

**A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO E OS DIREITOS HUMANOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE: O IMPACTO SOBRE O SISTEMA SOCIOEDUCATIVO BRASILEIRO**

*THE CONSTITUTIONALIZATION OF LAW AND THE HUMAN RIGHTS OF CHILDREN AND ADOLESCENTS: THE IMPACT ON THE BRAZILIAN SOCIO-EDUCATIONAL SYSTEM*

**Daniela Mesquita Leutchuk de Cademartori<sup>1</sup>**

**Jair Silveira Cordeiro<sup>2</sup>**

**RESUMO**

Este ensaio tem como objeto a compreensão da inter-relação entre o Constitucionalismo, Neoconstitucionalismo e os direitos humanos da criança e do adolescente no Brasil, em especial aqueles relacionados ao sistema socioeducativo. Pergunta-se sobre como o neoconstitucionalismo manifesta-se no Brasil e como é garantido no sistema de direitos fundamentais o acesso à assistência jurídica de adolescentes com medidas de privação de liberdade. Constata-se a influência direta destas teorias jurídicas, visto plasmarem valores e princípios democráticos, além da separação de poderes, o respeito aos direitos humanos e fundamentais e o pluralismo jurídico basilares para concretizar os direitos deste setor da população. Contudo, é preciso atentar a que a ampliação na margem de interpretação do julgador acabe por ensejar um aumento de decisões discricionárias. A trajetória metodológica é qualitativa, sendo utilizada a pesquisa bibliográfica como forma de coleta de dados.

**PALAVRAS-CHAVE:** Sistema Socioeducativo Brasileiro; Direitos Humanos da Criança e do Adolescente; Constitucionalização; Neoconstitucionalismo

**ABSTRACT**

This essay aims to understand the interrelationship between Constitutionalism, Neoconstitutionalism and the human rights of children and adolescents in Brazil, especially those related to the socio-educational system. It is asked about how neoconstitutionalism manifests itself in Brazil and how the system of fundamental rights guarantees access to legal assistance for adolescents with deprivation of liberty

---

<sup>1</sup> Mestre e Doutora em Direito (UFSC). Professora da Graduação e do Programa de Pós-Graduação (Mestrado e Doutorado) em Direito da Unilasalle (Canoas-RS). Coordenadora do Projeto Universal/CNPq, "Em Busca de Novas Gramáticas para os Direitos Humanos: inovações sócio-jurídico-políticas na América Latina e África". E-MAIL: daniela.cademartori@unilasalle.edu.br

<sup>2</sup> Mestre e Doutor em Ciências Sociais (PUC/RS). Mestre em Direito (Unilasalle Canoas/RS). Agente Socioeducador (FASE/RS), Professor (Uniritter), Pesquisador de Pós- Doutorado no Programa de Pós Graduação em Direito da Unilasalle Canoas/RS.EMAIL: silveiracordeiro@gmail.com

measures. There is a direct influence of these legal theories, as they embody democratic values and principles, in addition to the separation of powers, respect for fundamental and human rights and fundamental legal pluralism to realize the rights of this sector of the population. However, it is necessary to note that the increase in the judge's margin of interpretation ends up giving rise to an increase in discretionary decisions. The methodological trajectory is qualitative, using bibliographic research as a form of data collection.

**KEY WORDS:** Brazilian Social-Educational System; Human Rights of Children and Adolescents; Constitutionalization; Neoconstitutionalism

## INTRODUÇÃO

Constitucionalismo, direitos humanos e neoconstitucionalismo inserem-se em um processo histórico vivenciado por diferentes países no mundo ocidental. Neste sentido, na percepção do direito existe um antes e um depois da Revolução francesa. Antes o direito se apresentava como pulverizado e tendo como fonte as tradições e os costumes das diferentes instituições do período: Igreja, Reinos, corporações, etc. Após, a lei passa a ser a principal fonte do direito e o Estado o único ente a ter o monopólio da produção legal. O direito separa-se da moral e da justiça e o juiz passa a ser a "boca da lei". Já no século XX, ao final da 2ª. Guerra, a partir de uma grande crise e emerge uma compreensão do direito baseada no Constitucionalismo. Nesta compreensão há uma nova vinculação entre o direito e os valores (moral) através dos princípios democráticos e no de respeito à garantia dos direitos humanos e fundamentais. Os juízes e os Tribunais transformam-se nos principais mediadores dos conflitos relativos à separação dos poderes, às regras democráticas e ao respeito dos direitos humanos fundamentais.

Neste ensaio pretende-se compreender os impactos do neoconstitucionalismo em relação aos direitos da criança e do adolescente, em especial daqueles em conflito com a lei. Duas questões orientam o estudo: como o neoconstitucionalismo se manifesta no sistema normativo socioeducativo brasileiro e como ele é refletido na aplicação do direito socioeducativo relativo à medida socioeducativa privativa de liberdade. Para a concretização deste objetivo utiliza-se a metodologia da revisão bibliográfica e documental tendo como teoria de base as concepções de Salazar Ugarte, Ferrajoli, Prieto Sanchis e Alexy que identificam no neoconstitucionalismo um modelo de Estado constitucional de direito, pelo qual a legislação vigente deve ser

interpretada à luz dos princípios democráticos, do respeito aos direitos fundamentais e humanos, da separação dos poderes e do pluralismo político e que tem no Tribunal constitucional o ente responsável pelo controle do mundo político e pela resolução dos conflitos relacionados aos direitos fundamentais. Além destes autores, também são utilizadas as concepções de João Batista da C. Saraiva, de Ana Paula Motta Costa, dentre outros, como instrumento de abordagem dos efeitos do neoconstitucionalismo sobre o sistema normativo socioeducativo brasileiro, bem como, sobre o sistema legal infraconstitucional sobre o direito dos adolescentes privados de liberdade por cumprimento de medida socioeducativa expressa no Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) e no Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (SINASE).

O estudo está dividido da seguinte forma: primeiramente, realiza-se uma definição sobre o conceito de Constituição. Em seguida, a partir de uma perspectiva histórica dos diferentes tipos de constitucionalismo no mundo ocidental, da Idade Média aos dias atuais, enfatiza-se a teoria do neoconstitucionalismo. Por fim, são analisados os impactos do neoconstitucionalismo no sistema constitucional e infraconstitucional brasileiro através da verificação dos efeitos do neoconstitucionalismo no sistema normativo socioeducativo e na aplicação do direito juvenil relativo à implementação da medida socioeducativa privativa de liberdade aos adolescentes a quem se atribui a prática de atos infracionais.

## **1. ASPECTOS CONCEITUAIS SOBRE A CONSTITUIÇÃO**

Para compreender o significado do Constitucionalismo no mundo ocidental é necessário partir de um entendimento mínimo sobre o que é uma Constituição. De forma sintética, pode-se afirmar que o conceito de Constituição possui duas dimensões: uma política e outra jurídica. Trata-se de um pacto político entre as diferentes forças de uma sociedade que através da organização institucional e dos poderes estabelecem como o poder político é exercido em prol de todos ou da maioria. De acordo com Salazar Ugarte<sup>3</sup>, a Constituição é um marco normativo

---

<sup>3</sup> SALAZAR UGARTE, P. Sobre el concepto de constitución. In: ZAMORA, Jorge; FABRA, Luis; SPECTOR, Ezequiel (orgs.). **Enciclopedia de filosofía y teoría del derecho**. México: UNAM, 2015.

orientado para a organização dos poderes de um Estado. Já para Stephan Holmes<sup>4</sup>, uma Constituição é um instrumento limitador de poder, que, ao mesmo tempo, cria e organiza as regras do seu funcionamento. Sendo assim, as Constituições estabelecem um rol de temas inatingíveis pelas decisões populares, como os direitos e garantias fundamentais, partindo do pressuposto de que é necessário proteger o próprio processo da participação política da maioria.<sup>5</sup>

Uma Constituição pode ser ou não escrita, não possuindo uma única forma e um único conteúdo, estabelecendo diferentes formas de organização dos poderes. Pode inclusive basear-se nos costumes e tradições de uma determinada nação. Jeremy Waldron<sup>6</sup> recorda que uma Constituição não pode ser definido apenas pelas restrições que ela coloca ao governo e à política. Nas Constituições escritas existem alguns aspectos que devem ser sobrepostos em detrimento de outros e no caso das Constituições escritas reforçam entre os juristas a necessidade de utilização de uma teoria interpretativa que encorajam um formalismo textual muito rígido, o que representa uma desvantagem.<sup>7</sup>

As Constituições escritas desempenham uma função importante na seara política, isto é, servem de base para as deliberações e deste modo, sua importância é muito mais vinculada no fortalecimento da política e do governo do que na restrição destes elementos. Para Salazar Ugarte<sup>8</sup>, a Constituição representa uma estreita ligação entre o poder político e o direito e a sua expressão normativa é a organização dos poderes.

A dimensão formal de uma Constituição é produto do pacto político que plasmou as normas de convivência da coletividade em um Estado; a dimensão material é composta pelos atores e por seus comportamentos efetivos que definem o Estado. Na Modernidade o conceito de Constituição está plasmado no artigo 16º. da Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão que estabeleceu que em uma

---

<sup>4</sup> HOLMES, Stephen. Gag rules or the politics of omission. In: ELSTER, J.; SLAGSTAD, R. (orgs.). **Constitutionalism and democracy**. Cambridge: Cambridge University Press, 1988.

<sup>5</sup> CONSANI, Cristina Foroni. A Crítica de Jeremy Waldron ao Constitucionalismo Contemporâneo. **Revista da Faculdade de Direito**. UFPR, Curitiba, vol. 59, n. 2, p. 143-173, 2014.

<sup>6</sup> WALDRON, Jeremy. Constitutionalism – a skeptical view. In: CHRISTIANO, T; CHRISTAMAN, J. (orgs.). **Contemporary debates on political philosophy**. Malden, Massachusetts: Blackwell Publishing, 2009.

<sup>7</sup> WALDRON, Jeremy. Constitutionalism – a skeptical view.

<sup>8</sup> SALAZAR UGARTE, P. Sobre el concepto de constitución.

sociedade em que não esteja assegurada a garantia de direitos e a separação dos poderes não há de fato uma Constituição.

A abrangência dos direitos reconhecidos nas Constituições varia de acordo com as diferentes tradições sócio-jurídicas das nações ocidentais. Algumas Constituições modernas estabelecem um catálogo mínimo de direitos fundamentais como: direito à liberdade de pensamento, à associação, reunião, entre outros, enquanto outras incorporam em seus catálogos os direitos políticos e sociais, como: votar e ser votado e direito ao trabalho, a saúde, a cultura e etc. Em suma, isso demonstra que as Constituições do Constitucionalismo moderno<sup>9</sup> estabelecem um catálogo de direitos humanos fundamentais como previsto na Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão.<sup>10</sup>

Por outro lado, as Constituições modernas preveem diferentes formas de separação de poderes, embora fundamentadas nos mesmos princípios: da legalidade e imparcialidade. O fim principal desta separação é a não concentração de poder num único órgão de modo que se possa manter a liberdade das pessoas. Salazar Ugarte<sup>11</sup> considera que o respeito a estes princípios é uma característica típica das Constituições modernas, pois, enquanto o princípio da legalidade exige que as autoridades atuem com base nas regras, o princípio da imparcialidade faz com que o Poder Judiciário atue como garantidor último da Constituição e da legalidade, respeitando a independência entre os poderes do estado.

Na perspectiva de Waldron<sup>12</sup>, a Constituição pode ser definida como um mecanismo que confere poder ao povo em uma democracia e permite a ele controlar as fontes do direito e aproveitar o aparelho do governo para as suas aspirações. As Constituições

---

<sup>9</sup> De acordo com Luigi Ferrajoli, no segundo pós-guerra fica nítida a distinção entre constitucionalismo jurídico e político. “[...] o constitucionalismo ‘jurídico’ – ou, caso se prefira o ‘jusconstitucionalismo’ – designa um sistema jurídico e/ou teoria do direito, ambos ancorados na experiência histórica do constitucionalismo do século XX, que se afirmou com as constituições rígidas do segundo pós-guerra. Outra coisa é o constitucionalismo ‘político’ – moderno e, até mesmo, antigo – como prática e concepção dos poderes públicos voltados à sua limitação, à garantia de determinados âmbitos de liberdade”. (FERRAJOLI, L. Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista. Tradução de A. K. Trindade In: \_\_\_\_\_; STRECK, L. L.; TRINDADE, A. K. (orgs.). **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo**: um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 14).

<sup>10</sup> SALAZAR UGARTE, P. Sobre el concepto de constitución.

<sup>11</sup> SALAZAR UGARTE, P. Sobre el concepto de constitución.

<sup>12</sup> WALDRON, Jeremy. Constitutionalism – a skeptical view, p. 279

modernas têm, acima de tudo, o papel de salvaguardar a soberania popular, criando e fortalecendo as condições para a prática democrática. Este conceito, percebe a democracia como elemento fundante do Constitucionalismo, visto ser ela o mecanismo que possibilita ao povo observar tanto as fontes do direito quanto o uso dos poderes para satisfação das suas aspirações. Poder e direito são as duas faces da mesma moeda no Constitucionalismo que se expressa através do regime democrático enquanto um conjunto de regras de procedimentos para a formação de decisões coletivas que preveja e facilite a participação mais ampla dos interessados<sup>13</sup>.

## **2. INTERSECÇÕES ENTRE CONSTITUCIONALISMO, DIREITOS HUMANOS E ESTADO CONSTITUCIONAL DE DIREITO**

De acordo com Ferrajoli<sup>14</sup>, o Estado de direito pode ser designado como um ordenamento no qual os poderes públicos são estabelecidos por lei e exercidos conforme previsão legal e também como ordenamento jurídico em que todos estão sujeitos à lei e vinculados a ela. Esta conquista que ocorreu no transcurso dos séculos XIX e XX, assinalou a consolidação e a estruturação do Constitucionalismo feita através dos diferentes modelos de Estado de direito.

Historicamente existiram três tipos de sistemas jurídicos no mundo ocidental. O primeiro inicia no período medieval e vai até a Revolução francesa e se caracteriza pela configuração de um sistema jurídico de formatação não legislativa, mas, sim jurisprudencial, sem um sistema unitário e formalizado de fontes positivas. Este sistema jurídico é marcado pela pluralidade das fontes e dos ordenamentos, oriundos de diferentes instituições, tais como: Império, Igreja, Príncipes e corporações, sem que exista o monopólio da produção jurídica.<sup>15</sup>

Após a Revolução francesa a burguesia passa a se dedicar a criação de mecanismos jurídicos com vistas ao estabelecimento de um novo tipo de sociedade. Se na esfera

---

<sup>13</sup> BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**. Uma defesa das regras do jogo. Tradução de M. A. Nogueira. 3.ed. São Paulo: Paz e Terra, 1987, p. 12, 13

<sup>14</sup> FERRAJOLI, L. Passado y futuro del estado de derecho. In: MIGUEL, Carbonell. (Org.) **Neconstitucionalismo (s)**. Madrid: Trotta, 2009.

<sup>15</sup> FERRAJOLI, L. Passado y futuro del estado de derecho.

social os princípios da igualdade, da liberdade e da fraternidade norteiam suas ações, no âmbito político, os princípios da legalidade e da imparcialidade orientam a criação das instituições. Neste momento ocorre o surgimento do Estado legislativo de direito que tem como pressuposto básico o princípio da legalidade como critério exclusivo de identificação do direito válido. O traço marcante desse sistema jurídico-político é que a norma jurídica é válida não por ser justa, mas por ter sido criada por uma autoridade legítima. Dá-se então a separação da noção de justiça e da de direito que passam a representar objetos diversos na sociedade.

Uma tal mudança de paradigma também afeta a epistemologia da ciência jurídica que passa a ter na lei a principal fonte do direito. A ciência jurídica deixa de ser uma ciência normativa e converte-se numa disciplina cognitiva que tem por função explicar seu objeto. Na maior parte dos países ocidentais, o Estado legislativo de direito que emerge a partir deste modelo jurídico, se consolida durante o século XIX e perdura até a metade do século XX. Após a 2ª. Guerra, como reação ao nazi-fascismo, os valores democráticos se consolidam como referência na reorganização da sociedade no Ocidente.<sup>16</sup>

Desse modo, a ascensão do paradigma democrático constitucional altera a formação teórica do direito, o que impacta no formato das instituições políticas e jurídicas ocidentais. O Constitucionalismo que surge mantém as características do Estado legislativo de direito, agregando outros aspectos relacionados à dignidade da pessoa humana, ao respeito aos direitos humanos e aos valores democráticos. Esta inovação faz com que o sistema jurídico ocidental passe a agregar os princípios constitucionais, as regras do direito e os valores democráticos. Na base do modelo de Estado democrático constitucional está a noção da Constituição liberal presente no sistema jurídico anterior, ou seja, a limitação do poder político e a distribuição deste poder entre os cidadãos, a partir da garantia efetiva dos direitos fundamentais dos indivíduos que integram a coletividade política.<sup>17</sup>

As transformações no direito ocasionadas pela mudança de paradigma são severas e profundas. A condição de validade das leis se altera e passa a se vincular de forma subordinada às Constituições rígidas que são hierarquicamente superiores a elas. Para

---

<sup>16</sup> FERRAJOLI, L. *Passado y futuro del estado de derecho*.

<sup>17</sup> SALAZAR UGARTE, P. *Sobre el concepto de constitución*.

Ferrajoli<sup>18</sup>, neste momento a validade das leis passa a depender não somente da forma de sua produção, mas também, da coerência de seus conteúdos com os princípios constitucionais. Na dimensão epistemológica a ciência jurídica também sofre alterações. A Constituição passa a estabelecer uma postura crítica e protetiva em relação aos objetos nela contidos. A Constituição não somente disciplina as formas de produção legislativa, mas também, impõe a esta proibições e obrigações de conteúdo, relativas aos direitos de liberdade e aos direitos sociais, cujas violações geram lacunas que devem ser sanadas pela ciência jurídica.

Com este viés o Constitucionalismo torna-se um movimento não só jurídico, mas também social, cultural e político, que tem suas origens nas Revoluções americana e francesa, no século XVIII e que se consolida no período pós 2ª. Guerra. No Estado constitucional de direito o papel da jurisdição modifica-se: o juiz pode aplicar somente as leis constitucionalmente válidas, censurando como inválidas aquelas que ofenderem os princípios e as normas constitucionais. Tal mudança resulta para a jurisdição e a cultura jurídica, na assunção de uma função pragmática e de uma responsabilidade cívica caracterizada pela busca da superação das antinomias e das lacunas do sistema jurídico por meio das garantias existentes. Por fim, no Estado constitucional de direito deve prevalecer a subordinação da lei aos princípios constitucionais, o que dá um caráter substantivo às normas e também a democracia.<sup>19</sup>

A relação entre o Constitucionalismo e a democracia contida no modelo de Estado constitucional de direito é intensa. A garantia de que o sistema democrático funcione neste paradigma constitucional se dá pela existência de instrumentos de controle, de modo que nenhum ente estatal pode ter mais poder que o outro e os direitos e garantias substanciais sejam efetivados. Em uma democracia constitucional as ações e decisões das maiorias políticas são submetidas ao controle de constitucionalidade por parte de um Tribunal ou Corte constitucional. Esta Corte fica responsável por frear eventual usurpação de direitos pela maioria, situação essa que torna tensa a relação entre direitos fundamentais e democracia. Os direitos fundamentais, condições e

---

<sup>18</sup> FERRAJOLI, L. Passado y futuro del estado de derecho.

<sup>19</sup> FERRAJOLI, L. Passado y futuro del estado de derecho.



mesmo condições da democracia, funcionam ao mesmo tempo como limitações ao poder democrático, visto constituírem sua dimensão substancial.<sup>20</sup>

A perspectiva de Robert Alexy<sup>21</sup> privilegia os direitos fundamentais, considerando que eles constituem o elemento essencial do sistema jurídico e ocupam uma posição central no ordenamento jurídico. Apresentam um objeto jurídico que apesar de possuir uma grande indeterminação, possui uma máxima força jurídica. A posição central por eles ocupada deve-se ao fato de serem regulados pelas Constituições, o que significa que toda norma jurídica que lhes infrinja é inconstitucional e nula. Esta força jurídica máxima relaciona-se à vinculação direta com os poderes Executivo, Legislativo e Judiciário e a possibilidade de o Tribunal constitucional aferir a constitucionalidade ou não de cada norma jurídica. Sobre o valor supremo dos direitos fundamentais, deve-se ao fato de ser o instituto normativo que dá estrutura básica a toda sociedade e estabelece quais os direitos pessoais, sociais e políticos que possuem maior valor numa determinada comunidade. O grau máximo de indeterminação está associado ao caráter extremamente sucinto e geral dos direitos fundamentais, o que faz com que eles existam na prática social a partir das interpretações dos Tribunais constitucionais.

Alexy<sup>22</sup> também considera a tensão existente na relação entre os direitos fundamentais e democracia majoritária. De um lado, o Estado constitucional de direito é profundamente democrático por assegurar e garantir os direitos à liberdade e à igualdade, dentre outros, bem como assegurar as condições do procedimento democrático mediante a proteção da liberdade de opinião, do pensamento, de imprensa, de reunião e do direito ao sufrágio; de outro lado, é antidemocrático porque desconfia do processo democrático através do controle de constitucionalidade dos atos do Poder Legislativo, privando a maioria parlamentar legítima do poder de decisão. Diante de tal cenário, subsiste entre a linha tênue dos direitos fundamentais e a democracia, o controle de constitucionalidade pelo Tribunal constitucional que atua como órgão mediador entre a garantia de direitos e a não violação das regras e princípios democráticos.

---

<sup>20</sup> SALAZAR UGARTE, P. Sobre el concepto de constitución.

<sup>21</sup>ALEXY, Robert. Los derechos fundamentales en el estado constitucional democrático. In: MIGUEL, Carbonell. (Org.) **Neoconstitucionalismo (s)**. Madrid: Trotta, 2009.

<sup>22</sup> ALEXY, Robert. Los derechos fundamentales en el estado constitucional democrático.

Para Jeremy Waldron<sup>23</sup>, a tensão existente entre a Constituição e a democracia majoritária se dá da seguinte maneira: no Constitucionalismo a Constituição é definida a partir dos verbos controlar, restringir e limitar. O controle não tem o sentido de reprimir, mas sim de direcionar e deve ser efetivado pelo povo e por seus representantes que decidem as metas e as diretrizes políticas da Constituição. O sentido da restrição – ao contrário do controle - é negativo, pois, se trata de impedir o governo, por meio do texto constitucional de adotar determinadas medidas consideradas como abuso, tais como a tortura ou a interferência religiosa. Já o termo limitação, está vinculado ao dizer o que é e o que não é função do governo. Deste modo, o que entra em conflito com o paradigma democrático não é a Constituição em si, mas a forma como ela é definida. Se entendida como restrição, ela pode ser inconciliável com a democracia. Compreendida como criadora de condições ela facilita a democracia.<sup>24</sup> A questão envolve a ênfase dada pelo Constitucionalismo moderno no aspecto restritivo da Constituição.<sup>25</sup>

O neoconstitucionalismo<sup>26</sup> pode ser entendido a partir de três dimensões que envolvem as conexões entre povo, direito e política: uma, que encarna um certo tipo de Estado de direito e que estabelece a organização política de uma nação; outra, como uma ideologia que justifica o modelo político- jurídico assim designado e, finalmente, a dimensão relacionada a teoria do direito que explica o modelo de Estado de direito. Para o autor, o neoconstitucionalismo é a convergência de duas tradições constitucionais. A primeira, oriunda da Revolução americana, concebe a Constituição como um conjunto das regras do jogo e estabelece a competência social e política que compõe um pacto de elementos mínimos que permite assegurar a autonomia dos

---

<sup>23</sup> WALDRON, Jeremy. Constitutionalism – a skeptical view

<sup>24</sup> CONSANI, Cristina Feroni. A Crítica de Jeremy Waldron ao Constitucionalismo Contemporâneo.

<sup>25</sup> WALDRON, Jeremy. Constitutionalism – a skeptical view

<sup>26</sup> Já para autores como Barroso, a denominação neoconstitucionalismo, designa uma série de mudanças ocorridas no Estado, bem como no direito constitucional que envolvem um profundo e amplo processo de constitucionalização do direito. Aqui são assinalados três grupos de transformações, a saber: na história, na filosofia e na teoria do direito. Historicamente, salienta-se a consolidação do Estado constitucional de direito no final do século passado. Na filosofia do direito, a centralidade dos direitos fundamentais, a aproximação do direito aos valores consubstanciados nos princípios constitucionais, dá azo ao que se denomina muitas vezes de pós-positivismo. Já as considerações sobre aspectos teóricos do direito salientam a força normativa da Constituição, a ampliação da jurisdição constitucional e o surgimento de uma dogmática diversa da interpretação constitucional. Sobre o tema ver BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). In: QUARESMA, R.; OLIVEIRA, M. L. de P.; OLIVEIRA, F. M. R. de (orgs.). **Neoconstitucionalismo**. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 51-92

indivíduos como sujeitos privados e agentes políticos responsáveis pelos seus planos de vida privada e coletiva. Nesta tradição a Constituição é a norma jurídica superior as demais e o controle das regras do jogo cabe ao órgão mais “neutro”, isto é, aquele que atua às margens do debate político: o Poder Judiciário. A outra tradição, oriunda da Revolução francesa, trata a Constituição como um projeto político bem articulado que não se limita a fixar as regras do jogo, mas considera que ela pode participar diretamente no jogo, condicionando, com maior ou menor detalhe, as futuras decisões coletivas relativas ao modelo econômico, as ações do Estado na esfera da educação, da saúde, das relações de trabalho, etc. O Constitucionalismo nesta tradição, pode ser caracterizado como um legalismo em que o poder político de cada momento se encarrega de fazer ou não o que está contido na Constituição.<sup>27</sup>

Sendo assim, o neoconstitucionalismo representa a conjugação das tradições das Constituições garantistas e das Constituições normativas e estabelece como “nova” referência constitucional a normativa garantista. Isto significa que além de regular a organização do poder e as fontes do direito, também cristaliza de modo direto os direitos e as obrigações imediatamente exigíveis. O Tribunal constitucional enquanto órgão responsável pela resolução e harmonização dos conflitos constitucionais passa a ser o guardião da fonte das fontes (norma suprema) dos direitos, das obrigações e do ordenamento político.

### **3. A OPERACIONALIZAÇÃO DO DIREITO NO NEOCONSTITUCIONALISMO**

O neoconstitucionalismo também pode ser entendido como uma teoria do direito que exige um novo tipo de interpretação jurídica dos aplicadores do direito. O advento de uma nova teoria do direito está associado ao fato de que no neoconstitucionalismo a lei não é mais a única e suprema fonte do direito como era no modelo do Estado legislativo de direito. Há uma mudança no paradigma do sistema jurídico ocidental: o sistema legalista/positivista cede lugar ao sistema normativo/principiológico. Conforme Pietro Sanchis<sup>28</sup>, cinco elementos caracterizam a teoria do direito

---

<sup>27</sup>PIETRO SANCHIS, Luis. Neoconstitucionalismo y ponderación judicial. In: CARBONELL, Miguel (Org.). **Neoconstitucionalismo (s)**. Madrid: Trotta, 2009.

<sup>28</sup> PIETRO SANCHIS, Luis. Neoconstitucionalismo y ponderación judicial.

neoconstitucionalista: 1) maior força normativa dos princípios do que das regras; 2) mais ponderação baseada na prevalência de um princípio sobre o outro do que a subsunção da lei ao fato; 3) a onipresença da Constituição em todos os ramos do direito; 4) a onipresença judicial em lugar da autonomia do legislador ordinário; 5) a coexistência de uma constelação plural de valores em contraposição a homogeneidade ideológica em torno de alguns princípios concorrentes entre si e em torno das opções legislativas.

No neoconstitucionalismo há uma clara preocupação com a distância entre os direitos constitucionalmente proclamados e os direitos materialmente realizados. Ou seja, a concretização material dos direitos previstos na Constituição adquire grande relevância.<sup>29</sup> Esta teoria do direito reúne um expressivo conteúdo normativo aliado a um sistema de garantias jurisdicional. Segundo Carbonell<sup>30</sup>, o novo constitucionalismo traz uma Constituição de caráter transformador que pretende condicionar de modo importante as decisões da maioria, cujo protagonismo fundamental não corresponde ao legislador, mas aos juízes.

Para tanto, muitas vezes a tarefa dos julgadores, tanto nas Cortes inferiores quanto nas superiores, passa ser a de ponderar ou sopesar os princípios e a definir qual deles deve ter maior prevalência sobre outro, no caso concreto. A ponderação torna-se o método para resolução de certos tipos de antinomias ou contradições normativas. Por isso, Pietro Sanchis<sup>31</sup> entende a moderação como a ação de considerar imparcialmente os aspectos contrapostos e contraditórios de uma questão e o equilíbrio entre o peso de duas coisas.

No neoconstitucionalismo os princípios também são denominados de diretrizes ou mandatos de otimização. O sistema normativo previsto na Constituição deve ser efetivado em graus variados, pois, a existência de conflito entre uma diretriz ou mandato de otimização é resolvida conforme a medida de cumprimento ou satisfação da exigência de efetivação de outro princípio. Desta forma, o sistema normativo pode conviver harmonicamente com direitos antagônicos como, por exemplo, o direito à

---

<sup>29</sup>WOLKMER, Antonio Carlos; MELO, Milena P. **Constitucionalismo Latino-Americano: Tendências Contemporâneas**. Curitiba: Juruá, 2013.

<sup>30</sup>CARBONELL, Miguel (Org.). **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Trota, 2003.

<sup>31</sup> PIETRO SANCHIS, Luis. Neoconstitucionalismo y ponderación judicial.

liberdade de expressão e o direito à honra, o direito à propriedade e a tutela ao meio ambiente e o direito à liberdade de manifestação e o direito a proteção à ordem pública.

No caso concreto, a ponderação se constitui em um método para auxílio na resolução do conflito entre princípios de mesma hierarquia e valor. A razão que deve prevalecer na resolução do conflito é a de que o direito aplicado tenha por base a noção de que quanto maior é a posição de não satisfação ou de afetação de um princípio, maior deve ser a importância da satisfação do outro. Isto revela a exigência do uso estratégico da proporcionalidade como forma de estabelecimento de uma ordem de preferência de princípios relativos ao caso concreto.<sup>32</sup>

O fato da aplicação do direito ser com base na ponderação não significa dizer que a subsunção deva ser colocada na "lata do lixo" da história. A primeira é um método alternativo a segunda. Não se trata de uma escolha feita pelo juiz, mas sim, métodos que são utilizados de forma concatenada para alcançar os objetivos e as funções do Poder Judiciário. Os dois métodos interpretativos operam em fases distintas da aplicação do direito. Caso não exista um problema de princípios, o juiz se limita a subsumir o caso conforme previsto na lei, mas, se for o caso de utilização da ponderação, antes de ponderar, o juiz precisa subsumir e constatar que o caso está incluído no campo da aplicação dos princípios para, então, subsumir novamente a valoração de determinado princípio ao conflito do caso concreto.<sup>33</sup>

A ponderação exige dos aplicadores do direito a realização de vários procedimentos que se dão em fases distintas. A primeira fase diz respeito a verificação de que há um fim constitucional presente no conflito entre princípios; a segunda, se refere a adequação da atitude ou idoneidade da medida, objeto de avaliação judicial em conexão com a proteção ou consecução da finalidade buscada; a terceira, vincula-se a necessidade ou não da medida em análise para constatar a existência ou não de outra menos gravosa ou restritiva ao direito pleiteado; por fim, a aplicação do direito se completa com a quarta fase, designada de juízo de proporcionalidade em sentido estrito, na qual se busca um equilíbrio entre os benefícios obtidos com a medida limitadora, a conduta de um particular com ordem de proteção de um bem

---

<sup>32</sup> PIETRO SANCHIS, Luis. Neoconstitucionalismo y ponderación judicial.

<sup>33</sup> PIETRO SANCHIS, Luis. Neoconstitucionalismo y ponderación judicial.

constitucional ou mesmo, a consecução de um fim legítimo e os danos ou lesões que a medida ou conduta deriva para o exercício de um direito ou para a satisfação de outro bem ou valor. A configuração do elemento essencial do método da ponderação baseia-se então na noção de que quanto maior é a afetação de uma conduta ou medida resultado de um princípio ou direito, maior é a necessidade de efetivar o princípio que deve prevalecer.<sup>34</sup>

#### **4. OS EFEITOS DO NEOCONSTITUCIONALISMO NO SISTEMA JURÍDICO SOCIOEDUCATIVO BRASILEIRO**

O acomodamento do sistema jurídico de cada país, através de alterações nos modelos de Constitucionalismo e do Estado de direito, se dá no sentido de melhor refletir as estruturas políticas, sociais, econômicas e culturais de cada momento histórico. Vigente inicialmente em alguns países da Europa: Alemanha, Itália e Portugal, o Brasil não ficou indiferente às transformações do paradigma jurídico vinculadas ao neoconstitucionalismo. Após mais de 20 anos de Constituição autoritária, decorrente do golpe militar de 1964, a Constituição brasileira de 1988 adquire novos contornos inspirada na influência neoconstitucionalista que tem na separação dos poderes, no respeito aos valores democráticos e aos direitos humanos fundamentais os pilares da nova matriz constitucional do país. As normas de direitos humanos fundamentais passaram a ser o elemento estruturante do sistema político-jurídico brasileiro e isto é expresso tanto diretamente nos artigos da Constituição quanto nos micros sistemas jurídicos especializados em determinadas temáticas existentes no modelo jurídico do Brasil. Vejamos como isso se processa através da análise de alguns artigos expressos na Constituição e através da formação do micro sistema jurídico vinculado aos direitos dos adolescentes autores de atos infracionais e como a aplicação do direito neste micro sistema pode as vezes se revelar injusta.

A adoção do neoconstitucionalismo no modelo jurídico brasileiro se dá a partir da promulgação da Constituição de 1988, pois, foram incluídos no seu texto de forma expressa, os princípios e as normas vinculadas aos valores democráticos, a separação dos poderes e o respeito aos direitos humanos. Veja-se, por exemplo, a designação

---

<sup>34</sup> PIETRO SANCHIS, Luis. Neoconstitucionalismo y ponderación judicial.

do Estado brasileiro como Estado democrático de direito no artigo 1º da Constituição; o respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana no artigo 1º, inc. III e aos direitos fundamentais (artigo 5º e incisos); o pluralismo político previsto no artigo 1º, inc. V e a separação de poderes nos artigos 18 e 135 como elementos basilares da organização política e jurídica do Brasil. Além disso, o artigo 1º da Constituição estabelece que a República Federativa do Brasil é formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal e se constitui num Estado democrático de direito que tem como fundamento a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho, da livre-iniciativa e o pluralismo político. Entre os objetivos constitucionais destaca-se no artigo 3º, inciso IV, a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. O artigo 5º, nos incisos I ao LXXVIII e parágrafos, estabelecem um amplo rol de direitos fundamentais que fazem parte do sistema normativo brasileiro e o conectam aos direitos fundamentais também propugnados pelo neoconstitucionalismo. Configura-se como mandamento constitucional a aplicabilidade imediata dos direitos e garantias fundamentais ali contidos. O *caput* do artigo dispõe que todos são iguais perante à lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança, e à propriedade.

O neoconstitucionalismo expresso no modelo jurídico brasileiro apresenta três elementos importantes para a análise aqui empreendida. Este modelo cristaliza de forma clara e objetiva os direitos e as obrigações que são exigíveis imediatamente, estabelece a igualdade entre todos os brasileiros independentemente de idade, sexo, etnia e etc. como direito humano fundamental e situa o acesso à justiça como direito humano fundamental de todos como forma de consolidação do sistema político-jurídico vigente no país.

Desse modo, a efetividade dos direitos humanos fundamentais dos adolescentes privados de liberdade em cumprimento de medida socioeducativa retrata e simboliza um dos efeitos do neoconstitucionalismo no sistema jurídico brasileiro, visto que, é a partir da Constituição de 1988 e do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) de 1990 que os adolescentes passam a ser destinatários de direitos humanos fundamentais específicos, efetivados por meio de políticas públicas e do acesso à

justiça para pleiteá-los. Eis aqui a conexão entre o neoconstitucionalismo e o modelo jurídico brasileiro: a consolidação de um rol de direitos humanos fundamentais específicos para os adolescentes autores de atos infracionais privados de liberdade por cumprimento de medida socioeducativa, que se constitui em um micro sistema jurídico próprio com conexão constitucional, que prevê a exigência e a efetividade dos direitos dos adolescentes por meio do acesso à justiça via Defensoria Pública.

O impacto da promulgação de uma Constituição baseada no neoconstitucionalismo foi identificada por Boaventura de Sousa Santos, que percebeu que as expectativas dos cidadãos aumentaram com a promulgação da Constituição de 1988 em relação a terem satisfeitos seus direitos e garantias:

[...] a execução deficiente ou inexistente de muitas políticas sociais pode transformar-se num motivo de procura dos Tribunais. Acresce o fato de, também a partir da Constituição federal, de 1988, se terem ampliado as estratégias e instituições das quais se pode lançar mão para invocar os Tribunais, como, por exemplo, a ampliação da legitimidade para a propositura das ações diretas de inconstitucionalidade, a possibilidade das associações interporem ações em nome dos seus associados, a consagração do Ministério Público e a opção por um modelo público de assistência jurídica e promoção de acesso à justiça.<sup>35</sup>

Uma das características do neoconstitucionalismo é o fato das Constituições serem um polo irradiador do direito e de nortear a aplicação e a interpretação normativa nos diferentes ramos do direito. No sistema jurídico brasileiro tal fenômeno se revela, por exemplo, na legislação infraconstitucional do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) e no Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (SINASE) na seara dos direitos e garantias dos adolescentes autores de atos infracionais privados de liberdade por cumprimento de medida socioeducativa.

Com base no direito à igualdade de direitos entre crianças, adolescentes e adultos previsto na Constituição, o ECA no artigo 3 consolida o entendimento de que as crianças e os adolescentes gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana. Além disso, a prioridade absoluta e a proteção integral foram inseridos como princípios que envolvem os dispositivos legais previstos no ECA de

---

<sup>35</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa. **Para uma revolução democrática da justiça**. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2014, p. 24



modo a orientar as políticas públicas destinadas a esta população, bem como a aplicação do direito.

A promulgação do ECA, em outubro de 1990, revogou o antigo “Código de Menores”, alterando a base principiológica de atenção às crianças e aos adolescentes no Brasil. Na perspectiva “menorista” a criança e o adolescente eram objeto de uma verdadeira “ideologia tutelar”<sup>36</sup>. Veronese considera que, apesar do Código de 1979 ter significado um avanço em relação ao Código de 1927, nos processos envolvendo crianças e adolescentes, apresentava características inquisitoriais. Muito embora a Constituição de então (1967), garantir ao menor a ampla defesa, o Código de 1979 não previa o contraditório

Outro fato que pode ser colocado como exemplo dessa distorção era a existência para os menores de 18 anos da ‘prisão cautelar’, uma vez que o menor, ao qual se atribuía a autoria de infração penal, podia ser detido para fins de verificação, o que significava uma verdadeira afronta aos direitos da criança, na medida em que para o adulto, a prisão preventiva só poderia ser aplicada em dois casos: flagrante delito ou ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente – art. 5º., LXI, da CF.<sup>37</sup>

O ECA trouxe para esta seara jurídica um conjunto de normas e princípios baseados na “doutrina da proteção integral”, pela qual os adolescentes autores de atos infracionais reputados como “sujeitos de direito” e “pessoas em condições peculiar de desenvolvimento”, detentores dos direitos fundamentais cujas ações de todos: sociedade, família e Estado devem ser norteadas pelo princípio do superior interesse do adolescente, o que significa que as suas necessidades e demandas devem ser satisfeitas prioritariamente. O significado desta mudança leva a compreensão dos adolescentes e das crianças “como sujeitos, cujas autonomias estão se desenvolvendo, elevando-os a autores da própria história, enquanto atores sociais.”<sup>38</sup>

---

<sup>36</sup> “Na realidade tal tutela pode ser entendida como culturalmente inferiorizadora, pois implica o resguardo da superioridade de alguns, ou mesmo de grupos, sobre outros como a história registrou ter ocorrido e ainda ocorrer com mulheres, índios e outros.” (VERONESE, 2016, p. 63).

<sup>37</sup>VERONESE, J. R. P. Os Direitos da Criança e do Adolescente: construindo o conceito de sujeito-cidadão. In: WOLKMER, A. C.; LEITE, J. R. M. (orgs). **Os “Novos” direitos no Brasil: natureza e perspectivas** – uma visão básica das novas conflituosidades jurídicas. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 55-6

<sup>38</sup> VERONESE, J. R. P. Os Direitos da Criança e do Adolescente: construindo o conceito de sujeito-cidadão. p. 52

Segundo Saraiva<sup>39</sup>, o ECA ao tratar a questão da infância em situação de risco social e pessoal e dos adolescentes infratores não mais como objetos da intervenção estatal, como previsto na legislação anterior, mas como “sujeitos de direito” e “pessoas em situação peculiar de desenvolvimento” a partir da “doutrina da proteção integral” objetiva atender tal população com base nos direitos fundamentais e humanos. Com vistas a este objetivo, ele se estrutura em três sistemas de garantias: o sistema primário que dá conta das políticas públicas de atendimento à criança e ao adolescente, o sistema secundário que trata das medidas de proteção dirigidas às crianças e adolescentes em situação de risco social ou pessoal e o sistema terciário que trata das medidas socioeducativas que são aplicáveis a adolescentes em conflito com a lei, autores de atos infracionais.

É assim que ao regulamentar o texto constitucional, o ECA cumpriu o importante papel de “vivificar” a Constituição, eis que a mera presença de normas que estabeleçam direitos sociais é incapaz “de modificar as estruturas”. É preciso aliar aos direitos, políticas públicas eficazes, capazes de garantir a materialidade dos direitos positivados.<sup>40</sup>

Também é importante mencionar que o ECA estabelece a possibilidade de que os novos direitos da criança e do adolescente sejam demandados diretamente em juízo e isso está de acordo com o processo constitucional.

[...] ao se preocupar com o tema do acesso à Justiça, o Estatuto da Criança e do Adolescente considerou importantíssimo o fato de que a garantia desse acesso se constitui num dos mais elementares direitos, pois a sociedade pouco a pouco passou a compreender que não mais é suficiente que o ordenamento jurídico contemple direitos; antes é imprescindível que estes sejam efetivados, sendo que a propositura em juízo é, portanto, um dos mecanismos que visam à sua aplicação.<sup>41</sup>

Aos adolescentes privados de liberdade por cumprimento de medida socioeducativa devem ser garantidos todos os direitos humanos fundamentais atribuídos às pessoas

---

<sup>39</sup>SARAIVA, João Batista da Costa. **Adolescente em conflito com a lei**. Da indiferença à proteção integral- uma abordagem sobre a responsabilidade penal juvenil. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2005.

<sup>40</sup> VERONESE, J. R. P. Os Direitos da Criança e do Adolescente: construindo o conceito de sujeito-cidadão, p. 63

<sup>41</sup> VERONESE, J. R. P. Os Direitos da Criança e do Adolescente: construindo o conceito de sujeito-cidadão, p. 64-5

adultas e também aqueles direitos específicos a sua condição de pessoas em desenvolvimento. O único direito que deve ser restrito aos adolescentes privados de liberdade é a própria liberdade, todos os demais devem ser efetivados. Do artigo 7 ao 19 do ECA estão previstos os direitos fundamentais que devem ser garantidos a todos adolescentes, inclusive aos privados de liberdade e o artigo 124, incisos I ao XVI, elenca os direitos específicos dos adolescentes privados de liberdade. Ou seja, são os direitos dos adolescentes no cotidiano institucional das unidades de internação, como, por exemplo, o direito à visita, o direito a ser informado de sua situação processual, a receber escolarização, profissionalização e assistência jurídica durante a internação.

A assistência jurídica associa-se ao acesso à justiça que cada sujeito possui no contexto social em que se encontra. Ela, assim como o acesso à justiça não é um direito humano específico, mas sim, um meio necessário para a efetivação dos direitos humanos dos que se encontram em "situação hipossuficiente dentro da ordem societária contemporânea."<sup>42</sup> Isto é, o acesso democratizado à justiça é a condição *sine qua non* para a afirmação concreta dos direitos humanos dos indivíduos pertencentes aos grupos sociais subalternizados dentro do atual estado das coisas."<sup>43</sup>

O acesso à justiça historicamente vincula-se ao tipo de paradigma jurídico vigente. Se, durante o Estado liberal ou legal, o acesso à justiça se restringia ao acesso formal ao sistema jurídico de cada nação ocidental, no paradigma neoconstitucional do Estado de direito, a noção de o acesso à justiça é ampliada de modo a proporcionar a todos os sujeitos tanto o acesso formal quanto material em relação a satisfação dos direitos humanos fundamentais. É este pressuposto fundamenta a assistência jurídica aos adolescentes privados de liberdade por cumprimento de medida socioeducativa. Além disso, outro pressuposto da assistência jurídica aos adolescentes privados de liberdade é o fato de serem oriundos, em sua imensa maioria, das camadas sociais subalternizadas da sociedade brasileira, conforme revela Zaluar.<sup>44</sup>

---

<sup>42</sup> Sobre as garantias processuais que completam os direitos de primeira dimensão, ver SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 3.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 53

<sup>43</sup> MONDAINI, Marco. Verbete "Acesso à Justiça". In: SIDEKUM, Antonio; WOLKMER, Antonio Carlos; RADAELLI, Samuel Manica (orgs.). **Enciclopédia Latino-americana dos direitos humanos**. Blumenau: Edifurb; Nova Petrópolis; Nova Harmonia, 2016, p. 17

<sup>44</sup> ZALUAR, Alba. **Integração perversa: Pobreza e tráfico de drogas**. Rio de Janeiro: FGV, 2004.

A defesa dos direitos dos adolescentes submetidos às medidas socioeducativas se dá num contexto de dupla vulnerabilidade: uma, decorrente das suas origens sociais e outra da própria situação de privação de liberdade. Cabe à Defensoria Pública promover à assistência jurídica aos adolescentes privados de liberdade. Segundo Souza Santos (2014, p. 50), com a Constituição de 1988, as Defensorias Públicas passaram a ter um papel relevante, pois, foram constituídas como instituições essenciais à administração da justiça, cujos principais objetivos são a orientação jurídica e a defesa da população carente, através de assistência judicial e extrajudicial. Nota-se aqui mais uma influência importante do neoconstitucionalismo no paradigma jurídico brasileiro, uma vez, que a busca pela efetividade dos direitos é de responsabilidade da Defensoria Pública, conforme expressa no artigo 134 da Constituição de 1988. Coadunando-se com esse dispositivo constitucional, o artigo 4, inciso VI, da Lei Complementar 132 de 2009, Lei Orgânica da Defensoria Pública, estabeleceu como competência da Defensoria Pública o atendimento nos estabelecimentos de internação de adolescentes como forma de assegurar o exercício pleno dos direitos destes.

Por outro lado, o neoconstitucionalismo também se espraia na interpretação e na aplicação do direito socioeducativo pelos operadores do direito. Isso acontece porque o sistema legal socioeducativo é influenciado por princípios e valores, tais como o "superior interesse do adolescente", que se vincula ao princípio da dignidade da pessoa humana e ao respeito aos direitos fundamentais. O resultado disto é que há uma ampliação na margem interpretativa do julgador evidenciando que em alguns casos ocorre uma exacerbação de decisões discricionárias que prejudicam os adolescentes envolvidos com a justiça juvenil.<sup>45</sup> O estudo realizado por Sérgio Fusquine Gonçalves<sup>46</sup> dá um panorama de como isso acontece. Ao analisar algumas sentenças judiciais sobre a internação ou não de adolescentes acusados da prática de

---

<sup>45</sup> Busato e Mendes realizam um estudo que defende a aplicação da prescrição ao ato infracional, buscando desvendar abusos perpetrados com base em uma "falsa ideia da proteção integral. Ver: BUSATO, P. C.; MENDES, S. de F. Prescrição e ato infracional: um pano de fundo para a discussão sobre o curto e o longo prazo do discurso infracional. **Revista Novos Estudos Jurídicos**. Univali, PPCJ, Itajaí, v. 13, n. 1, p. 69-82, jan-jun.2008. Disponível em: <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/1228> . Acesso em 02/06/2020

<sup>46</sup> GONÇALVES, Sérgio Fusquine. **O melhor interesse como critério de decisão na justiça da infância e da juventude**: uma análise normativa. Monografia de Especialização em Direito da Criança e do Adolescente do Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade da Fundação Escola Superior do Ministério Público do RS. Porto Alegre, 2006.

atos infracionais, o autor verifica que a utilização do princípio do melhor interesse do adolescente tem se dado de forma recorrente para justificar a privação de liberdade, mesmo em casos em que tal medida não é a mais adequada. O que Gonçalves constata é que a medida de internação tem sido decretada ao adolescente que comete um delito leve - como é o caso da agressão corporal leve - com a justificativa de que o adolescente além de ter cometido o ato infracional também possui uma família desestruturada. Estas decisões contrariam, expressamente, a previsão legal do artigo 121, do ECA, que prevê que a aplicação da medida socioeducativa de internação somente poderá ocorrer quando sancionar os delitos mais graves contra a pessoa, devendo o princípio da proporcionalidade da punição à lesão cometida, ser respeitado, o que torna a internação como a última medida a ser cominada. Além disso, a situação familiar do adolescente não está prevista como fator de privação de liberdade, mas sim, de medidas protetivas que possam auxiliar o adolescente a resgatar seus vínculos familiares e sociais. Gonçalves também revela e denuncia que alguns juízes têm aplicado a medida de privação de liberdade a adolescentes portadores de doenças mentais que cometem atos infracionais. Tais decisões contrariam o disposto no Código Penal brasileiro e no ECA que proíbem a aplicação de pena aos adultos, bem como medidas socioeducativas a jovens, no caso de portadores de doença mental, uma vez, que a capacidade sancionatória do Estado aos sujeitos pressupõe a consciência e a sanidade mental destes sob os atos que realizam, o que não ocorre nestas situações.

Sendo assim, anota-se aqui o risco de que o impacto do neoconstitucionalismo no sistema normativo constitucional e infraconstitucional brasileiro no que concerne aos direitos dos adolescentes infratores privados de liberdade por cumprimento de medida socioeducativa, ocorra apenas de modo superficial, eis que em muitos casos os valores, os princípios, as diretrizes e a forma de interpretação e de aplicação do direito, típicos do antigo sistema jurídico, ainda prevaleçam em detrimento daqueles incorporados pela Constituição Federal de 1988.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

O neoconstitucionalismo hegemônico na maior parte dos países do mundo ocidental envolve um processo histórico em que diferentes sistemas jurídicos foram sendo experimentados e acabaram por deixar marcas na cultura do direito. Se, durante a Idade Média prevaleceu um sistema jurídico marcado pela pulverização institucional das formas de fazer e de dizer o que é o direito e uma jurisprudência decorrente unicamente dos costumes e das tradições, após a Revolução francesa o sistema jurídico passa a ter um núcleo único de produção e interpretação do direito oficial: o Estado legislativo de direito. Este Estado passa a positivizar o direito na lei e tem na figura do juiz o responsável por dizer o direito conforme o que a lei estabelece. Se, antes direito e moral eram coisas únicas, a partir do Estado legislativo, passam a ser coisas separadas. Em meados do século XX, o sistema jurídico ocidental passa por outra transformação caracterizada pela volta da inserção dos princípios e dos valores no direito positivo, por meio do reconhecimento dos valores democráticos e dos princípios ligados ao respeito à dignidade humana e aos direitos humanos fundamentais, o que fez nascer o neoconstitucionalismo. Neste paradigma jurídico o juiz e os Tribunais deixam de ser a "boca da lei" e passam a ser os intérpretes autorizados da Constituição, necessitando ponderar a maior ou menor incidência dos princípios normativos aos casos concretos e decidir qual deles deve ter preponderância sobre o outro.

Este estudo teve como objetivo compreender os impactos do neoconstitucionalismo no sistema socioeducativo brasileiro. Para tanto, duas questões orientam o estudo: como se manifesta a influência do neoconstitucionalismo no sistema normativo constitucional e infraconstitucional brasileiro? E se o sistema normativo de direitos fundamentais dos adolescentes autores de atos infracionais relativo ao acesso à assistência jurídica durante a privação de liberdade por cumprimento de medida socioeducativa é um dos efeitos do neoconstitucionalismo no sistema infraconstitucional brasileiro?

A análise bibliográfica e documental permite concluir que o neoconstitucionalismo impactou o sistema jurídico constitucional e infraconstitucional brasileiro de forma ampla e profunda, uma vez, que a Constituição Federal de 1988 incorporou elementos basilares dos valores e princípios democráticos, a separação de poderes, o respeito à

dignidade das pessoas humana e aos direitos fundamentais e o pluralismo político típico do paradigma jurídico neoconstitucional. Tais elementos uma vez inseridos na Constituição brasileira passam a ser um polo irradiador para todos os ramos do direito, inclusive os direitos da criança e do adolescente. Desse modo, o ECA e o SINASE, enquanto legislação infraconstitucional, acabam por plasmar os mesmos princípios em seu conteúdo, expressando direitos, garantias e deveres aos adolescentes infratores privados de liberdade por cumprimento de medidas socioeducativas. Estes direitos e garantias vinculam-se com respeito a sua dignidade de pessoa humana e aos seus direitos fundamentais. Devem ser tratados como "sujeitos de direitos", protegidos de forma integral considerando a sua "situação peculiar de desenvolvimento", o que lhes garante na esfera processual socioeducativa, o direito a ter respeitado o devido processo legal, a ampla defesa, o contraditório e a assistência jurídica ao longo de toda sua vinculação com a justiça juvenil. À Defensoria Pública por comando constitucional e infraconstitucional cabe a defesa dos direitos dos adolescentes privados de liberdade, o que materializa um dos preceitos do neoconstitucionalismo, que é a efetivação dos direitos para além do âmbito formal.

Todavia, há que ressaltar o risco de que em alguns casos, a ampliação da margem interpretativa por parte do julgador, como pressuposto do neoconstitucionalismo, possa levar a decisões discricionárias, que acabam por violar direitos e a prejudicar os adolescentes.

## REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ALEXY, Robert. Los derechos fundamentales en el estado constitucional democrático. In: MIGUEL, Carbonell. (Org.) **Neoconstitucionalismo (s)**. Madrid: Trotta, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). In: QUARESMA, R.; OLIVEIRA, M. L. de P.; OLIVEIRA, F. M. R. de (orgs.). **Neoconstitucionalismo**. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 51-92.

BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**. Uma defesa das regras do jogo. 3.ed. São Paulo: Paz e Terra, 1987.

BODNAR, Z.; ABDALLAH, R. I. Ali A. A concretização jurisdicional dos direitos fundamentais da criança e do adolescente. **Revista Eletrônica Direito e Política**. Univali, PPCJ, Itajaí, v. 3, n. 3, p. 653-680, 2008. Disponível em:

CADEMARTORI, Daniela Mesquita Leutchuk de; CORDEIRO, Jair Silveira. A constitucionalização do direito e os direitos humanos da criança e do adolescente: o impacto sobre o sistema socioeducativo brasileiro. *Revista Eletrônica Direito e Política*, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.15, n.2, 2º quadrimestre de 2020. Disponível em: [www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica) - ISSN 1980-7791

<https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/rdp/article/view/7340/4180> . Acesso em 10/06/2020

BRASIL. Lei n. 8069 de 13/07/90. (ECA). Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm). Acesso em 14/05/20

\_\_\_\_\_. Lei n. 12.594, de 18 de janeiro de 2012 Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo - SINASE. Disponível em: [www.planalto.gov.br/sinase-htm](http://www.planalto.gov.br/sinase-htm). Acesso em: 10/06/20.

\_\_\_\_\_. Lei Complementar n. 132, de 07 de outubro de 2009. Lei orgânica da Defensoria Pública no Brasil. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil\\_03-leis-lcp132.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03-leis-lcp132.htm). Acesso em: 05/05/2020.

BUSATO, P. C.; MENDES, S. de F. Prescrição e ato infracional: um pano de fundo para a discussão sobre o curto e o longo prazo do discurso infracional. **Revista Novos Estudos Jurídicos**. Univali, PPCJ, Itajaí, v. 13, n. 1, p. 69-82, jan-jun.2008. Disponível em: <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/1228> . Acesso em 02/06/2020

CADEMARTORI, D. M. L. de; COSTA, B. L. C. O "Novo" Constitucionalismo latino-americano: uma discussão tipológica. **Revista Eletrônica Direito e Política**. Univali, PPCJ, Itajaí, v.8, n. 1, p. 220-239, 2013. Disponível em: <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/rdp/article/view/5498> . Acesso em 10/06/2020

\_\_\_\_\_; PASIN, E. R. M. A Constitucionalização da família. O valor jurídico do afeto. **Revista da Faculdade de Direito da UFC**. UFC, Fortaleza, v. 35, n. 2, p. 87-120, 2014. Disponível: <http://www.revistadireito.ufc.br/index.php/revdir/article/view/298> . Acesso em 02/06/2020

CARBONELL, Miguel (Org.). **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Trota, 2003.

CONSANI, Cristina Foroni. A Crítica de Jeremy Waldron ao Constitucionalismo Contemporâneo. **Revista da Faculdade de Direito**. UFPR, Curitiba, vol. 59, n. 2, p. 143-173, 2014.

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

DIAS, M. da G. dos S. Refletindo sobre a criança e o adolescente. Um desafio para o direito neste trânsito para a pós-modernidade. **Revista Novos Estudos Jurídicos**. Univali, PPCJ, Itajaí, v. 12, n. 2, p. 309-319, jul-dez. 2007. Disponível em: <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/472> . Acesso em 10/06/2020

FERRAJOLI, L. Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista. Tradução de A. K. Trindade In: \_\_\_\_\_; STRECK, L. L.; TRINDADE, A. K. (orgs.).



CADEMARTORI, Daniela Mesquita Leutchuk de; CORDEIRO, Jair Silveira. A constitucionalização do direito e os direitos humanos da criança e do adolescente: o impacto sobre o sistema socioeducativo brasileiro. *Revista Eletrônica Direito e Política*, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.15, n.2, 2º quadrimestre de 2020. Disponível em: [www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica) - ISSN 1980-7791

**Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo:** um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

\_\_\_\_\_. *Passado y futuro del estado de derecho*. In: MIGUEL, Carbonell. (Org.) **Neoconstitucionalismo (s)**. Madrid: Trotta, 2009.

GONÇALVES, Sérgio Fusquine. **O melhor interesse como critério de decisão na justiça da infância e da juventude:** uma análise normativa. Monografia de Especialização em Direito da Criança e do Adolescente do Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade da Fundação Escola Superior do Ministério Público do RS. Porto Alegre, 2006.

HOLMES, Stephen. *Gag rules or the politics of omission*. In: ELSTER, J.; SLAGSTAD, R. (orgs.). **Constitutionalism and democracy**. Cambridge: Cambridge University Press, 1988.

MONDAINI, Marco. *Verbetes "Acesso à Justiça"*. In: SIDEKUM, Antonio; WOLKMER, Antonio Carlos; RADAELLI, Samuel Manica (orgs.). **Enciclopédia Latino-americana dos direitos humanos**. Blumenau: Edifurb; Nova Petrópolis; Nova Harmonia, 2016, p. 11- 17

PIETRO SANCHIS, Luis. *Neoconstitucionalismo y ponderación judicial*. In: CARBONELL, Miguel (Org.). **Neoconstitucionalismo (s)**. Madrid: Trotta, 2009.

SALAZAR UGARTE, P. *Sobre el concepto de constitución*. In: ZAMORA, Jorge; FABRA, Luis; SPECTOR, Ezequiel (orgs.). **Enciclopedia de filosofia y teoria del derecho**. México: UNAM, 2015.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Para uma revolução democrática da justiça**. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2014.

SARAIVA, João Batista da Costa. **Adolescente em conflito com a lei**. Da indiferença à proteção integral- uma abordagem sobre a responsabilidade penal juvenil. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2005.

\_\_\_\_\_. *Verbetes "Direito da Criança e do Adolescente"*. In: SIDEKUM, Antonio; WOLKMER, Antonio Carlos; RADAELLI, Samuel Manica (orgs.). **Enciclopédia Latino-americana dos direitos humanos**. Blumenau: Edifurb; Nova Petrópolis; Nova Harmonia, 2016, p. 223-233

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 3.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 49-62

VERONESE, J. R. P.; COSTA, M. M. da. Um monstro esconde-se em casa. A violência doméstica contra crianças e adolescentes. **Revista Eletrônica Direito e Política**. Univali, PPCJ, Itajaí, v.3, n. 2, p. 271-290, 2008. Disponível: <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/rdp/article/view/7405>. Acesso em 15/06/2020

\_\_\_\_\_. *Os Direitos da Criança e do Adolescente: construindo o conceito de sujeito-cidadão*. In: WOLKMER, A. C.; LEITE, J. R. M. (orgs.). **Os "Novos" direitos no**

CADEMARTORI, Daniela Mesquita Leutchuk de; CORDEIRO, Jair Silveira. A constitucionalização do direito e os direitos humanos da criança e do adolescente: o impacto sobre o sistema socioeducativo brasileiro. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.15, n.2, 2º quadrimestre de 2020. Disponível em: [www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica) - ISSN 1980-7791

**Brasil:** natureza e perspectivas – uma visão básica das novas conflituosidades jurídicas. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 51-72

WALDRON, Jeremy. Constitutionalism – a skeptical view. In: CHRISTIANO, T; CHRISTAMAN, J. (orgs.). **Contemporary debates on political philosophy**. Malden, Massachusetts: Blackwell Publishing, 2009.

WOLKMER, Antônio Carlos; LEITE, José Rubens Morato (orgs.). **Os “Novos” direitos no Brasil**. Natureza e perspectivas. Uma visão básica das novas conflituosidades jurídicas. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2016

\_\_\_\_\_; MELO, Milena P. **Constitucionalismo Latino-Americano: Tendências Contemporâneas**. Curitiba: Juruá, 2013.

ZALUAR, Alba. **Integração perversa: Pobreza e tráfico de drogas**. Rio de Janeiro: FGV, 2004.

Recebido em: 20/06/2020

Aprovado em: 30/07/2020