com a Política de Direitos contemplada pela normativa geral do Direito da Criança e do Adolescente. “Poder Público” não é esta ou aquela área do Estado, mas é o conjunto das instituições, órgãos e agentes estatais. Assim, a criança e o adolescente, sendo titulares de Direitos Fundamentais e portadores de necessidades básicas, estão numa posição jurídico-constitucional privilegiada perante a totalidade do poder estatal, ou seja, a Administração Pública direta, indireta de qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Cabe-lhes, portanto, o direito subjetivo público de exigir a observância dos dispositivos constitucionais, da Convenção Internacional dos Direitos da Criança e demais “Tratados” de Direitos Humanos dos quais o Brasil faça parte, do Estatuto da Criança e do Adolescente e da restante legislação que lhes seja pertinente, sob pena de violação ao princípio fundamental da legalidade do Estado Democrático de Direito.

É neste sentido vinculante da totalidade estatal que o **Direito da Criança e do Adolescente** constitui **uma questão de ordem pública**, uma “**Questão de Política**”, de Política Nacional. Isto implica considerar a exigibilidade incontornável da observância dos seus princípios e regras por todas as esferas e níveis do Poder Público, como um dos aspectos mais sensíveis da efetividade da soberania estatal. Em razão disso, se o próprio Estado, por qualquer de suas instituições, vier a negar, afrontar, embaraçar ou desvirtuar a



validez formal e material deste novo Direito, estará cometendo um grave desrespeito ou rompimento do próprio pacto sócio-político que lhe deu origem. Esta é uma hipótese que deve estar fora de cogitação no cotidiano do Estado de Direito, mormente quando estamos nos referindo ao "Estado Democrático" ou "Social" de Direito. Neste caso, um dos postulados fundamentais do ente estatal reside no seu comprometimento jurídico com o reconhecimento, a proteção e o aperfeiçoamento da Política de Direitos que dá sentido à sua existência e legitima suas intervenções na realidade social!

#### **4.7.2 O Princípio da “Ênfase nas Políticas Sociais Básicas” como “Instrumento de Garantia” da Efetividade do Direito da Criança e do Adolescente**

O Direito da Criança e do Adolescente é um sistema jurídico garantista. Além de estabelecer novos parâmetros para a inclusão social de crianças e adolescente em geral, contém uma Carta de Direitos Fundamentais mínimos e prevê os mecanismos destinados a sua efetividade. Teria sido infrutífero prever-se uma “Carta de Direitos Fundamentais”, visando à Proteção Integral de crianças e adolescentes, sem uma antevisão dos obstáculos que se interporiam entre sua positivação jurídico-formal e sua observância pela sociedade. Nenhum valor teria a grande mutação legislativa representada pelo novo Direito, sem uma correspondente garantia de sua efetividade, pois, como observa FERRAJOLI,<sup>503</sup> a implementação de novas leis depende de uma multiplicidade de condições, não apenas jurídicas, mas sobretudo econômicas, políticas e culturais. Todavia a mudança legislativa é um passo que não podemos desprezar, especialmente se levarmos em conta as condições históricas em que ela foi conquistada e o caráter emancipatório (democratizante e humanista) e garantista do Ordenamento Jurídico que ela instituiu.

A cidadania de crianças e adolescentes, como acontece com a cidadania em geral, exige a observância e garantia de fruição de uma gama variada e aberta de Direitos Fundamentais.

- Direitos civís e políticos, também conhecidos como “direitos de liberdade” ou de primeira geração.

---

<sup>503</sup> Cf. FERRAJOLI. Op. Cit., p. XIV.

- Direitos sociais, econômicos e culturais, denominados “direitos de igualdade”, “direitos de prestação” ou de segunda geração.
- Direito ao desenvolvimento, direito à paz, direito ao meio ambiente, direito ao patrimônio comum da humanidade, direito à comunicação, que são “direitos de fraternidade” ou de terceira geração.
- Direito à Democracia, direito à informação, direito ao pluralismo<sup>504</sup> etc., que podemos identificar como “direitos de globalização” ou de quarta geração.

No que concerne aos **direitos de primeira geração**, de maneira geral, os sistemas jurídicos prevêem instrumentos para garantir sua observância. Evidentemente, isto não quer dizer que referidos direitos já tenham sido socializados, isto é, que já façam parte do cotidiano da generalidade dos indivíduos. Uma recorrência comum, relativa a estes Direitos é a sua ainda pouca acessibilidade ao conjunto da população e sua freqüente violação, especialmente na relação dos poderes e agentes do Estado com os setores mais vulneráveis da população. Neste caso, destacam-se as intervenções dos setores da chamada “Segurança Pública” ampliada, que envolve sistema policial e a Justiça penal.

Com os chamados “direitos de prestação”, ou de segunda geração, a história é, desde o início, outra, na medida em que o que comumente se constata é a carência instrumental para a sua reivindicação ou concretização perante a “odem estabelecida”. Essa situação decorre da *"inadequação estrutural das formas do Estado de Direito às funções do Welfare State"*, uma vez que o paradigma da moderna democracia liberal atribui efetividade ao sistema de proteção das liberdades, mas nenhuma eficácia em relação aos direitos sociais, permanecendo este na abstração do campo retórico, confinados na discricionariedade política e administrativa, cada vez mais laxadas e caracterizada pelo

*[...] jogo desregulado dos grupos de pressão e das clientelas, da proliferação das discriminações e dos privilégios e do desenvolvimento desse caos normativo que hoje... denunciam e contemplam como 'crise de capacidade reguladora do direito'". "Na sociedade dos dois terços, a democracia política arrisca-se a favorecer ainda mais as*

---

<sup>504</sup> Cf. BONAVIDES. Op. Cit., p. 525.

*classes fortes e ricas, que enquanto majoritárias, insistem cada vez mais abertamente no princípio majoritário e na diferença pelas regras, limites e controles, enquanto que é o Estado de Direito, com os seus limites e vínculos impostos ao Estado e ao mercado, para tutela não só das liberdades, mas também dos direitos sociais, que desempenha uma função de defesa e de garantia relativamente às pessoas mais débeis.*<sup>505</sup>

A universalização dos direitos sociais ou de prestação, que na terminologia de GELLINEK, correspondem ao “status positivus” da cidadania, é condição indispensável à vida social democrática, na medida em que a democracia pressupõe o primado da justiça, especialmente da Justiça Social. Sem um equitativo acesso de todas as camadas sociais ao atendimento de suas necessidades básicas (saúde, educação, moradia, trabalho em condições dignas etc.), não podemos falar em sociedade efetivamente democrática. Por isso a Justiça Social é pressuposto da sociedade contemporânea, é aspecto da vida social que impõe ao Estado, que se diz de Direito, um dever de agir, uma **ação positiva na ordenação ou reordenação das relações** entre indivíduos e/ou grupos sociais, tendo em vista atingir-se o Bem-Comum (Bem-Estar de todos) como medida da comunhão social e política.

*Ser libertos da miséria, encontrar com mais segurança a subsistência, a saúde, um emprego estável; ter maior participação nas responsabilidades, excluindo qualquer opressão e situações que ofendem a sua dignidade de homens; ter maior instrução; numa palavra, realizar, conhecer e possuir mais: - tal é a aspiração dos homens de hoje, quando um grande número de entre eles estão condenados a viver em condições que tornam ilusório este legítimo desejo.*<sup>506</sup>

Ademais, a correlação que existe entre os diversos níveis da cidadania serve para evidenciar que o fato de as pessoas terem acesso aos direitos de 1ª geração não torna a sociedade em que vivem em uma sociedade que convive com a “Democracia substancial”. Neste sentido, lembramos que o “Documento do Sínodo dos Bispos sobre a Justiça no

---

<sup>505</sup> Cf. MARONNA, Cristiano. A postulação de reforma agrária não se confunde com o esbulho possessório. **Jurisprudência comentada**. Boletim IBCCrim – Jurisprudência, out. 1997). Neste comentário o autor focaliza o acórdão proferido pelo STJ, em 08.04.97, no julgamento do HC nº 5.574/SP, impetrado em favor de líderes do MST, acusados da prática de crimes de esbulho possessório e formação de quadrilha ou bando armado. O acórdão, da lavra do então Ministro Luiz Vicente CERNICCHIARO, é um precedente paradigmático, no que se refere ao reconhecimento de que a previsão constitucional de uma Política de Estado, como a Política de Reforma Agrária, cria, para o Estado Democrático de Direito, no campo dos direitos sociais ou de prestação, um dever jurídico inevitável de efetivá-la, sob pena de vir a ser exigida, inclusive por instrumentos de pressão popular, como é, no caso do MST, o recurso a ocupação de terras.

<sup>506</sup> PAULO VI, na Encíclica “**Populorum Progressio**”. Apud PASOLD. Op. Cit., p. 60.

Mundo” (1978) já alertava para o fato de que a injustiça econômica e a falta de participação social constituem dois fatores impeditivos a que a pessoa humana desfrute dos “direitos humanos e civis.”<sup>507</sup> Esta é também a conclusão de BARATTA, que analisa a democracia como uma totalidade sócio-política-jurídica e compreende a articulação dialética que deve existir entre os diversos aspectos da cidadania realmente democrática.

*En primer lugar, como ya se há observado anteriormente, los derechos civiles y de libertad y los derechos económicos, sociales y culturales son condiciones para el ejercicio del tercer grupo de derechos, los derechos políticos y de participación; sin que la vida, la libertad personal, la libertad de opinión y de asociación estén realmente garantizadas, sin que esté garantizado el desarrollo económico, social e cultural de los sujetos y de los grupos, el sistema de la democracia política no puede funcionar.*

*En segundo lugar, es preciso recordar que es el ejercicio de los derechos políticos y de participación que condiciona y garantiza todos los demás derechos. Sin tener voz y acceso em el proceso de información, de comunicación, de decisión, em todas las esferas de la sociedad civil y del Estado, los sujetos y los grupos no podrían ejercer, em concreto, la necesaria influencia sobre las condiciones de las cuales depende el ejercicio de sus derechos civiles, económicos, sociales y culturales.*<sup>508</sup>

Se de maneira geral, a concretização integral da cidadania, entendida como efetividade dos direitos de primeira, segunda, terceira geração e quarta geração é um problema enfrentado por indivíduos adultos em inúmeras sociedades contemporâneas, no caso da criança e do adolescente este problema de amplia, se aprofunda, se agrava. Esta constatação está ligada à própria evolução histórica da “presença” e da “atuação” da criança nas sociedades ocidentais a partir da Idade Moderna. Segundo BARATTA, esta evolução se deu dentro de um quadro geral comprometido por três *anomalias*:

A *primeira anomalia* consiste no fato de que a criança foi explicitamente excluída do pacto político que fundou a modernidade. Esta exclusão da criança ao mundo da

---

<sup>507</sup> Apud PASOLD. Op. Cit., p. 60 (nota de rodapé, “81”).

<sup>508</sup> “Em primeiro lugar, como já observamos, os direitos civis e de liberdade e os direitos econômicos, sociais e culturais são condições para o exercício do terceiro grupo de direitos, os direitos de participação; sem que a vida, a liberdade pessoal, a liberdade de opinião e de associação estejam realmente garantidas, sem que esteja garantido o desenvolvimento econômico, social e cultural dos indivíduos e dos grupos, o sistema da democracia política não pode funcionar.

Em segundo lugar, é preciso lembrar que é o exercício dos direitos políticos e de participação que condiciona e garante todos os demais direitos. Sem ter voz e acesso no processo de informação, de comunicação, de decisão, em todas as esferas da sociedade civil e do Estado, os indivíduos e os grupos não poderiam exercer, concretamente, a necessária influência sobre as condições de que depende o exercício de seus direitos civis, econômicos, sociais e culturais.” (tradução do autor). (Cf. BARATTA. Op. Cit., p.51).

cidadania, foi uma exclusão de fato e de direito e foi um produto da aplicação doutrinária e das conseqüências práticas do fundamento ético-ontológico das teorias do Direito Natural e do contratualismo político, que constituíram a base doutrinária para a formação do Direito e do Estado moderno. Um dos aspectos centrais desta concepção jurídico-política foi a diferenciação entre *racionais* e *irracionais*.

A partir da dicotomia “racional/irracional”, argumenta BARATTA, o pacto da modernidade dividiu o mundo em dois hemisférios: de um lado estavam os adultos; de outro, as crianças e os animais. As crianças, vistas como “*adultos em miniatura*”, podiam contar com a proteção “*en el estado civil, producto del pacto social*” mas não faziam parte dele.”<sup>509</sup>, ou seja, não integravam o pacto fundador da nova Sociedade baseada no primado da Razão e do Direito.

A *segunda anomalia* significa que a luta das crianças por seus direitos sempre foi desvinculada da luta pelo reconhecimento de sua diferença, diríamos, de suas peculiaridades como pessoa humana em desenvolvimento.

*El reconocimiento de su diferencia de género, de cultura y de posición en el mundo de la producción es el momento culminante en la lucha de los otros excluidos por la igualdad. Para los niños, el argumento de la diferencia há producido beneficios mínimos en términos de protección, pero les há costado en términos de la igualdad, mientras que el argumento de la igualdad há producido efectos negativos, en cuanto se refiere a la identidad del niño y del adolescente – como se puede observar en las distintas excepciones y reservas hechas por los Estados signatarios con respecto a la Convención – excepciones que han permitido igualar a los adolescentes en los adultos en setores delicados, como el trabajo, el reclutamiento militar y la edad penal, no solamente desde el punto de vista fáctico, como tan frecuentemente ocurre, sino también desde el punto de vista normativo.*<sup>510</sup>

---

<sup>509</sup> “[...] *adultos em miniatura*’, podiam contar com a proteção ‘no estado civil, produto do pacto social, mas não constituem parte dele.’” (tradução do autor). Cf. BARATTA. Op. Cit., p. 44.

<sup>510</sup> “O reconhecimento da diferença de gênero, de cultura e de posição no mundo da produção é o momento culminante na luta dos outros excluídos por igualdade. Para as crianças, o argumento da diferença tem produzido benefícios mínimos em termos de proteção, porém, tem-lhes custado em termos da igualdade. Quando se refere à identidade de criança e adolescente, o argumento da igualdade tem produzido efeitos negativos – como se pode observar nas distintas exceções e reservas feitas por Estados signatários da Convenção – exceções que tem permitido igualar os adolescentes aos adultos em setores delicados como o do trabalho, do recrutamento militar e da idade penal, não somente do ponto de vista fáctico, como ocorre freqüentemente, senão também desde o ponto de vista normativo.” (tradução do autor). Cf. BARATTA. Op. Cit., p. 51. Cf. BARATTA. Op. Cit., p. 44-45.

A *terceira anomalia* demonstra que, diferentemente do que aconteceu com outros grupos sociais, a luta pelos direitos da criança ficou na dependência do discurso e da ação dos adultos. Assim, não preencheu as condições sociais que em outros casos foram responsáveis pelo êxito das reivindicações:

- a liderança por integrantes do grupo ou de um setor significativo dele,
- liderança coletiva e pública,
- transformação das necessidades em direitos,
- existência de ações orientadas para contestar o poder dos grupos antagônicos.

*“Los niños no se han vuelto un sujeto colectivo, un movimiento público, no han creado en discurso sobre sus necesidades redefinidas como derechos, a pesar de que hayan ocurrido experiencias aisladas de altísima calidad en este sentido (piénsese en el proyecto de los ‘pibes unidos’ en Argentina y en Uruguay, en el de los “meninos de rua” en Brasil, en algunos movimientos de escolares en Europa.”*<sup>511</sup>

Estas anomalias condicionaram o movimento pela luta dos direitos infanto-juvenis, funcionando como obstáculos históricos ao reconhecimento da cidadania de crianças e adolescentes. No caso do Brasil, somente com o advento do art. 227 da Constituição de 1988, marco inicial do Direito da Criança e do Adolescente, é que foram criadas condições jurídico-formais para superá-las. Durante as sete décadas de vigência do Direito do Menor, como já vimos, os modelos de proteção e assistência à crianças e adolescentes tiveram a marca do paternalismo, da concessão e da filantropia coordenada e subvencionada pela burocracia estatal.

O princípio da “Politização” ou da “Ênfase nas Políticas Sociais Básicas” é uma decorrência lógica da Doutrina sócio-jurídica da Proteção Integral. Esta Doutrina, como já vimos, exige que os direitos e as necessidades de crianças e adolescentes sejam tratadas como “Questão de Política”. Para que isso ocorra é indispensável a existência de instrumentos cuja função básica é garantir que a observância ou o respeito desses direitos e

---

<sup>511</sup> “[...] as crianças não se transformaram em um sujeito coletivo, um movimento público, não criaram um discurso sobre as suas necessidades redefinidas como direitos, apesar de terem ocorrido experiências isoladas de altíssima qualidade neste sentido (pense no projeto ‘pibes unidos’ na Argentina e no Uruguai, no dos ‘meninos de rua’ no Brasil, em alguns movimentos de estudantes da Europa.” (tradução do autor). Cf. BARATTA. *Ibidem*, p. 46.

o provimento dessas necessidades não fiquem na dependência do arbítrio ou do subjetivismo das autoridades ou dos agentes públicos. Esta era uma das sérias limitações do Direito do Menor. Conforme esclarece SEDA, ao comentar o art. 87 do Estatuto da Criança e do Adolescente, a “regra de ouro” do menorismo prescrevia que

*“toda ação visava, fundamentalmente, aos “interesses do menor”. O critério para definição desses interesses era estabelecido caso a caso pela “autoridade judiciária”. [...] A nova “regra” foge do subjetivismo, e o que é exigível para a criança e o adolescente contém-se no Livro I, do Estatuto.”*<sup>512</sup>

Estas observações feitas por um dos integrantes da Comissão redatora do Estatuto representam uma das mais contundentes críticas feitas ao sistema jurídico do menorismo. Em razão da importância que a “cultura da discricionariedade”, exerceu no imaginário menorista, o princípio do “interesse superior da criança” expressamente previsto no Código de Menores de 1979<sup>513</sup>, deixou de funcionar como instrumento de efetiva proteção aos “menores irregulares”, transformando-se, na verdade, numa abertura axiológica de efeito invertido. Em consequência disso, o princípio do “interesse superior da criança” sofreu uma conveniente adaptação semântica ao “senso comum teórico” da Dogmática Jurídica menorista, propiciando a criação de um espaço de liberdade incontrolável, que permitia aos operadores do Direito diretamente envolvidos com o “problema do Menor” (policiais, juízes de menores, comissários de menores, promotores “públicos”, técnicos da área social e psicopedagogia etc.), ou incumbidos do “atendimento” à “marginália menorista”, a faculdade de determinar o que era “bom” ou “prejudicial” ao “menores irregulares” sob sua autoridade, guarda ou vigilância.

Assim, o sistema menorista que se auto-denominava “**tutelar**”, de **tutelar não tinha nada!** Não passava de uma eficaz engenharia de controle social das crianças e adolescentes que caíam sob a intervenção dos seus órgãos ou agentes. Escrevendo sobre este tema, no que diz respeito ao papel exercido pelos Juízes de Menores, AMARAL E SILVA denuncia o “subjetivismo”, ou seja, à falta de critérios objetivos para as decisões judiciais, como um dos vícios do Direito Menorista.

<sup>512</sup> Cf. SEDA. In: MÉNDEZ et al. Op. Cit., p. 243.

<sup>513</sup> O artigo 5º do Código de Menores de 1979 – Lei nº 6697, de 10-10-79, prescrevia: “*Na aplicação desta lei, a proteção aos interesses do menor, sobrelevará qualquer outro interesse juridicamente tutelado.*”

**“O SUBJETIVISMO DO CÓDIGO DE MENORES, COM EXCESSIVOS PODERES DO JUIZ, FACILITAVA AS INJUSTIÇAS. ERA PRECISO ESTABELEECER LIMITES OBJETIVOS AO ESTADO-JUIZ”!**<sup>514</sup>

Além de fixar a moldura geral do seu significado sócio-jurídico, como um sistema de Direitos Fundamentais, o Direito da Criança e do Adolescente se ergue sobre uma base doutrinária que impõe profundas **mudanças de conteúdo, método e gestão**, no que refere às ações do Estado e da sociedade civil destinadas ao atendimento da população infanto-juvenil. Durante a vigência do paradigma menorista, conforme explica MÉNDEZ, as leis de menores constituíram, bem mais do que uma epiderme ideológica e mero símbolo de um processo de criminalização da pobreza. Foram também um instrumento determinante da formulação e da execução da política social para a infância pobre. Em toda a América Latina prevaleceu a "provisão coativa das políticas assistenciais". Neste modelo *“La policía, - en cumplimiento de las leyes de menores y simultáneamente en flagrante violación de los derechos y garantías individuales consagrados en todas las Constituciones de la región - se convirtió de hecho en el proveedor mayoritario y habitual de la clientela de las llamadas instituciones de “protección” o de “bienestar”*.<sup>515</sup>

No Brasil, esclarece MÉNDEZ, até o advento do Estatuto da Criança e do Adolescente, a "legalidade menorista" e as "políticas assistencialistas" seguiram na mesma direção, na medida em que refletiam a realidade ou ordem estabelecida. Este quadro muda a partir de 1990, ano a partir do qual a nova legislação (Estatuto) e a cultura assistencialista entram em conflito." *También por este motivo las nuevas leyes de la infancia no reflejan simplemente la realidad, sino que son mucho mejor que ella.*"<sup>516</sup>

Levando em consideração estas observações de MÉNDEZ, podemos afirmar com segurança que o Direito da Criança e do Adolescente é um marco jurídico que deve atuar fortemente contra o fluxo histórico que resultou na cumplicidade ideológica e funcional do

<sup>514</sup> Cf. AMARAL E SILVA. Op. Cit., p. 172.

<sup>515</sup> *“A polícia – no cumprimento das leis menoristas e, simultaneamente, em flagrante violação dos direitos e garantias individuais consagrados em todas as Constituições da região – transformou-se de fato na provedora majoritária e habitual da clientela das chamadas instituições de ‘proteção’ ou de ‘bem-estar’.*” (tradução do autor). Cf. MÉNDEZ. Op. Cit., p. 27.

<sup>516</sup> *“Também por este motivo as novas leis da infância não refletem simplesmente a realidade, mas são muito melhores que ela.”* (tradução do autor). Cf. MÉNDEZ. Op. Cit., p. 27.



Direito do Menor com os modelos de Proteção Social destinadas à infância pobre. Esta cumplicidade, diga-se de passagem, é facilmente perceptível, se considerarmos que tanto o Direito do Menor quanto o Assistencialismo tinham em comum, como ponto de partida, a dicotomia "criança/menor", com desdobramentos teóricos que conduziam a resultados práticos semelhantes.

Assim, se para a lei menorista, o "menor" era visto como objeto de intervenção da "mão de ferro" da Polícia e do sistema de Justiça, para o Assistencialismo era considerado objeto de intervenção da "mão autoritária" do trabalho social, que via nele apenas um "feche de carências" a serem atendidas na medida das possibilidades, segundo as conveniências do poder público ou o sentimento de caridade da sociedade civil.

No que concerne à Ação Social do Estado no Brasil, a história revela a persistente articulação dos modelos Proteção Social com a "lógica do Capital" e com a "política clientelista" que marcaram as relações das nossas elites políticas com a grande maioria da população empobrecida.

Dentro desse quadro sócio-político praticamente se institucionalizou em nosso país a subordinação das Políticas Sociais Básicas (saúde, educação, habitação etc.), aos ajustes do modelo econômico que privilegia a remuneração do Capital em detrimento do desenvolvimento social do conjunto da população. As conseqüências dessa prática político-administrativa têm sido a constante degradação ou diminuição da qualidade e da quantidade das Políticas Sociais Básicas e o aumento de Políticas Sociais Compensatórias. Com razão, adverte-nos MÉNDEZ que este fenômeno - ocorrido na América Latina nos últimos anos -, não pode ser explicado apenas em função da lógica econômica.

*El aumento de la cobertura de las políticas asistenciales y la disminución de las políticas sociales básicas parece explicarse con una lógica mucho más política que económica. [...] Mientras que las políticas sociales básicas tienden a ser percibidas como una obligación del Estado de las cuales los ciudadanos, en cuanto tales, se sienten acreedores de un derecho, las políticas asistenciales resultan mucho más percibidas como prerrogativas de un gobierno (cuando no de un partido) frente a las cuales el ciudadano se transforma en cliente y el servicio en dádiva.<sup>517</sup>*

---

<sup>517</sup> "O aumento da cobertura das políticas assistenciais e a diminuição das políticas sociais básicas parece explicar-se como uma lógica de caráter mais político do que econômico [...]. Enquanto as políticas sociais básicas tendem a ser percebidas como uma obrigação do Estado – em relação às quais os cidadãos se

Para melhor entendermos o alcance destas reflexões, lembremos que o artigo 3º da Convenção Internacional sobre Direitos da Criança - que trata do princípio do "superior interesse" - determina o máximo envolvimento de "*Todas as ações relativas às crianças, levadas por efeito por instituições públicas ou privadas de bem-estar social, tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos*" com o dever de garantir a crianças e adolescentes as condições mais adequadas à sua inclusão social, como autênticos cidadãos. Com a ajuda deste princípio-fundamental do sistema da Convenção, o princípio da "Ênfase nas Políticas Sociais Básicas" ganha um reforço especial, pois, como observa BARATTA, "*implica la transversalidad de las políticas públicas y de las medidas internacionales dirigidas a la protección de los derechos de los niños.*"<sup>518</sup>

Esta idéia de "*transversabilidade das políticas públicas dirigidas à proteção dos Direitos da Criança e do Adolescente*"<sup>519</sup> tem, para nós, no momento em que focalizamos o princípio da "Ênfase nas Políticas Sociais Básicas", um significado especial. Reportando-nos novamente BARATTA entendemos que esta idéia nos conduz à "*centralidade das Políticas Sociais Básicas*" como instrumento privilegiado na concretização da cidadania infanto-juvenil.

*El principio central de la estrategia dirigida a implementar una protección integral de los derechos de la infancia es el de establecer la primacía de las políticas sociales básicas, respetando la proporción entre éstas y las otras políticas públicas previstas en la Convención. Esto significa, en primer lugar, que las políticas sociales básicas tienen una función primaria y general y que con respecto a éstas, todas las otras políticas deben ser*

---

*sentem credores de um direito, as políticas assistenciais são vistas muito mais como prerrogativas de um governo (quando não de um partido) frente aos quais o cidadão se transforma em cliente e o serviço em dádiva.*" (tradução do autor). Cf. MÉNDEZ. Op. Cit., p. 28.

<sup>518</sup> "[...] implica a transversalidade das políticas públicas e das medidas internacionais dirigidas à proteção dos direitos da criança." (tradução do autor). Cf. BARATTA. Op. Cit., p.32.

<sup>519</sup> A expressão "políticas públicas dirigidas à proteção integral dos direitos da criança e do adolescente" é aqui utilizada para deixar claro que, além das "Políticas Sociais Básicas", o sistema da Convenção prevê outras. Segundo MÉNDEZ, a Convenção contempla as "políticas públicas de proteção à criança" em quatro níveis, em estrutura piramidal, de tal forma que "La sección más ancha está representada por las políticas sociales básicas (escuela, salud). En el segundo nivel encontramos las políticas de ayuda social (medidas de protección en sentido estricto); más arriba las políticas correccionales (medidas socio-educativas de respuesta a la delincuencia juvenil), y finalmente las políticas institucionales que se refieren a la organización administrativa y judicial, es decir, a los derechos procesales fundamentales de los niños." (A parte mais ampla está representada pelas políticas sociais básicas (educação, saúde). Em segundo nível encontramos as políticas de ajuda social (medidas de proteção em sentido estrito); mais acima as políticas correccionais (medidas sócio-educativas de resposta à delinquência juvenil), e finalmente as políticas institucionais que se referem à organização administrativa e judicial, quer dizer, aos direitos processuais fundamentais das crianças." (tradução do autor). (Apud BARATTA. Op. Cit., p. 32).

*subsidiarias y residuales; en segundo lugar, que la concepción dinámica del principio de igualdad impone a los Estados-parte de la Convención y a la comunidad internacional respectivamente, el respecto de un standar mínimo de las normas del Estado social y de una regulación del desarrollo que respete los criterios del desarrollo humano y no se a contrario a ellos.*<sup>520</sup>

No Estatuto da Criança e do Adolescente, esta atitude programática, que considera as "Políticas Sociais Básicas" o núcleo das "políticas públicas de proteção aos direitos infanto-juvenis" está presente no Título I, do Livro I – "Da Política de Atendimento". Ao tratar, de forma não-exaustiva, das "**linhas de ação da política de atendimento**", o Estatuto, no seu artigo 87, estabelece a seguinte ordem hierárquica entre políticas, programas e serviços de proteção à criança e ao adolescente:

**"I – políticas sociais básicas;**

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

"III – serviços especiais de prevenção e atendimento médico e psicossocial às vítimas de negligência, maus-tratos, exploração, abuso, crueldade e opressão;

"IV – serviço de identificação e localização de pais, responsável, crianças e adolescentes desaparecidos;

"V – proteção jurídico-social por entidades de defesa dos direitos da criança e do adolescente."

Como podemos ver, na linha de comando da Política de Atendimento encontram-se as "Políticas Sociais Básicas", seguidas das políticas compensatórias e dos serviços especiais de atendimento preventivo e corretivo. As Políticas Sociais Básicas (educação, saúde, habitação etc.) têm a função especial de garantir o cumprimento pelo Estado de suas

---

<sup>520</sup> "O princípio central da estratégia destinada a implementar uma proteção integral dos direitos da infância é o que estabelece a primazia das políticas sociais básicas, respeitando-se a proporção entre estas e outras políticas previstas na Convenção. Isto significa, em primeiro lugar, que as políticas sociais básicas têm uma função primária e geral e, no que lhes diz respeito, todas as outras políticas devem ser subsidiárias e residuais; em segundo lugar, que a concepção dinâmica do princípio de igualdade impõe aos Estados-parte da Convenção e à comunidade internacional, respectivamente, o respeito a um 'standard' mínimo de normas do Estado Social e a uma regulação desenvolvimento que respeite os critérios do desenvolvimento humano e não lhes seja contrário." (tradução do autor). Cf. BARATTA. Op. Cit., p. 33.

tarefas fundamentais nas áreas indispensáveis ao “Bem-Estar” de toda a população. O objeto específico destas Políticas são ações político-administrativas destinadas a assegurar o acesso do conjunto da sociedade a bens que constituem “direitos de todos”, e que, por isso mesmo, incumbe ao Estado o dever jurídico-constitucional de promovê-los. /

No caso do Direito da Criança e do Adolescente, as Políticas Sociais Básicas encontram seu fundamento jurídico-positivo no art.227 da Constituição Federal, no parágrafo único do art. 4º, e nos artigos 5º e 6º do Estatuto, e são garantidas através dos mecanismos previstos nos artigos 88 e 208 dessa lei.

Para concluir este estudo recorreremos a SEDA, que, ao comentar o art. 87 do Estatuto da Criança e do Adolescente, explora alguns desdobramentos práticos da prevalência das Políticas Sociais Básicas na estrutura da Política de Atendimento contemplada neste diploma legal.

*[...] o não oferecimento ou oferta irregular dos serviços públicos (âmbito de ação das políticas públicas, que são dever do Estado e direito de todos) ofendem o “atendimento dos direitos”, previstos nessa lei.*

*São, portanto, esse não oferecimento ou essa oferta irregular, motivos suficientes para desencadear a ação dos mecanismos previstos no âmbito administrativo (art. 88) ou das ações judiciais públicas previstas no cap. VII do Livro II (arts.108 e ss.).*

Em razão do caráter garantista do Direito da Criança e do Adolescente, é importante observar que a ausência ou a oferta irregular das Políticas Sociais Básicas implica a possibilidade jurídica concreta de serem tomadas medidas corretivas nos âmbitos administrativo e judiciário para prevenir e corrigir as deficiências no funcionamento das ações político-administrativas que comprometem o atendimento das Necessidades Básicas e à observância dos Direitos Fundamentais infanto-juvenis. Neste caso, constatada a “situação irregular” da Política Pública, cabem, simultaneamente, providências no âmbito da Administração e do Judiciário.

No âmbito administrativo, conforme observa SEDA, verificada a “situação irregular” do serviço público,

*[...] é assegurado a todo cidadão, independentemente do pagamento de taxas, nos termos do inc. XXXIV do art. 5º da CF: a) o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa*

*do direito violado ou contra a ilegalidade ou o abuso do poder caracterizador da referida situação irregular da entidade, órgão ou autoridade pública; b) a obtenção de certidões em repartições públicas, para defesa desses direitos e esclarecimento de situações de interesse da criança ou adolescente prejudicado.*

*No âmbito judiciário, cabe representação ao Ministério Público ou a este, de plano, cabe efetivar a propositura de ações de responsabilidade por ofensa aos direitos assegurados nos termos do art. 208 e ss. do Estatuto.<sup>521</sup>*

Desta forma, além de prescrever uma “Carta de Direitos Fundamentais” infanto-juvenis, torna-se evidente que o Direito da Criança e do Adolescente não pactua com a omissão ou com a ação político-administrativa que não corresponda à observância e ao atendimento adequado dos Direitos e Necessidades dos seus destinatários diretos, vistos, finalmente, como cidadãos, na sua condição peculiar de pessoas em desenvolvimento. Isto ocorre porque o enquadramento jurídico das Políticas Públicas deve obedecer ao preceito fundamental que situa o “interesse da criança e do adolescente” como “interesse superior”, credor de “prioridade absoluta”. Este condicionamento valorativo deve refletir-se em todas as esferas do Poder Público, cabendo ao Judiciário garantir a sua validade formal, a sua validade material e a sua efetividade. Daí a obrigação que tem a Ciência Jurídica de estabelecer parâmetros teórico-doutrinários e teórico-dogmáticos capazes de fazer com que o Direito da Criança e do Adolescente não seja mera “norma de papel”, mas se concretize no nosso cotidiano, como “norma de vida”, ou como “Direito em experiência vivida”...A questão que agora nos desafia é como realizar esta passagem da “norma positivada” para a “norma vivida”.

Em vista disso, no próximo capítulo, nossas investigações visarão à busca preliminar de subsídios para a construção de um modelo hermenêutico que possa servir de instrumental teórico-prático para a interpretação/aplicação do Direito da Criança e do Adolescente, enquanto um sistema jurídico eticamente comprometido com a eficácia social dos Direitos Fundamentais infanto-juvenis que este novo ramo do Direito Brasileiro tem por objetivo positivar e garantir.

---

<sup>521</sup> Cf. SEDA. Comentando o art. 87, do Estatuto da Criança e do Adolescente. Op. Cit., p.243-244.

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA  
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**

**O DIREITO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE:  
FUNDAMENTOS PARA UMA ABORDAGEM  
PRINCIPIOLÓGICA**

DOUTORANDO: MIGUEL M. ALVES LIMA

ORIENTADOR: PROF. DOUTOR EDMUNDO LIMA DE ARRUDA  
JÚNIOR

**(Volume II)**

FLORIANÓPOLIS  
2001

## CAPÍTULO V

# HERMENÊUTICA JURÍDICA E DIREITO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE: SUBSÍDIOS PARA A CONSTRUÇÃO DE MODELO HERMENÊUTICO ADEQUADO AO DIREITO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE ENQUANTO SISTEMA DE PRINCÍPIOS E REGRAS E DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

### 5.1 CONSIDERAÇÕES GERAIS SOBRE HERMENÊUTICA JURÍDICA

Na tradição cultural em que estamos inseridos, o que convencionamos chamar “Direito” – no sentido de *ordem normativa de obrigatoriedade geral* – corresponde ao conjunto de princípios, regras e valores destinados a estabelecer padrões de organização e funcionamento da Sociedade. Nesta acepção, o Direito constitui *previsão geral e racionalizadora de aspectos da experiência social considerados relevantes para a preservação, a regularidade e o desenvolvimento grupal, tais como, a organização jurídico-política do poder estatal, as relações inter-subjetivas, o controle e a superação (“composição”) dos conflitos emergentes nas relações sociais, dentre outros.*

Tendo o caráter de *previsão geral*, os enunciados do Direito (“proposições jurídicas”, “expressões do Direito” etc.), representam *potencialidades jurídicas* que precisam ser concretizados na ordenação da vida social. Entre a *generalidade* das proposições jurídicas (princípios e regras) positivadas e os *atos da vida* existem permanentemente uma distância e uma tensão absolutamente insuperáveis. Mas para viabilizar a vida social fundada no Direito faz-se necessário um esforço de individualização das proposições jurídicas, transformando-as, na medida em que isso é possível, em comandos normativos concretos, atuais. Essa “*conversão*” dos preceitos gerais do Direito Positivado em normas individualizadas é, ao nosso ver, a questão

fundamental da ordem jurídica na dimensão em que a conhecemos. Para Aristóteles (384-322 a.C.) esta era uma das funções da Equidade.<sup>522</sup> Para nós, constitui o problema primordial da Interpretação Jurídica que, tradicionalmente, é vista como um momento lógica e cronologicamente anterior à aplicação do Direito às situações concretas subjacentes. Em razão de diversos fatores (ambigüidade, vagueza, indeterminação da linguagem, dinamicidade da vida social, impossibilidade material de se prever todas as situações e nuances dos comportamentos reguláveis, transcendentalidade do ser humano etc.), não é possível processar a transformação das previsões gerais do Direito Positivado em comandos normativos concretos, sem interpretá-las a fim de dar-lhes um sentido compatível com o *momento histórico-social* em que são “individualizadas”. A Interpretação é a chave imprescindível para “darmos vida atualizada” ao Direito em potencial!

Está definitivamente superado na Doutrina e na Jurisprudência o “*In claris cessat interpretatio*”, ou seja, “*disposições claras não comportam interpretação*”, que já teve o “status” de critério metodológico em Hermenêutica Jurídica. Os defensores do “*In claris...*” entendiam que, via de regra, as palavras da lei eram claras, expressando corretamente a “*mens legislatoris*”, só cabendo ao intérprete a pesquisa da “vontade” ou “intenção do legislador” quando os enunciados legais apresentassem vícios prejudiciais à sua compreensão.

Conforme mostra MAXIMILIANO<sup>523</sup> o brocardo “*In claris cessat interpretatio*” contraria a orientação hermenêutica geral do Direito Romano. Ulpiano, esclarece, ensinava o contrário: “*Quamvis sit manifestissimum edictum proetoris, attamen non est negligenda interpretatio ejus*”: “*embora claríssimo o edito do pretor, contudo, não se deve descurar da interpretação respectiva.*”<sup>524</sup>

Na tradição jurídica brasileira, esclarece MAXIMILIANO, a regra de que só caberia interpretação nos casos de obscuridade do texto legal ingressou no nosso meio acadêmico através da obra de PAULA BATISTA, que ensinava: “*Interpretação é a exposição do verdadeiro sentido de uma lei obscura por defeito de sua redação, ou duvidosa, com relação aos fatos ocorrentes ou silenciosa. Por conseguinte, não tem*

<sup>522</sup> Segundo Aristóteles, a Equidade servia para abrandar o rigor da lei, transformar as regras gerais em regras particulares, adaptar a lei às novas condições da história.

<sup>523</sup> Cf. MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 33.

<sup>524</sup> *Ibidem*, p. 33.



*lugar sempre que a lei, em relação aos fatos sujeitos ao seu domínio, é clara e precisa.*”<sup>525</sup> Para arrematar sua posição teórica sobre este tema que já atormentou a mente de muitas gerações de juristas e operadores jurídicos, MAXIMILIANO: dizer que a interpretação só se aplica quando a lei é clara, é uma afirmação inconseqüente. “*Que é a lei clara? É aquela cujo sentido é expresso pela letra do texto. Para saber se isto acontece, é força procurar conhecer o sentido, isto é, interpretar.*” Percebemos, então, que mesmo no modelo hermenêutico de MAXIMILIANO, filiado à tradição da “Hermenêutica Metodológica”, muito próximo da Hermenêutica histórico-idealista de BETTI, já não havia lugar para a negação da *imprescindibilidade da interpretação jurídica!*

A Hermenêutica Jurídica, campo de estudo que se debruça sobre a Interpretação dos textos jurídicos, para compreender seus fundamentos e estabelecer condições metodológicas para a sua concretização, tem diversos caminhos a seguir, pois, muitas são as motivações e as metas projetadas. No caso da Hermenêutica Jurídica aplicada ao Direito da Criança e do Adolescente, tendo em vista o perfil axiológico e teleológico e os compromissos sociais e políticos desse modelo de juridicidade, existem peculiaridades a serem observadas, sob pena de frustrar-se todo esforço histórico que dispendido para garantir-se a sua institucionalização. Isto não seria não apenas lamentável, mas, sobretudo, trágico para os beneficiários diretos da *ruptura paradigmática* que o Direito em questão representa em toda a história da cultura jurídica brasileira.

Neste trabalho, a nossa intenção é a de esboçarmos os traços gerais de um modelo hermenêutico adequado ao Direito da Criança e do Adolescente. Para isso, começamos estes comentários movidos pela esperança de estarmos contribuindo com a busca de uma fundamentação realmente operante desse novo Direito. Em vista dessas premissas, a primeira observação que gostaríamos fazer é que no nosso entendimento a Hermenêutica Jurídica, enquanto aspecto regional da Hermenêutica aplicada ao Direito, não se resume a uma Teoria da Interpretação de textos jurídicos, dando-se a esta expressão o significado corrente de estudo e sistematização dos métodos interpretativos. Embora esse seja o posicionamento dominante na nossa cultura jurídica, pensamos que ele está defasado em face dos progressos das pesquisas e reflexões desenvolvidas nas últimas décadas sobre Hermenêutica geral e especial. Dois são os motivos que justificam nossa posição.

---

<sup>525</sup> Cf. MAXIMILIANO. Op. Cit., p. 35.

**Em primeiro lugar**, mesmo aceitando a relevância do aspecto metodológico no estudo e na prática da interpretação do Direito, rejeitamos a atitude epistemológica que praticamente atribui à Hermenêutica Jurídica a função de fixar regras para orientar o intérprete jurídico na busca do sentido correto das normas jurídicas (princípios - e os valores a que eles se referem - e regras jurídicas).

A Hermenêutica Jurídica não pode ser reduzida a um “catálogo analítico” ou a um receituário dos métodos e das técnicas de interpretação do Direito. Quanto a este ponto, concordamos com a proposta de LARENZ, que fala da “metodologia” como auto-reflexão hermenêutica da Ciência do Direito. Entendemos essa sugestão como um forte indício de que o saber jurídico, devido à natureza cultural e a essência fenomenológica do seu objeto, é, em si, um saber hermenêutico, por que está fundamentalmente radicado no pressuposto da “compreensão”. Além disso, como explica LARENZ:

*[...] a metodologia de qualquer ciência é, antes do mais e em primeiro lugar, a reflexão desta ciência sobre o seu próprio proceder, sobre os modos de pensamento e meios de conhecimento de que lança mão. Toda a ciência desenvolve tais modos de pensamento, e, para além disso, determinados procedimentos para se certificar da sua matéria e para verificar os seus enunciados. A reflexão sobre este procedimento não ocorre em separado da sua aplicação, mas acompanha-a ou segue-a de imediato e está na mais estrita conexão com a ciência em causa.*<sup>526</sup>

Sendo assim, o fato de aceitarmos uma “missão metodológica” para a Hermenêutica Jurídica implica uma redefinição do sentido e do papel da própria metodologia no Direito que exige a aproximação da Ciência Jurídica com a Hermenêutica Geral. A partir disso, a determinação do significado da função metodológica da Hermenêutica Jurídica começa pela necessária ampliação da perspectiva de abordagem do objeto de estudo desse capítulo da Ciência do Direito, que passa a ser crítica ou zetética e não apenas analítica ou descritiva. Com esta conotação, a Hermenêutica Jurídica enquanto metodologia da Interpretação do Direito não é “nem uma “lógica jurídica formal”, nem “instrução sobre a técnica de solução de casos”<sup>527</sup>; “não pode tratar de estabelecer regras rígidas, que só precisariam de se seguir para caminhar com segurança na aplicação de normas jurídicas.”<sup>528</sup>

<sup>526</sup> Cf. LARENZ, Karl. Op. Cit., p. 289.

<sup>527</sup> Ibidem, p. 293.

<sup>528</sup> Ibidem, p. 293.

Neste âmbito polêmico do Conhecimento Jurídico, o nosso pensamento está de acordo com a posição de Karl LARENZ. A interpretação, diz ele:

*[...] e tudo que ela em si coenvolve, não é uma actividade que possa realizar-se somente de acordo com regras estabelecidas; carece sempre da fantasia criadora do intérprete. Se antes falámos de “circunstâncias hermeneuticamente relevantes”, é agora de acrescentar que não é possível um catálogo exaustivo de todas as circunstâncias que possam ser hermeneuticamente relevantes. As indicações metodológicas permitem na sua aplicação uma margem de livre apreciação, do mesmo modo que a maioria das normas jurídicas. Tais indicações fornecem ajudas de orientação, possibilitam o controlo de um curso de idéias, sobretudo para que se não passem por alto pontos de vistas essenciais, e obrigam o intérprete a prestar contas sobre o seu proceder. Mas quem pense que as deve seguir como um escravo simplifica a questão em demasia. Não só para o trabalho jurídico quotidiano como para todos os trabalhos jurídicos importantes, é ajustada a observação de GADAMER de que “é decerto indispensável à ciência a higiene metódica, mas a mera aplicação de métodos habituais constitui em muito menor grau a essência de toda a pesquisa do que a descoberta de métodos novos – e, por detrás disso, a fantasia do investigador.”<sup>529</sup>*

As questões que estamos analisando têm uma estreita ligação com o assunto que já foi objeto de nosso estudo no capítulo intitulado “O Direito da Criança Enquanto Sistema Jurídico”. Ao tratarmos desse tema uma das nossas preocupações foi evidenciar que as características sistemáticas, os fundamentos éticos e os compromissos sócio-jurídicos do Direito da Criança e do Adolescente obrigam-nos a uma tomada de posição prévia sob três pontos de vista que identificamos como três momentos reflexivos para uma introdução crítica à teoria deste novo ramo do direito brasileiro: o ponto de vista da incidência material ou de aplicação, o ponto de vista dos fins e o ponto de vista dos meios.

Ao focalizarmos o “ponto de vista dos meios”, esclarecemos que este enfoque objetiva investigar os elementos teóricos e os elementos da realidade social e política favoráveis à concretização emancipatória dos princípios, das regras e dos valores do Direito da Criança e do Adolescente, identificando as condições instrumentais de operacionalização legítima desse modelo jurídico, essencialmente democrático e humanístico. Naquela oportunidade um dos aspectos por nós destacados foi o que diz respeito à caracterização do Direito da Criança e do Adolescente como um modelo jurídico que se amolda ao conceito de *técnica garantista* e, conseqüentemente, à proposta teórica e metodológica formulada por FERRAJOLI em “Derecho y Razón” – o Garantismo Jurídico. Um dos efeitos produzidos pela proposta garantista ferrajoliana na

<sup>529</sup> Cf. LARENZ. Op. Cit., p. 293-294.

tradição positivista, que ele denomina “modelo paleopositivista”, refere-se ao papel a ser exercido pela cultura jurídica (e, conseqüentemente, diríamos, por seus operadores).

O Positivismo Jurídico é um modelo teórico, cujos desdobramentos – teoria do Ordenamento, teoria da norma, teoria das fontes e teoria da interpretação – remetem-nos ao seguinte ideário básico: O Ordenamento Jurídico constitui um sistema de normas, de origem estatal, completo, hermético, auto-suficiente, auto-poyético. As normas jurídicas são comandos estatais imperativos, dotados de coercitividade, destinadas à manutenção da ordem pública. A fonte primária do Direito é a Lei, não se aceitando nada acima ou fora dela como expressão da ordem jurídica. Se existem outras fontes (Costume, Doutrina, Jurisprudência etc.) de Direito é porque a própria Lei o diz, definindo o “status” de cada uma delas no Ordenamento. Desta forma, estabelece-se o dogma da juridicidade estrita, rechaçando-se toda concepção ampliativa do que seja *Direito válido*, que obriga ou implica obediência. Além disso, rejeita-se o *contra-legem* como autêntica *heresia jurídica*. A interpretação, entendida como processo cognitivo/recognitivo através do qual o intérprete *revela o correto sentido dos textos legais* é fundamentalmente restritiva, atendendo a critérios que sempre vinculam o resultado final do processo hermenêutico ao ponto de vista apriorístico do legislador (“mens legislatori”) ou da lei (“mens legis”), prevalecendo o primeiro como o mais recomendado. Em vista disso, na metodologia da Interpretação, predomina uma abordagem expositiva dos instrumentos de trabalho do intérprete - os momentos do processo hermenêutico, os métodos e as técnicas de interpretação -, dando-se ênfase àqueles meios que estão a serviço da idéia de supremacia ou onipotência do legislador visto como expressão eminente do poder jurídico do Estado e que patrocinam a chamada “segurança do Direito”.

As conseqüências práticas de um modelo teórico que atende a estas características gerais são inúmeras. Destacamos duas delas que nos parecem especialmente prejudiciais ao progresso jurídico: ao considerar o Direito um fenômeno meramente normativo, o Positivismo Jurídico incorre num vício de origem que repercute negativamente em todo o itinerário do seu desenvolvimento teórico. O direito é fenômeno normativo social-objetivo. Não está fora das relações sociais como regra externa, mas integra-as. Por isso o Direito é uma instância do social e não uma instância à parte do social.

Ao distanciarem o Direito Positivo das relações sociais (formalismo jurídico) ou, ao fazerem das relações sociais mera expressão de normatividade (realismo jurídico),

as doutrinas positivistas distorcem o seu ponto de partida, ocasionando o surgimento de um inesgotável arsenal de falsas crenças que, por sua vez, distorcem a relação “sistema jurídico/sistema social”. Com isso, protagonizam a autonomia do Direito em face do mundo da vida e o transformam em instrumento ou técnica de controle da realidade social.

Por outro lado, ao tratar a *interpretação do Direito* como um processo tendente à *revelação do sentido imanente às normas jurídicas*, o Positivismo desconhece, de saída, no que realmente consiste o papel da Hermenêutica e da Hermenêutica Jurídica, em especial, na orientação da abordagem e da concretização social das expressões jurídicas. Agindo dessa forma, os positivistas transformam o intérprete em vassalo dos enunciados normativos, neutralizam a interação que deve existir entre o direito codificado ou legislado e a totalidade do processo social, criam a chamada “*gramática de dominação*”, favorecendo a cristalização de um “senso comum hermenêutico” que se impõe sobre a sociedade como uma espécie de *palavra revelada* de uma nova *Teologia*. Então, os *cânticos sagrados* ecoam nos *templos do Direito* e ressoam pelo mundo afora, na mente e no coração dos “crédulos”, chamando os *fiéis* ao *culto da lei e da ordem vigente...*

Metáforas à parte, o projeto hermenêutico das doutrinas positivistas é autofágico, devora-se a si mesmo e impossibilita que o Direito participe ativamente na construção do futuro!

O modelo teórico formulado por FERRAJOLI, segundo ele próprio, põe em crise o esquema juspositivista tradicional da ciência e do conhecimento jurídico. Podemos retratar sinteticamente o perfil da motivação teórica que está na raiz do Garantismo Jurídico observando que, para FERRAJOLI, uma teoria jurídica contrastante com a tradição positivista, mormente a de orientação formalista – implica um programa não apenas de legitimação, mas também de deslegitimação interna do ordenamento jurídico. Sendo o Direito positivo uma legalidade complexa, intrinsecamente contraditória (contém antinomias) e incompleta (apresenta lacunas), é evidente que esses dois traços ou *vícios* retroajam:

*[...] de fato sobre a Ciência do Direito, conferindo-lhe um papel crítico e criativo na relação com seu objeto, papel esse desconhecido da razão jurídica, própria do velho positivismo dogmático e formalista: a tarefa simultaneamente científica e política, de descobrir as antinomias e as lacunas existentes e de propor de dentro as correções previstas pelas técnicas garantistas de que o ordenamento dispõe, ou então de elaborar e sugerir de fora novas formas de garantias idôneas a reforçar os mecanismos de auto-*

*correção. Precisamente, enquanto o vício da incoerência atribui à ciência jurídica (bem como à jurisprudência) um papel crítico em relação ao Direito vigente, o da falta de plenitude confia-lhe ainda um papel de elaboração e concepção (progettazione) de novas técnicas e de mais vinculativas condições de validade.*<sup>530</sup>

Ao desempenhar o seu papel *crítico e criativo*, a teoria jurídica garantista dá visibilidade ao *Direito inválido ou ilegítimo*. Quanto a este aspecto da função do saber jurídico “pos-positivista” ou “anti-positivista”, FERRAJOLI é peremptório: “É a crítica do Direito inválido, tendo por objetivo a sua anulação, que se torna a principal tarefa, simultaneamente científica e política, da ciência jurídica.”<sup>531</sup>

Além disso, prossegue FERRAJOLI, há um terceiro *vício* da legalidade e da racionalidade jurídica contemporânea que demanda um novo posicionamento teórico da Ciência do Direito. Trata-se da relação crítica que se estabelece na atualidade entre o constitucionalismo clássico e o sistema de fontes de direito de caráter internacional. Aqui FERRAJOLI se refere ao papel exercido por novos sujeitos políticos, como é o caso da Comunidade Européia, “*onde foram instituídos organismos executivos cujas decisões prevalecem – ou pelo menos pretendem prevalecer – sobre as leis, e por vezes sobre as próprias constituições dos estados-membros*”. Este fenômeno do mundo jurídico-político contemporâneo repercute seriamente na tradição positivista, que assegurava a prevalência dos sistemas jurídicos internos às interferências do Direito Internacional sobre Direitos Humanos, adiando a validade material de Tratados que exigiam mudanças no sistema de relações sociais, econômicas etc..

No entendimento de FERRAJOLI, neste novo contexto jurídico, político e institucional, “*depende essencialmente da cultura jurídica e politicológica, em particular, que seja superada a antinomia que afeta toda a história dos direitos fundamentais, entre direitos do homem e direitos do cidadão, e que os direitos fundamentais sejam finalmente garantidos, fora do velho esquema estatista, mesmo contra os próprios estados.*”<sup>532</sup> Conforme já observamos ao longo deste trabalho, o crescente movimento da atualidade, pelo fortalecimento de uma Política global de Direitos Humanos – a chamada mundialização da Democracia –, exige uma nova atitude do pensamento jurídico, tradicionalmente arraigado à visão positivista do Direito estatal.

<sup>530</sup> Cf. FERRAJOLI, Luigi. O direito como sistema de garantias. In: OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebiades (Org.). *O novo em direito e política*. Porto Alegre: do Advogado, 1997. p. 103.

<sup>531</sup> *Ibidem*, p. 104.

<sup>532</sup> *Ibidem*, p. 105.

*Nesta perspectiva, o empenho por um constitucionalismo europeu liga-se ao empenho por um constitucionalismo mundial. Creio que hoje já não é possível falar decentemente de democracia, igualdade, de garantias, de direitos humanos e de universalidade de direitos, se não tomarmos finalmente “a sério” – segundo a feliz fórmula de Ronald Dworkin – a Declaração Universal dos Direitos do Homem da ONU de 1948 e os Pactos sobre Direitos de 1966; se nos fecharmos nas fronteiras das nossas democracias, alargadas talvez às da “fortaleza Europa”; se continuarmos a dissociar direitos do homem e direitos do cidadão, preocupando-nos só com estes e não com aqueles. Depois da queda do muro e do fim dos blocos, já não há alibis para que a democracia, cujos triunfos celebramos, não se realize finalmente a si própria.*<sup>533</sup>

Diante disso, torna-se evidente a importância que tem para nós esta oportunidade de repensarmos a Hermenêutica Jurídica como instrumento de efetividade do Direito da Criança e do Adolescente. Se desejamos levar “a sério” os compromissos impostos por esse direito com uma cultura de proteção integral, de observância dos Direitos Fundamentais e do adequado atendimento às necessidades básicas de crianças e adolescentes, esta “profissão de fé” precisa projetar-se sobre nossa visão teórica e nossa “práxis” no campo da Hermenêutica Jurídica.

Se, como observa GADAMER, “*Entre a Hermenêutica Jurídica e a Dogmática Jurídica existe [...] uma relação essencial, na qual a Hermenêutica detém uma posição dominante*”<sup>534</sup>, no nosso caso, o “olhar hermenêutico” deve envolver adequadamente o “olhar dogmático”, deve seduzi-lo a potencializar as características garantistas do Direito da Criança e do Adolescente. Isto significa que a Hermenêutica Jurídica aplicada ao Direito da Criança e do Adolescente deve ter sua identidade epistemológica pré-determinada por seu caráter crítico e criativo ou construtivo de si própria e do seu objeto.

Para que a Hermenêutica Jurídica possa cumprir com êxito sua função - simultaneamente científica e política, epistemológica e deontológica -, os seus conceitos e procedimentos devem ser antecidos pela percepção de que é preciso libertar a mentalidade dos juristas e operadores jurídicos que lidam com o Direito da Criança e do Adolescente do tradicional maniqueísmo cultural que costuma ver a intervenção do direito na realidade social sob dois pontos de vista contraditórios: controle *ou* transformação social. A partir desse recorte dicotômico os sistemas jurídicos são etiquetados como “*direito de dominação*” ou “*direito de libertação*”. Sobre estas questões ARRUDA JÚNIOR alerta-nos para o risco de incorreremos numa abordagem *idealista* do fenômeno jurídico. Como antídoto a este desvio epistemológico, segundo esse autor do campo da sociologia crítica e alternativa, o Direito deve ser visto através de

<sup>533</sup> Cf. FERRAJOLI. Op. Cit., p. 105-106.

<sup>534</sup> Cf. GADAMER. Op. Cit., p. 490.

uma concepção “dinâmica e realista”, que ele denomina “direito positivo de racionalidade processual, tomado como conceito que aglutina ao mesmo tempo as energias contraditórias que o definem: a conservadora e a transformadora.”<sup>535</sup> Em vista disso, observa ARRUDA JÚNIOR é insuficiente negarmos a “racionalidade técnica ou de opressão” do Direito, no sentido de encarecer a relação “direito-instrumento de dominação”. Mesmo diante da legalidade estatal não é possível deixar de reconhecer que o direito assim manifestado possui caráter duplamente positivo:

*Um primeiro, tendente à luta por confirmação na práxis do que se pode chamar direito positivo positivador de maiores graus reais de liberdade já inscritos no direito estatal (afirmação por efetividade); e, num segundo plano concomitante ao primeiro, tem-se a situação do que Hegel chamava de “lutas pelo reconhecimento”, que podemos esquematizar como direito positivante positivo, referente às expressões de legalidades outras presentes na sociedade civil, e afirmativas do particular compatível com o universal (singularizado no Estado).<sup>536</sup>*

Na corrente desses ensinamentos, temos a observar que o caráter dialético do Direito enquanto modulação normativo-axiológica da interação humana, mostra-se incompatível com um “olhar hermenêutico” refratário a essa complexidade da sua concreção histórica. LYRA FILHO se referia ao fato de que o Direito é um processo de incessante positivação de liberdades no seio de lutas sociais e políticas.

Captado no âmago da dialética dos processos históricos, o Direito não pode ser descrito como algo linear, contínuo, como se fora imune ao entrelaço das forças sociais envolvidas na relação “liberdade/dominação” que atravessa a totalidade social. Nas sociedades de classe as lutas sociais corporificam a forma de segmentação classística e o Direito, como instância que é do social, reflete o estado das relações que mediatiza normativamente. Em vista disso AGUIAR propõe que percebamos o Direito como um “termômetro das relações sociais”.<sup>537</sup>

O processo de libertação constante que o Direito materializa na história sofre “avanços e recuos, quebras do caminho”<sup>538</sup> refletindo em alguma medida o balanço jurídico das contradições sociais em cada momento das sociedades historicamente determinadas. Mas a vitalidade emancipatória do Direito permanece como projeção da

<sup>535</sup> Cf. ARRUDA JÚNIOR, Edmundo Lima de. **Direito moderno e pluralismo jurídico: notas para pensar a racionalidade jurídica processual**. Mimeo.

<sup>536</sup> Ibidem.

<sup>537</sup> AGUIAR, Roberto A. R. de. **O que é justiça: uma abordagem dialética**. 2. ed. São Paulo: Alfa-Ômega, 1987. p. 115.

<sup>538</sup> Cf. LYRA FILHO. Op. Cit., p.114.



própria “*transcendência humana*”.<sup>539</sup> Enquanto esta tiver vida, ela viverá. Daí podermos falar, inebriados pelo Humanismo incansável de LYRA FILHO, em “*dignidade política do Direito*”, reconhecendo nesta expressão o comprometimento ôntico do Direito com os valores éticos da pessoa humana na sua busca sempre inacabada de vida com dignidade, liberdade, justiça, democracia, fraternidade, felicidade e realização de suas potencialidades, visto que todos esses ingredientes são indispensáveis a que o “Homem como convém que o homem viva”, para resgatar a feliz fórmula de Aristóteles ao refletir sobre a justificação ética da “POLIS”, da Ciência e da Práxis Política.

Por fim, recordando que o Direito da Criança e do Adolescente é uma ordem jurídica dotada de alteratividade e de alternatividade,<sup>540</sup> vêm-nos ao espírito as observações de Boaventura SOUZA SANTOS no sentido de que as “*as definições alternativas da realidade*” exigem que a ação social e política sejam orientadas por uma visão hermenêutica singularizada por um dúplice caráter: de um lado, tem de ser uma “*hermenêutica negativa, que proceda à desocultação dos mecanismos de poder*”, de

---

<sup>539</sup> Segundo CALLERA, essa “transcendência humana” se manifesta através da “Razão transcendente” e da “Vontade transcendente”. Com o primeiro conceito, ele admite “*la posibilidad de una razón transcendente, como posibilidad real o efectiva de la estructura pensante del ser humano. Una razón transcendente significa, entre otras cosas, lo siguiente: a) la posibilidad (ya señalada) de comprender la realidad de las cosas más allá de su mera apariencia empírica; b) la posibilidad de comprender valores e intereses a partir de la realidad general o a partir de realidades concretas; c) la posibilidad de construir valores y principios más allá o al margen de la realidad dada, esto es la posibilidad de construir ideales y utopías.*” “*(a possibilidade de uma razão transcendente, como possibilidade real ou efetiva da estrutura pensante do ser humano. Uma razão transcendente significa, entre outras coisas, o seguinte: a) a possibilidade [já sublinhada] de compreender a realidade das coisas para além de sua mera aparência empírica; b) a possibilidade de compreender valores e interesses a partir da realidade geral ou a partir de realidades concretas; c) a possibilidade de construir valores e princípios para além ou à margem da realidade dada, isto é, a possibilidade de construir ideais e utopias.*” (tradução do autor). Quanto ao conceito de “vontade transcendente”, CALLERA diz que a vê como uma vontade que “*busca algo que no experimenta directamente o algo que no existe, pero que de alguna manera lo “pre-siente” o simplemente desea. Una razón transcendente se apoya en alguna medida en una voluntad transcendente que quiere comprender mejor o más radicalmente la realidad o quiere construir o fundar una nueva.*” (“*busca algo que não experimenta diretamente ou algo que não existe, mas que, de alguma maneira, o “pressente” ou simplesmente deseja. Uma razão transcendente se apóia em alguma medida em uma vontade transcendente que deseja compreender melhor ou mais radicalmente a realidade, ou pretende construir ou fundar uma nova realidade.*”) (tradução do autor). (Ver CALLERA, Nicolás María López. *Filosofía del derecho*. Comares Editorial, p.20-21. (grifos no original).

<sup>540</sup> Segundo SEDA, que não concorda com a atribuição de “alternatividade” ao Direito, o Direito da Criança e do Adolescente é “ALTERATIVO” e explica porque: “*O Direito pode ser dito alterativo quando vem antes dos fatos. E, se traz, no conjunto de normas de conduta que o constitui instrumento de mudança social que as pessoas e a comunidade podem utilizar quando querem transformar a realidade ameaçadora e violadora dos direitos humanos fundamentais.*” (Op. Cit., p.10), (grifo no original). Para nós, além de “ALTERATIVO” o Direito da Criança e do Adolescente é “ALTERNATIVO”. Trata-se de um projeto jurídico comprometido com a utopia de libertação de um segmento oprimido pela ordem estabelecida – os “menores irregulares” do Direito do Menor – que, para isso, universaliza a concepção de cidadania infanto-juvenil. É “alternativo” porque busca “outro” Direito (democrático e humanista) como base para a construção de uma “outra” sociedade, a sociedade de cidadãos na qual crianças e adolescentes em geral passam a ser sujeitos de direitos fundamentais e credores de proteção integral.

outro, “ *uma hermenêutica reconstrutiva que ofereça alternativas contra-hegemônicas credíveis.*”<sup>541</sup> No caso concreto do Direito da Criança e do Adolescente há um lugar especial para essa *dialética das duas hermenêuticas*, haja vista que, conforme já ficou amplamente demonstrado, garantir a efetividade desse novo direito é garantir a morte (cultural, social e técnico-jurídica) do Direito e da tradição menorista. É, pois, preciso, sempre “desconstruir/construindo”. Assim, a Hermenêutica Jurídica aplicada ao Direito da Criança e do Adolescente deve ser uma hermenêutica essencialmente garantista, na acepção que esta palavra adquiriu na Teoria do Garantismo Jurídico.

**Em segundo lugar**, além de não ser uma teoria meramente expositiva e, conseqüentemente legitimante dos métodos e técnicas da Interpretação do Direito, a Hermenêutica Jurídica, na verdade, transcende essa “missão metodológica”. A Interpretação Jurídica não envolve apenas questões de procedimento ou mera tecnologia para o manejo adequado ou correto das expressões do Direito. LARENZ ressalta o papel indispensável da “fantasia do intérprete”. No entanto, há mais do que isso... A Interpretação não é uma questão que se resolva pela aplicação de cânones científicos ou procedimentos metodológicos porque, segundo GADAMER, toda interpretação “*pertence claramente ao todo da experiência do homem no mundo.*”<sup>542</sup> O ser humano é fenomenologicamente um ser de Existência, é o *Dasein*, um “ser-no-mundo”, histórico, temporalizado, finito, pro-jetado para o futuro. O “Dasein” como categoria filosófica é uma construção de HEIDEGGER, responsável pela *viragem fenomenológico-existencialista* da Hermenêutica Contemporânea. Discípulo de HUSSERL, HEIDEGGER afastou-se do mestre em vários pontos de sua proposta fenomenológica. Um deles foi a afirmação da *faticidade do ser como um dado ontológico*. Isto faz com que HEIDEGGER defina a sua fenomenologia como uma “hermenêutica do Dasein”. Sobre este ponto destacamos esta observação de HEKMANN:

*O sentido metodológico da descrição fenomenológica é a interpretação (Auslegung, tornar aberto). O logos de uma fenomenologia do Dasein tem o caráter de hermêneuin (interpretar), através do qual se tornam conhecidos ao Dasein a estrutura do seu próprio ser e o significado autêntico a ser dado na sua compreensão (pré-consciente) do ser. A fenomenologia do Dasein é hermenêutica no sentido original da palavra, que designava o trabalho da interpretação.*<sup>543</sup> (grifos no original).

<sup>541</sup> Cf. SANTOS, Boaventura Souza. Op. Cit..

<sup>542</sup> Cf. GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método: traços fundamentais de hermenêutica filosófica**. Tradução de Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 1997. “Introdução”, p. 31.

<sup>543</sup> Cf. HEKMANN. Op. Cit., p. 134.

A proposta de HEIDEGGER redefine o significado da Hermenêutica, que deixa de ser normativa para ser filosófica e, enquanto tal, passa a ser uma interpretação da Existência, atributo ontológico do *Dasein*. O *Dasein* é um ser que se comporta compreendendo,<sup>544</sup> é um ser hermenêutico, porque “*tem o poder ontológico de compreender e interpretar, o que torna possível a revelação do ser das coisas e em última instância das potencialidades do próprio ser do Dasein*”.<sup>545</sup> Assim, a Hermenêutica se transforma em HEIDEGGER numa ontologia da compreensão e da interpretação.

Na esteira do pensamento filosófico heideggeriano, GADAMER adverte que, na sua origem, “*o fenômeno hermenêutico não é, de forma alguma, um problema de método*.”<sup>546</sup>, é uma questão de “compreensão”. E “compreender”, é a “*forma originária de realização da pré-sença*”<sup>547</sup>, ou o “*caráter ôntico original da própria vida humana*”.<sup>548</sup> *Compreendemos*, situados no mundo como seres históricos e “*ser histórico quer dizer não esgotar-se nunca no saber-se. Todo saber-se procede de um dado histórico prévio que chamamos, com Hegel, “substância”, porque suporta toda opinião e comportamento subjetivo e, com isso, prefigura e delimita toda possibilidade de compreender uma tradição em sua alteridade histórica.*”<sup>549</sup> Quando “compreendemos” algo não o fazemos a partir de um vazio preenchido por um saber especializado. O nosso “compreender” é “*sempre um processo de fusão de dois horizontes*” - o horizonte da tradição e o horizonte do presente – “*dados por si mesmos*” [...] A “*fusão se dá constantemente na vigência da tradição, pois nela o velho e o novo crescem sempre juntos para uma validade vital, sem que um e outro cheguem a se destacar explicitamente por si mesmos.*”<sup>550</sup> “*Todo encontro com a tradição realizado com consciência histórica experimenta por si mesma a relação entre o texto e o presente.*”<sup>551</sup> Cumpre à Hermenêutica desenvolver conscientemente esta tensão, evitando a assimilação ingênua do intérprete ao horizonte do texto.

<sup>544</sup> Cf. STRECK, Lênio Luiz. *A hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. Porto Alegre: do Advogado, 1999. p. 170.

<sup>545</sup> Cf. HEKMANN. Op. Cit., p. 135.

<sup>546</sup> Cf. GADAMER. Op. Cit., p. 31.

<sup>547</sup> Cf. Hans-Georg GADAMER. *Ibidem*, p. 392. O termo “Pré-sença” corresponde ao “Dasein”, ou “ser de Existência”, como “ser-no-mundo”, “lançado-no-mundo”, que é a condição primordial do ser humano na concepção heideggeriana adotada por GADAMER.

<sup>548</sup> *Ibidem*, p. 393.

<sup>549</sup> *Ibidem*, p. 451.

<sup>550</sup> *Ibidem*, p. 457.

<sup>551</sup> GADAMER. Op. Cit., p. 458.

Desta forma a “compreensão” que antecede<sup>552</sup> a toda interpretação pressupõe um posicionamento prévio, ou, ocorre numa totalidade conjuntural, que nem sempre é apreendida explicitamente. Em “Ser e Tempo”, HEIDEGGER argumenta:

*A interpretação de algo funda-se, essencialmente numa posição prévia, visão prévia e concepção prévia. A interpretação nunca é apreensão de um dado preliminar, isento de pressuposições. Se concreção da interpretação, no sentido de interpretação textual exata, se compraz em se basear nisso que “está” no texto, aquilo que, de imediato, apresenta como estando no texto nada mais é do que a opinião prévia, indiscutida e supostamente evidente, do intérprete. Em todo princípio de interpretação necessariamente já “põe”, ou seja, que é preliminarmente dado na posição prévia, na visão prévia e concepção prévia.<sup>553</sup>*

Outro aspecto importante da “compreensão” é que ela se dá dentro de um “círculo hermenêutico” que é o elemento ontológico da compreensão, pertence à estrutura do sentido, que é a “*perspectiva em função da qual se estrutura o projeto pela posição prévia, visão prévia e concepção prévia*”.<sup>554-555</sup> Toda compreensão hermenêutica, observa STRECK, pressupõe uma inserção no processo de transmissão da tradição.

*Há um movimento antecipatório da compreensão, cuja condição ontológica é o círculo hermenêutico. Para GADAMER, é da totalidade do mundo da compreensão que resulta a pré-compreensão que abre o primeiro acesso de intelecção; a pré-compreensão constitui um momento essencial do fenômeno hermenêutico e é impossível ao intérprete desprender-se da circularidade da compreensão. Esse círculo hermenêutico funciona em Heidegger, partindo de uma situação comum que nos liga à tradição em geral e à de nosso objeto de interpretação em particular, e estabelecendo a ligação entre a finalidade e a universalidade e entre teoria e práxis (Bleicher-Heidegger).<sup>556</sup>*

Com isso, torna-se evidente a “circularidade da compreensão”: a compreensão (interpretação) do texto não se dá “em branco”, nem resulta propriamente da

<sup>552</sup> Na verdade, para GADAMER, não existe cisão entre “compreensão” e “interpretação”. Nisso ele concorda com a tradição da hermenêutica romântica, que reconheceu unidade interna entre o “intelligere” (compreensão) e o “explicare” (interpretação). (Ver Op. Cit., p. 459-460).

<sup>553</sup> Cf. HEIDEGGER. *Ser e tempo...*, p. 206-207.

<sup>554</sup> *Ibidem*, p. 208.

<sup>555</sup> No que se refere ao “círculo hermenêutico”, HEIDEGGER rompe com a tradição filosófica que via no “círculo hermenêutico” uma questão metodológica (fusão do todo com as partes e vice-versa). Em “Ser e Tempo” HEIDEGGER indaga: “*Se, porém, a interpretação já sempre se movimenta no já compreendido e dele deve se alimentar, como poderá produzir resultados científicos sem se mover num círculo, sobretudo se a compreensão pressuposta se articula no conhecimento comum de homem e mundo.*” (p. 209).

<sup>556</sup> Cf. STRECK. *Op. cit.*, p. 184.

“metodologia” aplicada, mas já “é determinada pelo movimento antecipado da pré-compreensão”.<sup>557</sup>

A Hermenêutica Filosófica de GADAMER é reconhecidamente a mais concretamente humana de todas as propostas contemporâneas sobre o significado e o papel da Hermenêutica. Esclarece STRECK, que a (nova) hermenêutica pretendida por GADAMER surge no horizonte de um problema totalmente humano: A experiência de nos encontrarmos frente à totalidade do mundo como contexto vital da própria existência. “A partir disto, a pergunta acerca de como é possível o conhecimento e quais são as suas condições, passa a ser um problema menor dentro da globalidade da questão referente ao compreender da existência no horizonte de outros existentes. O que a nova hermenêutica irá questionar é a totalidade do existente humano e sua inserção no mundo.”<sup>558</sup>

Com GADAMER a Hermenêutica supera a dicotomia “sujeito/objeto”, da “filosofia da consciência” predominante na cultura ocidental e deixa de ser algo exterior ao ser humano, passando a traduzir o seu modo de ser específico, enquanto ser de Existência (Dasein). Ela designa, afirma GADAMER, “a mobilidade fundamental da presença, a qual perfaz sua finitude e historicidade, e a partir daí abrange o todo de sua experiência no mundo.”<sup>559</sup>

A Hermenêutica Filosófica gadameriana não se apresenta como uma teoria ou um método, mas uma análise do processo universal da compreensão.

*Porque estamos no mundo há uma compreensão que se antecipa a qualquer tipo de explicação. Temos uma estrutura do nosso modo de ser que é a interpretação. Por isto, sempre interpretamos. O horizonte do sentido é nos dado pela compreensão que temos de algo. O ser humano é compreender. Ele só se faz pela compreensão. Ele só se dá pela compreensão. Compreender é um existencial, que é uma categoria pela qual o homem se constitui.*<sup>560</sup>

<sup>557</sup> Cf. STRECK. Op. Cit., p.185. Importante, ainda, destacar a continuação do argumento do autor: “O que Heidegger assim descreve não é senão a tarefa de concretização da consciência histórica. Trata-se de descobrir as próprias prevenções e pre-juízos e realizar a compreensão desde a consciência histórica, de forma que detectar o historicamente diferente e a aplicação dos métodos históricos não se limitam a uma confirmação das próprias hipóteses ou antecipações, conclui.”

<sup>558</sup> Cf. STRECK. Ibidem, p. 169.

<sup>559</sup> Cf. GADAMER. Op. Cit., p. 16.

<sup>560</sup> Cf. STRECK. Op. Cit., p. 173-174.

A partir do paradigma hermenêutico formulado por GADAMER não é mais possível separar o processo de interpretação do intérprete, como se fora um *meio* para ele intervir numa realidade à distância; nem é correto considerá-la um ato totalmente dependente da aplicação de métodos e técnicas através dos quais o intérprete vai ao íntimo dos textos para revelar o correto sentido neles contido mesmo antes da intervenção interpretativa. Sendo precedida da “compreensão”, a “interpretação jurídica” reflete a mundividência do sujeito histórico que o intérprete é, diante de um texto, perante o qual ele não é um estranho, mas com o qual está co-implicado na totalidade da experiência histórica em que se fundem passado e presente. Assim, na “revelação do sentido do texto”, de que tanto fala a Hermenêutica Jurídica Tradicional, está, na verdade, um sentido mediado pelo intérprete.

Examinando o que acontece na interpretação jurídica GADAMER considera que a Hermenêutica Jurídica *recorda em si mesma – no que se refere relação entre passado e presente - o autêntico procedimento das ciências do espírito. “Também em seu caso, compreender e interpretar significam conhecer e reconhecer um sentido vigente. O juiz procura corresponder à “idéia jurídica” da lei, intermediando-a com o presente. É evidente, ali, uma mediação jurídica.”*<sup>561</sup>

A partir da Hermenêutica Filosófica podemos delinear um conhecimento hermenêutico jurídico específico capaz de compreender a interpretação e a aplicação do Direito numa visão histórico-social que, sem anular a tradição, possibilita que o intérprete não seja por ela ingenuamente assimilado, pois, conscientiza-o de sua permanente presença na visão de mundo que lhe dá sentido como ser histórico. O mito da neutralidade ideológica deixa de ter sentido para um ser que se sabe dotado de uma prévia compreensão que não pode abandoná-lo pelo efeito mágico de uma depuração metódica.

GADAMER resgata a discussão de Aristóteles sobre o fenômeno ético e, em particular a virtude do saber moral (“*phronesis*”) e demonstra o caráter de “saber prático” da Interpretação Jurídica, esclarecendo que o seu objetivo não é, senão, regular comportamentos humanos. Essa recuperação da filosofia prática aristotélica é importante para a Hermenêutica Jurídica na medida em que evidencia que a lógica que orienta o raciocínio interpretativo não pode ser a lógica formal, mas a lógica da prudência, pois, como no direito não há o absoluto e o verdadeiro, porém, o mais adequado ou

---

<sup>561</sup> Cf. GADAMER. Op. Cit., p. 487.

conveniente para uma situação concreta, o intérprete jurídico sempre está envolvido num processo de escolha de uma entre várias alternativas.

Em razão disso, a decisão jurídica, como a ética, é, fundamentalmente, um ato de “*juris prudentia*” e não uma “*juris scientia*”. Prudência, segundo Aristóteles,

*é uma virtude [...] uma disposição (capacidade), acompanhada da razão, capaz de agir na esfera do que é bom ou mau para o ser humano”. “Virtuoso” ou “prudente” é “aquele que é capaz de deliberar corretamente sobre o que é bom e conveniente para si próprio, mas não sob um aspecto particular (como, por exemplo, aquelas coisas que são boas para a saúde e o vigor), porém de um modo geral, (considerando) aquelas coisas que conduzem à vida boa em geral. [...] O homem prudente é aquele capaz de deliberação.”*<sup>562</sup>

No terreno do Direito, a interpretação não é, nem pode ser praticada como um processo técnico, de cálculo lógico-formal, orientada pelo raciocínio axiomático-dedutivo. Além de normativo, o Direito é fenômeno axiológico e teleológico. Assim, na interpretação e na decisão jurídica funciona a valoração estimativa, ou ponderação das questões a serem solucionadas. Como enfatiza GRAU, a alternativa “*verdadeiro/falso*” é estranha ao direito; no direito o que há é o aceitável, o justificável. Na essência do Direito não temos a verdade, mas a justiça, e o justo comporta sempre mais de uma solução.<sup>563</sup> REALE, cujo pensamento jurídico está situado na tradição culturalista, no seu modelo de Hermenêutica Estrutural-Globalizante ressalta que a busca de um sentido imanente no Ordenamento Jurídico contraria o próprio modo de ser do Direito.

Na concepção jurídica realeana, denominada pelo seu próprio criador “*Tridimensionalismo específico*”, o Direito é um fenômeno cultural, histórico-concreto, formado pela unidade incindível de fato, valor e norma. Estes três elementos que compõem o Direito implicam-se reciprocamente; por isso, a relação dialética que os une é uma *dialética de implicação-polaridade*. Em razão da sua interface valorativa, o Direito é um processo aberto, jamais se exaurindo em fontes formais definitivas. Os “valores” não são estáticos, nem existem em si e por si, são construções históricas, significando a “*razão deontológica*” das ações humanas. Realizam-se como sucessões normativas que jamais se esgotam. Daí a historicidade do Direito, como *experiência renovada de valores, em processo de concretização através dos tempos*. Sendo esta a conformação estrutural e funcional do Direito, a Interpretação Jurídica, observa o autor, sempre ocorre num mundo

<sup>562</sup> Cf. GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 33.

<sup>563</sup> Cf. GRAU. Op. Cit., p. 33.

de significações valorativamente condicionadas. Assim, embora diga que nenhuma interpretação jurídica pode extrapolar da estrutura objetiva resultante da significação unitária e congruente dos modelos jurídicos,<sup>564</sup> Reale entende que não é possível imaginar-se o intérprete do Direito frente a algo estático no instante de concretizá-lo como norma de decisão para regular uma situação concreta.

Para GADAMER, como já vimos, a “compreensão” não é um recurso metodológico, mas é o elemento ontológico do Dasein. Por isso ele afirma que “*compreender é compreender-se*”,<sup>565</sup> diríamos, um “situar-se no mundo”. É este ser situado-no-mundo, portador de consciência história, que compreende, interpreta todos os textos. Toda interpretação pressupõe uma “situação hermenêutica”, que representa a situação em que nos encontramos em face da tradição.<sup>566</sup>

A Interpretação tem, para GADAMER, um caráter “*dialógico*”, o que significa que a atividade interpretativa é tomada como *abertura* para o horizonte da tradição. A experiência dialógica, como “*abertura para outro implica o reconhecimento de que devo estar disposto a deixar valer em mim algo contra mim*”,<sup>567</sup> sem, todavia, anular-me ou submeter-me acriticamente ao ponto de vista do outro.

Dessa forma, entre intérprete e texto estabelece-se uma relação de *recíproco pertencimento* que se resolve através da  *fusão de horizontes*. “*O pertencer-se uns aos outros quer dizer sempre e ao mesmo tempo poder-ouvir-se-uns-aos-outros. Quando dois se compreendem, isto não quer dizer que um “compreenda” o outro, isto é, que o olhe de cima para baixo. E igualmente, “escutar o outro” não significa simplesmente realizar às cegas o que o outro quer. Ao que é assim se chama submisso.*”<sup>568</sup>

Neste contexto, a “ *fusão de horizontes*” indispensável à experiência hermenêutica depende do desprendimento inicial do intérprete, sem que isso signifique a renúncia das opiniões prévias e pré-juízos que ele possui como “*ser-no-mundo*”. Dizendo

---

<sup>564</sup> Isto significa que REALE concebe que a Interpretação Jurídica “*opera-se necessariamente num contexto, ou seja em função da estrutura global do ordenamento jurídico. O pressuposto da unidade lógica do ordenamento jurídico implica pois a unidade do processo hermenêutico e a necessária conexão de cada proposição jurídica a ser interpretada com a totalidade do ordenamento. [...] Segundo Reale, “problema e sistema, longe de se contraporem, necessária e logicamente se implicam, segundo o princípio da complementaridade”. Assim a interconexão entre a parte e o todo, entre problema e sistema, meio e fim, estrutura e função revela que a interpretação de cada norma jurídica implica a totalidade do ordenamento, numa unidade objetiva e sistemática de significados.*” (Cf. ANDRADE. Op. Cit., p.116-117.

<sup>565</sup> Cf. GADAMER. Op. Cit., p. 394.

<sup>566</sup> Ibidem, p. 451.

<sup>567</sup> Ibidem, p. 532.

<sup>568</sup> Ibidem, p. 532.



isso de outro modo, STRECK observa que “*Uma consciência formada hermeneuticamente tem que se mostrar receptiva desde o início para a condição do texto. Entretanto, esta receptividade não pressupõe nem neutralidade frente às coisas e nem autocancelamento, senão que inclui uma matizada incorporação das próprias opiniões prévias e pré-juízos.*”<sup>569</sup>

Para a Hermenêutica Jurídica, esse *sentido novo* da relação que se dá entre o intérprete e o texto é de grande importância. Através dela podemos superar o vício da hermenêutica tradicional consistente em ver-se no texto jurídico algo estranho ao intérprete, o que lembra o cânone hermenêutico bettiano da “autonomia do objeto” ou da “imanência do critério hermenêutico”. Com isso, a Hermenêutica Jurídica Tradicional entendia que a interpretação era um processo de submissão do intérprete à autoridade dos textos legais que, a exemplo do que pensavam os glosadores acerca do direito justiniano, não podia ser de fato tocado.

É evidente que esta ênfase na *autoridade do texto*, em detrimento da *presença do intérprete* não veio ao acaso, mas resultou do viés dogmático adotado pela Hermenêutica Jurídica desde o período da positividade, no início do século XIX. Concebida no ventre da Dogmática Jurídica Positivista dominada pelo pensamento exegético,<sup>570</sup> a Hermenêutica Jurídica refletiu no seu desenvolvimento o compromisso da nascente Ciência do Direito com a ordem da legalidade instituída e, conseqüentemente, com os pressupostos ideológicos e políticos que a impregnavam. A neutralização do intérprete significava ao mesmo tempo, a afirmação do ponto de vista da Lei e da ideologia da classe dominante. Em razão disso, podemos dizer que a Hermenêutica Jurídica se alienou no projeto dogmático das doutrinas positivistas, transformando-se numa instância metodológica de legitimação da racionalidade jurídica e da racionalidade política instituídas.

No contato com o pensamento de GADAMER, a Hermenêutica Jurídica sai renovada, sendo convencida a trocar a “companhia segura”, mas de efeitos perversos, do pensamento positivista-dogmático pela “convivência imprevisível”, porém mais adequada aos fins do Direito, do pensamento problemático, orientado pela “Hermenêutica Geral” de

<sup>569</sup> Cf. STRECK. Op. Cit., p. 179-180.

<sup>570</sup> O pensamento exegético foi a matriz teórica hegemônica na fase de formação do Positivismo Jurídico, funcionando como eixo central do imaginário jurídico que dominou a Europa até a metade do século XIX. Segundo BOBBIO suas características gerais podem ser assim resumidas: 1) inversão das relações tradicionais entre Direito Natural e Direito Positivo, 2) O monismo jurídico (dogma da “onipotência do legislador”, 3) a interpretação e aplicação do Direito Positivo fundadas na *intenção do*

matriz crítica. Este movimento de correção primordial dos fundamentos epistemológicos da Hermenêutica Jurídica obriga-nos a rever nossas “anotações escolares”, nossos “conteúdos mentais”, e “nossas práticas” no campo da interpretação e aplicação do Direito. No ponto de partida dessa caminhada está a encruzilhada que marca a divisão do pensamento hermenêutico contemporâneo em *hermenêutica metodológica* e a *hermenêutica compreensiva*. Esta bifurcação da Hermenêutica contemporânea sucede à obra de SCHEIERMACHER (1768-1834), pensador que teve o mérito de libertar a Hermenêutica da vinculação estreita com a interpretação bíblica, buscando uma “Hermenêutica Geral”, enquanto teoria da compreensão comum às áreas do Direito, da Religião da Arte etc..

O recorte epistemológico, que constitui um autêntico processo de reconceitualização da Hermenêutica Jurídica, é um passo indispensável à revolução cultural de que a sociedade brasileira está carente na área do Direito. Apesar dos movimentos que já tivemos em prol da renovação das idéias e da prática do Direito em nosso país, o nosso imaginário jurídico ainda é refém de doutrinas e jurisprudências mais afeitas ao *positivismo legalista* e ao *positivismo científico* que dominaram o cenário da cultura jurídica ocidental durante o século XIX e parte do século XX, pelo menos até meados desse século. Essas tendências do pensamento jurídico contemporâneo, como já sabemos, praticando o chamado *reducionismo positivista*, relegaram a Hermenêutica Jurídica à condição de *saber parajurídico*, deixando, praticamente, de considerá-la *essencial à formação intelectual e profissional do jurista e do operador do Direito*, o que também fizeram com a Filosofia e com a Sociologia. O resultado dessa estratégia, ideologicamente comprometida com a formação acrítica dos profissionais do Direito, foi o favorecimento de uma cultura jurídica de base tecnicista, fundada no conhecimento “descritivo” da lei, segundo a doutrina e a jurisprudência dominantes. Quanto aos efeitos dessa estratégia na cultura jurídica brasileira, observa STRECK:

*[...] é possível dizer que se estabeleceu no país uma “cultura” jurídica standard, dentro da qual o jurista lato sensu vai trabalhar no seu dia-a-dia com soluções e conceitos lexicográficos, recheando, desse modo, suas petições, pareceres e sentenças com ementas jurisprudenciais que são citadas, no mais das vezes, de forma descontextualizada. Para tanto, os manuais jurídicos põem à disposição da comunidade jurídica uma coletânea de “prêts-à-porter significativos”, representados por citações e resumos de ementas normalmente uma a favor e outra contra determinada tese... [...]*

---

legislador (“*mens legislatori*”), o culto à lei e o princípio de autoridade. (Ver **Positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 1993. p. 84-89).

*Com esse tipo de procedimento, são ignorados o contexto histórico e social no qual estão inseridos os atores jurídicos (acusado, vítima, juiz, promotor, advogado, etc.), bem como não se indaga (e tampouco se pesquisa) a circunstância da qual emergiu a ementa utilizada. Afinal de contas, se “a jurisprudência torrencialmente vem decidindo que...”, ou “a doutrina pacificamente entende que...”, o que resta fazer? Conseqüência disso é que o processo de interpretação da lei passa a ser um jogo de cartas (re) marcadas (Ferraz Jr., Bairros de Brum, J.E. Faria e Warat). Ainda se acredita na ficção da vontade do legislador, do espírito do legislador, da vontade da norma (sic). Aliás, de que “legislador” falam os comentadores? Santiago Nino, citado por Ferraz Jr., ironiza as “propriedades que caracterizam o legislador racional”, uma vez que “ele” é uma **figura singular**, não obstante os colegiados, etc.; é permanente, pois não desaparece com a passagem do tempo; é único como se todo o ordenamento obedecesse a uma única vontade; é consciente, porque conhece todas as normas que emana; é **finalista**, pois tem sempre uma intenção; é **onisciente**, pois nada lhe escapa, sejam eventos passados, futuros ou presentes; é **onipotente**, porque suas normas vigem até que ele mesmo as substitua; é **justo**, porque jamais quer uma injustiça; é coerente, ainda que se contradiga na prática; é **onicompreensivo**, pois o ordenamento tudo regula, explícita ou implicitamente; é **econômico**, ou seja, nunca é redundante; é operativo, pois todas as normas têm aplicabilidade, não havendo normas nem palavras inúteis; e, por último, o legislador é **preciso**, pois apesar de se valer de palavras da linguagem natural, vagas e ambíguas, sempre lhes confere um sentido rigorosamente técnico.<sup>571</sup> (grifos no original).*

Quando nos damos conta da necessidade de submetermos a Hermenêutica Jurídica a um processo de “des-reconstrução”, torna-se evidente que uma das primeiras providências a serem implementadas é a revisão do próprio conceito de Interpretação. As contribuições de GADAMER têm aqui um papel fundamental. O que elas demonstram é que o conceito de interpretação como “revelação”<sup>572</sup> ou, no dizer de Betti, “reconstrução do sentido normativo” das normas jurídicas foi desde o início um equívoco da Hermenêutica Jurídica. Para agravar a lesão intelectual que esse conceito ocasionou, observemos que a “revelação” era entendida como uma operação intelectual, ou intelecto-volitiva (como em Kelsen) através da qual o intérprete “recuperava” o “sentido imanente”, ou seja, que já estava, porque sempre esteve (e sempre estaria) contida nas normas jurídicas, nas proposições jurídicas ou nas expressões do Direito. Este *immanentismo* próprio das correntes idealistas escamoteava o fato de que o sentido em si das normas jurídicas era, na verdade, uma construção baseada em critérios lingüísticos de

<sup>571</sup> Cf. STRECK. Op. Cit., p.67.

<sup>572</sup> Esta maneira de conceber o sentido da interpretação como interpretação do sentido é bastante tem presença marcante na cultura jurídica brasileira. Clóvis Bevilacqua, Paula Batista, Carlos Maximiliano, Paulo Dourado de Gusmão, Anibal Bruno, Maria Helena Diniz, Arnold Wald, entre outros, são juristas, de ontem e de hoje, de reconhecida autoridade científica, que a adotam. Para detalhes, com citações, salvo no caso de “Clóvis Bevilacqua”, STRECK. Op. Cit., p.75-77. Quanto a Clóvis Beviláqua, conforme testemunho de MAXIMILIANO, afirma: “Interpretar a lei é revelar o pensamento que anima as suas palavras”. (Ver MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 18, nota de rodapé.)

significação socialmente produzidos para dar resposta adequada à ponderação de valores ou de interesses dos grupos dominantes.

Outro aspecto importante do pensamento gadameriano que se reflete criticamente na Hermenêutica Jurídica Tradicional é a superação da visão metodológica que distingue os momentos de “interpretação” e “aplicação” do Direito, afirmando que a interpretação é a revelação do sentido (correto, adequado etc.) das normas jurídicas e que a aplicação consiste no enquadramento jurídico-positivo de uma situação concreta.

Na Hermenêutica Jurídica tradicional a “interpretação” precede a “aplicação”, lógica e cronologicamente. Segundo GADAMER, na Hermenêutica Jurídica, como na Teológica, a interpretação é já aplicação. Uma lei, afirma ” *não quer ser entendida historicamente. A interpretação deve concretizá-la em sua validade jurídica.*” Se quisermos compreender adequadamente um texto jurídico, ou seja, “*de acordo com as pretensões que o mesmo apresenta, tem de ser compreendido em cada instante [...] em cada situação concreta de uma maneira nova e distinta. Aqui, compreender é sempre também aplicar.*” <sup>573</sup>

*[...] A tarefa da interpretação consiste em concretizar a lei em cada caso, isto é, em sua aplicação. A complementação produtiva do direito, que ocorre com isso, está, obviamente reservada ao juiz, mas este encontra-se por sua vez sujeito à lei, exatamente como qualquer outro membro da comunidade jurídica. Na idéia de uma ordem judicial supõe-se o fato de que a sentença do juiz não surja de arbitrariedades imprevisíveis, mas de uma ponderação justa do conjunto. A pessoa que se tenha aprofundado em toda concreção da situação estará em condições de realizar essa ponderação justa. Justamente por isso existe segurança jurídica em um estado de direito, ou seja, podemos ter uma idéia daquilo a que nos atemos.*<sup>574</sup>

Por fim, outro aspecto do pensamento de GADAMER que se reveste de grande importância quando nos propomos a pensar a Hermenêutica Jurídica em termos críticos é a redefinição que ele empreende na problemática da linguagem, especialmente a sua concepção inovadora da linguagem como “médium” ou “fio condutor” da experiência hermenêutica.

Na tradução cultural Ocidente, mas especificamente no âmbito hermenêutico, a linguagem sempre ocupou lugar de destaque. Mas foi com a denominada “virada lingüística”, levada a efeito a partir década de 20 do século passado que a linguagem

<sup>573</sup> Cf. GADAMER. Op. Cit., p. 461.

<sup>574</sup> GADAMER. Op. Cit., p. 489.

passou a ser o centro das discussões filosóficas, a ponto de estabelecer-se em torno dela um novo paradigma filosófico, a “filosofia da linguagem”.

A “virada lingüística”, segundo STRECK,<sup>575</sup> baseado em BLANCO, manifestou-se através de *três frentes* teóricas fundamentais: *o neopositivismo lógico ou empirismo lógico* (Círculo de Viena), a *filosofia da segunda fase da obra de Wittgenstein* (Investigações Filosóficas) e a *Filosofia da Linguagem Ordinária*. Mas foi na segunda metade do século XX que esse movimento filosófico tendo por objeto a linguagem floresceu com maior ênfase,<sup>576</sup> podendo-se então falar da passagem da “*filosofia da consciência*” para a “*filosofia da linguagem*”. A profundidade que esse movimento teve para a cultura do nosso tempo foi traduzida por HABERMAS nestes termos: “*a guinada lingüística colocou o filosofar sobre uma base metódica mais segura e o libertou das aporias das teorias da consciência. Neste processo, configurou-se, além disso, uma compreensão ontológica da linguagem, que torna a sua função hermenêutica, enquanto intérprete do mundo, independente em relação aos processos intramundanos de aprendizagem e que transfigura a evolução dos símbolos lingüísticos, inserindo-os num evento poético original.*”<sup>577</sup>

Na Hermenêutica Jurídica Tradicional, tributária da visão instrumental da linguagem, que remonta à cultura grega, a linguagem era algo a ser corretamente manipulado pelo intérprete (“método gramatical”) a fim de que ele pudesse chegar à *essência da mensagem dos enunciados legais* que, conforme o credo “hermenêutico” – *subjetivista* ou *objetivista* adotado, era identificada, respectivamente, como “*mens legislatori*” (vontade ou intenção do legislador) ou “*mens legis*” (vontade da lei). Diante desse cenário metodológico é que se torna visível o quanto a construção de um novo paradigma hermenêutico na área jurídica demanda uma profunda revisão no estudo da linguagem como fenômeno humano.

Reportando-se a posições de HERDER, HUMBOLDT, mas a deste, a quem considera o “*criador da moderna filosofia da linguagem*”, e de HEIDEGGER, GADAMER conduz o mergulho da filosofia da linguagem a regiões mais profundas, transformando a linguagem num elemento essencial da própria experiência humana e fio condutor dessa experiência, enquanto substancialmente hermenêutica.

<sup>575</sup> Cf. STRECK. Op. Cit., p.141-149.

<sup>576</sup> Ibidem, p. 140.

<sup>577</sup> Cf. HABERMAS, Jurgen. *Pensamento pós-metafísico*, p.16. Apud STRECK. Op. Cit., p. 149.

Quanto a HUMBOLDT, para GADAMER o grande significado de suas contribuições está na “*acepção da linguagem como acepção do mundo*”. Com isso,

*Humboldt reconheceu a essência da linguagem, como realização viva do falar, a energia lingüística, rompendo assim com o dogmatismo dos gramáticos. Partindo do conceito da força, que guia todo seu pensamento sobre a linguagem, corrige também, de um modo especial, a questão da origem da linguagem, que estava particularmente sobrecarregada por questionamento teológicos. Humboldt mostra até que ponto essa questão é incorreta, pois inclui a construção de um mundo sem linguagem, cuja elevação lingüística tinha tido lugar em algum momento e de alguma maneira. Face a essa classe de construção, ele sublinha, com razão, que a linguagem é humana desde o começo. Essa constatação não somente modifica o sentido da questão da origem da linguagem. Ela é a base de uma perspectiva antropológica de grande alcance.*<sup>578</sup>

GADAMER referenda essas contribuições de HUMBOLDT e explica que o seu significado é que a “*linguagem não é somente um dos dotes, de que se encontra apetrechado o homem, tal como está no mundo, mas nela se baseia e representa o fato de que os homens simples têm mundo. Para o homem, o mundo está aí como mundo, numa forma sob a qual não têm existência para nenhum outro ser vivo, nele posto. Essa existência do mundo, porém, está constituída lingüisticamente*”<sup>579</sup> Porém, observa GADAMER, o mais importante é o que subjaz a essa assertiva: a linguagem não afirma uma existência autônoma perante o mundo que fala através dela. “*Não somente o mundo é mundo na medida em que vem à linguagem – a linguagem só tem sua verdadeira existência no fato de que nela se representa o mundo.*” Isto implica na “*linguisticidade do estar-no-mundo do homem*”, o que dizer, na “*linguisticidade da experiência hermenêutica.*”<sup>580</sup>

A outra grande fonte para GADAMER na questão da linguagem, como sabemos, é o pensamento de HEIDEGGER. O pensador de “Ser e Tempo” situa a questão da *ontologia fundamental no sentido do ser*. Enquanto “*DASEIN*”, o *sentido fundamental do homem é que existe na medida em que se comporta compreendendo*. O “*compreender*” – existencial ou condição ontológica do ser humano é algo que se revela através da linguagem. *Assim, fica reconhecida a “linguisticidade do Dasein”, e a linguagem se apresenta como experiência hermenêutica e não mais como instrumental ou aparato para navegarmos na realidade ou na “essência” das coisas.*

<sup>578</sup> Cf. GADAMER. Op. Cit., p. 642.

<sup>579</sup> Ibidem, p. 643.

<sup>580</sup> Ibidem, p. 643.

Na “Carta sobre o Humanismo”, HEIDEGGER acentua a *linguisticidade do Dasein* ao afirmar que a “*linguagem é a casa do ser, nela morando, o ser homem ex-siste enquanto pertence à verdade do ser, protegendo-a [...] O ser chega, iluminando-se à linguagem.*”<sup>581</sup>

Nessa construção heideggeriana a linguagem é *totalidade*, abertura do ser para o mundo. Ser humano significa falar. O homem não inventou a linguagem, como não inventou a compreensão, nem o tempo, nem o ser ele mesmo. A linguagem é um poder que penetra o homem, que só por si lhe permite ser homem.<sup>582</sup>

Essas premissas são fundamentais ao modelo hermenêutico de GADAMER. Tomando a linguagem como experiência e não como instrumento para a experiência, ele estabelece um novo referencial para o entendimento das relações “linguagem/mundo”, “compreensão/mundo”, “homem/mundo” que subjazem ao que ocorre especificamente no processo de interpretação de textos. Se a linguagem é experiência fundamental do sujeito, não pode por ele ser possuída ou simplesmente manipulada através de procedimentos metodológicos. Na verdade, é o sujeito que pertence à linguagem. Vejamos a esse respeito, o que GADAMER escreve na abertura do capítulo de “Verdade e Método” em que trata da Linguagem como fio condutor da experiência hermenêutica:

*Costumamos dizer que “levamos” uma conversação, mas a verdade é que, quanto mais autêntica a conversação, menos possibilidades têm os interlocutores de “levá-la” na direção que desejariam. De fato, a conversação autêntica não é nunca aquele que teríamos querido levar. Antes, em geral, seria até mais correto dizer que chegamos a uma conversação, quando não nos enredamos nela. Como uma palavra puxa outra, como a conversação dá voltas para cá e para lá, encontra seu curso e seu desenlace, tudo isso pode ter talvez alguma espécie de direção, mas nela os dialogantes são menos os que dirigem do que os que são dirigidos. O que “sairá” de uma conversação ninguém pode saber por antecipação. O acordo ou o fracasso é como um acontecimento que tem lugar em nós mesmos. Por isso, podemos dizer que algo foi uma boa conversação, ou que os astros nos foram favoráveis. São formas de expressar que a conversação tem seu próprio espírito e que a linguagem que nela discorre leva consigo sua própria verdade, isto é, “revela” ou deixa aparecer algo que desde este momento é.*<sup>583</sup>

Este pertencimento do sujeito à linguagem como abertura para o mundo permite, na compreensão, a fusão de horizontes. Como o *sujeito*, o *texto* a ser interpretado

<sup>581</sup> Cf. STRECK. Op. Cit., p.174, nota de rodapé “312”.

<sup>582</sup> Cf. PALMER. *Hermenêutica...*, p. 158.

<sup>583</sup> Cf. GADAMER. Op. Cit., p. 559.

também pertence à linguagem. Esse duplo pertencimento à linguagem possibilita o surgimento de um horizonte comum entre o sujeito e o texto que GADAMER identifica como “consciência histórica efetual”. A linguagem, explica GADAMER, é *especulativa*, entendendo-se “*especulativo*” como o contrário de “*dogmatismo da experiência cotidiana*.”

*É especulativo quem não se entrega direta e imediatamente à solidez dos fenômenos ou à determinação fixa do que se opina, mas que sabe refletir – hegelianamente falando, que reconhece o “em si” como uma “para mim”. E uma idéia é especulativa, quando a relação que é nela anunciada não se deixa pensar como a atribuição inequívoca de determinação a um sujeito, de uma propriedade à coisa dada, mas que tem de ser pensada como relação especular, na qual o próprio espelhar não é nada mais do que a pura aparência do refletido, tal como o um é o um do outro e o outro é outro do um.*<sup>584</sup>

O caráter especulativo da linguagem implica uma exigência de que a hermenêutica não pode se entregar ao dogmatismo. Seu olhar tem de atravessar o dogmatismo de “*todo sentido em si*”.<sup>585</sup> Dessa forma, para GADAMER, “*toda interpretação é especulativa em sua própria realização efetiva acima de sua autoconsciência metodológica: isso é o que emerge da linguisticidade da interpretação. Pois a palavra interpretadora é a palavra do intérprete, a linguagem do dicionário nem do vocabulário do texto interpretado.*”<sup>586</sup>

Trazendo esses elementos para o terreno da Interpretação Jurídica, ao lado da condição de que o ato hermenêutico não se dá através de uma “tábula rasa”, sendo produto de um sujeito que possui posições prévias e pré-juízos sobre o ponto interpretado, resulta o caráter essencialmente criativo da Hermenêutica do Direito. Podemos então afirmar que o paradigma hermenêutico de GADAMER rompe com a possibilidade da interpretação funcionar como um processo *reprodutivo* de todo e qualquer *sentido em si*, dê-se a ele o nome que se der. Isto acontece porque é condição impossível ao intérprete, enquanto “*ser-no-mundo*” que compreende e se compreende, agir como *leitor originário*, ou espectador da história que nele está entranhada e dele nunca se retira. A história, diríamos, não é algo que possa ser controlada como a reprodução de uma fita de vídeo através do acionamento da tecla “pausa”...”Estamos sempre aí” na história!

<sup>584</sup> Cf. GADAMER. Op. Cit., p. 675.

<sup>585</sup> Ibidem, p. 685.

<sup>586</sup> Ibidem, p. 685.



STRECK chama atenção para o caráter criativo da hermenêutica jurídica gadameriana comentando que,

*Os diversos princípios que deve aplicar, por exemplo o da analogia, ou o de suprir as lacunas da lei, ou em último extremo o princípio produtivo implicado mesmo na sentença, isto é, dependente do caso jurídico concreto, não representam somente problemas metodológicos, senão que entram a fundo na matéria jurídica mesma. Evidentemente, uma hermenêutica jurídica não pode contentar-se em seriamente empregar como padrão de interpretação o princípio subjetivo da idéia e intenção originárias do legislador.<sup>587</sup>*

O pensamento hermenêutico-filosófico de GADAMER desconstrói as bases “científicas”, objetivas e “seguras”, da Hermenêutica Jurídica Positivista, deixando às claras as distorções de uma tendência de pensamento que, desde o período de positivação do Direito, tem formado e dirigido a mentalidade jurídica dominante, e ainda dirige, lamentavelmente, apesar do otimismo gadameriano em sugerir que tal concepção sobre o Direito não tem, atualmente, nenhum partidário...

Como a natureza e os compromissos pré-demarcados deste trabalho impõe-nos abreviar essas agradáveis digressões sobre a contribuição do pensamento de GADAMER para o que pensamos deva ser o caminho a seguir na construção de subsídios para uma Hermenêutica Jurídica adequada ao Direito da Criança e do Adolescente, gostaríamos de nos despedir, momentaneamente, de GADAMER fazendo ecoar no nosso espírito as palavras com que conclui “Verdade e Método”:

*Assim, é certo que não existe compreensão que seja livre de todo preconceito, por mais que a vontade do nosso conhecimento tenha de estar sempre dirigida, no sentido de escapar ao conjunto dos nossos preconceitos. No conjunto da nossa investigação evidencia-se que, para garantir a verdade, não basta gênero de certeza, que o uso dos métodos científicos proporciona. Isso vale especialmente para as ciências do espírito, mas não significa, de modo algum, uma diminuição de sua cientificidade, mas, antes, a legitimação da pretensão de um significado humano especial, que elas vêm reivindicando desde antigamente. O fato de que, em seu conhecimento, opere também o ser próprio daquele que conhece, designa certamente o limite do “método”, mas não o da ciência. O que a ferramenta do “método” não alcança tem de ser conseguido e pode realmente sê-lo através de uma disciplina do perguntar e do investigar, que garante a verdade.<sup>588</sup>*

<sup>587</sup> Cf. STRECK. Op. Cit., p. 186.

<sup>588</sup> Cf. GADAMER. Op. Cit., p. 709.

Estas são algumas bases epistemológicas que condicionam a nossa concepção de Hermenêutica e de Hermenêutica Jurídica. Em razão disso, repetimos, quando nos propomos a esboçar as primeiras linhas de um projeto de Hermenêutica aplicada ao Direito da Criança e do Adolescente, desejamos que haja esta abertura inicial do significado que atribuímos a este campo do saber jurídico. Com isso, esperamos criar novas possibilidades para comprometer o intérprete desse novo Direito com uma visão libertada das limitações que a tradição jurídica cristalizou nos “nossos” pensamentos e ações de juristas, fazendo-nos pensar, equivocadamente, que somos “meros buscadores dos “sentidos em si” dos textos legais”, e, conseqüentemente, “meros aplicadores” da Lei, segundo métodos e técnicas preestabelecidas e já testadas na sua validade, que asseguram a legitimidade científica do nosso trabalho cotidiano!

A verdade que se escancara diante de nós é vital para sopesarmos bem o que pretendemos - enquanto habitantes de um mundo tão problemático como este em que “estamos-lançados” e herdeiros de uma tradição jurídica que se compraz em manter-se alienada desse *mundo concreto* - quando nos propomos a pensar e praticar um Direito que, tendo tudo para *pro-jetar* uma nova sociedade, corre sempre o risco de não “sair do papel”!

A partir dessas premissas gerais, já podemos tratar de aspectos mais específicos relativos ao modelo hermenêutico adequado ao Direito da Criança e do Adolescente. Até aqui vimos que na tradição contemporânea da Hermenêutica Geral e da Hermenêutica Jurídica prevalece uma orientação vinculada aos aspectos metodológicos do ato hermenêutico que deve ser evitada. E constatamos que a Hermenêutica Filosófica de GADAMER constitui inegavelmente um ponto de partida epistemologicamente consistente para redefinirmos os aspectos essenciais de um novo paradigma hermenêutico.

O Direito Positivo – enquanto sistema de preceitos gerais – precisa ser concretizado (interpretado/aplicado) na vida social através da produção de *normas de decisão* ou *normas individualizadas*. Para o cumprimento adequado dessa tarefa, faz-se necessário que o intérprete jurídico tenha consciência de que interpretar/aplicar o Direito não consiste em buscar o *sentido em si* das normas (princípios e regras) legais. Trata-se de uma *mediação* na qual os textos interpretados fazem parte de uma tradição que antecede o *mediador* e, em parte o constitui, como ser histórico, como *Dasein*, “*ser que compreende e se compreende*”, no dizer de GADAMER. Esta mesma *tradição*, de onde

provém o texto, gravou no pensamento e no agir do intérprete uma *pré-compreensão* que o acompanha e não pode ser dele “extraída” por algum efeito “mágico” dos métodos e técnicas interpretativas. Aquele que tem essa percepção é porque já se compreendeu como ser hermenêutico.

No final de “Verdade e Método”, conforme já ressaltamos, GADAMER observa que sua investigação o levou a entender que apenas os métodos científicos não bastam para garantir a *verdade*. No caso do Direito, cujo valor fundamental não é a *verdade*, mas a *justiça*, podemos dizer, parafraseando o filósofo germânico, que os métodos e técnicas de interpretação jurídica são necessários, porém insuficientes, para solucionar a questão da concretização *atualizada* das normas jurídicas.

Assim, no âmbito jurídico, a Metodologia, indispensável à organização da vida humana em qualquer campo de atividade, não deve ser vista como um instrumento infalível para conduzi-lo ao “*correto*” sentido das palavras da lei, correlato da “verdade” procurada em outros campos do conhecimento. Esse “correto sentido da lei” como algo imanente ao texto interpretado, em verdade não existe. O Direito não é algo com sentido *próprio*, como nada que existe no mundo humano o é. O sentido do Direito é um *constructo social, histórico, político, ideológico*. Assim, não há “o” sentido de um texto jurídico, nem há o “*único*” sentido “*válido*” ou “*correto*” ou “*legítimo*”.

Tanto a positivação legislativa, quanto a concretização interpretativa do Direito resultam de um processo de escolha de estimativas axiológicas e teleológicas. Essa opção hermenêutica, como qualquer outra forma de produção do Conhecimento, ocorre em determinado contexto histórico e segundo determinados pressupostos sociais, políticos, ideológicos etc. Além disso, atende a conveniências, demandas, interesses, carências e a projetos de vida e de sociedade que atuam mais fortemente no pensamento e nas práticas do intérprete. Como advertia IHERING, na segunda fase de sua obra, o Direito não é a lógica, o conceito abstrato; o Direito é a vida e se realiza na luta de indivíduos, grupos, classes ou nações, tendo por objetivo realização da paz.

Contrariamente ao que pensavam os positivistas formalistas, a interpretação jurídica não corresponde a um processo meramente intelectual. É um *saber prático*, adverte-nos GADAMER; é mais uma *prudência* do que uma *ciência*, observa GRAU. E o jurista austríaco KELSEN, cuja obra jurídica foi dominada pela preocupação epistemológica de depurar metodicamente o campo de estudo da Ciência do Direito, ao

tratar da Interpretação Jurídica, define-a como *ato de conhecimento e de vontade*. Além disso, afirma que a interpretação de um texto legal,

*[...] não deve necessariamente conduzir a uma única solução como sendo a única correta, mas possivelmente a várias soluções que – na medida em que sejam apenas aferidas pela lei a aplicar – têm igual valor, se bem que apenas uma delas torne Direito Positivo no ato do órgão aplicador do Direito – ato do tribunal, especialmente. Dizer que uma sentença judicial é fundada na lei, não significa, na verdade, senão que ela está contida na moldura ou quadro que a lei representa – não significa que ela é a norma individual, mas apenas uma das normas individuais que podem ser produzidas dentro da moldura da norma geral.*<sup>589</sup>

Nessa linha de raciocínio, chegamos à conclusão de que não é o método, por si mesmo, o fator que determina a norma de decisão a prevalecer na concretização dos preceitos gerais do Direito Positivo em face de uma situação concreta. Aqui, devemos estar atentos para o fato de que é a vontade do intérprete o elemento pré-determinante decisivo da futura norma individualizada. O método escolhido, na verdade, já é o resultado de uma pré-compreensão com que o intérprete vai ao encontro do texto legal e dos fatos sob o seu exame. Vale dizer, de maneira sintética, “Quem quer o fim, escolhe o meio”. Essa é, certamente, uma das razões pelas quais WARAT costuma atribuir aos métodos interpretativos o caráter de “*diretrizes retóricas para o raciocínio dos juristas*” ou “*álisis teóricos*” com aparência de “*reflexão científica*”, “*para a emergência das crenças que orientam a aplicação do Direito*”, “*lugares ideológicos*”, “*repertórios de pontos de vista e comportamento idealizados*”, “*que através de fórmulas sacramentadas justificam as representações que estão na base do senso comum teórico dos juristas.*”<sup>590</sup>

REALE, o destacado representante do pensamento culturalista na Doutrina pátria observa que na experiência jurídica, *fato e valor* não se compõem na *norma* sem a interferência do *poder*. O aparecimento de cada regra jurídica, diz REALE,

*[...] marca o momento culminante de uma experiência jurídica particular, a qual, é solidária das demais, através de conexões múltiplas, umas aparentes e facilmente identificáveis, outras subentendidas ou ocultas nas tramas das relações sociais. Daí poder-se dizer que os valores são como fochos luminosos que, penetrando na realidade social, se refrangem em um sistema dinâmico de normas, cada uma delas correspondente a uma decisão. [...] Toda norma legal é uma opção entre vários*

<sup>589</sup> Cf. KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1991. p. 366.

<sup>590</sup> Cf. WARAT, Luis Alberto. **Mitos e teorias na interpretação da lei**. Porto Alegre: Síntese, 1979. p. 65-66.

*caminhos, pois não é dito que só haja uma via legítima perante uma mesma exigência axiológica, numa dada situação de fato.*<sup>591</sup>

Considerando essas posições doutrinárias, podemos dizer que a Hermenêutica Jurídica está assentada em três *pressupostos básicos*:

- a) a inesgotabilidade do sentido (axiológico e teleológico) da experiência humana e, conseqüentemente da experiência jurídica;
- b) abordagem *processual e utópica* da realidade social, e portanto, do Direito enquanto instância do social;
- c) abordagem do Direito em função do caráter histórico-social do ser humano como um ser de existência.

No primeiro caso, o *sentido* – significado de uma coisa, de um ser, de uma situação – *é construído pelo sujeito humano como o ato de um “ser-no-mundo”*. *É compreensão individual de alguém situado no horizonte histórico prevalecente (fusão entre horizonte passado e do presente), num determinado tempo e espaço. A inesgotabilidade do sentido é decorrente da finitude, temporalidade e futuridade do ser humano (“Dasein”).*

No segundo caso, justamente por que o ser humano é um ser temporalizado e pro-jetado para o futuro, a experiência vivida não é algo com *termo final*, mas é um fenômeno processual, em permanente realização. *O ser humano não é, está sendo*. Esta característica ontológica do ser humano comunica-se, evidentemente, a tudo que ele constrói, à *Cultura* em geral. Conseqüentemente, a *processualidade*, enquanto predicado que indica a permanente transformação, é um atributo essencial ao Direito, ou da experiência jurídica em todas as suas manifestações.

Em terceiro lugar, o ser humano é um *ser transcendente*. Está equipado para superar – pela ação conjunta da Razão e da Vontade, do pensamento e da ação – o mundo que lhe “*é dado*”.<sup>592</sup> Essa *capacidade de transcender* – pensar além do já pensado, querer além do já obtido – está intimamente relacionada com a “*abordagem utópica*”, que é peculiar à maneira como o ser humano está situado no mundo. Neste caso, o termo

<sup>591</sup> Cf. REALE. Op. Cit., p. 555-557.

<sup>592</sup> Cf. CALERA, Nicolás María López. *Filosofía del derecho*. Granada: Comares, 1992. p.19-22.

“utopia” corresponde a uma visão-de-mundo anti-mítica - e realiza-se como antevisão (projeto) de algo que não está na realidade, algo que não existe, cuja ausência ou inexistência se deve a fatores objetivos que podem ser superados.

*A utopia, no seu sentido mais genérico, é a antevisão de um projeto. A palavra, em grego, significa “que não existe em nenhum lugar”. Deve-se distinguir, de início, o mito, da utopia, a imaginação intencional, da fantasia solta. O mito é um sucedâneo da realidade, que consola o homem daquilo que ele não tem: seu objetivo é esconder a verdade das coisas e alienar o homem. A utopia, pelo contrário, é a representação daquilo que não existe ainda, mas que poderá existir se o homem lutar para a sua concretização. O mito nasce da fantasia descomprometida com a única finalidade de compensar uma insatisfação vaga, inconsciente. A utopia fundamenta-se na imaginação orientada e organizada. É a consciência antecipadora do amanhã. O mito ilude o homem e retarda a História. A utopia o projeto de luta e faz a História. [...] A primeira função do pensamento utópico, segundo Pierre Furter, é favorecer a crítica da realidade. Mas não se esgota aí o seu fim: A utopia é também uma forma de ação.<sup>593</sup>*

**A utopia é, então manifestação do “Princípio Esperança”, funcionando como energia propulsora das transformações sociais, econômica, políticas, jurídicas etc..**

A par disso, enquanto produto histórico-cultural, o Direito é uma projeção da dimensão axiológica e teleológica do ser humano nas relações inter-subjetivas, expressando normativamente as aspirações de indivíduos, grupos, classes e da própria humanidade na complexidade dialética dos processos históricos e políticos. Em vista disso, carecem de legitimidade as abordagens científicas, em especial, as posições hermenêuticas de caráter analítico que desprezam a complexidade fenomenológica do Direito. Tanto o saber jurídico em geral, como a Hermenêutica Jurídica em particular, como já ressaltava RECASÉNS SICHES, criador da Escola da Lógica do Razoável, devem rejeitar as formas de interpretação jurídica baseadas no raciocínio lógico-formal, refratário à perspectiva dos valores e, por conseguinte, nunca é demais enfatizar, ao caráter histórico-cultural do Direito. As normas jurídicas, afirma RECASÉNS SICHES, não são enunciados de idéias com validade intrínseca, nem constituem descrições fáticas. *“Las normas jurídicas son instrumentos prácticos, elaborados y contruidos por los hombres, para que, mediante su manejo, produzcan en realidad social unos ciertos efectos, precisamente el cumplimiento de los propósitos concebidos.”*<sup>594</sup> Nessa ordem de

<sup>593</sup> HERKENHOFF, João Baptista. **Direito e utopia**. São Paulo: Acadêmica, 1993. p. 7.

<sup>594</sup> “As normas jurídicas são **instrumentos prácticos**, elaborados e contruidos pelos homens, para que, mediante seu manejo, produzam na realidade social determinados efeitos, precisamente em

idéias, sublinhamos a necessidade de um direcionamento hermenêutico que dê conta do Direito como produto cultural em permanente criação e para reforçar esta constatação reportamo-nos a GADAMER, para quem, como já sabemos, a Hermenêutica Jurídica é essencialmente criativa e não reprodutiva do Direito que interpreta e aplica.

*Um projeto epistemológico com esses pressupostos gerais implica a caracterização da Hermenêutica Jurídica como um saber histórico-social, crítico-dialético, que tem como primeiro fundamento uma dimensão antropológica singular, afirmativa da condição existencial-fenomenológica do ser humano, razão pela qual baseia-se, originariamente, na “compreensão” (“mobilidade fundamental do Dasein”), implica em mundividência e, a partir disso, estuda os critérios de produção de sentido dos textos legais, para possibilitar a concretização atualizada das normas – princípios e regras – jurídicas. Assim, antes de discutir os meios utilizados pelo intérprete para concretizar as normas jurídicas, a Hermenêutica Jurídica interessa-se pelo fundamentos existenciais do ato interpretativo, atitude que a afasta decisivamente da vulgata positivista ainda presente no nosso meio jurídico.*

Afinal de contas, uma coisa é o Direito Positivo, como parcela da experiência histórico-social, outra é o *Positivismo Jurídico como determinada forma de definição e de abordagem do que lhe convém denominar “Direito”, como determinada teoria da norma, do Ordenamento Jurídico, das fontes do Direito, da Interpretação e aplicação das normas jurídicas, como justificação da obediência ao direito positivado*<sup>595</sup> e como compreensão da função social dos operadores do Direito...

Se “Direito” e “Direito Positivo” não se confundem com o “Direito” e com o “Direito Positivo” do positivismo dogmatista, é porque existe a real possibilidade de resgatar, no seu substrato ôntico, o “ser” e o “dever ser” do verdadeiro Direito, enquanto abertura para uma racionalidade emancipatória comprometida com a afirmação da dignidade da pessoa humana. Estamos diante de uma situação que impõe uma exigência especial ao jurista e ao operador jurídico: que tenham uma compreensão crítico-dialética do Direito, da Ciência do Direito, da realidade sócio-política da função social como mediadores entre a generalidade das normas jurídicas (princípios, regras) e sua

---

*cumprimento aos propósitos concebidos.”* (tradução do autor). Cf. SICHES, Luis Recaséns. *Nueva filosofía de la interpretación del derecho*. 2. ed. México D.F.: Editorial Porrúa, 1973, p.277.

<sup>595</sup> Estas são as dimensões utilizadas por BOBBIO para identificar o Positivismo Jurídico. (Ver em *Positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. Tradução de Márcio Pugliesi et al. São Paulo: Ícone, 1995.

concretização em normas de decisão e, dessa forma, permitam-se perceber que estar a serviço da ordem jurídica vigente só pode significar estar a serviço da concretização do Estado de Direito (legítimo), da Democracia (substancial) e do Direito (justo). A partir daí, permitam que sua experiência jurídica, corresponda ao agir cotidiano do “*jurista-cidadão*”!<sup>596</sup>

## 5.2 CONSIDERAÇÕES SOBRE O DUPLO CARÁTER SISTEMÁTICO DO DIREITO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE PARA FINS HERMENÊUTICOS

Uma das premissas teóricas deste trabalho é a tese de que o Direito da Criança e do Adolescente (DCA) é um modelo jurídico que possui um duplo caráter sistemático: é um sistema axiológico e teleológico de princípios e regras e um sistema de Direitos Fundamentais. Em ambos os casos, o DCA é um sistema aberto e ordenável.

Enquanto sistema de princípios e regras, o DCA é um *sistema aberto* por que, como explica LARENZ, referindo-se ao Direito em geral e dando ênfase à estrutura principiológica, a abertura sistêmica significa que “*são possíveis, tanto mutações na espécie de jogo concertado dos princípios, do seu alcance e limitação recíproca, como também a descoberta de novos princípios; seja em virtude de alterações da legislação, seja em virtude de novos conhecimentos da ciência do Direito ou modificações na jurisprudência.*”<sup>597</sup> Sendo um *sistema aberto* o sistema jurídico é um todo *inacabado e inacabável*,<sup>598</sup> visto que os princípios que o formam, diferentemente dos conceitos formais<sup>599</sup> da Dogmática Positivista (ex.: “Jurisprudência dos Conceitos”), são *pautas*

<sup>596</sup> Cf. Edmundo Lima de ARRUDA JÚNIOR.

<sup>597</sup> Cf. LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Tradução de José Lamego. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. 1983. p. 592.

<sup>598</sup> *Ibidem*, p. 595.

<sup>599</sup> A referência negativa que aqui fazemos aos “conceitos jurídicos” em face dos “princípios jurídicos” não significa que os rejeitamos de maneira absoluta. A concepção conceitual, como observa LARENZ não é supérflua. “*É imprescindível para a preparação da subsunção e portanto deveria ser agregado aos princípios jurídicos um sistema correspondente de conceitos jurídicos*”. Só que não se poderia esquecer que estes são de natureza teleológica e que portanto em caso de dúvida é sempre necessário remontar à valoração neles contida, isto é, ao princípio.” (Op. Cit., p. 200).



*abertas*, que carecem de concretização e só plenamente perceptíveis através de suas concretizações.<sup>600</sup>

Por sua vez, CANARIS, citado por LARENZ, observar que “*o sistema, como unidade de sentido de uma ordem jurídica concreta, comunga do modo de ser desta, quer dizer, assim como não é estático, mas dinâmico, apresenta portanto, a estrutura de historicidade.*”<sup>601</sup> Através dessa *estrutura de historicidade* o sistema jurídico se apresenta como uma unidade interna em permanente interação com o “*ambiente exterior*” onde são captadas as referências valorativas e teleológicas que permitem o incessante movimento processual de concretização do Direito na vida social.

Aqui temos um elo de conexão entre o entendimento de que o Direito é um *sistema de princípios e regras aberto* e a identificação do Direito da Criança e do Adolescente como um ordenamento jurídico garantista, na medida em que se atribui ao Garantismo o caráter “*hetero-poyético*”. Em “Direito e Razão” FERRAJOLI esclarece que afirmar o caráter “*hetero-poyético*” do Garantismo significa defini-lo como uma Teoria que rejeita o campo doutrinário que adota a idéia de “auto-justificação” do Direito e do Estado. Nesse sentido, referindo-se ao pensamento penalista observa que o mesmo se divide historicamente em duas opções opostas: a) a idéia de auto-justificação do Direito Penal como “*valor em si*”, ou como imediata incidência de valores ontológicos ou metajurídicos; b) a idéia de “*hetero-justificação*” como “*instrumento oneroso de tutela de concretos y vitales interes de los ciudadanos*”.<sup>602</sup> A primeira dessas orientações doutrinárias corresponde aos modelos penais *autoritários*; a segunda, aos modelos *garantistas*.<sup>603</sup>

Segundo FERRAJOLI, essa dicotomia das doutrinas penalistas pode ser vista como o reflexo de uma dicotomia mais geral que distingue duas espécies de doutrinas políticas:

a) as que fundamentam os sistemas políticos em si mesmos – “*justificando el derecho y el estado como bienes e valores intrinsecos*”;<sup>604</sup>

<sup>600</sup> Cf. LARENZ. Op. Cit., p. 200.

<sup>601</sup> Cf. CANARIS. Apud LARENZ. Op. Cit., p. 592.

<sup>602</sup> Cf. FERRAJOLI. Op. Cit., p. 880.

<sup>603</sup> Ibidem, p. 880.

<sup>604</sup> Ibidem, p. 881.

b) as que consideram que o Direito e o Estado baseiam-se em finalidades sociais e as instituições jurídicas e políticas são “*males*” necessários para a satisfação dos interesses vitais dos cidadãos.<sup>605</sup>

Valendo-se da expressão “*autopoyesis*” utilizada por Luhmann para designar o *caráter autoreferencial* dos sistemas políticos, FERRAJOLI designa as primeiras doutrinas em questão “*auto-poyéticas*” e, as segundas, “*hetero-poyéticas*”.

Dentro desses parâmetros teóricos, o Garantismo Jurídico é uma teoria “*hetero-poyética*” porque opera com uma *fundamentação externa* do Estado e, conseqüentemente, do Direito, tendo, para isso, como referência, os interesses e os direitos vitais dos cidadãos. Daí o conceito ferrajoliano de “*Democracia Substancial*”: o Estado de Direito dotado de garantias efetivas, tanto liberais como sociais.<sup>606</sup>

Conectando esses ensinamentos de FERRAJOLI aos objetivos do nosso trabalho evidencia-se que ao Direito da Criança e do Adolescente – sendo um sistema jurídico garantista – rechaça a idéia positivista da “*autoreferencialidade*” dos princípios e regras jurídicas, legitimando-se através da dimensão axiológica dos Direitos Fundamentais. Este condicionamento teórico-crítico do Direito da Criança e do Adolescente, que já foi por nós focalizado quando examinamos o princípio da “*Politização*” ou da “*Ênfase nas Políticas Públicas Básicas*”, deve refletir-se fortemente no modelo hermenêutico aplicado a esse novo ramo do Direito Brasileiro, de tal sorte que, a interpretação e aplicação dos seus princípios e regras imponham ao Estado a condição instrumental exigida como pressuposto da realização da cidadania infanto-juvenil. Neste caso, não há meio-termo e o que nos é, como adverte DWORKIN, levar “a sério” os Direitos Fundamentais.

Podemos ainda dizer que a *abertura* do sistema jurídico é uma decorrência da *inesgotabilidade de sentido* própria do ser humano como um ser histórico, transcendente. Este, aliás, é um dos pressupostos da perspectiva hermenêutica por nós adotada.

No que concerne ao *DCA-Sistema de Direitos Fundamentais* o ser *aberto* decorre da constatação de que os direitos em geral, e, em especial, os denominados “Direitos do Homem”, “Direitos Humanos”, “Direitos Fundamentais”, são frutos de um processo de positivação essencialmente dinâmico e dialético. A vida do Direito, em si, é

<sup>605</sup> Cf. FERRAJOLI. Op. Cit., p. 881.

<sup>606</sup> Ibidem, p. 864.

processual. Isto quer dizer que o Direito *nunca é*, mas *está sendo o tempo todo*, exatamente como ocorre com a própria vida humana em constante realização de sua transcendentalidade, experiência que é de um ser pro-jetado para o futuro, o *Dasein*, segundo a compreensão fenomenológico-existencialista formulada por HEIDEGGER, por nós aceita como uma das referências filosóficas para refletir sobre a relação “Homem/Direito”.

No caso dos *Direitos Fundamentais*, perceber essa *abertura ontológica para a transcendentalidade ou futuridade do Dasein* é facilmente perceptível através da simples análise histórica da emergência das diversas *gerações* de direitos ocorrida nos dois séculos, se tivermos como marco inicial a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, da Revolução Francesa (1791). Nessa linha de pensamento, vale lembrar a observação de BOBBIO quanto ao caráter *variável dos Direitos do Homem*. O elenco desses direitos, observa o mestre italiano,

*[...] se modificou, e continua a se modificar, com a mudança das condições históricas, ou seja, dos carecimentos e dos interesses, das classes no poder, dos meios disponíveis para a realização dos mesmos, das transformações técnicas, etc. Direitos que foram declarados absolutos no final do século XVIII, como o da propriedade sacre et inviolable, foram submetidos a radicais limitações nas declarações contemporâneas; direitos que as declarações do século XVIII nem sequer mencionavam, como os direitos sociais, são agora proclamados com grande ostentação nas recentes declarações. Não é difícil prever que, no futuro, poderão emergir novas pretensões que no momento nem podemos imaginar, como o direito a não portar armas contra a própria vontade, ou direito de respeitar a vida também dos animais e não só dos homens. [...] O que parece fundamental numa época histórica e numa determinada civilização não é fundamental em outras épocas e em outras culturas. Não se concebe como seja possível atribuir fundamento absoluto a direitos historicamente relativos.*<sup>607</sup>

Daí ser indiscutível a *historicidade* dos antigos Direitos Naturais, hoje Direitos do Homem ou Direitos Humanos e dos Direitos Fundamentais, restando totalmente superada a tese da *imutabilidade* dos mesmos, afirmada pelo jusnaturalismo clássico. Todavia, é preciso observar que mesmo nessa fase praticamente filosófica do jusnaturalismo, pensadores como Aristóteles e Tomás de Aquino já abrandavam o rigor da defendida imutabilidade dos Direitos Naturais. Na atualidade, prevalece a consciência

<sup>607</sup> Cf. BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Nelson Carlos Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 18-19.

de que tais direitos originam-se dos condicionamentos do processo histórico-social, representando construções culturais que decorrem das “*reivindicações concretas, geradas por situações de injustiça e/ou agressão a bens fundamentais e elementares do ser humano. As diversas dimensões que marcam a evolução do processo de reconhecimento e afirmação dos direitos fundamentais revelam que estes constituem categoria materialmente aberta e imutável.*”<sup>608</sup>

Do ponto de vista jurídico-positivo o Direito Brasileiro consagra, desde a sua matriz constitucional, a *abertura* e a *dinamicidade* dos Direitos Fundamentais. É o que se lê no enunciado do parágrafo 2º, do art. 5º, da Constituição Federal: “*Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.*”

O sistema jurídico do DCA é *ordenável* por que, em qualquer caso, como acontece com o Direito em geral, sua textura aberta não impede que seja feita a ordenação racional “*desde dentro*”. Esta é uma condição vital à própria idéia de sistema. Aplicada aos sistemas jurídicos significa dizer que sem uma ordenação interna não é possível extrair dos diversos elementos que os compõem o sentido e o alcance desejável no interior da totalidade jurídica e da totalidade social.

Há uma terceira característica inerente ao conceito de sistema jurídico que consideramos indispensável ao esboço de uma Hermenêutica Jurídica do Direito da Criança e do Adolescente. Trata-se da *dialeiticidade*, entendida como o fato de que o sistema jurídico representa uma síntese da interação ora conflitiva,<sup>609</sup> ora complementar, de conceitos, valores e fins, concretizando-se na vida social como um processo incessante de positivação/despositivação de princípios e regras e dos direitos que contempla explícita ou implicitamente.

Isso implica que, embora a funcionalidade dialética do Direito tenha uma determinação positivante-emancipatória, como ressalta LYRA FILHO, não está afastada a possibilidade concreta de ocorrerem retrocessos na qualidade do Direito vigente. O próprio LYRA FILHO sublinha que a *permanente positivação da liberdade* com que

<sup>608</sup> Cf. SARLET Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: do Advogado, 1998. p. 54.

<sup>609</sup> Nesta linha de pensamento FREITAS chama a nossa atenção para o caráter “potencialmente contraditório, tanto normativa, quanto axiologicamente” do sistema jurídico. (Ver FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do direito*. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 36).

descreve a processualidade histórico-social do Direito ocorre no seio de lutas sociais e políticas, havendo avanços e recuos ou quebras do caminho.<sup>610</sup> É justamente em razão disso que, ao trabalharmos com um Sistema de Direitos Fundamentais, devemos estar sempre atentos para os riscos e as possibilidades de involução. Tem aqui inteira pertinência estas observações de SARLET:

*No que diz com o reconhecimento de novos direitos fundamentais, impende apontar, a exemplo de Perez Luño, para o risco de degradação dos direitos fundamentais, colocando em risco o seu “status jurídico e científico”, além do desprestígio de sua própria “fundamentalidade”. Assim, fazem-se necessárias a observância de critérios rígidos e a máxima cautela para que seja preservada a efetiva relevância e prestígio destas reivindicações e que efetivamente correspondam a valores fundamentais consensualmente reconhecidos no âmbito de determinada sociedade ou mesmo no plano universal.*<sup>611</sup>

A *dialeticidade* ainda quer dizer que o Direito é incompatível com a abordagem exclusivamente lógico-formal dos seus elementos e com o raciocínio dedutivo-silogístico para explicar a estrutura lógica da decisão jurídica, carecendo do uso da lógica material ou dialética. Com isso, é requisito de uma Hermenêutica Jurídica adequada ao Direito da Criança e do Adolescente pensado como um sistema, a ruptura com os pressupostos lógicos da Hermenêutica Tradicional comprometida com o dogmatismo positivista.

A *abertura*, a *ordenabilidade* e a *dialeticidade* do sistema jurídico nos conduzem a um outro aspecto de grande relevância para a nossa aproximação hermenêutica do Direito da Criança e do Adolescente. Referimo-nos à imperiosidade de estabelecermos um critério teórico fundamental para fixarmos as bases da interpretação e aplicação da estrutura principiológica desse modelo jurídico. Neste caso, a concepção sistemática que adotamos para o Direito da Criança e do Adolescente pressupõe que a *ordem interna* desse sistema jurídico contenha um “*meta-princípio*” que identificamos como “*princípio de hierarquização axiológica*”, expressão utilizada por JUAREZ FREITAS, na obra “A Interpretação Sistemática do Direito”.<sup>612</sup>

A presença do princípio da “*hierarquização axiológica*” num sistema jurídico *aberto, ordenável e dialético* é imprescindível, mormente na medida em que o seu mais importante papel é o de estabelecer premissas destinadas a direcionar o *juízo de valoração*

<sup>610</sup> Cf. LYRA FILHO. Op. Cit., p. 114.

<sup>611</sup> Cf. SARLET. Op. Cit., p.55.

<sup>612</sup> Publicação de Malheiros Editores (1995).

que determinará o *status jurídico* dos diversos elementos que o compõem. Se a ordenação da vida social exige que o Direito seja conformado sistematicamente, tanto em termos estruturais, como funcionais, e, se, por outro lado, os elementos componentes do sistema jurídico são heterogêneos, impõe-se a exigência incontornável de se prever uma ordenação hierárquica mínima entre os princípios e regras, bem como entre os direitos que o integram, sob pena de configurar-se um “caos funcional” que sacrificará a validade material e a efetividade do sistema. Esta exigência se torna mais evidente quando nos conscientizamos de que não estamos lidando com um sistema “duro”, mas com um sistema “brando” ou “flexível”, porque, a sua concretização depende de estimativas valorativas e teleológicas.

No nosso entendimento, o princípio da *hierarquização axiológica* cumpre duas funções básicas na ordem interna do sistema jurídico. A primeira dessas funções é conferir validade material e efetividade aos seus elementos; a segunda é funcionar como critério de significação epistemológica do sistema. Ao validar materialmente os elementos da estrutura do sistema jurídico, esse princípio determina a observância de uma certa pauta valorativa e teleológica, condicionando todos os momentos da concretização do Direito. Assim, constitui-se num autêntico instrumento de política jurídica “*lato sensu*” funcionando preventiva e corretivamente na ordenação, na concretização e no aperfeiçoamento da ordem jurídica. Preventivamente, atua por exemplo, com o objetivo de evitar ações e omissões que invertam a ordem de preferências ou prioridades em todos os momentos da vida do Direito, especialmente nos casos de antinomias normativas (de primeiro e de segundo graus) e valorativas ou axiológicas. Corretivamente, é óbvio, o princípio atua para reduzir ou debelar os efeitos negativos dos vícios anteriormente apontados após a sua ocorrência.

No caso do Direito da Criança e do Adolescente é inestimável o valor do princípio da “*hierarquização axiológica*”, haja vista que estamos falando de um sistema jurídico que tem entre os seus princípios fundamentais o do *superior interesse da criança* e o da *prioridade* ou *primazia absoluta* ao atendimento dos Direitos Fundamentais infanto-juvenis. Estes dois princípios, o primeiro de caráter *estruturante* e o segundo, *concretizante*, fixam uma pauta valorativa e teleológica que se for levada “*a sério*”, provocará uma verdadeira revolução, tanto nas relações privadas, quanto nas relações que envolvem o poder público, na direção da validade material da efetividade das demandas individuais e coletivas da população infanto-juvenil em nosso país.

Ao atuar como baliza do juízo epistemológico, o princípio em questão incide sobre a própria produção saber jurídico, demonstrando a impropriedade de posições teóricas incompatíveis com o caráter garantista do Direito da Criança e do Adolescente, tais quais as doutrinas positivistas, especialmente as de cunho formalista, que primam pelo desapego à realidade social e, em contrapartida, pela ênfase na “depuração metódica” da Ciência do Direito e na alienação política dos operadores jurídicos.

O princípio da *hierarquização axiológica* é um “*meta-princípio*” no sentido em que FREITAS utiliza a expressão “*meta-regra*”: “*operador deôntico que ocupa o topo do sistema jurídico. Em face de sua natureza de metaprincípio, aspira à universalização sem se contradizer, e se formula, expressa ou implicitamente, do modo mais formal possível, distinguindo aspectos e escalonando os demais princípios, assim como as normas e valores. Trata-se de lei ou dever-ser que [...] veda as contradições, embora tolere o atrito de opostos ou contrários concretos.*”<sup>613</sup>

Entendemos que, dada a sua *maior profundidade como fonte de significação das proposições jurídicas*, o princípio da *hierarquização axiológica* *espraia-se por todo o sistema jurídico*. FREITAS explica que esse meta-princípio é um “*critério sob o qual estão contidos todos os outros critérios. Se se quiser dizer, faz as vezes de um imperativo principiológico que imprime unidade sistemática aos fins jurídicos*”.<sup>614</sup>, balisando o problema da superação de antinomias e escalonamento de princípios, regras e valores na ordem interna do sistema. Além disso, ressalta que o princípio da hierarquização axiológica contém em si o fundamento dos demais critérios ou princípios superiores, sendo um imperativo que “*encontra correspondência com a categórica necessidade de coerência e, por via de extensão, com princípios tais que busquem a garantia da universalização hierarquizada das prescrições jurídicas.*”<sup>615</sup>

Para nós, além de instrumentalizar a superação de antinomias de primeiro ou de segundo grau, ou de lacunas no sistema jurídico, o *princípio da hierarquização axiológica* condiciona todas as operações e momentos de criação, interpretação e aplicação do Direito. Trata-se então de um elemento criptonormativo do Direito da Criança e do Adolescente, que atua “*a priori*” e “*a posteriori*”, na prevenção e na correção de desvios da ordem axiológica e teleológica que deve pré-existir à positivação ou à

<sup>613</sup> Cf. FREITAS. Op. Cit., p. 80.

<sup>614</sup> Cf. FREITAS. Op. Cit., p. 80.

<sup>615</sup> Ibidem, p. 82.

concretização do direito positivado, impedindo que qualquer das esferas do poder público violem os padrões de legitimidade do Direito em questão, ou que, na ordem dos direitos fundamentais, agredindo a lógica garantista, venham a limitá-los, a neutralizá-los ou a criar embaraços ao seu pleno exercício.

Em vista disso, o princípio em questão é uma primeira condição epistemológica da validade material e da efetividade do Direito da Criança e do Adolescente, levando-se em conta, para isso, que existe uma interação funcional fundamental entre os dois níveis sistêmicos desse modelo jurídico. Neste caso, a interação de que falamos obedece a uma dialética específica – a dialética da complementaridade recíproca e seu objetivo final fortalecer o “status jurídico” do Direito da Criança e do Adolescente como paradigma jurídico-positivo-positivante da cidadania infanto-juvenil.

Devido a estes compromissos éticos, jurídicos e políticos, o Direito da Criança e do Adolescente entra em colisão com a tradição hermenêutica que, em matéria de normas de Direitos Fundamentais, rende tributo à visão positivista-formalista fortemente arraigada no imaginário e no comportamento profissional de grande parte de juristas e operadores jurídicos brasileiros. Este *formalismo jurídico*, que se manifesta na doutrina e na jurisprudência pátria, tem sido um fator responsável pelo adiamento do ingresso do Brasil no clube dos Estados efetivamente subordinados à ordem do Estado de Direito, no sentido dado a esta expressão pelo pensador italiano FERRAJOLI. Para este autor, como já referimos, “*Estado de Direito*” significa (ou deve significar) “*Estado de Direito Legítimo*”, isto é, *Estado de Direito comprometido com a validade, não apenas formal, mas também material e a efetividade do Direito, com a concretização dos Direitos Fundamentais, com a Democracia substancial*. Para ser um Estado de Direito Legítimo, o Estado de Direito, deve atender a duas ordens de exigências:

*a) en plano formal, por el principio de legalidad, en virtud del qual todo poder público-legislativo, judicial y administrativo – está subordinado os leyes generales y abstractas, que disciplinan sus formas de ejercicio y cuya observancia se halla sometida a central de legitimidad por parte de jueces separados del mismo e independientes (el Tribunal Constitucional para las leyes, los para las sentencias, los Tribunales Administrativos para las decisiones de esse carácter; b) en el plano substancial, por la funcionalización de todos los poderes del estado al servicio de la garantía de los derechos fundamentales de los ciudadanos, mediante la incorporación limitativa en su Constitución de los deberes públicos correspondientes, es descer, de las prohibiciones de lesionar los derechos de libertad y de las obligaciones de dar satisfacción a los derechos sociales, asi como de los correlativos poderes de los ciudadanos de activar la tutela judicial.*<sup>616</sup>

<sup>616</sup> a) *no plano formal, pelo princípio da legalidade, em virtude do qual todo poder público – legislativo, judiciário e executivo – está subordinado às leis gerais e abstatas, que disciplinam suas formas*



Referindo-se à questão dos Direitos Fundamentais na Constituição e analisando os efeitos do *formalismo jurídico* na prática do Judiciário brasileiro, KRELL faz observações absolutamente pertinentes ao tema que estamos desenvolvendo. Diz ele:

*Talvez o maior impedimento para uma proteção mais efetiva dos Direitos Fundamentais seja a atitude ultrapassada de grande parte da Magistratura Brasileira para com a interpretação constitucional, cuja base até hoje consiste no formalismo jurídico que tem dominado gerações de operadores de Direito, especialmente durante o período autoritário. [...] Podemos observar, até os dias de hoje, uma maneira extremamente formal de argumentação em grandes partes da doutrina e da jurisprudência do Brasil, que se concentra quase exclusivamente em aspectos lógicos-formais da interpretação jurídica e não permite a influência de pontos de vista valorativos, ligados à justiça material.<sup>617</sup> (grifos no original).*

Ora, tanto quando temos em mente uma perspectiva principiológica, com quando tratamos de um Sistema de Direitos Fundamentais, a questão da efetividade do Direito depende, fundamentalmente, da fixação de premissas hermenêuticas adequadas. Em nenhum desses casos, podemos pactuar com uma *tradição formalista, que mantém o jurista e o operador do Direito na condição de espectadores e não de partícipes deste mundo-em-que-estão-lançados, neutralizando-lhes a capacidade de agirem como mediadores criativos entre a generalidade da lei e a particularidade das situações concretas que são submetidas ao seu julgamento.*

Num autêntico exercício de “*violência simbólica*”, o positivismo formalista neutraliza a subjetividade dos intérpretes jurídicos, colocando em seu lugar uma pseudo-objetividade metódica que, em verdade, oculta ou dissimula os pressupostos ideológicos do “horizonte das elites dominantes”. A posição do *formalismo jurídico* deseja que o jurista e operador do Direito sejam e permaneçam seduzidos pelo “canto da sereia” que diz: *Interpretar o Direito é revelar um sentido pré-existente nas proposições jurídicas;*

---

*de exercício e cuja observância se acha submetida à idéia central de legitimidade por parte de juízes separados do mesmo e independentes (o Tribunal Constitucional para as leis, os Tribunais para as sentenças, os Tribunais Administrativos para as decisões que tenham esse caráter); b) no plano substancial, pelo funcionamento de todos os poderes do Estado a serviço da garantia dos direitos fundamentais dos cidadãos, mediante a incorporação limitada na sua Constituição dos deveres públicos correspondentes, quer dizer, das proibições de violar os direitos de liberdade e das obrigações de atender aos direitos sociais, assim como dos poderes correlatos dos cidadãos para promover a tutela judicial” (tradução do autor). Cf. FERRAJOLI. Op. Cit., p. 856-857.*

<sup>617</sup> Cf. KRELL, Andreas J.. Controle judicial dos serviços públicos básicos na base dos direitos fundamentais.” In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.) **A constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado.** Porto Alegre: do Advogado, 2000. p. 47.

*aplicar o Direito é enquadrar – através de um procedimento conhecido como subsunção lógico-silogística - uma situação da vida real a um comando normativo do Ordenamento Jurídico.*

Ora, como observa KRELL, na dimensão dos Direitos Fundamentais, a Hermenêutica,

*[...] deixa de ser um problema de correta subsunção do fato à norma para se tornar um problema de conformação política dos fatos, isto é, de sua transformação conforme um projeto ideológico (e não lógico). Segundo o “judicial-power-model” (Selznik), o juiz deve assumir a “nova missão” de ser interventor e criador autônomo das soluções exigidas pelos fins e interesses sociais, tornando-se responsável “pela conservação e promoção dos interesses finalizados por objetivos sócio-econômicos”. Isto significa uma mutação fundamental que transforma progressivamente o juiz em administrador e o convoca a “operar como agente de mudança social”<sup>618</sup> (grifos no original).*

A questão da degradação doutrinária e jurisprudencial dos Direitos Fundamentais se agrava quando o alvo são os Direitos Fundamentais Sociais ou de “prestação”, como vêm a ser boa parte dos Direitos Fundamentais que são objeto da proteção do Direito da Criança e do Adolescente. Estes direitos, como sabemos, são próprios do Estado Social e do Estado Democrático de Direito e constituem garantias destinadas à implementação da cidadania, no seu aspecto, talvez, mais problemático da vida contemporânea, sob o signo da “festejada” Globalização.

O *formalismo jurídico* transforma as normas programáticas sobre Direitos Fundamentais Sociais em mero simbolismo de demonstração das boas intenções que, freqüentemente, estão por trás das perversões praticadas por detentores do poder político, transformando-as em *álibis* para o abrandamento, ou, em casos extremos, negar o dever jurídico do Estado de atender as demandas sociais por Políticas Públicas eficazes (saúde, educação habitação, saneamento básico etc.).

A velha tese doutrinária, inspirada no sistema norte-americano e introduzida por RUI BARBOSA no direito brasileiro, que distingue as normas constitucionais em “*auto-aplicáveis*” (“*self-executing*”) e “*não-auto-aplicáveis*” (“*no-self-executing*”), tem sido a referência teórica adotada pelos formalistas para sonegar a normatividade das normas sobre Direitos Sociais.

---

<sup>618</sup> Cf. KRELL. Op. Cit., p. 49.

Esquecem os defensores e praticantes do *formalismo jurídico* em suas várias dimensões que, mesmo que não houvesse outra razão para obrigar a observância das normas sobre direitos sociais, já há algum tempo a doutrina vem rechaçando o chamado “*utopismo negativista*” que os impede de levarem “*a sério*” essas normas de Direito operante ou “*prestacional*”. HESSE, por exemplo, ensina que a constituição não configura apenas um “*ser*”, mas também um “*dever-ser*” – “*mais do que simples reflexo de condições fáticas de sua vigência, particularmente as forças sociais e políticas, procurando imprimir ordem e conformação à realidade política e social.*”<sup>619</sup> Por isso, observa KRELL, reportando-se a Luis Roberto BARROSO: “*Limitar normas constitucionais a expressar a realidade do fato seria a sua negação.*”<sup>620</sup>

Afora os aspectos específicos da ordem constitucional, entendemos que afirmação de HESSE, de que a Constituição é “*ser*” e “*dever-ser*”, vale identicamente para as normas da legislação em geral que têm por objeto Direitos Fundamentais. Uma das características básicas do Direito é justamente a “*bilateralidade atributiva*”, categoria teórica elaborada por REALE que significa uma “*relação objetiva que, ligando entre si dois ou mais seres, lhes confere e garante, de maneira recíproca ou não, pretensões e competências.*”<sup>621</sup> Dentre os elementos constitutivos da “*bilateralidade atributiva*”, REALE enumera a “*garantia*”, definida como “*nota essencial à bilateralidade atributiva, que não se reduz a uma simples declaração teórica de pertinência de algo a alguém, mas é a razão de certeza e de segurança como instrumento prático de ação: a garantida exigibilidade do devido resulta da objetividade ou transubjetividade do débito, dando título de legitimidade às normas de execução coercitiva.*”<sup>622</sup> (grifos no original).

A exigibilidade das normas (princípios e regras) jurídicas, sejam constitucionais, ou infra-constitucionais, é potencializada quando estamos diante de dispositivos que tratam de situações ou bens jurídicos aos quais a ordem jurídica atribui significado especial, acrescentando-lhes a nota juridicamente densificadora de serem “*normas de ordem pública*”. São desse tipo as normas jurídicas que definem ou prevêm Direitos Fundamentais, bem como as normas de “*leis de função social*” já referidas neste trabalho.

<sup>619</sup> Cf. HESSE, Konrad. Apud KRELL. Op. Cit., p. 30.

<sup>620</sup> Cf. KRELL. Op. Cit., p. 30.

<sup>621</sup> Cf. REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 10. ed., rev. e atualizada. São Paulo: Saraiva, 1983. p. 692.

<sup>622</sup> *Ibidem*, p. 693.

Justamente em razão disso, os sistemas estatais garantistas, como é o caso do Estado Democrático de Direito em vigor no Brasil, costumam prever mecanismos assecuratórios da “*natureza-jurídico-positiva-operante*” de normas jurídicas de Direitos Fundamentais. Tem essa característica de *técnica de garantia* o parágrafo 1º, do art. 5º, da Constituição de 1988, “*in verbis*”: “*As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.*”.

É preciso compreender-se que esta norma regedora da Política de Direitos do Estado Democrático de Direito brasileiro não tem seu âmbito de incidência material limitado ao sistema constitucional, mas vale para todo o sistema do Direito pátrio. Ao lado da muito lembrada norma do art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro, temos aqui mais uma **norma de “*super Direito*”** que a Hermenêutica garantista precisa destacar e exaurir devidamente.

Em vista disso, corretas estão aquelas decisões judiciais em que o Poder Judiciário – assumindo o papel de guardião da legalidade do Estado Democrático de Direito, como lhe compete – tem garantido o acesso aos Direitos Fundamentais em face de falhas ou omissão do Estado na prestação dos serviços públicos, ou, na formulação e execução de Políticas Públicas em áreas como saúde, educação, reforma agrária, habitação, assistência social, reforma agrária, proteção a portadores de necessidades especiais (idosos, crianças e adolescentes etc.).

Ao prolatar decisões que concretizam a proteção a Direitos Fundamentais, o Judiciário assume claramente a função social de agente e não apenas de espectador das relações entre os titulares desses Direitos e o Poder Público. Com isso, conforma-se ao modelo de Judiciário deontologicamente adequado a uma ordem jurídica expressamente subordinada ao critério axiológico e teleológico do autêntico Estado de Direito.

O princípio da *hierarquização axiológica* não é atemporal, embora realize a necessidade atemporal de eleger valores e fins preponderantes para orientar a vida do Direito. A sua realização é historicamente determinada, valorativamente e teleologicamente condicionada como toda realização humana. Todas as formas de criação jurídica (legislativa, judicial, particular etc.), apoiam-se em vetores valorativos e

teleológicos que correspondem a aspirações, expectativas e interesses sociais anteriores ou emergentes no momento da *nomogênese jurídica*.<sup>623</sup>

Nos casos de criação legislativa ou judicial, a *nomogênese jurídica* é o resultado de um complexo processo de mediação hermenêutica que se dá em face da realidade histórico-social *vigente* - fusão entre passado e presente -, da norma projetada ou positivada e do ato de deliberação ou de “interpretação-aplicação” da mesma tendo em vista a “regulação de situação concreta”.

Falando especificamente da aplicação do direito positivado pelo judiciário, GADAMER esclarece:

*A hermenêutica jurídica recorda em si mesma o autêntico procedimento das ciências do espírito. Nela temos o modelo de relação entre passado e presente que estávamos procurando. Quando o juiz adequa a lei transmitida às necessidades do presente, quer certamente resolver uma tarefa prática. O que de modo algum quer dizer que sua interpretação da lei seja uma tradução arbitrária. Também em seu caso, compreender e interpretar significam conhecer e reconhecer um sentido vigente. O juiz procura corresponder à “idéia jurídica” da lei, intermediando-a com o presente. É evidente, ali, uma mediação jurídica.*<sup>624</sup>

Além do *horizonte histórico* ressaltado por GADAMER, o princípio da hierarquização axiológica exige a presença de um “*horizonte político-jurídico*” que também tem raízes na pré-compreensão e se traduz através de uma tomada de posição ocorrida logo na abertura do processo hermenêutico. Para o nosso caso este *horizonte político-jurídico* deve conduzir o intérprete aos termos de uma caracterização essencial do Direito da Criança e do Adolescente como um sistema eticamente comprometido com a efetividade dos Direitos Fundamentais de seus destinatários. Assim, a par da subjetividade que necessariamente acompanha toda produção do saber jurídico ou de decisões fundadas no Direito, o “meta-princípio” da hierarquização axiológica estabelece um ponto de partida que não pode ser negado na construção teórica e na interpretação/aplicação do Direito da Criança e do Adolescente.

A operacionalização do *princípio da hierarquização axiológica*, como, de resto, a totalidade do processo hermenêutico tendo por objeto o Direito da Criança e do

<sup>623</sup> Esta expressão é utilizada por Miguel REALE para identificar o momento complexo de criação do Direito (ver *Filosofia do direito...*, p. 550).

<sup>624</sup> Cf. GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Tradução de Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 1997. p. 487.

Adolescente, não é um processo meramente formal. Já percebemos que o modelo positivista-formalista, em qualquer de suas dimensões, é incompatível com a complexidade fenomenológica do Direito em geral, e, em especial, com o duplo caráter sistemático do Direito da Criança e do Adolescente. *A dialeticidade do Direito*, conforme esclarece FREITAS, exige que o raciocínio através do qual são produzidas as decisões jurídicas destine um lugar de destaque à eleição ou hierarquização das premissas. Desta forma, “*A escolha determina a construção lógica. [...] O resto – a conclusão- sobrevém ou deve sobrevir, por mero acréscimo, como uma implícita conseqüência da escolha feita.*”<sup>625</sup> Afora isso, como adverte CANARIS, se o direito é normativa e axiologicamente contraditório e incompleto não podemos pensá-lo como um sistema axiomático-dedutivo.

*A confecção de um sistema axiomático-dedutivo não é, assim, possível e contradiz a essência do Direito. Semelhante tentativa decorre, tal como, sobretudo, as considerações sobre a necessidade da “plenitude”, da utopia de que, dentro de determinada ordem jurídica, todas as decisões de valor necessárias se deixam formular definitivamente – decorre, portanto, de um pré-julgamento tipicamente positivista, que hoje pode considerar-se como definitivamente rejeitado.*<sup>626</sup>

O que afirmamos sobre o papel metodológico exercido pelo *princípio hermenêutico da hierarquização axiológica* na solução de antinomias entre princípios e regras, vale também para a superação dos conflitos ou colisões entre princípios. A primeira característica dos princípios segundo CANARIS é que eles não valem sem exceção e, por isso, podem entrar em contradição entre si. Por outro lado, ALEXY ensina que os princípios são “*otimização de valores*”. Em conseqüência disso, pressupõem uma “*lei de colisão*” que exclui a possibilidade de pensarmos em “princípios absolutos”. Esta “*lei de colisão*” significa que a metodologia jurídica – especialmente no campo decisional – deve observar o critério de ponderação, recurso que possibilita a fixação das condições determinantes da prevalência de um princípio em detrimento de outro na aplicação das normas de direito fundamental a um caso concreto.

Além disso, é importante lembrar que o *conflito ou colisão de princípios*, diferentemente do que ocorre no *conflito de regras jurídicas*, que segue o critério do “*tudo ou nada*”, é resolvido através da “*relação de precedência condicionada*”, pois leva

<sup>625</sup> Cf. FREITAS. Op. Cit., p. 37-38.

<sup>626</sup> Cf. CANARIS. Op. Cit., p. 44.

em conta o *peso* e a *importância dos princípios momentaneamente colidentes* e não a sua *validade formal*.<sup>627</sup>

No entendimento de ALEXY o *critério de ponderação* não consiste apenas na produção de um enunciado de preferência, mas exige que esse enunciado possa ser racionalmente fundamentado.<sup>628</sup> Embora trabalhe com a idéia do *relativo peso e importância* dos princípios de um sistema de Direitos Fundamentais, refutando a possibilidade de *uma ordem cerrada de princípios e valores* (“orden duro”), ALEXY argumenta que o “caráter aberto” ou flexível (“blando”), de um sistema desse tipo pode surgir de duas maneiras: a) através da fixação “a priori” (“prima facie”) de preferência em favor de determinados valores e princípios, b) através de uma rede de decisões concretas de preferências.

Esses ensinamentos de ALEXY reforçam o que temos em mente na formulação de subsídios para uma teoria hermenêutica aplicada ao Direito da Criança e do Adolescente concebido como um sistema de princípios e regras e de garantia de direitos fundamentais. O que entendemos é que tendo em vista o compromisso desse modelo jurídico com a concretização dos Direitos Fundamentais de crianças e adolescentes, impõe-se a fixação de uma *ordem hierárquica mínima* entre os diversos princípios que o compõem. É indispensável que sejam estabelecidos algumas preferências “*prima facie*” tendo em conta a maior densidade axiológica e teleológica de determinados princípios e direitos fundamentais. Neste sentido a Doutrina tem reconhecido ao princípio do “Interesse Superior” a condição de “viga-mestra” (“*rector-guía*”) do sistema de princípios da Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança.<sup>629</sup> Considerações como estas são, não são apenas compatíveis, mas imprescindíveis ao paradigma hermenêutico adequado ao Direito da Criança e do Adolescente.

Dando destaque ao *princípio hermenêutico da hierarquização axiológica* na sua proposta de interpretação sistemática do Direito, FREITAS lembra que,

<sup>627</sup> Para mais detalhes, veja-se no Capítulo sobre “Os princípios fundamentais do Direito da Criança e do Adolescente”, especialmente no tópico em que abordamos aspectos do pensamento de Robert ALEXY no estudo dos princípios jurídicos.

<sup>628</sup> Cf. ALEXY. Op. Cit., p.158-159.

<sup>629</sup> No entendimento de ALSTON; GILMOUR-WALSH, v.g., “*no hay artículo en la convención, ni derecho reconocido en ella, con respecto a los cuales este principio no sea aplicable.*” (“*não existe artigo na Convenção, nem direito nela reconhecido, com respeito aos quais este princípio não seja aplicável...*” (tradução do autor) -, sendo ainda digno de referência neste momento o esclarecimento prestado por BRUÑOL de que o Comitê dos Direitos da Criança (ONU) reconheceu nesse princípio um dos princípios gerais da Convenção, “*llegando a considerarlo como principio “rector-guía” de ella.*” (ALSTON; GILMOUR-WALSH. Op. Cit., p. 7 e BRUÑOL, Miguel Cillero. Op. Cit., p. 71).

[...] é condição mesma para a própria cientificidade jurídica que se parta do pressuposto de que é possível uma construção rigorosa, incorporando a noção de que algum princípio deve ter a pretensão de exclusividade, ainda que não absoluta. Tal princípio somente poderá ser aquele que determina a primazia axiológica, ainda que o conteúdo desta esteja sujeito à mutabilidade histórica. Mais ainda: existe um metacritério que reúne o poder de fixar como “pétrea” ou exclusiva esta ou aquela dimensão principiológica, normativa e valorativa.<sup>630</sup>

Outra fonte doutrinária em que encontramos elementos para fundamentar nossa opção de vermos o Direito da Criança e do Adolescente através de uma perspectiva hermenêutica sistemática-principiológica que reconheça a *primazia “prima facie”* em favor de determinados princípios é o pensamento de LARENZ. Segundo esse autor, há princípios que constituem “*idéias directivas*” do sistema jurídico (ex: princípio do Estado de Direito, princípio do Estado Social, princípio da dignidade da pessoa humana), no qual servem de base para outros princípios e subprincípios e lhes indica a direção.<sup>631</sup>

Uma segunda espécie de princípios jurídicos são aqueles que se condensam numa regra imediatamente aplicável. Além da “*ratio legis*”, estes princípios são, em si próprios, “*lex*”. São denominados “*princípios com forma de proposição jurídica*” e se distinguem dos “*princípios abertos*”, por que estes não têm o caráter normativo tão evidenciado. Os “*princípios em forma de proposição*” podem ser expressamente previstos no Ordenamento, ou, podem ser reconhecidos através das exceções que o sistema jurídico faz a respeito deles. No caso destes últimos,

*O legislador não os explicitou porque os considerou tão “evidentes” que na sua opinião não precisava de ser mencionado o princípio, mas tão-somente as exceções. Quando se não fizeram na lei estas exceções e a sua ausência não haja de ser considerada uma lacuna legal, o princípio é imediatamente aplicado. A esta espécie pertencem, por exemplo, os princípios da liberdade contratual e da liberdade de forma no Direito das obrigações – princípios a que, por seu lado, subjaz um princípio aberto, o da autonomia privada. Entre os princípios com forma de proposição jurídica terão de contar-se, ainda, os princípios de dignidade constitucional *nulla poena sine lege e ne bis in idem* (art.º 103.º, parágrafos 2 e 3 da Lei Fundamental), as garantias de liberdade do art.º 104.º da Lei Fundamental, o princípio da independência dos juizes (art.º 97.º, parágrafo 1, da Lei Fundamental) a proibição dos tribunais de excepção (art.º 101.º da Lei Fundamental).<sup>632</sup>*

<sup>630</sup> Cf. FREITAS. Op. Cit., p. 84.

<sup>631</sup> Cf. LARENZ. Op. Cit., p. 579.

<sup>632</sup> Ibidem, p. 584.



Entre os “*princípios em forma de proposição jurídica*” LARENZ inclui os princípios do “*meio mais idôneo*” e da “*restrição menos possível*”, que, segundo ele, são muitas vezes invocados como pauta de “*ponderação de bens*”.<sup>633</sup>

Por fim, argumenta o autor em referência, um sistema jurídico concebido como uma rede interna de princípios tem duas características básicas: a) “*em primeiro lugar, a existência de uma certa ordem hierárquica interna;*” b) “*em segundo lugar, o jogo concertado, não totalmente “pré-programado”, dos diferentes princípios de igual peso e importância nos diferentes graus de concretização.*”<sup>634</sup> Este “*jogo concertado*” significa que, na totalidade do sistema jurídico os princípios não apenas se complementam, mas também se limitam reciprocamente.<sup>635</sup>

No nosso entendimento, desse conjunto de contribuições teóricas podemos extrair esta importante lição: *se adotamos uma teoria jurídica que distingue vigência, ou validade formal, validade material e efetividade do Direito positivado,*<sup>636</sup> *como é o caso do Garantismo, é tão incorreto considerar o Ordenamento um “sistema só de princípios absolutos”, quanto considerá-lo um “sistema de princípios apenas relativos”.*<sup>637</sup>

Na tradição positivista há uma identificação entre *validade* e *existência ou vigência do Direito Positivo*. Esse paradigma conceitual que, conforme demonstra BOBBIO, dá ênfase aos aspectos lógico-formais do Ordenamento Jurídico, não leva em conta “*o fato de que o moderno Estado constitucional de Direito incorporou diversos princípios ético-políticos a seus estatutos fundamentais, os quais determinam valorações ético-políticas e de justiça das normas por ele e nele produzidas, agindo como critérios de legitimidade ou de ilegitimidade não mais externos ou jusnaturalistas, mas agora internos ou positivistas.*”<sup>638</sup> Isto pôs em cheque os pressupostos teóricos da Dogmática

<sup>633</sup> Cf. LARENZ. Op. Cit., p. 585.

<sup>634</sup> Ibidem, p.579.

<sup>635</sup> Ibidem, p. 581.

<sup>636</sup> Essa distinção é uma das características que fazem da Teoria do Garantismo Jurídico um paradigma de ruptura com a tradição do Positivismo Jurídico. Através dela, conforme explica CADERMATORI, podemos identificar o Garantismo como uma teoria jurídica da vigência (validade formal), da validade (validade material) e da efetividade. “*A abordagem teórica neste caso permite estabelecer uma diferença entre ser e dever ser no Direito, postulando como seu problema central a divergência existente entre os modelos normativos (tendencialmente garantistas) e as práticas efetivas (tendencialmente antigarantistas).*” (CADERMATORI. Op. Cit., p. 77).

<sup>637</sup> Na primeira hipótese, incorreríamos no equívoco epistemológico e metodológico de ver no direito vigente algo a-histórico, e, conseqüentemente, imutável. No segundo caso cairíamos no erro elementar de não termos uma pauta mínima de valores e fins ou de direitos fundamentais a serem obrigatoriamente observados e assegurados pelo Estado de Direito.

<sup>638</sup> Cf. CADERMATORI. Op. Cit., p. 78.

Jurídica Positivista, como é o caso da pretensa neutralidade ideológica, que, para os positivistas, justifica o desapego para com as questões sociais, econômicas e políticas subjacentes ao sistema jurídica.

A *atitude garantista* permite a descoberta de parâmetros axiológicos e teleológicos, éticos e políticos que permitem o reconhecimento do “*Direito vigente*”, mas “*inválido*”, “*válido*”, mas “*inefetivo*”. A diferença entre *vigência (validade formal)* e *validade material*, conduz ao reconhecimento de dois tipos de legitimidade interna do ordenamento jurídico: de um lado, podemos falar em *legitimidade jurídica formal*, de outro, em *legitimidade jurídica substancial ou material*. A partir dessas redefinições a teoria garantista do Direito chega a novas designações para o termo “Justiça”, identificando uma “*justiça interna*” ou *legal* e uma “*justiça externa*”. A primeira refere-se à correspondência entre vigência (validade formal) e validade material no seio de cada ordenamento, das leis em face da Constituição e das decisões judiciais com respeito às leis. A segunda significa a correspondência entre “*validez y justicia*”, isto é, a adesão do ordenamento jurídico em seu conjunto a valores políticos externos.<sup>639</sup>

Desta forma, podemos concluir que o Garantismo Jurídico baseia-se em quatro conceitos fundamentais: *vigência ou validade formal, validade substancial (validez), efetividade e legitimidade*.<sup>640</sup>

Falando sobre o Direito da Criança e do Adolescente, entendemos que agir dentro dos padrões hermenêuticos tradicionais significaria a sonegação do caráter cogente do *sistema de princípios* no que se refere a *questões de ordem pública* – como são as normas sobre Direitos e Garantias Fundamentais – que demandam garantias especiais para serem concretizadas. Nessa mesma situação estão todas as legislações vinculadas a

<sup>639</sup> Cf. CADERMATORI. Op. Cit., p. 79.

<sup>640</sup> “A norma é *vigente*, quando despida de vícios formais, “*está contenido en un texto legislativo no anulado puede por conseguinte ser aplicada mediante decisiones válidas respecto a ella.*” (“faz parte de um texto legislativo não anulado e pode, por conseguinte, ser aplicada mediante decisões válidas a seu respeito”)” (tradução do autor). - (Cf. FERRAJOLI. Derecho y Razón, p.873.); é *válida* (substancialmente), quando guarda coerência com as “*normas substanciais sobre a sua produção*”. No Estado Social, por exemplo, “*Todos os direitos fundamentais – e não só os direitos sociais e os deveres positivos por eles impostos ao Estado, mas também os direitos de liberdade e as correspondentes proibições negativas que limitam a intervenção daquele – equívalem a vínculos substanciais e não de forma, que condicionam a validade substancial das normas produzidas e exprimem, ao mesmo tempo, os fins para que está orientado esse moderno artifício que é o Estado Constitucional de Direito.*” (Cf. FERRAJOLI. “O direito como sistema de garantias”. In: OLIVEIRA JÚNIOR, Alcebiades de. O novo em direito e política. Porto Alegre: do Advogado, 1997. p. 97). A norma é *efetiva* quando é de fato observada por seus destinatários. Por fim, é *legítima* ou *justa*, “quando responde positivamente a determinado critério de valoração ético-político (logo, extrajurídico)” (Cf. CADERMATORI. Op. Cit., p. 80).

uma “Política de Direitos” e as denominadas “leis de função social”,<sup>641</sup> de que são exemplo as leis que protegem os consumidores, o meio ambiente, o próprio Direito da Criança e do Adolescente<sup>642</sup> etc. Em todas essas hipóteses a hierarquização axiológica de princípios e regras jurídicas tem a finalidade precípua de potencializar a “*legitimidade*”<sup>643</sup> do Direito Positivo”, enquanto instrumento de socialização do princípio de proteção jurídica, imprescindível ao Estado de Direito, e de assegurar a “força normativa” de tais leis, sem o que os novos padrões de organização social que elas instituem – baseados no princípio de Justiça – não têm como prosperar e acabam fulminados pelo vício da ineficácia.

Em razão de tudo isso, o próprio “meta-princípio” hermenêutico da hierarquização axiológica impõe-nos a defesa da tese que afirma a necessidade de fixarmos uma pauta de “princípios pétreos” e uma ordem de valoração e escalonamento “prima facie” dos princípios do Direito da Criança e do Adolescente, criando um “eixo jurídico fundamental” em torno do qual deve girar toda a ordem social, jurídica, política e econômica. Em suma, não podemos prescindir da atribuição de preponderância normativa, axiológica e teleológica de alguns princípios no interior da ordem interna do sistema do Direito da Criança e do Adolescente.

O sistema jurídico brasileiro é perfeitamente compatível com esta orientação teórica, pois, como já foi demonstrado pela Doutrina, a moldura jurídico-positiva do Estado Democrático de Direito instituído pela Constituição de 1988, é, justamente, a de um Estado Garantista, como podemos perceber pelos destaques que faremos a seguir.

Em primeiro lugar, o Poder Constituinte, já no “Preâmbulo” da Carta Política declarou que instituiu “*um Estado Democrático de Direito, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o*

---

<sup>641</sup> As leis de função social são assim chamadas pelo fato de que impõem novas valorações que devem orientar a sociedade, optando, geralmente, em positivar uma série de direitos assegurados ao grupo tutelado e, em contrapartida, em criar uma série de novos deveres a outros agentes da sociedade, os quais, por profissão ou pelas benesses que recebem, ou, simplesmente, por estarem numa situação social vantajosa, considera-se que devam suportar exigências ou riscos adicionais.

<sup>642</sup> O Direito da Criança e do Adolescente é uma ordem jurídica garantista da cidadania infanto-juvenil. Para cumprir o seu papel jurídico e político, institui em favor desse segmento social uma pauta de Direitos Fundamentais e o benefício da Proteção Integral e impõe à sociedade em geral e ao poder público deveres jurídicos significativos, dentre os quais destacamos o de considerar os Direitos e as necessidades de crianças e adolescentes em geral questões prioritárias, interesses superiores a quaisquer outros interesses com quais venham a conflitar. (Para outras referências às leis de função social, consulte-se o capítulo “O Direito da Criança e do Adolescente enquanto sistema jurídico” deste trabalho).

<sup>643</sup> Neste caso, “legitimidade” significa o resultado da “legitimação substancial” que ocorre pela vinculação do sistema jurídico à ordem dos Direitos Fundamentais.

*desenvolvimento, a igualdade, a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos.”.*

Em segundo lugar, ao tratar dos “Princípios Fundamentais”, a Constituição registrou a presença da *cidadania* e, especialmente, da *dignidade da pessoa humana*, como *fundamentos* do regime jurídico-político instituído. Sobre a presença e a função jurídica reservada à “*dignidade da pessoa humana*” na condição de *fundamento* do Estado, disserta o constitucionalista José Afonso da SILVA:

*Dignidade da pessoa humana é um valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem, desde o direito à vida. “Concebido como referência constitucional unificadora de todos os direitos fundamentais [observam Gomes Canotilho e Vital Moreira], o conceito de dignidade da pessoa humana obriga a uma densificação valorativa que tenha em conta o seu amplo sentido normativo-constitucional e não uma qualquer idéia apriorística do homem, não podendo reduzir-se o sentido da dignidade da pessoa humana à defesa dos direitos pessoais tradicionais, esquecendo-a nos casos de direitos sociais, ou invocá-la para construir ‘teoria do núcleo da personalidade’ individual, ignorando-a quando se trate de garantir as bases da existência humana”. Daí decorre que a ordem econômica há de ter por fim assegurar a todos existência digna (art. 170), a ordem social visará a realização da justiça social (art. 193), a educação, o desenvolvimento da pessoa e seu preparo para o exercício da cidadania (art. 205) etc., não como meros enunciados formais, mas como indicadores de conteúdo normativo eficaz da dignidade da pessoa humana.<sup>644</sup> (grifo no original).*

Em terceiro lugar, tomando uma atitude inédita na história política brasileira, a Constituição de 1988 – previu:

*[...] um título próprio destinado aos princípios fundamentais, situado - em homenagem ao especial significado destes - na parte inaugural do texto, logo após o preâmbulo e antes dos direitos fundamentais. Mediante tal expediente, o Constituinte deixou transparecer de forma clara e inequívoca a sua intenção de outorgar aos princípios fundamentais a qualidade de normas embasadoras e informativas de toda a ordem constitucional, inclusive dos direitos fundamentais, que também integram aquilo que se pode denominar de núcleo essencial da Constituição material.<sup>645</sup>*

Além disso, novamente de maneira inédita no constitucionalismo brasileiro, a Constituição em vigor demonstrou claramente a subordinação da ordem social e política a uma Política de Direitos e Garantias Fundamentais, situando a “**Carta de Direitos**” na “*entrada*” do texto constitucional, antes de tratar da estrutura jurídica, política e

<sup>644</sup> Cf. SILVA, José Afonso da. Op. Cit., p. 109.

<sup>645</sup> Cf. SARLET. Op. Cit., p. 99.

administrativa do Estado. Este posicionamento político-jurídico constitucional não veio ao acaso, mas decorreu de uma vontade política explícita do Congresso Constituinte em redefinir as bases axiológicas e teleológicas do Estado Brasileiro, demonstrando a primazia de que os Direitos e as Garantias Fundamentais passariam a desfrutar em todas as esferas e níveis de nossa vida coletiva.

Além de representar uma reação histórica de caráter amplo à tradição autoritária (*autoritarismo crônico*) que predominou no processo social e político brasileiro desde criação do Estado Nacional, a relevância atribuída aos Direitos Fundamentais na Constituição de 1988 foi o resultado da reação mais específica contra o passado recente de *autoritarismo agudo* da Ditadura Militar de 64. Este fator histórico é para nós de grande importância, funcionando como um indicativo da orientação axiológica e teleológica a ser observada na construção do horizonte hermenêutico constitucionalmente adequado ao Sistema de Princípios e Direitos Fundamentais que – a partir da Constituição - permeia a totalidade do Direito brasileiro e, de maneira especial, as chamadas “leis de função social” ou emancipatórias, dentre as quais se inclui, como já vimos, o Direito da Criança e do Adolescente. A relevância atribuída pelo Constituinte de 87/88 aos Direitos Fundamentais tem um grande valor simbólico, mas, sobretudo jurídico. É uma demonstração incontestável de que o Estado Brasileiro – na forma de *Estado Democrático de Direito* - está subordinado ao princípio da prevalência dos Direitos Fundamentais e ao critério político-jurídico da legitimação substancial que, na ótica garantista, como vimos, deve ser entendida como a “*instrumentalização dos poderes do Estado a serviço dos Direitos Fundamentais*”.<sup>646</sup>

Em quarto lugar, no art. 5º, inciso XXXV, a “Constituição Cidadã”, re-  
ratificando<sup>647</sup> Constituições anteriores, dispõe que “*a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito*”. Trata-se neste caso de manifestação do princípio de proteção jurídica indissociável do Estado de Direito, que tem, no Judiciário, o guardião definitivo do primado do Direito em todas as circunstâncias e momentos da vida social. A Constituição expressa “lesão ou ameaça a direito”, o que resulta na

<sup>646</sup> Cf. CADERMATORI, Sérgio. *Estado de direito e legitimidade: uma abordagem garantista*. Porto Alegre: do Advogado, 1999. P. 175.

<sup>647</sup> A Constituição anterior, por exemplo, falava em “lesão ou ameaça a *direito individual*”. A Constituição em vigor, refletindo o contexto sócio-político que determinou a ampliação da pauta de direitos que o Estado de Democrático de Direito reconhece e protege (direitos de primeira, de segunda, de quarta gerações, direitos individuais, coletivos, individuais homogêneos, coletivos, difusos, direitos civis, políticos, sócio-econômicos, de participação etc.), usa a expressão “ameaça ou lesão a *direito*”, sem qualquer predicado redutor do seu alcance.

ampliação do conceito do instituto processual “possibilidade jurídica do pedido”<sup>648</sup> para fins de invocação deste dispositivo constitucional, mormente ao laborarmos através de uma interpretação sistemática, atraindo para junto do inciso XXXV do art. 5º, o seu parágrafo 2º.

Em quinto lugar, a Constituição de 1988 perfilou-se entre as Cartas Políticas contemporâneas que, para prevenir a cidadania contra a eventual neutralização ou corrosão dos Direitos Fundamentais constitucionalmente contemplados, prescrevem a aplicabilidade imediata das normas que tratam desses Direitos. Assim é que o parágrafo 1º, da Constituição tem o seguinte enunciado: “*As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.*” Analisando este dispositivo constitucional de grande relevância para a configuração garantista do Estado brasileiro na atualidade, Paulo Gustavo G. BRANCO, assim se manifesta:

*O significado essencial dessa cláusula é o de ressaltar que as normas que definem direitos fundamentais são normas de caráter preceptivo, e, não, meramente programático. Explicita-se, além disso, que os direitos fundamentais se fundam na Constituição, e, não, na lei – com o que se deixa claro que é a lei que deve mover-se no âmbito dos direitos fundamentais, e, não, o contrário. Os direitos fundamentais não meramente normas matrizes de outras normas, mas são também, e sobretudo, normas diretamente reguladoras de relações sociais.*<sup>649</sup>

Em sexto lugar, temos a norma enunciada no art. 5º, parágrafo 2º, da Constituição Federal. Diz esse dispositivo que “*Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.*” Esclarece CADERMATORI que através dessa norma a nossa Constituição amplia significativamente a proteção jurídica aos Direitos Fundamentais, estabelecendo o regime das “*garantias implícitas*” ao lado daquelas estampadas ao longo do seu texto.<sup>650-651</sup>

<sup>648</sup> Uma das condições da ação, ao lado do “legítimo interesse” e da “legitimidade para a causa” (“*legitimatío ad causam*”).

<sup>649</sup> Cf. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Aspectos de teoria geral dos direitos fundamentais. In: MENDES, Gilmar Ferreira et al. **Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2000. p.134.

<sup>650</sup> Cf. CADERMATORI. Op. Cit., p. 172.

<sup>651</sup> Ao tratar da “classificação dos direitos individuais”, em face do disposto no art. 5º, parágrafo 2º, da CF., José Afonso da Silva distingue esses direitos em três grupos: 1) os direitos individuais expressos; 2) os direitos individuais implícitos ou subentendidos, “*como o direito à identidade pessoal, certos desdobramentos do direito à vida, o direito à atuação geral (art. 5º, II)*”; 3) os direitos individuais decorrentes do regime e de tratados internacionais subscritos pelo Brasil, “*aqueles que não são nem*

Citando PINTO FERREIRA, CADERMATORI observa que “*A finalidade do preceito é evitar e coibir violações contra os direitos humanos; por isso, a enumeração é puramente exemplificativa, e não exaustiva. O preceito, como afirma José Celso de Mello Filho, “constitui norma de encerramento, que institui as liberdades residuais, inominadas, implícitas ou decorrentes”, pois fluem necessariamente dos princípios e do regime constitucional respeitadores das liberdades.*”<sup>652</sup>

Na mesma linha dos exemplos já destacados, no art. 60, parágrafo 4º, a Constituição em vigor demonstra a força normativa das disposições sobre Direitos e Garantias Fundamentais, ao incluí-las entre as “cláusulas pétreas”, que não podem, sequer, ser objeto de deliberação em regime de emenda constitucional. Diz o texto: “*Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: [...] “os direitos e garantias individuais”.*

Tudo isso se combina muito bem com as preocupações centrais que determinam o caráter do projeto hermenêutico que temos em mente para o Direito da Criança e do Adolescente, pois, o perfil garantista do Estado Brasileiro na atualidade nos dá a certeza de que a efetividade que reclamamos para esse novo Direito encontra fundamento evidente nos condicionamentos sócio-políticos e jurídico-políticos do Estado Democrático de Direito já formalmente instituído, mas ainda constantemente sonogado à grande maioria da população brasileira.

E como estamos tratando de um sistema de Direitos Fundamentais, nunca é demais recordar a lição de BOBBIO que, ao refletir sobre a fundamentação e a proteção dos direitos do homem, assevera:

*O problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto o de justificá-los, mas o de protegê-los. Trata-se de um problema não filosófico, mas político.[...] Com efeito, o problema que temos diante de nós não é filosófico, mas jurídico e, num sentido mais amplo, político. Não se trata de saber quais são e quanto são esses direitos, qual é a sua natureza e seu fundamento, se são direitos naturais ou históricos, absolutos ou relativos, mas sim qual é o modo mais seguro para garanti-los,*

---

*explícita, nem implicitamente enumerados, mas provêm ou podem vir a provir do regime adotado, como o direito de resistência, entre outros de difícil caracterização ‘a priori’.” (Ver José Afonso da SILVA. Curso de direito constitucional positivo. 18. ed., revista e atualizada nos termos da Reforma Constitucional (até a Emenda Constitucional n. 27, de 21.3.2000). São Paulo: Malheiros, 2000, p. 197. No nosso entendimento, a abordagem feita por José Afonso da Silva ajusta-se perfeitamente ao sentido garantista do Estado de Democrático de Direito, no que se refere a uma interpretação constitucionalmente adequada da Política de Direitos contemplada na Constituição de 1988. Nossa posição converge para o posicionamento desse autor quanto ao ponto focalizado.*

<sup>652</sup> Cf. CADERMATORI. Op. Cit., p. 173.

*para impedir que, apesar das solenes declarações, eles sejam continuamente violados.*<sup>653</sup> (grifos no original).

Em vista do exposto, com maior atenção para a caracterização do Direito da Criança e do Adolescente como um “Sistema de Princípios e Regras” podemos estabelecer algumas posições básicas:

a) o Direito da Criança e do Adolescente enquanto *sistema de princípios e regras* deve ser concebido a partir do seu comprometimento ético, jurídico e político com a efetividade da cidadania infanto-juvenil, no contexto do Estado Democrático de Direito.

Esta primeira posição impõe-nos pensar que a concretização dos preceitos gerais deste Direito em normas de decisão precisa ser orientada por uma teoria jurídica geral e por um modelo hermenêutico em particular que redefina o papel do Direito Positivo em função do significado e dos deveres jurídicos impostos ao poder público no âmbito de um Estado garantista, de uma Democracia substancial, o que implica em fixar novos papéis para a ordem jurídica em suas diversas especialidades.

Conforme é assente na Doutrina, o princípio da legalidade é essencial ao Estado Democrático de Direito. Mas, diferentemente do que ocorre na ordem jurídico-política do Estado Liberal, nesse sistema político é exigência basilar a subordinação de toda a ordem jurídica à Constituição. Além disso a legalidade do Estado Democrático de Direito obedece a uma condição peculiar: trata-se de uma legalidade democrática. Desta forma, o Estado Democrático de Direito, observa o constitucionalista José Afonso da SILVA, *como todo Estado de Direito sujeita-se ao império da lei, “mas da lei que realize o princípio da igualdade e da justiça não pela sua generalidade, mas pela busca da igualização das condições socialmente desiguais.”*<sup>654</sup>

O que se deve destacar neste caso é o caráter interventivo-constutivo do Direito Positivo em geral e, em especial, da Constituição, vista como matriz, que realmente é, dos valores fundamentais da sociedade. No que se refere à Constituição é preciso observar-se - no contexto jurídico-político do Estado Democrático de Direito - a sua dupla supremacia sobre a legislação ordinária - supremacia formal e supremacia material.

<sup>653</sup> Cf. BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 24-25.

<sup>654</sup> Cf. SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 18. ed. revista e atualizada nos termos da Reforma Constitucional (até a Emenda Constitucional nº 27, de 21.3.2000). São Paulo: Malheiros, 2000. p. 125.



Isso nos conduz ao terreno doutrinário em que o “princípio da constitucionalidade” se sobrepõe ao da “legalidade”, como critério orientador da concretização da ordem jurídica na sua totalidade.

A observância dessa orientação teórico-dogmática e de grande relevância em casos como o brasileiro, em que a reconstrução sócio-política prevista na Constituição colide com uma tradição dominada pelo liberalismo – individualista, contrária aos avanços sociais e econômicos exigidos pela nova ordem. Assim, paralelamente à função reguladora-formal, a Constituição precisa exercer o papel de instrumento das mudanças sociais e políticas democráticas indissociáveis do modelo de sociedade que deve corresponder ao Estado Democrático, uma “*sociedade, livre, justa e solidária*”, incompatível com a pobreza e a marginalização, as desigualdades sociais e regionais e determinada em “*promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.*”, conforme prescrevem o art. 3º, da nossa Carta Política, merecidamente apelidada de “Constituição Cidadã”.

*E se a Constituição se abre para as transformações políticas, econômicas e sociais que a sociedade brasileira requer, a lei se elevará de importância, na medida em que sendo fundamental expressão do direito positivo, caracteriza-se como desdobramento necessário do conteúdo da Constituição e aí exerce função transformadora da sociedade, impondo mudanças democráticas....*<sup>655</sup>

A tese da *supremacia material da Constituição* tem encontrado resistência de alguns setores da Doutrina em debates que envolvem a efetividade dos Direitos Fundamentais no campo das relações privadas. Em casos extremos de resistência à constitucionalização das relações ditas privadas, chega-se a se insinuar que o culto à Constituição pode levar ao “desaparecimento do Direito Civil”!

Cuidando desse tema com opinião favorável à *validade material* dos princípios constitucionais sobre Direitos e Garantias Fundamentais, FINGER observa que o Direito Civil não desapareceu, “*O que efetivamente “desapareceu” foi o direito civil próprio do Estado Liberal clássico, centrado no individualismo e patrimonialismo que o caracterizou. Não se pode, a bem dos valores constitucionais, e parafraseando o prof.*

---

<sup>655</sup> Cf. SILVA, José Afonso da. Op. Cit., p. 125-126.

*Gustato Tepedino, deitar os fatos emergentes de uma nova realidade incontestável e um “leito de Procusto”, voltando os olhos para um passado que a história já sepultou.”*<sup>656</sup>

b) Quando pensamos sobre o “DCA-Sistema de princípios e regras” sob o enfoque hermenêutico-garantista, essa atitude pressupõe o resgate de alguns fundamentos teórico-dogmáticos, quais sejam:

b.1) *“As características do conceito geral do sistema são a ordem e a unidade. Eles encontram a sua correspondência jurídica nas idéias da adequação valorativa e da unidade interior do Direito; estas não são apenas pressuposições de uma jurisprudência que se entenda a si própria como Ciência e premissas evidentes dos métodos tradicionais de interpretação, mas também, e sobretudo, conseqüências do princípio da igualdade e da “tendência generalizadora” da justiça, portanto, mediatamente, da própria “idéia de Direito.”*”<sup>657</sup>

b.2) *“A função do sistema na Ciência do Direito reside, por conseqüência, em traduzir e desenvolver a adequação valorativa e a unidade interior da ordem jurídica. A partir daí, o pensamento sistemático ganha também a sua justificação que, com isso, se deixa derivar mediatamente dos ‘valores jurídicos mais elevados’.*”<sup>658</sup>

b.3) O sistema jurídico, pensado em função da *adequação valorativa e teleológica* e da *unidade formal e material do Direito*, não um sistema *fechado, definitivamente ordenado, auto-poyético e estático*, mas um sistema *aberto, ordenável, hetero-poyético e dialético ou dinâmico*,

b.4) o sistema visto sob esse ângulo exerce duas funções básicas:

- contribui para a composição do conteúdo axiológico e teleológico das normas (princípios e regras) jurídicas, o que, segundo CANARIS, *“a interpretá-los como parte do conjunto da ordem jurídica e o pano de fundo das conexões relevantes;”*<sup>659</sup>
- além disso, o sistema serve para *“a garantia e a realização da adequação valorativa e da unidade interior do Direito, porquanto mostra as inconseqüências valorativas, proporcionando, com isso, o aperfeiçoamento do Direito, tanto pela*

<sup>656</sup> Cf. FINGER, Julio Cesar. Constituição e direito privado: algumas notas sobre a chamada constitucionalização do direito civil. In: SARLET, Ingo Wolfgang. **A Constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado**. Porto Alegre: do Advogado, 2000. p. 104.

<sup>657</sup> Cf. CANARIS. Op. Cit., p. 279.

<sup>658</sup> Ibidem, p. 280.

<sup>659</sup> Ibidem, p. 283.

*delimitação de ameaçadoras contradições de valores, como pelas determinações de lacunas.*”;<sup>660</sup>

b.5) o sistema jurídico é concebido como uma unidade formal e material de princípios e normas, valores e fins, subordinado, no que se refere à relação “princípios/regras”, às seguintes premissas metodológicas:

- não existe diferença ôntica entre “*princípios*” e “*regras*”, que são espécies do gênero “*normas*”. A distinção se dá no plano *qualitativo*. Neste caso, é preciso lembrar que os *princípios* são normas jurídicas impositivas, de “*otimização*” de valores e fins, que, embora menos “*determinabilidade*” do que as regras, superam-nas no “*caráter de fundamentalidade*”; que os princípios se caracterizam por sua “*proximidade à idéia de direito*”, constituindo “*standards*” “*juridicamente vinculantes radicados nas exigências de justiça (DWORKIN), ou na idéia de Direito (LARENZ)*”; que os princípios desempenham uma “*função normogenética fundamentante*”, porquanto “*são fundamento de regras, isto é, são normas que estão na base ou constituem a “ratio” de regras jurídicas.*”.<sup>661</sup>

Em vista disso, é razoável e desejável estabelecermos para o Direito da Criança e do Adolescente a regra de prevalência, “*prima facie*”, dos princípios sobre as regras como estratégia metodológica tendente a garantir a unidade do sistema, entendida como *adequação estrutural-globalizante à base dos valores e fins “otimizados” pelos princípios fundamentais*, que se densificam em subprincípios e regras jurídicas.

Da mesma forma, atende à razoabilidade prática e equitativa do Direito em objetivação, que estabeleçamos uma *ordenação mínima* na ordem dos princípios fundamentais do Direito da Criança e do Adolescente, esclarecendo quais os princípios que, devido à sua maior “*capacidade otimizante*” de valores e fins, devam representar o “*núcleo-fundamentante*” do sistema e quais os que merecem a posição de *princípios densificadores ou concretizantes* dos primeiros.

A considerar-se que os princípios, conforme já ressaltamos, “*não valem sem exceção e podem entrar em oposição ou em contradição entre si*”<sup>662</sup>, que os princípios “*não têm pretensão de exclusividade*”,<sup>663</sup> (podendo uma mesma consequência jurídica

<sup>660</sup> Cf. CANARIS. Op. Cit., p. 283-284.

<sup>661</sup> Cf. CANOTILHO. Op. Cit., p. 166-167.

<sup>662</sup> Cf. CANARIS. Op. Cit., p. 88.

<sup>663</sup> Ibidem, p. 90.

advir de mais de um deles), que os princípios “*ostentam o seu sentido próprio, apenas numa combinação de complementação e restrição recíprocas*”<sup>664</sup> e, finalmente, que os princípios, sem perder o seu caráter de normas jurídicas, são “*compatíveis com vários graus de concretização*”<sup>665</sup>, a formulação de um escalonamento mínimo entre os princípios do Direito da Criança e do Adolescente é condição *sine qua non* da própria estrutura sistemática-principiológica por nós adotada. Sobre este tema, *mutatis mutandi*, vale lembrar estas observações de FREITAS: “(a) a interpretação do Direito positivo [...] é sempre a escolha de um princípio que deve preponderar na sua relação com os demais, assim como diante das normas e dos próprios valores, daí resultando o caráter tópicosistemático de todo o processo hermenêutico” (b) a elaboração de um seguro catálogo de princípios e, ao mesmo tempo, a avaliação de sua força constitutiva, é a tarefa suprema da hermenêutica jurídica, em termos, por assim dizer, racionais e argumentativos”<sup>666</sup>.

No nosso caso, vislumbramos o “Direito da Criança e do Adolescente – Sistema de princípios e regras” com a seguinte estrutura hierárquica de princípios: 1) princípios estruturantes; 2) princípios concretizantes e; 3) princípios-garantia, cujo significado jurídico ou sócio-jurídico já foi explicitado.<sup>667</sup>

Os princípios *estruturantes* são constitutivos e indicativos das idéias diretivas básicas de toda a ordem interna do Direito da Criança e do Adolescente – são “*travessas-mestras*” – que suportam o peso do edifício jurídico e lhe dão a moldura axiológica e teleológica que deverá adequar-se como unidade aberta no bojo da totalidade do sistema jurídico brasileiro. Como já dissemos, os *princípios estruturantes* cumprem importante função metodológica/hermenêutica na manutenção da organicidade, unidade e coerência interna do Direito da Criança e do Adolescente. Além disso, é necessário acrescentar que esses princípios constituem elementos relevantes no direcionamento do “*desenvolvimento dos Direitos Fundamentais da criança e do adolescente*”.

Os *princípios estruturantes* se densificam em outros subprincípios e nas regras jurídicas numa “*dinâmica-processual-constitutiva*”, não exauriente, mas “*positivadora-positivante*”, ou “*instituinte*” de novos valores e fins e de novas conexões entre valores e fins que afetam interesses e direitos infanto-juvenis. Dos quatro *princípios estruturantes* com os quais trabalhamos – *Vinculação à Doutrina da Proteção Integral*,

<sup>664</sup> Cf. CANARIS. Op. Cit., p. 92-93.

<sup>665</sup> Cf. CANOTILHO. Op. Cit., p. 167.

<sup>666</sup> Cf. FREITAS. Op. Cit., p. 171.

<sup>667</sup> Ver p. 153, desta Tese.

*Universalização, Superior Interesse da Criança e do Adolescente e Caráter garantista* – consideramos que o princípio da “*Vinculação à Doutrina da Proteção Integral*” é o que possui as melhores condições para funcionar como o “*princípio axiológicamente e teleológicamente superior*” da ordem principiológica interna do Direito da Criança e do Adolescente. De todos os *princípios estruturantes* anteriormente mencionados, o que pressupõe a “*Proteção Integral*” é o que detém maior grau de abstração ou generalidade e de fundamentalidade, o que o credencia para estar no topo da pirâmide principiológica do Direito da Criança e do Adolescente.

Contrariamente à posição aqui defendida, lembramos que a Doutrina especializada tem atribuído ao ao princípio do “*Superior Interesse*” o papel de “*rector guida*” do Sistema da Convenção. Esta é também a posição do Comitê dos Direitos da Criança das Nações Unidas. Ao optarmos pelo princípio da “*Vinculação à Doutrina a Proteção Integral*” estamos raciocinando no sentido de que este princípio representa a “*ratio essendi*” deste sistema jurídico – o fundamento ético-jurídico decisivo para concebermos o Direito da Criança e do Adolescente como uma autêntica “*revolução paradigmática*” em face da tradição menorista. Do ponto de vista prático, repetindo o que já foi observado neste trabalho, a operacionalização deste princípio é a “*chave-mestra*” metodológica tendente a comprometer as Políticas Públicas, especialmente às Políticas relacionadas com o atendimento dos Direitos e Necessidades Básicas de crianças e adolescentes e as *relações jurídicas públicas e privadas, sem exceção*, com a efetividade da cidadania infanto-juvenil no Estado Democrático de Direito. O próprio princípio do “*Superior Interesse*” ganha novos critérios de determinação do seu conteúdo sócio-jurídico na medida em que é logicamente e valaorativamente precedido pela necessária consideração dos eixos fundamentais da Doutrina fundadora do novo Direito.

Logo abaixo dos “*princípios estruturantes*” estão situados os “*princípios concretizantes*”. Como o próprio nome indica, estes princípios, dentre os quais destacamos os da “*Prioridade Absoluta*”, “*Humanização*”, e “*Ênfase nas Políticas Sociais Básicas*”, têm a finalidade básica de “*concretizarem*” os “*princípios estruturantes*”, complementando a estrutura axiológica e teleológica fundamental do Direito da Criança e do Adolescente.

Já os “*princípios-garantia*”, expressão de CANOTILHO que adotamos, são aqueles que possuem uma “*densidade de autêntica norma jurídica e de força*

*determinante positiva e negativa*”.<sup>668</sup> No Direito da Criança e do Adolescente estes princípios são os mais numerosos conforme demonstra o rol que elaboramos em Capítulo anterior.<sup>669</sup>

### **5.3 PRESSUPOSTOS JUSFUNDAMENTANTES PARA UMA HERMENÊUTICA ADEQUADA DO DIREITO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE.**

#### **5.3.1 O Problema da Fundamentalidade de Direitos Fundamentais**

Também no que se refere ao “DCA - Sistema de Direitos Fundamentais”, o modelo hermenêutico que temos em mente para este novo Direito exige a observância de alguns pressupostos teóricos que devem refletir-se na “*obtenção do Direito legítimo*”, isto é, pré-determinado a garantir a efetividade de acesso aos bens jurídicos que esses Direitos representam no dia a dia dos seus beneficiários diretos.

Os Direitos Fundamentais, observa ALEXY, *são aquelas posições jurídicas que, do ponto de vista do Direito Constitucional, são de tal sorte relevantes para a comunidade, que não podem ser deixados na esfera de disponibilidade absoluta do legislador.* Essa idéia de ALEXY remete-nos ao tema da “*fundamentalidade*” dos Direitos Fundamentais, enquanto categoria destinada a assegurar a efetividade desses Direitos – que devem abranger toda a gama de Direitos (individuais, individuais homogêneos, coletivos, difusos e universais; civis, políticos, sociais, econômicos, culturais, étnicos etc.) que a doutrina, aplicando o critério histórico-evolutivo, identifica como *direitos de primeira, segunda, terceira e quarta gerações.*

Segundo CANOTILHO, o conceito de “*fundamentalidade*” “*aponta para a especial dignidade e proteção dos direitos*”,<sup>670</sup> sendo, portanto, instrumento teórico e metodológico de primeira grandeza na abordagem dos Direitos Fundamentais. Podemos falar em “*fundamentalidade formal*” e “*fundamentalidade material*”, das quais trataremos a seguir, devido à sua importância para a construção da Hermenêutica aplicada ao Direito da Criança e do Adolescente.

---

<sup>668</sup> Cf. CANOTILHO. Op. Cit., p. 173.

<sup>669</sup> Ver p. 155, desta Tese.

<sup>670</sup> Cf. CANOTILHO. Op. Cit., p. 498.

### 5.3.1.1 Fundamentalidade formal dos Direitos Fundamentais

A “*fundamentalidade formal*” é conceito intimamente relacionada à constitucionalização dos Direitos do Homem ou Direitos Humanos e implica a observância dos três postulados teóricos a seguir mencionados, adaptados à ordem jurídica do Estado Democrático de Direito definido pela Constituição de 1988:

a) como parte da Constituição, as normas que tratam de Direitos Fundamentais e, conseqüentemente, esses Direitos, situam-se no “*grau superior*” da ordem jurídica;

b) as normas de Direitos Fundamentais encontram-se resguardadas pelos procedimentos formais (procedimento agravado) e pelos postulados materiais (cláusulas pétreas) de reforma constitucional (art. 60, § 4º, inciso IV da C.F.);

c) “*como normas dotadas de vinculatividade imediata dos poderes públicos constituem parâmetros materiais de escolhas, decisões, ações e controlo, dos órgãos legislativos, administrativos e jurisdicionais.*”<sup>671</sup> (“Preâmbulo” e art. 37, da C. F.).

Este postulado diz respeito ao significado jurídico-político e ao alcance da *supremacia material da Constituição*, tese inerente ao constitucionalismo pós-positivista que, no decorrer do século passado, especialmente depois da segunda guerra mundial, tomou gradativamente o lugar do constitucionalismo clássico. Este modelo doutrinário e dogmático de constitucionalismo, como sabemos, restringia-se ao *controle formal da Constituição* sobre a legislação ordinária e, ao definir o “*Estado Constitucional*” se satisfazia com o preenchimento de três condições: a) a existência de Constituição formal; b) a divisão tripartite dos poderes; c) o catálogo dos Direitos Individuais de *primeira geração* (“direitos de liberdade”).

No constitucionalismo pós-positivista (ou anti-positivismo formalista), a relação “Estado/Cidadão” é incrementada por novas dimensões valorativas e teleológicas que provocam a “*redefinição-constitutiva*” do conceito de cidadania e se refletem na estipulação de novos papéis para o Estado. Com isso, o conceito “função social do Estado” recebe o influxo das idéias democrático-sociais e socialistas, que impõem ao ente estatal a exigência de não apenas manter a ordem pública, mas de promover o Bem-Estar, a Justiça e a Justiça Social, num ambiente de liberdades democráticas.

<sup>671</sup> Cf. CANOTILHO. Op. Cit., p. 499.

Nessa perspectiva histórico-evolutiva sobressai-se o “*controle material da Constituição*” como mecanismo jurídico-político para fixar bases constitucionais de adequação da unidade da ordem jurídica como um todo. Abandona-se a visão “liberal-individualista” que estava na raiz do constitucionalismo clássico do Estado Liberal e passa-se a adotar os critérios jurídico-políticos próprios do Estado Social e Democrático, fundando-se uma nova dimensão para a realidade estatal e para a posição do Estado em face da Cidadania.

Na passagem do *constitucionalismo* clássico para o *constitucionalismo pós-positivista*, o “*controle material da Constituição*”, teve um papel altamente positivo, funcionando em duas frentes teórico-metodológicas: (i) no controle da constitucionalidade das leis, que resultou na “*interpretação conforme a Constituição*” desenvolvida pela doutrina e pela jurisprudência constitucional germânica; (ii) na extensão da “*eficácia irradiante*” dos Direitos Fundamentais sobre toda a ordem jurídica, na acepção de que, independentemente de serem públicas e privadas as relações jurídicas de que se tratem, a legislação infra-constitucional não pode contrariar os parâmetros axiológicos e teleológicos das normas constitucionais relativas a referidos Direitos.

“*Eficácia irradiante*”, esclarece SARLET, é conceito que traduz a “*manifestação normativa da chamada dimensão jurídico-objetiva dos direitos fundamentais.*” Do ponto de vista da “*concretização do Direito legítimo*” e da “*Democracia Substancial*” a “*eficácia irradiante*” dos Direitos Fundamentais determina que a interpretação/aplicação do Direito não pode pactuar com a ameaça ou a violação desses Direitos, estando o Judiciário autorizado a negar validade às normas ordinárias, inclusive de Direito Privado que atentem contra a “*jusfundamental*”.

### 5.3.1.2 Fundamentalidade material dos Direitos Fundamentais

Por sua vez, a “*fundamentalidade material*” significa que o “*conteúdo dos Direitos Fundamentais é decisivamente constitutivo das estruturas básicas do Estado e da Sociedade.*”<sup>672</sup> Isso quer dizer que os Direitos Fundamentais possuem um grau de normatividade ou positividade que os tornam parte da *Constituição material*, entendida como o “*conjunto de normas que regulam as estruturas do Estado e da Sociedade nos seus aspectos fundamentais, independentemente das fontes formais donde estas normas*

<sup>672</sup> Cf. CANOTILHO. Op. Cit., p.499



são oriundas.”<sup>673</sup> Observa SARLET que, apesar de não ser necessariamente ligada à *fundamentalidade formal*, “é por intermédio do Direito Constitucional positivo (art. 5º, § 2º, C.F.), que a noção da *fundamentalidade material* permite a abertura da Constituição a outros direitos fundamentais, assim como a direitos fundamentais situados fora do catálogo, mas integrantes da *Constituição formal*.”<sup>674</sup>

De toda a sorte a *fundamentalidade material* dos Direitos Fundamentais não depende exclusivamente da sua *fundamentalidade formal*. Esta ressalva tem grande importância teórica, em especial para fins hermenêuticos, no caso do Estado Democrático de Direito vigente no Brasil, porquanto a *Constituição de 1988*, através do art. 5º, § 2º, instituiu um sistema materialmente aberto de Direitos e Garantias Fundamentais, admitindo, expressamente, a existência de outros Direitos e Garantias não integrantes do catálogo formal (Título II), seja com assento no próprio texto constitucional, seja fora dele (com base no regime, nos princípios por ela adotados e nos Tratados e Convenções de que faça parte a República Federativa do Brasil).

Em razão disso, concordamos com a afirmação feita por SARLET no sentido de que o conceito *meramente formal dos Direitos Fundamentais* é insuficiente para o caso brasileiro. O que importa, realmente, para esclarecer o sentido da “*fundamentalidade*” dos Direitos Fundamentais é a análise do seu conteúdo, caracterizando como tal aqueles Direitos que contêm “*decisões fundamentais sobre a estrutura do Estado e da Sociedade, de modo especial, porém, no que diz com a posição nestes ocupada pela pessoa humana.*”<sup>675</sup>

Com base nestes esclarecimentos, podemos dizer que, no âmbito do Estado Democrático de Direito brasileiro, os Direitos Fundamentais constituem:

*[...] todas aquelas disposições jurídicas concernentes à pessoa, que, do ponto de vista do direito constitucional positivo, foram, por seu conteúdo e importância (fundamentalidade em sentido material), integradas ao texto da Constituição e, portanto, retiradas da esfera de disponibilidade dos poderes constituídos (fundamentalidade formal), bem como as que, por seu conteúdo e significado, possam lhes ser equiparados, agregando-se à Constituição material, tendo, ou não, assento na Constituição formal (aqui considerada a abertura material do catálogo).<sup>676</sup>*

<sup>673</sup> Ibidem, p.67.

<sup>674</sup> Cf. SARLET. Op. Cit., p.79.

<sup>675</sup> Ibidem, p. 79.

<sup>676</sup> Ibidem, p. 80.

### 5.3.2 O Caráter Materialmente Aberto dos Direitos Fundamentais

Afirmamos linhas atrás que a Constituição de 1988 instituiu na ordem jurídica brasileira um *sistema materialmente aberto de Direitos Fundamentais*. Voltamos a este ponto, dada a sua importância hermenêutica para a concretização do Direito da Criança e do Adolescente, pontuando o seguinte:

a) a norma do art. 5º, § 2º, da C.F., pertence à tradição jurídico-constitucional pátria, visto que todas as Constituições que já tivemos no Estado Republicano continham regra semelhante, cuja introdução do Direito Brasileiro foi inspirada na IX Emendada Constituição dos EUA;

b) a “*abertura material*” dos Direitos Fundamentais significa que o conjunto de Direitos contemplado na Constituição, dentro ou fora do *catálogo formal* (Título II) não é exaustivo, podendo ser indefinidamente complementado por novos Direitos Fundamentais;

c) diante do disposto no art. 5º, § 2º, da C.F., o Sistema de Direitos Fundamentais do Estado Democrático de Direito é composto pelas seguintes categorias de Direitos:

- *direitos expressamente positivados*, subdivididos em *direitos constantes do catálogo* (Título II, C.F.), que são *formal e materialmente fundamentais* – e *direitos fora do catálogo* ou decorrentes dos tratados e convenções – que são apenas *materialmente fundamentais*,

- *direitos não expressamente, mas implicitamente positivados*. Nesta categoria temos: b.1) os decorrentes das normas constitucionais sobre Direitos Fundamentais e da legislação ordinária e b.2) os que decorrem do regime e dos princípios adotados pela Constituição. Todos esses Direitos são apenas *materialmente fundamentais*.

Afora os *Direitos explicitamente e implicitamente* previstos no sistema constitucional de Direitos Fundamentais – que são “*intra-positivos*” – existe a possibilidade jurídica da criação de Direitos Fundamentais “*não-escritos*” ou “*extra-positivos*”. Esta posição é uma decorrência do pressuposto hermenêutico da “*inesgotabilidade do sentido (axiológico e teleológico da experiência humana)*”<sup>677</sup> e já foi

---

<sup>677</sup> Ver p. 354, desta Tese.

por nós lembrada quando abordamos o tema da origem e classificação dos princípios jurídicos,<sup>678</sup> com o qual o presente estudo está estreitamente relacionado. Naquela oportunidade lembramos a lição de FARIAS no sentido de que as duas categorias de princípios tradicionalmente consideradas – explícitos e implícitos – não esgotam as possibilidades principiológicas do Direito, havendo, ainda, lugar para os “*princípios extra-positivos*”. “*Mutatis mutandi*”, vale o mesmo raciocínio para o caso dos Direitos Fundamentais.

Alerta-nos SARLET que na Doutrina brasileira já existe referência aos direitos extra-positivos e exemplifica com a lição de Carlos MAXIMILIANO, para quem, ao comentar o art. 144 da Constituição Federal de 1946, afirmava:

*[...] que a Constituição não pode especificar todos os direitos, nem mencionar todas as liberdades. A lei ordinária, a doutrina e a jurisprudência complementam a obra. Nenhuma inovação se tolera em antagonismo com a índole do regime, nem com os princípios firmados pelo código supremo. Portanto, não é constitucional apenas o que está escrito no estatuto básico, e, sim, o que se deduz do sistema por ele estabelecido, bem como o conjunto das franquias dos indivíduos e dos povos universalmente consagrados.*<sup>679</sup>

Esta tese em favor do reconhecimento de Direitos Fundamentais *extra-positivos*, remete-nos ao conceito de “*desenvolvimento do Direito para além do plano da lei*”, ou “*superador da lei*” a que se refere LARENZ. Para este autor, uma das formas de preenchimento das lacunas jurídicas se dá através da criação de novos institutos jurídicos que não estavam presentes no plano originário da lei. Esta forma de “*desenvolvimento do Direito*”, explica LARENZ, é “*extra-legem*”, mas “*intra jus*”, ou seja, supera as limitações da legislação ordinária, porém permanece “*em consonância com os princípios gerais da ordem jurídica e com a “ordem de valores” conforme a constituição, mas só pode ser justificado mediante essa consonância*”, podendo, inclusive, em casos excepcionais, ser objeto de uma decisão “*contra-legem*”.<sup>680</sup>

Conforme esclarece o autor em questão o “*desenvolvimento do direito superador da lei*” tem como condição prévia uma lacuna jurídica e como limite a “*possibilidade de integrar a lacuna de acordo com a teleologia imanente à regulação legal, em*

<sup>678</sup> Ver p. 133, desta Tese.

<sup>679</sup> Cf. MAXIMILIANO. Op. Cit., p.89.

<sup>680</sup> Cf. LARENZ. Op. Cit., p.502.

*concordância com as valorações expressas na lei.*”<sup>681</sup> Além disso, diz ele, é indispensável: a) que haja uma “*questão jurídica*”, isto é, uma questão que exige resposta jurídica; b) que não seja possível resolvê-la através da interpretação da lei ou por meio de um “*desenvolvimento do Direito imanente à lei, de maneira que satisfaça as exigências mínimas que resultam de uma necessidade irrecusável do tráfego jurídico, da exigência da praticabilidade das normas jurídicas, da natureza das coisas e dos princípios ético-jurídicos subjacentes à ordem jurídica no seu conjunto.*”<sup>682</sup> Assim, a doutrina reconhece e, conforme comprova o próprio LARENZ mencionando precedente histórico do Tribunal do Reich,<sup>683</sup> existe a possibilidade jurídica de “*desenvolvimento do Direito “contra legem”*”, e isto pode significar, também, a emergência de novos Direitos Fundamentais.

Nos anais da Justiça Brasileira, temos o caso exemplar de um acórdão produzido pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento de um pedido de “*Habeas Corpus*” impetrado em favor de um “*menor*” internado numa unidade do “*SAM-Serviço de Atendimento a Menores*”, diante da realidade degradante vivida por “*menores irregulares*” naquela Instituição, Nelson Hungria argumentou com o *direito de fuga dos internos*. Segundo RIZZINI, no seu voto, Ministro Hungria asseverou: “[...] *Fez ele muito bem. Fugiu a uma sucursal do Inferno. Todos os internados do SAM deviam fazer o mesmo, pois fora dele, sua recuperação seria muito mais provável [...]*”<sup>684</sup> O Supremo Tribunal Federal não só concedeu o “*habeas corpus*”, como ainda determinou ao Governo medida saneadora no “*SAM*”! Essa decisão foi tão significativa para a época, que o documento do STF integrou a “*Exposição de Motivos*” do Ministro Milton Campos (1964), no encaminhamento ao Congresso do anteprojeto de lei que criava a FUNABEM (Fundação Nacional do Bem-Estar do Menor).<sup>685</sup>

Mais recentemente, tivemos em Blumenau, SC., duas decisões na área do Direito da Criança e do Adolescente que, retirada “a capa semântica”, constituem exemplos de “*contra-legend*”.

<sup>681</sup> Cf. LARENZ. Op. Cit., p.517.

<sup>682</sup> Ibidem, p. 518.

<sup>683</sup> *Trata-se da decisão, com a qual, no final do período inflacionário decorrente da Primeira Guerra Mundial, o Tribunal quebrou o princípio “um marco = um marco”, abrindo caminho para a atualização da moeda corroida pela inflação.* (Ver LARENZ. Op. Cit., p. 519).

<sup>684</sup> Cf. RIZZINI, Irma. Menores desvalidos e menores transviados: a trajetória da assistência pública na era Vargas”. In: PILLOTTI; RIZZINI. Op. Cit., p. 284.

<sup>685</sup> Cf. FALEIROS, Vicente de Paula. Infância e processo político no Brasil. In: PILLOTTI; RIZZINI. Op. Cit., p. 74.

Na primeira, já na vigência do Estatuto da Criança e do Adolescente, o Juiz<sup>686</sup> concedeu uma adoção de netos por avós. Como sabemos, o Estatuto tem norma expressa (art. 42, § 1º), proibindo, sem ressalva, este tipo de adoção. Diz o enunciado legal: “§ 1º Não podem adotar os ascendentes e os irmãos do adotando.” Na ocasião, atuando na Promotoria, o nosso parecer, favorável ao pedido, ressaltou os seguintes aspectos da questão jurídica: a) a proibição da adoção de netos por avós representava, do ponto de vista qualitativo, um retrocesso em face da jurisprudência que instituíra a possibilidade jurídica da adoção pretendida. No nosso entendimento, a norma entrava em conflito com a *ratio legis*, “que é propiciar a toda criança e todo adolescente proteção integral e atendimento de seus direitos fundamentais, da maneira mais plena possível, preferencialmente no seio da família, ou, caso isso não seja possível, em ambiente familiar substituto, levando-se em conta, em qualquer caso, o grau de parentesco, e a relação de afinidade e de afetividade, a fim de evitar ou minorar consequências decorrentes da medida (arts. 1º, 3º, 4º, 19, 23 e 28 § 2º, do E.C.A.)”; b) o caso concreto evidenciava a existência de “lacuna de conflito” ou “lacuna axiológica” entre a norma em questão e os valores sociais em curso; c) a proibição da adoção de netos por avós não se coadunava com o princípio da *prevalência dos interesses da criança sobre qualquer outro interesse juridicamente tutelado*; d) ao regulamentar o art. 227, da Constituição Federal, o Estatuto da Criança e do Adolescente, criara, através do seu art. 42, § 2º, um caso de desigualdade não autorizada pelo sistema constitucional; e) a vedação constante desse dispositivo legal se nos afigurava uma lesão ao direito fundamental da criança e do adolescente de ser “adotado, observadas as condições e os requisitos legitimamente estabelecidos na lei, inclusive por parentes próximos, como seus avós. Ou, pelo menos, o direito de ver apreciada a pretensão pelo Poder Judiciário.” (o grifo é nosso).

O Juiz concedeu a adoção, firmando-se, de maneira geral, nos fundamentos do parecer ministerial. Contrariou a lei, mas, ao nosso ver, foi ao encontro do Direito! Decidiu “*contra-legem*, mas “*intra jus*”, para usarmos a fórmula verbal de LARENZ.

No segundo exemplo, o Juiz da Vara Criminal,<sup>687</sup> concedeu o benefício de “prisão domiciliar, mantido o fechado”, em favor de uma sentenciada que cumpria pena no Presídio local, condenada à pena de três anos de reclusão e cinquenta dias-multa pela

<sup>686</sup> Jorge da Costa Bebbber, julgando atualmente em Blumenau – na 2ª Vara Cível.

<sup>687</sup> Jorge Henrique Schaeffer Martins, atualmente julgando em Florianópolis, SC.

prática de tráfico de entorpecente – “crime hediondo” - (art. 12, da lei n.6368/76), tendo na sua companhia o seu filho, com sete meses de idade.

Atuamos no caso, agora na condição de Presidente do Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente. Ao tomarmos conhecimento do mérito da questão, entendemos que ela demandava a intervenção do Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente, tese que foi aceita pelos demais Conselheiros.

No Parecer que então elaboramos e que o Conselho encaminhou ao Juiz da Vara Criminal observamos: a) que a situação em que se encontrava a sentenciada e seu filho colidia flagrantemente com os princípios constitucionais de direito penal e do Direito da Criança e do Adolescente; b) o caso concreto exigia a busca de conciliação entre o “*interesse social*” de dar efetividade à decisão do Juízo Criminal (cumprimento da pena de reclusão em regime fechado) e os interesses e direitos fundamentais do seu filho, especialmente o de permanecer na companhia da mãe naquela fase tão delicada dos desenvolvimento bio-psicológico; c) o Estado estava em falta com as obrigações jurídicas impostas pela Constituição, pois a Cadeia Pública de Blumenau não tinha condições físicas e administrativas para atender ao Direito Fundamental da criança, de permanecer com sua mãe no período de amamentação (art. 5º, Inciso “L”, da C.F.) e ao aleitamento materno (art. 9º, do Estatuto da Criança e do Adolescente); d) cumpria ao Judiciário restabelecer os direitos fundamentais – da sentenciada, mas, sobretudo, da criança – concedendo, em consonância com os princípios constitucionais do Direito Penal em vigor, com as Diretrizes do Direito da Criança e do Adolescente e com os compromissos ético-jurídicos do Estado Democrático de Direito, a prisão domiciliar, sob a devida vigilância das autoridades competentes.

O Promotor de Justiça opinou pelo indeferimento do pedido, por entender que *“não tem o menor amparo, esbarrando, inclusive, nos termos da lei nº 6.368/76 e da denominada ‘Lei dos crimes hediondos’, sem contar que a situação não está enquadrada entre aquelas previstas no art. 117 da Lei de Execução Penal vez que o regime prisional é fechado.”* (sic).

Na sentença, o Juiz estabeleceu as seguintes premissas hermenêuticas: a) o pedido não tem amparo na legislação ordinária; b) mas *“acima de qualquer mandamento legal, está o mandamento constitucional”*; c) a Constituição Federal estabelece: c.1) *“ninguém será preso, senão em flagrante delito, ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime*

*propriamente militar, definido em lei” (art. 5º, inciso LXI); c.2) “ as presidiárias serão asseguradas condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação”, (art. 5º, inciso L); c.3) “nenhuma pena passará da pessoa do condenado,...” (art. 5º, inciso XLV). Esses três comandos constitucionais estavam sendo violados e o Juiz decidiu da seguinte forma:*

*A primeira afirmação que deve ser feita, confrontando-se a situação fática com a previsão constitucional, é a de que o filho da acusada, menor recentemente nascido, apesar de não haver cometido nenhuma infração penal, encontra-se recolhido à instituição prisional, o que afronta o seus direitos de cidadania.*

*Além disso, nos autos consta documento onde um profissional da medicina informa que ele se encontra ainda em período de amamentação, necessitando permanecer em companhia de sua mãe.*

*Sabe-se, por cuidar-se de fato notório, mas também foi demonstrado documentalmente, que o presídio regional de Blumenau, apesar de não poder ser considerado – como a maioria dos estabelecimentos prisionais do país – um presídio em precárias condições, não contém instalações adequadas para o recolhimento de crianças, mesmo que isso se dê para assegurar o direito da mãe em mantê-las em sua companhia, na fase indispensável para o seu crescimento e desenvolvimento inicial.*

*Portanto, apesar de não se ter negado o direito à sentenciada, de tê-lo consigo, isso se fez sem que o Estado propiciasse as condições mínimas necessárias.*

*Procedendo-se à fria leitura da lei, concluir-se-ia que a ela não seria assegurado o direito à prisão domiciliar, ante a natureza do crime cometido.*

*Porém, as outras circunstâncias mencionadas, que se referem, não propriamente às suas expectativas de direito, mas principalmente aos direitos concretos de seu filho, devem ser analisadas para que a decisão seja efetivamente justa e legal.*

*Deve o menor [...] permanecer em companhia de sua mãe.*

*Deve existir local apropriado no estabelecimento prisional, para que lá possa permanecer.*

*Em não existindo dependência que atenda aos requisitos mínimos, deve ele ser de lá retirado.*

*Como fazê-lo sem afastá-lo de sua mãe?*

*A resposta é óbvia. Deve ser permitido a ela que se recolha outro local, onde continue dando cumprimento à pena privativa de liberdade irrogada, sem que a criança sofra prejuízos.*

*A prisão domiciliar, modalidade de prisão excepcional prevista na LEP, em seu art. 117, admite sua utilização para condenadas gestantes, em seu inciso IV, restringindo o benefício, no entanto, aos casos em que tenha sido aplicado o regime aberto.*

*Mas a particularidade do caso, indica que esta seja a solução, senão definitiva, enquanto perdurar a dependência de [...] para com a amamentação materna.*

*[...]*

*Em tal conformidade, deve ser atendida a postulação.*

*Ante o exposto, defiro o pedido parcialmente, para determinar o recolhimento da sentenciada [...] em prisão domiciliar, mantido o regime fechado,...*

Esta última decisão judicial, que também serve para demonstrar a efetivação por via judicial da preferência dos Direito e interesses infante-juvenis em conflito com outros

Direitos ou interesses, embora não tenha operado com nenhum Direito Fundamental não previsto no Sistema Jurídico brasileiro, evidencia a opção do magistrado pelo Direito (“*Direito Legítimo*”) frente à lei. Há nela, um verdadeiro “Desenvolvimento do Direito superador da lei”, para se evitar a afronta a direitos já consagrados pelo sistema constitucional e pela pauta de valores e fins fundamentais do Estado Democrático de Direito.

### 5.3.3 A Aplicabilidade Imediata ou Direta dos Direitos Fundamentais

A efetividade de um Sistema de Direitos Fundamentais está intimamente relacionada com a *aplicabilidade direta das normas* que o compõem. Essa também é uma conquista do constitucionalismo “*pós*” ou “*anti*” positivista. Na dogmática constitucional clássica, sob a influência do conteúdo altamente filosófico e doutrinário das Declarações de Direitos, prevalecia a “*teoria criacionista*”, segundo a qual, a validade material dos Direitos Fundamentais dependia da intervenção legislativa para possibilitar operatividade prática às normas constitucionais sobre direitos, liberdades e garantias. O constitucionalismo atual – sob pressão contínua e cada vez mais intensa do movimento em prol do fortalecimento dos Direitos Humanos e dos Direitos Fundamentais – que atribui à Constituição positividade ou normatividade plena – passou da teoria “*dos direitos fundamentais dentro da reserva da lei*” para a teoria da “*reserva da lei dentro dos direitos fundamentais*”.<sup>688</sup>

O sentido básico de “*aplicabilidade imediata*” é que os Direitos e Garantias Fundamentais são materialmente válidos, surtindo efeitos práticos por força direta da Constituição. As normas sobre Direitos Fundamentais, explica CANOTILHO, não são “*normas normarum*” (normas para a produção de outras normas), mas “*normas normata*” (diretamente reguladoras das relações jurídico-materiais).<sup>689</sup> Desta forma, as normas sobre Direitos Fundamentais possuem uma “*normatividade*” ou “*positividade*” qualificada, que se reflete imediatamente no plano jurídico, valendo independentemente de intervenção legislativa e contra a lei. Em vista disso, os Direitos Fundamentais implicam a “*inconstitucionalidade*” pré e superveniente das leis em contradição com eles.<sup>690</sup>

<sup>688</sup> Cf. CANOTILHO. Op. Cit., p. 186.

<sup>689</sup> Ibidem, p. 578.

<sup>690</sup> Ibidem, p. 86



Sob a influência da Constituição Portuguesa (art. 18/1), da Constituição Uruguaia (art. 332) e da Lei Fundamental Alemã (art. 1º, inc. III), a Constituição de 1988 consagrou a orientação doutrinária da aplicabilidade direta ou imediata dos Direitos Fundamentais. Diz o seu art. 5º, § 1º: “*As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.*” Esta norma constitucional tem plena incidência protegendo a imediata validade material dos Direitos (e Garantias) Fundamentais de qualquer natureza, integrantes ou não do “*catálogo de Direitos*” (Título da C.F.).<sup>691</sup>

No que tange ao alcance da norma contida no art. 5º, § 1º, da Constituição Federal para as diversas categorias de direitos, não obstante a divergência doutrinária existente, a melhor orientação hermenêutica constitucionalmente adequada à ordem jurídica do Estado Democrático de Direito, nos conduz à idéia da *validade imediata e incondicional* do texto constitucional. O que pode ocorrer é que, a despeito da “*aplicabilidade imediata*”, determinadas normas sobre Direitos e Garantias, mormente as que se referem a instrumentos jurídico-processuais, dependem de intervenção legislativa para criarem direitos subjetivos concretos (ex. as normas que instituem garantias como “*mandado de injunção*”, “*habeas data*”, inconstitucionalidade por omissão etc.).

A despeito de toda a complexidade que possa haver na afirmação da aplicabilidade imediata e incondicional dos Direitos Fundamentais, a ordem jurídico-política do Estado Democrático de Direito está fundada na perspectiva garantista e, dessa forma, a hermenêutica aplicada aos Direitos (e Garantias) Fundamentais deve empenhar-se em interpretar/aplicar amplamente e não restritivamente as normas que lhes dizem respeito. Este é um critério hermenêutico já antigo. Por esta razão, devemos rejeitar as orientações acanhadas ou reducionistas que, via de regra, têm um pacto silencioso com a *lógica servidão*, constituindo-se em instrumento para a “*songação do instituído*”<sup>692</sup> Celso BASTOS, por exemplo, palmilhando terreno movediço para afirmação da cidadania, defende uma posição que não asteia completamente a bandeira dos Direitos Fundamentais. Para este importante doutrinador brasileiro a aplicabilidade direta ou imediata dos Direitos Fundamentais comporta duas exceções:

---

<sup>691</sup> Cf. SARLET. Op. Cit., p. 235-237.

<sup>692</sup> Este é o plano da Dogmática Jurídica Tradicional (Positivismo formalista) em que, “face à sobreposição da razão instrumental neo-liberal à racionalidade formal, [...] princípios de grande potencial presentes no constitucionalismo de base mais rudimentar são negados”. Cf. ARRUDA JÚNIOR, Edmundo Lima de. Direito alternativo no Brasil: alguns informes e balanços preliminares. In: ARRUDA JÚNIOR, Edmundo Lima de (Coord.). *Lições de direito alternativo 2*. São Paulo: Acadêmica, 1992. p. 174.

*a) quando a Constituição remete a concretização do direito fundamental ao legislador, estabelecendo, por exemplo, que este apenas será exercido na forma prevista em lei; b) quando a norma do direito fundamental não contiver os elementos mínimos indispensáveis que lhe possam assegurar a aplicabilidade, no sentido de que não possui a normatividade suficiente à geração de seus efeitos principais sem que seja necessária a assunção, pelo Judiciário, da posição reservada ao legislador.*<sup>693</sup>

Não podemos comungar com posicionamentos como o de BASTOS, pois, se for para “*levar a sério*” os Direitos Fundamentais, é preciso “*levar a sério*” o enunciado do art. 5º, § 1º, da Constituição Federal, ainda mais quando sabemos que o constitucionalismo atual tem como “regra de ouro” o reconhecimento da validade material de toda e qualquer norma da Constituição. Não se trata de subestimar ou superestimar o art. 5º, § 1º, da C.F., mas de com ele dialogar percebendo que, dos horizontes hermenêuticos possíveis, o que mais se afeiçoa à afirmação e ao desenvolvimento dos Direitos Fundamentais, é o que nos conduz à interpretação/aplicação “*constitutiva*”, que evite a negação ou a sonegação das conquistas democráticas e humanistas., mas, em vez disso, as transforme em elementos “*positivadores positivantes*” de progressos na ordem jurídica. *Em nenhuma alguma, o significado do art. 5º, § 1º da Constituição Federal* – que se aplica apenas às normas de Direitos (e Garantias) Fundamentais e, não, como quer parte da doutrina, a todas as normas constitucionais<sup>694</sup> - *poderá ser reduzido*. Em vez disso, deve valer o princípio doutrinário segundo o qual, na ordem do Estado Democrático de Direito, o que importa é exigir dos poderes, órgãos e agentes estatais, sem exceção, a tarefa de maximizar os Direitos (e Garantias) Fundamentais.<sup>695</sup>

Além disso, como observa PIOVESAN:

*[...] há que dar razão aos que ressaltam o caráter dirigente desta norma, no sentido de que, além do objetivo de “assegurar a força vinculante dos direitos e garantias de cunho fundamental, ou seja, objetiva tornar tais direitos prerrogativas diretamente aplicáveis pelos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário [...] investe os poderes públicos na atribuição constitucional de promover as condições para que os direitos e garantias fundamentais sejam reais e efetivos.*<sup>696</sup>

<sup>693</sup> Apud SARLET. Op. Cit., p.238-239.

<sup>694</sup> Cf. SARLET. Op. Cit. p. 243.

<sup>695</sup> Ibidem., p. 243.

<sup>696</sup> Cf. F. PIOVESAN. Apud SARLET. Ibidem, p. 243.

Por derradeiro, nunca é demais alertar, nesta seara, todo cuidado é pouco. A esse respeito, chamamos a atenção para a posição vacilante do STF que,

*[...] aproximando-se da concepção advogada por Celso Bastos, [...] mesmo diante de um direito fundamental de cunho defensivo, o qual nada mais exige do que uma abstenção do Estado, acabo por decidir – salientando-se, contudo, a existência de voto divergente – que o art. 37, inc. VII, da CF (que consagra o direito de greve dos servidores públicos), por sua formulação, exige expressamente uma interpositio legislatori, não gerando outro efeito senão o de impor ao legislador a edição da norma concretizadora.<sup>697</sup>*

### 5.3.4 A Eficácia Vinculante dos Direitos Fundamentais

A “*eficácia vinculante*” é uma dos “*traços caracterizadores*” do regime de direitos, liberdades e garantias, além de ser um problema teórico e metodológico estreitamente vinculado à efetividade e aplicabilidade dos Direitos Fundamentais. Dois aspectos dessa problemática nos interessam de maneira especial: a vinculatividade das instituições e relações privadas e a vinculatividade das relações e poderes públicos.

#### 5.3.4.1 A vinculatividade dos particulares aos Direitos Fundamentais

Esta é uma matéria que, nas cinco últimas décadas, tem gerado grandes controvérsias doutrinárias e jurisprudenciais. Resumidamente, podemos agrupar as diversas posições em duas grandes frentes teóricas: a) a defesa da eficácia imediata ou direta dos Direitos Fundamentais; b) a defesa da eficácia mediata ou indireta.

Para a primeira corrente, adotada por autores como Hans Carl NIKPPERDEI e Walter LEISNER, a vinculação direta de particulares aos Direitos Fundamentais se justifica por diversas razões:

- os Direitos Fundamentais constituem normas que expressam valores aplicáveis a toda a ordem jurídica, como decorrência do princípio da unidade da ordem jurídica e da força normativa da Constituição;
- assim, seria inconcebível admitir uma vinculação apenas parcial- somente do poder público – para os Direitos Fundamentais;

<sup>697</sup> Cf. SARLET. Op. Cit., p. 247.

- recusar a vinculatividade direta ou imediata dos particulares aos Direitos Fundamentais seria, para NIPPERDEY, atribuir às normas respectivas um caráter meramente declaratório, o que conflitaria com a natureza e razão de ser desses Direitos;

- a vinculatividade dos particulares aos Direitos Fundamentais decorria naturalmente da expressa vinculação do poder público constante da Lei Fundamental. Na evolução dessa corrente, seus próprios defensores reconheceram a existência de diferenças estruturais entre as relações “particulares/Estado” e dos particulares entre si. Prevaleceu, então, o argumento de que a *vinculação imediata* de particulares aos Direitos Fundamentais correspondia

*[...] à vontade da Lei Fundamental propiciar uma proteção ampla da liberdade, já que, a despeito de os direitos fundamentais terem surgido, historicamente, como direitos de defesa oponíveis ao Estado, verificou-se uma transformação no âmbito do significado e das funções dos direitos fundamentais, especialmente em virtude das ameaças oriundas dos poderes sociais, além de se estar levando a sério o princípio da máxima efetividade das normas de direitos fundamentais.*<sup>698</sup>

Para os defensores da “*vinculação imediata*” de particulares aos Direitos Fundamentais, esses Direitos não precisam passar por nenhuma intervenção legislativa para incidirem nas relações jurídico-privadas, “*assumindo diretamente o significado de vedações de ingerência no tráfico jurídico-privado e a função de direitos de defesa oponíveis a outros particulares, acarretando a proibição de qualquer limitação aos direitos fundamentais contratualmente avençada, ou mesmo gerando direito subjetivo à indenização no caso de uma ofensa oriunda de particulares.*”<sup>699</sup>

Já os defensores da teoria da “*eficácia mediata*” ou *indireta*, que se desenvolveu a partir da formulação de GUENTHER DURIG, dentre os quais podemos destacar KONRAD HESSE, ALBERT BLECKMANN, KLAUS STERN E CLAUS-WILHELM CANARIS, não como de maneira jurídica razoável estender aos particulares a *vinculatividade direta* a que está submetido o poder público. Segundo DURIG, por v.g., o reconhecimento da eficácia direta dos Direitos Fundamentais nas relações entre particulares acabaria por ocasionar a *estatização do Direito Privado*, com virtual

<sup>698</sup> Cf. SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais e direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais.” In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **A constituição concretizada**: construindo pontes com o público e o privado. Porto Alegre: do Advogado, 2000. p. 122.

<sup>699</sup> Cf. SARLET. Op. Cit., p. 122-123.

esvaziamento da *autonomia privada*. Em vista, argumenta que a “*chamada eficácia irradiante das normas de direitos fundamentais, reconduzida à sua dimensão jurídico-objetiva, acabaria por ser realizada, na ausência de normas jurídico-privadas, de forma indireta, por meio da interpretação e da integração das ‘cláusulas gerais’ e conceitos indeterminados do direito privado à luz dos direitos fundamentais.*”<sup>700</sup>

Esta teoria teve grande repercussão na Doutrina e na Jurisprudência alemã, refletindo-se nas decisões do Tribunal Federal Constitucional a partir do clássico caso “*LUTH*”, de 1950.

No emaranhado doutrinário que envolve a problemática da “*vinculação dos Direitos Fundamentais*”, assumimos a posição em favor da “*vinculatividade imediata*” ou “*direta*” da esfera privada. Das alternativas teóricas disponíveis a da *vinculatividade direta tem raízes no movimento histórico de defesa do chamado “constitucionalismo de igualdade”*, que objetiva a aplicabilidade e efetividade dos Direitos Fundamentais no âmbito do Estado Social e Democrático. Já a corrente que pugna pela *vinculatividade mediata ou indireta* remonta à tradição liberal-burguesa e ao constitucionalismo retraído que lhe é peculiar, na medida em que enfatiza um conflito praticamente irremediável entre os princípios “constitucionalidade” e “legalidade”, tendendo para este último. A matriz ideológico-política de onde provém a tese da *vinculatividade direta* é a que mais adequadamente se ajusta à concepção aqui defendida do Direito da Criança e do Adolescente como um modelo jurídico garantista. Aliás, se retornarmos às teorias contratuálistas que fundamentaram a modernidade, verificaremos que os direitos naturais foram concebidos lá na origem jus e político-filosófica do mundo em que vivemos como direitos individuais, ou seja, direitos dos indivíduos entre si, em face da ausência no Estado no “estado de natureza” que o precedeu. A fundamentação filosófica e as primeiras Declarações realçaram os direitos naturais como “direitos de todos”, no sentido de que os particulares não estavam excluídos de seu efeito vinculante. Daí serem entendidos como faculdades inatas a serem exercidas nas relações intersubjetivas, querendo com isso dizer que “o direito de um começava onde terminava o direito do outro”. Se, por questões de estratégia ideológico-política apenas o Estado acabou sendo o alvo das teses defensivas em favor dos direitos individuais, deixando-se momentaneamente de fora as possibilidades de ameaça ou violação dos direitos naturais por parte dos poderes sociais privados, reduzindo as ameaças ou violações ocorridas nas

---

<sup>700</sup> *Ibidem*, p. 123.

relações intersubjetivas a questões civis e penais, isso, ao nosso ver, não apaga a vocação histórica, que está na raiz antropológica dos *direitos naturais modernos*, de servirem como instrumentos de proteção do indivíduo em qualquer situação, pública ou privada.

No estado atual da problemática *jusfundamentalista* o que prevalece é justamente a preocupação com o fortalecimento dos Direitos Humanos ou Direitos do Homem e dos Direitos Fundamentais. A defesa desses Direitos (e das respectivas Garantias) torna-se tão mais necessária, quanto mais constatamos o avanço da “*onda neo-liberal*” sob o véu da chamada “Globalização”, matriz semântica com a qual as forças econômicas, políticas e sociais dominantes no mundo contemporâneo massificam a mensagem do “novo-novo-Mundo” onde tudo seria resolvido pela racionalidade do Mercado. Mas Mercado, alertamos a história, não tem ética – visto que nos recusamos a denominar de ética o padrão valorativo baseado na fórmula capitalista do “custo-benefício”-, e baseia-se numa racionalidade instrumental, que vê na pessoa humana apenas algo a serviço dos grandes superavits comerciais e financeiros. A lógica do Mercado implica o esvaziamento da agenda do Estado Social e do Estado Democrático, implica o aviltamento da dignidade da pessoa humana, valor normogenético fundamental na visão neo-socialista da reconstrução do mundo jurídico, social, econômico e político neste limiar do século XXI. A luta pela causas da humanidade do nosso tempo tem na afirmação da efetividade dos Direitos Fundamentais nas relações privadas uma de suas “cláusulas doutrinárias pétreas”. No campo da Proteção Internacional dos Direitos Humanos, a Doutrina e Jurisprudência evoluíram nas últimas décadas, rompendo com velhos paradigmas, tais como o *caráter absoluto da soberania estatal*, o *chamado domínio reservado dos Estados* e outras armadilhas teóricas deixadas no caminho por onde teve (e tem) de passar a dignidade da pessoa humana em busca de consagração ética, jurídica e política nos diversos quadrantes do Mundo. Para fins de interpretação dos “Tratados de Direitos Humanos”, observa TRINDADE,<sup>701</sup> é fundamental o conceito de “ORDRE PUBLIC”, inerente ao Direito das Gentes. A situação atual dos Direitos das Gentes só foi possível porque o “Jusnaturalismo” do nosso tempo, que visualiza os Direitos Humanos como produtos histórico-sociais, conseguiu superar a “barreira do Estado”. Certamente lhe falta obter o mesmo triunfo em relação à “barreira do Mercado”. O que tem ocorrido com a questão internacional dos Direitos Humanos deve refletir-se no debate sobre os denominados

---

<sup>701</sup> Ver TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **A proteção internacional dos direitos humanos: fundamentos jurídicos e instrumentos básicos**. São Paulo: Saraiva, 1991, especialmente, p.43-45.

“Direitos Fundamentais”. São dois níveis de um mesmo projeto de vida e de Sociedade. Falar sobre “Direitos Fundamentais de crianças e adolescentes” é, concomitantemente, falar sobre “Direitos Humanos”!

Os Direitos Fundamentais decorrem, em maior ou menor grau, da concretização do valor *dignidade da pessoa humana* – que ocupa o centro da ordem jurídico-constitucional brasileira – e isso tem como consequência a idéia-chave de que tanto o Estado como os particulares estão subordinados aos seus *efeitos irradiantes*. A Doutrina constitucionalista vem admitindo cada vez mais a supremacia axiológica e teleológica da *dignidade da pessoa humana* como valor jurídico-constitucional. No Direito lusitano, por exemplo, noticia SARLET, pensadores como VIEIRA DE ANDRADE, NUNES ABRANTES e, mais recentemente, MOTA PINTO, têm sustentado que, “*nas relações entre tendencialmente iguais, a vinculação dos particulares estaria, em princípio, restrita ao conteúdo em dignidade humana e ao núcleo essencial indisponível dos direitos fundamentais...*”.<sup>702</sup>

Seguindo essa linha de raciocínio, é oportuno lembrar que a ocorrência de ameaças e violações dos Direitos Fundamentais na esfera privada é cada vez mais freqüente, sem que com isso desprezemos o que ocorre na relação “Cidadania/Estado”. Assim, urge a necessidade de criarmos mecanismos de defesa desses Direitos em todo tempo, contexto social e lugar. Neste sentido, a doutrina jusfundamentalista espanhola pode muito bem servir-nos como fonte de inspiração. Como observa SARLET, na Espanha é predominante – “*mesmo à míngua de norma expressa neste sentido - a tese da vinculação direta dos particulares aos Direitos Fundamentais.*”<sup>703</sup>

Diante de uma tradição e de um presente em que a questão dos Direitos Humanos, ou dos Direitos Fundamentais, ainda é vista por setores da mídia, do meio jurídico e político e da sociedade em geral como um “problema polêmico”, pois, quando alguém os defende, significa, para esses setores, a “defesa de bandidos”. Numa sociedade em que temos até bancadas legislativas comprometidas com o ataque aos “Direitos Humanos”, como é o caso da bancada “111” que, na Assembléia Legislativa de São Paulo, reúne defensores da chacina “policial-militar” praticada contra os detentos da Casa de Detenção do Carandirú, no país, em cujo Legislativo Federal, tramitam nada menos de treze propostas de emenda à uma das “cláusulas pétreas” da Constituição, o

<sup>702</sup> Cf. SARLET. Ob. cit., p. 150

<sup>703</sup> *Ibidem*, p. 151.

artigo 228, que fixa a *idade penal em 18 anos*, desejando-se a todo custo, num autêntico “golpe de Estado” por via legislativa, reduzi-la para 16 anos, e onde, na abertura de um Congresso Mundial do Ministério Público, membro do Ministério Público, na Presidência do evento, defende a necessidade da pena perpétua e a diminuição da responsabilidade penal para idade inferior aos atuais dezoito anos...<sup>704</sup> etc... não há como cair no deslize de por em dúvida a *vinculatividade geral dos Direitos Fundamentais!*

Temos uma sociedade permeada por relações baseadas na desigualdade sócio-econômica, que geram outros níveis de desigualdade (jurídica, política etc.). Num contexto como este são inteiramente pertinentes estas observações feitas por SARLET:

*Se mesmo em Estados desenvolvidos e que, de fato, assumem (em maior ou menor grau) as afeições de um Estado democrático (e social) de Direito, já se aceita – inobstante as ressalvas já referidas – que nas relações cunhadas pela desigualdade, o particular mais poderoso encontra-se diretamente vinculado aos direitos fundamentais do outro particular (embora ambos sejam titulares de direitos fundamentais), mais ainda tal vinculação deve ser reconhecida na ordem jurídica nacional, onde, quando muito, podemos falar na previsão formal de um Estado Social de Direito que, de fato, acabou sendo concretizado apenas para uma diminuta parcela da população. De fato, é perfeitamente viável questionar até que ponto o assim denominado Estado social e democrático de Direito, entre nós, e ao menos para a maior parte da população, não passou até agora de mero projeto insculpido na Constituição formal. No mínimo, importa reconhecer que quanto mais sacrificada a liberdade e igualdade substanciais, maior haverá de ser o grau de proteção exercido pelo Estado no âmbito dos seus deveres gerais e específicos de proteção, atuando positivamente no sentido de compensar as desigualdades, mediante intervenção na esfera da autonomia privada e liberdade contratual.*<sup>705</sup>

Paralelamente a esta fundamentação teórico-doutrinária temos, no caso do Direito da Criança e do Adolescente, a vantagem da fundamentação teórico-dogmática, haja vista que esse sistema jurídico prevê a *vinculatividade da esfera privada à aplicabilidade e efetividade dos Direitos Fundamentais infanto-juvenis*.

Com efeito, o art. 3 da Convenção Internacional sobre Direitos da Criança prescreve que “*Todas as ações relativas às crianças, levadas a efeito por instituições públicas e privadas de bem-estar social, tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, devem considerar, primordialmente, o interesse maior da criança.*” Percebe-se pela primeira parte do enunciado deste dispositivo da Convenção o comprometimento das instituições em geral (públicas e privadas) com a efetividade dos Direitos Fundamentais infanto-juvenis, na medida em determina que todas estão vinculadas ao

<sup>704</sup> Cf. informa PINOTIK, Antonio Jurandir, no artigo “Do feitiço de Goebbels”. (Boletim Juizes para a democracia - Publicação oficial da Associação Juizes para a Democracia. Ano 5, n.22, out./dez. 2000, p.13).

<sup>705</sup> Cf. SARLET. Op. Cit., p. 152-153.



exercerem suas atribuições à observância primordial do interesse superior da criança. Referindo-se a esta norma explica BRUÑOL que a vinculatividade de instituições públicas e privadas nela contemplada não ocorre porque o interesse da criança e do adolescente seja um interesse considerado socialmente como valioso, ou em razão de qualquer outra concepção de bem-estar ou da bondade, mas decorre do fato de que crianças e adolescentes são titulares de direitos que devem ser respeitados.<sup>706</sup> Trata-se de uma questão jurídica, de uma técnica de garantia, é a isso que BRUÑOL se refere, sendo que neste caso o termo “garantia” significa “*vínculo normativo idôneo para assegurar a efetividade de direitos subjetivos.*”<sup>707</sup>

No plano do direito interno (propriamente dito), a Constituição de 1988, antecipando-se mesmo à Convenção (novembro de 1989), fixou, expressamente, a *vinculatividade da esfera privada aos Direitos Fundamentais da criança e do adolescente*. O enunciado do art. 227 não deixa dúvida quanto a este importantíssimo detalhe relacionado à efetividade do Direito da Criança e do Adolescente enquanto garantia de Direitos: “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-las a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.”

Podemos dizer que relativamente aos Direitos Fundamentais de Crianças e Adolescentes, a Constituição de 1988 estabeleceu um regime de *vinculatividade qualificada da esfera privada, não dando espaço a qualquer possibilidade de objeção doutrinária ou jurisprudencial*. Até porque, como sabemos, em matéria de Direitos Fundamentais *sem restrição* deve prevalecer o princípio de que toda restrição precisa ter assento constitucional – ou a constituição ela mesma restringe o Direito, ou autoriza a lei a restringi-lo.<sup>708</sup>

<sup>706</sup> Cf. BRUÑOL, Miguel Cillero. El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño. In: MÉNDEZ; BELLOF. Op. Cit., p.78. (Adotamos aqui uma tradução livre do texto do autor, vazado em espanhol).

<sup>707</sup> Ibidem, p. 78.

<sup>708</sup> Cf. CANOTILHO. Op. Cit., p. 601-607.

### 5.3.4.2 A vinculatividade do Poder Público em geral aos Direitos Fundamentais

Quanto à “*eficácia vinculativa*” das normas definitórias de Direitos Fundamentais sobre todas as esferas do Poder Público, SARLET argumenta que, diferentemente da Constituição Portuguesa (art.18/1), que prevê expressamente a vinculação das entidades públicas e privadas aos Direitos Fundamentais, a Carta Política brasileira, “*neste particular quedou silente, na formulação do seu art .5º, parágrafo 1º, limitando a proclamar a imediata aplicabilidade das normas de direitos fundamentais.*”<sup>709</sup> Concordamos com o autor, quando ele aponta a diferença entre o enunciado do art. 5º, § 1º, da nossa Constituição e do art. 18/1, da Constituição Portuguesa, mas discordamos quando afirma que a Constituição de 1988 teria silenciado sobre este ponto fundamental para a efetividade jurídica dos Direitos Fundamentais. É que já no “Preâmbulo” – que também é texto constitucional que obriga – a Constituição brasileira afirma que os representantes do povo brasileiro se reuniram em “*Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida na ordem interna e internacional, coma solução pacífica das controvérsias*” (o grifo é nosso). Ademais, no art. 37, ao fixar os princípios fundamentais da atividade político-administrativa do Estado Brasileira – em qualquer das suas esferas e formas de funcionamento – a Constituição menciona expressamente o *princípio da legalidade*, que só pode ser a legalidade própria do Estado Democrático de Direito, o que nos remete ao “Preâmbulo” e afirma, numa interpretação sistemático-principiológica, a determinação da Carta Fundamental, senão expressa, mas implicitamente, em vincular o Poder Público em geral às normas de Direitos Fundamentais.

Além disso, é importante destacarmos, no caso dos Direitos Fundamentais de crianças e adolescentes, o caráter imperativo com que o art. 227, da CF (“caput”, primeira parte), subordina o Estado, isto é, todas as esferas, poderes, órgãos e agentes estatais, ao lado da família e da sociedade, ao dever de concretizá-los. Neste particular, quanto aos Direitos Fundamentais de crianças e adolescentes, perde todo o sentido a polêmica sobre o caráter e a extensão dos Direitos Fundamentais, patrocinada por parte da doutrina, matéria à qual já nos referimos no tópico anterior.

<sup>709</sup> Cf. SARLET. Op. Cit., p. 322.

Assim, em que pese as dificuldades operacionais, ainda mais se levarmos em consideração o “caldo cultural” ou “horizonte da tradição” em que estamos inseridos, não cabe retraimento hermenêutico nesta matéria. Evidentemente, não podem valer contra a ordem dos Direitos Fundamentais de crianças e adolescentes – que devem ser observados segundo os princípios do “*Superior Interesse*” e da “*Prioridade Absoluta*” e em função do “*Caráter Garantista*” do Direito da Criança e do Adolescente, fórmulas teóricas radicadas no terreno do positivismo-formalista ou páleopositivista, no dizer de FERRAJOLI. Assim, deve ser evitado todo critério hermenêutico que não tenha como “*pré-compreensão*” a radicalidade democrática e humanista dos Direitos Fundamentais.

Mesmo trabalhando com a tese da omissão da Constituição, SARLET conclui que

*A omissão do constituinte não significa, todavia, que os poderes públicos (assim como os particulares) não estejam vinculados pelos direitos fundamentais. Tal se justifica pelo fato de que, em nosso direito constitucional, o postulado da aplicabilidade imediata das normas de direitos fundamentais (art. 5º § 1º da CF) pode ser compreendido como um mandado de otimização de sua eficácia, pelo menos no sentido de impor aos poderes públicos a aplicação imediata dos direitos fundamentais, outorgando-lhes, nos termos desta aplicabilidade, a maior eficácia possível. [...] Ao art. 5º § 1º, da Constituição de 1988 é possível atribuir, sem sombra de dúvidas, o mesmo sentido outorgado ao art. 18/1 da Constituição da República Portuguesa e ao art. 1º, inc. III, da Lei Fundamental da Alemanha, o que, em última análise, significa – de acordo com a lição de Jorge Miranda – que cada ato (qualquer ato) dos poderes públicos deve tomar os direitos fundamentais como “baliza e referencial”.*<sup>710</sup>

Tendo em vista os objetivos desta investigação, faremos algumas observações no que se refere ao “efeito vinculativo” sobre atuação do Poder Judiciário. Já vimos que o imaginário e a práxis jurídica do Judiciário brasileiro, de modo geral, não tem uma inflexão “jusfundamentalista”. E quando a tem, é na medida clássica dos Direitos de primeira geração (direitos civis políticos individuais). A cultura jurídica privatística ou publicista liberal ainda dominantes na formação dos juristas e dos operadores jurídicos brasileiros reflete-se fortemente na produção de uma judicatura refém da tradição positivista-formalista que, na maioria das vezes, é reticente ou mesmo ativamente neutralizadora da eficácia de uma “Política de Direitos” como a que está prevista na Constituição Federal em vigor. Neste sentido, v.g., ainda é comum depararmos com juízes e tribunais que, não reconhecendo a plenitude do princípio do contraditório na

<sup>710</sup> Cf. SARLET. Op. Cit. p. 322-323.

ordem jurídico-constitucional vigente, continuam afirmando que o art. 187 do Código de Processo Penal é imune a esse princípio, o que mantém a orientação vetusta – já combatida por posições doutrinárias e jurisprudenciais esporádicas<sup>711</sup> – de que o interrogatório na esfera processual penal é ato exclusivo do juiz.<sup>712</sup>

Exemplo de orientação jurídica que destoa da vinculação do Poder Judiciário à observância dos Direitos Fundamentais é o caso relatado por STROZAKE em artigo intitulado “O juiz Nicolau e os sem-terra”: em decisão recente, a Juíza de Direito da Comarca de Boituva-SP, condenou cinco integrantes do MST a oito anos de reclusão e um, a dez anos de reclusão, em regime fechado (art.157, parágrafo 2º, inciso II, art.250, “caput” e 163, parágrafo único, III, do Código Penal, por terem participado de uma manifestação (ação de multidão) contra privatizações, especialmente, nas estradas, sendo que durante a manifestação um policial militar efetuou um disparo e a multidão destruiu três cabines. Segundo a magistrada – *“os membros do MST de modo criminoso realizaram baderna em nome de uma causa e como criminosos comuns devem ser responsabilizados por seus atos...”* Ainda segundo a sentença, *“Observa-se que seus militantes querem de fato um pedaço de terra, mas são usados como instrumentos da cúpula do movimento que cruzam os limites ideológicos, assumindo posições pré-revolucionárias...”*<sup>713</sup>

O que chama a atenção nessa decisão judicial é o total desprezo da sua autora a princípios básicos de teoria do Direito Penal, relativo ao elemento subjetivo do injusto em

<sup>711</sup> No entendimento defendido por MARREY, FRANCO e STOCO, como a Constituição/1988 garante a ampla defesa e o contraditório, não é possível impedir a “intervenção do defensor, e do Ministério Público, no ato do interrogatório, a fim de formularem perguntas ao réu, após as que tiver formulado o juiz. Já não prevalece a proibição contida no art. 187 do CPP. Havia. Aliás, Jurisprudência antiga, em julgados do Tribunal de Alçada Criminal da São Paulo, admitindo fizessem as partes presentes as perguntas julgadas úteis à instrução do processo (RT 560/340, 563/342, 574/347 e 362, 580/465 e 572/283).” Cf. MARREY, Adriano; FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui. Teoria e prática do júri. 6. ed., revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 175.

<sup>712</sup> Exemplo dessa orientação que insiste na interpretação contrária Constituição é MIRABETE que, em obra bastante difundida ensina: a) o interrogatório é meio de prova; b) o interrogatório é ato personalíssimo do juiz: nem o advogado nem o Ministério Público podem fazer reperguntas ao réu. Cf. MIRABETE, Júlio Fabrini. Processo penal. 2. Ed. São Paulo: Atlas, 1992. p. 266; 268. Segundo o próprio autor, adota este entendimento Hélio Tornaghi. Lembramos ainda que esta é a posição defendida por MARTINS, Jorge Henrique Schaefer, para quem “vigindo no país o poder do Juiz em cletar a prova, como também de produzi-la se assim o entender, e tomando o interrogatório sem a interveniência das partes, resta claro que inócorre infração ao cânone constitucional, posto que somente ele, que por último prolatará a decisão, poderá indagar ao acusado sobre o fato, tratando-se de mera política legislativa” (Vide Prova criminal: modalidades, valoração, incluindo comentários sobre a lei nº 9.296, de 24/7/96. Curitiba: Juruá, 1996. p. 53).

<sup>713</sup> Cf. STROZAKE, Jovelino José. O juiz Nicolau e os sem-terra” (Boletim Juizes para a Democracia - Publicação oficial da Associação Juizes para a Democracia. Ano 5, n.22, out.dez./2000, p. 19).

crimes praticados no contexto da multidão. Nessas situações a dogmática penal ensina que é indispensável a prova do elemento subjetivo do injusto na conduta de cada imputado. Pensar de outra forma, vinculando alguém à prática de um ato típico através da responsabilidade objetiva, hipótese completamente afastada do penalismo contemporâneo. Esse tipo de ocorrência judicial está aí para demonstrar o que o pensamento jurídico crítico já vem pondo em destaque há algumas décadas: o desapego de parte do Judiciário brasileiro para com as questões democráticas, especialmente aquelas que envolvem a discussão de aspectos sociais e políticos, como se dá no caso da atuação de movimentos sociais (manifestações, greves, etc.) perfeitamente compatíveis com a ordem dos Direitos Fundamentais no âmbito do Estado Democrático de Direito, mas que se prefere criminalizar do que analisá-las em face dos deveres jurídicos que a redefinição do conceito de cidadania impõe ao Estado.

Se parte da imprensa, como comprova pesquisa de Mestrado feita pelo juiz federal José Carlos GARCIA, *“tende a considerar o MST ora como um grupo de desordeiros, de baderneiros [...], ora como um grupo organizado subversivo voltado para a derrubada da democracia, ora ainda como defensor de idéias e propostas anacrônicas vinculadas a posições ideológicas historicamente superadas”*, o que se espera do Judiciário é outra coisa. Responsável perante a Cidadania nacional pela observância da ordem do Estado Democrático de Direito, cabe a esse poder atuar firmemente na implementação da pauta de Direitos Fundamentais que funda este sistema político, orientando suas decisões para a perspectiva hermenêutica que potencialize a pauta axiológica e teleológica respeitante à dignidade da pessoa humana, que é o valor central da ordem constitucional em vigor no país.

Evidentemente, como nos alerta GADAMER, esta é uma questão que não se resolve apenas pelo estabelecimento de regras, técnicas ou procedimentos metodológicos. O ponto central do problema está fora do alcance da abordagem técnico-procedimental que se preocupa exclusivamente com a descoberta e/ou sistematização dos métodos de interpretação, porquanto, como já vimos, refere-se às condições de *“pré-compreensão”* com que juízes e tribunais operam o Direito Positivo. Cabe ao Judiciário, rever seu imaginário para poder rever a sua práxis jurídica; cabe-lhe estabelecer com o texto constitucional e com a ordem dos Direitos Fundamentais, a relação dialógica de que fala GADAMER, permitindo que o texto fale e constitua seu *horizonte*, fundindo-o com o

horizonte do presente (do momento de aplicação da norma) numa perspectiva hermenêutica que conduza à efetividade da chamada “Política de Direitos.”

Felizmente, há o contra-discurso ao discurso do positivismo-formalista, conservador ou reacionário, de parte da magistratura brasileira. Neste sentido, informa MARONA<sup>714</sup> que o Segundo Tribunal de Alçada de São Paulo, analisando processo crime tratando de ocupação de terras improdutivas pelo mesmo MST, decidiu que não se pode falar no caso no tipo penal do esbulho possessório, que exige um elemento subjetivo do injusto específico, qual seja a finalidade de “esbulhar” ou apropriar-se de bem imóvel alheio. Na mesma linha de idéia, o Superior Tribunal de Justiça, em precedente histórico sobre o tema, julgando “*Habeas Corpus*” impetrado em favor de líderes do MST, firmou a seguinte orientação: “*HC. Reforma Agrária. Movimento Sem Terra. Movimento popular visando a implantar a reforma agrária não caracteriza crime contra o patrimônio. Configura direito coletivo, expressão da cidadania, visando a implantar programa constante da Constituição da República. A pressão popular é própria do Estado de Direito Democrático.*” (HC nº 5.574/SP, 6ª Turma, STJ, Rel. Min. Luiz Vicente CERNICCHIARO, j. 8.4.97).

Em vista dos obstáculos que historicamente têm impedido ou postergado a efetividade dos Direitos Humanos e dos Direitos Fundamentais em nosso país, mormente quando a realização desse desiderato depende da ação do Poder Público em geral, ou, especificamente, do Judiciário, concordamos integralmente com o entendimento de CLÈVE, que defende a necessidade de termos “*um novo tipo de Poder Judiciário e de compreensão das normas constitucionais, pois no Estado Democrático de Direito os juízes precisam ser “ativistas”, isto é, vinculados às diretivas e diretrizes materiais da constituição, voltados para a plena realização dos seus comandos e não apenas apegados aos esquemas da racionalidade formal e, por isso, muitas vezes simples guardiões do status quo.*”<sup>715</sup> (grifo no original).

Um dos campos de grande importância para a atuação do Judiciário na garantia do Sistema de Direitos Fundamentais previstos pela Constituição Federal é o que se refere à formulação e implementação das Políticas Públicas, assunto que diz de perto com a concretização do Direito da Criança e do Adolescente. O Poder Executivo, assinala

<sup>714</sup> Cf. MARONNA, Cristiano. A postulação de reforma agrária não se confunde com esbulho possessório. (Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCCrim. São Paulo, ano 5, n. 59, out. 1997, p. 207-8).

<sup>715</sup> Cf. CLÈVE, Clemérson M.. Apud KRELL. Op. Cit., p. 54-55.

KRELL tem a competência de, não apenas *executar*, mas também de *criar* as Políticas Públicas indispensáveis ao atendimento dos Direitos e das Necessidades Básicas da população. “*Essa função governamental planejadora e implementadora é decisiva para o próprio conteúdo das políticas e a qualidade da prestação dos serviços.*”<sup>716</sup> Um dos fatores mais freqüentes de inviabilização da “Política de Direitos” é o desvio da Função Social do Estado. Esta disfunção político-administrativa manifesta-se através da não-alocação de recursos suficientes no orçamento público, do uso inadequado dos recursos alocados e da não-execução dos respectivos orçamentos.

Na tradição do *constitucionalismo clássico*, por aplicação equivocada da teoria da divisão tripartite dos poderes estatais, o Judiciário se via impedido de interferir nessas questões, com a finalidade de exercer o controle judicial dos orçamentos públicos.

No Estado Democrático de Direito não é mais assim.

*A essência de qualquer política pública é distinguir e diferenciar, realizando a distribuição dos recursos disponíveis na sociedade. Essas políticas expressam escolhas realizadas pelos vários centros de decisão estatal, sendo limitadas pelas normas programáticas constitucionais. Onde o processo político (Legislativo, Executivo) falha ou se omite na implementação de políticas públicas e dos objetivos sociais nelas implicados, cabe ao Poder Judiciário tomar uma atitude ativa na realização desses fins sociais através da correção da prestação dos serviços sociais básicos.*<sup>717</sup>

Essa atuação do Judiciário pode ser provocada especialmente pelo Ministério Público, através do exercício da Ação Civil Pública, visto que esta Instituição é incumbida da defesa da ordem jurídica do Estado Democrático de Direito, com atribuição expressa na Constituição de “*zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias às suas garantias*” e de “*promover o inquérito civil e ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente, e de outros interesses difusos e coletivos.*” (art. 129, inc. II e III, da C.F.).

No caso concreto do Direito da Criança e do Adolescente essa exigência do controle da Atividade Político-Administrativa do Poder Executivo acresce de importância, pois, como já vimos, um dos “Princípios Fundamentais” desse ramo jurídico é, exatamente, a “*Politização*” ou “*Ênfase nas Políticas Públicas*”, tendo havido um

<sup>716</sup> Cf. KRELL. Op. Cit. p. 55.

<sup>717</sup> Ibidem, p. 56.

cuidado especial na elaboração legislativa do Estatuto da Criança e do Adolescente em dar-se destaque a esse tema. Para isso foram fixados os parâmetros gerais da “*Política de Atendimento*” (Livro II – Parte Especial – Título I do ECA), gravou-se referida “Política” com os ônus da *garantia da prioridade absoluta* (art. 4º, parágrafo único do Estatuto) e foram definidos mecanismos de controle social (participação popular) e institucional, tanto administrativa, através do controle dos Conselhos de Direitos (art. 88, II, ECA), ou judicial, através do sistema de proteção judicial dos interesses individuais, difusos ou coletivos (art. 208 e seguintes).

### 5.3.5 A Multifuncionalidade dos Direitos Fundamentais

Esclarece CANOTILHO que os “*direitos fundamentais pressupõem concepções de Estado e de constituição decisivamente operantes na actividade interpretativo-concretizadora das normas constitucionais. Isto significa que a interpretação da constituição pré-compreende uma teoria dos direitos fundamentais no sentido de uma concepção sistematicamente orientada para o carácter geral, finalidade e alcance intrínseco dos direitos fundamentais.*”<sup>718</sup> <sup>719</sup>

No que se refere ao aspecto funcional, refletindo o campo ideológico-político em que estão inseridas, cada uma das diversas teorias tem uma visão particular do papel que os Direitos Fundamentais exercem ou devem exercer na ordem interna das constituições e das legislações em geral. Assim, v.g., para a *Teoria Liberal*, os Direitos Fundamentais são *direitos de autonomia do indivíduo perante o Estado, funcionando essencialmente como “direitos de autonomia” e “direitos de defesa”*. Já a *Teoria Social* encara os Direitos Fundamentais numa tripla dimensão – dimensão individual ou pessoal, dimensão institucional e dimensão processual. Em razão disso, esses Direitos não são apenas instrumentos de defesa do indivíduo em face do poder estatal – como acontece na *Teoria Liberal* – mas atuam no sentido de exigir uma intervenção dos poderes públicos para concretizá-los...

... Enfim, como dissemos, cada dimensão teórica tem sua dimensão funcional dos Direitos Fundamentais. A despeito disso, considerando a própria processualidade e

<sup>718</sup> Cf. CANOTILHO. Op. Cit., p. 505.

<sup>719</sup> Na obra pesquisada CANOTILHO enumera e sintetiza as seguintes *Teorias sobre Direitos Fundamentais*: a) *Teoria Liberal*, b) *Teoria da ordem dos Valores*, c) *Teoria Institucional*, d) *Teoria Social*, e) *Teoria Democrática funcional* e f) *Teoria Socialista*. (Ver p. 506-511).



dialeticidade da afirmação histórica dos Direitos do Homem e dos Direitos Fundamentais, fugindo aos unidimensionalismos doutrinários, uma abordagem atual desses direitos evidencia a sua *multifuncionalidade*.

Ao tratar desse tema numa perspectiva que leva em conta o regime dos direitos fundamentais na Constituição Portuguesa, CANOTILHO observa que “*Atribui-se aos direitos fundamentais uma multifuncionalidade, para acentuar todas e cada uma das funções que as teorias dos direitos fundamentais captavam unilateralmente.*”<sup>720</sup>

O sistema constitucional brasileiro de Direitos Fundamentais foi diretamente influenciado pelas diversas doutrinas jusfundamentalistas, razão porque o tema da multifuncionalidade constitui uma questão obrigatória na construção que estamos esboçando de um modelo hermenêutico do Direito da Criança e do Adolescente pensado em função do conjunto de Direitos Fundamentais *infanto-juvenis* que nele se contém.

Os estudiosos da multifuncionalidade dos Direitos Fundamentais costumam adotar como ponto de partida de suas reflexões ser a *teoria dos quatro status* (situações jurídicas) de GEORG JELLINEK. Ao formular sua teoria – num contexto histórico em que, de um lado tinha uma constituição liberal, e, de outro, a constituição monárquica do Estado altamente centralizado da Alemanha sob o poder de Guilherme II – JELLINEK preocupou-se fundamentalmente em abordar a *estrutura formal das posições jurídicas através de uma visão liberal-individualista*. A despeito disso, a teoria de JELLINEK, observa ALEXY, feitas as críticas necessárias, continua vigorando como base para a classificação dos Direitos Fundamentais.

Para JELLINEK, o “*status*” – *situação jurídica e não direito* - significa uma relação com o Estado que qualifica o indivíduo. Um “*status*” é, portanto, uma *relação do indivíduo com o Estado, sejam quais forem as características deste*.<sup>721</sup> São quatro os “*status*”: “*passivus*” “*negativus*”, “*positivus*” e “*ativus*”.

O “*status passivus*”, ou de “*subjectionis*”, significa a subordinação do indivíduo, como detentor de dever e não de direitos, aos poderes do Estado. Em contrapartida, o Estado detém a competência para vinculá-lo por meio de comandos prescritivos e proibitivos.

<sup>720</sup> Cf. CANOTILHO. Op. Cit., p. 512.

<sup>721</sup> Cf. ALEXY. Op. Cit., p. 248.

O “*status negativus*”, ou “*de libertatis*”, indica que o indivíduo é portador de uma esfera individual de liberdade que nega o poder de império do Estado. Nesse *status*, os fins estritamente individuais encontram a sua realização através do ato livre do indivíduo. Por isso, é nele que ocorrem as relações intersubjetivas “cidadão/cidadão”. Além disso, traduzindo-se em “*posições livres*” do indivíduo frente às autoridades públicas, esse *status* significa a proibição de toda perturbação oficial ao mesmo, no sentido de toda imposição de uma ordem ou de uma coação que não tenha fundamento legal.<sup>722</sup>

O “*status positivus*”, ou “*civitatis*”, é considerado um reflexo do “*status negativus*”. Constitui-se na situação jurídica em que o indivíduo tem assegurada a possibilidade de se utilizar das instituições estatais para exigir do Estado ações positivas. Como o pensamento de JELLINEK gira em torno do conceito de direitos individuais, esse *status* implica que o Estado garanta ao indivíduo pretensões à sua atividade e que lhe oportunise meios jurídicos para realizá-la. Numa abordagem teórica atual o “*status positivus*” é o que se refere aos *direitos sociais e econômicos*, denominados *direitos crédito ou prestação*, que exigem do Estado intervenções na realidade social ou na interferência de pretensões dos cidadãos.

Finalmente, o “*status ativus*” é a situação jurídica na qual o indivíduo é detentor de competências que objetivam a participação no Estado e servem para a formação da vontade estatal (ex. o direito do sufrágio). Esclarece ALEXY que esse *status* não se refere a todas as “competências” previstas no ordenamento jurídico, como a de celebrar um contrato. E SARLET anota que HABERLE defendeu o alargamento desse *status* para integrar o “*status activus processualis*”, relativo à “*dimensão procedimental e organizatória dos direitos fundamentais*” que está ligada à “*fundamentação objetiva*” desses direitos e liberdades.<sup>723</sup>

A *teoria dos quatro status* de JELLINEK, como já observamos, longe de ser abandonada – feitas as críticas para situá-la no contexto da atualidade – tem sido largamente utilizada pela Doutrina Constitucional, servindo como referência para a classificação dos Direitos Fundamentais.<sup>724</sup>

<sup>722</sup> Ver ALEXY. *Ibidem*, p. 252.

<sup>723</sup> Cf. SARLET. *Op. Cit.*, p. 140. Ver também CANOTILHO. *Op. Cit.*, p. 535.

<sup>724</sup> Informa-nos SARLET que “*No Brasil, essa teoria foi utilizada como parâmetro por J. C. Mello Filho, Constituição Federal Anotada*”, p.425, e, mais recentemente, por G.F. Mendes, in: *CDTFP n° 3 (1993)*, p.23. *As mais recentes abordagens da doutrina de G. Jellinek no direito pátrio foram efetuadas por*

No Direito da Criança e do Adolescente a *multifuncionalidade dos Direitos Fundamentais* encontra um fértil campo de aplicação. O rol de Direitos que são objeto da normativa interna e internacional do Direito da Criança e do Adolescente é o mais abrangente já conhecido e inclui de maneira não-exaustiva:

- os Direitos Fundamentais de defesa (*status negativus ou libertatis*);
- os Direitos Fundamentais de prestação (*status positivus*);
- os Direitos Fundamentais à proteção (*status positivus*);
- os Direitos Fundamentais políticos e de participação (*status activus*) etc..

Um aspecto que não pode ser esquecido é o que se refere à integração sistemática dos diversos *status* e as correspondentes pautas de Direitos Fundamentais que deles participam. A cidadania de que trata o Direito da Criança e do Adolescente, lembra BARATTA, *é o estado jurídico (e político) que pressupõe a vigência, de direito e de fato, de princípios e normas constitucionais do estado social e democrático de direito, bem como a titularidade de todos os direitos fundamentais que caracterizam esta forma de Estado, abrangendo os direitos políticos e de participação política.*<sup>725</sup>

Nesse contexto teórico entendemos que uma compreensão integrada e sistemática dos diversos *status* jurídicos e dos Direitos Fundamentais respectivos significa que, v.g., que o pleno exercício dos *direitos de prestação* depende do grau de exercício dos *direitos civis e políticos* e vice-versa. Para melhor esclarecer este ponto, voltamos às reflexões de BARATTA que, ao considerar o princípio democrático como o enfoque central para classificar e sistematizar os Direitos Fundamentais no marco do Estado Social de Direito, adotando, para isso, proposta de Klaus STERN, manifesta-se da seguinte forma:

*En primer lugar, como ya se ha observado anteriormente, los derechos civiles y de libertad y los derechos económicos, sociales e culturales son condiciones para el ejercicio del tercer grupo de derechos, los derechos políticos y de participación, sin que la vida, la libertad personal, la libertad de opinión y de asociación estén realmente garantizadas, sin que esté garantizado el desarrollo económico, social y cultural de los sujetos y de los grupos, el sistema de la democracia política no puede funcionar.*

---

E. Pereira de Farias, "Colisão de Direitos", pp.82 e ss., e S. de Toledo Barros, "O princípio da proporcionalidade e o controle da "Constitucionalidade das Leis Restritivas de Direitos Fundamentais", pp.131 e ss.". (Ver SARLET. Op. Cit., p.157, nota de rodapé "378").

<sup>725</sup> Cf. BARATTA. Op. Cit. p. 42.

*En segundo lugar, es preciso recordar que es el ejercicio de los derechos políticos y de participación que condiciona y garantiza todos los demás derechos. Sin tener voz y acceso en el proceso de información, de comunicación, de decisión, en todas las esferas de la vida de la sociedad civil y del Estado, los sujetos y grupos no podrían ejercer, en concreto, la necesaria influencia sobre las condiciones de las cuales depende el ejercicio de sus derechos civiles, económicos, sociales y culturales.*

[...]

*Mientras que con los clásicos derechos civiles y de libertad se realiza, según la terminología de GEORG JELLINEK, el status negativus y con los derechos de prestación el status positivus del ciudadano, con los últimos dos grupos de derechos se realiza su status activus. Es fácil darse cuenta, que estos tres status de la ciudadanía están estrechamente vinculados entre ellos y que en el modelo de democracia inclusive el status activus representa el momento culminante y decisivo, en el entero sistema de los derechos fundamentales.<sup>726</sup>*

Essa posição teórica de BARATTA reflete fielmente a idéia básica que traduz o significado jurídico, social e político da Proteção Integral devida a crianças e adolescentes como titulares de Direitos Fundamentais (gerais ou comuns a toda pessoa humana e especiais) e portadores de Necessidades Básicas, isso tudo respeitando-se a sua condição peculiar de pessoas em desenvolvimento.

### 5.3.6 Palavras Finais sobre Hermenêutica e Direito da Criança e do Adolescente

O Direito é objeto cultural ontologicamente valioso. Não é possível concebê-lo sem concomitantemente considerar o comprometimento ético que lhe é essencial. Essa percepção faz parte das culturas antiga, intermédia e moderna e não pode ser negada pela cultura contemporânea, por mais que o operacionalismo positivista ou que a tecnocracia dos sistemas sociais e políticos baseados na racionalidade instrumental e na planificação burocrática da vida social pretendessem neutralizá-la sob o peso da “perspectiva analítica”.

---

<sup>726</sup> “Em primeiro lugar, como já observamos anteriormente, os direitos civis e de liberdade e os direitos econômicos, sociais e culturais são condições para o exercício do terceiro grupo de direitos, os direitos políticos e de participação; sem que a vida, a liberdade pessoal, a liberdade de opinião e de associação estejam realmente garantidas, sem que esteja garantido o desenvolvimento econômico, social e cultural dos indivíduos e dos grupos, o sistema da democracia política não pode funcionar. Em segundo lugar, é preciso lembrar que é o exercício dos direitos políticos e de participação que condiciona e garante todos os demais direitos. Sem ter voz e acesso no processo de informação, de comunicação, de decisão, em todas as esferas da sociedade civil e do Estado, os indivíduos e os grupos não poderiam exercer, em concreto, a necessária influência sobre as condições das quais dependem o exercício de seus direitos civis, econômicos, sociais e culturais. [...] Enquanto que os clássicos direitos civis e de liberdade realizam-se segundo a terminologia de Georg Jellinek, o status negativus e com os direitos de prestação o status positivus do cidadão, com os últimos dos grupos de direitos concretiza-se o status activus. É fácil constatar que estes três status da cidadania estão estreitamente vinculados entre si e que no modelo de democracia inclusiva o status activus representa o momento culminante e decisivo, na totalidade do sistema dos direitos fundamentais.” (tradução do autor). Cf. BARATTA. Op. Cit., p. 51-52.

Em vista da característica cultural do seu objeto, a abordagem do Direito é um enfoque necessariamente zetético. A processualidade e a dialeticidade dos processos jurídicos, no interior dos processos histórico-sociais e da trama da vida política, impõem ao jurista e ao operador jurídico a abertura mental, teórica e operacional para o mundo dos valores e dos fins. Nesse mundo não prevalece o “cálculo”, mas a “ponderação”, a “estimativa”, a “escolha” de uma dentre muitas opções. Por isso, a lógica adequada ao Direito não é a *lógica formal*, que se vale do raciocínio dedutivo-silogístico, mas a *lógica material* ou *dialética*, em que forma e conteúdo são elementos inseparáveis de todo ato, expressão ou vivência jurídica. Ainda é próprio do Direito enquanto objeto cultural, que ele expresse a *inesgotabilidade do sentido do humano* que se faz história. Premido entre o *mundo da realidade presente* e a *futuridade* que lhe é inerente, o ser humano é histórico porque nunca é, mas se realiza como *projeto-de-si-mesmo*.

Evidentemente, sendo o Direito produto desse ser que se projeta na construção de novos horizontes, a partir do horizonte da tradição que o condiciona com sua presença objetiva (“*histórica efetual*”), não pode ser reduzido a mero instrumento a serviço de um poder controlador absoluto da experiência social.

Nesse amplo panorama da relação “Homem/Direito”, a Hermenêutica comparece como um olhar das *grandes alturas* e das *recônditas profundezas*, não se esgotando, como saber humano essencial, na identificação, discussão e sistematização dos métodos e técnicas destinadas a fixar as condições científicas da busca do sentido dos discursos sociais (Direito, Religião, Ética, etc.).

No plano dos *atos humanos*, antes de perguntar pela “*tecne*”, a Hermenêutica indaga sobre o “*ser*” que interpreta e as condições existenciais em que ocorre o ato interpretativo. Aí se constata que o ser que opera métodos e técnicas de interpretação é antes de tudo um *ser que compreende e se compreende*, é um *Dasein* (*pré-sença, ser-aí, ser de Existência*). Daí que o ato de interpretar o Direito para concretizá-lo – objeto central da Hermenêutica Jurídica – não é algo extrínseco, mas intrínseco ao intérprete na relação que ele vivencia com o objeto interpretado. Não há mais o objeto *para* o sujeito do racionalismo, raiz primordial de todos os idealismos, ou o sujeito *para* o objeto do empirismo, fonte de todos os positivismos. *Um está para o outro, reciprocamente, num diálogo permanente, consciente ou não.*

Agora, o ato hermenêutico é um processo de abertura do ser-no-mundo, é o momento da “*fusão de horizontes*” (o horizonte da tradição e o horizonte do presente, o

horizonte do texto e o horizonte do intérprete ou pré-compreensão). Estes *horizontes* não são estanques, mas *estão-aí em presença* uns dos outros e compartilham do ato hermenêutico cujo objetivo básico, no caso da Hermenêutica Jurídica, é sempre “concretizar a lei em cada caso, isto é, em sua aplicação”<sup>727</sup>, no sentido de que interpretar e aplicar significam uma coisa só.

Na raiz da compreensão – “*mobilidade fundamental da pré-sença, a qual perfaz sua finitude e historicidade, e a partir daí abrange o todo de sua experiência no mundo*”<sup>728</sup> - está a essencialidade linguística do Dasein. Somos linguagem, porque a *linguagem é a nossa casa, a nossa morada*, como entendia HEIDEGGER. A linguagem não é algo através do que expressamos nossas idéias, não é “*somente um dos dotes, de que se encontra apetrechado o homem, tal como está no mundo, mas nela se baseia e representa o fato de que os homens simplesmente têm mundo*”<sup>729</sup>.

O Direito não é um sistema normativo que *usa a linguagem* para estabelecer regras de conduta. O Direito é ele mesmo linguagem em modalização normativa. Os princípios e regras jurídicas – “*expressões do Direito*” – materializam uma determinada dimensão do mundo da ordem ao qual atribuímos exigibilidade nas interações sociais.

Quando interpretamos o Direito não nos situamos diante de algo à distância, ou de algo que tem um sentido *em si* ou *imaneente*, a que teremos acesso na medida em que manejarmos com perícia técnicas ou métodos para *revelar* o que as normas jurídicas dizem o tempo todo. A separação “*sujeito/objeto*”, aspecto essencial da Hermenêutica sob o domínio da “*filosofia da consciência*”, a partir da denominada “*virada linguística*”, passa a ser um obstáculo epistemológico à construção do conhecimento hermenêutico, tanto na Hermenêutica Geral, como nas Hermenêuticas regionais. Parafraseando FERRAJOLI, podemos falar de uma “*Páleo-Hermenêutica Jurídica*” em oposição a uma “*Hermenêutica Jurídica Crítica*”.

Neste contexto, é oportuno lembrar que a Hermenêutica Jurídica *enquanto saber teórico sobre a Interpretação do Direito* é uma manifestação tardia na cultura Ocidental. Tem cerca de dois séculos e surgiu no dorso da *positivação jurídica* (fins do século XVIII – início do século XIX), impregnada pelo *dogmatismo* imperante no mundo dos Juristas de então. Como conseqüência desse comprometimento com a razão positivista dogmatista

<sup>727</sup> Cf. GADAMER. Op. Cit., p. 489.

<sup>728</sup> Ibidem, p. 16.

<sup>729</sup> Ibidem, p. 643.

a Hermenêutica Jurídica logo se transformou num instrumento de racionalização do pensamento e da prática jurídica, possibilitando formas de interpretação do Direito que refletiam os pressupostos ideológicos das classes dominantes e compartilhava do esforço de manutenção ou do desenvolvimento vigiado da ordem instituída.

No caso brasileiro, a Hermenêutica Jurídica emergiu e se desenvolveu sob a orientação do positivismo jurídico formalista. Desta forma, as propostas teóricas mais conhecidas e mais influentes não foram efetivamente tocadas pela “*virada linguística*” nem pelos progressos verificados nas áreas das Ciências Sociais e da Filosofia no século passado. Em vista disso, a nossa cultura jurídica foi marcada pela hegemonia de um pensamento hermenêutico que privilegia a visão metodológica e orienta o intérprete para uma dimensão reducionista do fenômeno jurídico (o Direito é o direito-norma, é a Lei – “Nada fora, nada acima, nada contra a Lei!”). É evidente que nessas circunstâncias, a interpretação das *normas legais* tinha de ser vista como uma técnica orientada por métodos de comprovada excelência epistemológica. Além disso, *sendo sub-produto de uma pré-compreensão que negava a existência de Direito fora dos limites jurídico-positivos, a interpretação jurídica tinha de prestigiar a Lei como algo em si, mais precisamente como um sistema hermético, completo, auto-suficiente e auto-poyético ou auto-referencial...*

A Hermenêutica Jurídica que pensamos para o Direito da Criança e do Adolescente não se curva diante dessa tradição. Busca raízes na ruptura hermenêutica empreendida pela Hermenêutica Filosófica de GADAMER e, no âmbito mais restrito da Cultura Jurídica, remonta às revoluções paradigmáticas proporcionadas pelo Pensamento Jurídico Crítico das últimas décadas, dando destaque à Teoria do Garantismo formulada por FERRAJOLI.

Nesse diapasão, reconhecendo o caráter duplamente sistemático do Direito da Criança e do Adolescente – “*Sistema de princípios e regras e Sistema de Direitos Fundamentais*”, a Hermenêutica Jurídica que vislumbramos pressupõe uma série de premissas que passamos a enumerar, sem pretensão de exauri-las:

- o Direito da Criança e do Adolescente é um Direito Garantista, isto é, eticamente e juridicamente comprometido com a concretização da cidadania infanto-juvenil (Proteção Integral, Direitos Fundamentais);

- o Direito da Criança e do Adolescente implica a subordinação da Sociedade e do Estado à Democracia como valor universal, o que, conseqüentemente, atribui ao regime dos direitos, liberdades e garantias o *status* de *eixo-central* da ordem social e política;

- o Direito da Criança e do Adolescente representa uma *ruptura paradigmática* com a tradição cultural e jurídico-positiva do *Menorismo* que vigorou no Brasil da década de 20 ao final da de 80 do século passado;

- o Direito da Criança e do Adolescente é um sistema *axiológica e teleologicamente aberto e ordenável* de princípios e regras e de Direitos Fundamentais que integram o conceito jurídico-sócio-político de cidadania infanto-juvenil;

- sendo um sistema *aberto*, o Direito da Criança e do Adolescente consulta à *inesgotabilidade do sentido da experiência humana*;

- sendo um sistema *ordenável*, o Direito da Criança e do Adolescente possibilita o estabelecimento de uma *ordenação mínima* que pode ser obtida através do recurso ao denominado “*princípio de hierarquização axiológica*”;

- em vista disso, é possível fixar a superioridade “*prima facie*” dos princípios sobre as regras e determinados princípios sobre outros;

- assim, pode-se ter uma *ordenação mínima* que garanta a *unidade da ordem interna do sistema enfaticamente principiológico*, concebendo-se esta unidade como adequação axiológica e teleológica do Ordenamento;

- a visão jusfundamentalista inerente ao Direito da Criança e do Adolescente e à Hermenêutica adequada a esse ramo jurídico exige a afirmação do “*grau superior*” dos Direitos Fundamentais e dos valores da pessoa humana contemplados pela Constituição Federal e pela ordem jurídica geral do Estado Democrático de Direito;

- neste contexto hermenêutico, a *dignidade da pessoa humana* constitui o *valor-central* da ordem jurídico-política brasileira;

- a concretização do Direito da Criança e do Adolescente deve levar em conta os traços essenciais dos Direitos Fundamentais, tais como, a *fundamentalidade formal e material*, o *caráter material aberto*, a *aplicabilidade imediata ou direta*, a *eficácia vinculativa geral*, a *multifuncionalidade*, o *caráter excepcional e restritivo das reservas estabelecidas para o exercício dos Direitos Fundamentais*, o *caráter necessariamente*



*constitucional das restrições (aplicável aos Direitos Fundamentais sem reserva), o critério ampliativo da interpretação jusfundamentalista etc.;*

- as normas de Direitos Fundamentais estão asseguradas por procedimentos formais (procedimento agravado) e pelos postulados materiais (cláusulas pétreas) da reforma da Constituição.

Como se constata dos estudos aqui realizados, o conjunto dos pressupostos e das condições que consideramos indispensáveis à construção de um modelo hermenêutico adequado ao Direito da Criança e do Adolescente não se esgota em preocupações exclusivamente metodológicas. Toda e qualquer recomendação procedimental tem um precedente geral, que são as condições existenciais (os condicionamentos, os pré-juízos ou pré-conceitos, a posição prévia, visão prévia e a concepção prévia) presentes no horizonte hermenêutico com que o intérprete (cientista do Direito, operador jurídico, etc.) vai ao encontro do texto ou do instituto jurídico em questão.

Assim, o Direito obtido pela interpretação jurídica pode ter na questão metodológica uma ferramenta útil, necessária, porém jamais suficiente para dar conta de sua legitimidade.

O Direito destina-se a afirmar, proteger e aperfeiçoar interesses humanos. Por isso carece, antes de tudo, de prudência e amor às grandes causas da Humanidade!

## CONCLUSÃO

Quando nos propusemos a realizar esta investigação sobre o Direito da Criança e do Adolescente, fomos desde logo interpelados por um dado histórico-social que causa perplexidade pela proporção que assume em determinados segmentos da opinião pública, incluindo setores do mundo jurídico: após quase dez anos do advento do novo Direito subjazem aos discursos e práticas sociais tendentes à sua concretização elementos típicos da tradição legal-institucional do Menorismo, que vigorou no país desde a década de 20 até o final década dos anos 80 do século recém-findo.

Talvez tenhamos sido extremamente otimistas ao imaginarmos que sete décadas de hábitos sociais e institucionais pudessem ser dissolvidos no *caldo civilizatório* que nutre as nossas esperanças de vivermos numa sociedade livre, justa e solidária e no contexto jurídico-político de um Estado social e democrático no espaço de tempo que nos separa da promulgação da Constituição de 1988 e, mais especialmente, da entrada em vigor do Estatuto da Criança e do adolescente.

Os paradigmas sociais, como é o caso do paradigma sócio-jurídico do Menorismo, são programas ou standards de pensamento e ação que refletem determinadas condições imaginárias e objetivas de organização e funcionamento da Sociedade em dado momento histórico. Depois de corporificados nos hábitos mentais e no comportamento exteriorizado de indivíduos e grupos sociais tendem a universalizar-se e a se perpetuarem na medida em que correspondem aos interesses dos grupos dominantes no seio do bloco histórico. Daí a dificuldade enfrentada pelos grupos dominados ou fortemente afetados pelo poder social e político dominante na luta pelas instituições de novas formas jurídicas. Na busca de um *Direito legítimo*, isto é, um Direito pensado em função da positivação de novas liberdades e, simultaneamente, visando à superação de estruturas repressivas e opressivas vigentes, esta dificuldade é potencializada.

Não seria, pois, de esperar que a proposta do Direito da Criança e do Adolescente, atingindo tão fortemente as bases do paradigma menorista, fosse objeto de pronta e ampla recepção social. A sociedade brasileira, ou os seus setores dominantes,

viram no Direito da Criança e do Adolescente a anunciação de uma crise geral de "sua" "Autoridade" sobre os corpos e os destinos dos "*menores irregulares*". Assim é que mesmo passados dez anos de vigência do Direito da Criança e do Adolescente e diante de uma realidade social em que jovens são a maioria das vítimas da violência, há uma espécie de "*síndrome de pânico*" contra a "*Grande ameaça*" da criminalidade juvenil "*protegida pelo Estatuto da Criança e do Adolescente*"! Sinais desta "*síndrome*" patrocinada por alguns setores da opinião pública e institucionais pode ser constatados em manifestações da mídia, como é o caso do comentário feito pelo jornalista Robson Luquêsi em matéria sob o título "*Eles estão mais perigosos*", referindo-se a cifras que demonstram o aumento do número de "*menores envolvidos em crime graves*":

*A razão mais forte para o fenômeno é a relativa impunidade de que gozam os menores no Brasil, graças a uma legislação que contempla mais a sociologia do que a criminologia - o Estatuto da Criança e do Adolescente. Quando um jovem desses é preso por ter cometido um delito pesado, já sabe que dificilmente permanecerá mais do que três anos detido. Aliás, o termo "preso" a rigor nem poderia ser utilizado. Menores infratores são julgados em cortes especiais e internados em instituições como Febem, das quais é facilímo fugir. Essa perspectiva de uma pena branda representa um estímulo e tanto para que eles ousem cada vez mais. A maioria desses adolescentes não age de forma autônoma, mas a mando de bandidos adultos, que os usam para fazer o trabalho mais sujo. Afinal de contas, ao contrário, dos marmanjos, a molecada está praticamente acima da lei. É o estatuto da malandragem. A verdade é que a legislação atual é uma peça para inglês ver, sueco colocar em prática e brasileiro ignorar. [...] Como não dá para virar uma Suécia em curto prazo, a saída mais rápida para atenuar o problema seria a redução da maioridade penal para 16 anos.*" <sup>730</sup>

Esse tipo de abordagem do Estatuto da Criança e do Adolescente, a partir de um recorte analítico não casual - como rebeliões ou fugas nas unidades da Febem ou cifras que retratam o aumento do envolvimento de "*menores*" na prática de "*crimes graves*" - representa a comprovação da sobrevivência do paradigma menorista na sua forma mais perversa, que a do "*penalismo menorista*".

O que reações desta natureza refletem é o *saudosismo* de determinados atores e camadas sociais e de determinados segmentos do poder público em relação aos "*bons tempos*" em que o "*pai*", o "*professor*", o "*patrão*", o "*policial*", o "*juiz*", o "*curador de menores*", o "*monitor*", o "*comissário de menores*" etc., enfim, toda *rede controle ou disciplina social* tinha um poder praticamente absoluto sobre os "*menores irregulares*".

<sup>730</sup> Revista Veja, edição de 8 nov. 2000, p. 98.

Voltando à questão da violência contra crianças e adolescentes no Brasil, antes apenas referida, é oportuno focalizarmos alguns aspectos desta grave questão social que aflige a maioria da nossa população infanto-juvenil e funciona como obstáculo que parece intransponível à concretização dos objetivos propostos pelo Direito da Criança e do Adolescente, como um programa de Proteção Integral e garantia de Direitos Fundamentais.

Se levarmos em consideração o conceito amplo de violência (violência institucionalizada, violência privada, violência oficial), podemos dizer que no Brasil convivemos com uma verdadeira "cultura da violência" contra crianças e adolescentes, contingente social que chega a aproximadamente 50% da população. O Relatório do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento - PNUD (1999), tendo por referência dados de 1980 a 1994, coloca o Brasil como um dos líderes mundiais na *concentração de renda*: O PIB *per capita* dos 20% mais ricos (US\$18,563,00) é 32 vezes maior do que o dos 20% mais pobres (US\$578,00). Pelo mesmo Relatório, 17% da população vive na faixa da miséria, 16% dos adultos são analfabetos, 24% não contam com água potável, 30% não dispõem de sistema de saneamento básico (esgoto), 15,8% (cerca de 26 milhões de pessoas) não têm acesso às condições mínimas de saúde, educação e serviços básicos. Levando em conta os estudos que demonstram que é um dos traços históricos das sociedades latino-americanas a falta de "*equidade demográfica*" o que resulta no aglomeramento da maioria da população infanto-juvenil junto aos segmentos pobres da população, podemos imaginar o efeitos desses dados num quadro geral das condições de vida da maioria das crianças e adolescentes brasileiros. Na edição de 28-07-93, Revista Veja noticiava que, segundo o IBGE, 18% das crianças e adolescentes brasileiros viviam em famílias com renda per capita inferior a um quarto do salário mínimo. Em 1990, o IBGE anunciava que mais da metade da nossa população infanto-juvenil estava na faixa da pobreza, o que significa, no Brasil, não ter acesso às mínimas condições de saúde, alimentação, escolaridade e ainda estar à mercê da exploração bestial no mercado negro do trabalho infanto-juvenil

Segundo ANDRADE:

*No ano de 1989, a população de brasileiros com idade entre 0 e 17 anos era de, aproximadamente, 59 milhões. As regiões mais pobres do país, Nordeste e Norte, possuem a maior população de crianças e adolescentes, respectivamente, 47,5% e 47%, isto devido a alta fecundidade nas famílias pobres e a migração de adultos para outros centros industriais, à procura de trabalho. Este fato agrava a situação social, pois 75% das crianças e adolescentes com domicílio no Nordeste vivem em famílias com*

rendimento "per capita" de até um salário mínimo. Do total de brasileiros nesta faixa etária, em 1989, 27,4% viviam em famílias com renda "per capita" de 1/4 do Salário Mínimo; 23,1% de 1/4 a 1/2 do S.M.; 21,5% de 1/2 a 1 S.M.; 14,6% de 1 a 2 S.M. e 12,4% mais de 2 S.M. No ano de 1990, cerca de 32 milhões de crianças e adolescentes viviam em famílias com rendimento iguais ou inferiores a 1/2 salário mínimo. [...] "Como podem comer, vestir, estudar, tomar remédios, divertir-se, com este valor? [...] "Além disso, 60% das crianças menores de um ano vivem em domicílios cujas condições de saneamento são inadequadas ou precárias. Todas essas crianças e jovens nascem e vivem em condições subumanas e muito cedo entram no mercado de trabalho para ajudar na manutenção da família. A maioria é explorada e recebe salários inferiores ao mínimo legal. São formas comuns de arrecadar dinheiro, a prática de pequenos furtos, o envolvimento com drogas e a prostituição de meninas. Esse tipo de vida acarreta um baixo índice de escolaridade, pois mesmo quando há vagas disponíveis, a evasão escolar é grande (de cada 1000 alunos só 25% concluem a 8ª série, 1/4 dos alunos é reprovado. Disso resulta um analfabetismo de 21% da população entre 7 e 11 anos.

Atualmente, mais de 7 milhões de crianças em idade escolar estão fora da escola, [...] "31,7% destes só trabalham e estão transformados em cidadãos sem futuro, pois não poderão se qualificar para almejar um emprego melhor. Há uma espécie de condenação prévia à pobreza."<sup>731</sup>

No que concerne à exploração de crianças e adolescentes no mercado de trabalho, continua ANDRADE, "Em 1990 havia trabalhando 2.873.523 crianças com idade entre 10 a 14 anos e 4.425.822 adolescentes na faixa de 7 a 17 anos (número superior à população da Suíça e duas vezes à do Uruguai). 95% dessas crianças trabalham em regime clandestino."<sup>732</sup>

Em sua edição de 21-03-95, o jornal "O Estado de São Paulo" divulgou dados impressionantes sobre a inserção indevida de crianças e adolescentes no trabalho pesado. Diz a notícia:

[...] "as crianças representam 40 % da força de trabalho na zona rural". O recrutamento de crianças para o trabalho começa bem cedo e desde logo elas são colocadas a morejar em condições penosas, insalubres e de periculosidade para a sua saúde, sua integridade física, sua condição de pessoa em desenvolvimento, enfim, sua dignidade humana. Num levantamento por Estado da Federação, foi noticiado o seguinte:

"PARANÁ: No município de Nova Londrina, as crianças são levadas às lavouras a partir dos 5 anos de idade"; BAHIA: "A partir dos seis anos de idade, as crianças começam a participar na produção do sisal e do processo de quebra de brita nas pedreiras. A falta de proteção e segurança das crianças no trabalho de colheita e beneficiamento do agave (sisal) tem dado origem a um geração de mutilados.". PERNAMBUCO: "Aproximadamente 70 mil crianças e adolescentes com idade entre 7 e 17 anos, trabalham nos canaviais. Eles representam 30% da força de trabalho no

<sup>731</sup> Cf. ANDRADE, Lédio Rosa de. *Introdução ao direito alternativo brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996, p. 65-67.

<sup>732</sup> *Ibidem*, p. 68.

*setor. O número de jovens sem carteira de trabalho assinada chega a 86% e alguns nem são remunerados". MINAS GERAIS: "Foi constatada a presença marcante de crianças entre 7 e 12 anos de idade, na produção de carvão. Muitos nunca tomaram um copo de leite e nem sequer foram à escola". GOIÁS: "No município de Santa Helena, apesar da agricultura diversificada e lucrativa, as crianças entre 7 e 9 anos de idade são obrigadas a trabalhar como diaristas para sobreviver. Na região a criança convive com agrotóxicos, o que prejudica a saúde e a formação física.". MATO GROSSO DO SUL: "Cerca de 2.500 crianças e adolescentes estão envolvidos na produção de carvão. Os jovens têm jornada equivalente à de um adulto e são mais vulneráveis às doenças provocadas pela atividade. As crianças são responsáveis pelas tarefas de abastecimento e limpeza dos fornos de carvão." <sup>733</sup>*

Como se isso não fosse o bastante, ainda temos o triste relato do que podemos denominar "massacre dos inocentes" representado por episódios trágicos como o da *Chacina da Candelária (1993)* e retratado por DIMENSTEIN, na obra "Guerra dos Meninos: assassinatos de menores no Brasil". Segundo o autor:

*Apesar de impreciso e subestimado, o número de menores tidos como "infratores", assassinados por grupos de extermínio, atingiu em 1989 uma média de aproximadamente 1 por dia - em cada 100 menores vítimas de mortes de violência, 33 são eliminados por esquadrões. Essas são apenas as vítimas de grupos de extermínio. Se forem computados os homicídios, dado não disponível no país, o quadro se torna ainda mais grave. O cálculo não existe, mas há uma bateria de indícios. Só no Rio de Janeiro, também de janeiro a julho de 1989, foram 184 homicídios contra menores, envolvendo as mais diversas formas e motivos para a violência. Para se ter um idéia do valor desse número basta lembrar que em cinco meses de guerra civil no Líbano, país totalmente conflagrado, morreram, em seis meses, de março a gosto, também de 1989, 850 pessoas. Nesse período, no Líbano, segundo registros oficiais da Cruz Vermelha, morreram 30 menores devido à guerra, incluindo-se as vítimas de atentados e não simplesmente assassinatos. <sup>734</sup>*

Por fim, segundo dados oficiais, utilizados pelo Ministério Público de Santa Catarina na campanha contra os projetos de emenda constitucional que objetivam a redução da idade penal para os 16 anos, em 1998, de um total de 20 milhões, 22 mil adolescentes cumpriam medidas sócio-educativas, sendo que, destes, apenas 1.09% se enquadravam como violentos. Para cada 100 crimes praticados por adultos, os adolescentes praticam 10. Enquanto um adolescente pratica um ato infracional de

<sup>733</sup> Cf. LIMA, Miguel M. Alves. A violência como obstáculo à construção da "Cidadania da criança e do adolescente". *Revista Jurídica da Universidade Regional de Blumenau (FURB)*. Ano 3, número 6, dez. 1999, p.138-9.

<sup>734</sup> Cf. DIMENSTEIN, Gilberto. *A guerra dos meninos: assassinatos de menores no Brasil*. 4. ed. São Paulo: Brasiliense, 1990, p. 18.

homicídio, outros dez adolescentes são assassinados. 67% das mortes de adolescentes são por causas externas (homicídios, acidentes de trânsito).

A proposta nuclear deste trabalho, que adotamos como antídoto no combate à *cultura da violência contra crianças e adolescentes e na superação da tradição Menorista*, é baseada na convicção de que paralelamente à frente da luta empírica, que se desenrola no mundo das práticas sociais, faz-se necessário desenvolvermos estratégias no terreno do imaginário e do teórico.

Sem estabelecermos uma ruptura com a *racionalidade menorista*, continuaremos suscetíveis à recorrência das culturas básicas do Direito do Menor: as culturas da "compaixão-repressão"<sup>735</sup>, da "discricionariedade"<sup>736</sup>, da "ambigüidade"<sup>737</sup> e "substancialista".<sup>738</sup>

<sup>735</sup> Para esta *cultura*, hegemônica no imaginário menorista em que serve "para legitimar a negação de todos os direitos que as constituições reconhecem a absolutamente todos os seres humanos". (Ver MÉNDEZ, Emílio García. Sistema de garantia de direitos. **II Conferência Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente**. Brasília: Anais, MJ/SNDN/CESPE/UnB, 1997, p.32. Em outra oportunidade, MÉNDEZ declarou que a "ideologia da compaixão-repressão" significa basicamente: "A existência de uma cultura que não quis, não pode ou não soube oferecer proteção aos setores mais vulneráveis da sociedade, a não ser declarando previamente algum tipo de incapacidade e os condenando a algum tipo de segregação estigmatizante." (Ver MÉNDEZ, Emílio García. Legislação de "Menores" na América Latina: uma doutrina em situação irregular. **III Seminário Latino-americano "Do avesso ao Direito"**. São Paulo: out./92. Para os defensores da cultura da "compaixão-repressão" a criança e o adolescente não são nem pessoas humanas, nem cidadãos, mas projetos de pessoas humanas, *adultos em miniatura*, suscetíveis de compaixão por suas incapacidades, mas passíveis de repressão, para o seu próprio bem, pois, como ensina o ditado popular: "é de pequenino que se torce o pepino".

<sup>736</sup> A cultura da *discricionariedade* representa um modelo de abordagem e julgamento que confia exclusivamente no critério axiológico dos agentes do "sistema tutelar" do Menorismo. Neste caso, destacam-se o "Curador de Menores" e o "Juiz de Menores", atores-chaves do sistema de intervenção "tutelar" do Estado sobre os "menores irregulares", vistos como portadores de *patologia social*, o que justifica a apreensão, o diagnóstico, o etiquetamento, a deportação e o confinamento ou institucionalização nas instituições de reeducação ou ressocialização. Tudo isso é feito porque é o que atende ao "superior interesse do menor". A *discricionariedade* quer dizer espaço aberto ao puro subjetivismo do intérprete/aplicador do Direito do Menor.

<sup>737</sup> Cf. Emílio García Méndez, "o paradigma da ambigüidade se apresenta como uma síntese eclética, apropriada para esta época de "fin das ideologias". O paradigma da ambigüidade se encontra muito bem representado por aqueles que, rechaçando totalmente o paradigma da situação irregular, não conseguem acompanhar – talvez pela diminuição significativa das práticas discricionárias e paternalistas na lida com as crianças – as transformações reais e potenciais que são deduzidas da aplicação consequente do paradigma da proteção integral, que considera a criança e o adolescente um sujeito de direitos, e também de responsabilidades." (Ver MÉNDEZ, Emílio García. "Infância, lei e democracia: uma questão de justiça". In **Infância, lei e democracia na América Latina: análise crítica do panorama legislativo no marco da Convenção Internacional dos Direitos da Criança (1990-1998)**. Emílio García Méndez-Mary Beloff. Org. Trad. de Eliete Ávila Wolff. Blumenau-SC: EDIFURB, 2001, p.29.

<sup>738</sup> A "cultura do substancialismo" é lembrada por MÉNDEZ, que explica: "Substancialistas" são aqueles que "desde diferentes posições político-ideológicas, subestimam as capacidades reais, positivas ou negativas, do direito. São os mesmos que outorgam um caráter automático e inelutavelmente condicionante ao que eles, arbitrariamente, definem como condições materiais determinantes. Na prática são aqueles que nos alertam sobre a inutilidade de qualquer reforma que não seja "profundamente estrutural". São os portadores, conscientes ou inconscientes, da perspectiva que produz o efeito duplamente perverso da pobreza. Uma vez como produtora de situações concretas de profundo mal-estar social e perda da dignidade humana (nos pobres), e outra vez (nos não pobres) em seu uso instrumental

Uma boa estratégia epistemológica e metodológica para esse fim é concebermos o Direito da Criança e do Adolescente em função do que esse sistema jurídico contém de essencial para funcionar como "*técnica de garantia*".

Do nosso ponto de vista, esta característica ontológica consiste na dupla sistematicidade que caracteriza este novo Direito:

- a) é um *sistema de princípios e regras, enfaticamente principiológico*,
- b) é um *sistema de Direitos Fundamentais*.

Esta dupla sistematicidade não tem um caráter meramente ou primordialmente formal, mas, ao contrário, é pré-determinado por uma perspectiva axiológica-teleológica objetiva, que condiciona a disposição organizativa da ordem interna e a dinâmica dos elementos jurídicos e sócio-políticos - *princípios, regras e Direitos Fundamentais*, do Direito da Criança e do Adolescente.

Desta forma, a proposta de abordagem sistemático-principiológica que ora formulamos não se refere ao Direito como um sistema axiomático-dedutivo, mas, necessariamente, consulta à concepção dialética de um sistema axiológica e teleologicamente aberto e, conseqüentemente, hetero-poyético..

Isso implica a necessidade de estabelecermos um significado jurídico mínimo para os *Princípios Fundamentais Gerais* que compõem a estrutura axiológica e teleologicamente aberta e ordenável do Direito da Criança e do Adolescente - que são *princípios estruturantes e concretizantes*.

Na verdade, esta posição epistemológica e metodológica pressupõe que a *validade formal e material* e a *efetividade do Direito da Criança e do Adolescente* não podem ficar à mercê de *ventos favoráveis* ou de predisposições ou intenções políticas, jurídicas, institucionais ou qualquer outra motivação dirigida apenas à sua concretização momentânea ou episódica.

A reflexão que aqui fazemos sobre o conteúdo sócio-jurídico mínimo dos Princípios Fundamentais Gerais do Direito da Criança e do Adolescente tem a finalidade de edificar os alicerces teórico-doutrinários e teórico-dogmáticos para o ingresso na compreensão do conteúdo das diversas partes do Ordenamento em função de uma pauta

---

*como mau coringa que explica (e sugere) as várias formas de resignação. "Aqui não se podem respeitar os direitos humanos até que a pobreza não seja erradicada" é a frase feita do simplismo que melhor sintetiza a posição "substancialista". (Ver MÉNDEZ, Emílio García. **Infância, lei e democracia: uma questão de justiça**. Trad. de Ivone Selva Santos Canani. Blumenau-SC: Coordenação de publicação: Roberto Diniz Saut. Publicação para o Congresso Sul Brasileiro de Políticas Sócio Educativas, 1998, p. 10.*



de valores e fins que, sem pretensão de serem absolutos, forneçam elementos substanciais para unidade da ordem interna do Sistema Jurídico - entendendo-se esta "*unidade*" como "*adequação axiológica e teleológica*" do Ordenamento em face da realidade social subordinada aos comandos jurídico-constitucionais do Estado Democrático de Direito.

Para isso, a investigação que trazemos a público tem o compromisso ético incontornável de ser substancialmente um projeto teórico-doutrinário e teórico-dogmático dirigido pelos ditames da lógica material, enquanto forma de pensar que compreende e ordena as relações sociais recorrendo a uma visão sistêmica capaz de possibilitar que o Direito da Criança e do Adolescente parta *do*, dirija-se *para* e atinja o "mundo da vida", ou o plano da existência histórico-social concreta dos seus destinatários diretos, vistos como portadores do supremo valor dignidade da pessoa humana.

Além disso, esta abordagem sistemático-principiológica concebe o ser humano como um *ser histórico, enredado entre o horizonte do passado e do futuro, na construção do presente, entre o horizonte do passado e do presente, na construção do futuro...*

Esta perspectiva existencial do ser humano faz dele um construtor do seu mundo em experiência reflexiva e reflexão objetivante ou instituinte de novas realidades. "*Instituído/Instituinte*", esta é a identidade histórico-social-dialética desse ser que, dada a *inesgotabilidade ontológica* que lhe é peculiar, faz dos objetos que produz a materialização de sua transcendência em face da "*história efetual*", ou *operante*.

Este é o contexto geral em que situamos a busca da *validade e da efetividade* do Direito da Criança e do Adolescente, como instrumento de garantia da Proteção Integral e dos Direitos Fundamentais infanto-juvenis.

Neste ponto, a discussão sobre um projeto hermenêutico para o Direito da Criança e do Adolescente assume contornos específicos de inestimável valor. Torna-se, então, imperativo categórico lembrar estas lições de GADAMER:

- "*Entre a Hermenêutica Jurídica e a Dogmática Jurídica existe [...] uma relação essencial na qual a Hermenêutica detém a posição dominante*",<sup>739</sup>
- "*o fenômeno hermenêutico não é, de forma alguma, um problema de método.*",<sup>740</sup>
- toda interpretação pressupõe uma *pré-compreensão* do intérprete sobre o objeto interpretado,

<sup>739</sup> Cf. GADAMER. Op. cit., p. 490.

<sup>740</sup> Ibidem, p. 31.

- compreendemos situados no mundo como seres históricos e "*ser histórico quer dizer não esgotar-se nunca no saber-se*",<sup>741</sup>
- o "nosso" compreender é "*um processo de fusão de horizontes*"<sup>742</sup> - o horizonte da tradição e o horizonte do presente, o horizonte do texto e o horizonte do intérprete,
- a "*compreensão*" que antecede a toda interpretação de um texto pressupõe um posicionamento prévio, que ocorre numa totalidade conjuntural ("*círculo hermenêutico*"),
- na Hermenêutica Jurídica, como na Hermenêutica Teológica, a *interpretação é já aplicação*, porque, nestes casos, a interpretação não é histórica, mas concretizante da validade teológica ou jurídica do texto, do instituto etc.,
- o ser humano é um ser essencialmente *lingüístico*. A linguagem representa o fato de que o ser humano tem mundo. *A existência do Dasein é constituída linguisticamente*,
- a linguagem integra a experiência hermenêutica: o compreender e compreender-se do Dasein. Assim, não pode ser simplesmente possuída ou manejada, mas é parte essencial do ato hermenêutico. Sem linguagem não existe *compreensão* nem *interpretação*,
- a linguagem é *especulativa*, isto é, *anti-dogmatista* e, conseqüentemente, também o é toda interpretação, no sentido de que o ato interpretativo escapa à "*auto-consciência metodológica*",
- a disciplina metódica não responde com exclusividade pela legitimidade do produto do ato interpretativo. "*O que a ferramenta do "método" não alcança tem de ser conseguido e pode realmente sê-lo através de uma disciplina do perguntar e do investigar...*",<sup>743</sup>

Dando atenção especial à contribuição gadameriana, pensamos a Hermenêutica Jurídica a partir dos seguintes pressupostos gerais:

- a) a inescotabilidade do sentido (axiológico e teleológico) da experiência humana e, conseqüentemente da experiência jurídica,

<sup>741</sup> Ibidem, p.451.

<sup>742</sup> Ibidem, p.458.

<sup>743</sup> Cf. GADAMER. Op. cit., p.709.

b) abordagem *processual e utópica* da realidade social, e portanto, do Direito enquanto instância do social,

c) abordagem do Direito em função do caráter histórico-social do ser humano como um ser de existência.

Isto significa para nós, como já enfatizamos, que a Hermenêutica Jurídica caracteriza-se como *um saber histórico-social, crítico-dialético, que tem como primeiro fundamento uma dimensão antropológica singular, afirmativa da condição existencial-fenomenológica do ser humano, razão pela qual baseia-se, originariamente, na “compreensão” (“mobilidade fundamental do Dasein”), implica em mundividência e, a partir disso, estuda os critérios de produção de sentido dos textos legais, para possibilitar a concretização atualizada das normas – princípios e regras – jurídicas. Assim, antes de discutir os meios utilizados pelo intérprete para concretizar as normas jurídicas, a Hermenêutica Jurídica interessa-se pelos fundamentos existenciais do ato interpretativo, atitude que a afasta decisivamente da vulgata positivista ainda presente no nosso meio jurídico.*

Dado o caráter duplamente sistemático do Direito da Criança e do Adolescente, vislumbramos o modelo hermenêutico adequado a esse ramo jurídico a partir dessas premissas epistemológicas e metodológicas:

- Direito da Criança e do Adolescente é um Direito Garantista, isto é, eticamente e juridicamente comprometido com a concretização da cidadania infanto-juvenil (Proteção Integral, Direitos Fundamentais),

- o Direito da Criança e do Adolescente implica a subordinação da Sociedade e do Estado à Democracia como valor universal, o que, conseqüentemente, atribui ao regime dos direitos, liberdades e garantias o *status* de *eixo-central* da ordem social e política,

- o Direito da Criança e do Adolescente representa uma *ruptura paradigmática* com a tradição cultural e jurídico-positiva do *Menorismo* que vigorou no Brasil dos anos 20 ao final dos anos 80 do século passado,

- o Direito da Criança e do Adolescente é um sistema *axiológica e teleologicamente aberto e ordenável* de princípios e regras e de Direitos Fundamentais que integram o conceito jurídico-sócio-político de cidadania infanto-juvenil,

- sendo um sistema *aberto*, o Direito da Criança e do Adolescente consulta à *inesgotabilidade do sentido da experiência humana*,

- sendo um sistema *ordenável*, o Direito da Criança e do Adolescente possibilita o estabelecimento de uma *ordenação mínima* que pode ser obtida através do recurso ao denominado “*princípio de hierarquização axiológica*”,
- em vista disso, é possível fixar a superioridade “*prima facie*” dos princípios sobre as regras e determinados princípios sobre outros,
- assim, pode-se ter uma *ordenação mínima* que garanta a *unidade da ordem interna do sistema enfaticamente principiológico*, concebendo-se esta unidade como adequação axiológica e teleológica do Ordenamento,
- a visão jusfundamentalista inerente ao Direito da Criança e do Adolescente e à Hermenêutica adequada a esse ramo jurídico exige a afirmação do “*grau superior*” dos Direitos Fundamentais e dos valores da pessoa humana contemplados pela Constituição Federal e pela ordem jurídica geral do Estado Democrático de Direito,
- neste contexto hermenêutico, a *dignidade da pessoa humana* constitui o *valor-central* da ordem jurídico-política brasileira,
- a concretização do Direito da Criança e do Adolescente deve levar em conta os traços essenciais dos Direitos Fundamentais, tais como, a *fundamentalidade formal e material*, o *caráter material aberto*, a *aplicabilidade imediata ou direta*, a *eficácia vinculativa geral*, a *multifuncionalidade*, o *caráter excepcional e restritivo das reservas estabelecidas para o exercício dos Direitos Fundamentais*, o *caráter necessariamente constitucional das restrições (aplicável aos Direitos Fundamentais sem reserva)*, o *critério ampliativo da interpretação jusfundamentalista etc.*,
- as normas de Direitos Fundamentais estão asseguradas por procedimentos formais (procedimento agravado) e pelos postulados materiais (cláusulas pétreas) da reforma da Constituição.

Com estes subsídios teóricos (doutrinários e dogmáticos, analíticos e zetéticos) dando destaque à questão hermenêutica, pensamos que é possível combater eficazmente as tendências de invalidação material e de negação da eficácia social do Direito da Criança e do Adolescente enquanto *ruptura paradigmática em face da tradição menorista, que abrange o Direito do Menor e suas Doutrinas*, suas culturas de base, seus critérios de legitimação, suas instituições, suas metodologias de interpretação e de abordagem das situações concretas que afetam interesses ou direitos de crianças e adolescentes, enfim o Direito positivado e tudo o que contribui para a sua concretização no processo social.

Não temos dúvida de que isso é possível, porquanto trabalhamos com a hipótese de uma racionalidade jurídica emancipatória, cuja presença é marcante no Direito da Criança e do Adolescente como em outras manifestações do Direito Positivo, como as chamadas *leis de função social*. A constatação de que o Direito da Criança e do Adolescente contém expressões jurídico-positivas comprometidas com a positivação histórica de Direitos Fundamentais implica superarmos as posições teóricas que reduzem a racionalidade do Direito à sua concretização enquanto racionalidade instrumental ou de dominação. Estas abordagens niilistas do Direito não percebem, como já apontava PASHUKANIS, que o Direito é *fenômeno social objetivo, e por isso "não pode ser esgotado pela norma ou pela regra, seja escrita ou não escrita. Na norma como tal, isto é, seu conteúdo lógico, ou é um inferência de relações sociais existentes, ou não representa, quando é promulgada como lei estatal, mais que um sintoma que permite prever com certa aproximação o futuro nascimento de relações correspondentes."*<sup>744</sup> É neste último caso que se insere o Direito da Criança e do Adolescente, razão porque sua concretização exige uma profunda revisão das relações sociais e institucionais. Por outro lado, as abordagens niilistas do Direito não consideram a possibilidade de o Direito Positivo possuir uma *racionalidade processual* - "tomado como conceito que aglutina ao mesmo tempo as energias contraditórias que o definem: a conservadora e a transformadora", como observa ARRUDA JÚNIOR, lembrando que esta última energia não se esgota em negar a *racionalidade técnica para a opressão*, mas se desenvolve como *racionalidade técnica para a emancipação*.<sup>745</sup>

Neste sentido, prossegue ARRUDA JÚNIOR, a luta pelo Direito e por direitos significa inclusive resgatar o caráter emancipatório do Direito presente na proposta jurídico-política do Iluminismo. Para isso, é preciso distinguirmos *modernidade* e *modernização*. Citando LECHNER, ARRUDA JÚNIOR sustenta que " *Enquanto a modernidade aponta para a autodeterminação política e para a autonomia moral, a modernização refere-se à previsibilidade e ao controle dos processos sociais e naturais. A relação entre ambas contém uma tensão inexorável que caracteriza a época moderna, incluindo o debate sobre a pós-modernidade.*"<sup>746</sup> Desta forma, é um equívoco tomar a *modernidade* como expressão das *modernizações* capitalista e socialista burocratizante,

<sup>744</sup> Apud GENRO, Tarso. *Introdução crítica ao direito*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1988, p.17.

<sup>745</sup> Cf. ARRUDA JÚNIOR, Edmundo Lima de. *Direito Moderno e pluralismo jurídico: notas para pensar a racionalidade jurídica processual*.

<sup>746</sup> *Ibidem*.

exemplares da *dominância da racionalidade técnico instrumental*. Esta forma de pensar conduziria a entendermos que a modernidade nada teria a nos oferecer como referência axiológica na abordagem das questões aqui debatidas. Isso nos levaria ao *irracionalismo jurídico* que, como observa ARRUDA JÚNIOR, é um caminho para chegarmos à barbárie neo-liberal, baseada na dilapidação do conceito de Estado, na desregulamentação jurídica ou desjurisdificação e na limitação da perspectiva das liberdades e dos direitos, e especialmente os sociais ou de prestação, liberando as forças dominantes para rapina globalizada.

Concordando com as colocações de ARRUDA JÚNIOR, entendemos que a nossa luta pelos Direitos Fundamentais de Crianças e Adolescentes é, em primeiro lugar, a luta pelo Direito. Neste sentido, trata-se da busca de *"uma ordem jurídica positiva que realize de maneira mais equilibrada os ideais da racionalidade jurídica normativa legada da Ilustração, reconstruída constantemente face às novas demandas, que entre nós não são tão novas, mas centenárias, como as demandas por pão, por saúde, por educação, por habitação, e quem sabe, por que não - sonhar é preciso -, até por lazer."*<sup>747</sup>

É nesta perspectiva que concordamos com a assertiva de MÉNDEZ, para quem a Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança (ONU), é a "Revolução Francesa com 200 anos de atraso", em prol da criança e do adolescente em todo Mundo e, especialmente, no Brasil em razão da inserção deste "Tratado de Direitos Humanos" no nosso Direito Interno no mesmo nível das normas constitucionais sobre Direitos Fundamentais. Desta forma, se, como pensa BARATTA, o pacto político moderno não se realizou para crianças e adolescentes, pode realizar-se agora, desde que juristas e operadores do Direito, cômicos se sua responsabilidade social, saibam extrair do Direito da Criança e do Adolescentes suas potencialidades emancipatórias.

Para além do *paradigma da indústria*, lembrado por ARRUDA JÚNIOR, que leva os "pós-modernos" à *"crítica virulenta/negação do projeto Ilustrado"*, podemos pensar nos *paradigma pessoa humana e cidadania*. O que não podemos fazer é renunciar à Razão para termos fé na descrença.<sup>748</sup>

Em vista disso, é fundamental que, munidos do *"Princípio Esperança"* de que nos fala ERNST BLOCH, avalisemos as potencialidades *"instituintes"* ou *operantes* do Direito da Criança e do Adolescente, pois, para nós, a concretização do Direito, como de

<sup>747</sup> Cf. ARRUDA JÚNIOR. Neo-liberalismo, reforma do Estado e modernidade. Comunicação destinada ao III Encontro Internacional do Direito Alternativo, no painel sobre "Modernidade Jurídica e projeto neo-liberal", 17 de outubro de 1996, Florianópolis, SC.

<sup>748</sup> Cf. ARRUDA JÚNIOR. Op. cit.

tudo o que deriva do Ser Humano, é condicionada pela visão utópica-concreta. Já ressaltamos isso quando tratamos dos pressupostos gerais da Hermenêutica Jurídica. Aqui vale novamente lembrar ARRUDA JÚNIOR: *“Pensar direito e mudança social exige pensar, do nosso ponto de vista, a crise, a avaliação e as soluções que apontem para um século XXI com graus maiores de democracia que os primariamente conquistados no século XX”*.<sup>749</sup>

Finalmente, acreditamos firmemente na possibilidade real de superarmos os condicionamentos sócio-culturais contrários à perspectiva social, jurídica e política do Direito da Criança e do Adolescente, propiciando condições para que juristas, operadores do Direito e toda a gama de atores sociais inseridos em campos de atividade comprometidos com a cidadania infanto-juvenil, ou que a afetem, formem uma autêntica rede de garantia para concretizá-la, observando-se os princípios, valores e fins deste novo Direito, no contexto jurídico-constitucional do Estado Democrático de Direito.

Desejamos estar contribuindo para essa Grande Mutação e por isso, parafraseando LYRA FILHO, um incansável buscador da dignidade política do Direito, goataríamos de dizer:

***TEMOS A PLENA CONSCIÊNCIA DAS DIFICULDADES DA TAREFA, MAS TAMBÉM DA NECESSIDADE ÍNTIMA E DO DEVER SOCIAL DE EMPREENDE-LA. POR ISSO, PREFERIMOS, DE TODO MODO, O RISCO DAS IMPERFEIÇÕES, NA EXECUÇÃO DUM PROJETO ARROJADO, AO PERFEITO ACABAMENTO NO JOGO FÚTIL DE FORMALISMOS ABSTRATOS E DE EMPIRISMOS RASTEIROS, BEM COMPORTADOS E MEDÍOCRES !***

No nosso entendimento, o Direito da Criança e do Adolescente é uma fonte inesgotável de pedagogia sócia, política e jurídica que pode envolver a Sociedade em sua totalidade e em sua complexidade, na construção de um projeto de vida fundado numa nova cultura de base, numa nova ética para as relações interindividuais e intergrupais, num novo sentido para o Mundo e para a Humanidade em todas as suas variações de gênero, de etnias, de culturas, de desenvolvimento individual e coletivo. Sendo assim, a luta pelos direitos de crianças e adolescentes cumpre o seu mais importante papel, na medida em que representa uma das grandes Utopias indutoras e condutoras de nossas Sociedades, historicamente portadoras de vícios morais que as conduziram ao abismo da banalização da violência e do terror sócio-político, ao labirinto do Despotismo e da Barbárie travestidos de Democracia e Humanismo!.

---

<sup>749</sup> Cf. ARRUDA JÚNIOR. Modernidade e pós-modernidade: racionalismo *versus* neo-irrcionalismo no direito.

**REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**



## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGUIAR, Roberto A. R. de. **O que é justiça: uma abordagem dialética**. 2. ed. São Paulo: Alfa-Ômega, 1987.

ALBERGARIA, Jason. **Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente**. Rio de Janeiro: Aide, 1991.

ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Tradução para o espanhol de Elías Díaz. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

ALSTON, Philip; GILMOUR-WALSH, Bridget. **El interés superior del niño: hacia una síntesis de los derechos del niño y de los valores culturales**. Tradução de Christoph Wagner. Buenos Aires: UNICEF, 1997.

ALVES, Rubem. **A gestação do futuro**. Tradução de Francisco Duarte Júnior. Campinas: Papyrus, 1987.

AMARAL E SILVA, Antônio Fernando do. **A criança e seus direitos** (debate promovido pela PUC/RIO e FUNABEM e editado pela PUC em 1990).

\_\_\_\_\_. A mutação judicial. **Revista Brasil Criança Urgente – A Lei 8069/90**. 1. ed. São Paulo : Columbus, 1990.

\_\_\_\_\_. A nova justiça da infância e da juventude. In: PEREIRA, Tânia da Silva (Coord.). **Estatuto da Criança e do Adolescente: estudos sócio-jurídicos**. Rio de Janeiro: Renovar, 1992.

\_\_\_\_\_. “Apresentação”. In: Estatuto da Fundação Vida, Florianópolis, 1991.

\_\_\_\_\_. et al. **Estatuto da Criança e do Adolescente – comentários jurídicos e sociais**. São Paulo: Malheiros, 1991.

ANDRADE, Christiano José de. A hermenêutica jurídica segundo Aulis Aarnio: as teorias da justificação fática do discurso jurídico decisório e da responsabilidade social do

intérprete. **Revista APMP da Associação Paulista do Ministério Público**, São Paulo, ano 1, n. 6, p. 32, maio 1997.

ANDRADE, Lédio Rosa de. **O que é direito alternativo?** Florianópolis : Obra Jurídica, 1998.

\_\_\_\_\_. **Introdução ao direito alternativo brasileiro.** Porto Alegre: do Advogado, 1996.

ANDRADE, Vera Regina de. **A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal.** Porto Alegre: do Advogado, 1997.

ARANTES, Esther Maria de Magalhães. Rostos de crianças no Brasil. In: PILLOTTI, Francisco; RIZZINI, Irene (Org.). **A arte de governar crianças: a história das políticas sociais, da legislação da assistência à infância no Brasil.** Rio de Janeiro: Instituto Interamericano Del Niño/Universitária Santa Úrsula/AMAIS, 1995.

ARIÈS, Phillip. **História social da criança e da família.** 2. ed. Tradução de Flora Flaksman. Rio de Janeiro : LTC, 1981.

ARISTÓTELES. **Política.** Tradução de Mário Gama Kury. Brasília: Ed.UnB, 1985.

ARRUDA JÚNIOR., Edmundo Lima de. **Direito moderno e pluralismo jurídico: notas para pensar a racionalidade jurídica processual.** Mimeo.

\_\_\_\_\_. **Direito alternativo no Brasil: alguns informes e balanços preliminares.** In: ARRUDA JÚNIOR, Edmundo Lima de (Coord.). **Lições de Direito alternativo 2.** São Paulo: Acadêmica, 1992.

\_\_\_\_\_. **Os caminhos da globalização: alienação e emancipação.** In: **Revista Jurídica da UNIDERP – Universidade para o Desenvolvimento do Estado e da Região do Pantanal – Direito e Globalização.** Campo Grande: UNIDERP, v.1, n. 1, jun. 1998, p. 85.

\_\_\_\_\_. **Introdução à sociologia jurídica alternativa.** São Paulo: Acadêmica, 1993.

AZEVEDO, Plauto Faraco de. **Crítica à dogmática e hermenêutica jurídica.** Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1989.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. **Curso de direito administrativo.** 11. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

BARATTA, Alessandro. Infancia y democracia. In: MÉNDEZ, Emílio Garcia; BELOFF, Mary (Org.). **Infância, ley y democracia**. Santa Fé de Bogotá-Buenos Aires: Temis-Ediciones de Palma, 1998. P. 43-44.

\_\_\_\_\_. La niñez como arqueología del futuro. In: BIANCHI, María del Carmen (Org.). **El derecho y los chicos**. 1. ed. Buenos Aires: Espacio Editorial, 1995.

\_\_\_\_\_. Democracia y derechos del niño. In: \_\_\_\_\_. **El derecho y los chicos**. 1. ed. Buenos Aires: Espacio Editorial, 1995.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. São Paulo: Saraiva, 1996.

BAZILIO, Luiz Cavalieri. **O menor e a ideologia da segurança nacional**. Belo Horizonte: Veja-Novo Espaço, 1985.

BELOFF, Mary. Los sistemas de responsabilidad penal juvenil en América Latina. In: \_\_\_\_\_. **Infancia, ley e democracia en América Latina**. Santa Fe de Bogotá-Buenos Aires: Editorial Temis-Ediciones De Palma, 1998.

BETTI, Emilio. **Interpretación de la ley y de los actos jurídicos**. Tradução para o espanhol de José Luis de los Mozos. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado-Editoriales de Derecho Reunidas, 1975.

BIANCHI, Maria Del Carmen (Org.). **El derecho y los chicos**. Buenos Aires: Espacio Editorial, 1995.

BLEICHER, Josef. **Hermenêutica contemporânea**. Tradução de Maria Georgin Segurado. Lisboa: Edições 70, 1992.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

\_\_\_\_\_. **Direito e estado no pensamento de Emanuel Kant**. Tradução de Alfredo Fait. Brasília: Editora UnB, 1984.

\_\_\_\_\_. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito**. Compilação de Nello Morra. Tradução de Márcio Pugliesi et al.. São Paulo: Ícone, 1995.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 10. ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Malheiros, 2000.

\_\_\_\_\_. **Curso de direito Constitucional**. 5. ed. rev. ampl. São Paulo: Malheiros, 1994.

BOSI, Alfredo (Coord., Ed., Trad.). **Dicionário de filosofia**. São Paulo: Mestre Jou, 1970.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Aspectos da teoria geral dos direitos fundamentais. In: MENDES, Gilmar Ferreira et al. **Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

BRUÑOL, Miguel Cillero. El interés superior del niño en el marco de la convención internacional sobre los derechos del niño. In: MÉNDEZ, Emílio García; BELOFF, Mary (Org.). **Infância, ley y democracia en América Latina**. Santa Fé de Bogotá-Buenos Aires: Editorial Temis-Ediciones De Palma, 1998.

BURNS, Edward McNall et al. **História da civilização ocidental: do homem das cavernas às naves espaciais**. Tradução de Donaldson M. Garschagen. 29. ed. Porto Alegre-Rio de Janeiro: Globo, 1986.

CADERMATORI, Sérgio. **Estado de direito e legitimidade: uma abordagem garantista**. Porto Alegre: do Advogado, 1999.

CALLERA, Nicolás Maria López. **Filosofía del derecho**. Granada: Comares, 1992.

CAMPANHOLE, Adriano; CAMPANHOLE, Hilton Lobo. **Constituições do Brasil**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 1979.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. Tradução de A. Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional**. 6. ed. revista (reimpressão). Coimbra: Almedina, 1995.

CARRIÓ, Genaro R.. **Principios jurídicos y positivismo jurídico**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1970.

CARVALHO, Francisco Pereira Bulhões de. **Direito do menor**. Rio de Janeiro: Forense, 1977.

CAVALLIERI, Alyrio. A criança e seus direitos – Em debate : **Estatuto da Criança e do Adolescente e Código de Menores**. Rio de Janeiro: PUC-RIO-FUNABEM, 1990.

\_\_\_\_\_. **Direito do menor**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1976.

CERQUEIRA, Carlos Magno Nazareth. A polícia frente ao Estatuto da Criança e do Adolescente. **O Policial Militar e o Estatuto da Criança e do Adolescente**. Estado de Santa Catarina – Secretaria de Segurança Pública – Polícia Militar.

CHAUÍ, Marilena. **Conformismo e resistência**: aspectos da cultura popular no Brasil. São Paulo: Brasiliense, 1987.

\_\_\_\_\_. **O que é ideologia**. 8. ed. São Paulo : Brasiliense, 1982.

COELHO, Luís Fernando. **Lógica jurídica e interpretação das leis**. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

COSTA, Antônio Carlos Gomes da. **De menor a cidadão**: notas para uma história do novo direito da infância e da juventude no Brasil. Ministério da Ação Social – Centro Brasileiro para a Infância e Adolescência. Brasília, [199-], p. 14-15.

\_\_\_\_\_. **É possível mudar – a criança, o adolescente e a família na política social do município**. (Série Direitos da Criança 1). São Paulo: Malheiros, 1993.

\_\_\_\_\_. **Niños y niñas de la calle**: vida, pasión y muerte. Buenos Aires: UNICEF Argentina, 1993.

\_\_\_\_\_. **As crianças e jovens expostos à situação de elevado risco pessoal e social**. Trabalho interno do Ministério da Previdência e Assistência Social-MPAS. Rio de Janeiro, [198-].

\_\_\_\_\_. Natureza e implantação do novo direito da criança e do adolescente. In: PEREIRA, Tânia da Silva (Org.). **Estatuto da criança e do adolescente**: estudos sócio-jurídicos. Rio de Janeiro: Renovar, 1992.

\_\_\_\_\_. *Pedagogia y justicia*. In: MÉNDEZ, Emilio García; BELLOF, Mary (Org.). **Infancia, ley y democracia en América Latina**. Santa Fe de Bogotá-Buenos Aires: Editorial Temis-Ediciones De Palma, 1998.

\_\_\_\_\_. *Infância, juventude e política social no Brasil*. In: **Brasil, Criança – Urgente: a lei 8069/90: o que é preciso saber sobre os novos direitos da criança e do adolescente**. 1. ed. São Paulo: Instituto Brasileiro de Pedagogia Social/Columbus Cultural, 1990.

COUTO E SILVA, Golbery do. **Geopolítica do Brasil: conjuntura política nacional o poder executivo & geopolítica do Brasil**. 2. ed. (Coleção Documentos Brasileiros). Rio de Janeiro: José Olympio, 1981.

CRETELLA JR., José. **Curso de direito administrativo**. Rio de Janeiro-São Paulo: Forense, 1967.

CURY, Munir. *As medidas sócio-educativas no estatuto da criança e do adolescente*. In: CONGRESSO DA ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DOS JUIZES E CURADORES DE MENORES, 14, 1991, Vitória Anais... Vitória, out. 1991.

\_\_\_\_\_; AMARAL E SILVA, Antônio Fernando do; MÉNDEZ, Emilio García (Coord). **Estatuto da Criança e do Adolescente comentado: comentários jurídicos e sociais**. São Paulo: Malheiros, 1992.

DALARI, Dalmo. *Humanismo jurídico*. **Boletim Juízes para a Democracia** – publicação oficial da Associação de Juízes para a Democracia, ano 5, n. 15, out./dez. 1998, p. 1.

DICIONÁRIO DE CIÊNCIAS SOCIAIS. 2. ed. São Paulo: FGV/MEC, 1967.

DREIFFUS, René. **O jogo da direita**. Petrópolis: Vozes, 1989.

DWORKIN, Ronald. **Los derechos em serio**. Tradução de Marta Guastavino. Barcelona: Ariel, 1997.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de princípios constitucionais: elementos teóricos para uma formulação dogmática constitucionalmente adequada**. Florianópolis, out. 1996.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. 1. ed., 2. tir. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

ESPÍRITO SANTO, José do. A criança e o adolescente em conflito com a lei: a relação policial em questão. **O Policial Militar e o Estatuto da Criança e do Adolescente**. Estado de Santa Catarina – Secretaria de Segurança Pública – Polícia Militar.

FALCÃO, Raimundo Bezerra. **Hermenêutica**. São Paulo: Malheiros Editores, 1997.

FALEIROS, Vicente de Paula. Infância e processo político no Brasil. In: PILLOTTI, Francisco; RIZZINI, Irene (Org.). **A arte de governar crianças: a história das políticas sociais, da legislação da assistência à infância no Brasil**. Rio de Janeiro: Instituto Interamericano Del Niño/Universitária Santa Úrsula/AMAI, 1995. p. 63.

FELDMAN, Gustavo. **Los derechos del niño**. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1998.

FERRAJOLI, Luigi. **Derecho e razón: teoria del garantismo penal**. Tradução de Perfecto Andrés Ibáñez et al.. Madrid: 1995.

\_\_\_\_\_. O direito como sistema de garantias. In: OLIVEIRA JR., José Alcebíades (Org.). **O novo em direito e política**. Porto Alegre: do Advogado, 1997.

\_\_\_\_\_. O direito como sistema de garantias. In: OLIVEIRA JR., José Alcebíades (Org.). **O novo em direito e política**. Porto Alegre: do Advogado, 1997.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. São Paulo: Atlas, 1990.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo dicionário Aurélio**. 1.ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, [19--].

FINGER, Julio Cesar. Constituição e direito privado: algumas notas sobre a chamada constitucionalização do direito civil. In: SARLET, Ingo Wolfgang. **A constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado**. Porto Alegre: do Advogado, 2000.

FOUCAULT, Michel. **Microfísica do poder**. 8. ed. Trad. Roberto Machado. Rio de Janeiro: Graal, 1979.

FREIRE, Paulo. **Educação e mudança**. 12. ed. Tradução de Moacir Gadotti e Lilian Lopes Martin. (Coleção Educação e Comunicação), v. I. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1983.

\_\_\_\_\_. **Pedagogia do oprimido**. 18. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987.

FREITAS, Juarez. **A interpretação sistemática do direito**. São Paulo: Malheiros, 1995.

FROMM, Erich. **O medo à liberdade**. Tradução de Octávio Alves Velho. Rio de Janeiro: Zahar, 1970.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método: traços fundamentais de hermenêutica filosófica**. Tradução de Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 1997.

GARCIA, Anísio. **Direito do menor**. São Paulo : LEUD, 1988.

GENRO, Tarso. **Introdução crítica ao Direito**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1988.

GOMES NETO, Gercino Gerson. O adolescente, o Estatuto da Criança e do Adolescente e a redução da idade penal. **Atuação** – Revista da Associação Catarinense do Ministério Público, ano 1, 2. ed., fev. 2000, p. 24.

GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. São Paulo: Malheiros, 1996.

GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo (Coord.). **Participação e processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

GRONDIN, Jean. **Introdução à hermenêutica filosófica**. Tradução de Benno Dischinger. São Leopoldo: Editora Unisinos, 1999.

GRÜSPRUN, Haim. **Os direitos dos menores**. São Paulo: ALMED, 1985.

HEIDEGGER. **Ser e tempo, parte 1**. Tradução de Márcia de Sá Cavalcante. 6. ed. Petrópolis: Vozes, 1997.

HEKMANN, Susan J. **Hermenêutica e sociologia do conhecimento**. Tradução de Luís Manuel Bernardo. Lisboa: Edições 70, 1986.



HELLER, Hermann. **Teoria do estado**. Tradução Lycurgo Gomes da Motta. São Paulo: Mestre Jou, 1968.

HERKENHOFF, João Baptista. **Direito e utopia**. São Paulo: Acadêmica, 1993.

HILLESHEIM, Jaime. Descentralização e municipalização das políticas sociais públicas. **Dynamis** – Revista técnico-científica da Universidade Regional de Blumenau, v. 6, n. 25, p. 188, out./dez. 1998.

IANNI, Octavio. **O ciclo da revolução burguesa**. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 1984.

IHERING, Rudolph von. **A luta pelo direito**. Tradução de Vicente Sabino Júnior. São Paulo: Bushatsky, 1978.

KAPLAN, Abraham; LASSWELL, Harold. **Poder e sociedade**. Tradução de Maria de Seixas Correa. Brasília: EdUnB, 1979.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 3. ed. Trad. João Baptista Machado. São Paulo : Martins Fontes, 1991.

KRELL, Andreas J.. Controle judicial dos serviços públicos básicos na base dos direitos fundamentais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **A constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado**. Porto Alegre: do Advogado, 2000.

KUHN, Thomas. **A estrutura das revoluções científicas**. Tradução de Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. São Paulo: Perspectiva, 1992.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Tradução de José Lamego. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1983.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **A monografia jurídica**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1985.

LIBERATI, Wilson Donizeti. **O Estatuto da Criança e do Adolescente – comentários**. Brasília: IBPS, 1991.

LIMA, Miguel M. Alves. **Fundamentos jurídicos e sociais do Direito da Criança e do Adolescente: a busca da “criança perdida”, a descoberta da “criança cidadã”**. 2000.

Monografia – Centro de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis.

\_\_\_\_\_. Alves. Reflexões sobre o tema violência e justiça criminal. **Revista Jurídica da FURB** – Publicação semestral do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Regional de Blumenau, ano 3, n. 4/5, jun. 1998-jun. 1999.

LIXA, Ivone M. **A possibilidade de revisão da hermenêutica jurídica tradicional a partir de elementos da hermenêutica filosófica de Hans-Georg Gadamer**. 2000. Dissertação (Mestrado) – Centro de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis.

LUIZI, Luiz. **Os princípios constitucionais penais**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991.

LYRA FILHO, Roberto. **O que é Direito**. 11. ed. (Coleção Primeiros Passos). São Paulo: Brasiliense, 1990.

MACHADO, Roberto (Org. e Trad.). “Introdução” Por Uma Genealogia do Poder. In: \_\_\_\_\_. **Microfísica do poder**. 8. ed. Rio de Janeiro: Graal, 1979. p. XIII.

MANIN, Bernard. La democracia de los moderlos – los principios del gobierno representativo. **Sociedad** – Revista de la Facultad de Ciencias Sociales. Buenos Aires, n. 6, p. 14, abr. 1995.

MARREY, Adriano; FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui. **Teoria e prática do júri**. 6. ed., revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. **Introdução ao estudo do direito: conceito, objeto e método**. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor**. 3. ed. revista, atualizada e ampliada. 3. tiragem. São Paulo: RT, 1999.

MARONNA, Cristiano. A postulação da reforma agrária não se confunde com o esbulho possessório. **Jurisprudência Comentada – Boletim IBCCrim – Jurisprudência**, out. 1997.

MARTINS, Anísio Garcia. **Direito do menor**. São Paulo: LEUD, 1988.

MARTINS, Jorge Henrique Schaefer. **Prova criminal**: modalidades, valoração, incluindo comentários sobre a lei nº 9.296, de 24/7/96. Curitiba: Juruá, 1996.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 3. ed. refundida e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975.

MÉNDEZ, Emílio García. A doutrina de proteção integral da infância, da ONU. In: **Das necessidades aos direitos**. (Série Direitos da Criança 4). São Paulo: Malheiros, 1994.

\_\_\_\_\_. **História da criança como história do seu controle**.

\_\_\_\_\_. **Sistema de garantia de direitos**. In: CONFERÊNCIA NACIONAL DOS DIREITOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE, 2, 1997, Brasília. Anais... Brasília: MJ/SN/DH/CESPE/UnB, 1997.

\_\_\_\_\_. **Infância, lei e democracia**: uma questão de justiça. Tradução de Ivone Selva Santos Canani. Blumenau : Nova Era, 1998.

\_\_\_\_\_. “Infância, lei e democracia: uma questão de justiça.” Trad. de Eliete Ávila Wolff. In **Infância, lei e democracia na América Latina: Análise crítica do panorama legislativo no marco da Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança (1990-1998)**. MÉNDEZ, Emílio Garcia-BELOFF, Mary. Organizadores. Vol.1 Blumenau-SC: EDIFURB. 2001.

\_\_\_\_\_. Infância: legalidade democrática, derecho y realidad. In: BIANCHI, María del Carmen (Org.). **El derecho y los chicos**. 1. ed. Buenos Aires: Espacio Editorial, 1995.

\_\_\_\_\_. **Legislação de “Menores” na América Latina**: uma doutrina em situação irregular. In: SEMINÁRIO LATINO AMERICANO “DO AVESSE AO DIREITO”, 3, out. 1992, Brasília. Anais... Brasília.

\_\_\_\_\_. Legislação de “menores” na América Latina: uma doutrina em situação irregular. “Comunicação”. In: SEMINÁRIO LATINOAMERICANO “DO AVESSE AO DIREITO”, 4, set. 1992, Brasília. Anais... Brasília.

\_\_\_\_\_; BELOFF, Mary (Org.). **Infancia, ley y democracia en América Latina**. Buenos Aires: Temis-Ediciones DePalma, 1998.

\_\_\_\_\_; CARRANZA, Elías. **De la minoridad e la infancia – adolescência**: bases para una historia latinoamericana. Infância, adolescência y control social in America Latina. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1990.

MIAILLE, Michel. **Introdução crítica ao direito**. 2. ed. Trad. Ana Prata. Lisboa: Editorial Estampa, 1989.

MIRABETE, Júlio Fabrini. **Processo penal**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1992.

MOREIRA PINTO, João Baptista. **Direito e novos movimentos sociais**. São Paulo: Acadêmica, 1992.

MOTTI, Antônio José Ângelo. **Uma parte do mundo dos jovens autores de infração penal**. Campo Grande, abr. 1989. Trabalho final (Especialista em Psicologia Social) - Faculdade Dom Aquino de Filosofia, Ciências e Letras/Faculdades Unidas Católicas de Mato Grosso.

NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm. **Assim falava Zarathustra**. Tradução de Eduardo Nunes Fonseca. São Paulo: Hemus, 1977.

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

NORONHA, Fernando. **Direito e sistemas sociais**: a jurisprudência e a criação de direito para além da lei. Florianópolis: UFSC, 1988.

\_\_\_\_\_. **O direito dos contratos e seus princípios fundamentais**: a autonomia privada, boa fé, justiça contratual. São Paulo: Saraiva, 1994.

PALMER, Richard. **Hermenêutica**. Tradução de Maria Luísa Ribeiro Ferreira. São Paulo: Edições 70, 1986.

PASOLD, Cesar Luiz. **Função social do estado contemporâneo**. Florianópolis: ed. do autor, co-edição LADESC, 1984.

\_\_\_\_\_. **Prática da pesquisa jurídica: idéias e ferramentas úteis para o pesquisador do direito**. 3. ed. atualizada e ampliada. Florianópolis: OAB/SC Editora, 1999.

PATEMAN, Carole. **Participação e teoria democrática**. Tradução de Luiz Paulo Rouanet. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1992.

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

PEREIRA, Potyara A. P.. A questão do bem-estar do menor no contexto social da política social brasileira. **Serviço Social & Sociedade** – Revista de Serviço Social, São Paulo, ano IX, n. 27, p. 58, set. 1988.

PEREIRA, Tânia da Silva. **Direito da criança e do adolescente: uma proposta interdisciplinar**. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.

PILLOTTI, Francisco. Crise e perspectivas da assistência à infância na América Latina. In: \_\_\_\_\_. RIZZINI, Irene (Org.). **A arte de governar crianças: a história das políticas sociais, da legislação da assistência à infância no Brasil**. Rio de Janeiro: Instituto Interamericano Del Niño/Universitária Santa Úrsula/AMAIS, 1995. p. 30-31

\_\_\_\_\_. O contexto: a situação da infância na América Latina e a crise da resposta institucional. In: \_\_\_\_\_. RIZZINI, Irene (Org.). **A arte de governar crianças: a história das políticas sociais, da legislação da assistência à infância no Brasil**. Rio de Janeiro: Instituto Interamericano Del Niño/Universitária Santa Úrsula/AMAIS, 1995. p. 15.

\_\_\_\_\_. RIZZINI, Irene (Org.). **A arte de governar crianças: a história das políticas sociais, da legislação da assistência à infância no Brasil**. Rio de Janeiro: Instituto Interamericano Del Niño/Universitária Santa Úrsula/AMAIS, 1995.

PINOTIK, Antonio Jurandir. Do feitio de Goebbels. **Boletim Juizes para a Democracia** – Publicação oficial da Associação de Juizes para a Democracia, ano 5, n. 15, out./dez. 1998, p. 1.

PORTANOVA, Rui. **Princípios de processo civil**. Porto Alegre: do Advogado, 1995.

PRESSBURGER, Miguel. Direito insurgente, o direito dos oprimidos. In: ARRUDA JR., Edmundo Lima de. **Lições de direito alternativo**. São Paulo: Acadêmica, 1991.

REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 1983.

\_\_\_\_\_. **O direito como experiência**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1992.

REGRAS MÍNIMAS DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A ADMINISTRAÇÃO DA JUSTIÇA DE MENORES. Tradução de Maria Josefina Becker. (Série Documentos 2). FUNABEM, 1988.

RIVERA, Deodato. Posicionamento da sociedade civil frente ao Estatuto da Criança e do Adolescente e o Código de Menores. In: A CRIANÇA E SEUS DIREITOS. Rio de Janeiro: PUC-RIO/FUNABEM, 1990.

RIZZINI, Irene. Crianças e menores: do pátrio poder ao pátrio dever. In: PILLOTTI, Francisco; \_\_\_\_\_. (Org.). **A arte de governar crianças**: a história das políticas sociais, da legislação da assistência à infância no Brasil. Rio de Janeiro: Instituto Interamericano Del Niño/Universitária Santa Úrsula/AMAIS, 1995. p. 121.

RIZZINI, Irma. Menores desvalidos e menores transviados: a trajetória da assistência pública até a era Vargas. In: PILLOTTI, Francisco; RIZZINI, Irene (Org.). **A arte de governar crianças**: a história das políticas sociais, da legislação da assistência à infância no Brasil. Rio de Janeiro: Instituto Interamericano Del Niño/Universitária Santa Úrsula/AMAIS, 1995.

RODRIGUES, Horácio Wanderlei. **Ensino jurídico**: saber e poder. São Paulo : Acadêmica, 1988.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O contrato social e outros escritos**. Tradução de Rolando Roque da Silva. São Paulo: Cultrix, 1978.

SANTOS, Boaventura Souza. **O estado e o direito na transição pós-moderna**: para um novo senso comum sobre o poder e o direito.

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

\_\_\_\_\_. **Direitos fundamentais e direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais.** In: \_\_\_\_\_ (Org.). **A constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado.** Porto Alegre: do Advogado, 2000.

SEDA, Edson. **Construir o passado.** (Série Direitos da Criança). São Paulo: Malheiros, 1993.

\_\_\_\_\_. **A Criança e o direito alternativo: um relato sobre o cumprimento da doutrina da proteção integral à criança e ao adolescente no Brasil.** Campinas: ADÊS, 1995.

SICHES, Luis Recaséns. **Nueva filosofía de la interpretación del derecho.** 2. ed. México: Porrúa, 1973.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo.** 18. ed. revista e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2000.

SOARES, Fabiana de Menezes. **Direito administrativo de participação: cidadania, direito, estado, município.** Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

STEIN, Ernildo. **História e ideologia.** 2. ed. Porto Alegre: Movimento, 1981.

STEIN, Rosa Helena. **A descentralização como instrumento de ação política e suas controvérsias.** **Serviço Social & Sociedade.** São Paulo, n. 54, 1997.

STRECK, Lênio Luiz. **A hermenêutica jurídica e(em) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito.** Porto Alegre: do Advogado, 1999.

STROZAKE, Jovelino José. **O juiz Nicolau e os sem-terra.** **Boletim Juizes para a Democracia** – publicação oficial da Associação de Juizes para a Democracia, ano 5, n. 22, out./dez. 2000, p. 19.

TITO, Ronan; AGUIAR, Nelson. **Justificativa do Estatuto.** In: PEREIRA, Tânia da Silva (Org.). **Estatuto da Criança e do Adolescente – Estudos Jurídicos e Sociais.** Rio de Janeiro: Renovar, 1992.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **A proteção internacional dos direitos humanos: fundamentos jurídicos e instrumentos básicos.** São Paulo: Saraiva, 1991.

TRUJILLO FERRARI, Alfonso. **Metodologia da pesquisa científica**. São Paulo: McGraw-Hill do Brasil, 1982.

UNICEF. **Relatório Anual : Situação mundial da infância – 1997**. Brasília, 1997.

VERONESE, Josiane Rose Petry. **Acesso à justiça: defesa dos interesses difusos da criança e do adolescente – ficção ou realidade?** 1994. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina-UFSC, Florianópolis.

\_\_\_\_\_. **O problema do menor: uma abordagem jurídico-política**. 1988. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Federal de Santa Catarina-UFSC, Florianópolis.

VOGEL, Arno. Propostas e vicissitudes da política de atendimento à infância e adolescência no Brasil contemporâneo. In: PILLOTTI, Francisco; RIZZINI, Irene (Org.). **A arte de governar crianças: a história das políticas sociais, da legislação da assistência à infância no Brasil**. Rio de Janeiro: Instituto Interamericano Del Niño/Universitária Santa Úrsula/AMAIS, 1995. p. 304-5.

VON JHERING, Rudolf. **A luta pelo direito**. Tradução de Vicente Sabino Júnior. São Paulo: Bushatsky, 1978.

WARAT, Luis Alberto. **Mitos e teorias na interpretação da lei**. Porto Alegre: Síntese, 1979.

WEFFORT, Francisco C.. **Por que democracia?** 3. ed. São Paulo: Brasiliense, 1985.

WOLKMER, Antônio Carlos (Org.). **Fundamentos de história do direito**. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

WOLKMER, Antônio Carlos. **Pluralismo jurídico: fundamentos de uma nova cultura no Direito**. São Paulo: Alfa Ômega, 1994.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal**. Tradução de Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopes da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991.



**ANEXOS**

**ANEXO 1**

**CONSTITUIÇÃO FEDERAL DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL,  
PREÂMBULO, TÍTULOS I, II, ART. 37, “CAPUT”, ART. 204, CAPÍTULO VII,  
DO TÍTULO VIII.**

**PUBLICAÇÃO DA MESA DIRETORA DO SENADO FEDERAL. BRASÍLIA, 2000.**

# SENADO FEDERAL

Mesa Biênio 1999/2000

## **Presidente**

Antonio Carlos Magalhães

**1º Vice-Presidente**  
Geraldo Melo

**2º Secretário**  
Carlos Patrocínio

**2º Vice-Presidente**  
Ademir Andrade

**3º Secretário**  
Nabor Júnior

**1º Secretário**  
Ronaldo Cunha Lima

**4º Secretário**  
Casildo Maldaner

## **Suplentes de Secretário**

Eduardo Suplicy  
Lúdio Coelho  
Jonas Pinheiro  
Marluce Pinto



República Federativa do Brasil

# CONSTITUIÇÃO

1988

Texto constitucional de 5 de outubro de 1988, com as alterações adotadas pelas Emendas Constitucionais nºs 1/1992 a 30/2000 e pelas Emendas Constitucionais de Revisão nºs 1/1994 a 6/1994.

BRASÍLIA – 2000

# Constituição da República Federativa do Brasil

## PREÂMBULO

**N**ós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte **CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL**.

## TÍTULO I

### Dos Princípios Fundamentais

**Art. 1º** A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado democrático de direito e tem como fundamentos:

- I - a soberania;
- II - a cidadania;
- III - a dignidade da pessoa humana;
- IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;
- V - o pluralismo político.

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

**Art. 2º** São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

**Art. 3º** Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

- I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;
- II - garantir o desenvolvimento nacional;
- III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;
- IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

**Art. 4º** A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios:

- I - independência nacional;
- II - prevalência dos direitos humanos;
- III - autodeterminação dos povos;
- IV - não-intervenção;
- V - igualdade entre os Estados;
- VI - defesa da paz;
- VII - solução pacífica dos conflitos;
- VIII - repúdio ao terrorismo e ao racismo;

IX - cooperação entre os povos para o progresso da humanidade;

X - concessão de asilo político.

Parágrafo único. A República Federativa do Brasil buscará a integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando à formação de uma comunidade latino-americana de nações.

## TÍTULO II

### Dos Direitos e Garantias Fundamentais

#### CAPÍTULO I

##### Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos

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

- I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição;
- II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;
- III - ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante;
- IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;
- V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;
- VI - é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias;
- VII - é assegurada, nos termos da lei, a prestação de assistência religiosa nas entidades civis e militares de internação coletiva;
- VIII - ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei;
- IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença;
- X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;
- XI - a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante

delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial;

XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal;

XIII - é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer;

XIV - é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional;

XV - é livre a locomoção no território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens;

XVI - todos podem reunir-se pacificamente, sem armas, em locais abertos ao público, independentemente de autorização, desde que não frustrem outra reunião anteriormente convocada para o mesmo local, sendo apenas exigido prévio aviso à autoridade competente;

XVII - é plena a liberdade de associação para fins lícitos, vedada a de caráter paramilitar;

XVIII - a criação de associações e, na forma da lei, a de cooperativas independem de autorização, sendo vedada a interferência estatal em seu funcionamento;

XIX - as associações só poderão ser compulsoriamente dissolvidas ou ter suas atividades suspensas por decisão judicial, exigindo-se, no primeiro caso, o trânsito em julgado;

XX - ninguém poderá ser compelido a associar-se ou a permanecer associado;

XXI - as entidades associativas, quando expressamente autorizadas, têm legitimidade para representar seus filiados judicial ou extrajudicialmente;

XXII - é garantido o direito de propriedade;

XXIII - a propriedade atenderá a sua função social;

XXIV - a lei estabelecerá o procedimento para desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro, ressalvados os casos previstos nesta Constituição;

XXV - no caso de iminente perigo público, a autoridade competente poderá usar de propriedade particular, assegurada ao proprietário indenização ulterior, se houver dano;

XXVI - a pequena propriedade rural, assim definida em lei, desde que trabalhada pela família, não será objeto de penhora para pagamento de débitos decorrentes de sua atividade produtiva, dispondo a lei sobre os meios de financiar o seu desenvolvimento;

XXVII - aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar;

XXVIII - são assegurados, nos termos da lei:

a) a proteção às participações individuais em obras coletivas e à reprodução da imagem e voz humanas, inclusive nas atividades desportivas;

b) o direito de fiscalização do aproveitamento econômico das obras que criarem ou de que participarem aos criadores, aos intérpretes e às respectivas representações sindicais e associativas;

XXIX - a lei assegurará aos autores de inventos industriais privilégio temporário para sua utilização, bem como proteção às criações industriais, à propriedade das marcas, aos nomes de empresas e a outros signos distintivos, tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País;

XXX - é garantido o direito de herança;

XXXI - a sucessão de bens de estrangeiros situados no País será regulada pela lei brasileira em benefício do cônjuge ou dos filhos brasileiros, sempre que não lhes seja mais favorável a lei pessoal do *de cujus*;

XXXII - o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor;

XXXIII - todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado;

XXXIV - são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas:

- a) o direito de petição aos poderes públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder;
- b) a obtenção de certidões em repartições públicas, para defesa de direitos e esclarecimento de situações de interesse pessoal;
- XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;
- XXXVI - a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada;
- XXXVII - não haverá juízo ou tribunal de exceção;
- XXXVIII - é reconhecida a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei, assegurados:
- a plenitude de defesa;
  - o sigilo das votações;
  - a soberania dos veredictos;
  - a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida;
- XXXIX - não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal;
- XL - a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu;
- XLI - a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais;
- XLII - a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei;
- XLIII - a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem;
- XLIV - constitui crime inafiançável e imprescritível a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado democrático;
- XLV - nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido;

XLVI - a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes:

- privação ou restrição da liberdade;
- perda de bens;
- multa;
- prestação social alternativa;
- suspensão ou interdição de direitos;

XLVII - não haverá penas:

- de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do **art. 84, XIX**;

- de caráter perpétuo;
- de trabalhos forçados;
- de banimento;
- cruéis;

XLVIII - a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado;

XLIX - é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral;

L - às presidiárias serão asseguradas condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação;

LI - nenhum brasileiro será extraditado, salvo o naturalizado, em caso de crime comum, praticado antes da naturalização, ou de comprovado envolvimento em tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, na forma da lei;

LII - não será concedida extradição do estrangeiro por crime político ou de opinião;

LIII - ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente;

LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

LVI - são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos;



LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;

LVIII - o civilmente identificado não será submetido a identificação criminal, salvo nas hipóteses previstas em lei;

LIX - será admitida ação privada nos crimes de ação pública, se esta não for intentada no prazo legal;

LX - a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem;

LXI - ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei;

LXII - a prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente e à família do preso ou à pessoa por ele indicada;

LXIII - o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado;

LXIV - o preso tem direito à identificação dos responsáveis por sua prisão ou por seu interrogatório policial;

LXV - a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária;

LXVI - ninguém será levado à prisão ou nela mantido quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança;

LXVII - não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel;

LXVIII - conceder-se-á *habeas-corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder;

LXIX - conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por *habeas-corpus* ou *habeas-data*, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do poder público;

LXX - o mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por:

a) partido político com representação no Congresso Nacional;  
b) organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados;

LXXI - conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania;

LXXII - conceder-se-á *habeas-data*:

a) para assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público;

b) para a retificação de dados, quando não se prefira fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativo;

LXXIII - qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência;

LXXIV - o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos;

LXXV - o Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença;

LXXVI - são gratuitos para os reconhecidamente pobres, na forma da lei:

a) o registro civil de nascimento;

b) a certidão de óbito;

LXXVII - são gratuitas as ações de *habeas-corpus* e *habeas-data*, e, na forma da lei, os atos necessários ao exercício da cidadania.

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

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

## CAPÍTULO II

### Dos Direitos Sociais

**\* Art. 6º** <sup>1</sup> São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

<sup>1</sup> Emenda Constitucional nº 26, de 2000.

**\* Art. 7º** São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

I - relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos;

II - seguro-desemprego, em caso de desemprego involuntário;

III - fundo de garantia do tempo de serviço;

IV - salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender às suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim;

V - piso salarial proporcional à extensão e à complexidade do trabalho;

VI - irredutibilidade do salário, salvo o disposto em convenção ou acordo coletivo;

VII - garantia de salário, nunca inferior ao mínimo, para os que percebem remuneração variável;

VIII - décimo terceiro salário com base na remuneração integral ou no valor da aposentadoria;

IX - remuneração do trabalho noturno superior à do diurno;

X - proteção do salário na forma da lei, constituindo crime sua retenção dolosa;

XI - participação nos lucros, ou resultados, desvinculada da remuneração, e, excepcionalmente, participação na gestão da empresa, conforme definido em lei;

<sup>1</sup> XII - salário-família pago em razão do dependente do trabalhador de baixa renda nos termos da lei;

XIII - duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, facultada a compensação de horários e a redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho;

XIV - jornada de seis horas para o trabalho realizado em turnos ininterruptos de revezamento, salvo negociação coletiva;

XV - repouso semanal remunerado, preferencialmente aos domingos;

XVI - remuneração do serviço extraordinário superior, no mínimo, em cinquenta por cento à do normal;

XVII - gozo de férias anuais remuneradas com, pelo menos, um terço a mais do que o salário normal;

XVIII - licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de cento e vinte dias;

XIX - licença-paternidade, nos termos fixados em lei;

XX - proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei;

XXI - aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, sendo no mínimo de trinta dias, nos termos da lei;

XXII - redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança;

XXIII - adicional de remuneração para as atividades penosas, insalubres ou perigosas, na forma da lei;

XXIV - aposentadoria;

XXV - assistência gratuita aos filhos e dependentes desde o nascimento até seis anos de idade em creches e pré-escolas;

XXVI - reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho;

XXVII - proteção em face da automação, na forma da lei;

XXVIII - seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador, sem excluir a indenização a que este está obrigado, quando incorrer em dolo ou culpa;

<sup>2</sup>XXIX - ação, <sup>3</sup> quanto aos créditos resultantes das relações de trabalho, com prazo prescricional de cinco anos para os trabalhadores urbanos e rurais, até o limite de dois anos após a extinção do contrato de trabalho;

<sup>2</sup>a) (Revogada).

<sup>2</sup>b) (Revogada).

XXX - proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil;

XXXI - proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência;

XXXII - proibição de distinção entre trabalho manual, técnico e intelectual ou entre os profissionais respectivos;

<sup>1</sup>XXXIII - proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre, a menores de dezoito e de qualquer trabalho a menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de quatorze anos;

XXXIV - igualdade de direitos entre o trabalhador com vínculo empregatício permanente e o trabalhador avulso.

Parágrafo único. São assegurados à categoria dos trabalhadores domésticos os direitos previstos nos incisos IV, VI, VIII, XV, XVII, XVIII, XIX, XXI e XXIV, bem como a sua integração à previdência social.

<sup>1</sup> Emenda Constitucional nº 20, de 1998.

<sup>2</sup> Emenda Constitucional nº 28, de 2000.

<sup>3</sup> Retificação - Emenda Constitucional nº 28, de 2000.

**Art. 8º** É livre a associação profissional ou sindical, observado o seguinte:

I - a lei não poderá exigir autorização do Estado para a fundação de sindicato, ressalvado o registro no órgão competente, vedadas ao poder público a interferência e a intervenção na organização sindical;

II - é vedada a criação de mais de uma organização sindical, em qualquer grau, representativa de categoria profissional ou econômica, na mesma base territorial, que será definida pelos trabalhadores ou empregadores interessados, não podendo ser inferior à área de um Município;

III - ao sindicato cabe a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas;

IV - a assembléia geral fixará a contribuição que, em se tratando de categoria profissional, será descontada em folha, para custeio do sistema confederativo da representação sindical respectiva, independentemente da contribuição prevista em lei;

V - ninguém será obrigado a filiar-se ou a manter-se filiado a um sindicato;

VI - é obrigatória a participação dos sindicatos nas negociações coletivas de trabalho;

VII - o aposentado filiado tem direito a votar e ser votado nas organizações sindicais;

VIII - é vedada a dispensa do empregado sindicalizado a partir do registro da candidatura a cargo de direção ou representação sindical e, se eleito, ainda que suplente, até um ano após o final do mandato, salvo se cometer falta grave nos termos da lei.

Parágrafo único. As disposições deste artigo aplicam-se à organização de sindicatos rurais e de colônias de pescadores, atendidas as condições que a lei estabelecer.

**Art. 9º** É assegurado o direito de greve, competindo aos trabalhadores decidir sobre a oportunidade de exercê-lo e sobre os interesses que devam por meio dele defender.

§1º A lei definirá os serviços ou atividades essenciais e disporá sobre o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade.

§2º Os abusos cometidos sujeitam os responsáveis às penas da lei.

**Art. 10.** É assegurada a participação dos trabalhadores e empregadores nos colegiados dos órgãos públicos em que seus inte-

resses profissionais ou previdenciários sejam objeto de discussão e deliberação.

**Art. 11.** Nas empresas de mais de duzentos empregados, é assegurada a eleição de um representante destes com a finalidade exclusiva de promover-lhes o entendimento direto com os empregadores.

### CAPÍTULO III

#### Da Nacionalidade

**\* Art. 12.** São brasileiros:

I - natos:

a) os nascidos na República Federativa do Brasil, ainda que de pais estrangeiros, desde que estes não estejam a serviço de seu país;

b) os nascidos no estrangeiro, de pai brasileiro ou de mãe brasileira, desde que qualquer deles esteja a serviço da República Federativa do Brasil;

**<sup>1</sup>c)** os nascidos no estrangeiro, de pai brasileiro ou mãe brasileira, desde que venham a residir na República Federativa do Brasil e optem, em qualquer tempo, pela nacionalidade brasileira;

II - naturalizados:

a) os que, na forma da lei, adquiram a nacionalidade brasileira, exigidas aos originários de países de língua portuguesa apenas residência por um ano ininterrupto e idoneidade moral;

**<sup>1</sup>b)** os estrangeiros de qualquer nacionalidade residentes na República Federativa do Brasil há mais de quinze anos ininterruptos e sem condenação penal, desde que requeram a nacionalidade brasileira.

**<sup>1</sup>§1º** Aos portugueses com residência permanente no País, se houver reciprocidade em favor de brasileiros, serão atribuídos os direitos inerentes ao brasileiro, salvo os casos previstos nesta Constituição.

**§2º** A lei não poderá estabelecer distinção entre brasileiros natos e naturalizados, salvo nos casos previstos nesta Constituição.

§3º São privativos de brasileiro nato os cargos:

- I - de Presidente e Vice-Presidente da República;
- II - de Presidente da Câmara dos Deputados;
- III - de Presidente do Senado Federal;
- IV - de Ministro do Supremo Tribunal Federal;
- V - da carreira diplomática;
- VI - de oficial das Forças Armadas.\*

**<sup>2</sup>VII - de Ministro de Estado da Defesa.**

§4º Será declarada a perda da nacionalidade do brasileiro que:

- I - tiver cancelada sua naturalização, por sentença judicial, em virtude de atividade nociva ao interesse nacional;

**<sup>1</sup>II - adquirir outra nacionalidade, salvo nos casos:**

**<sup>1</sup>a)** de reconhecimento de nacionalidade originária pela lei estrangeira;

**<sup>1</sup>b)** de imposição de naturalização, pela norma estrangeira, ao brasileiro residente em Estado estrangeiro, como condição para permanência em seu território ou para o exercício de direitos civis.

**<sup>1</sup> Emenda Constitucional de Revisão nº 3, de 1994.**

**<sup>2</sup> Emenda Constitucional nº 23, de 1999.**

\* Onde se lê: "... Forças Armadas",

Leia-se: "... Forças Armadas";, por força do disposto na Emenda Constitucional nº 23, de 1999, art. 1º; aplicabilidade da técnica legislativa.

**Art. 13.** A língua portuguesa é o idioma oficial da República Federativa do Brasil.

§1º São símbolos da República Federativa do Brasil a bandeira, o hino, as armas e o selo nacionais.

§2º Os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão ter símbolos próprios.

## CAPÍTULO IV

### Dos Direitos Políticos

**\* Art. 14.** A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante:

- I - plebiscito;
  - II - referendo;
  - III - iniciativa popular.
- §1º O alistamento eleitoral e o voto são:
- I - obrigatórios para os maiores de dezoito anos;
  - II - facultativos para:
    - a) os analfabetos;
    - b) os maiores de setenta anos;
    - c) os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos.

§2º Não podem alistar-se como eleitores os estrangeiros e, durante o período do serviço militar obrigatório, os conscritos.

§3º São condições de elegibilidade, na forma da lei:

- I - a nacionalidade brasileira;
  - II - o pleno exercício dos direitos políticos;
  - III - o alistamento eleitoral;
  - IV - o domicílio eleitoral na circunscrição;
  - V - a filiação partidária;
  - VI - a idade mínima de:
    - a) trinta e cinco anos para Presidente e Vice-Presidente da República e Senador;
    - b) trinta anos para Governador e Vice-Governador de Estado e do Distrito Federal;
    - c) vinte e um anos para Deputado Federal, Deputado Estadual ou Distrital, Prefeito, Vice-Prefeito e juiz de paz;
    - d) dezoito anos para Vereador.
- §4º São inelegíveis os inalistáveis e os analfabetos.

**§5º O Presidente da República, os Governadores de Estado e do Distrito Federal, os Prefeitos e quem os houver sucedido ou**

**substituído no curso dos mandatos poderão ser reeleitos para um único período subsequente.**

§6º Para concorrerem a outros cargos, o Presidente da República, os Governadores de Estado e do Distrito Federal e os Prefeitos devem renunciar aos respectivos mandatos até seis meses antes do pleito.

§7º São inelegíveis, no território de jurisdição do titular, o cônjuge e os parentes consanguíneos ou afins, até o segundo grau ou por adoção, do Presidente da República, de Governador de Estado ou Território, do Distrito Federal, de Prefeito ou de quem os haja substituído dentro dos seis meses anteriores ao pleito, salvo se já titular de mandato eletivo e candidato à reeleição.

§8º O militar alistável é elegível, atendidas as seguintes condições:

- I - se contar menos de dez anos de serviço, deverá afastar-se da atividade;
- II - se contar mais de dez anos de serviço, será agregado pela autoridade superior e, se eleito, passará automaticamente, no ato da diplomação, para a inatividade.

**§9º Lei complementar estabelecerá outros casos de inelegibilidade e os prazos de sua cessação, a fim de proteger a probidade administrativa, a moralidade para o exercício do mandato, considerada a vida pregressa do candidato, e a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta.**

§10. O mandato eletivo poderá ser impugnado ante a Justiça Eleitoral no prazo de quinze dias contados da diplomação, instruída a ação com provas de abuso do poder econômico, corrupção ou fraude.

§11. A ação de impugnação de mandato tramitará em segredo de justiça, respondendo o autor, na forma da lei, se temerária ou de manifesta má-fé.

<sup>1</sup> Emenda Constitucional de Revisão nº 4, de 1994.

<sup>2</sup> Emenda Constitucional nº 16, de 1997.

**Art. 15.** É vedada a cassação de direitos políticos, cuja perda ou suspensão só se dará nos casos de:

- I - cancelamento da naturalização por sentença transitada em julgado;
- II - incapacidade civil absoluta;
- III - condenação criminal transitada em julgado, enquanto durarem seus efeitos;
- IV - recusa de cumprir obrigação a todos imposta ou prestação alternativa, nos termos do art. 5º, VIII;
- V - improbidade administrativa, nos termos do art. 37, §4º.

**\* Art. 16.** **1** A lei que alterar o processo eleitoral só entrará em vigor na data de sua publicação, não se aplicando à eleição que ocorra até um ano da data de sua vigência.

**1** Emenda Constitucional nº 4, de 1993.

## CAPÍTULO V

### Dos Partidos Políticos

**Art. 17.** É livre a criação, fusão, incorporação e extinção de partidos políticos, resguardados a soberania nacional, o regime democrático, o pluripartidarismo, os direitos fundamentais da pessoa humana e observados os seguintes preceitos:

- I - caráter nacional;
- II - proibição de recebimento de recursos financeiros de entidade ou governo estrangeiros ou de subordinação a estes;
- III - prestação de contas à Justiça Eleitoral;
- IV - funcionamento parlamentar de acordo com a lei.

§1º É assegurada aos partidos políticos autonomia para definir sua estrutura interna, organização e funcionamento, devendo seus estatutos estabelecer normas de fidelidade e disciplina partidárias.

§2º Os partidos políticos, após adquirirem personalidade jurídica, na forma da lei civil, registrarão seus estatutos no Tribunal Superior Eleitoral.

§3º Os partidos políticos têm direito a recursos do fundo partidário e acesso gratuito ao rádio e à televisão, na forma da lei.

§4º É vedada a utilização pelos partidos políticos de organização paramilitar.

## TÍTULO III

### Da Organização do Estado

## CAPÍTULO I

### Da Organização Político-Administrativa

**\* Art. 18.** A organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos, nos termos desta Constituição.

§1º Brasília é a Capital Federal.

§2º Os Territórios Federais integram a União, e sua criação, transformação em Estado ou reintegração ao Estado de origem serão reguladas em lei complementar.

§3º Os Estados podem incorporar-se entre si, subdividir-se ou desmembrar-se para se anexarem a outros, ou formarem novos Estados ou Territórios Federais, mediante aprovação da população diretamente interessada, através de plebiscito, e do Congresso Nacional, por lei complementar.

**1** §4º A criação, a incorporação, a fusão e o desmembramento de Municípios, far-se-ão por lei estadual, dentro do período determinado por lei complementar federal, e dependerão de consulta prévia, mediante plebiscito, às populações dos Municípios envolvidos, após divulgação dos Estudos de Viabilidade Municipal, apresentados e publicados na forma da lei.

**1** Emenda Constitucional nº 15, de 1996.

**Art. 19.** É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

I - estabelecer cultos religiosos ou igrejas, subvencioná-los, embaraçar-lhes o funcionamento ou manter com eles ou seus representantes relações de dependência ou aliança, ressalvada, na forma da lei, a colaboração de interesse público;

II - recusar fé aos documentos públicos;

III - criar distinções entre brasileiros ou preferências entre si.

## CAPÍTULO VII

### Da Administração Pública

#### SEÇÃO I

##### Disposições Gerais

**\* Art. 37.** <sup>2</sup>A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

<sup>2</sup>I - os cargos, empregos e funções públicas são acessíveis aos brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei, assim como aos estrangeiros, na forma da lei;

<sup>2</sup>II - a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração;

III - o prazo de validade do concurso público será de até dois anos, prorrogável uma vez, por igual período;

IV - durante o prazo improrrogável previsto no edital de convocação, aquele aprovado em concurso público de provas ou de provas e títulos será convocado com prioridade sobre novos concursados para assumir cargo ou emprego, na carreira;

<sup>2</sup>V - as funções de confiança, exercidas exclusivamente por servidores ocupantes de cargo efetivo, e os cargos em comissão, a serem preenchidos por servidores de carreira nos casos, condições e percentuais mínimos previstos em lei, destinam-se apenas às atribuições de direção, chefia e assessoramento;

VI - é garantido ao servidor público civil o direito à livre associação sindical;

<sup>2</sup>VII - o direito de greve será exercido nos termos e nos limites definidos em lei específica;

VIII - a lei reservará percentual dos cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência e definirá os critérios de sua admissão;

IX - a lei estabelecerá os casos de contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público;

<sup>2</sup>X - a remuneração dos servidores públicos e o subsídio de que trata o §4º do art. 39 somente poderão ser fixados ou alterados por lei específica, observada a iniciativa privativa em cada caso, assegurada revisão geral anual, sempre na mesma data e sem distinção de índices;

<sup>2</sup>XI - a remuneração e o subsídio dos ocupantes de cargos, funções e empregos públicos da administração direta, autárquica e fundacional, dos membros de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, dos detentores de mandato eletivo e dos demais agentes políticos e os proventos, pensões ou outra espécie remuneratória, percebidos cumulativamente ou não, incluídas as vantagens pessoais ou de qualquer outra natureza, não poderão exceder o subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal;

XII - os vencimentos dos cargos do Poder Legislativo e do Poder Judiciário não poderão ser superiores aos pagos pelo Poder Executivo;

<sup>2</sup>XIII - é vedada a vinculação ou equiparação de quaisquer espécies remuneratórias para o efeito de remuneração de pessoal do serviço público;

<sup>2</sup>XIV - os acréscimos pecuniários percebidos por servidor público não serão computados nem acumulados para fins de concessão de acréscimos ulteriores;

<sup>1</sup> <sup>2</sup>XV - o subsídio e os vencimentos dos ocupantes de cargos e empregos públicos serão irredutíveis, ressalvado o disposto nos incisos XI e XIV deste artigo e nos arts. 39, §4º, 150, II, 153, III, e 153, §2º, I;

de patrocinador, situação na qual, em hipótese alguma, sua contribuição normal poderá exceder a do segurado.

<sup>1</sup>§4º Lei complementar disciplinará a relação entre a União, Estados, Distrito Federal ou Municípios, inclusive suas autarquias, fundações, sociedades de economia mista e empresas controladas direta ou indiretamente, enquanto patrocinadoras de entidades fechadas de previdência privada, e suas respectivas entidades fechadas de previdência privada.

<sup>1</sup>§5º A lei complementar de que trata o parágrafo anterior aplicar-se-á, no que couber, às empresas privadas permissórias ou concessionárias de prestação de serviços públicos, quando do patrocinadoras de entidades fechadas de previdência privada.

<sup>1</sup>§6º A lei complementar a que se refere o §4º deste artigo estabelecerá os requisitos para a designação dos membros das diretorias das entidades fechadas de previdência privada e disciplinará a inserção dos participantes nos colegiados e instâncias de decisão em que seus interesses sejam objeto de discussão e deliberação.

<sup>1</sup> Emenda Constitucional nº 20, de 1998.

## SEÇÃO IV

### Da Assistência Social

**Art. 203.** A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos:

- I - a proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice;
- II - o amparo às crianças e adolescentes carentes;
- III - a promoção da integração ao mercado de trabalho;
- IV - a habilitação e reabilitação das pessoas portadoras de deficiência e a promoção de sua integração à vida comunitária;
- V - a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei.

**Art. 204.** As ações governamentais na área da assistência social serão realizadas com recursos do orçamento da seguridade social, previstos no **art. 195**, além de outras fontes, e organizadas com base nas seguintes diretrizes:

I - descentralização político-administrativa, cabendo a coordenação e as normas gerais à esfera federal e a coordenação e a execução dos respectivos programas às esferas estadual e municipal, bem como a entidades beneficentes e de assistência social;

II - participação da população, por meio de organizações representativas, na formulação das políticas e no controle das ações em todos os níveis.

## CAPÍTULO III

### Da Educação, da Cultura e do Desporto

## SEÇÃO I

### Da Educação

**Art. 205.** A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

**\*Art. 206.** O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios:

- I - igualdade de condições para o acesso e permanência na escola;
- II - liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber;
- III - pluralismo de idéias e de concepções pedagógicas, e coexistência de instituições públicas e privadas de ensino;
- IV - gratuidade do ensino público em estabelecimentos oficiais;
- <sup>1</sup>V - valorização dos profissionais do ensino, garantidos, na forma da lei, planos de carreira para o magistério público, com piso salarial profissional e ingresso exclusivamente por concurso público de provas e títulos;



## CAPÍTULO VI

### Do Meio Ambiente

**Art. 225.** Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao poder público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

§1º Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao poder público:

I - preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais e prover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas;

II - preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético;

III - definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas somente através de lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção;

IV - exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade;

V - controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente;

VI - promover a educação ambiental em todos os níveis de ensino e a conscientização pública para a preservação do meio ambiente;

VII - proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade.

§2º Aquele que explorar recursos minerais fica obrigado a recuperar o meio ambiente degradado, de acordo com solução técnica exigida pelo órgão público competente, na forma da lei.

§3º As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.

§4º A Floresta Amazônica brasileira, a Mata Atlântica, a Serra do Mar, o Pantanal Mato-Grossense e a Zona Costeira são patrimônio nacional, e sua utilização far-se-á, na forma da lei, dentro de condições que assegurem a preservação do meio ambiente, inclusive quanto ao uso dos recursos naturais.

§5º São indisponíveis as terras devolutas ou arrecadadas pelos Estados, por ações discriminatórias, necessárias à proteção dos ecossistemas naturais.

§6º As usinas que operem com reator nuclear deverão ter sua localização definida em lei federal, sem o que não poderão ser instaladas.

## CAPÍTULO VII

### Da Família, da Criança, do Adolescente e do Idoso

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

§1º O casamento é civil e gratuito 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, após prévia separação judicial por mais de um ano nos casos expressos em lei, ou comprovada separação de fato por mais de dois anos.

§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.

**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.

§1º O Estado promoverá programas de assistência integral à saúde da criança e do adolescente, admitida a participação de entidades não-governamentais e obedecendo aos seguintes preceitos:

I - aplicação de percentual dos recursos públicos destinados à saúde na assistência materno-infantil;

II - criação de programas de prevenção e atendimento especializado 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.

§2º A lei disporá sobre normas de construção dos logradouros e dos edifícios de uso público e de fabricação de veículos de transporte coletivo, a fim de garantir acesso adequado às pessoas portadoras de deficiência.

§3º O direito a proteção especial abrangerá os seguintes aspectos:

I - idade mínima de quatorze anos para admissão ao trabalho, observado o disposto no art. 7º, XXXIII;

II - garantia de direitos previdenciários e trabalhistas;

III - garantia de acesso do trabalhador adolescente à escola;

IV - 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;

V - obediência aos princípios de brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, quando da aplicação de qualquer medida privativa da liberdade;

VI - estímulo do poder público, através 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;

VII - programas de prevenção e atendimento especializado à criança e ao adolescente dependente de entorpecentes e drogas afins.

§4º A lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente.

§5º A adoção será assistida pelo poder público, na forma da lei, que estabelecerá casos e condições de sua efetivação por parte de estrangeiros.

§6º Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

§7º No atendimento dos direitos da criança e do adolescente levar-se-á em consideração o disposto no art. 204.

**Art. 228.** São penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às normas da legislação especial.

**Art. 229.** Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade.

**Art. 230.** A família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida.

§1º Os programas de amparo aos idosos serão executados preferencialmente em seus lares.

§2º Aos maiores de sessenta e cinco anos é garantida a gratuidade dos transportes coletivos urbanos.

## CAPÍTULO VIII

### Dos Índios

**Art. 231.** São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens.

**ANEXO 2****DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS DO HOMEM – ONU**

PUBLICAÇÃO DA SECRETARIA DA JUSTIÇA E DA DEFESA DA CIDADANIA E  
DO CONSELHO ESTADUAL DOS DIREITOS DA PESSOA HUMANA DO ESTADO  
DE SÃO PAULO. SÃO PAULO, 1994.

Secretaria da Justiça e da Defesa da Cidadania  
Conselho Estadual de Defesa dos Direitos da Pessoa Humana

# DIREITOS HUMANOS

## UM NOVO CAMINHO

SÃO PAULO  
1994

Pe. Júlio Renato Lancelotti — *Representante da Sociedade Civil* — Indicado pelo Centro de Defesa dos Direitos Humanos "Padre Ezequiel Ramini";

Sra. Maria Aparecida Lopes — *Representante da Sociedade Civil* — Indicada pelo Centro de Defesa dos Direitos Humanos de Osasco;

Maria Luíza Bierrenbach — *Representante do Poder Executivo*

Deputado Joel Freire — *Representante da Assembléia Legislativa de São Paulo*;

Secretário-Executivo: Dr. Carlos Weis;

Assessor Especial da Presidência: Dr. Firmino Fecho Filho.

ENDEREÇO: Rua Líbero Badaró, n.º 119, 13.º andar — CEP 01009-000 — Capital — SP.

TELEFONES: (011) 607-4060, 607-4069 e 239-3211, ramais: 294, 292 e 293.

FAX: (011) 606-7329

## 4

# PRINCIPAIS NORMAS INTERNACIONAIS SOBRE DIREITOS HUMANOS

## 4.1 DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS DO HOMEM (1948)\*

*Considerando* que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo;

*Considerando* que o desprezo e o desrespeito pelos direitos do homem resultaram em atos bárbaros que ultrajaram a consciência da Humanidade e que o advento de um mundo em que os homens gozem de liberdade de palavra, de crença e de liberdade de viverem a salvo do temor e da necessidade foi proclamado como a mais alta aspiração do homem comum;

*Considerando* essencial que os direitos do homem sejam protegidos pelo império da lei, para que o homem não seja compelido, como último recurso, à rebelião contra a tirania e a opressão;

*Considerando* essencial promover o desenvolvimento de relações amistosas entre as nações;

*Considerando* que os povos das Nações Unidas reafirmaram, na Carta, sua fé nos direitos fundamentais do homem, na dignidade e no valor da pessoa humana e na igualdade de direitos do homem e da mulher, e que decidiram promover o progresso social e melhores condições de vida em uma liberdade mais ampla;

\* Adotada e proclamada pela Resolução 217 A (III) da Assembléia Geral das Nações Unidas, de 10 de dezembro de 1948. Tradução não-oficial.

*Considerando* que os Estados-Membros se comprometeram a promover, em cooperação com as Nações Unidas, o respeito universal aos direitos e liberdades fundamentais do homem e a observância desses direitos e liberdades;

*Considerando* que uma compreensão comum desses direitos e liberdades é da mais alta importância para o pleno cumprimento desses compromissos,

A Assembleia Geral proclama

A presente Declaração Universal dos Direitos do Homem como o ideal comum a ser atingido por todos os povos e todas as nações, com o objetivo de que cada indivíduo e cada órgão da sociedade, tendo sempre em mente esta Declaração, se esforcem, através do ensino e da educação, por promover o respeito a esses direitos e liberdades, e, pela adoção de medidas progressivas de caráter nacional e internacional, por assegurar o seu reconhecimento e a sua observância universais e efetivos, tanto entre os povos dos próprios Estados-Membros quanto entre os povos dos territórios sob sua jurisdição.

*Artigo I.* Todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotadas de razão e consciência e devem agir em relação umas às outras com espírito de fraternidade.

*Artigo II* — 1. Toda pessoa tem capacidade para gozar os direitos e as liberdades estabelecidos nesta Declaração, sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento, ou qualquer outra condição.

2. Não será tampouco feita nenhuma distinção fundada na condição política, jurídica ou internacional do país ou território a que pertença uma pessoa, quer se trate de um território independente, sob tutela, sem governo próprio, quer sujeito a qualquer outra limitação de soberania.

*Artigo III.* Toda pessoa tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal.

*Artigo IV.* Ninguém será mantido em escravidão ou servidão; a escravidão e o tráfico de escravos serão proibidos em todas as suas formas.

*Artigo V.* Ninguém será submetido a tortura, nem a tratamento ou castigo cruel, desumano ou degradante.

*Artigo VI.* Toda pessoa tem o direito de ser, em todos os lugares, reconhecida como pessoa perante a lei.

*Artigo VII.* Todos são iguais perante a lei e têm direito, sem qualquer distinção, a igual proteção da lei. Todos têm direito a igual proteção contra qualquer discriminação que viole a presente Declaração e contra qualquer incitamento a tal discriminação.

*Artigo VIII.* Toda pessoa tem direito a receber dos tribunais nacionais competentes recurso efetivo para os atos que violem os direitos fundamentais que lhe sejam reconhecidos pela constituição ou pela lei.

*Artigo IX.* Ninguém será arbitrariamente preso, detido ou exilado.

*Artigo X.* Toda pessoa tem direito, em plena igualdade, a uma audiência justa e pública por parte de um tribunal independente e imparcial, para decidir de seus direitos e deveres ou do fundamento de qualquer acusação criminal contra ela.

*Artigo XI* — 1. Toda pessoa acusada de um ato delituoso tem o direito de ser presumida inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo

com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa.

2. Ninguém poderá ser culpado por qualquer ação ou omissão que, no momento, não constituam delito perante o direito nacional ou internacional. Também não será imposta pena mais forte do que aquela que, no momento da prática, era aplicável ao ato delituoso.

*Artigo XII* — Ninguém será sujeito a interferências na sua vida privada, na sua família, no seu lar ou na sua correspondência, nem a ataques à sua honra e reputação. Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra tais interferências ou ataques.

*Artigo XIII* — 1. Toda pessoa tem direito à liberdade de locomoção e residência dentro das fronteiras de cada Estado.

2. Toda pessoa tem o direito de deixar qualquer país, inclusive o próprio, e a este regressar.

*Artigo XIV* — 1. Toda pessoa vítima de perseguição tem o direito de procurar e de gozar asilo em outros países.

2. Este direito não pode ser invocado em caso de perseguição legitimamente motivada por crimes de direito comum ou por atos contrários aos propósitos e princípios das Nações Unidas.

*Artigo XV* — 1. Toda pessoa tem direito a uma nacionalidade.

2. Ninguém será arbitrariamente privado de sua nacionalidade, nem do direito de mudar de nacionalidade.

*Artigo XVI* — 1. Os homens e mulheres de maior idade, sem qualquer restrição de raça, nacionalidade ou religião, têm o direito de contrair matrimônio e fundar uma família. Gozam de iguais direitos em relação ao casamento, sua duração e sua dissolução.

2. O casamento não será válido senão com o livre e pleno consentimento dos nubentes.

3. A família é o núcleo natural e fundamental da sociedade e tem direito à proteção da sociedade e do Estado.

*Artigo XVII* — 1. Toda pessoa tem direito à propriedade, só ou em sociedade com outros.

2. Ninguém será arbitrariamente privado de sua propriedade.

*Artigo XVIII* — Toda pessoa tem direito à liberdade de pensamento, consciência e religião; este direito inclui a liberdade de mudar de religião ou crença e a liberdade de manifestar essa religião ou crença, pelo ensino, pela prática, pelo culto e pela observância, isolada ou coletivamente, em público ou em particular.

*Artigo XIX* — Toda pessoa tem direito à liberdade de opinião e expressão; este direito inclui a liberdade de, sem interferências, ter opiniões e de procurar, receber e transmitir informações e idéias por quaisquer meios e independentemente de fronteiras.

*Artigo XX* — 1. Toda pessoa tem direito à liberdade de reunião e associação pacíficas.

2. Ninguém pode ser obrigado a fazer parte de uma associação.

*Artigo XXI* — 1. Toda pessoa tem o direito de tomar parte no governo de seu país diretamente ou por intermédio de representantes livremente escolhidos.

2. Toda pessoa tem igual direito de acesso ao serviço público do seu país;
3. A vontade do povo será a base da autoridade do governo; esta vontade será expressa em eleições periódicas e legítimas, por sufrágio universal, por voto secreto ou processo equivalente que assegure a liberdade de voto.

*Artigo XXII.* Toda pessoa, como membro da sociedade, tem direito à segurança social e à realização, pelo esforço nacional, pela cooperação internacional e de acordo com a organização e recursos de cada Estado, dos direitos econômicos, sociais e culturais indispensáveis à sua dignidade e ao livre desenvolvimento de sua personalidade.

*Artigo XXIII.* — 1. Toda pessoa tem direito ao trabalho, à livre escolha de emprego, a condições justas e favoráveis de trabalho e à proteção contra o desemprego.

2. Toda pessoa, sem qualquer distinção, tem direito a igual remuneração por igual trabalho.

3. Toda pessoa que trabalha tem direito a uma remuneração justa e satisfatória, que lhe assegure, assim como à sua família, uma existência compatível com a dignidade humana, e a que se acrescentarão, se necessário, outros meios de proteção social.

4. Toda pessoa tem direito a organizar sindicatos e a neles ingressar para a proteção de seus interesses.

*Artigo XXIV.* Toda pessoa tem direito a repouso e lazer, inclusive a limitação razoável das horas de trabalho e a férias remuneradas periódicas.

*Artigo XXV.* — 1. Toda pessoa tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, o direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle.

2. A maternidade e a infância têm direito a cuidados e assistência especiais. Todas as crianças, nascidas dentro ou fora do matrimônio, gozarão da mesma proteção social.

*Artigo XXVI.* — 1. Toda pessoa tem direito à instrução. A instrução será gratuita, pelo menos nos graus elementares e fundamentais. A instrução elementar será obrigatória. A instrução técnico-profissional será acessível a todos, bem como a instrução superior, esta baseada no mérito.

2. A instrução será orientada no sentido do pleno desenvolvimento da personalidade humana e do fortalecimento do respeito pelos direitos do homem e pelas liberdades fundamentais. A instrução promoverá a compreensão, a tolerância e a amizade entre todas as nações e grupos raciais ou religiosos, e coadjuvará as atividades das Nações Unidas em prol da manutenção da paz.

3. Os pais têm prioridade de direito na escolha do gênero de instrução que será ministrada a seus filhos.

*Artigo XXVII.* — 1. Toda pessoa tem o direito de participar livremente da vida cultural da comunidade, de fruir as artes e de participar do progresso científico e de seus benefícios.

2. Toda pessoa tem direito à proteção dos interesses morais e materiais decorrentes de qualquer produção científica, literária ou artística da qual seja autor.

*Artigo XXVIII.* Toda pessoa tem direito a uma ordem social e internacional em que os direitos e liberdades estabelecidos na presente Declaração possam ser plenamente realizados.

*Artigo XXIX.* — 1. Toda pessoa tem deveres para com a comunidade, na qual o livre e pleno desenvolvimento de sua personalidade é possível.

2. No exercício de seus direitos e liberdades, toda pessoa estará sujeita apenas às limitações determinadas pela lei, exclusivamente com o fim de assegurar o devido reconhecimento e respeito dos direitos e liberdades de outrem, e de satisfazer às justas exigências da moral, da ordem pública e do bem-estar de uma sociedade democrática.

3. Esses direitos e liberdades não podem, em hipótese alguma, ser exercidos contrariamente aos propósitos e princípios da presente Declaração.

*Artigo XXX.*— Nenhuma disposição da presente Declaração pode ser interpretada como o reconhecimento a qualquer Estado, grupo ou pessoa, do direito de exercer qualquer atividade ou praticar qualquer ato destinado à destruição de quaisquer dos direitos e liberdades aqui estabelecidos.

**ANEXO 3**

**DECLARAÇÃO UNIVERSAL SOBRE OS DIREITOS DA CRIANÇA – ONU.**  
**PUBLICAÇÃO DA FUNDAÇÃO DO BEM-ESTAR DO MENOR. BRASÍLIA, 1997.**



**FUNDAÇÃO NACIONAL DO BEM-ESTAR DO MENOR**

Sector de Relações Públicas

— Relação de Publicações —

- I — A NOVA POLÍTICA DO BEM-ESTAR DO MENOR  
— Dr. Mário Altenfelder
- II — DECLARAÇÃO DOS DIREITOS DA CRIANÇA —  
Organização das Nações Unidas
- III — O FORTALECIMENTO DA INSTITUIÇÃO FAMILIAR — Prof. Francisco de Paula Ferreira
- IV — DIRETRIZES DA POLÍTICA DO BEM-ESTAR DO MENOR
- V — DIRETRIZES E NORMAS PARA APLICAÇÃO DA POLÍTICA DO BEM-ESTAR DO MENOR
- VI — A HERANÇA QUE O SAM DEIXOU — SEIS MESES DEPOIS — Glauco Carneiro

**AVULSOS**

- A — O que é e o que planeja a nova Fundação Nacional do Bem-Estar do Menor.

**REVISTA**

**BRASIL JOVEM — órgão oficial da FNBEM**

Pedidos para o Sector de Relações Públicas da Fundação Nacional do Bem-Estar do Menor — Rua México, 128, 4º Andar, Sala 1, Fone 32-1554, Rio de Janeiro, Estado da Guanabara, Brasil.

PEDE-SE PERMUTA — PIDESE CANJE — ON DEMAN-  
DE L'ÉCHANGE — WE ASK FOR EXCHANGE — ONI  
PETAS INTERSAGNON — SI RICHEDE RICAMBIO

Divisão de *Coz. e Informação*  
**CEDEP**

DECLARAÇÃO  
DOS

**DIREITOS DA CRIANÇA**

NAÇÕES UNIDAS

Base das Diretrizes que Informam  
a Política do Bem-Estar do Menor

Fundação Nacional do Bem-Estar do Menor  
Sector de Relações Públicas

Publicação n.º 2

2ª Edição

1967

## APRESENTAÇÃO

*Dando prosseguimento ao plano de lançamento de textos básicos sobre o problema do menor, o Setor de Relações Públicas da Fundação Nacional do Bem-Estar do Menor entrega aos interessados a Declaração dos Direitos da Criança, promulgada pelas Nações Unidas, e cujos princípios informam e norteiam as atividades do órgão encarregado de executar a nova política, traçada para enfrentar o problema da juventude desassistida.*

No dia 20 de novembro de 1959, por aprovação unânime, a Assembleia Geral das Nações Unidas proclamou a Declaração dos Direitos da Criança. Constitui ela uma enumeração dos direitos e das liberdades a que, segundo o consenso da comunidade internacional, faz jus toda e qualquer criança.

Adiante segue o texto completo da Declaração dos Direitos da Criança, conforme foi proclamada em 20 de novembro de 1959. Condensada em dez princípios cuidadosamente elaborados e redigidos, a Declaração afirma os direitos da criança à proteção especial e a que lhe sejam propiciadas oportunidades e facilidades capazes de permitir o seu desenvolvimento de modo sadio e normal e em condições de liberdade e dignidade; o seu direito a um nome e a uma nacionalidade, a partir do nascimento; a gozar os benefícios da previdência social, inclusive alimentação, habitação recreação e assistência médica adequadas; no caso de crianças defetuosas ou incapacitadas, o direito a receber o tratamento, a educação e os cuidados especiais exigidos por sua condição peculiar; a criar-se num ambiente de afeto e segurança e, sempre que possível, sob os cuidados e a responsabilidade dos pais; a receber educação; a figurar entre os primeiros a receber proteção e socorro, em caso de calamidade pública; a proteção contra todas as formas de negligência, crueldade, e exploração; e a proteção contra todos os atos que possam dar lugar a qualquer forma de discriminação. Finalmente, a Declaração frisa que a criança deve criar-se «num ambiente de compreensão, de tolerância, de amizade entre os povos, de paz e de fraternidade universal».

DECLARAÇÃO DOS DIREITOS DA CRIANÇA

P R E A M B U L O

VISTO que os povos das Nações Unidas, na Carta, reafirmaram sua fé nos direitos humanos fundamentais, na dignidade e no valor do ser humano, e resolveram promover o progresso social e melhores condições de vida dentro de uma liberdade mais ampla,

VISTO que as Nações Unidas, na Declaração Universal dos Direitos Humanos, proclamaram que todo homem tem capacidade para gozar os direitos e as liberdades nela estabelecidos, sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, côr, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento ou qualquer outra condição,

VISTO que a criança, em decorrência de sua imaturidade física e mental, precisa de proteção e cuidados especiais, inclusive proteção legal apropriada, antes e depois do nascimento,

VISTO que a necessidade de tal proteção foi enunciada na Declaração dos Direitos da Criança em Genebra, de 1924, e reconhecida na Declaração Universal dos Direitos Humanos e nos estatutos das agências especializadas e organizações internacionais interessadas no bem-estar da criança.

VISTO que a humanidade deve à criança o melhor de seus esforços,

ASSIM

A ASSEMBLÉIA GERAL

PROCLAMA esta Declaração dos Direitos da Criança, visando a que a criança tenha uma infância feliz e possa gozar, em seu próprio benefício e no da sociedade, os direitos e as liberdades aqui enunciados e apela a que os pais, os homens e as mulheres em sua qualidade de indivíduos, e as organizações voluntárias, as autoridades locais e os governos nacionais reconheçam êsses direitos e se empenhem pela sua observância mediante medidas legislativas e de outra natureza, progressivamente Instituídas, de conformidade com os seguintes princípios :

## 1.º PRINCÍPIO

A criança gozará todos os direitos enunciados nesta Declaração. Todas as crianças, absolutamente sem qualquer exceção, serão credoras destes direitos, sem distinção ou discriminação por motivo de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento ou qualquer outra condição, quer sua ou de sua família.

## 2.º PRINCÍPIO

A criança gozará proteção especial e ser-lhe-ão proporcionadas oportunidades e facilidades, por lei e por outros meios, a fim de lhe facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, de forma sadia e normal e em condições de liberdade e dignidade. Na instituição de leis visando a este objetivo levar-se-ão em conta, sobretudo, os melhores interesses da criança.

## 3.º PRINCÍPIO

Desde o nascimento, toda criança terá direito a um nome e a uma nacionalidade.

## 4.º PRINCÍPIO

A criança gozará os benefícios da previdência social. Terá direito a crescer e criar-se com saúde; para isto, tanto a criança como a mãe, serão proporcionados cuidados e proteção especiais, inclusive adequados cuidados pré e pós-natais. A criança terá direito à alimentação, habitação, recreação e assistência médica adequadas.

## 5.º PRINCÍPIO

A criança incapacitada física, mental ou socialmente serão proporcionados o tratamento, a educação e os cuidados especiais pela sua condição peculiar.

## 6.º PRINCIPIO

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 de 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 àquelas 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 famílias numerosas.

## 7.º PRINCIPIO

A criança terá direito a receber educação, que será gratuita e compulsória pelo menos no grau primário. Ser-lhe-á propiciada uma educação capaz de promover a sua cultura geral e capacitá-la a, em condições de iguais oportunidades, desenvolver as suas aptidões, sua capacidade de emitir juízo e seu senso de responsabilidade moral e social, e a tornar-se um membro útil da sociedade.

Os melhores interesses da criança serão a diretriz a nortejar os responsáveis pela sua educação e orientação. Esta responsabilidade cabe, em primeiro lugar, aos pais.

A criança terá ampla oportunidade para brincar e divertir-se, visando aos propósitos mesmo da sua educação; a sociedade e as autoridades públicas empenhar-se-ão em promover o gozo deste direito.

#### 8.º PRINCÍPIO

A criança figurará em quaisquer circunstâncias entre os primeiros a receber proteção e socorro.

#### 9.º PRINCÍPIO

A criança gozará proteção contra quaisquer formas de negligência, crueldade e exploração. Não será jamais objeto de tráfico, sob qualquer forma.

Não será permitido à criança empregar-se antes da idade mínima conveniente; de nenhuma forma será levada a ou ser-lhe-á permitido empenhar-se em qualquer ocupação ou emprego que lhe prejudique a saúde ou a educação ou que interfira em seu desenvolvimento físico, mental ou moral.

#### 10.º PRINCÍPIO

A criança gozará proteção contra atos que possam suscitar discriminação racial, religiosa ou de qualquer outra natureza. Criar-se-á num ambiente de compreensão, de tolerância, de amizade entre os povos, de paz e de fraternidade universal em plena consciência que seu esforço e aptidão devem ser postos a serviço de seus semelhantes.

**ANEXO 4****CONVENÇÃO SOBRE OS DIREITOS DA CRIANÇA.**

PUBLICAÇÃO DA FUNDAÇÃO DO BEM-ESTAR DO MENOR. BRASÍLIA, 1997.



Secretaria da Justiça e da Defesa da Cidadania  
Conselho Estadual de Defesa dos Direitos da Pessoa Humana

# DIREITOS HUMANOS UM NOVO CAMINHO

SÃO PAULO  
1994

*Artigo 30* — 1. As controvérsias entre dois ou mais Estados-Partes com relação à interpretação ou à aplicação da presente Convenção que não puderem ser dirimidas por meio de negociação serão, a pedido de um deles, submetidas a arbitragem. Se, durante os seis meses seguintes à data do pedido de arbitragem, as Partes não lograrem pôr-se de acordo quanto aos termos do compromisso de arbitragem qualquer das Partes poderá submeter a controvérsia à Corte Internacional de Justiça, mediante solicitação feita em conformidade com o Estatuto da Corte.

2. Cada Estado poderá, por ocasião da assinatura ou da ratificação da presente Convenção, declarar que não se considera obrigado pelo parágrafo 1 deste artigo. Os demais Estados-Partes não estarão obrigados pelo referido parágrafo com relação a qualquer Estado-Parte que houver formulado reserva dessa natureza.

3. Todo Estado-Parte que houver formulado reserva nos termos do parágrafo 2 do presente artigo poderá retirá-la, a qualquer momento, mediante notificação endereçada ao Secretário-Geral das Nações Unidas.

*Artigo 31* — 1. Todo Estado-Parte poderá denunciar a presente Convenção, mediante notificação por escrito endereçada ao Secretário-Geral das Nações Unidas. A denúncia produzirá efeitos um ano depois da data de recebimento da notificação pelo Secretário-Geral.

2. A referida denúncia não eximirá o Estado-Parte das obrigações que lhe impõe a presente Convenção relativamente a qualquer ação ou omissão ocorrida antes da data em que a denúncia venha a produzir efeitos; a denúncia não acarretará, tampouco, a suspensão do exame de quaisquer questões que o Comitê já começara a examinar antes da data em que a denúncia veio a produzir efeitos.

3. A partir da data em que vier a produzir efeitos a denúncia de um Estado-Parte, o Comitê não dará início ao exame de qualquer nova questão referente ao Estado em apreço.

*Artigo 32* — O Secretário-Geral das Nações Unidas comunicará a todos os Estados membros das Nações Unidas e a todos os Estados que assinaram a presente Convenção ou a ela aderiram:

- a) as assinaturas, ratificações e adesões recebidas em conformidade com os artigos 25 e 26;
- b) a data de entrada em vigor da Convenção, nos termos do artigo 27, e a data de entrada em vigor de quaisquer emendas, nos termos do artigo 29;
- c) as denúncias recebidas em conformidade com o artigo 31.

*Artigo 33* — 1. A presente Convenção, cujos textos em árabe, chinês, espanhol, francês, inglês e russo são igualmente autênticos, será depositada junto ao Secretário-Geral das Nações Unidas.

2. O Secretário-Geral das Nações Unidas encaminhará cópias autenticadas da presente Convenção a todos os Estados.

## 4.6 CONVENÇÃO SOBRE OS DIREITOS DA CRIANÇA (1989)\*

### PREÂMBULO

Os Estados-Partes na presente Convenção

*Considerando* que, em conformidade com os princípios proclamados na Carta das Nações Unidas, o reconhecimento da dignidade inerente e dos direitos iguais e inalienáveis de todos os membros da família humana constitui o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo;

Tendo presente que os povos das Nações Unidas reafirmaram, na Carta, sua fé nos direitos fundamentais do homem e na dignidade e no valor da pessoa humana, e resolveram promover o progresso social e a elevação do padrão de vida em maior liberdade;

*Reconhecendo* que as Nações Unidas proclamaram e acordaram na Declaração Universal dos Direitos Humanos e nos Pactos Internacionais de Direitos Humanos, que toda pessoa humana possui todos os direitos e liberdades neles enunciados, sem distinção de qualquer tipo, tais como de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou outra, de origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou outra condição;

*Recordando* que na Declaração Universal dos Direitos Humanos, as Nações Unidas proclamaram que a infância tem direito a cuidados e assistência especiais; Convencidos de que a família, unidade fundamental da sociedade e meio natural para o crescimento e bem-estar de todos os seus membros, e, em particular, das crianças, deveria receber a proteção e assistência necessárias para que possa assumir plenamente suas responsabilidades na comunidade;

*Reconhecendo* que a criança, para o desenvolvimento pleno e harmonioso da sua personalidade, deve crescer em um ambiente familiar, em clima de felicidade, amor e compreensão;

*Considerando* que cabe preparar plenamente a criança para viver uma vida individual na sociedade, e ser educada no espírito dos ideais proclamados na Carta das Nações Unidas e, em particular, em um espírito de paz, dignidade, tolerância, liberdade, igualdade e solidariedade;

Tendo em mente que a necessidade de proporcionar proteção especial à criança foi afirmada na Declaração de Genebra sobre os Direitos da Criança de 1924 e na Declaração sobre os Direitos da Criança adotada pela Assembleia Geral em 20 de novembro de 1959, e reconhecida na Declaração Universal dos Direitos Humanos, no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (particularmente nos artigos 23 e 24), no Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (particularmente no artigo 10) e nos estatutos e instrumentos relevantes das agências especializadas e organizações internacionais que se dedicam ao bem-estar da criança;

\* Adotada e aberta à assinatura, ratificação e adesão pela Resolução L. 44 (XLIV), da Assembleia Geral das Nações Unidas, de 20 de novembro de 1989. Tradução não-oficial.

Tendo em mente que, como indicado na Declaração sobre os Direitos da Criança, "a criança, em razão de sua falta de maturidade física e mental, necessita proteção e cuidados especiais, incluindo proteção jurídica apropriada, antes e depois do nascimento".

*Relembrando* as disposições da Declaração sobre os Princípios Sociais e Jurídicos Relativos à Proteção e ao Bem-Estar da Criança, com Especial Referência à Adoção e à Colocação em Lar de Adoção em Âmbito Nacional e Internacional (Resolução da Assembleia Geral 41/85, de 3 de dezembro de 1986); as Regras Padrão Mínimas para a Administração da Justiça Juvenil das Nações Unidas ("As Regras de Pequim"), e a Declaração sobre a proteção da Mulher e da Criança em Situações de Emergência e de Conflito Armado;

*Reconhecendo* que em todos os países do mundo há crianças que vivem em condições excepcionalmente difíceis, e que tais crianças necessitam consideração especial;

Levando em devida conta a importância das tradições e dos valores culturais de cada povo para a proteção e o desenvolvimento harmonioso da criança; *Reconhecendo* a importância da cooperação internacional para a melhoria das condições de vida das crianças em todos os países, em particular nos países em desenvolvimento;

Acordam o seguinte:

## PARTE I

*Artigo 1* — Para os efeitos da presente Convenção, entende-se por criança todo ser humano menor de 18 anos de idade, salvo se, em conformidade com a lei aplicável à criança, a maioridade seja alcançada antes.

*Artigo 2* — 1. Os Estados-Partes respeitarão os direitos previstos nesta Convenção e os assegurarão a toda criança sujeita à sua jurisdição, sem discriminação de qualquer tipo, independentemente de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou outra, origem nacional, étnica ou social, posição econômica, impedimentos físicos, nascimento ou qualquer outra condição da criança, de seus representantes legais.

2. Os Estados-Partes tomarão todas as medidas apropriadas para assegurar que a criança seja protegida contra todas as formas de discriminação ou punição baseadas na condição, nas atividades, opiniões expressadas ou crenças, de seus pais, representantes legais ou familiares.

*Artigo 3* — 1. Em todas as medidas relativas às crianças, tomadas por instituições de bem-estar social públicas ou privadas, tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, terão consideração primordial os interesses superiores da criança.

2. Os Estados-Partes se comprometem a assegurar à criança a proteção e os cuidados necessários ao seu bem-estar, tendo em conta os direitos e deveres dos pais, dos tutores ou de outras pessoas legalmente responsáveis por ela, e, para este propósito, tomarão todas as medidas legislativas e administrativas apropriadas.

3. Os Estados-Partes assegurarão que as instituições, serviços e instalações responsáveis pelos cuidados ou proteção das crianças conformar-se-ão com os

padrões estabelecidos pelas autoridades competentes, particularmente no tocante à segurança e à saúde das crianças, ao número e à competência de seu pessoal, e à existência de supervisão adequada.

*Artigo 4* — Os Estados-Partes tomarão todas as medidas apropriadas, administrativas, legislativas e outras, para a implementação dos direitos reconhecidos nesta Convenção. Com relação aos direitos econômicos, sociais e culturais, os Estados-Partes tomarão tais medidas no alcance máximo de seus recursos disponíveis, e, quando necessário, no âmbito da cooperação internacional.

*Artigo 5* — Os Estados-Partes respeitarão as responsabilidades, os direitos e os deveres dos pais ou, conforme o caso, dos familiares ou da comunidade, conforme os costumes locais, dos tutores ou de outras pessoas legalmente responsáveis pela criança, de orientar e instruir apropriadamente a criança de modo consistente com a evolução de sua capacidade, no exercício dos direitos reconhecidos na presente Convenção.

*Artigo 6* — 1. Os Estados-Partes reconhecem que toda criança tem o direito inerente à vida.

2. Os Estados-Partes assegurarão ao máximo a sobrevivência e o desenvolvimento da criança.

*Artigo 7* — 1. A criança será registrada imediatamente após o seu nascimento e terá, desde o seu nascimento, direito a um nome, a uma nacionalidade e, na medida do possível, direito de conhecer seus pais e ser cuidada por eles.

2. Os Estados-Partes assegurarão a implementação desses direitos de acordo com suas leis nacionais e suas obrigações sob os instrumentos internacionais pertinentes, em particular se a criança, de outro modo, se tornaria apátrida.

*Artigo 8* — 1. Os Estados-Partes se comprometem a respeitar o direito da criança, de preservar sua identidade, inclusive a nacionalidade, o nome e as relações familiares, de acordo com a lei, sem interferências ilícitas.

2. No caso de uma criança se vir ilegalmente privada de algum ou de todos os elementos constitutivos de sua identidade, os Estados-Partes fornecer-lhe-ão assistência e proteção apropriadas, de modo que sua identidade seja prontamente restabelecida.

*Artigo 9* — 1. Os Estados-Partes deverão zelar para que a criança não seja separada dos pais contra a vontade dos mesmos, exceto quando, sujeita à revisão judicial, as autoridades competentes determinarem, em conformidade com a lei e os procedimentos legais cabíveis, que tal separação é necessária ao interesse maior da criança. Tal determinação pode ser necessária em casos específicos, por exemplo, nos casos em que a criança sofre maus-tratos ou descuido por parte de seus pais ou quando estes vivem separados e uma decisão deve ser tomada a respeito do local da residência da criança.

2. Caso seja adotado qualquer procedimento em conformidade com o estipulado no parágrafo 1 do presente artigo, todas as Partes interessadas terão a oportunidade de participar e de manifestar suas opiniões.

3. Os Estados-Partes respeitarão o direito da criança que esteja separada de um ou de ambos os pais de manter regularmente relações pessoais e contato direto com ambos, a menos que isso seja contrário ao interesse maior da criança.

4. Quando essa separação ocorrer em virtude de uma medida adotada por um Estado-Parte, tal como detenção, prisão, exílio, deportação ou morte (inclusive falecimento decorrente de qualquer causa enquanto a pessoa estiver sob a custódia do Estado) de um dos pais da criança, ou de ambos, ou da própria criança, o Estado-Parte, quando solicitado, proporcionará aos pais, à criança ou, se for o caso, a outro familiar, informações básicas a respeito do paradeiro do familiar ou familiares ausentes, a não ser que tal procedimento seja prejudicial ao bem-estar da criança. Os Estados-Partes se certificarão, além disso, de que a apresentação de tal petição não acarrete, por si só, conseqüências adversas para a pessoa ou pessoas interessadas.

**Artigo 10** — 1. Em conformidade com a obrigação dos Estados-Partes sob o artigo 9, parágrafo 1, os pedidos de uma criança ou de seus pais para entrar ou sair de um Estado-Parte no propósito de reunificação familiar serão considerados pelos Estados-Partes, de modo positivo, humanitário e rápido. Os Estados-Partes assegurarão ademais que a apresentação de tal pedido não acarrete quaisquer conseqüências adversas para os solicitantes ou para seus familiares.

2. A criança cujos pais residam em diferentes Estados-Partes terá o direito de manter regularmente, salvo em circunstâncias excepcionais, relações pessoais e contatos diretos com ambos os pais. Para este fim e de acordo com a obrigação dos Estados-Partes sob o artigo 9, parágrafo 2, os Estados-Partes respeitarão o direito da criança e de seus pais de deixarem qualquer país, incluindo o próprio, e de ingressar no seu próprio país. O direito de sair de qualquer país só poderá ser objeto de restrições previstas em lei e que forem necessárias para proteger a segurança nacional, a ordem pública (*ordre public*), a saúde ou a moral públicas, ou os direitos e liberdades de outrem, e forem consistentes com os demais direitos reconhecidos na presente Convenção.

**Artigo 11** — 1. Os Estados-Partes tomarão medidas para combater a transferência ilícita de crianças para o exterior e a retenção ilícita das mesmas no exterior.

2. Para esse fim, os Estados-Partes promoverão a conclusão de acordos bilaterais ou multilaterais ou a adesão a acordos já existentes.

**Artigo 12** — 1. Os Estados-Partes assegurarão à criança que for capaz de formar seus próprios pontos de vista o direito de exprimir suas opiniões livremente sobre todas as matérias atinentes à criança, levando-se devidamente em conta essas opiniões em função da idade e maturidade da criança.

2. Para esse fim, à criança será, em particular, dada a oportunidade de ser ouvida em qualquer procedimento judicial ou administrativo que lhe diga respeito, diretamente ou através de um representante ou órgão apropriado, em conformidade com as regras processuais do direito nacional.

**Artigo 13** — 1. A criança terá o direito à liberdade de expressão; este direito incluirá a liberdade de buscar, receber e transmitir informações e idéias de todos os tipos, independentemente de fronteiras, de forma oral ou escrita ou impressa, por meio das artes ou por qualquer outro meio da escolha da criança.

2. O exercício desse direito poderá sujeitar-se a certas restrições, que serão somente as previstas em lei e consideradas necessárias:

a) ao respeito dos direitos e da reputação de outrem;  
b) à proteção da segurança nacional ou da ordem pública *ordre public*, ou da saúde e moral públicas.

**Artigo 14** — 1. Os Estados-Partes respeitarão o direito da criança à liberdade de pensamento, de consciência e de crença.

2. Os Estados-Partes respeitarão os direitos e deveres dos pais e, quando for o caso, dos representantes legais, de orientar a criança no exercício do seu direito de modo consistente com a evolução de sua capacidade.

3. A liberdade de professar sua religião ou crenças sujeitar-se-á somente às limitações prescritas em lei e que forem necessárias para proteger a segurança, a ordem, a moral, a saúde públicas, ou os direitos e liberdades fundamentais de outrem.

**Artigo 15** — 1. Os Estados-Partes reconhecem os direitos da criança à liberdade de associação e à liberdade de reunião pacífica.

2. Nenhuma restrição poderá ser imposta ao exercício desses direitos, a não ser as que, em conformidade com a lei, forem necessárias em uma sociedade democrática, nos interesses da segurança nacional ou pública, ordem pública *ordre public*, da proteção da saúde ou moral públicas, ou da proteção dos direitos e liberdades de outrem.

**Artigo 16** — 1. Nenhuma criança será sujeita a interferência arbitrária ou ilícita em sua privacidade, família, lar ou correspondência, nem a atentados ilícitos à sua honra e reputação.

2. A criança tem direito à proteção da lei contra essas interferências ou atentados.

**Artigo 17** — Os Estados-Partes reconhecem a importante função exercida pelos meios de comunicação de massa e assegurarão que a criança tenha acesso às informações e dados de diversas fontes nacionais e internacionais, especialmente os voltados à promoção de seu bem-estar social, espiritual e moral e saúde física e mental. Para este fim, os Estados-Partes:

a) encorajarão os meios de comunicação a difundir informações e dados de benefício social e cultural à criança e em conformidade com o espírito do artigo 29;  
b) promoverão a cooperação internacional na produção, no intercâmbio e na difusão de tais informações e dados de diversas fontes culturais, nacionais e internacionais;

c) encorajarão a produção e difusão de livros para crianças;

d) incentivarão os órgãos de comunicação a ter particularmente em conta as necessidades lingüísticas da criança que pertencer a uma minoria ou que for indígena;

e) promoverão o desenvolvimento de diretrizes apropriadas à proteção da criança contra informações e dados prejudiciais ao seu bem-estar, levando em conta as disposições dos artigos 13 e 18.

**Artigo 18** — 1. Os Estados-Partes envidarão os maiores esforços para assegurar o reconhecimento do princípio de que ambos os pais têm responsabilidades comuns na educação e desenvolvimento da criança. Os pais e, quando for o caso, os representantes legais têm a responsabilidade primordial pela educação e pelo

desenvolvimento da criança. Os interesses superiores da criança constituirão sua preocupação básica.

2. Para o propósito de garantir e promover os direitos estabelecidos nesta Convenção, os Estados-Partes prestarão assistência apropriada aos pais e aos representantes legais no exercício das suas funções de educar a criança e assegurarão o desenvolvimento de instituições, instalações e serviços para o cuidado das crianças.

3. Os Estados-Partes tomarão todas as medidas apropriadas para assegurar que as crianças, cujos pais trabalham, tenham o direito de beneficiar-se de serviços de assistência social e creches a que fazem jus.

*Artigo 19* — 1. Os Estados-Partes tomarão todas as medidas legislativas, administrativas, sociais e educacionais apropriadas para proteger a criança contra todas as formas de violência física ou mental, abuso ou tratamento negligente, maus-tratos ou exploração, inclusive abuso sexual, enquanto estiver sob a guarda dos pais, do representante legal ou de qualquer outra pessoa responsável por ela.

2. Essas medidas de proteção deveriam incluir, quando apropriado, procedimentos eficazes para o estabelecimento de programas sociais para proporcionar uma assistência adequada à criança e às pessoas encarregadas de seu cuidado, assim como para outras formas de prevenção e para identificação, notificação, transferência a uma instituição, investigação, tratamento e acompanhamento posterior de casos de maus-tratos a crianças acima mencionadas, e, quando apropriado, para intervenção judiciária.

*Artigo 20* — 1. Toda criança, temporária ou permanentemente privada de seu ambiente familiar, ou cujos interesses exijam que não permaneça nesse meio, terá direito a proteção e assistência especiais do Estado.

2. Os Estados-Partes assegurarão, de acordo com suas leis nacionais, cuidados alternativos para essas crianças.

3. Esses cuidados poderão incluir, *inter alia*, a colocação em lares de adoção, a *kafulah* do direito islâmico, a adoção ou, se necessário, a colocação em instituições adequadas de proteção para as crianças. Ao se considerar soluções, prestar-se-á a devida atenção à conveniência de continuidade de educação da criança, bem como à origem étnica, religiosa, cultural e lingüística da criança.

*Artigo 21* — Os Estados-Partes que reconhecem ou permitem o sistema de adoção atenderão para o fato de que a consideração primordial seja o interesse maior da criança. Dessa forma, atenderão para que:

a) a adoção da criança seja autorizada apenas pelas autoridades competentes, as quais determinarão, consoante as leis e os procedimentos cabíveis e com base em todas as informações pertinentes e fidedignas, que a adoção é admissível em vista da situação jurídica da criança com relação a seus pais, parentes e representantes legais e que, caso solicitado, as pessoas interessadas tenham dado, com conhecimento de causa, seu consentimento à adoção, com base no assessoramento que possa ser necessário;

b) a adoção efetuada em outro país possa ser considerada como outro meio de cuidar da criança, no caso em que a mesma não possa ser colocada em lar de adoção ou entregue a uma família adotiva ou não logre atendimento adequado em seu país de origem;

c) a criança adotada em outro país goze de salvaguardas e normas equivalentes às existentes em seu país de origem com relação à adoção;

d) todas as medidas apropriadas sejam adotadas, a fim de garantir que, em caso de adoção em outro país, a colocação não permita benefícios financeiros indevidos aos que dela participarem;

e) quando necessário, promovam os objetivos do presente artigo mediante ajustes ou acordos bilaterais ou multilaterais, e envidem esforços, nesse contexto, com vistas a assegurar que a colocação da criança em outro país seja levada a cabo por intermédio das autoridades ou organismos competentes.

*Artigo 22* — 1. Os Estados-Partes adotarão medidas pertinentes para assegurar que a criança que tente obter a condição de refugiada, ou que seja considerada como refugiada de acordo com o direito e os procedimentos internacionais ou internos aplicáveis, receba, tanto no caso de estar sozinha como acompanhada por seus pais ou por qualquer outra pessoa, a proteção e a assistência humanitária adequadas a fim de que possa usufruir dos direitos enunciados na presente Convenção e em outros instrumentos internacionais de direitos humanos ou de caráter humanitário nos quais os citados Estados sejam partes.

2. Para tanto, os Estados-Partes cooperarão, da maneira como julgarem apropriada, com todos os esforços das Nações Unidas e demais organizações intergovernamentais competentes, ou organizações não-governamentais que cooperem com as Nações Unidas, no sentido de proteger e ajudar a criança refugiada, e localizar seus pais ou outros membros de sua família, a fim de obter informações necessárias que permitam sua reunião com a família. Quando não for possível localizar nenhum dos pais ou membros da família, será concedida à criança a mesma proteção outorgada a qualquer outra criança privada permanentemente ou temporariamente de seu ambiente familiar, seja qual for o motivo, conforme o estabelecido na presente Convenção.

*Artigo 23* — 1. Os Estados-Partes reconhecem que a criança portadora de deficiências físicas ou mentais deverá desfrutar de uma vida plena e decente em condições que garantam sua dignidade, favoreçam sua autonomia e facilitem sua participação ativa na comunidade.

2. Os Estados-Partes reconhecem o direito da criança deficiente de receber cuidados especiais e, de acordo com os recursos disponíveis e sempre que a criança ou seus responsáveis reúnam as condições requeridas, estimularão e assegurarão a prestação da assistência solicitada, que seja adequada ao estado da criança e às circunstâncias de seus pais ou das pessoas encarregadas de seus cuidados.

3. Atendendo às necessidades especiais da criança deficiente, a assistência prestada, conforme disposto no parágrafo 2 do presente artigo, será gratuita sempre que possível, levando-se em consideração a situação econômica dos pais ou das pessoas que cuidem da criança, e visará a assegurar à criança deficiente o acesso à educação, à capacitação, aos serviços de saúde, aos serviços de reabilitação, à preparação para o emprego e às oportunidades de lazer, de maneira que a criança atinja a mais completa integração social possível e o maior desenvolvimento individual factível, inclusive seu desenvolvimento cultural e espiritual.

4. Os Estados-Partes promoverão, com espírito de cooperação internacional, um intercâmbio adequado de informações nos campos da assistência médica pre-

ventiva e do tratamento médico, psicológico e funcional das crianças deficientes, inclusive a divulgação de informações a respeito dos métodos de reabilitação e dos serviços de ensino e formação profissional, bem como o acesso a essa informação, a fim de que os Estados-Partes possam aprimorar sua capacidade e seus conhecimentos e ampliar sua experiência nesses campos. Nesse sentido, serão levadas especialmente em conta as necessidades dos países em desenvolvimento.

**Artigo 24** — 1. Os Estados-Partes reconhecem o direito da criança de gozar do melhor padrão possível de saúde e dos serviços destinados ao tratamento das doenças e à recuperação da saúde. Os Estados-Partes envidarão esforços no sentido de assegurar que nenhuma criança se veja privada de seu direito de usufruir desses serviços sanitários.

2. Os Estados-Partes garantirão a plena aplicação desse direito e, em especial, adotarão as medidas apropriadas com vistas a:

- a) reduzir a mortalidade infantil;
  - b) assegurar a prestação de assistência médica e cuidados sanitários necessários a todas as crianças, dando ênfase aos cuidados básicos de saúde;
  - c) combater as doenças e a desnutrição dentro do contexto dos cuidados básicos de saúde mediante *inter alia*, a aplicação de tecnologia disponível e o fornecimento de alimentos nutritivos e de água potável, tendo em vista os perigos e riscos da poluição ambiental;
  - d) assegurar às mães adequada assistência pré-natal e pós-natal;
  - e) assegurar que todos os setores da sociedade, e em especial os pais e as crianças, conheçam os princípios básicos de saúde e nutrição das crianças, as vantagens da amamentação, da higiene e do saneamento ambiental e das medidas de prevenção de acidentes, e tenham acesso à educação pertinente e recebam apoio para a aplicação desses conhecimentos;
  - f) desenvolver a assistência médica preventiva, a orientação aos pais e a educação e serviços de planejamento familiar.
3. Os Estados-Partes adotarão todas as medidas eficazes e adequadas para abolir práticas tradicionais que sejam prejudiciais à saúde da criança.
4. Os Estados-Partes se comprometem a promover e incentivar a cooperação internacional com vistas a lograr, progressivamente, a plena efetivação do direito reconhecido no presente artigo. Nesse sentido, será dada atenção especial às necessidades dos países em desenvolvimento.

**Artigo 25** — Os Estados-Partes reconhecem o direito de uma criança que tenha sido internada em um estabelecimento pelas autoridades competentes para fins de atendimento, proteção ou tratamento de saúde física ou mental a um exame periódico de avaliação do tratamento ao qual está sendo submetida e de todos os demais aspectos relativos à sua internação.

**Artigo 26** — 1. Os Estados-Partes reconhecem a todas as crianças o direito de usufruir da previdência social, inclusive do seguro social, e adotarão as medidas necessárias para lograr a plena consecução desse direito, em conformidade com sua legislação nacional.

2. Os benefícios deverão ser concedidos, quando pertinentes, levando-se em consideração os recursos e a situação da criança e das pessoas responsáveis pelo

seu sustento, bem como qualquer outra consideração cabível no caso de uma solicitação de benefícios feita pela criança ou em seu nome.

**Artigo 27** — 1. Os Estados-Partes reconhecem o direito de toda criança a um nível de vida adequado ao seu desenvolvimento físico, mental, espiritual, moral e social.

2. Cabe aos pais, ou a outras pessoas encarregadas, a responsabilidade primordial de propiciar, de acordo com suas possibilidades e meios financeiros, as condições de vida necessárias ao desenvolvimento da criança.

3. Os Estados-Partes, de acordo com as condições nacionais e dentro de suas possibilidades, adotarão medidas apropriadas a fim de ajudar os pais e outras pessoas responsáveis pela criança a tornar efetivo esse direito e, caso necessário, proporcionarão assistência material e programas de apoio, especialmente no que diz respeito à nutrição, ao vestuário e à habitação.

4. Os Estados-Partes tomarão todas as medidas adequadas para assegurar o pagamento da pensão alimentícia por parte dos pais ou de outras pessoas financeiramente responsáveis pela criança, quer residam no Estado-Parte quer no exterior. Nesse sentido, quando a pessoa que detém a responsabilidade financeira pela criança residir em Estado diferente daquele onde mora a criança, os Estados-Partes promoverão a adesão a acordos internacionais ou a conclusão de tais acordos, bem como a adoção de outras medidas apropriadas.

**Artigo 28** — 1. Os Estados-Partes reconhecem o direito da criança à educação e, a fim de que ela possa exercer progressivamente e em igualdade de condições esse direito, deverão especialmente:

- a) tornar o ensino primário obrigatório e disponível gratuitamente a todos;
- b) estimular o desenvolvimento do ensino secundário em suas diferentes formas, inclusive o ensino geral e profissionalizante, tornando-o disponível e acessível a todas as crianças, e adotar medidas apropriadas tais como a implantação do ensino gratuito e a concessão de assistência financeira em caso de necessidade;
- c) tornar o ensino superior acessível a todos com base na capacidade e por todos os meios adequados;
- d) tornar a informação e a orientação educacionais e profissionais disponíveis e acessíveis a todas as crianças;
- e) adotar medidas para estimular a frequência regular às escolas e a redução do índice de evasão escolar.

2. Os Estados-Partes adotarão todas as medidas necessárias para assegurar que a disciplina escolar seja ministrada de maneira compatível com a dignidade humana da criança e em conformidade com a presente Convenção.

3. Os Estados-Partes promoverão e estimularão a cooperação internacional em questões relativas à educação, especialmente visando a contribuir para a eliminação da ignorância e do analfabetismo no mundo e facilitar o acesso aos conhecimentos científicos e técnicos e aos métodos modernos de ensino. A esse respeito, será dada atenção especial às necessidades dos países em desenvolvimento.

**Artigo 29** — 1. Os Estados-Partes reconhecem que a educação da criança deverá estar orientada no sentido de:

- a) desenvolver a personalidade, as aptidões e a capacidade mental e física da criança em todo o seu potencial;

- b) imbuir na criança o respeito aos direitos humanos e às liberdades fundamentais, bem como aos princípios consagrados na Carta das Nações Unidas;
- c) imbuir na criança o respeito aos seus pais, à sua própria identidade cultural, ao seu idioma e seus valores, aos valores nacionais do país em que reside, aos do eventual país de origem, e aos das civilizações diferentes da sua;
- d) preparar a criança para assumir uma vida responsável em uma sociedade livre, com espírito de compreensão, paz, tolerância, igualdade de sexos e amizade entre todos os povos, grupos étnicos, nacionais e religiosos e pessoas de origem indígena;
- e) imbuir na criança o respeito ao meio ambiente.

2. Nada do disposto no presente artigo ou no artigo 28 será interpretado de modo a restringir a liberdade dos indivíduos ou das entidades de criar e dirigir instituições de ensino, desde que sejam respeitados os princípios enunciados no parágrafo 1 do presente artigo e que a educação ministrada em tais instituições esteja acorde com os padrões mínimos estabelecidos pelo Estado.

*Artigo 30* — Nos Estados-Partes onde existam minorias étnicas, religiosas ou linguísticas, ou pessoas de origem indígena, não será negado a uma criança que pertença a tais minorias ou que seja indígena o direito de, em comunidade com os demais membros de seu grupo, ter sua própria cultura, professar e praticar sua própria religião ou utilizar seu próprio idioma.

*Artigo 31* — 1. Os Estados-Partes reconhecem o direito da criança ao descanso e ao lazer, ao divertimento e às atividades recreativas próprias da idade, bem como à livre participação na vida cultural e artística.

2. Os Estados-Partes respeitarão e promoverão o direito da criança de participar plenamente da vida cultural e artística e encorajarão a criação de oportunidades adequadas, em condições de igualdade, para que participem da vida cultural, artística, recreativa e de lazer.

*Artigo 32* — 1. Os Estados-Partes reconhecem o direito da criança de estar protegida contra a exploração econômica e contra o desempenho de qualquer trabalho que possa ser perigoso ou interferir em sua educação, ou que seja nocivo para sua saúde ou para seu desenvolvimento físico, mental, espiritual, moral ou social.

2. Os Estados-Partes adotarão medidas legislativas, administrativas, sociais e educacionais com vistas a assegurar a aplicação do presente artigo. Com tal propósito, e levando em consideração as disposições pertinentes de outros instrumentos internacionais, os Estados-Partes deverão, em particular:

- a) estabelecer uma idade ou idades mínimas para a admissão em empregos;
- b) estabelecer regulamentação apropriada relativa a horários e condições de emprego;
- c) estabelecer penalidades ou outras sanções apropriadas a fim de assegurar o cumprimento efetivo do presente artigo.

*Artigo 33* — Os Estados-Partes adotarão todas as medidas apropriadas, inclusive medidas legislativas, administrativas, sociais e educacionais, para proteger a criança contra o uso ilícito de drogas e substâncias psicotrópicas descritas nos tratados internacionais pertinentes e para impedir que crianças sejam utilizadas na produção e no tráfico ilícito dessas substâncias.

*Artigo 34* — Os Estados-Partes se comprometem a proteger a criança contra todas as formas de exploração e abuso sexual. Nesse sentido, os Estados-Partes tomarão, em especial, todas as medidas de caráter nacional, bilateral e multilateral que sejam necessárias para impedir:

- a) o incentivo ou a coação para que uma criança se dedique a qualquer atividade sexual ilegal;
- b) a exploração da criança na prostituição ou outras práticas sexuais ilegais;
- c) a exploração da criança em espetáculos ou materiais pornográficos.

*Artigo 35* — Os Estados-Partes tomarão todas as medidas de caráter nacional, bilateral ou multilateral que sejam necessárias para impedir o seqüestro, a venda ou o tráfico de crianças para qualquer fim ou sob qualquer forma.

*Artigo 36* — Os Estados-Partes protegerão a criança contra todas as demais formas de exploração que sejam prejudiciais a qualquer aspecto de seu bem-estar.

*Artigo 37* — Os Estados-Partes assegurarão que:

- a) Nenhuma criança seja submetida a tortura nem a outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes. Não será imposta a pena de morte nem a prisão perpétua sem possibilidade de livramento por delitos cometidos por menores de dezoito anos de idade.

b) Nenhuma criança seja privada de sua liberdade de forma ilegal ou arbitrária. A detenção, a reclusão ou a prisão de uma criança, será efetuada em conformidade com a lei e apenas como último recurso, e durante o mais breve período de tempo que for apropriado.

c) Toda criança privada da liberdade seja tratada com a humanidade e o respeito que merece a dignidade inerente à pessoa humana, e levando-se em consideração as necessidades de uma pessoa de sua idade. Em especial, toda criança privada de sua liberdade ficará separada dos adultos, a não ser que tal fato seja considerado contrário aos melhores interesses da criança, e terá direito a manter contato com sua família por meio de correspondência ou de visitas, salvo em circunstâncias excepcionais.

d) Toda criança privada de sua liberdade tenha direito a rápido acesso a assistência jurídica e a qualquer outra assistência adequada, bem como direito a impugnar a legalidade da privação de sua liberdade perante um tribunal ou outra autoridade competente, independente e imparcial e a uma rápida decisão a respeito de tal ação.

*Artigo 38* — 1. Os Estados-Partes se comprometem a respeitar e a fazer com que sejam respeitadas as normas do direito internacional humanitário aplicáveis em casos de conflito armado no que digam respeito às crianças.

2. Os Estados-Partes adotarão todas as medidas possíveis a fim de assegurar que todas as pessoas que ainda não tenham completado quinze anos de idade não participem diretamente de hostilidades.

3. Os Estados-Partes abster-se-ão de recrutar pessoas que não tenham completado quinze anos de idade para servir em suas Forças Armadas. Caso recrutem pessoas que tenham completado quinze anos mas que tenham menos de dezoito anos, deverão procurar dar prioridade aos de mais idade.

4. Em conformidade com suas obrigações de acordo com o direito internacional humanitário para proteção da população civil durante os conflitos armados, os Estados-Partes adotarão todas as medidas necessárias a fim de assegurar a proteção e o cuidado das crianças afetadas por um conflito armado.

*Artigo 39* — Os Estados-Partes adotarão todas as medidas apropriadas para estimular a recuperação física e psicológica e a reintegração social de toda criança vítima de: qualquer forma de abandono, exploração ou abuso; tortura ou outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes; ou conflitos armados. Essa recuperação e reintegração serão efetuadas em ambiente que estimule a saúde, o respeito próprio e a dignidade da criança.

*Artigo 40* — 1. Os Estados-Partes reconhecem o direito de toda criança de quem se alegue ter infringido as leis penais ou a quem se acuse ou declare culpada de ter infringido as leis penais de ser tratada de modo a promover e estimular seu sentido de dignidade e de valor, e a fortalecer o respeito da criança pelos direitos humanos e pelas liberdades fundamentais de terceiros, levando em consideração a idade da criança e a importância de se estimular sua reintegração e seu desempenho construtivo na sociedade.

2. Nesse sentido, e de acordo com as disposições pertinentes dos instrumentos internacionais, os Estados assegurarão, em particular:

a) que não se alegue que nenhuma criança tenha infringido as leis penais, nem se acuse ou declare culpada nenhuma criança de ter infringido essas leis, por atos ou omissões que não eram proibidos pela legislação nacional ou pelo direito internacional no momento em que foram cometidos;

b) que toda criança de quem se alegue ter infringido as leis penais ou a quem se acuse de ter infringido essas leis goze, pelo menos, das seguintes garantias:

I) ser considerada inocente enquanto não for comprovada sua culpabilidade conforme a lei;

II) ser informada sem demora e diretamente ou, quando for o caso, por intermédio de seus pais ou de seus representantes legais, das acusações que pesam contra ela, e dispor de assistência jurídica ou outro tipo de assistência apropriada para a preparação e apresentação de sua defesa;

III) ter a causa decidida sem demora por autoridade ou órgão judicial competente, independente e imparcial, em audiência justa conforme a lei, com assistência jurídica ou outra assistência e, a não ser que seja considerado contrário aos melhores interesses da criança, levando em consideração especialmente sua idade ou situação e a de seus pais ou representantes legais;

IV) não ser obrigada a testemunhar ou se declarar culpada, e poder interrogar ou fazer com que sejam interrogadas as testemunhas de acusação, bem como poder obter a participação e o interrogatório de testemunhas em sua defesa, em igualdade de condições.

V) se for decidido que infringiu as leis penais, ter essa decisão e qualquer medida imposta em decorrência da mesma submetidas a revisão por autoridade ou órgão judicial superior competente, independente e imparcial, de acordo com a lei;

VI) contar com a assistência gratuita de um intérprete, caso a criança não compreenda ou fale o idioma utilizado;

VII) ter plenamente respeitada sua vida privada durante todas as fases do processo.

3. Os Estados-Partes buscarão promover o estabelecimento de leis, procedimentos, autoridades e instituições específicas para as crianças de quem se alegue ter infringido as leis penais ou que sejam acusadas ou declaradas culpadas de tê-las infringido, e em particular:

a) o estabelecimento de uma idade mínima antes da qual se presumirá que a criança não tem capacidade para infringir as leis penais;

b) a adoção, sempre que conveniente e desejável, de medidas para tratar dessas crianças sem recorrer a procedimentos judiciais, contanto que sejam respeitadas plenamente os direitos humanos e as garantias legais.

4. Diversas medidas, tais como ordens de guarda, orientação e supervisão, aconselhamento, liberdade vigiada, colocação em lares de adoção, programas de educação e formação profissional, bem como outras alternativas à internação em instituições, deverão estar disponíveis para garantir que as crianças sejam tratadas de modo apropriado ao seu bem-estar e de forma proporcional às circunstâncias e ao tipo do delito.

*Artigo 41* — Nada do estipulado na presente Convenção afetará disposições que sejam mais convenientes para a realização dos direitos da criança e que podem constar:

- a) das leis de um Estado-Parte;
- b) das normas de direito internacional vigente para esse Estado.

## PARTE II

*Artigo 42* — Os Estados-Partes se comprometem a dar aos adultos e às crianças amplo conhecimento dos princípios e disposições da Convenção, mediante a utilização de meios apropriados e eficazes.

*Artigo 43* — 1. A fim de examinar os progressos realizados no cumprimento das obrigações contraídas pelos Estados-Partes na presente Convenção, deverá ser estabelecido um Comitê para os Direitos da Criança que desempenhará as funções a seguir determinadas.

2. O Comitê estará integrado por dez especialistas de reconhecida integridade de moral e competência nos áreas cobertas pela presente Convenção. Os membros do Comitê serão eleitos pelos Estados-Partes dentre seus nacionais e exercerão suas funções a título pessoal, tomando-se em devida conta a distribuição geográfica equitativa, bem como os principais sistemas jurídicos.

3. Os membros do Comitê serão escolhidos, em votação secreta, de uma lista de pessoas indicadas pelos Estados-Partes. Cada Estado-Parte poderá indicar uma pessoa dentre os cidadãos de seu país.

4. A eleição inicial para o Comitê será realizada, no mais tardar, seis meses após a entrada em vigor da presente Convenção e, posteriormente, a cada dois anos. No mínimo quatro meses antes da data marcada para cada eleição, o Secretário-Geral das Nações Unidas enviará uma carta aos Estados-Partes convidando-os a apresentar suas candidaturas em um prazo de dois meses. O Secretário-Geral elaborará posteriormente uma lista da qual farão parte, em or-



dem alfabética, todos os candidatos indicados e os Estados-Partes que os designaram e submeterá a mesma aos Estados-Partes na Convenção.

5. As eleições serão realizadas em reuniões dos Estados-Partes convocadas pelo Secretário-Geral na Sede das Nações Unidas. Nessas reuniões, para as quais o *quorum* será de dois terços dos Estados-Partes, os candidatos eleitos para o Comitê serão aqueles que obtiverem o maior número de votos e a maioria absoluta de votos dos representantes dos Estados-Partes presentes e votantes.

6. Os membros do Comitê serão eleitos para um mandato de quatro anos. Poderão ser reeleitos caso sejam apresentadas novamente suas candidaturas: O mandato de cinco dos membros eleitos na primeira eleição expirará ao término de dois anos; imediatamente após ter sido realizada a primeira eleição, o Presidente da reunião na qual a mesma se efetuou escolherá por sorteio os nomes desses cinco membros.

7. Caso um membro do Comitê venha a falecer ou renuncie ou declare que por qualquer outro motivo não poderá continuar desempenhando suas funções, o Estado-Parte que indicou esse membro designará outro especialista, dentre seus cidadãos, para que exerça o mandato até seu término, sujeito à aprovação do Comitê.

8. O Comitê estabelecerá suas próprias regras de procedimento.

9. O Comitê elegerá a Mesa para um período de dois anos.

10. As reuniões do Comitê serão celebradas normalmente na Sede das Nações Unidas ou em qualquer outro lugar que o Comitê julgar conveniente. O Comitê se reunirá normalmente todos os anos. A duração das reuniões do Comitê será determinada e revista, se for o caso, em uma reunião dos Estados-Partes na presente Convenção, sujeita à aprovação da Assembleia Geral.

11. O Secretário-Geral das Nações Unidas fornecerá o pessoal e os serviços necessários para o desempenho eficaz das funções do Comitê de acordo com a presente Convenção.

12. Com prévia aprovação da Assembleia Geral, os membros do Comitê estabelecido de acordo com a presente Convenção receberão emolumentos provenientes dos recursos das Nações Unidas, segundo os termos e condições determinados pela Assembleia.

*Artigo 44* — 1. Os Estados-Partes se comprometem a apresentar ao Comitê, por intermédio do Secretário-Geral das Nações Unidas, relatórios sobre as medidas que tenham adotado com vistas a tornar efetivos os direitos reconhecidos na Convenção e sobre os progressos alcançados no desempenho desses direitos:

a) em um prazo de dois anos a partir da data em que entrou em vigor para cada Estado-Parte a presente Convenção;

b) a partir de então, a cada cinco anos.

2. Os relatórios preparados em função do presente artigo deverão indicar as circunstâncias e as dificuldades, caso existam, que afetam o grau de cumprimento das obrigações derivadas da presente Convenção. Deverão, também, conter informações suficientes para que o Comitê compreenda, com exatidão, a implementação da Convenção no país em questão.

3. Um Estado-Parte que tenha apresentado um relatório inicial ao Comitê não precisará repetir, nos relatórios posteriores a serem apresentados conforme o es-

tipulado na alínea b do parágrafo 1.º do presente artigo, a informação básica fornecida anteriormente.

4. O Comitê poderá solicitar aos Estados-Partes maiores informações sobre a implementação da Convenção.

5. A cada dois anos, o Comitê submeterá relatórios sobre suas atividades à Assembleia Geral das Nações Unidas, por intermédio do Conselho Econômico e Social.

6. Os Estados-Partes tornarão seus relatórios amplamente disponíveis ao público em seus respectivos países.

*Artigo 45* — A fim de incentivar a efetiva implementação da Convenção e estimular a cooperação internacional nas esferas regulamentadas pela Convenção:

a) os organismos especializados, o Fundo das Nações Unidas para a Infância e outros órgãos das Nações Unidas terão o direito de estar representados quando for analisada a implementação das disposições da presente Convenção que estejam compreendidas no âmbito de seus mandatos. O Comitê poderá convidar as agências especializadas, o Fundo das Nações Unidas para a Infância e outros órgãos competentes que considere apropriados a fornecerem assessoramento especializado sobre a implementação da Convenção em matérias correspondentes a seus respectivos mandatos. O Comitê poderá convidar as agências especializadas, o Fundo das Nações Unidas para a Infância e outros órgãos das Nações Unidas a apresentarem relatórios sobre a implementação das disposições da presente Convenção compreendidas no âmbito de suas atividades;

b) conforme julgar conveniente, o Comitê transmitirá às agências especializadas, ao Fundo das Nações Unidas para a Infância e a outros órgãos competentes quaisquer relatórios dos Estados-Partes que contenham um pedido de assessoramento ou de assistência técnica, ou nos quais se indique essa necessidade, juntamente com as observações e sugestões do Comitê, se as houver, sobre esses pedidos ou indicações;

c) o Comitê poderá recomendar à Assembleia Geral que solicite ao Secretário-Geral que efetue, em seu nome, estudos sobre questões concretas relativas aos direitos da criança;

d) o Comitê poderá formular sugestões e recomendações gerais com base nas informações recebidas nos termos dos artigos 44 e 45 da presente Convenção. Essas sugestões e recomendações gerais deverão ser transmitidas aos Estados-Partes e encaminhadas à Assembleia Geral, juntamente com os comentários eventualmente apresentados pelos Estados-Partes.

### PARTE III

*Artigo 46* — A presente Convenção está aberta à assinatura de todos os Estados.

*Artigo 47* — A presente Convenção está sujeita a ratificação. Os instrumentos de ratificação serão depositados junto ao Secretário-Geral das Nações Unidas.

*Artigo 48* — A presente Convenção permanecerá aberta à adesão de qualquer Estado. Os instrumentos de adesão serão depositados junto ao Secretário-Geral das Nações Unidas.

*Artigo 49* — 1. A presente Convenção entrará em vigor no trigésimo dia após a data em que tenha sido depositado o vigésimo instrumento de ratificação ou de adesão junto ao Secretário-Geral das Nações Unidas.

2. Para cada Estado que venha a ratificar a Convenção ou a aderir a ela após ter sido depositado o vigésimo instrumento de ratificação ou de adesão, a Convenção entrará em vigor no trigésimo dia após o depósito, por parte do Estado, de seu instrumento de ratificação ou de adesão.

*Artigo 50* — 1. Qualquer Estado-Parte poderá propor uma emenda e registrá-la com o Secretário-Geral das Nações Unidas. O Secretário-Geral comunicará a emenda proposta aos Estados-Partes, com a solicitação de que estes o notifiem caso apoiem a convocação de uma Conferência de Estados-Partes com o propósito de analisar as propostas e submetê-las à votação. Se, em um prazo de quatro meses a partir da data dessa notificação, pelo menos um terço dos Estados-Partes se declarar favorável a tal Conferência, o Secretário-Geral convocará a Conferência, sob os auspícios das Nações Unidas. Qualquer emenda adotada pela maioria de Estados-Partes presentes e votantes na Conferência será submetida pelo Secretário-Geral à Assembleia Geral para sua aprovação.

2. Uma emenda adotada em conformidade com o parágrafo 1º do presente artigo entrará em vigor quando aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas e aceita por uma maioria de dois terços de Estados-Partes.

3. Quando uma emenda entrar em vigor, ela será obrigatória para os Estados-Partes que a tenham aceito, enquanto os demais Estados-Partes permanecerão obrigados pelas disposições da presente Convenção e pelas emendas anteriormente aceitas por eles.

*Artigo 51* — O Secretário-Geral das Nações Unidas receberá e comunicará a todos os Estados-Partes o texto das reservas feitas pelos Estados no momento da ratificação ou da adesão.

2. Não será permitida nenhuma reserva incompatível com o objeto e o propósito da presente Convenção.

3. Quaisquer reservas poderão ser retiradas a qualquer momento mediante uma notificação nesse sentido dirigida ao Secretário-Geral das Nações Unidas, que informará a todos os Estados. Essa notificação entrará em vigor a partir da data de recebimento da mesma pelo Secretário-Geral.

*Artigo 52* — Um Estado-Parte poderá denunciar a presente Convenção mediante notificação feita por escrito ao Secretário-Geral das Nações Unidas. A denúncia entrará em vigor um ano após a data em que a notificação tenha sido recebida pelo Secretário-Geral.

*Artigo 54* — O original da presente Convenção, cujos textos em árabe, chinês, espanhol, francês, inglês e russo são igualmente autênticos, será depositado em poder do Secretário-Geral das Nações Unidas.

Em fé do que, os Plenipotenciários abaixo assinados, devidamente autorizados por seus respectivos Governos, assinaram a presente Convenção.

## 5

# PRINCIPAIS NORMAS NACIONAIS REFERENTES AO CONDEPE

## 5.1 CONSTITUIÇÃO FEDERAL\*

### TÍTULO II

Dos Direitos e  
Garantias Fundamentais

### CAPÍTULO I

Dos Direitos e Deveres  
Individuais e Coletivos

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

I — homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição;

II — ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude da lei;

\* Promulgada em 05.10.1988