XXVI CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI SÃO LUÍS – MA

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS II

RIVA SOBRADO DE FREITAS

RUBENS BEÇAK

DELMO MATTOS DA SILVA

Copyright © 2017 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP
Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:
Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches – UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)
Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF
Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDi
Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC
Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG
Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA
Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

D597

Direitos e garantias fundamentais II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Delmo Mattos da Silva; Riva Sobrado De Freitas; Rubens Beçak– Florianópolis: CONPEDI, 2017.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-566-9

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Direito, Democracia e Instituições do Sistema de Justiça

1.Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Sociedade. 3. Gestão. 4. Administração. XXVI Congresso Nacional do CONPEDI (26 : 2017 : São Luís/MA, Brasil).

CDU: 34

Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito
Florianópolis – Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

Universidade Federal do Maranhão - UFMA
São Luís – Maranhão - Brasil
www.portais.ufma.br/PortalUfma/index.jsf

XXVI CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI SÃO LUÍS – MA

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS II

Apresentação

Honra-nos o convite realizado para compor a coordenação do Grupo de Trabalho (GT) DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS II realizado pela Direção do XXVI Encontro Nacional do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito (CONPEDI). O evento transcorreu entre os dias 15 a 17 de novembro de 2017 na cidade de São Luís/MA, especificamente na Universidade CEUMA (UniCEUMA).

Realmente, pode-se dizer que foi uma jornada de profícuo trabalho iluminando os percursos da Pós-Graduação em Direito no Brasil. Deste modo, cumpriu-nos a fácil e, da mesma forma, difícil tarefa de avaliação, seleção e condução das apresentações dos artigos submetidos ao GT DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS II.

Com o objetivo de dinamizar a leitura e a exposição, os artigos foram dispostos considerando a aproximação temática. Não obstante, as discussões e fundamentações debatidas nas apresentações representaram atividades de pesquisa e de diálogos em uma relação direta com a comunidade acadêmica e a sociedade. Nesse sentido, os temas abordados revelam desafios e anseios atuais da sociedade por uma renovação dos compromissos da pesquisa jurídica brasileira e a preservação de direitos, da dignidade da pessoa humana e do aperfeiçoamento do regime democrático.

Em síntese, podemos dizer tratar-se de reconhecer a todos os seres humanos, pelo simples fato de serem humanos, seus direitos básicos – justamente os direitos fundamentais.

Os coordenadores do GT DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS II agradecem os pesquisadores pelo elevado debate travado em cada temática que, certamente, proporcionou-nos novas reflexões e ponderações favoráveis para a amadurecimento intelectual e de desenvolvimento social, característica essencial dos eventos do CONPEDI.

Coordenadores do GT:

Profª Dr. Riva Sobrado de Freitas - UNOESC

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP

Prof. Dr. Delmo Mattos - UniCEUMA

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 7.3 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

PRINCÍPIO DA IGUALDADE E A PRIORIDADE ABSOLUTA AOS DIREITOS DA INFÂNCIA E JUVENTUDE: UM CAMINHO PARA O ALCANCE DOS OBJETIVOS FUNDAMENTAIS DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.

PRINCIPLE OF EQUALITY AND ABSOLUTE PRIORITY TO THE RIGHTS OF CHILDHOOD AND YOUTH: A WAY FOR THE FUNDAMENTAL OBJECTIVES OF THE FEDERATIVE REPUBLIC OF BRAZIL.

Angelica Rodrigues Alves

Resumo

A Doutrina da Proteção Integral, inaugurada pela Constituição de 1988, regulamentada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei n° 8.069/90, segue orientação do princípio constitucional da prioridade absoluta no atendimento aos direitos fundamentais da criança e do adolescente. Tal princípio representa não somente a orientação adequada ao novo posicionamento enquanto sujeitos de direitos, mas também, como uma estratégia de alcance dos objetivos elencados constitucionalmente. Nesta orientação, o princípio da igualdade, em sua perspectiva material, cumpre o papel de distribuição de justiça e oportunidades, apresentando-se como ferramenta para o alcance dos direitos fundamentais consolidando o Estado Democrático de Direito.

Palavras-chave: Doutrina da proteção integral, Princípio da prioridade absoluta, Infância e juventude, Igualdade

Abstract/Resumen/Résumé

The Doctrine of Integral Protection, inaugurated by the Constitution of 1988, regulated by the Statute of the Child and Adolescent, of the constitutional principle of absolute priority in attending to the fundamental rights of children and adolescents. Such a principle represents not only the adequate orientation to the new positioning as subjects of rights, but also, as a strategy of reaching the goals constitutionally listed. In this orientation, the principle of equality, in its material perspective, of distribution of justice and opportunities, presenting itself as a tool for the achievement of fundamental rights, consolidating the Democratic State of Law.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Doctrine of integral protection, Principle of absolute priority, Childhood and youth, Equality

1 Introdução

O histórico movimento internacional de construção de parâmetros mínimos de proteção à infância encontrou no momento constituinte brasileiro de 1987 condições favoráveis ao implemento de mudanças significativas relacionadas aos direitos humanos.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, em seu art. 227, e o Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei n. 8069/90, romperam com a visão não mais aceita de que, enquanto não há o ingresso na vida adulta, o indivíduo não se constituía em sujeito de direitos, mas sim, mero objeto.

A doutrina da situação irregular, cuja prática menorista cuidava tão somente da criança e do adolescente, pejorativamente denominado abandonado ou delinquente, foi extinta pela Constituição Cidadã, que, além de destinar a condição de sujeitos de direito aos jovens e infantes, depositou em seu art. 227, com a chamada Doutrina da Proteção Integral, a orientação de um atendimento aos direitos fundamentais em regime de prioridade absoluta.

A prioridade absoluta, disciplinada no Estatuto da Criança e do Adolescente, em seu art. 4°, deposita, portanto, as condições materiais de realização dos direitos dessa população especial, configurando-se em um exemplo de aplicação de igualdade material.

Entretanto, a igualdade material que pretende-se discorrer não se aplica somente em razão das características de desigualdade as quais a criança e o adolescente estão naturalmente envoltos, mas também em razão de uma tática estatal de *devir*.

Ao garantir a máxima efetividade da Doutrina da Proteção Integral, em regime de prioridade absoluta à parcela de indivíduos em condição peculiar de desenvolvimento (físico e psíquico) estaria a Constituição traçando a estratégia de alcance dos objetivos que ela própria tratou de elencar.

2 O alcance da dignidade: a criança e o adolescente como sujeitos de direitos

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, em seu art. 227, e, consequente sistematização do conteúdo constante neste dispositivo pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n° 8.069/90), alinhou a postura estatal em relação ao tratamento destinado à criança e ao adolescente traçado pela Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança, adotada pela Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas em 20 de novembro de 1989.

A Convenção, ratificada por 172 países e incorporadas às legislações internas em 70 nações, além de apontar que todo indivíduo com idade inferior a 18 anos, é considerado criança pelos Estados signatários (sendo dividida etariamente no Brasil esse período em infância e adolescência) traça os princípios orientadores do reconhecimento da dignidade à essa parcela populacional.

Em que pese a Constituição ter sido promulgada anteriormente a este documento internacional de direitos, o mais amplamente adotado pelas nações, a proclamação da criança e do adolescente como sujeitos de direitos foi orientada pela intensa mobilização internacional acerca do tema que antecedeu a Convenção.

Internamente, o caminho histórico que desembocou no protagonismo de direitos da infância e juventude percorreu um longo desenvolvimento desde a primeira legislação específica para a área, o Código Mello Mattos[1] (Código de Menores, Decreto n° 17.943 - A, de 12 de outubro de 1927), que adotou a concepção menorista denominada “doutrina da situação irregular”.

Apesar de significar um avanço legislativo, pois alçou a criança como objeto de direitos (anteriormente ao Código, a criança era tida como coisa), tal diploma era voltado tão somente a determinada parcela da infância, como dispunha em seu art. 1°, conforme reproduzimos:

> Art. 1° O menor, de um ou de outro sexo, abandonado ou delinquente, que tiver menos de 18 annos de idade, será submetido pela autoridade competente às medidas de assistencia e protecção contidas neste código.

[1] Decreto n° 17.943 - A, de 12 de outubro de 1927. Consolida as leis de assistencia e protecção a menores. Revogado pela Lei n° 6.697, de 1979.

Percebe-se a incompletude da responsabilidade governamental, nesta etapa histórica brasileira, no fato de que a preocupação com a infância, além de dirigir-se tão somente aos chamados abandonados e delinquentes, não garantia direitos fundamentais de maneira universal, atendendo apenas aqueles em situação de extremo aviltamento social, cujo remédio legislativo exclusivo era a institucionalização, colocando a criança sob a tutela estatal.

O Código Mello Matos pautou uma postura assistencialista até o final da década de 70 do século passado, quando o Código de Menores (Lei n° 6.697 de 10 de outubro de 1979) entrou em vigor. Internacionalmente, já havia o apelo pela adoção da Doutrina de Proteção Integral, orientação advinda da Declaração Universal dos Direitos da Criança de 20 de novembro de 1959, entretanto, a disposição legislativa persistiu na postura assistencialista e repressora e o Estado brasileiro manteve a visão da criança e do adolescente como meros objetos de direito.

Tal instituto jurídico delimitou como seus destinatários os menores até 18 anos, em situação irregular, conforme constante em seu art. 2°:

> Art. 2°. Para os efeitos deste Código, considera-se em situação irregular o menor:
>
> I privado de condições essenciais à sua subsistência, saúde e instrução obrigatória, ainda que, eventualmente, em razão de:
>
> a) falta, ação ou omissão dos pais ou responsável;
>
> b) manifesta impossibilidade dos pais ou responsável em provê-las;
>
> II – vítima de maus tratos ou castigos imoderados impostos pelos pais ou responsável;
>
> III – em perigo moral, devido a:
>
> a) encontrar-se, de modo habitual, em ambiente contrário aos bons costumes;
>
> b) exploração em atividade contrária aos bons costumes;
>
> IV - privado de representação ou assistência legal, pela falta eventual dos pais ou responsável;
>
> V – com desvio de conduta, em virtude de grave inadaptação familiar ou comunitária;
>
> VI – autor de infração penal [...]

Interpretando a orientação da doutrina da situação irregular, presente tanto no Código Melo de Matos (1927) como no Código de Menores (1979), Saliba (2006), apresenta:

> Todas essas legislações eram inspiradas nos princípios da "doutrina de situação irregular". Essa doutrina tem como principais características: a divisão da categoria infância em criança-adolescente e menores, sendo os menores entendidos como os excluídos da escola, de saúde e da família; a criminalização da pobreza, tendo como consequência as internações, como privações de liberdade, pelo motivo de carência de recursos materiais e financeiros; não observância dos princípios básicos do direito e até mesmo constitucionais; tendência a patologizar as situações de natureza estrutural e econômicas; extrema centralização de poder na figura do "juiz de menores", possibilitando um poder discricional; considerar a infância como objeto de proteção. (SALIBA, 2006, p. 24).

Com a intensa mobilização social em razão da Assembleia Nacional Constituinte, instalada em 1° de fevereiro de 1987, setores envolvidos nos compromissos proclamados pela Declaração Universal dos Direitos da Criança, de 1959, pontuaram as reivindicações acerca de um novo tratamento direcionado à infância.

A partir das articulações do Fórum Nacional Permanente de Entidades Não-Governamentais de Defesa dos Direitos da Criança e do Adolescente, por suas campanhas "Criança Constituinte" e "Criança – Prioridade Nacional", apresentaram a proposta de emenda popular que culminou no teor do art. 227 da Constituição Federal (1988) abaixo reproduzido:

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

A partir, portanto, do novo tratamento constitucional destinado à criança, houve a consequente necessidade de sistematização da Doutrina da Proteção Integral, operada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, promulgada em 13 de julho de 1990.

Neste contexto, Francismar Lamenza (2010, p. 2) aponta a mudança paradigmática:

> Com o advento da Constituição da República de 1988 (em especial os arts. 227 e 228) e da própria Lei Federal n. 8.069/90, buscou-se dar à infância e à juventude a necessária tutela dos direitos fundamentais, que obriga o Estado a amparar pessoas nessa situação peculiar de desenvolvimento em todos os sentidos, e não mais com relação aos ditos "menores em situação irregular" (de caráter bem menos abrangente), ao contrário do que era preconizado pela Lei n. 6.697/79.

A mudança paradigmática trouxe a coarticulação entre família, Estado e comunidade, como traça Schuch:

> Particularmente com relação às políticas para a infância e juventude, o alvo das políticas-jurídicas estatais deixou de ser definido como "menor em situação irregular" e passou a ser definido como crianças e adolescentes "sujeitos de direitos", seguindo a tendência da "universalização da infância"[...] Outras consequências significativas foram a orientação em direção à proteção integral e a prioridade no atendimento, as quais foram celebradas por uma multiplicidade de agentes que passaram a ser também legalmente responsabilizados pela gestão da infância. Isso porque um dos mais importantes aspectos das transformações na administração da infância foi a orientação que as políticas de atendimento devem ser realizadas por uma gestão articulada entre estado, família e comunidade. Essa diretriz constitucional ganhou amplitude com a promulgação do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA). (SCHUCH, 2009, p.125).

Nessa linha, podemos pontuar que a Doutrina da Proteção Integral representa a garantia a todas as crianças e adolescentes dos mesmos direitos fundamentais declarados aos adultos, entretanto, a Constituição Federal (1988) qualifica a garantia de direitos com o princípio da prioridade absoluta, retirando, portanto, a mera faculdade do Poder Público, fixando-a como garantia inafastável (LAMENZA, 2010, p. 6).

3 O princípio da prioridade absoluta

O Estatuto da Criança e do Adolescente é o orientador legislativo da eficácia e garantia constitucional de direitos fundamentais voltados à infância e juventude. Tendo uma construção a partir do princípio *mor* da dignidade humana, pontua a criança e o adolescente como sujeitos plenos de direitos, com especial atenção à sua condição peculiar de pessoas em desenvolvimento.

Justamente em razão da condição especial de pessoa em desenvolvimento, o constituinte originário trouxe o mandamento de prioridade no atendimento dessa parcela de indivíduos, eis que não atingiram o desenvolvimento pleno de suas potencialidades, nos aspectos físico, moral, social ou psíquico, que os caracterizam como vulneráveis em sentido material, tendo em vista que ainda não alcançaram o seu amadurecimento.

A caracterização da prioridade absoluta pode ser observada no art. 4° do Estatuto da Criança e do Adolescente, abaixo destacado:

> Art. 4º É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.
>
> Parágrafo único. A garantia de prioridade compreende:
>
> a) primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias;
>
> b) precedência 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.

Acerca do princípio em questão, encontramos em Digiácomo (2013) a seguinte consideração:

> A presente disposição legal, também prevista no art. 227, caput da CF, encerra o princípio da prioridade absoluta à criança e ao adolescente, que deve nortear a atuação de todos, em especial do Poder Público, para defesa dos direitos assegurados a crianças e adolescentes não apenas recebam uma atenção e um tratamento prioritários por parte da família, sociedade e, acima de tudo, do Poder Público, mas que esta prioridade seja absoluta (ou seja, antes e acima de qualquer outra), somada à regra básica de hermenêutica, segundo a qual “a lei não

> contém palavras inúteis", não dá margem para qualquer dúvida acerca da área que deve ser atendida em primeiríssimo lugar pelas políticas públicas e ações de governo, como aliás expressamente consignou o parágrafo único, do dispositivo sub examine (DIGIÁCOMO, 2013, p.42).

Romão (2016) pontua o alcance do princípio da prioridade absoluta esculpido na Constituição Federal de 1988 como garantia:

> O segundo preceito emanado do enunciado constitucional do caput do artigo 227 é a prioridade absoluta. Por precisão terminológica é a de se ressaltar que a prioridade absoluta, prevista no texto constitucional, reproduzida e complementada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, trata-se de uma garantia.
>
> [...]
>
> É uma garantia instrumentalizada para se assegurar os direitos fundamentais de crianças e adolescentes. E não é preciso muito esforço hermenêutico para se chegar a esta conclusão, pois é termo técnico empregado pelo próprio Estatuto da Criança e do Adolescente. (ROMÃO, 2016, p. 76)

Reside, portanto, no princípio da Prioridade Absoluta a efetividade da Doutrina da Proteção Integral, apresentando-se como sua vertente realizadora, que é externalizada através da atividade estatal, assim, o atendimento ao preconizado no art. 4° do Estatuto da Criança e do Adolescente é regra cogente capaz de afastar a discricionariedade do Poder Público.

4 Princípio da Igualdade e a relação com a prioridade absoluta

A doutrina, de maneira inequívoca, traça os parâmetros da leitura do princípio da igualdade em seus aspectos formal e material.

No âmbito internacional, Alexy (2006) ao analisar a Constituição Alemã, que em seu art. 3°, §1° traça que "Todos são iguais perante a lei", aponta, a partir do enunciado clássico "o igual deve ser tratado igualmente; o desigual, desigualmente" que o dever do tratamento igual, bem como o dever do tratamento desigual, deve estar

disciplinando de maneira que "se não houver uma razão suficiente para a permissibilidade de um tratamento desigual, então o tratamento igual é obrigatório".

Prossegue apontando a ótica inversa de que "se houver uma razão suficiente para o dever de um tratamento desigual, então, o tratamento desigual é obrigatório" (ALEXY, 2006, p. 415), esboçando um paralelismo entre a igualdade jurídica e da igualdade fática.

Vieira (2006), por sua vez, aponta que a máxima tradicional, constante em um número considerável de Constituições e Declarações de direitos, da igualdade perante a lei, indica uma impropriedade considerável, posto que somos, todos, diferentes, em aspectos naturais ou no campo econômico, social cultural ou político.

As diferenças não naturais, para o autor, "são construídas a partir da história de nossas sociedades e suas instituições. Na maior parte das vezes, construídas a partir de preconceitos decorrentes das diferenças naturais" (VIEIRA, 2006, p. 285), exemplificando tal afirmação através de repercussões da questão de gênero.

Por esse caminho, indica que "a assertiva de que 'todos são iguais'[...] não pode ser tida como uma proposição de fato, mas sim uma reivindicação de natureza moral" (VIEIRA, 2006, p.286).

Utilizando a teoria de Bobbio, Vieira (2006) fundamenta a necessidade de análise de três questões fundamentais aos enunciados igualitários: "Quem é considerado igual? Em relação a que coisas? Qual o critério justo para que uma coisa seja atribuída a cada pessoa?" Nesse sentido, versa acerca do tratamento distinto para que a criança, um adulto, ou idoso recebam tratamento de igual respeito, afirmando:

> O princípio da igualdade passa a se apresentar, paradoxalmente, como o princípio que determina a diferença legítima de tratamento que devo a cada pessoa em face de diferenças específicas. O princípio da igualdade converte-se, assim, mais num regulador de diferenças que numa regra de imposição da igualdade absoluta e em todos os planos. Em outras palavras, a função do princípio da igualdade é muito mais auxiliar a discernir entre desigualizações aceitáveis e desejáveis e aquelas que são profundamente injustas e inaceitáveis. (VIEIRA, 2006, p. 283)

Quanto à localização desta perspectiva de igualdade, desdobrada em material e formal, o autor aponta que o art. 5° *caput* (CF/88) evidencia a tese de aplicação

dúplice, posto que o enunciado de igualdade consta em duplicidade neste dispositivo constitucional, conforme verificamos:

> 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[...] (grifo nosso).

Ao enunciar que todos são iguais perante a lei, abrindo o texto do artigo, estaria emanando o significado liberal de igualdade, que tem como função a imparcialidade. Por outra banda, ao elencar o direito à liberdade (ao final do enunciado), estaria normatizando a igualdade distributiva, de verve social.

José Afonso da Silva aponta:

> Nossas Constituições, desde o Império, insdcreveram o princípio da igualdade, como igualdade perante a lei, enunciando que, na sua literalidade, se confunde com a mera isonomia formal, no sentido de que a lei e sua aplicação tratam a todos igualmente, sem levar em conta as distinções entre grupos. A compreensão do dispositivo vigente, nos termos do art. 5°, caput, não deve ser assim tão estreita. O intérprete há que aferi-lo com outras normas constitucionais [...] e, especialmente, com as exigências da justiça social, objetivo da ordem econômica e social. (Silva, 2010, p.215)

No caso da apreciação da garantia de direitos fundamentais, políticas orçamentárias e formulação de políticas públicas na área da infância e juventude, entretanto, a aferição apontada por José Afonso da Silva ocorre em análise com o art. 227 da Constituição Federal de 1988, eis que esta aponta o tratamento desigual prioritário.

A Constituição Federal (1988) autoriza a distribuição de direitos de acordo com as necessidades, no entanto, há o obstáculo a essa realização igualitária, que é o contingenciamento pelos recursos disponíveis, o que gera problemas práticos de efetivação. Entretanto, Vieira (2006) nos aponta uma solução, interpretando justamente o caráter prioritário dos direitos da infância e juventude:

> No caso da criança e do adolescente, o que a Constituição determinou foi uma hierarquização no processo de distribuição de respeito e

> consideração (e de recursos, por consequência) em favor desse grupo determinado. Este é o significado de 'absoluta prioridade' estampado no art. 227. (VIEIRA, 2006, p. 296).

A autorização, portanto, de tratamento isonômico material na consecução de políticas públicas de efetivação dos direitos fundamentais da infância e juventude não estariam tão somente autorizadas pelo caput do art. 5° da Constituição Federal (1988), mas também, orientado pelo art. 227, conforme anteriormente apontado.

Tal enquadramento pode ser analisado pela teoria de Celso Antônio Bandeira de Melo (2003), abrangendo o aspecto prospectivo que autoriza a discriminação positiva como meio de atuação do Poder Público em sua relação com a Doutrina de Proteção Integral, apontando a razão pelo qual podemos interpretar não a aplicação *in casu*, mas a opção do constituinte originário pela adoção do princípio da igualdade em seu espectro material.

Bandeira de Mello (2003) elenca como primeiro parâmetro de enquadramento autorizador do discrimen "a) que a desequiparação não atinja de modo atual e absoluto, um só indivíduo" (BANDEIRA DE MELLO, 2003, p. 41).

Ora, a Doutrina da Proteção Integral inaugurou, via constitucional, justamente a mudança paradigmática de ampliação da proteção e garantia de direitos fundamentais a todas as crianças e adolescentes, rompendo a visão sectária, menorista, onde apenas os jovens em situação crítica deveriam ser favorecidos o que ocorria restritamente "de forma bastante sofrível" (LAMENZA, 2012, p. 2).

Nesse contexto, ultrapassado, "era preciso 'salvar' as crianças e os jovens pobres do Brasil do abandono, do ócio e do vício", (AREND, 2010, p. 353). Ou seja, a atenção estatal voltava-se a uma parcela restrita daquela população que era atendida mínima e precariamente.

Aos demais infantes e jovens, o silêncio da lei reservava tão somente a posição de objeto e a perspectiva de atuação se houvesse a incidência de certo risco extremado vitimizando a criança ou adolescente.

Assim, vislumbra a primeira etapa apresentada pelo autor para verificação da legitimidade do *discrimen*, totalmente adequada aos parâmetros igualitários.

Remetendo-nos à observância do próximo critério, Bandeira de Mello (2003) remete-nos ao seguinte preceito: "b) que as situações ou pessoas desequiparadas pela

regra de direito sejam efetivamente distintas entre si, vale dizer, possuam características, traços, nelas residentes, diferençados", (BANDEIRA DE MELLO, 2003, p. 41).

Nesse ponto, a situação de vulnerabilidade material, em razão da compleição física, psicológica e moral e a necessidade de preparo destes indivíduos pela família, sociedade e Estado para o exercício pleno da cidadania na vida adulta justificam o tratamento privilegiado a eles direcionado.

Poderia, acerca deste critério, haver divergências em relação ao marco etário que supostamente inauguraria uma compreensão arrazoada do indivíduo acerca da vida em sociedade, entretanto, tal tema é claramente resolvido de maneira absoluta, pela Constituição Federal (1988), pelo Estatuto da Criança e do Adolescente e pela Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança, que pontuaram o ingresso à vida adulta com o alcance dos 18 anos completos.

Tendo contemplado o segundo critério de análise, passemos a verificação de "c) que exista, em abstrato, uma correlação lógica entre os fatores diferenciais existentes e a distinção de regime jurídico em função deles, estabelecida pela norma jurídica (BANDEIRA DE MELLO, 2003, p. 41).

Ora, aqui reside a correlação entre a questão pautada pelo princípio da condição peculiar da criança e do adolescente e a necessidade de aplicação, em razão desta e a regra da prioridade absoluta. Lamenza (2012, p. 8) assim orienta:

> Justifica-se a inteira tutela dos direitos infanto-juvenis no fato de criança e adolescentes serem pessoas em condição peculiar de desenvolvimento – vale dizer, estão crescendo para a convivência em um mundo hostil, sujeitando-se a todas as dificuldades enfrentadas pelos seres humanos e necessitando de um meio circundante que lhes propicie elementos suficientes para que direitos básicos como vida, saúde, convivência sociofamiliar e educação lhes sejam garantidos na integralidade.

Por fim, a última observação necessária a apontar a correta aplicação da igualdade material nos remete ao que pode ser tido como prospecto de realização coletiva, eis que aponta, na leitura concreta da aplicação da doutrina da proteção integral, como estratégia de realização civilizatória como veremos adiante.

Bandeira de Mello, aponta "d) que, *in concreto*, o vínculo de correlação supra referido seja pertinente em função dos interesses constitucionalmente protegidos, isto é,

resulte em diferenciação de tratamento jurídico fundada em razão valiosa - a– lume do texto constitucional – para o bem público" (BANDEIRA DE MELLO, 2003, p.41).

Prossegue tornando clara a última fonte de análise traçando que "não é qualquer fundamento lógico que autoriza desequiparar, mas tão somente aquele que se orienta na linha de interesses prestigiados na ordenação jurídica máxima" (BANDEIRA DE MELLO, 2003, p. 43).

Por todo o visto, já seria pacífico o entendimento de compatibilidade da adoção do tratamento privilegiado da infância e juventude ao preceito igualitário, entretanto, nesse ponto, ou seja, pela quarta disposição que nos é dada pelo doutrinador, chegamos a uma perspectiva que ultrapassa o sentido autorizatório do *discrímem* para tão somente a garantia de direitos individuais, haveria, também, uma certa perspectiva programática.

A Constituição de República Federativa do Brasil (1988) aponta em seu art. 3° os objetivos pela qual se estabeleceu enquanto Estado, os quais reproduzimos em sequência:

> 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.

A interpretação do artigo exposto, pelo espectro da adoção da Doutrina da Proteção Integral, aponta que a função estratégica de preparo da criança e do adolescente para a cidadania, com vistas à consolidação da dignidade da pessoa humana, engendrada pelas políticas direcionadas à infância e juventude.

Tal postura, tem por meta contribuir para a busca da realização dos objetivos constitucionalmente fixados, assim, em razão dessa ótica, validada está a aplicação da prioridade absoluta.

Tendo o Estado posição central de concretização dos direitos relativos à infância, podemos vislumbrar a garantia dos direitos fundamentais da criança e do

adolescente em regime prioritário não somente como necessidade de direcionar a eficácia do Estado Democrático de Direito, mas também, como uma postura de Estado que utiliza em seu caminhar uma forma de investimento social, projetando o alcance da igualdade substancial, bem como do desenvolvimento de seus objetivos, constantes no art. 3° da Constituição Federal (1988), em especial a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, a erradicação da pobreza e a marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais e a promoção do bem de todos.

Considerações finais

A aplicação da Doutrina de Proteção Integral dirigida à infância e juventude, introduzida no ordenamento pátrio pela promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, e, sistematizada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei n. 8069/90, desdobra-se em outros princípios e regras norteadoras de sua correta compreensão e consecução.

Com a nova perspectiva aos recém declarados sujeitos de direitos, houve a imposição de criação de mecanismos que afastassem a postura estatal de mero assistencialismo ou de filantropismo para a assunção de um Estado garantidor de direitos fundamentais.

A postura de atendimento tão somente daqueles casos extremados de risco social, fixados pelo Código de Menores de 1979, deu lugar à lei especial que universalizou a realocação da criança e do adolescente como sujeitos plenos e prioritários de direitos, sendo extremamente importante frisar que a orientação parte dos valores constitucionais, pontuando a Doutrina da Proteção Integral no art. 227 da Constituição Federal.

Tendo em vista que a mudança paradigmática ocorreu justamente em razão da necessidade de atendimento integral e universal dirigida a toda a população infantojuvenil (até os 18 anos incompletos), tal proteção se orienta através de mecanismos que possam afastar qualquer interpretação de mera retórica.

Dentre todos os princípios orientadores da doutrina da proteção integral, o princípio de prioridade absoluta, constante no texto constitucional, em seu art. 227, caracteriza-se com força normativa capaz de fixar parâmetros inarredáveis de aplicação

da igualdade material na consecução dos fins a que se dedica o Estatuto da Criança e do Adolescente, caracterizando-se enquanto direito fundamental material, ou seja, disciplinando de maneira privilegiada direitos fundamentais em razão da especialidade da condição de seus destinatários diretos.

Além da correta aplicação de tratamento isonômico material à criança e adolescente, tendo em vista que observa os critérios autorizadores deste tratamento desigual, eis que estão situados temporalmente a uma condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, a igualdade substancial extrapola o sentido pontual de garantias de direitos, projetando-se num aspecto estratégico de nação.

Este espectro está relacionado aos objetivos da República Federativa do Brasil, elencados no art. 3° da Lei Maior, posto que, garantir direitos fundamentais à infância e juventude é uma forma de amenizar desigualdades injustas historicamente impostas à maioria dos brasileiros (crianças ou adultos).

Aplicar tratamento privilegiado e priorizado com vistas a forjar o indivíduo em um adulto pleno em seus aspectos de cidadania, contribui para o alcance da construção de uma sociedade livre, justa e solidária e com um quadro de desigualdade não tão agudizado como se constata na presente na realidade conjuntural econômica e social brasileira da atualidade.

A garantia de direitos fundamentais em regime de prioridade absoluta voltada à infância e juventude, portanto, não diz respeito tão somente à concretização dos princípios da dignidade da pessoa humana, mas também, numa perspectiva igualitária de cidadania plena que, numa visão coletiva, aponta para o desenvolvimento de um futuro civilizatório superiormente valorativo e mais aproximado ao ideário de justiça social.

Referências

ALEXY. Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

DIGIÁCOMO, Murillo José DIGIÁCOMO, Ildeara de Amorim;. **Estatuto da Criança e do Adolescente Anotado e Interpretado**. Curitiba: SEDS, 2013.

MACHADO, Costa. (org) LAMENZA, Francismar**. Estatuto da Criança e do Adolescente Interpretado**. Barueri: Manole,2012.

ROMÃO. Luiz Fernando de França. **A constitucionalização dos direitos da criança e do adolescente**. São Paulo: Almedina, 2016.

SALIBA. Maurício Gonçalves. **O olho do poder:** análise crítica da proposta educativa do Estatuto da criança e do Adolescente. São Paulo: Editora UNESP, 2006.

SCHUCH, Patrice. **Práticas de Justiça**: antropologia dos modos de governo da infância e juventude no contexto pós-ECA. Porto Alegre: Editora da UFRGS, 2009.

SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 33ª. Ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

VENÂNCIO, Renato Pinto (org) AREND, Silvia Maria Fávero. **Uma história social do abandono de crianças.** De Portugal ao Brasil: séculos XVIII – XX. São Paulo: Alameda, 2010.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **Direitos Fundamentais**: uma leitura da jurisprudência do STF. São Paulo: Malheiros, 2006