

**XXIV ENCONTRO NACIONAL DO
CONPEDI - UFS**

**PROCESSO DE CONSTITUCIONALIZAÇÃO DOS
DIREITOS E CIDADANIA**

DANIELA CARVALHO ALMEIDA DA COSTA

MARIA DOS REMÉDIOS FONTES SILVA

NARCISO LEANDRO XAVIER BAEZ

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – Conpedi

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR

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

Conselho Fiscal

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR

Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches - UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)

Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

Secretarias

Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC

Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU

Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC

Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC

Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM

Diretoras de Eventos - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA

Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladimir Oliveira da Silveira – UNINOVE

P963

Processo de constitucionalização dos direitos da cidadania [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFS;

Coordenadores: Daniela Carvalho Almeida Da Costa, Maria Dos Remédios Fontes Silva, Narciso Leandro Xavier Baez – Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-063-3

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

Tema: DIREITO, CONSTITUIÇÃO E CIDADANIA: contribuições para os objetivos de desenvolvimento do Milênio

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Constitucionalização.
3. Cidadania. I. Encontro Nacional do CONPEDI/UFS (24. : 2015 : Aracaju, SE).

CDU: 34



XXIV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - UFS
PROCESSO DE CONSTITUCIONALIZAÇÃO DOS DIREITOS E
CIDADANIA

Apresentação

Caríssimos(as),

É com imensa honra e satisfação que apresentamos a obra Processo de Constitucionalização dos Direitos e Cidadania, fruto das apresentações do Grupo de Trabalho (GT) que conduzimos no dia 05 de junho do corrente ano, na Universidade Federal de Sergipe (UFS).

Este GT foi pensado e proposto pela afinidade temática com uma das linhas de pesquisa do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFS, cuja área de concentração é justamente Constitucionalização do Direito, o que nos acrescenta uma satisfação pessoal. O Programa, ainda muito jovem, cujo início se deu em 2010, vivenciou um grande amadurecimento ao sediar o XXIV Encontro Nacional do CONPEDI, o que se refletiu na adesão maciça de seu corpo docente e discente, não só unindo esforços para ciceronearmos esse Encontro do CONPEDI, mas também na submissão de inúmeros artigos científicos.

A obra que apresentamos tem uma importância peculiar para o Programa de Pós-Graduação em Direito da UFS, contando com uma das professoras do Programa dentre seus coordenadores, bem como com 6 artigos de alunos do Programa que, em conjunto com os demais 18 artigos, todos selecionados com o devido rigor científico, compõem os 24 artigos da presente obra sobre Constitucionalização e Cidadania. Os textos se destacam pela relevante discussão temática em torno das dimensões materiais e eficazes dos direitos fundamentais, especialmente pelo debate sobre os mecanismos de efetividade desses direitos, não só no âmbito jurídico, mas também no âmbito social, político e econômico.

Os Direitos Humanos, na célebre concepção de Hannah Arendt, são um dado e não um construído, o que nos remete ao dinamismo necessário a sua internacionalização/universalização e, sobremaneira, num país com uma democracia inconclusa como o nosso, a necessidade da construção e aperfeiçoamento dos instrumentos jurídicos para sua internalização. A Constitucionalização dos Direitos é força motriz para a efetivação desse processo paulatino de internalização dos Direitos Humanos.

É inegável o avanço que a Constituição de 88 representou nesse processo e o quanto nossas instituições públicas vêm se fortalecendo no jogo de forças da vivência democrática.

Entretanto, uma efetiva constitucionalização promove cidadania e dignidade, enraizadas nos valores sociais do trabalho, a começar pela democratização do acesso à justiça e à livre informação, não por outra razão fundamentos do nosso Estado Democrático de Direito. Para tanto, é essencial uma efetiva hermenêutica constitucional, em que toda a interpretação e aplicação do direito se dê conforme o paradigma constitucional.

Os coordenadores do GT Processo de Constitucionalização dos Direitos e Cidadania agradecem aos autores dos trabalhos, pela valiosa contribuição científica de cada um, permitindo assim a elaboração da presente obra, que certamente será uma leitura interessante e útil para todos que integram a nossa comunidade acadêmica: professores/pesquisadores, discentes da graduação e pós-graduação e os próprios cidadãos interessados na tutela de seus direitos.

Desta feita, acreditamos que a presente obra muito acrescentará às reflexões tão necessárias dentro dos estudos do direito, acerca do Processo de Constitucionalização e Cidadania, com vistas à construção de um mundo mais igualitário.

Desejamos uma leitura construtiva a todos!

Aracaju, inverno de 2015.

Prof.^a Dr.^a Daniela Carvalho Almeida da Costa¹

Prof.^a Dr.^a Maria dos Remédios Fontes Silva²

Prof. Dr. Narciso Leandro Xavier Baez³

¹Advogada; Mestre e Doutora em Direito Penal e Criminologia pela USP; Especialista em Direito Penal pela Universidade de Salamanca; Ex-Coordenadora Regional em Sergipe do IBCCRIM; Coordenadora do Grupo de Pesquisa Estudos sobre violência e criminalidade na contemporaneidade da UFS; Professora Adjunta do Dept.^o de Direito da UFS; Professora do Programa de Pós-graduação Mestrado em Direito da UFS; Professora do Curso de Direito da Fanese; Professora da Escola Superior da Magistratura de Sergipe.

²Mestre e Doutora pela Université Catholique de Lyon - França, Pós-doutorado pela Université Lumière Lyon II - França. Coordenadora do Grupo de Pesquisa "Direito Estado e

Sociedade". Coordenadora do Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Professora Titular do Departamento de Direito Público da UFRN, Professora da Escola da Magistratura do Rio Grande do Norte - ESMARN.

³Coordenador Acadêmico-Científico do Centro de Excelência em Direito e do Programa de Mestrado em Direito da Universidade do Oeste de Catarina; Pós-Doutor em Mecanismos de Efetividade dos Direitos Fundamentais pela Universidade Federal de Santa Catarina; Doutor em Direitos Fundamentais e Novos Direitos pela Universidade Estácio de Sá, com estágio bolsa PDEE/Capes, no Center for Civil and Human Rights, da University of Notre Dame, Indiana, Estados Unidos; Mestre em Direito Público; Especialista em Processo Civil; Juiz Federal da Justiça Federal de Santa Catarina desde 1996.

A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DOS DIREITOS DAS CRIANÇAS E DOS ADOLESCENTES NO BRASIL

LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DE LOS DERECHOS DE LOS NIÑOS Y DE LOS ADOLESCENTES EN BRASIL

Thandra Pessoa de Sena

Resumo

Este trabalho analisa a constitucionalização dos direitos fundamentais das crianças e adolescentes contemplados da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. As garantias dos direitos de crianças e adolescentes foram resultado de um grande processo de transformação político dentro da sociedade brasileira e da influência direta de movimentos sociais nacionais e internacionais. Os tratados internacionais influenciaram na constitucionalização destes direitos dentro do ordenamento jurídico brasileiro e na criação do Estatuto da Criança e do Adolescente, com a adoção da Doutrina da Proteção Integral.

Palavras-chave: Palavras chave : direitos da criança e adolescente, Constituição, Direitos fundamentais

Abstract/Resumen/Résumé

Este trabajo analiza la constitucionalización de los derechos fundamentales de los niños y adolescentes incluyó la Constitución de la República Federativa de Brasil 1988. Las garantías de los derechos de los niños y adolescentes fueron el resultado de un largo proceso de transformación política en la sociedad brasileña y la influencia directa de los movimientos nacional e internacional social. Los tratados internacionales influyeron en la constitucionalización de los derechos dentro del sistema jurídico brasileño y la creación de los Niños, Niñas y Adolescentes, con la adopción de la Doctrina de Protección Integral.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Palabras clave: derechos de los niños y adolescentes, Constitución, Derechos fundamentales

1.Introdução

Atualmente as crianças¹ e adolescentes² brasileiros possuem um sistema constitucional de proteção aos seus direitos fundamentais³ inerentes a qualquer ser humano, além de direitos especiais relativos a sua condição de pessoa em desenvolvimento. Contudo, estes direitos e garantias foram resultado de um grande processo de transformação político e social e da influência de uma série de movimentos sociais nacionais e tratados internacionais em prol dos direitos dos “menores” na elaboração da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

No plano interno, a sociedade brasileira na década de oitenta vivenciava um dos momentos mais importantes de nossa história com a reabertura política e democrática após anos de Regime Militar (1964-1985) e a elaboração de uma nova Constituição Republicana.

Por outro lado, o país encontrava-se mergulhado em uma crise econômica (dívida externa) e social (dívida interna) e neste contexto a situação de nossas crianças, principalmente das mais carentes, não era diferente.

A sociedade brasileira se deparava com um número crescente de criança e adolescentes abandonados nas ruas das grandes cidades, formando um verdadeiro contingente de “meninos de rua” ou “menores abandonados”.

O termo *menor*, no imaginário da população brasileira, se refere a uma parcela bem definida da infância brasileira: é a parcela pobre, advinda de camadas populares, vítimas de sua situação socioeconômica, submetida aos mais diversos tipos de violência, abrangendo o universo doméstico e a rua; das instituições que, em princípio, deveriam cuidar do seu bem-estar à escola; do subemprego, quando existe, à exploração completa de seu trabalho sem nenhuma

¹ Criança é o ser humano em formação, desde a concepção, no ventre materno que possui até doze anos incompletos.(Art.2º do ECA e Art. 1º da Convenção sobre os Direitos da Criança da Assembléia das Nações Unidas).

² Adolescente é pessoa em desenvolvimento, entre doze anos completos e 18 anos incompletos (Art. 2º do ECA).

³ Direitos fundamentais são os direitos e liberdades constitucionalmente protegidos, por meio de instrumentos estabelecidos na própria constituição (CRUZ, Paulo Márcio. **Fundamentos do direito constitucional**.Curitiba: Juruá, 2002, p.133) .

remuneração. As crianças das camadas médias e alta da população nunca são designadas como “menores”. Suas identidades e estatuto social são outros. Associadas ao termo menor, outras representações permeiam o imaginário social, tais como: infrator, trombadinha, moleque de rua, margina, ladrãozinho, pivete, batedor de carteira, pixote, delinquente, abandonado, etc.⁴

Na virada para o século XX a questão da infância abandonada no Brasil já era vista como um problema social grave, nas crônicas dos jornais já se noticiava o contingente significativo de crianças de rua, associadas ao advento da República e seus problemas sociais.

A intervenção estatal ao longo das décadas continuou se pautando meramente na atuação “correcional-repressivo”. Tendo sido criadas instituições estatais, como o Serviço de Assistência ao Menor (SAM) criado na década de 40 e a Fundação Nacional do Bem-Estar do Menor (FUNABEM) criado na década de 60, que não conseguiram solucionar o problema emergente. Ocorreram inúmeras denúncias contra a ineficácia destas instituições, condenando-se a violência, os internatos, o descaso, a omissão.⁵

Desde o início dos anos 70 a problemática do menor abandonado no Brasil passou a ser alvo de atenção da imprensa nacional e internacional e de estudos universitários. No plano político reelaborou-se o Código de Menores de 1927, substituído em 1979 por outro, mas que conservava seu caráter repressor tendo a Doutrina da Situação Irregular como alicerce.

Nos anos 80 a situação se agrava ao ponto da sociedade civil organizada e organizações não-governamentais (ONGs) nacionais e internacionais, exigirem das autoridades públicas medidas e políticas públicas urgentes em benefício da infância brasileira. Destacamos o papel importante Movimento dos Meninos e Meninas de Rua do Brasil⁶ na conquistas dos direitos fundamentais das crianças no país.

⁴ GOHN, Maria da Glória. **Os Sem –Terra , ONGs e Cidadania**. São Paulo: Cortez, 2000. p. 112.

⁵ ARGIGÓ, Maria Inês França. **Estatuto da Criança e do Adolescente: Direitos e Deveres**. Leme: Cronus, 2009. p.62

⁶ Criado em 1985 o Movimento Nacional dos Meninos e Meninas de Rua (MNMMR) por uma rede composta por pessoas e instituições engajadas em programas de atendimentos a crianças e adolescentes de rua. É considerado o primeiro interlocutor nacional sobre a problemática, denunciando a violência institucionalizada e

Nos anos 80 os menores se organizaram na sociedade civil brasileira, fato inédito na história do país. O agravamento do contexto econômico de crise, as péssimas condições de tratamento das unidades da FEBEM, o aumento do número de menores nas ruas vivendo de pequenos expedientes, a bancarrota da escola oficial no país, que mais expulsa do que acolhe criança, tudo isso levou ao surgimento de um movimento que veio a ter dimensão nacional.⁷

Foram realizadas discussões dentro do Fórum Nacional de Defesa da Criança e do Adolescente, embrião do Estatuto da Criança e do Adolescente, onde a título de exemplificação, participaram o Movimento dos Meninos e Meninas de Rua do Brasil, Conferência Nacional dos Bispos do Brasil CNBB- Pastoral do Menor, Associação Brasileira de Pediatria, Frente de Defesa dos Direitos da Criança, Movimento Criança Prioridade Nacional, Fórum dos Dirigentes de Febens, Fórum Nacional de Secretários Estaduais de Educação, etc.⁸

No plano externo a ideia de promoção especial para crianças e adolescentes passou a florescer no século XX. Em 1924 a Declaração dos Direitos da Criança de Genebra manifestou-se em favor da infância, mas somente com a Declaração Universal dos Direitos do Homem, contudo, reconheceu-se, pela primeira vez, universalmente, que a criança deve ser objeto de cuidados e atenções especiais. Tal reconhecimento deu-se por força do item 2 do artigo XXV, onde se dispôs claramente que “[...] a maternidade e a infância têm direito a cuidados e assistência especial. Todas as crianças, nascidas dentro ou fora do matrimônio, gozarão da mesma proteção social”.

A Declaração dos Direitos Humanos de 1948 prevê o especial tratamento as crianças e adolescentes pelas suas condições peculiares de seres em desenvolvimento nos artigos 25 e 26, salientando que a infância tem direitos e cuidados e assistências especiais, sendo que todas as crianças gozarão da mesma proteção.

A Declaração Universal dos Direitos da Criança, no ano de 1959 foi o primeiro instrumento específico a surgir com real importância dentro da nova ordem internacional que se estabelecia e tornou-se um guia para a atuação, tanto privada como

a omissão do Estado. (GOHN, Maria da Glória. **Os Sem –Terra, ONGs e Cidadania**. São Paulo: Cortez, 2000).

⁷GOHN, Maria da Glória. **Os Sem –Terra, ONGs e Cidadania**. São Paulo: Cortez, 2000. p. 118.

⁸ CURY, Munir. **Estatuto da Criança e do Adolescente Anotado**. São Paulo: Malheiros, 202.p.19.

pública, em favor da criança. A Declaração passou a constituir-senun marco moral para os direitos da criança. É formada de dez princípios básicos onde se afirma o direito da criança à proteção especial; à ser-lhe dadas as oportunidades e facilidades necessárias ao pleno desenvolvimento saudável e harmonioso; à utilizar-se dos benefícios relativos à seguridade social, incluindo-se a adequada nutrição, moradia, recreação e serviços médicos; à receber educação e a ser protegida contra todas as formas de negligência, crueldade e exploração.

Assim, encerradas a Primeira e Segunda Guerras Mundiais, embalada pela Declaração dos Direitos do Homem, e pautada em seus princípios, a Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas (ONU) aprovou em 1959 a Declaração Universal dos Direitos das Crianças cujos princípios a serem deveriam ser seguidos por seus signatários, entre os quais o Brasil. Esta Declaração considera que toda criança, pela sua falta de maturidade física e mental, necessita de proteção e cuidados especiais, inclusive proteção legal, cabendo aos pais, as autoridades locais e governamentais que reconheçam os direitos da criança e lutem para conseguir medidas legislativas favoráveis.

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos de 1969 (Pacto de San José da Costa Rica) em seu artigo 19 preconiza a necessidade de medidas visando a proteção das crianças por parte da família, sociedade e Estado. As “Regras de Beijing” fixadas pelas Nações Unidas em 29 de novembro de 1985 pontuam regras políticas de atendimento e promoção do bem-estar da criança e do adolescente e de sua família.

Destacamos, em especial, a Convenção Internacional de Direitos da Criança promovida pela Organização das Nações Unidas, realizada em vinte de novembro do ano de 1989, na qual os países, entre os quais o Brasil, se comprometeram a implantarem em seus sistemas jurídicos políticas públicas de proteção aos direitos da infância. E uma vez que o Estado brasileiro a subscreveu e ratificou expressou sua responsabilidade com as gerações futuras, na criação de legislações fundamentadas na proteção integral dos infantes.⁹

A doutrina da Proteção Integral das Nações Unidas, base de sustentação da convenção de New York sobre os Direitos da Criança, de 1990, ratificada por quase todos os países do mundo [...], se fundamenta no seguinte tripé de princípios: a) **Prioridade absoluta** para todos os menores de 18 anos; b) respeito à condição peculiar de

⁹ No Brasil a Convenção foi aprovada em 14 de setembro de 1990, pelo Decreto Legislativo n.28, sendo promulgada em 21 de setembro pelo Decreto n. 99.710 no mesmo ano.

peças em desenvolvimento; c) que são **sujeitos de direitos** e não mero objeto de intervenção do Estado. A lógica dos seus princípios é demolidora em relação à doutrina que anteriormente sustentava os velhos Códigos de Menores de praticamente todo o mundo ocidental, denominada de “tutelar” ou da “situação irregular”, que enxergava a questão do menor abandonado, delinqüente, com desvio de conduta etc. como uma patologia social e que o Estado era o ente capaz de reintegrá-lo à sociedade, mediante sua segregação do convívio social para que fosse “tratado” e “curado”.¹⁰

Assim, o reconhecimento da criança e do adolescente como sujeitos de direitos humanos também se deve, principalmente, aos Tratados e Convenções Internacionais em que o Brasil foi participante, que discutiram políticas para proteger as futuras gerações.

Da união da Administração Pública, entidades não-governamentais, juristas, movimentos sociais, empresariado e sociedade civil organizada resultou a luta e a conquista da inserção na Constituição Federal promulgada em 05 de outubro de 1988 dos princípios transcritos na Convenção Internacional dos Direitos da Criança.

As Constituições, porque as comunidades políticas não são produto do pensamento, mas resultado da ação, não têm existência independente. Não são apenas uma obra de técnica jurídica. Estão sujeitas e dependem de outros e sucessivos atos para subsistirem. É por essa razão que é preciso preservar as condições para gramática da ação e a sintaxe do poder, afim de que haja obediência a lei.¹¹

O legislador constituinte de 1988 influenciado por Convenções Internacionais, pela participação da Sociedade Civil Organizada e de Movimentos Sociais em prol dos interesses das crianças, estabelece normas visando proteger criança e adolescente de forma absoluta, garantindo o respeito prioritário de seus direitos fundamentais, para que possam se desenvolver e atingir a plenitude do potencial enquanto seres humanos.

Pela primeira vez na história das constituições brasileiras, a criança é tratada como uma questão pública, metodologia que atinge, radicalmente, o sistema jurídico. Essa mudança é significativa, pois considera, a partir de agora, que crianças e adolescentes,

¹⁰ FIGUEIRÊDO, Luiz Carlos de Barros. **Adoção Internacional:** a Convenção Internacional e a normativa brasileira- uniformização de procedimentos. Curitiba: Juruá, 2005, p.66.

¹¹ LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos** : um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. São Paulo: Companhia das Letras, 1988. p. 26.

independente de sua condição social, são sujeitos de direito e a lei deve respeitar essa condição peculiar, característica singular desse sujeito, que até então tinha direitos, mitigados pelo caráter assistencialista.¹²

Os anos de 1986 e 1987 foram marcados em todo Brasil por uma intensa movimentação sociopolítica em torno do processo constituinte. Nesta ocasião, uma aliança entre diferentes setores da sociedade civil e política levou, em vários estados brasileiros, à formação de um grande movimento social organizado em torno da problemática das crianças e adolescentes do Brasil. Denúncias de prisões ilegais, tortura e assassinatos da população infanto-juvenil foram os alvos principais do movimento para sensibilizar a opinião pública e atingir os meios de comunicação. O primeiro êxito do movimento, num primeiro momento, foi o reconhecimento oficial dos direitos sociais da criança e do adolescente no texto constitucional de 1988, em seu artigo 227.¹³

A Constituição Federal de 1988 no plano interno veio a consagrar o compromisso estatal com a doutrina da proteção integral, abordando a questão da criança como prioridade absoluta, impondo ao Estado, a família e a sociedade em geral, conforme art. 227, o dever de proteção das crianças e adolescentes.

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, crueldade e opressão

Especificamente sobre adoção determina

§ 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.

¹² LIBERATI, Wilson Donizeti. **Direito da Criança e do Adolescente**. São Paulo: Rideel, 2010. p. 15.

¹³ GOHN, Maria da Glória. **Os Sem –Terra, ONGs e Cidadania**. São Paulo: Cortez, 2000.p.122.

Tais dispositivos legais devem ser alinhados a especial proteção do Estado à família conforme preceitua o Art. 226 a família é, base da sociedade e tem especial proteção do Estado.

A Convenção Internacional dos Direitos da Criança de 1989 gerou uma transformação radical na concepção da infância refletindo inclusive em mudanças nos Códigos de Menores em toda América Latina, até então muito semelhantes e de datas aproximadas.¹⁴

A Lei n. 8.069, de treze de julho de 1990 amplamente conhecida como Estatuto da Criança e do adolescente (ECA), posteriormente criada, inovou ao romper com a doutrina da situação irregular do Código de Menores de 1979 até então vigente, que tratava crianças e adolescentes como objetos, passando a tratá-los como sujeitos de direito dentro da chamada Doutrina da Proteção Integral estabelecida no artigo primeiro.

Conforme elucida Emilio García Méndez “ el ECA de Brasil e la primera innovación substancial latinoamericana respecto del modelo tutelar de 1919. Durante más de setenta años, desde 1919 a 1990, las ‘reformas’ a las leyes de menores de la misma melodía”.¹⁵

O artigo 227 da Constituição da República de 1988 descreve a síntese da denominada Doutrina da proteção integral destinada à infância e à juventude, que leva em conta o superior interesse da criança e do adolescente e absoluta prioridade no asseguramento de seus direitos individuais de cunho fundamental.

A Doutrina da proteção integral reconhece que crianças e adolescente, enquanto pessoas em desenvolvimento, devem ser protegidas pelos familiares, pelo Estado e

¹⁴ GOHN, Maria da Glória. **Os Sem –Terra, ONGs e Cidadania**. São Paulo: Cortez, 2000. p.124.

¹⁵ O ECA no Brasil é primeira inovação substancial latinoamericana do modelo tutelar de 1919. Durante mais de setenta anos, de 1919 a 1990, as "reformas" para as leis de menores da mesma melodia. (Tradução livre do autor) MÉNDEZ, Emilio García. **Evolución histórica del derecho de la infancia**: por que uma historia de los derechos de la infancia. In: **Justiça, Adolescente e Ato Infracional**: Socioeducação e Responsabilização. ILANUD, ABMO; SEDH; UNPA (orgs). São Paulo : ILANUD., 2006. p.11.

pela sociedade em geral e se opõe a antiga Doutrina da Situação Irregular¹⁶, anterior ao ECA, que restringia a incidência de proteção aos menores em situação irregular, entendidos estes quando abandonados ou em conflito com a lei.

O Código de Menores de 1979, ao se dirigir a uma categoria de crianças e adolescentes, os que se encontravam em situação irregular, colocava-se como uma legislação tutelar. Na realidade tal tutela pode ser entendida como culturalmente inferiorizadora, pois implica no resguardo da superioridade de alguns, ou mesmo de grupos, sobre outros como a história mostrou ter ocorrido, e ainda ocorrer, com mulheres, índios e outros.¹⁷

A proteção integral é abrangente e aplica-se a todos os indivíduos que não completaram dezoito anos, sem privilégios ou distinções. Ocorre a modificação de menores, de semicidadania, para a de cidadania plena.

A criança e o adolescente na ótica menorista eram meros objetos de toda uma ideologia tutelar, de uma cultura que coisificava a infância. Já na ótica desse novo direito, a criança e o adolescente são compreendidos como sujeitos, cujas autonomias estão desenvolvendo, elevando-os a autores da própria história, enquanto atores sociais.¹⁸

A partir da constitucionalização da doutrina da proteção integral todas as crianças e adolescentes indistintamente passam a ser vistos como sujeitos de direitos e não apenas como objetos nas relações jurídicas e sociais em nosso ordenamento jurídico.

2 A principiologia constitucional e a garantia dos direitos fundamentais da criança e do adolescente

¹⁶ É oportuno recordar que o Código de Menores de 1979, fundamentado na situação irregular, era composto por um conjunto de regras que distinguia crianças e adolescentes uns dos outros negligenciando alguns ante uma suposta patologia social.

¹⁷ VERONEZE, Josiane Rose Petry. Os Direitos da Criança e do adolescente: construindo o conceito de sujeito-cidadão. In: WOLKMER, Antônio Carlos; LEITE, José Rubens Morato (Org). **Os “novos” direitos no Brasil.** São Paulo: Saraiva, 2003, p. 43

¹⁸ VERONEZE, Josiane Rose Petry. Os Direitos da Criança e do adolescente: construindo o conceito de sujeito-cidadão. In: WOLKMER, Antônio Carlos; LEITE, José Rubens Morato (Orgs). **Os “novos” direitos no Brasil.** São Paulo: Saraiva, 2003, p. 32

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 estabeleceu significativas mudanças no ordenamento jurídico brasileiro ao elencar direitos humanos como direitos fundamentais e crianças e adolescentes são reconhecidos constitucionalmente como sujeitos de direito em condição especial de seres humanos em processo de desenvolvimento físico, intelectual e psicológico.

Para Dalmo Dallari os Direitos Humanos são atributos naturais, essenciais e inalienáveis da pessoa humana, que esta pode opor a qualquer ação ou omissão que ofenda ou ameace a sua integridade física e mental e sua dignidade, ou que impeça a satisfação de suas necessidades essenciais, físicas, intelectuais, afetivas e espirituais e o livre desenvolvimento de sua personalidade.¹⁹

Ingo Wolfgang Sarlet afirma que os direitos humanos ganham a característica de fundamentais quando inseridos nos textos constitucionais.²⁰

Os Direitos Humanos se transformaram em Direitos Fundamentais ou, usando outra terminologia, em liberdades públicas. Desta forma se passa de um conceito jusnaturalista para um conceito positivo. Mas deve-se recordar que os textos constitucionais, em muitos casos, proclamam que a normatização e definição dos direitos nelas estão previstos são levados a efeito em virtude da convicção de que, efetivamente, estes direitos e liberdades são anteriores e superiores à própria Constituição. Esta lhe atribui valor jurídico e formal, mas reconhece seu valor material.²¹

Salienta José Joaquim Gomes Canotilho que as expressões direitos “direitos do homem” e “direitos fundamentais” embora frequentemente utilizadas como sinônimas, são diferentes.

Segundo a sua origem e significado poderíamos distingui-las da seguinte maneira: **direitos** do homem são direitos válidos para todos os povos e em todos os tempos (dimensão jusnaturalista-universalista); **direitos fundamentais** são os direitos do homem, jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espaciotemporalmente. Os direitos do homem arrancariam da própria

¹⁹ DALLARI, Dalmo de Abreu. **A Constituição na vida dos povos da idade média ao século XXI**. São Paulo: Saraiva, 2010, p.306- 307.

²⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p.29

²¹ CRUZ, Paulo Márcio. **Fundamentos do Direito Constitucional**. Curitiba: Juruá.p.140.

natureza humana e daí o seu carácter inviolável, intemporal e universal; os direitos fundamentais seriam os direitos objectivamente vigentes numa ordem jurídica concreta.²²

Luigi Ferrajoli em sua obra *Derechos y Garantias: la ley más débil* salienta que

“Son ‘derechos fundamentales’ todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a ‘todos’ los seres humanos en cuanto dotados del status de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar; entendiendo por ‘derecho subjetivo’ cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adstrita a un sujeto, prevista asimismo por una norma jurídica positiva, como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicio de éstas.”²³

As Constituições do México de 1917 e da Alemanha de 1919 (Constituição de Weimar) provocaram mudanças importantes na ordem jurídica mundial, sendo uma resposta a crise do modelo liberal-individualista, apontam para a construção do constitucionalismo social.

Um exemplo muito expressivo desse novo constitucionalismo é a atual Constituição brasileira, de 1988, elaborada por uma Assembleia Nacional Constituinte após um período de ditadura militar que durou de 1964 até 1996. Embora em linhas gerais, tenha sido mantido o modelo estadunidense, adotado no Brasil em 1891, logo após a proclamação da República, foram introduzidas inovações substanciais, sendo uma delas um preâmbulo que, por sua redação, deixa claro que está afirmando valores éticos com direitos e que um dos objetivos da Constituição é dar-lhe efetividade.²⁴

²² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Edições Almedina, 2003, p.393.

²³ São os “direitos fundamentais” todos aqueles direitos subjetivos que correspondem universalmente a “todos” os seres humanos enquanto dotados com o status de pessoas, cidadãos ou pessoas com capacidade jurídica, entendida como “direito subjetivo” qualquer expectativa positiva (de prestação) ou negativa (de não sofrer lesão) adstrita a um sujeito, também forneceu uma norma legal positiva, como uma condição prévia para a sua adequação para ser um titular de situações jurídicas e / ou autor dos atos que são exercidos (Tradução livre do autor) FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías: la ley más débil**. Tradução de Perfecto Ivanez y Andrea Greppi. Madrid: Trotta, 1999, p.36.

²⁴ DALLARI, Dalmo de Abreu. **A Constituição na vida dos povos da idade média ao século XXI**. São Paulo: Saraiva, 2010, p .324.

Nas palavras de Paulo Cruz houve uma crescente inclusão nas Constituições, “não só de previsões de regulamentações estatal, mas também de comando aos poderes públicos para que passem a promover ou financiar uma serie de prestações de serviços, em geral públicos e gratuitos, aos cidadãos”²⁵.

Neste contexto, Canotilho traz a proposta da chamada “Teoria da Constituição Dirigente”²⁶, que pretende racionalizar a política, incorporando uma dimensão materialmente legitimadora, ao estabelecer um fundamento constitucional para sua atuação.

A Constituição passa, neste contexto, de norma jurídica formalmente superior e abstraída de qualquer conteúdo material e mera definidora de competências e procedimentos à orientar e determinar um plano de tarefas, estabelecendo programas, diretrizes e definindo fins para o Estado e sociedade em geral.

Sendo assim esses princípios gerais, dentro do sistema constitucional dirigente, além de serem reconhecidos e declarados solenemente, devem ser garantidos, pois vinculam e direcionam as ações do Poder Público e não apenas servindo de simples linhas sugestivas de ação.

Ademais afirma Bonavides²⁷ que a partir da crise do liberalismo e o surgimento do Estado Social, as constituições passaram a consagrar em seus textos direitos sociais, econômicos e culturais. Simultaneamente à consagração desses direitos coletivos, o despertar da consciência sobre a importância da proteção, não só do indivíduo, mas também de instituições fundamentais para a sociedade, deu origem ao descobrimento de um novo conteúdo dos direitos fundamentais as chamadas as garantias institucionais.

Assim, a família passou a ter proteção especial do Estado consagrado no constitucional e dentro desde contexto às crianças e adolescentes, enquanto seres humanos em desenvolvimento, foi assegurado o crescimento digno dentro de um ambiente familiar saudável e condizente com as necessidades inerentes à dignidade da pessoa humana.

²⁵ CRUZ, Paulo. **Política, Poder, Ideologia e Estado Contemporânea**. Curitiba: Juruá, 2009, p.165.

²⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Edições Almedina, 2003. p.1086- 1087.

²⁷ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 1992.p.518-522.

3 A dignidade da pessoa humana e os direitos da criança e do adolescente na Constituição Federal de 1988

Nossa Constituição da República de 1988 em seu artigo primeiro, inciso três, apresenta como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito brasileiro o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.

Sendo fundamento do Estado Democrático de Direito a dignidade da pessoa humana, conforme Ingo Wolfgang Sarlet,

Trata da própria condição humana (e, portanto, do valor intrínseco reconhecido as pessoas no âmbito de suas relações intersubjetivas) do ser humano, e desta condição e de seu reconhecimento e proteção pela ordem jurídica constitucional decorre de um complexo de posições jurídicas fundamentais.²⁸

Visando garantir a efetividade deste fundamento constitucional, o texto Constitucional elenca vários direitos fundamentais e sociais, expressos nos artigos quinto e sexto, quais sejam: igualdade, educação, saúde, trabalho, moradia, lazer, segurança, previdência social, proteção à maternidade e à infância, entre outros.

Assim, a constitucionalização dos direitos das crianças e adolescentes os tornam fundamentais em nosso ordenamento jurídico.

A determinação de prioridade no atendimento aos direitos infanto juvenis, inserida no texto da Convenção, é uma garantia e um vínculo normativo idôneo, para assegurar a efetividade aos direitos subjetivos; é um princípio jurídico-garantista na formulação pragmática, por situar-se como um limite à discriminação das autoridades.²⁹

A dignidade enquanto direito também é conferida à crianças e aos adolescentes, vistos como sujeitos de direitos pelo legislador pátrio no Estatuto da criança e Adolescente

²⁸ SARLET, Ingo Wolfgang . **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p.147.

²⁹ LIBERATI, Wilson Donizeti. **Adolescente e Ato Infracional: Medida Sócioeducativa é pena?**, São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2003. p. 45.

Art. 15. 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.

No âmbito dos direitos fundamentais essa proteção é regulada pela Constituição Federal em seu artigo 227, *caput*, que determina que a família, a sociedade e o Estado devem assegurar para as pessoas em formação, 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 do dever de garantir que fiquem a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. O artigo quarto da Lei 8.069, de 13 de agosto de 1990, o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) traz dispositivo semelhante.

Após a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e a inserção do art. 227 se fez necessário a criação de uma legislação específica destinada as crianças e adolescentes em substituição ao Código de Menores até então vigente e que contemplasse a doutrina da proteção integral.

O Estatuto da Criança e do Adolescente resultou da articulação de três vertentes: o movimento social, os agentes do campo político e as políticas públicas. Coube ao movimento social reivindicar e pressionar. Aos agentes jurídicos (estudiosos e aplicadores) traduzirem tecnicamente os anseios da sociedade civil desejosa de mudanças do arcabouço jurídico-constitucional das décadas anteriores. Embalados pelo ambiente extremamente propício de retomada democrática pós-ditadura militar e promulgação de uma nova ordem constitucional, coube ao poder público, através das Casas legislativas efetivas os anseios sociais e a determinação constitucional.³⁰

O termo “estatuto” foi apropriado porque traduz o conjunto de direitos fundamentais indispensáveis a formação integral da criança e do adolescente. Trata-se de um verdadeiro microsistema que cuida de todo arcabouço necessário para efetivar o ditame constitucional de ampla tutela do público infante–juvenil.³¹

³⁰ AMIM, Andréa Rodrigues. Evolução do direito da Criança e do Adolescente In: **Curso de Direito da Criança e do Adolescente**: aspectos teóricos e práticos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p.09.

³¹ AMIM, Andréa Rodrigues. Evolução do direito da Criança e do Adolescente In: **Curso de Direito da Criança e do Adolescente**: aspectos teóricos e práticos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p.06.

Na análise de Wilson Donizeti Liberati, o Código revogado não passava de um código penal do “menor”, disfarçado em sistema tutelar; suas medidas não passavam de verdadeiras sanções, ou seja, penas, disfarçadas em medidas de proteção. Não relacionava nenhum direito, a não ser aquele sobre assistência religiosa; não trazia nenhuma medida de apoio a família; tratava a situação irregular da criança e do jovem, que na realidade eram seres privados de seus direitos.³²

Assim, a doutrina da proteção integral consubstanciou-se em um metaprincípio orientador compondo um sistema constitucional que encontra nas normas do Estatuto a sua realização completa e objetiva, formando ao lado das normas internacionais de proteção aos direitos humanos um verdadeiro sistema de proteção dos direitos de criança e adolescentes.³³

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.

5 Conclusões Finais

Como vimos a comunidade internacional, inclusive o Brasil, especialmente a partir da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, sensível a situação desprotegida de muitas crianças vítimas de guerra, tráfico de pessoas, abuso sexual e qualquer tipo de exploração em geral, tem formulado diversas declarações, que criaram o compromisso para os Estados membros de adequar suas legislações e implementar medidas

³² LIBERATI, Wilson Donizeti. **Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente**. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 15.

³³ ROSSATO, Luciano Alves. **Estatuto da Criança e Do Adolescente Comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 80.

conducentes com tais objetivos, tendo sido nos textos Constitucionais e na legislação interna garantido os direitos das crianças.³⁴

Preceitua Norberto Bobbio o desenvolvimento da temática dos direitos humanos se deu a partir da necessidade de regulamentar as novas relações humanas, devido o aumento de bens merecedores de tutela, à extensão da titularidade de alguns direitos típicos a sujeitos diversos do homem e porque o homem não é mais considerado no seu sentido genérico, ou homem abstrato, mas sim visto na especificidade de suas diversas maneiras de ser na sociedade- como criança, velho, doente.³⁵

O princípio da dignidade da pessoa humana é destaque em nosso texto constitucional, art.1º, III, como princípio fundamental da República Federativa do Brasil e o Estatuto da criança e do Adolescente em seu art. 3º assegura que toda criança e adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção de que trata o ECA, assegurando-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.

Referências

CRUZ, Paulo Márcio. **Fundamentos do direito constitucional**. Curitiba: Juruá, 2002.

GOHN, Maria da Glória. **Os Sem –Terra , ONGs e Cidadania**. São Paulo: Cortez, 2000.

ARGIGÓ, Maria Inês França. **Estatuto da Criança e do Adolescente: Direitos e Deveres**. Leme: Cronus, 2009.

CURY, Munir. **Estatuto da Criança e do Adolescente Anotado**. São Paulo: Malheiros, 202.

FIGUEIRÊDO, Luiz Carlos de Barros. **Adoção Internacional: a Convenção Internacional e a normativa brasileira- uniformização de procedimentos**. Curitiba: Juruá, 2005.

LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos : um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt**. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

³⁴ DALMASSO, Elsa Inés. A Convenção sobre direitos da Criança e o princípio reitor do interesse maior da criança, **Novos Estudos Jurídicos**, Itajaí v.9 n.2 maio/ago 2004, p.451-460.

³⁵ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Camppus, 1992. p. 67.

LIBERATI, Wilson Donizeti. **Direito da Criança e do Adolescente**. São Paulo: Rideel, 2010.

MÉNDEZ, Emílio García. **Evolución histórica del derecho de la infancia**: por que uma historia de los derechos de la infancia. In: **Justiça, Adolescente e Ato Infracional**: Socioeducação e Responsabilização. ILANUD, ABMO; SEDH; UNPA (orgs). São Paulo : ILANUD, 2006.

VERONEZE, Josiane Rose Petry. Os Direitos da Criança e do adolescente: construindo o conceito de sujeito-cidadão. In WOLKMER, Antônio Carlos; LEITE, José Rubens Morato (Org). **Os “novos” direitos no Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2003.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **A Constituição na vida dos povos da idade média ao século XXI**. São Paulo: Saraiva, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Edições Almedina, 2003.

FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías: la ley más débil**. Tradução de Perfecto Ivanez y Andrea Greppi. Madrid: Trotta, 1999.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 1992.

LIBERATI, Wilson Donizeti. **Adolescente e Ato Infracional: Medida Sócioeducativa é pena?**, São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2003.

DALMASSO, Elsa Inés. A Convenção sobre direitos da Criança e o princípio reitor do interesse maior da criança, **Novos Estudos Jurídicos**, Itajaí v.9 n.2 maio/ago 2004.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Camppus, 1992. p. 67.

AMIM, Andréa Rodrigues. Evolução do direito da Criança e do Adolescente In: **Curso de Direito da Criança e do Adolescente**: aspectos teóricos e práticos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

ROSSATO, Luciano Alves. **Estatuto da Criança e Do Adolescente Comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.