

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE INSTITUCIONALIZADO - RELAÇÃO DE COOPERAÇÃO COM A SOCIEDADE CIVIL

FUNDAMENTAL RIGHTS AND WARRANTIES OF CHILD AND ADOLESCENT INSTITUTIONALIZED - LIST OF COOPERATION WITH CIVIL SOCIETY

José Carlos Alves Silva*

RESUMO

O presente trabalho busca analisar a problemática da institucionalização da criança e do adolescente, bem como a necessária postura do Estado e da sociedade civil frente a tal situação. Os princípios estatuídos na Carta Magna como, por exemplo, da prioridade absoluta, da proteção integral, do melhor interesse da criança e do adolescente e da condição peculiar de desenvolvimento estariam sendo garantidos para esta parcela da sociedade? O presente trabalho traz à discussão a necessidade de ações públicas no sentido de atendimento das garantias fundamentais destas crianças e adolescentes, bem como da participação da sociedade civil e do Estado como atores principais e ativos na formulação de políticas públicas de atendimento.

Palavras-chave: Direitos Fundamentais e Relações Privadas. Criança e Adolescente. Instituições e Acolhimento.

ABSTRACT

This study aims to analyze the problems of institutionalization of children and adolescents, as well as the necessary position of the State and civil society from such a situation. The statutory principles in the Charter, for example, the absolute priority, the full protection of the best interests of the child and adolescent and their peculiar condition of development were being secured for this portion of society? This paper moots the need for public actions to meet the fundamental guarantees of these children and adolescents, as well as the participation of civil society and the state as main actors and active in the formulation of public policies for service.

Keywords: *Fundamental Rights and Private Relations. Children and Adolescents. Home and institutions.*

INTRODUÇÃO

O artigo 227 da Constituição Federal incorporou a doutrina integral da proteção da criança e do adolescente. Com o referido artigo, as crianças e adolescentes são sujeitos de proteção prioritária, em razão de que os mesmos estão em formação pessoal, moral e psicológica.

* Advogado, Especialista em Direito Empresarial pelo IBEJ e Mestrando em Direitos Fundamentais e Democracia pela UniBrasil – Faculdades Integradas do Brasil. Professor da FAE Centro Universitário. josecarlos@silvaegutmann.com.br

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

O referido tema apresenta um apelo social muito grande, à medida que demonstra a necessária reflexão acerca dele, tratando-se de uma realidade existente em todo o território nacional.

O presente artigo busca trazer a discussão se as crianças e os adolescentes institucionalizados estão sendo atendidos pelas garantias constitucionais, não somente pelo Estado, como também pela sociedade civil.

No Brasil, mesmo não havendo uma fonte de dados confiável, em face do não alcance por parte do Cadastro Nacional de Adoção - CNA a todas as Varas da Infância no Brasil, especialmente as do norte e nordeste, bem como, em razão da inexistência de relatórios, informatização e informações de institucionalização, projeta-se a existência de mais de 80.000 crianças e adolescentes em instituições de acolhimento.

A complementação entre os direitos fundamentais e a democracia, no presente trabalho, é resultante da apresentação (a) dos direitos constitucionais das crianças e adolescentes, e que aquelas institucionalizadas também possuem referidas garantias, (b) da necessária atuação do Estado e da sociedade civil para o fim de reconhecer tais direitos e de atingir um tratamento igualitário a todas as crianças e adolescentes do país e, (c) da efetiva participação da família, Administração Pública e sociedade na realização de políticas públicas de atendimento.

Os direitos fundamentais da criança e do adolescente constantes na Carta Magna devem ser garantidos a todos os integrantes desta parcela da sociedade, dentro de um pluralismo necessário. O não atendimento por parte do Estado resulta na impossibilidade da busca da democracia e da proteção aos direitos da minoria, no presente caso, a criança e o adolescente institucionalizados, os quais estariam sendo preteridos das garantias constantes do artigo 227 do texto constitucional.

1 DOS DIREITOS HUMANOS E DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Cabe estabelecer aqui a base do estudo a ser realizado no presente artigo. No caso específico, busca-se a análise dos direitos humanos e direitos fundamentais aplicados às crianças e aos adolescentes institucionalizados, demonstrando-os serem sujeitos detentores de direitos.

Neste ponto, buscam-se fazer uma análise da aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana a estas crianças e adolescentes, frente aos direitos humanos e aos

direitos fundamentais, buscando o seu reconhecimento como pessoas detentoras de direitos e, por sua vez, possuidoras de créditos de recepção de políticas públicas do Estado.

Primeiramente, cabe destacar a diferença existente entre “direitos fundamentais” e “direitos humanos”. Os direitos fundamentais seriam a positivação nacional dos direitos do ser humano. Logo, segundo Ana Paula Motta Costa (2012, p.102), os direitos humanos teriam uma fundamentação “meta positiva”, sendo um sistema de valores a ser utilizado como base para a aplicação do sistema jurídico nacional.

O surgimento dos direitos humanos se dá a partir da Declaração Universal dos Direitos Humanos, no ano de 1.948, sendo o documento internacional resultante da busca de respostas aos excessos e descalabros cometidos durante os regimes autoritários na Europa, mais precisamente no nazismo de Adolf Hitler. A segunda guerra, mesmo buscando aniquilar os direitos humanos, foi o marco inicial para a mobilização internacional de criação de políticas para o seu nascimento (COSTA, 2012, p.102).

A proteção à dignidade da pessoa humana seria o resultado da busca de práticas sociais necessárias, extraídas da Declaração Universal dos Direitos Humanos, resultando em condição de vida irrenunciável e inalienável para todo o ser humano.

Expressamente enunciado pelo art. 1º, inciso III da Constituição brasileira, e pelo fato de constar nos primeiros artigos da Constituição Federal, o princípio da dignidade da pessoa humana é um valor unificador de quase a totalidade dos direitos fundamentais, pois conforme Ingo Wolfgang Sarlet (2012, p. 96) e Paul Tiedemann (2013, p. 93) existem direitos fundamentais que não possuem relação com os direitos humanos como, por exemplo, os incisos XVIII, XXI, XXV do artigo 5º da Constituição Federal entre outros.

Mas afinal, o direito das crianças e dos adolescentes à convivência em família e na sociedade seria ou não um direito humano? A resposta é positiva, segundo nos ensina Carlos Alberto Molinaro (2008, p. 5), pois “a criança percebe a dignidade na medida em que pela qual lhe são dispensados os cuidados e o tratamento, na medida em que é respeitada pelos seus pais ou responsáveis”.

Logo, o direito humano da criança é garantido quando existe uma relação de família, um atendimento às suas necessidades de formação; quando são reconhecidas as suas necessidades e particularidades; quando são tratadas como pessoa individual e não ente coletivo; quando lhe é dada a possibilidade de formação da sua personalidade e a convivência em uma família. A falta destes atendimentos resulta na inexistência de valoração social; ataque aos direitos humanos e desrespeito a sua dignidade.

Como tarefa imposta ao Estado e à sociedade, a dignidade da pessoa humana reclama que este guie as suas ações, tanto no sentido de preservar a dignidade existente ou, até mesmo, de criar condições que possibilitem o seu pleno exercício.

Importa considerar que, na condição de princípio fundamental, a dignidade humana constitui valor-guia não apenas dos direitos fundamentais, mas de toda a ordem consti-

tucional, razão pela qual se justifica plenamente sua caracterização como princípio constitucional de maior hierarquia axiológico-valorativa.

Ingo Wolfgang Sarlet (2012, p. 31-32) informa que os direitos humanos dizem respeito ao homem em si, enquanto que os direitos fundamentais, os quais seriam aqueles devidamente positivados, dizem respeito ao ser humano inserido no ente público concreto, relacionando os direitos humanos com o jusnaturalismo e os direitos fundamentais vinculados a perspectiva positivista.

Portanto, diante do exposto, a dignidade da pessoa humana estaria inserida nos Direitos Humanos, no âmbito internacional e, internamente, nos Estados através dos direitos fundamentais.

Os direitos fundamentais são um sistema aberto, conforme anuncia o artigo 5º em seu parágrafo segundo da Constituição brasileira. Isso quer dizer que o mesmo aceita o aumento do rol dos direitos fundamentais, seja resultante de tratados internacionais, também em face de legislação infraconstitucional, ou até mesmo fora do catálogo de direitos existentes nos incisos constantes do artigo 5º.

Neste sentido diz Ingo Wolfgang Sarlet (2012, p. 80), quando ensina que direitos fundamentais em sentido material “são aqueles que, apesar de se encontrarem fora do catálogo, por seu conteúdo e por sua importância podem ser equiparados aos direitos formalmente (e materialmente) fundamentais.”

Cabe informar, então, que o artigo 227 da Constituição Federal, mesmo estando fora do catálogo do artigo 5º, é recepcionado como direito fundamental em face da autorização legal lhe foi dada pelo parágrafo segundo do referido artigo.

Por conseguinte, cabe trazer à tona a condição de aplicação imediata dos direitos fundamentais, conforme estabelece o parágrafo primeiro do artigo 5º da Constituição Federal, bem como o fato de que os mesmos são dirigidos tanto ao Estado como à sociedade.

Pelo referido parágrafo, as normas definidoras dos direitos fundamentais têm aplicação imediata, dispensando qualquer complementação ou detalhamento. Os direitos fundamentais existentes não prescindem da espera e da demora do nosso legislativo para serem aplicados, ou conduz à obrigatoriedade do Estado e da sociedade em atendê-los de forma imediata.

O artigo 227 da Constituição Federal é recepcionado pelo parágrafo segundo do artigo 5º, conforme anteriormente explicitado, resultando na aplicação imediata dos direitos fundamentais da criança e do adolescente. Se o artigo 227 da CF é reconhecido como um direito fundamental, mesmo estando fora do catálogo, e se o mesmo é recepcionado pelo parágrafo segundo do artigo 5º, pode-se, com toda certeza, afirmar que o mesmo também tem aplicação imediata.

Neste sentido fala Fernando Gomes de Andrade (2014), ao declarar que o referido parágrafo, “confere eficácia plena a todo o catálogo de direitos e garantias fundamentais,

sejam individuais ou sociais, bem como todos aqueles expressos ao longo de toda a Constituição e nos tratados internacionais que o Brasil seja signatário”.

Quanto à destinação, é necessário afirmar que não somente o Estado tem o dever de garantia dos direitos fundamentais da criança e do adolescente. O artigo 227 da Constituição Federal determina que, além da responsabilidade do Estado, a família e a sociedade tem o dever de garantir a estas pessoas em formação, “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”, conforme consta do *caput* do artigo.

Logo, o comprometimento da sociedade em prol da criança e do adolescente é a saída necessária para o fortalecimento da participação do Estado na busca da legitimação das políticas adotadas.

Cabe-se destacar, ainda, que o parágrafo segundo do artigo 5º da Constituição brasileira faz referência à expressão “princípios por ela adotados”, o que traz a necessidade de se fazer uma ponte com o princípio da dignidade da pessoa humana, objeto do próximo tópico.

Após os passos anteriores, sobre o fértil terreno dos direitos fundamentais, necessário se faz observar, também, a base jurídica existente que fundamenta a própria Carta Magna, ressaltando que os princípios são inerentes a todos os cidadãos, conforme determina a Constituição Federal em seu artigo 1º.

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

(...)

III - a dignidade da pessoa humana;

(...)

Conforme Daiane Moura Aguiar e Tassia A. Gervasoni (2013, p. 244), com o término da Segunda Guerra, iniciou-se um grande levante pregando a paz, a democracia, a tolerância, a cooperação e o desenvolvimento econômico. A Carta da Organização das Nações Unidas (ONU) crê que referido documento, se existisse anteriormente, certamente evitaria as atrocidades cometidas pelo nazismo.

Das grandes crenças quanto ao nascimento dos direitos humanos, cabe destacar a **Jusnaturalista**, a qual considera que esta ordem de valores à condição humana surgiu anteriormente a criação do Estado, cuja força se perdeu com o surgimento do positivismo jurídico; a outra, a **Historicista**, decorre do entendimento de que o nascimento dos direitos humanos se deu com a própria emancipação do homem e de suas conquistas, ou seja, nascem como direitos naturais, se desenvolvem como direitos positivos, mas individuais, e se realizam como direitos positivos universais; e a outra que cabe destaque, a **Ética**, para a qual os direitos humanos são considerados como Direitos Morais, destaca que os mesmos são o

agrupamento de condições éticas, morais, valores e bens da pessoa, resultantes do simples fato de ser humano (AGUIAR e GERVASONI, 2013, p. 244).

Mas, independentemente da crença ou teoria, cabe destacar que os direitos humanos estão sendo construídos dia após dia, devendo todas as teorias e crenças serem consideradas e respeitadas pelo simples fato de que uma não excluía outra, mas uma serve de base e sustentação para a chegada da outra, numa forma de evolução do conceito dos direitos humanos.

A dignidade da pessoa humana se refere ao valor supremo moral e ético, que alicerça os direitos fundamentais inerentes ao homem. É o mínimo inviolável e invulnerável do indivíduo, que deve estar presente em todos os estatutos jurídicos.

Como já dito, tal princípio está intimamente relacionado ao pleno desenvolvimento social dos cidadãos. Logo, a dignidade da pessoa humana comporta todos os direitos inerentes aos indivíduos, principalmente os garantidos constitucionalmente.

Segundo Ana Paula Motta Costa (2012, p.88), “não há dúvidas de que a dignidade da pessoa humana, no Brasil, não é apenas um princípio moral. Ao revés, ela faz parte do direito positivo constitucional vigente. E, mais do que isso, ela é o seu núcleo axiológico central”.

Por isso, o texto constitucional brasileiro traz a dignidade da pessoa humana como princípio jurídico fundamental, e não como simples direito e garantia fundamental, dando a mesma o *status* de espírito fundamental de todas as demais garantias constantes na Carta Magna.

Paul Tiedemann (2013, p. 92) tem uma visão bastante particular sobre a relação existente entre dignidade humana e direitos humanos. Para o autor, numa sociedade decente não deve haver direitos humanos, mas sim deveres humanos. Para ele os deveres humanos devem ser reconhecidos por todos antes de se exigir os direitos, o que resultaria na desnecessidade de cobrança dos direitos humanos.

Para Paul Tiedemann (2013, p. 92), além dos direitos humanos, há o dever humano, tendo o indivíduo a obrigação de seguir na busca de atingir a dignidade humana de toda a sociedade e não somente exigir os seus direitos.

Deste ponto de vista, o foco passa da obrigação do Estado em garantir tais direitos para a obrigação da pessoa em cumprir seus deveres, o que resulta numa inversão de postura, além da submissão de toda a sociedade (Estado e sociedade civil), e não somente do Estado, ao princípio da dignidade humana.

Para Paul Tiedemann (2013, p. 93), “cada pessoa tem consciência da dignidade humana ao mesmo tempo também sempre tem a consciência dos direitos humanos morais. Neste sentido podemos dizer que os direitos humanos podem ser derivados da dignidade humana”.

Cabe-se destacar, ainda, que nem todos os direitos fundamentais constantes da Constituição brasileira são resultantes da dignidade humana, pois, como dito anteriormente, alguns a ele não se vinculam, mas cabe afirmar que o resultante do artigo 227 da Constituição Federal tem esta aderência. Referido artigo, mesmo estando fora do catálogo do artigo 5º do texto constitucional, está albergado como direito fundamental.

2 DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

2.1 PERSPECTIVA HISTÓRICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Funda-se a história dos direitos fundamentais na própria história do moderno Estado Constitucional, sendo resultante, para alguns, como a história da limitação do poder, conforme relata Ingo Wolfgang Sarlet (2012, p. 36).

O momento do nascimento dos direitos fundamentais ainda pede discussão, posto que resta dúvidas sobre em qual período iniciou e a forma em que os mesmos se apresentaram. Mas, conforme Ingo Wolfgang Sarlet (2012, p. 37), citando a doutrina de K. Stern, a história da evolução dos direitos fundamentais se dá em três etapas: a) uma pré-histórica, que se estende até o século XVI; b) uma fase intermediária, que corresponde ao período de elaboração da doutrina jusnaturalista e da afirmação dos direitos naturais do homem; c) a fase da constitucionalização, iniciada em 1776, com as sucessivas declarações de direitos dos novos Estados americanos.

No mesmo sentido da obra de Ingo Wolfgang Sarlet (2012, p. 37), o estudo da evolução dos direitos fundamentais se apresenta levando em consideração o Estado constitucional Europeu e Americano.

A evolução histórica dos direitos fundamentais se inicia com a religião e com a filosofia, as quais influenciaram diretamente os pensamentos dos jusnaturalistas da antiguidade, sendo que os valores da dignidade humana, bem como da liberdade e da igualdade surgiram da influência da filosofia clássica, greco-romana e no pensamento cristão, quando buscavam a igualdade e a unidade da pessoa humana (SARLET, 2012, p. 38).

Posteriormente, a persuasão das doutrinas jusnaturalistas foi o marco necessário e de influência para os processos revolucionários do século XVIII, como se demonstrará logo a frente, surgindo assim a segunda fase. Referida fase teve como ponto de apoio os trabalhos e pensamentos de Santo Tomás de Aquino quando, levando as bases dos direitos da dignidade humana, trouxe ao jusnaturalismo tais características.

2.2 DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA CRIANÇA INSTITUCIONALIZADA

Para Gianpaolo P. Smanio e Patricia T. M. Bertolin (2013, p. 281), com “o advento da Constituição de 1988 e do ECA – Estatuto da Criança e do Adolescente... em muito contribuiu com a ampliação de medidas protetivas para com a criança e o adolescente”.

Por isso é que se buscou trazer à tona toda a situação em que vivem estes adolescentes, para que se possa, diante da lente dos Direitos Humanos e dos Direitos Fundamentais, fazer valer a satisfação de suas necessidades. Trata-se de uma constante busca de satisfação de direitos, de afirmação e também de conquistas.

No entendimento de Sergio Luiz Kreuz (2012, p. 62), tanto os direitos fundamentais das crianças e adolescentes constantes na Carta Magna, como os direitos resultantes de tratados internacionais, possuem a mesma hierarquia constitucional, conforme determina o artigo 5º, parágrafo 2º da Constituição Federal.

Continuando, referido autor ainda prescreve que os direitos da criança e do adolescente, os quais surgiram com a Declaração Universal dos Direitos da Criança de 1959, passando pelo Pacto de São José da Costa Rica, pela Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança no ano de 1989, pela Constituição Federal, e resultando no Estatuto da Criança e Adolescente – ECA, já transformado pela Lei 12.010/2.009 (Lei de Adoção), tem tratamento diferenciado e maior do que os direitos dos demais cidadãos, havendo a necessidade de prevalecer a condição de atenção especial ao “menor” em face de seu pleno desenvolvimento (KREUZ, 2012, p. 66-67).

Antes de iniciar, cabe fazer uma observação quanto aos termos utilizados na doutrina para identificar o sujeito ativo da relação jurídica-subjetiva de direitos fundamentais, sendo que parte da doutrina utiliza a denominação “destinatário”, quando o correto é “titular” (SARLET, 2012, p. 209).

Busca-se, neste estudo, trazer as bases e garantias dos direitos fundamentais estatuidos na perspectiva jurídico-subjetiva, posto que, na lição de Robert Alexy, citado por Ingo Wolfgang Sarlet (2012, p. 154), a “finalidade precípua reside na proteção do indivíduo e não na coletividade”.

As garantias constitucionais servem como instrumento necessário para efetivar os direitos fundamentais, legitimando a postura do Estado na defesa dos mesmos.

Tais garantias constitucionais são verdadeiros direitos subjetivos no intuito de garantir ao indivíduo a segurança de exigir do poder público o respeito e a sua efetivação, razão pela qual são denominados, também, como “direitos-garantia” (SARLET, 2012, p. 179).

No presente estudo o que se apresenta são os direitos fundamentais como direitos à prestação, pois mesmo o Estado garantindo o direito de defesa em determinados momentos, deve de forma ativa (postura ativa do Estado), neste caso diante da vulnerabilidade da criança e do adolescente institucionalizado, colocar a favor dos mesmos os meios necessá-

rios para implementar as condições necessárias para a conquista e manutenção dos direitos constitucionais (SARLET, 2012, p. 185).

Pela classificação existente dos direitos de *status positivus*, poder-se-ia apresentar as necessidades objeto do presente estudo, como de prestação em sentido estrito, que são aquelas prestações materiais vinculadas as funções do Estado social, como também de direito originário, posto que este se caracteriza como garantia ao cidadão de recepção de prestações estatais, e que conforme Sarlet, “independentemente da existência de um sistema prévio de oferta destes bens e/ou serviços por parte do Estado” (SARLET, 2012, p. 188).

Para Ingo Wolfgang Sarlet (2012, p. 188), é totalmente possível a compatibilidade de se classificar os direitos, objeto do presente estudo, em originários e em sentido estrito.

Note-se que os direitos fundamentais não podem, e nem devem, ser considerados como mera e simples política pública, pois conforme o entendimento de Ingo Wolfgang Sarlet (2012, p. 206) pode haver alguns que se traduzem em abstenção e outros em que o destinatário é uma entidade privada.

Diante do acima exposto, o direito originário à prestação, além de gerar, conforme ensina Ingo Wolfgang Sarlet (2012, p. 207), uma pretensão à garantia de um direito constitucional, exigirá políticas públicas para efetividade, sendo que é este o posicionamento adotado pelo Supremo Tribunal Federal no intuito de evitar que haja a confusão entre direitos fundamentais e as políticas (autos de suspensão de tutela antecipada nº 228-7).

No compulsar a Carta Magna, pode-se verificar a existência de princípios constitucionais inerentes às crianças e adolescentes, os quais, de forma prioritária e valorativa, devem ser aplicados no intuito único de salvaguardar suas garantias constitucionais. Serão eles apresentados a seguir.

2.3 DA DOCTRINA DA PROTEÇÃO INTEGRAL

Os princípios são os “pilares” da doutrina da proteção integral, a qual considera a criança e o adolescente como: 1) sujeitos de direitos e deveres; 2) pessoas em condição peculiar de desenvolvimento; e 3) detentores de prioridade absoluta.

No tocante à **Doutrina da Proteção Integral e seus pilares**, é da lavra da Prof^a Marta Marília Tonin (2014) a seguinte explicação didática:

Graças ao surgimento dos Movimentos Sociais na década de 80, a criança passou a ser considerada como um potencial sujeito de direitos, impedindo a concretude de um novo pacto de corporações. A Convenção Internacional da ONU sobre os Direitos da Criança constitui, ao mesmo tempo, a evidência e o motor destas transformações. Surge uma nova filosofia, refletindo a mudança fundamental de paradigma: a **Doutrina da Proteção Integral** (também conhecida como “Doutrina da Proteção Integral dos Direitos da Infância” ou “Doutrina da ONU sobre os Direitos da Criança”), que faz referência a um conjunto de 04 (quatro) instrumentos jurídicos de caráter internacional (elaborados no período compreendido entre 1985 a 1989) e

que, juntos, representam um salto qualitativo fundamental na consideração social da infância.

A Constituição Federal de 1.988 alberga em seu artigo 227 o que a doutrina chama de Proteção Integral à criança e ao adolescente, resultante da Declaração Universal dos Direitos da Criança (ONU) de 20 de novembro de 1.959 e da Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança de 20 de novembro de 1.989.

Com o nascimento da atual Constituição Federal, houve a transposição da situação irregular prevista anteriormente, para a adoção da “proteção integral” da criança e do adolescente.

“Situação irregular”, para a doutrina anterior e prevista no antigo Código de Menores (Lei 6.697/1.979), significava que o “menor” somente teria visibilidade para o Estado quando estivesse em situação irregular, sendo que, nesse caso, o Estado agiria no sentido de retirá-lo do convívio social e colocá-lo em instituições despreparadas para atendimento à pessoa, intituladas FEBEM, contrariando, hoje, o princípio da dignidade humana. Logo, o aparato legal existente não tinha como objetivo a proteção do “menor”, mas sim a proteção da sociedade contra “menores em situação irregular”.

Assim previa a Lei 6.697/1.979:

Art. 2º Para os efeitos deste Código, considera-se em situação irregular o menor:

I - privado de condições essenciais à sua subsistência, saúde e instrução obrigatória, ainda que eventualmente, em razão de:

a) falta, ação ou omissão dos pais ou responsável;

b) manifesta impossibilidade dos pais ou responsável para provê-las;

II - vítima de maus tratos ou castigos imoderados impostos pelos pais ou responsável;

III - em perigo moral, devido a:

a) encontrar-se, de modo habitual, em ambiente contrário aos bons costumes;

b) exploração em atividade contrária aos bons costumes;

IV - privado de representação ou assistência legal, pela falta eventual dos pais ou responsável;

V - Com desvio de conduta, em virtude de grave inadaptação familiar ou comunitária;

VI - autor de infração penal.

Parágrafo único. Entende-se por responsável aquele que, não sendo pai ou mãe, exerce, a qualquer título, vigilância, direção ou educação de menor, ou voluntariamente o traz em seu poder ou companhia, independentemente de ato judicial.

A visão do legislador era que o “menor em situação irregular” figurava como um perigo à sociedade e assim deveria ser tratado e retirado do convívio social. Por sua vez, a proteção integral é o legítimo reconhecimento da criança e do adolescente como sujeitos e detentores de direitos.

A Constituição brasileira, conforme mencionado anteriormente, positivou o direito da criança e do adolescente em conviver com a família e a comunidade, conforme transcrito no artigo 227.

A proteção integral, juntamente com os princípios do melhor interesse e prioridade absoluta, são efetivamente as bases do ECA, que tem por missão garantir os direitos desta parcela da sociedade.

O Superior Tribunal de Justiça, em reiterados precedentes, tem reconhecido que a doutrina da proteção integral e do princípio da prioridade absoluta, estampados no artigo 227 da Constituição Federal, artigos 11 e seguintes do Estatuto da Criança e do Adolescente e artigo 24 da Convenção Internacional dos Direitos da Criança, ratificada pelo Decreto Presidencial 99.710/1.990.

Quando se fala em convivência familiar, mesmo havendo posicionamento pacífico dos nossos tribunais quanto à aplicação do princípio da prioridade absoluta, se verifica que as políticas públicas e as ferramentas apresentadas se tornam infrutíferas, sendo que a prática comum é o acolhimento institucional.

O Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA é claro em seus artigos, quanto à prioridade da convivência da criança em sua família de origem, sendo que, havendo possibilidade de ataque de seus direitos fundamentais, tem o Estado o poder de intervir e fornecer o suporte necessário para o fim de retirada da criança deste ambiente hostil e colocação da mesma em família substituta, atendendo assim a garantia constitucional de convivência familiar, mesmo que em família substituta (COSTA, 2012, p.102).

2.4 PRINCÍPIOS DA PROTEÇÃO INTEGRAL

Para Marta Marília Tonin (2014), com a Doutrina da proteção integral, criou-se 03 grandes pilares resultantes da chegada de um “novo olhar de se considerar e respeitar a criança e os adolescentes”, os quais consideram a criança como: **1. Como sujeitos de direitos (e deveres); 2. Como pessoas em condição peculiar de desenvolvimento; e 3. Como pessoas que necessitam de Prioridade Absoluta.**

Tais pilares passam a ser analisados nesta oportunidade:

2.4.1 Sujeitos de direitos (e deveres)

Com a nova visão dada pela Doutrina da proteção integral, a criança e o adolescente passaram a ser vistos como detentores de direitos e não mais objetos de direito nas mãos dos adultos.

Marta Marília Tonin (2014) ensina que:

O **primeiro pilar** significa considerar as crianças e os adolescentes não como “objetos de direito” mas, sim, como sujeitos plenos de direitos. E quer-se aqui, também,

incluir, juntamente com os direitos, os “deveres”. Sim, pois à criança e ao adolescente deve ser ensinado, desde cedo, que a cidadania compreende “uma via de dupla mão”, i.é, direitos e obrigações. Contudo, só se pode cobrar de uma criança ou de um adolescente que eles sejam capazes de cumprir um **dever** se, antes, a família, a sociedade e o Estado (poder público) garantiu-lhes um **direito**!

Como relata Bittencourt, qualquer norma protetiva deverá ser implementada levando em consideração que a criança e o adolescente são os “titulares dos direitos previstos nas leis e na Constituição Federal”.¹

Portanto, como pilar inicial, apresenta-se a criança e o adolescente como sujeitos de direitos e titulares absolutas das garantias constitucionais.

2.4.2 Pessoa em condição peculiar de desenvolvimento

Tal princípio busca garantir à criança e ao adolescente, além de todos os direitos destinados aos adultos, garantias específicas em face de que as mesmas não possuem consciência de seus direitos, não tendo condição de realizar a defesa de suas garantias e, por se tratarem de seres em desenvolvimento, estariam em estado de vulnerabilidade social.

Marta Marília Tonin (2014) ensina que. “o **segundo pilar** retrata a condição especial de **desenvolvimento** (Pergunta-se: que tipo de desenvolvimento? **bio-psico-social**, acrescentando-se, ainda, moral, espiritual, cultural, educacional, desportivo, recreativo) pelos quais passam a criança (toda pessoa de 0 a 12 anos incompletos) e o adolescente (de 12 a 18 anos)”.

Para Sergio Luiz Kreuz (2012, p. 67) se justifica esta condição especial, inclusive a quebra do princípio de igualdade, quando um dos pólos da relação é uma criança ou adolescente.

Em face deste princípio, o Estado deve sempre valer-se de políticas públicas necessárias para assegurar às crianças e aos adolescentes o direito à convivência familiar, sendo que, segundo Sergio Luiz Kreuz (2012, p. 68):

A medida protetiva de acolhimento deve levar em conta que a criança e adolescente são pessoas em desenvolvimento e que a demora na efetivação de soluções que garantam o direito ao convívio familiar, desrespeita um de seus mais basilares direitos e vai, certamente, afetar seu desenvolvimento. É levar em consideração que a criança e o adolescente necessitam de uma família hoje, não amanhã, quando já será adulta, de modo que a demora de soluções prejudica seu pleno desenvolvimento.

Tal direito não diz respeito somente à garantia de que a criança tenha oportunidade na vida adulta a uma família, mas que a mesma tenha garantido o direito de usufruir da

¹ BITTENCOURT, Sávio. *A nova lei de adoção: Do abandono à garantia do direito à convivência familiar e comunitária*. Rio de Janeiro. Lumen Juris: 2010, p. 45.

convivência familiar, nas fases da infância e da juventude, uma vez que a aplicabilidade de tal princípio deve ser imediata.

2.4.3 Pessoas que necessitam de prioridade absoluta

O artigo 227 da Carta Magna traz em seu bojo o dever da família, da sociedade e do Estado, em assegurar com *absoluta prioridade* os direitos fundamentais da criança e do adolescente, entre eles o da convivência familiar e comunitária. Trata, ainda, o artigo 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente – Lei 8.069/90, em seu item 3, do parágrafo único, que tal parcela da população possui “preferência na formulação e na execução de políticas públicas”, inclusive sobre outras prioridades existentes na legislação.

Relata Marta Marília Tonin (2014) que:

O **terceiro pilar** é o mandamento constitucional insculpido no texto do art. 227 da CF/88, no qual as questões da infância devem se converter em **Absoluta Prioridade** (por parte **da família, da sociedade e do Estado/poder público**), sendo este o pré-requisito político-cultural das transformações preconizadas pelos dois pilares anteriores.

Para Wilson Donizeti Liberati (2013, p. 115), quando o legislador constitucional, ao definir “absoluta prioridade” no artigo 227 da Constituição brasileira e no parágrafo único do artigo quarto da Lei 8.069/90, buscou determinar que as políticas públicas de atendimento deverão se dar com absoluta prioridade, bem antes de qualquer outra, determinando inclusive a destinação privilegiada de recursos públicos nas ações.

Logo, as crianças e os adolescentes têm preferências e privilégios que, conforme relata Ana Paula Motta Costa (2012, p. 147), “o objetivo da positivação constitucional deste princípio é de que a sociedade, o Estado e a família se responsabilizem pela garantia dos direitos previstos para as crianças e os adolescentes como tal prioridade, frente a outros direitos e necessidades”.

Ainda segundo Paulo Lucio Nogueira (1991, p. 15), o qual destaca o princípio da *prioridade absoluta* constante na Constituição Federal, que se materializou por meio do ECA, “(...) consiste na primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias, bem como na precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública, assim como preferência na formulação e na execução das políticas públicas e ainda destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção a infância e juventude (...)” Muito embora, o que se observa é que tal prioridade não está sendo atendida da forma como foi preconizada (NOGUEIRA, 1991, P. 15).

O princípio da prioridade absoluta, segundo Ana Paula Motta Costa (2012, p. 148), é constantemente abordado pelo Supremo Tribunal Federal, mas não se trata de uniformização de conteúdo ou de pacificação sobre de que forma deva ser aplicado ou analisado.

Nem mesmo a doutrina se aprofunda sobre o tema, o que resulta numa aplicação distorcida e variante, sem que haja uma uniformização seja jurisprudencial ou doutrinária.

Conforme Sergio Luiz Kreuz (2012, p. 72):

Ao Judiciário foi reservado, não mais o papel de tutor da criança acolhida, mas a importante tarefa de interferir na modificação da realidade social da população infantojuvenil, para analisar, inclusive, as opções descricionarias dos demais poderes, contribuindo, desta forma, para o resgate da cidadania e da efetivação dos direitos fundamentais de crianças e adolescentes.

Referido princípio é aplicado no momento em que há conflito ou colisão entre interesses das crianças e adolescentes e a outra parcela da sociedade. Neste momento não se fala em discricionariedade, mas sim em aplicação prioritária dos direitos desta parcela da sociedade.

2.5 DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

Assim determina o artigo 3º, 1, da Convenção Internacional da ONU sobre os Direitos da Criança (20/11/1989):

Todas as ações relativas às crianças, levadas a efeito por instituições públicas e privadas de bem-estar social, tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, devem considerar, primordialmente, o melhor interesse da criança.

Referido tratado foi ratificado pelo Estado brasileiro, que mesmo não havendo a recepção expressa pela Constituição pátria, tem força de norma fundamental interna, em face do artigo 5º, parágrafos 1º e 2º da mesma Carta.

Para Ana Paula Motta Costa (2012, p. 153), o princípio do melhor interesse da criança:

Pode atuar como limitador do exercício do poder e dever dos adultos sobre as crianças. É certo que cabe à família, ao Estado e à sociedade a garantia dos direitos de crianças e adolescentes, entretanto o desempenho de tais deveres deve ocorrer observando-se o limite do interesse da criança e do adolescente. A liberdade dos adultos no exercício de suas funções está limitada à efetividade de direitos, os quais constituem, em última instância, o interesse de crianças e adolescentes.

O princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, conforme Ana Paula Motta Costa (2012, p. 152), tem íntima relação com o princípio da prioridade absoluta, sendo que a doutrina e a jurisprudência, em muitos momentos, os tratam ora como sinônimos ora como antônimos.

CONCLUSÃO

As crianças e adolescentes são detentoras de direitos e garantias fundamentais, de aplicação imediata, e a recusa em implementá-las resulta no ataque ao princípio constitucional da dignidade humana, entre outros.

O acolhimento, que deveria ocorrer de forma provisória e excepcional, tornou-se regra geral, ocorrendo, em muitas vezes, de forma banalizada.

Inexistem políticas públicas efetivas e preparatórias para a institucionalização e o desligamento dos adolescentes da instituição de acolhimento. A falta de ações neste sentido é resultante de passividade tanto do Estado, como da sociedade civil.

A atenção estatal para a garantia dos direitos fundamentais da criança e do adolescente institucionalizados vem sendo, sistematicamente, negada, mesmo que existam atores sociais sensibilizados com a realidade que se apresenta. O descaso do Estado é evidente. A não realização e implementação de ações voltadas para o acolhimento institucional, manutenção e desligamento desta parcela da sociedade, evidencia, somente, o descaso por parte do Estado.

Tal carência de ações efetivas, resulta na permanência continua do adolescente em acolhimento, fazendo dele o seu local de moradia.

Ao Estado compete o aporte financeiro para a prestação do referido serviço, bem como, a fiscalização da atuação da iniciativa privada, seja no trato com a criança e do adolescente, seja na real aplicação dos valores aos fins perseguidos.

Referida matéria clama por uma atenção especial, posto que é evidente o ataque ao princípio da dignidade da pessoa humana destas crianças e adolescentes institucionalizados.

Os direitos das crianças e dos adolescentes estatuídos na Constituição Federal, de convivência em família acolhedora, seja na família de origem, em família substituta por adoção, ou nas instituições de acolhimento, devem ser exigidos do Estado e da sociedade civil, por meio de posturas efetivas.

Das informações apresentadas, foi possível constatar as dificuldades de atendimento aos direitos e garantias fundamentais das crianças e adolescentes institucionalizados por meio de políticas públicas, seja de iniciativa do Estado ou da sociedade civil organizada. Este panorama demonstra a necessidade de movimentação da sociedade para atendimento desta parcela de indivíduos.

O tempo de institucionalização traz perdas irreparáveis na formação psicológica em face da convivência em grau de dependência das instituições de acolhimento e em ambiente coletivo, resultando na insegurança do adolescente no momento do desligamento, gerando prejuízos à autoestima e a sua personalidade.

REFERENCIAS

ANDRADE, Fernando Gomes de. *Dos direitos sociais de caráter prestacional face ao artigo 5º parágrafo 1º da Constituição Federal de 1988: Normas programáticas ou auto-executáveis?* Disponível em: <http://www.facol.com/gestus/artigos/artigo2-completo.htm>. Acesso em: 18 fev. 2014.

AGUIAR, Daiane Moura; GERVASONI, Tassia A., *Direitos Humanos: fundamentação e efetivação – uma análise crítica dos sistemas internacional e interamericano de proteção dos direitos humanos*. Revista de Direito Brasileira – RDB, ano 3 – Vol.5 – maio – ago/2013. Publicação Oficial CONPEDI, Florianópolis/SC.

ÁVILA, Humberto. Repensando o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular. In: SARMENTO, Daniel (Org.). *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

BITTENCOURT, Sávio. *A nova lei de adoção: Do abandono à garantia do direito à convivência familiar e comunitária*. Rio de Janeiro: Lumen Juris: 2010.

BRASIL. *Estatuto da Criança e do Adolescente*. Brasília: DF. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: DF, Senado, 1998.

_____. *Lei de Adoção*. Brasília: DF. Lei nº 12.010, de 3 de agosto de 2009.

CARBONERA, Silvana Maria. *Guarda de filhos na família constitucionalizada*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2000.

CORDEIRO, Karine da Silva. *Direitos fundamentais sociais: Dignidade da pessoa humana e o mínimo existencial*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

COSTA, Ana Paula Motta. *Os adolescentes e seus direitos fundamentais: da invisibilidade à indiferença*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

DA SILVA, Enid Rocha Andrade; DE AQUINO, Luseni Maria Cordeiro. *Os abrigos para crianças e adolescentes e o direito à convivência familiar e comunitária*. IPEA Políticas Sociais - acompanhamento e análise. 11 ago. 2005. Disponível em: http://www.ipea.gov.br/sites/000/2/publicacoes/bpsociais/bps_11/ENSAIO3_Enid.pdf Acesso em: 21. jul. 2013.

FERREIRA, Lucia; BITTENCOURT, Sávio. *Direito à convivência familiar de crianças abrigadas: o papel do Ministério Público*. Revista Em Pauta. Volume 6 - Número 23 - julho de 2009.

GABARDO, Emerson. *O jardim e a Praça para além do bem e do mal: uma antítese ao critério de subsidiariedade como determinante dos fins do Estado social* - Tese aprovada como requisito parcial à obtenção do grau de Doutor em Direito do Estado, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná. Disponível em http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/bitstream/handle/1884/19053/TESE_Emerson_Gabardo_Correta.pdf;jsessionid=EF CBB13A8CB3DB1E69200746B62B575D?sequence=1. Acesso em: 21 jul. 2013.

_____. *Interesse público e subsidiariedade*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

HACHEM, Daniel Wunder. *Princípio Constitucional da Supremacia do Interesse Público*. Belo Horizonte: Forum, 2011.

IPEA/DISOC, *Levantamento Nacional de Abrigos para Crianças e Adolescentes da Rede SAC* (2003).

KREUZ, Sergio Luiz. *Direito à convivência familiar da criança e do adolescente, Direitos fundamentais, princípios constitucionais e alternativas ao acolhimento institucional*. Curitiba: Juruá, 2012.

LIBERATI, Wilson Donizeti. *Políticas públicas no estado constitucional*. São Paulo: Atlas, 2013.

MALISKA, Marcos Augusto. *Fundamentos da Constituição. Abertura. Cooperação. Integração*. Curitiba: Juruá, 2013.

MOLINARO, Carlos Alberto. *Dignidade e Interculturalidade*. Breve comunicação preparada para o Seminário “Dignidade da Pessoa Humana: Interloquções” FADIR/PPGP/PUCRS. Setembro, 2008.

NOGUEIRA, Paulo Lucio. *Estatuto da Criança e Adolescente Comentado: Lei 8.069, de 13/07/1990*. São Paulo: Saraiva, 1991.

PAMPLONA, Danielle Anne. *Políticas Públicas: Elementos para Alcance do Desenvolvimento Sustentável*. Curitiba: Juruá, 2012.

PEREIRA, Tânia da Silva. *O Melhor Interesse da Criança: um Debate Interdisciplinar*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11. Ed. Ver. Atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

SECCHI, Leonardo, *Políticas Públicas: conceitos, esquemas de análise, casos práticos*. 2ª edição. São Paulo: Cengage Learning, 2013.

SMANIO, Gianpaolo Poggio; BERTOLIN, Patrícia Tuma Martins (Org.). *O Direito e as políticas públicas no Brasil*. São Paulo: Atlas, 2013.

SOUZA, Giselle, Agência CNJ de Notícias. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/noticias/cnj/18297:mais-de-37-mil-jovens-vivem-em-abrigos>. Acesso em: 21 jul. 2013.

TIEDEMANN, Paul. *A dignidade humana e os direitos humanos*. Revista de Direitos Fundamentais e Democracia. Unibrasil. Curitiba: v.14, n.14, p. 87-95, julho/dezembro de 2013.

TONIN, Marta Marília. *Crianças, adolescentes, jovens e idosos*. In: *Lições de Direito Constitucional*. (Obra no prelo). Organizadores: Clèmerson Merlin Clève e Ana Lucia Pretto Pereira. Editora Revista dos Tribunais.

TORRES, Silvia Faber. *O princípio da subsidiariedade no Direito Público contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

VOLIC, Catarina; BATISTA, Myrian V. *Aproximações ao conceito de negligência*. PUC. São Paulo: 2004. Disponível em <http://www.pucsp.br/nca/producao/negligencia.pdf>. Acesso em 21 jul. 2013.