

# Doutrina da proteção integral

Andréa Rodrigues Amin

## 1. INTRODUÇÃO

Segundo Aurélio Buarque de Holanda Ferreira<sup>1</sup>, *doutrina* “é o conjunto de princípios que servem de base a um sistema religioso, político, filosófico, científico etc.”.

Princípios, no dizer de Miguel Reale<sup>2</sup>, são “enunciados lógicos admitidos como condição ou base de validade das demais asserções que compõem dado campo do saber”. Resumindo, “são verdades fundantes de um sistema de conhecimento”.

Já um sistema pode ser definido como um conjunto de normas dependentes entre si, reunidas sob um critério lógico de organização, fundado em um princípio-base.

Assim, podemos entender que a doutrina da proteção integral é formada por um conjunto de enunciados lógicos, que exprimem um valor ético maior, organizada por meio de normas interdependentes que reconhecem criança e adolescente como sujeitos de direito. A doutrina da proteção integral encontra-se insculpida no art. 227 da Carta Constitucional de 1988, em uma perfeita integração com o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana.

Segundo Maria Dinair Acosta Gonçalves<sup>3</sup>, superou-se o direito tradicional, que não percebia a criança como indivíduo e o direito moderno do menor incapaz, obje-

1 *Novo dicionário Aurélio da língua portuguesa*. 2. ed. 36. imp., Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986, p. 610.

2 *Lições preliminares de direito*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 303.

3 *Proteção integral — Paradigma multidisciplinar do direito pós-moderno*. Porto Alegre: Alacance, 2002, p. 15.

to de manipulação dos adultos. Na era pós-moderna, a criança, o adolescente e o jovem são tratados como sujeitos de direitos, em sua integralidade.

A Carta Constitucional de 1988, afastando a doutrina da situação irregular até então vigente, assegurou às crianças e adolescentes, com absoluta prioridade, direitos fundamentais, determinando à família, à sociedade e ao Estado o dever legal e concorrente de assegurá-los.

Regulamentando e buscando dar efetividade à norma constitucional, foi promulgado o Estatuto da Criança e do Adolescente, microsistema aberto de regras e princípios, fundado em dois pilares básicos: 1) — criança e adolescente são sujeitos de direito; 2) — afirmação de sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento.

O efeito da mudança paradigmática é o objeto deste capítulo.

## 2. DOCUMENTOS INTERNACIONAIS

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

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

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

A ONU, atenta aos avanços e anseios sociais, mormente no plano dos direitos fundamentais, reconheceu que a atualização do documento se fazia necessária. Em 1979 montou um grupo de trabalho com o objetivo de preparar o texto da Convenção dos Direitos da Criança, aprovado em novembro de 1989 pela Resolução n. 44<sup>4-6</sup>.

4 A Convenção dos Direitos da Criança foi subscrita pelo governo brasileiro em 26 de janeiro de 1990, aprovada pelo Congresso Nacional por meio do Decreto n. 28/90 e promulgada pelo Decreto Executivo n. 99.710/90.

5 No período compreendido entre a Declaração Universal dos Direitos da Criança e a Convenção dos Direitos da Criança, as Nações Unidas elaboraram vários documentos internacionais que muito contribuíram para a evolução do direito infantojuvenil. Alguns merecem destaque: A Convenção Americana sobre Direitos Humanos ou Pacto de San José da Costa Rica, de 1969, promulgada, no Brasil, pelo Decreto n. 678/92, reconheceu direitos aos já concebidos, especializou o tratamento judicial para crianças e jovens, estabeleceu uma corresponsabilidade entre família, sociedade e Estado na proteção de crianças e adolescentes. As Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça Juvenil ou Regras Mínimas de Beijing, aprovadas pela Resolução n. 40/33, de novembro de 1985,

Pela primeira vez, foi adotada a doutrina da proteção integral fundada em três pilares: 1) reconhecimento da peculiar condição da criança e jovem como pessoa em desenvolvimento, titular de proteção especial; 2) crianças e jovens têm direito à convivência familiar; 3) as Nações subscritoras obrigam-se a assegurar os direitos insculpidos na Convenção com absoluta prioridade.

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

### 3. DA SITUAÇÃO IRREGULAR À PROTEÇÃO INTEGRAL

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

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

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

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

---

estabeleceram diretrizes para a Justiça especializada, principalmente, nos processos e procedimentos relativos a adolescentes em conflito com a lei. No mesmo passo e complementando o documento, em novembro de 1990 foram aprovadas regras preventivas da delinquência juvenil, conhecidas como Diretrizes de Riad, que formam a base das ações e medidas socioeducativas previstas no ECA.

- 6 Em razão da Emenda Constitucional n. 45, os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais (art. 5º, § 3º, da CF). A Convenção dos Direitos da Criança foi subscrita pelo governo brasileiro em 26 de janeiro de 1990, aprovada pelo Congresso Nacional pelo Decreto n. 28/90 e promulgada pelo Decreto Executivo n. 99.710/90.

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

Segundo Roberto da Silva<sup>7</sup>, “se os conceitos ontológicos fundamentam o capítulo referente à família no Código Civil brasileiro, dando origem a um ramo das ciências jurídicas, que é o Direito de Família, os hábitos e os costumes social e culturalmente aceitos no Brasil fundamentaram uma legislação paralela, o Direito do Menor, destinada a legislar sobre aqueles que não se enquadravam dentro do protótipo familiar concebido pelas elites intelectuais e jurídicas”.

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

Apesar das diversas medidas de assistência e proteção previstas pela lei<sup>8</sup> para regularizar a situação dos menores, a prática era de uma atuação segregatória na qual, normalmente, estes eram levados para internatos ou, no caso de infratores, institutos de detenção mantidos pela Febem. Inexistia preocupação em manter vínculos familiares, até porque a família ou a falta dela era considerada a causa da situação irregular.

Em resumo, a situação irregular era uma doutrina não universal, restrita, de forma quase absoluta, a um limitado público infantojuvenil.

Segundo José Ricardo Cunha<sup>9</sup>, “os menores considerados em situação irregular passam a ser identificados por um rosto muito concreto: são os filhos das famílias empobrecidas, geralmente negros ou pardos, vindos do interior e das periferias”.

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

A doutrina da proteção integral, por outro lado, rompe o padrão preestabelecido e absorve os valores insculpidos na Convenção dos Direitos da Criança. Pela primeira vez, crianças e adolescentes titularizam direitos fundamentais, como qualquer ser

7 A construção do Estatuto da Criança e do Adolescente. *Âmbito Jurídico*. Disponível em: <<http://www.ambitojuridico.com.br>>. Acesso em: 7 ago. 2012.

8 Vide art. 14 do Código de Menores de 1979.

9 O Estatuto da Criança e do Adolescente no marco da doutrina jurídica da proteção integral. *Revista da Faculdade de Direito Candido Mendes*. Rio de Janeiro, v. 1, 1996, p. 98.

humano. Passamos assim a ter um Direito da Criança e do Adolescente, em substituição ao Direito do Menor, amplo, abrangente, universal e, principalmente, exigível.

A conjuntura político-social vivida nos anos 1980 de resgate da democracia e busca desenfreada por direitos humanos, acrescida da pressão de organismos sociais nacionais e internacionais, levou o legislador constituinte a promulgar a "Constituição Cidadã" e nela foi assegurado com absoluta prioridade às crianças, adolescentes e ao jovem 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<sup>10</sup>.

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

Apesar de o art. 227 da Constituição da República ser definidor, em seu *caput*, de direitos fundamentais e, portanto, ser de aplicação imediata<sup>11</sup>, coube ao Estatuto da Criança e do Adolescente a construção sistêmica da doutrina da proteção integral.

A nova lei, como não poderia deixar de ser *ab initio*, estendeu seu alcance a todas as crianças e adolescentes<sup>12</sup>, indistintamente, respeitada sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento.

Para fins protetivos, levou-se, em linha de conta, eventual risco social, situação predefinida no art. 98 da Lei n. 8.069/90, e não mais a situação irregular. Trata-se de um tipo aberto, conforme a melhor técnica legislativa, que permite ao Juiz e operadores da rede uma maior liberdade na análise dos casos que ensejam medidas de proteção. O art. 98 não é uma norma limitadora da aplicação do ECA, mas delimitadora, principalmente, do campo de atuação do Juiz da Infância na área não infracional.

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

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

10 Art. 227, *caput*, primeira parte, da Constituição Federal.

11 Vide art. 5º, § 1º, da Constituição Federal de 1988.

12 "Art. 2º Considera-se criança, para os efeitos desta Lei, a pessoa até doze anos de idade incompletos, é adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade."

Ao Juiz coube a função que lhe é própria: julgar. A atuação *ex officio* não se encontra elencada nos arts. 148 e 149 da legislação estatutária, mas apenas as restritas à função judicante e normativa. Agora é a própria sociedade por meio do Conselho Tutelar que atua, diretamente, na proteção de suas crianças e jovens, encaminhando à autoridade judiciária os casos de sua competência e ao Ministério Público notícia de fato que constitua infração administrativa ou penal contra os direitos da criança ou adolescente<sup>13</sup>.

A atuação do Ministério Público no sistema garantista do ECA foi sobremaneira ampliada seguindo a tendência preconizada pela Constituição Federal, que promove o *Parquet* a agente de transformação social<sup>14</sup>.

Nesse confronto entre a doutrina da situação irregular e a da proteção integral se mostra ilustrativo o quadro comparativo apresentado por Leoberto Narciso Brancher<sup>15</sup>:

ASPECTO	ANTERIOR	ATUAL
Doutrinário	Situação Irregular	Proteção Integral
Caráter	Filantrópico	Política Pública
Fundamento	Assistencialista	Direito Subjetivo
Centralidade Local	Judiciário	Município
Competência Executória	União/Estados	Município
Decisório	Centralizador	Participativo
Institucional	Estatal	Cogestão Sociedade Civil
Organização	Piramidal Hierárquica	Rede
Gestão	Monocrática	Democrática

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

## REFERÊNCIAS

BRANCHER, Leoberto Narciso. Organização e gestão do sistema de garantias de direitos da infância e da juventude. *Encontros pela justiça na educação*. Brasília: Fundescola/MEC, 2000.

13 Vide art. 136 do ECA que dispõe sobre as atribuições do Conselho Tutelar.

14 Vide Capítulo sobre o Ministério Público.

15 Organização e gestão do sistema de garantias de direitos da infância e da juventude. *Encontros pela justiça na educação*. Brasília: Fundescola/MEC, 2000, p. 126.

- CUNHA, José Ricardo. O Estatuto da Criança e do Adolescente no marco da doutrina jurídica da proteção integral. *Revista da Faculdade de Direito Candido Mendes*. Rio de Janeiro, v. 1, 1996.
- FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo dicionário Aurélio da língua portuguesa*. 2. ed. 36. imp., Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986.
- GONÇALVES, Maria Dinair Acosta. *Proteção integral — Paradigma multidisciplinar do direito pós-moderno*. Porto Alegre: Alcance, 2002.
- REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- SILVA, Roberto da. A construção do Estatuto da Criança e do Adolescente. *Âmbito Jurídico*. Disponível em: <<http://www.ambitojuridico.com.br>>. Acesso em: 7 ago. 2012.

## Princípios orientadores do direito da criança e do adolescente

Andréa Rodrigues Amin

### 1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O Estatuto da Criança e do Adolescente é um sistema aberto de regras e princípios. As regras nos fornecem a segurança necessária para delimitarmos a conduta. Os princípios expressam valores relevantes e fundamentam as regras, exercendo uma função de integração sistêmica, são os valores fundantes da norma.

Regras e princípios são espécies de normas, "sentidos construídos a partir da interpretação sistêmica de textos normativos"<sup>1</sup>. A distinção nos é dada por Canotilho<sup>2</sup>:

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

1. ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 22.
2. CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Almedina, 1998, p. 1034.



No campo do direito infantojuvenil brasileiro, ambos concretizam a doutrina da proteção integral, espelho do princípio da dignidade da pessoa humana para crianças e adolescentes.

Três são os princípios gerais e orientadores de todo o ECA: 1) princípio da prioridade absoluta; 2) princípio do melhor interesse; 3) princípio da municipalização<sup>3</sup>.

A par dos gerais, temos princípios específicos a certas áreas de atuação ou que respeitam a institutos próprios e que serão oportunamente tratados nos demais capítulos desta obra. À guisa de exemplo citem-se os princípios pertinentes às medidas específicas de proteção, estabelecidos no parágrafo único do art. 100 do Estatuto da Criança e do Adolescente, com redação introduzida pela Lei n. 12.010, de 3 de agosto de 2009, bem como princípios regentes da execução das medidas socioeducativas, estabelecidos no art. 35 da Lei n. 12.594, de 18 de janeiro de 2012<sup>4</sup>.

## 2. PRINCÍPIO DA PRIORIDADE ABSOLUTA

Trata-se de princípio constitucional estabelecido pelo art. 227 da Lei Maior, com previsão no art. 4º e no art. 100, parágrafo único, II, da Lei n. 8.069/90.

Estabelece primazia em favor das crianças e dos adolescentes em todas as esferas de interesse. Seja no campo judicial, extrajudicial, administrativo, social ou familiar, o interesse infantojuvenil deve preponderar. Não comporta indagações ou ponderações sobre o interesse a tutelar em primeiro lugar, já que a escolha foi realizada pela nação por meio do legislador constituinte.

Assim, se o administrador precisar decidir entre a construção de uma creche e de um abrigo para idosos, pois ambos são necessários, obrigatoriamente terá de optar

- 3 Paulo Lúcio Nogueira elenca 14 princípios: 1) princípio da prevenção geral; 2) princípio da prevenção especial; 3) princípio do atendimento integral; 4) princípio da garantia prioritária; 5) princípio da proteção estatal; 6) princípio da prevalência dos interesses do menor; 7) princípio da indisponibilidade dos direitos do menor; 8) princípio da escolarização fundamental e profissionalização; 9) princípio da reeducação e reintegração do menor; 10) princípio da sigiliosidade; 11) princípio da respeitabilidade; 12) princípio da gratuidade; 13) princípio do contraditório; 14) princípio do compromisso. *Permissa venia*, há certa atecnia na classificação, pois o i. autor elenca como princípio o que a lei define como direito fundamental, como, por exemplo, o direito à escolarização e profissionalização, ou mesmo dever, como no compromisso firmado por termo quando da nomeação do tutor ou guardião.
- 4 Segundo o art. 100, parágrafo único da Lei n. 8.069/90, são princípios que regem a aplicação das medidas específicas de proteção: I — condição da criança e do adolescente como sujeitos de direitos; II — proteção integral e prioritária; III — responsabilidade primária e solidária do poder público; IV — interesse superior da criança e do adolescente; V — privacidade; VI — intervenção precoce; VII — intervenção mínima; VIII — proporcionalidade e atualidade; IX — responsabilidade parental; X — prevalência da família; XI — obrigatoriedade da informação; XII — oitiva obrigatória e participação.

pela primeira. Isso porque o princípio da prioridade para os idosos é infraconstitucional, estabelecido no art. 3º da Lei n. 10.741/2003, enquanto a prioridade em favor de crianças é constitucionalmente assegurada, integrante da doutrina da proteção integral.

À primeira vista, pode parecer injusto, mas aqui se tratou de ponderar interesses. Ainda que todos os cidadãos sejam iguais, sem desmerecer adultos e idosos, quais são aqueles cuja tutela de interesses mostra-se mais relevante para o progresso da nossa sociedade, da nossa nação? Se pensarmos que o Brasil é “o país do futuro” — frase de efeito ouvida desde a década de 1970 — e que este depende de nossas crianças e jovens, torna-se razoável e até acertada a opção do legislador constituinte.

Ressalte-se que a prioridade tem um objetivo bem claro: realizar a proteção integral, assegurando primazia que facilitará a concretização dos direitos fundamentais enumerados no art. 227, *caput*, da Constituição da República e reenumerados no *caput* do art. 4º do ECA.

Mais. Leva em conta a condição de pessoa em desenvolvimento, pois a criança e o adolescente possuem uma fragilidade peculiar de pessoa em formação, correndo mais riscos que um adulto, por exemplo.

A prioridade deve ser assegurada por todos: família, comunidade, sociedade em geral e Poder Público.

Família, seja natural ou substituta, já tem um dever de formação decorrente do poder familiar, mas não só. Recai sobre ela um dever moral natural de se responsabilizar pelo bem-estar das suas crianças e adolescentes, pelo vínculo consanguíneo ou simplesmente afetivo. Na prática, independentemente de qualquer previsão legal, muitas famílias já garantiam instintivamente primazia para os seus menores<sup>5</sup>. Quem nunca viu uma mãe deixar de se alimentar para alimentar o filho, ou deixar de comprar uma roupa, sair, divertir-se, abrir mão do seu prazer pessoal em favor dos filhos? É instintivo, natural, mas também um dever legal.

A comunidade, parcela da sociedade mais próxima das crianças e adolescentes, residindo na mesma região, comungando dos mesmos costumes, como vizinhos, membros da escola e igreja, também é responsável pelo resguardo dos direitos fundamentais daqueles. Pela proximidade com suas crianças e jovens, possui melhores condições de identificar violação de seus direitos ou comportamento desregrado da criança ou do adolescente, que os colocam em risco ou que prejudiquem a boa convivência.

A sociedade em geral, que tanto cobra comportamentos previamente estabelecidos pela elite como adequados, que tanto exige de todos nós — bons modos, educação, cultura, sucesso financeiro, acúmulo de riqueza —, mas nem sempre põe à disposição os meios necessários para atender suas expectativas, agora também é vista como res-

5 O termo menor aqui é utilizado de forma técnica, ou seja, aquele que não alcançou a maioridade.

ponsável pela garantia dos direitos fundamentais, indispensáveis para que esse modelo de cidadão previamente estabelecido se torne real.

Comum, em sede de responsabilidade civil, falarmos na tendência moderna de socializar o dano. No Direito da Criança e do Adolescente estamos socializando a responsabilidade, buscando assim prevenir, evitar, ou mesmo minimizar o dano que imediatamente recairá sobre a criança ou jovem, mas que de forma mediata será suportado pelo grupamento social.

Por fim, ao Poder Público, em todas as suas esferas — legislativa, judiciária ou executiva —, é determinado o respeito e resguardo, com primazia, dos direitos fundamentais infantojuvenis. Infelizmente, na prática, não é o que se vê.

Um exemplo comum é na administração do Poder Judiciário, a quem cabe prover os órgãos jurisdicionais de todo o material humano e físico que permita prestar jurisdição com eficiência. Na Cidade do Rio de Janeiro, por exemplo, foram criadas três varas regionais da infância e juventude, por meio da Lei n. 2.602/96, mas apenas instaladas no ano de 2009. A cidade, durante anos, manteve apenas duas varas da infância e juventude — uma com competência para julgar a prática de atos infracionais e a outra para todo o resto, inclusive interesses de pessoas idosas<sup>6</sup>. Em contrapartida, só no ano de 1996 foram criados<sup>7</sup> e instalados 60 Juizados Especiais Cíveis e Criminais.

Não se está a dizer, com esse singelo exemplo, que não precisemos de Juizados Especiais (órgão do Poder Judiciário citado a título de exemplo). Contudo, antes de criá-los caberia verificar, minimamente, se existia número suficiente de Varas da Infância e Juventude (até hoje vulgarmente chamadas de “Juizados de Menores”) ou se estavam bem instaladas, com equipes técnicas em número suficiente, carros, funcionários. Assim, o Poder Judiciário, aqui na sua função administrativa, estaria dando cumprimento ao princípio da prioridade *absoluta* (plena, irrestrita).

O mesmo há que se falar do Poder Executivo, palco das maiores violações ao princípio da prioridade absoluta. É comum vermos a inauguração de prédios públicos com os fins mais variados, sem que o Estado cuide, por exemplo, da formação de sua rede de atendimento. Outro fato comum é a demora na liberação de verbas para programas sociais, muitos da área da infância e juventude, enquanto verbas sem primazia constitucional são liberadas dentro do prazo. É o que se pode chamar de “corrúpção de prioridades”<sup>8</sup>.

6 Em 21 de dezembro de 2006, por Ato da Presidência do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, foram criados dois Juizados da Infância, Juventude e Idoso, vinculados à 1ª Vara da Infância, Juventude e Idoso da Comarca da Capital, instalados na zona oeste da cidade.

7 Alguns Juizados Especiais Criminais decorreram de transformação de varas criminais em JECRIMS.

8 Expressão utilizada pelo Jornalista Ricardo Boechat em seu programa de rádio.

O Ministério Público não tem se mantido calado diante das ilegalidades muitas vezes cometidas pelo administrador público, buscando a assinatura de Termos de Ajustamento de Condutas (TACs), ou ajuizando ações civis públicas. O Poder Judiciário, em muitos casos, também tem decidido com firmeza, no sentido de assegurar a prioridade constitucional. Lapidar o acórdão da 1ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, que, fundamentado no princípio da prioridade absoluta, assegurou o direito fundamental à saúde. É ler:

DIREITO CONSTITUCIONAL À ABSOLUTA PRIORIDADE NA EFETIVAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. NORMA CONSTITUCIONAL REPRODUZIDA NOS ARTS. 7º E 11 DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. NORMAS DEFINIDORAS DE DIREITOS NÃO PROGRAMÁTICAS. EXIGIBILIDADE EM JUÍZO. INTERESSE TRANSINDIVIDUAL ATINENTE ÀS CRIANÇAS SITUADAS NESSA FAIXA ETÁRIA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CABIMENTO E PROCEDÊNCIA. [...] 2. O direito constitucional à absoluta prioridade na efetivação do direito à saúde da criança e do adolescente é consagrado em norma constitucional reproduzida nos arts. 7º e 11 do Estatuto da Criança e do Adolescente. 3. [...] 4. Releva notar que uma Constituição Federal é fruto da vontade política nacional, erigida mediante consulta das expectativas e das possibilidades do que se vai consagrar, por isso que cogentes e eficazes suas promessas, sob pena de restarem vãs e frias enquanto letras mortas no papel. Ressoa inconcebível que direitos consagrados em normas menores como Circulares, Portarias, Medidas Provisórias, Leis Ordinárias tenham eficácia imediata e os direitos consagrados constitucionalmente, inspirados nos mais altos valores éticos e morais da nação, sejam relegados a segundo plano. Prometendo o Estado o direito à saúde, cumpre adimpli-lo, porquanto a vontade política e constitucional, para utilizarmos a expressão de Konrad Hesse, foi no sentido da erradicação da miséria que assola o país. O direito à saúde da criança e do adolescente é consagrado em regra de normatividade mais do que suficiente, porquanto se define pelo dever, indicando o sujeito passivo, *in casu*, o Estado. [...] 6. A determinação judicial desse dever pelo Estado não encerra suposta ingerência do judiciário na esfera da administração. Deveras, não há discricionariedade do administrador frente aos direitos consagrados, quicá constitucionalmente. Nesse campo a atividade é vinculada sem admissão de qualquer exegese que vise afastar a garantia pétrea. 7. Um país cujo preâmbulo constitucional promete a disseminação das desigualdades e a proteção à dignidade humana, alçadas ao mesmo patamar da defesa da Federação da República, não pode relegar o direito à saúde das crianças a um plano diverso daquele que o coloca como uma das mais belas e justas garantias constitucionais. 8. Afastada a tese descabida da discricionariedade, a única dúvida que se poderia suscitar resvalaria na natureza da norma ora sob enfoque, se programática ou definidora de direitos. Muito embora a matéria seja, somente nesse particular, constitucional, porém sem importância revela-se essa categorização, tendo em vista a explicitude do ECA, inequívoca se revela a normatividade suficiente à promessa constitucional, a ensejar a acionabilidade do direito consagrado no preceito educacional. [...] 12. O direito do menor à absoluta Prioridade na garantia de sua saúde,

insta o Estado a desincumbir-se do mesmo através da sua rede própria. Deveras, colocar um menor na fila de espera e atender a outros é o mesmo que tentar legalizar a mais violenta afronta ao princípio da isonomia, pilar não só da sociedade democrática anunciada pela Carta Magna, mercê de ferir de morte a cláusula de defesa da dignidade humana. 13. Recurso especial provido para, reconhecida a legitimidade do Ministério Público, prosseguir no processo até o julgamento do mérito<sup>9</sup>.

Também oportuna a transcrição da seguinte decisão:

ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL — ACESSO À CRECHE AOS MENORES DE ZERO A SEIS ANOS — DIREITO SUBJETIVO — RESERVA DO POSSÍVEL — TEORIZAÇÃO E CABIMENTO — IMPOSSIBILIDADE DE ARGUMENTO COMO TESE ABSTRATA DE DEFESA — ESCASSEZ DE RECURSOS COMO RESULTADO DE UMA DECISÃO POLÍTICA — PRIORIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS — CONTEÚDO DO MÍNIMO EXISTENCIAL — ESSENCIALIDADE DO DIREITO À EDUCAÇÃO — PRECEDENTES DO STF E STJ<sup>10</sup>.

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

Segundo Dalmo de Abreu Dallari<sup>11</sup>, a “enumeração não é exaustiva, não estando aí, especificadas todas as situações em que deverá ser assegurada a preferência à infância e juventude, nem todas as formas de assegurá-la”. Seguindo a mais moderna técnica legislativa, trata-se de uma norma aberta, com um mínimo legal, mas permitiva de uma interpretação ampla a permitir o respeito e aplicação da doutrina de proteção integral<sup>12</sup>.

9 STJ, REsp 577.836/SC, Rel. Min. Luiz Fux, j. 21-10-2004 — grifos nossos.

10 STJ, 2ª T., REsp 1.185.474/SC, Rel. Min. Humberto Martins, DJe 29-4-2010, RSTJ v. 219, p. 225.

11 *Estatuto da Criança e do Adolescente comentado*. Comentários jurídicos e sociais. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 26.

12 Em 30 de dezembro de 2005 foi promulgada a Lei n. 11.259, publicada no DOU de 2-1-2006, acrescentando dois parágrafos ao art. 208 do ECA. A lei assim dispôs: “§ 1º As hipóteses previstas neste artigo não excluem da proteção judicial outros interesses individuais, difusos ou coletivos, próprios da infância e da adolescência, protegidos pela Constituição e pela Lei. § 2º A investigação do desaparecimento de crianças ou adolescentes será realizada imediatamente após notificação aos órgãos competentes, que deverão comunicar o fato aos portos, aeroportos, polícia rodoviária e companhias de transportes interestaduais e internacionais, fornecendo-lhes todos os dados necessários à identificação do desaparecido”. O § 1º corrobora a tese de que o rol do art. 208 não é taxativo, buscando garantir a integralidade dos interesses de crianças e adolescentes. O § 2º, por sua vez, é um reflexo do princípio da prioridade absoluta infantojuvenil. Determina a autoridade policial que, após notificação dos órgãos competentes, dê início à investigação de desaparecimento. Alasta-se, assim, o prazo moral de 48 horas para registrar e iniciar as investigações quando se tratar de criança e adolescente. Assinale-se que o dispositivo em apreço não explicita quem seriam os “órgãos competentes” destinatários da notificação.

A primazia de receber proteção e socorro, em quaisquer circunstâncias, assegurada a crianças e adolescentes, é a primeira garantia de prioridade estabelecida no parágrafo único do art. 4º da Lei n. 8.069/90.

Havendo uma situação em que haja possibilidade de atender a um adulto ou crianças e adolescentes, em idêntica situação de urgência, a opção deverá recair sobre estes últimos. Comum assistirmos, até em filmes, a equipes de resgate em situações de perigo ou calamidade pública, nas quais primeiro evacuam do local crianças e jovens, depois idosos e, por fim, os adultos. Apesar de muitas vezes instintivo e natural, trata-se, também, do cumprimento da lei.

Na prestação de serviços públicos e de relevância pública, crianças e jovens também gozam de primazia. Assim, em uma fila para transplante de órgão, havendo uma criança e um adulto nas mesmas condições, sem que se possa precisar quem corre maior risco de morte, os médicos deverão atender em primeiro lugar a criança. Da mesma maneira, se o Poder Público precisar decidir se oferta vagas em projeto de alfabetização tardia para adultos ou de aceleração escolar para adolescentes, não havendo recursos para ambos, deve decidir por este último.

Claro que, como toda norma, esta deverá ser aplicada dentro dos limites do razoável. No primeiro exemplo, havendo condições de aferir que o adulto corre risco de morte e a criança tem condições de aguardar na fila o próximo transplante, teremos na balança dois direitos indisponíveis, vida e saúde, que devem ser tutelados com a razoabilidade peculiar na busca da efetividade das normas. Ou seja, por óbvio que o adulto deverá ser transplantado, pois não é lícito que por preciosismo e apego à norma se renuncie ao bom senso. Não foi esse o objetivo da lei.

A discricionariedade do Poder Público também estará limitada na formulação e na execução das políticas sociais públicas, pois há determinação legal em se assegurar primazia para políticas públicas destinadas direta ou indiretamente à população infantojuvenil.

Resta claro o caráter preventivo da doutrina da proteção integral em buscar políticas públicas voltadas para a criança, para o adolescente e para a família, sem as quais

---

carecendo o texto de regulamentação. Não se vislumbra pertinência nas atribuições do Conselho Tutelar, Ministério Público, ou mesmo na competência de o juízo da infância e juventude receber a notificação e, principalmente, comunicar o fato aos portos, aeroportos, Polícia Rodoviária e companhias de transporte. Tratando-se de medida preventiva, buscando auxiliar as investigações e evitar que a criança ou o adolescente se distancie de seu domicílio ou mesmo saia do país, razoável que a própria polícia, por meio de sua Chefia, efetue a comunicação a todos os órgãos elencados no dispositivo legal. O texto, apesar de sua boa intenção, não se mostra claro sobre os agentes diretamente envolvidos, razão pela qual a regulamentação se mostraria salutar. Por fim, vale frisar que, sistematicamente, o § 2º se mostra "perdido", isolado, completamente estranho ao objeto do art. 208. Melhor seria ter acrescentado mais uma alínea ao parágrafo único do art. 4º do ECA, como aplicação do princípio da prioridade.

o texto legal será letra morta, não alcançando efetividade social. Não adianta só resolvermos os problemas “apagando os incêndios”. A prevenção, por meio das políticas públicas é essencial para o resguardo dos direitos fundamentais de crianças e jovens. Por fim, a última alínea do parágrafo único do art. 4º da Lei n. 8.069/90 determina a destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude, transformando crianças e adolescentes em credores do governo.

O exemplo já nos foi dado pelo próprio legislador constituinte que reservou recursos nas três esferas do Poder Público para manutenção e desenvolvimento do ensino:

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

Assim, na elaboração do projeto de lei orçamentária, deverá ser destinada dentro dos recursos disponíveis prioridade para promoção dos interesses infantojuvenis, cabendo ao Ministério Público e demais agentes responsáveis em assegurar o respeito à doutrina da proteção integral fiscalizar o cumprimento da lei e contribuir na sua elaboração.

**AÇÃO CIVIL PÚBLICA. AGRAVO DE INSTRUMENTO. ECA. Conselho Tutelar.** Órgão criado com base na Constituição Federal para dar a seus destinatários especial atenção, cabendo aos municípios dotá-lo de indispensável estrutura com inclusão de proposta orçamentária, na lei orçamentária municipal, para cumprir seus fins. Legitimidade do Ministério Público. A legitimidade do Ministério Público para manejar ação civil é notória e indiscutível e, sem dúvida, cabível o controle pelo Poder Judiciário (da legalidade e constitucionalidade dos atos do Poder Executivo). Antecipação de tutela. Decisão mantida. É indubitoso que não só o art. 227 da CRFB, como o art. 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente, de modo expreso estabelecem regras acerca de garantia dos direitos e deveres para com crianças e jovens, assegurando direitos e deveres com prioridade absoluta de forma integral incluindo-se o uso dos recursos público direcionados para integral atendimento. Assim a decisão agravada obriga o agravante a cumprir o que determina a lei, inclusão na proposta orçamentária. Recursos com determinação certa, proporcionando o regular funcionamento do Conselho Tutelar. Manutenção da decisão de antecipação de tutela, na mesma linha do entendimento do parecer da Procuradoria de Justiça. Recuso desprovido<sup>13</sup>.

Importante frisar ser de fundamental importância a atuação do Conselho Tutelar que, por força do art. 136, IX, do ECA, deve “assessorar o Poder Executivo local na elaboração da proposta orçamentária para planos e programas de atendimento de

13 TJRJ, AI 2004.002.09361, Rel. Des. Ronaldo Rocha Passos, j. 7-6-2005.

direitos da criança e do adolescente". É a cogestão do sistema jurídico infantojuvenil, com atuação preventiva.

Com atuação preventiva e planejada o poder público não mais precisará se valer da "velha desculpa" de falta de previsão orçamentária para justificar o constante desrespeito aos direitos de nossas crianças e adolescentes, até porque o Judiciário já a vem afastando. É ler:

Apelação Cível. Constitucional e Processual Civil. Ação com pedido de tutela antecipada contra o Estado do Rio Grande do Sul. Autorização para realização de exame de colonoscopia em paciente que não dispõe de recursos financeiros para tanto. A garantia de saúde pública é dever do Estado, especialmente por ligar-se ao maior de todos os direitos, que é o direito à vida, e também ao princípio da dignidade humana. O esgotamento da via administrativa não é requisito para a interposição de ação judicial. Alegações de que o orçamento público restaria violado não procedem em face da prioridade que merece a saúde. O fato de o art. 196 da CF ser norma programática não isenta o Estado do dever de assegurar saúde, já que mesmo a norma programática tem o condão de gerar diversos efeitos, a serem observados pelos três poderes, especialmente pelo Judiciário, sempre que provocado. Recurso improvido<sup>14</sup>.

Constitucional. Direito à saúde. Dever do Estado. Fenilcetonúria. Indisputável a obrigação do Estado em socorrer pacientes pobres da fenilcetonúria eis que a saúde é dever constitucional que lhe cumpre bem administrar. A Constituição, por acaso Lei Maior, é suficiente para constituir a obrigação. Em matéria tão relevante como a saúde descabem disputas menores sobre legislação, muito menos sobre verbas. Questão de prioridade<sup>15</sup>.

Torna-se oportuno salientar que lei orçamentária não é estanque. Ao revés, possui mecanismos de remanejamento de verbas. No exercício desses mecanismos, por óbvio deverá ser respeitada a opção do legislador constitucional de assegurar *sempre* prioridade para tutela dos interesses de crianças e adolescentes.

O que não se pode admitir, pois foge por completo de todo o razoável, é que o Poder Público, por exemplo, asfalte ruas, obra já prevista no orçamento aprovado, ou faça uso de recursos para propaganda de governo, e não possa construir creche em local carente e sem educação infantil de qualquer espécie, ainda que condenado judicialmente, alegando "ausência de previsão orçamentária".

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

14 TSRS, 22ª Câmara Cível, Apelação Cível 70006721161, Rel. Des. Leila Vani Pandolfo.

15 TJRS, Mandado de Segurança 592140180, 1º Grupo de Câmaras Cíveis, Rel. Des. Milton dos Santos Martins, j. 3-9-1993.



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

### 3. PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE

Sua origem histórica está no instituto protetivo do *parens patrie* do direito anglo-saxônico, pelo qual o Estado outorgava para si a guarda dos indivíduos juridicamente limitados — menores e loucos.

Segundo Tânia da Silva Pereira<sup>16</sup>, no século XVIII o instituto foi cindido separando-se a proteção infantil da do louco, e, em 1836, o princípio do melhor interesse foi oficializado pelo sistema jurídico inglês.

Com sua importância reconhecida, o *best interest* foi adotado pela comunidade internacional na Declaração dos Direitos da Criança, em 1959. Por esse motivo já se encontrava presente no art. 5º do Código de Menores, ainda que sob a égide da doutrina da situação irregular.

A Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança, que adotou a doutrina da proteção integral, reconhecendo direitos fundamentais para a infância e adolescência, incorporada pelo art. 227 da CF e pela legislação estatutária infantojuvenil, mudou o paradigma do princípio do melhor interesse da criança.

Na vigência do Código de Menores, a aplicação do melhor interesse limitava-se a crianças e adolescentes em situação irregular<sup>17</sup>. Agora, com a adoção da doutrina da proteção integral, a aplicação do referido princípio ganhou amplitude, aplicando-se a todo público infantojuvenil, inclusive e principalmente nos litígios de natureza familiar.

ECA. GUARDA. MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA. Nas ações relativas aos direitos de crianças, devem ser considerados, primordialmente, os interesses dos infantes. Os princípios da moralidade e impessoalidade devem, pois, ceder ao princípio da prioridade absoluta à infância, insculpido no art. 227 da Constituição Federal. Apelo provido<sup>18</sup>.

O BRASIL, AO RATIFICAR A CONVENÇÃO INTERNACIONAL SOBRE OS DIREITOS DA CRIANÇA, ATRAVÉS DO DECRETO 99.710/90, IMPÔS, ENTRE OUTROS, O PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA, RESPALDADO POR PRINCÍPIOS LEGAIS E CONSTITUCIONAIS. O que faz com que se respeite

16 O princípio do melhor interesse da criança: da teoria à prática. II Congresso Brasileiro de Direito de Família, 1999, Belo Horizonte. Anais... IBDFAM:OAB-MG:Del Rey, 2000, p. 217.

17 Vide capítulo 2.

18 TJRS, Apelação Cível 70008140303, Rel. Des. Maria Berenice Dias, j. 14-4-2004.

no caso concreto a guarda de uma criança de 03 anos de idade, que desde o nascimento sempre esteve na companhia do pai e da avó paterna. Não é conveniente, enquanto não definida a guarda na ação principal, que haja o deslocamento da criança para a companhia da mãe que, inclusive, é portadora de transtorno bipolar. Agravo provido<sup>19</sup>.

Trata-se de princípio orientador tanto para o legislador como para o aplicador, determinando a primazia das necessidades da criança e do adolescente como critério de interpretação da lei, deslinde de conflitos, ou mesmo para elaboração de futuras regras.

Assim, na análise do caso concreto, acima de todas as circunstâncias fáticas e jurídicas, deve pairar o princípio do melhor interesse, como garantidor do respeito aos direitos fundamentais titularizados por crianças e jovens. Ou seja, atenderá o princípio do melhor interesse toda e qualquer decisão que primar pelo resguardo amplo dos direitos fundamentais, sem subjetivismos do intérprete. Melhor interesse não é o que o julgador entende que é melhor para a criança, mas sim o que objetivamente atende à sua dignidade como criança, aos seus direitos fundamentais em maior grau possível. À guisa de exemplo, vamos pensar em uma criança que está em risco, vivendo pelas ruas de uma grande cidade, dormindo ao relento, consumindo drogas, sujeita a todo tipo de violência. Acolhê-la e retirá-la das ruas, mesmo contra sua vontade imediata, é atender ao princípio do melhor interesse. Com o acolhimento, busca-se assegurar o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao respeito como pessoa, à sua dignidade, a despeito de não se atender, naquele momento, ao seu direito de liberdade de ir, vir e permanecer, onde assim o desejar. Trata-se de mera ponderação de interesses e aplicação do princípio da razoabilidade. Apesar de não conseguir assegurar à criança todos os seus direitos fundamentais, buscou-se a decisão que os assegura em maior número, da forma mais ampla possível.

Infelizmente, nem sempre a prática corresponde ao objetivo legal. Não raro, profissionais, principalmente da área da infância e juventude, esquecem-se de que o destinatário final da doutrina protetiva é a criança e o adolescente e não "o pai, a mãe, os avós, tios etc.". Muitas vezes, apesar de remotíssima a chance de reintegração familiar, porque, por exemplo, a criança está em abandono há anos, as equipes técnicas insistem em buscar um vínculo jurídico despido de afeto. Procura-se uma avó que já declarou não reunir condições de ficar com o neto, ou uma tia materna, que também não procura a criança ou se limita a visitá-la de três em três meses, mendigando-se caridade, amor, afeto. Enquanto perdura essa *via crucis*, a criança vai se tornando "filha do abrigo", privada do direito fundamental à convivência familiar, ainda que não seja sua família consanguínea. A essa situação, procurou a Lei n. 12.010/2009

19 TJRS, Agravo de Instrumento 70000640888, Rel. Des. Antônio Carlos Stangler Pereira, j. 6-4-2000.

responder, fixando prazos para reavaliação e solução do caso de cada criança e adolescente acolhidos.

Indispensável que todos os atores da área infantojuvenil tenham claro para si que o destinatário final de sua atuação é a criança e o adolescente. Para eles é que se tem que trabalhar. É o direito deles que goza de proteção constitucional em primazia, ainda que colidente com o direito da própria família.

Importante frisar que não se está diante de um salvo-conduto para, com fundamento no *best interest*, ignorar a lei. O julgador não está autorizado, por exemplo, a afastar princípios como o do contraditório ou do devido processo legal, justificando seu agir no melhor interesse. Segundo Canotilho<sup>20</sup>:

[...] 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 seu “peso” e a ponderação de outros princípios eventualmente conflitantes [...] em caso de “conflito entre princípios”, estes podem ser objecto de ponderação, de harmonização, pois eles contêm apenas “exigências” ou “standards” que, em primeira linha (*prima facie*), devem ser realizados.

Princípio do melhor interesse é, pois, o norte que orienta todos aqueles que se defrontam com as exigências naturais da infância e juventude. Materializá-lo é dever de todos.

#### 4. PRINCÍPIO DA MUNICIPALIZAÇÃO

A Constituição da República descentralizou e ampliou a política assistencial<sup>21</sup>.

Disciplinou a atribuição concorrente dos entes da federação, resguardando para a União competência para dispor sobre as normas gerais e coordenação de programas assistenciais<sup>22</sup>.

Seguindo os sistemas de gestão contemporâneos, fundados na descentralização administrativa, o legislador constituinte reservou a execução dos programas de política assistencial à esfera estadual e municipal, bem como a entidades beneficentes de assistência social.

A cogestão da política assistencial acaba por envolver todos os agentes que, por serem partícipes, se responsabilizam com maior afincamento em sua implementação e buscam por resultados.

Acrescente-se que é mais simples fiscalizar a implementação e cumprimento das metas determinadas nos programas se o Poder Público estiver próximo, até porque

20 Op. cit., p. 1035.

21 Arts. 203 e 204.

22 Cabe ao Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente elaborar as normas gerais de política nacional de atendimento dos direitos infantojuvenis (Lei n. 8.242/91).

reúne melhores condições de cuidar das adaptações necessárias à realidade local. Aqui está o importante papel dos municípios na realização das políticas públicas de abrangência social.

A Lei n. 8.069/90 incorporou a modernidade e a lógica desse pensamento, seguindo a determinação do § 7º do art. 227 da Carta Constitucional.

Segundo Leoberto Narciso Brancher<sup>23</sup>, a mobilização da cidadania em torno da Constituição

[...] conseguiu romper com aquele ciclo concentrador e filantropista, também no que se refere ao modelo de organização e gestão das políticas públicas voltadas ao asseguramento desses direitos. [...] Concentração que se dava não só verticalmente, na distribuição das competências entre as esferas de governo, com exclusão do papel municipal, mas também horizontalmente, no que se refere ao papel dos próprios atores do atendimento em âmbito local, onde o modelo se concentrava monoliticamente na autoridade judiciária.

A relevância do Poder Público local na legislação estatutária é facilmente verificável. O art. 88 elenca as diretrizes da política de atendimento determinando sua municipalização, criação de conselhos municipais dos direitos da criança, criação e manutenção de programas de atendimento com observância da descentralização político-administrativa<sup>24-25</sup>.

A Lei n. 12.594, de 18 de janeiro de 2012, que constituiu o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (Sinase), conferiu aos Municípios o dever de formular, instituir, coordenar e manter o Sistema Municipal de Atendimento Socioeducativo, criando e mantendo programas de atendimento para execução das medidas em meio aberto. A execução das medidas socioeducativas, que era de integral responsabilidade do Estado, foi delegada em parte ao Município; aplicação clara do princípio da municipalização.

A municipalização, seja na formulação de políticas locais, por meio do CMDCA, seja solucionando seus conflitos mais simples e resguardando diretamente os direitos fundamentais infantojuvenis, por sua própria gente, escolhida para integrar o Conselho Tutelar, seja por fim, pela rede de atendimento formada pelo Poder Público, agências sociais e ONGS, busca alcançar eficiência e eficácia na prática da doutrina da proteção integral.

Risco social ou familiar em que se encontram crianças e adolescentes são mazelas produzidas pelo meio onde vivem. Cabe, portanto, ao meio resolvê-las e, principal-

23 BRANCHER, Leoberto Narciso. Organização e gestão do sistema de garantias de direitos da infância e da juventude. *Encontros pela justiça na educação*. Brasília: Fundescola/MEC, 2000, p. 125.

24 Vide capítulo sobre política de atendimento.

25 Temos ainda como exemplos: arts. 59, 74, 210, II, 214 do ECA.

mente, evitá-las. *Mutatis mutandi* é o mesmo princípio da responsabilidade civil: aquele que causa o dano deve repará-lo.

Contudo, mostra-se indispensável tornar a municipalização real, exigindo que cada município instale seus conselhos — sendo essencial, nesse aspecto, a atuação do Ministério Público —, fiscalizando a elaboração da lei orçamentária, para que seja assegurada a prioridade nos programas sociais e a destinação de recursos para programas, culturais, esportivos e de lazer, voltadas para a infância e juventude (art. 59), estabelecendo convênios e parcerias com o terceiro setor.

A despeito da regra geral da municipalização do atendimento, é certo que Estado e União são solidários ao Município na tutela e resguardo dos direitos infantojuvenis. O texto do art. 100, parágrafo único, III, do ECA assim o determina. É ler:

III — responsabilidade primária e solidária do poder público: a plena efetivação do direito assegurado a crianças e adolescentes por esta Lei e pela Constituição Federal, salvo nos casos por esta expressamente ressalvados, é de responsabilidade primária e solidária das 3 (três) esferas de governo, sem prejuízo da municipalização do atendimento e da possibilidade da execução de programas por entidades não governamentais.

## REFERÊNCIAS

- ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
- BRANCHER, Leoberto Narciso. Organização e gestão do sistema de garantias de direitos da infância e da juventude. *Encontros pela justiça na educação*. Brasília: Fundescola/MEC, 2000.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 1998.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. *Estatuto da Criança e do Adolescente comentado — comentários jurídicos e sociais*. São Paulo: Malheiros, 1996.
- NOGUEIRA, Paulo Lúcio. *Estatuto da Criança e do Adolescente comentado*. São Paulo: Saraiva, 1998.
- PEREIRA, Tânia da Silva. O princípio do melhor interesse da criança: da teoria à prática. II Congresso Brasileiro de Direito de Família, 1999, Belo Horizonte. *Anais*. IBDFAM: OAB-MG: Del Rey, 2000.

## Dos direitos fundamentais

Andréa Rodrigues Amin

### 1. CONSIDERAÇÕES GERAIS

Segundo J. J. Gomes Canotilho<sup>1</sup>, **direitos fundamentais** "são os direitos do homem, jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espacio-temporalmente [...] direitos fundamentais seriam os direitos objectivamente vigentes numa ordem jurídica concreta".

São direitos inatos ao ser humano, mas variáveis ao longo da história. Estão atualmente previstos na Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão<sup>2</sup> e presentes nos Estados Democráticos de Direito. São direitos que se opõem ao Estado, limitando e condicionando sua atuação...

Norberto Bobbio<sup>3</sup> distingue três fases no desenvolvimento dos direitos do homem:

[...] num primeiro momento, afirmaram-se os direitos de liberdade, isto é, todos aqueles direitos que tendem a limitar o poder do Estado e a reservar para o indivíduo, ou para grupos particulares, uma esfera de liberdade em relação ao Estado; num segundo momento, foram propugnados direitos políticos, os quais — concedendo a liberdade não apenas negativamente, como não impedimento, mas positivamente, como autonomia — tiveram como consequência a participação cada

1 CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 1998, p. 359.

2 Aprovada em 10 de dezembro de 1948, na Assembleia Geral das Nações Unidas, por 48 Estados.

3 BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. 4. reimp.. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 33.