

## **A CONCRETIZAÇÃO JURISDICIONAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE**

**Rhamice Ibrahim Ali Ahmad Abdallah<sup>1</sup>**

**Zenildo Bodnar<sup>2</sup>**

### **SUMÁRIO**

1 Introdução; 2 Criança e Adolescente: seres humanos em desenvolvimento no mundo com os outros; 3 Os Direitos fundamentais da Criança e do Adolescente e necessidade de postura proativa do Poder Judiciário frente às novas realidades do mundo globalizado; 4 O Poder Judiciário e o controle das políticas públicas em prol dos direitos fundamentais da criança e do adolescente; 5 O Poder Judiciário e a reação em busca da construção de uma nova jurisprudência em prol dos direitos fundamentais da criança e do adolescente; Conclusão; Referência das Fontes Citadas

### **RESUMO**

No presente artigo procura-se desenvolver o estudo da viabilidade e necessidade da intervenção o Poder Judiciário, quando omissos os outros Poderes do Estado na missão constitucional de concretização das políticas públicas garantidoras dos direitos fundamentais das crianças e dos adolescentes. Para tanto, o estudo analisa os principais desafios e metas da jurisdição e o papel dos Juízes na concretização de tais direitos, com objetivo de se cumprir a missão de garantir melhora contínua da qualidade da vida dos seres humanos em formação, como o são as crianças e os adolescentes.

**Palavras-Chave:** Direitos Fundamentais. Ética. Justiça. Criança. Adolescente. Poder Judiciário. Política Pública.

### **RESUMEN**

El artículo tiene por objeto desarrollar el estudio de la viabilidad y la necesidad de la intervención del Poder Judicial, cuando omissos los otros poderes del Estado en la misión constitucional de la consecución de las políticas públicas ga-

---

<sup>1</sup> Mestrando em Ciências Jurídicas na UNIVALI-SC. Juiz de Direito no Estado de Mato Grosso, jurisdicionando da 3ª Vara Cível da comarca de Alta Floresta - MT. E-mail: [rhamice@hotmail.com](mailto:rhamice@hotmail.com)

<sup>2</sup> Doutor em Direito/UFSC, Mestre em Ciências Jurídicas/UNIVALI-SC, Professor do Mestrado em Ciências Jurídicas da UNIVALI-SC, Juiz Federal.

rantidoras de los derechos fundamentales de los niños y adolescentes. Com esse fin, el estudio axamina los principales objetivos de la jurisdicción y la función de los jueces en el concretización de esos derechos, con el fin de cumplir com la misión de garantizar la misión de garantizar la mejora continua de calidad de vida de los seres humanos en fomación, como son los niños e adolescentes.

**Palabras-Claves:** Derechos Fundamentales. Ética. Justicia. Niño. Adolescente. Poder Judicial. Política Pública.

## 1 INTRODUÇÃO

No dias atuais vive-se um importante momento histórico em que a criança e o adolescente passaram a ser considerados sujeitos de direito e beneficiários da doutrina da proteção integral<sup>3</sup>.

Importante frisar que para se chegar ao atual nível de garantia dos direitos da criança e do adolescente, muitas batalhas foram travadas e, nestas batalhas, muitos erros e acertos aconteceram no decorrer do processo histórico. Além disso, as conquistas se deram gradativamente a partir das intensas lutas travadas e mobilizadas pelas organizações populares nacionais e pelos demais atores sociais da área da infância e juventude, sem se esquecer das importantes pressões exercidas por organismos internacionais, como, por exemplo, a UNICEF.<sup>4</sup>

A Constituição da República Federativa do Brasil – CRFB/1988, ao trazer significativas mudanças em nosso ordenamento jurídico, estabeleceu novos paradigmas em relação aos direitos da criança e do adolescente e sob o aspecto formal corou as lutas e as mobilizações travadas em prol dos direitos das crianças e dos adolescentes.

Antes do advento da nova ordem constitucional no Brasil, pela doutrina da Situação Irregular, os menores integravam o binômio abandono – delinqüência e, por tal doutrina, qualquer medida ou ação a ser executada em relação aos

---

<sup>3</sup> A doutrina da proteção integral estabelecida no artigo 227 da Constituição da República substituiu a doutrina da situação irregular, oficializada pelo Código de Menores de 1979.

<sup>4</sup> Neste sentido, Cf. AMIN, Andréa Rodrigues. Evolução Histórica do Direito da Criança e do Adolescente, p. 8. In: **Curso de Direito da Criança e do Adolescente**: Aspectos Teóricos e Práticos, Editora Lumen Juris. Rio de Janeiro, 2008, Coordenação de Kátia Maciel.

menores tinha caráter filantrópico e assistencial, com gestão centralizadora do Poder Judiciário, a quem cabia a execução de qualquer medida referente aos menores.<sup>5</sup> Com a nova Constituição e, ainda, após a Lei n. 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente), passou a vigorar a doutrina da Proteção Integral, doutrina que fez eclodir a consciência da necessidade de se exaltar e concretizar políticas públicas que venham garantir os direitos fundamentais da criança e do adolescente como prioridade absoluta. Pela doutrina da proteção integral a criança e o adolescente passaram a ser vistos como titulares de direitos subjetivos e de direitos fundamentais garantidos constitucionalmente; direitos que devem ser concretizados por ações positivas dos agentes públicos em caráter de absoluta prioridade.

A doutrina da Proteção Integral deve ser entendida dentro do contexto do Estado Democrático de Direito, pois tal doutrina desloca o aspecto de tratamento da criança e do adolescente para outro campo de atuação, onde, por exemplo, do caráter de ações filantrópicas passa para ações positivas concretizadoras de políticas públicas, do fundamento assistencialista para fundamento de Direitos subjetivos e Direitos Fundamentais, de ação institucional Estatal para ação de Co-gestão Sociedade Civil, do caráter decisório centralizador para o caráter participativo, de uma organização piramidal hierárquica para uma organização em rede e de uma gestão monocrática para uma gestão democrática<sup>6</sup>, ou seja, uma verdadeira mudança de paradigma que exige a participação e comprometimento de todos os agentes e atores sociais<sup>7</sup> com objetivo ético de concretizar o sistema garantista em prol das crianças e dos adolescentes.

Sobre tal aspecto assinala AMIN:

A doutrina da proteção integral, por outro lado, rompe o padrão pré-estabelecido e absorve os valores insculpidos na Convenção

---

<sup>5</sup> Cf. AMIN, Andréa Rodrigues. **Evolução Histórica do Direito da Criança e do Adolescente**, p. 9. In: Curso de Direito da Criança e do Adolescente: Aspectos Teóricos e Práticos, Editora Lumen Juris. Rio de Janeiro, 2008, Coordenação de Kátia Maciel.

<sup>6</sup> Neste sentido conferir quadro comparativo apresentado por NARCISO, Leoberto. Organização e Gestão do Sistema de Garantia de Direitos da Infância e da Juventude, in **Encontros Pela Justiça na Educação** – Brasília – 2000 – FUNDESCOLA/MEC – p. 126.

<sup>7</sup> Judiciário, Ministério Público, Executivo, técnicos, sociedade civil, família.

dos Direitos da Criança. Pela primeira vez, crianças e adolescentes titularizam direitos fundamentais, como qualquer ser humano. Passamos assim, a ter um Direito da Criança e do Adolescente, em substituição ao Direito do Menor, amplo, abrangente, universal e, principalmente, exigível. A conjuntura político-social vivida nos anos 80 de resgate da democracia e busca desenfreada por direitos humanos, acrescida da pressão de organismos sociais nacionais e internacionais levaram o legislador constituinte a promulgar a "Constituição Cidadã" e nela foi assegurado com absoluta prioridade às crianças e adolescentes 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. A responsabilidade em assegurar o respeito a esses direitos foi diluída solidariamente entre família, sociedade e Estado, em uma perfeita co-gestão e co-responsabilidade.<sup>8</sup>

O Estado Democrático de Direito é modelo de Estado adotado por nossa Constituição<sup>9</sup>, e por tal modelo de Estado o destinatário da norma passa a ter poder de influenciar as decisões, os atos e as ações estatais por meio de mecanismos de deliberação democrática, provocando o surgimento de novos direitos e o dever do Poder Público de prestar positivamente direitos necessários a concretização dos anseios sociais, de forma a garantir o pleno exercício das liberdades públicas e das faculdades jurídicas, assim como as que se encontram normatizadas em diversos artigos da Constituição, tais como: artigo 6º, sobre direitos sociais; artigo 144, sobre segurança pública; artigo 196, sobre saúde; artigo 205, sobre educação; artigo 225, sobre meio ambiente ecologicamente equilibrado; artigo 230, sobre amparo ao idoso; artigo 226, §7º, sobre direito a recursos educacionais e tecnológicos necessários ao planejamento familiar; e, artigo 227, sobre amparo à criança e ao adolescente.

Com o novo ordenamento jurídico estruturado com base na garantia dos direitos fundamentais e no princípio da dignidade da pessoa humana, estabeleceu-se um vínculo jurídico entre o cidadão e o Estado, onde o cidadão foi investido do direito subjetivo e o Estado do dever de concretizar os direitos fundamentais por intermédio de políticas públicas concretizadas por ações positivas dos

---

<sup>8</sup> Cf. AMIN, Andréa Rodrigues. Doutrina da Proteção Integral, p. 14. In: **Curso de Direito da Criança e do Adolescente**: Aspectos Teóricos e Práticos, Editora Lumen Juris. Rio de Janeiro, 2008, Coordenação de Kátia Maciel.

<sup>9</sup> Cf. artigo 1º, da Constituição da República Federativa do Brasil - CRFB/1988

agentes públicos. Neste contexto, levando em consideração que a criança e o adolescente são seres humanos em processo de formação, o Estado tem o dever de concretizar seus direitos fundamentais como política pública prioritária, sob pena de flagrante desobediência às normas constitucionalmente consagradas.

Assim, neste trabalho, procura-se desenvolver algumas reflexões sobre a importância e necessidade do Poder Judiciário, enquanto Poder do Estado que é, de ser um canal efetivo por via do qual se possa fazer concretizar os direitos fundamentais da Criança e do Adolescente de forma prioritária.

Em síntese, o estudo sustenta a viabilidade e necessidade da intervenção o Poder Judiciário, quando omissos os outros Poderes do Estado na missão constitucional de concretização das políticas públicas garantidoras dos direitos fundamentais das crianças e dos adolescentes. Para tanto, o estudo analisa os principais desafios e metas da jurisdição e o papel dos Juízes na concretização de tais direitos, com objetivo de se cumprir a missão de garantir melhora contínua da qualidade da vida dos seres humanos em formação, como o são as crianças e os adolescentes, e, como consequência, a concretização de um mundo melhor, mais humano e justo.

## **2 CRIANÇA E ADOLESCENTE: seres humanos em desenvolvimento no mundo com os outros**

Criança e adolescente são seres humanos em desenvolvimento que merecem atenção em nível de absoluta prioridade, pois ao inserirem-se no mundo passam a experimentar e sentir o outro numa relação de vivência, pelo encontro e pela ação conjunta que exige um superar constante de si mesmo, que resultará na fundação do social, do comunitário.

Em lapidar lição, assinala a professora Maria da Graça dos Santos Dias:

O existir é marcado pelo ser e atuar com o outro no mundo e ao mesmo tempo atribuir significação, dar sentido, a esta experiência.

A relação humana autêntica desvela-se por seu caráter envolven-

te e significativa. O relacionar-se com o outro de maneira envolvente e significativa é o que Heidegger chama de "solicitude", que implica o "ter consideração" para com o outro e o "ter paciência" com o outro. [...]. A característica fundamental do existir humano radica no ser-com-o-outro. Tanto a forma mais inautêntica, massificada, de viver o coletivo, quanto o modo mais autêntico de viver a vida comunitária revelam esse fundamento da existência humana.<sup>10</sup>

Os seres humanos são dotados de sensibilidade, e por isso trazem arraigados em si certas capacidades: capacidade de receber sensações e de reagir aos estímulos, sejam naturais ou sociais; capacidade de julgamento ou avaliação em determinado campo, sejam morais, artísticos, ou em outros; capacidade de compartilhar as emoções alheias ou de simpatizar-se. Ou seja, os seres humanos são seres sensíveis, por terem a capacidade de sentir e compartilhar suas sensações e experiências nas mais diversas e imagináveis maneiras.

A criança e o adolescente, como seres humanos que são, não podem ser vistos como simples coisa ou objeto. Como assinala Dias, "o homem não é apenas uma presença "simples e objetivada" – isso acontece com as coisas. Ser-si-mesmo e ser-com-os outros, nisto consiste a vocação do homem"<sup>11</sup>. Assim, convém que as criança e os adolescentes sejam tratadas como homens inter-relacionados, inseridos e atuantes no mundo.

Neste contexto, é bom frisar que se vive hoje em um mundo globalizado, mundo este com forte tendência ao desrespeito dos direitos humanos e sociais, daí a necessidade de se pensar e refletir sobre uma justiça constitucional garantista dos direitos fundamentais da criança e do adolescente.

Enquanto conceito, criança e adolescente passaram a constituir categorias trazidas pela Modernidade, e, assim, passou-se a definir juridicamente a infância e a adolescência a partir de um marco cronológico.

---

<sup>10</sup> DIAS, Maria da Graça dos Santos. Refletindo sobre a criança e o adolescente: um desafio ao Direito neste trânsito para a pós-modernidade. In: **Revista Novos Estudos Jurídicos – NEJ** – Vol. 12 – n. 2 – p. 309-319/ jul-dez 2007.

<sup>11</sup> DIAS, Maria da Graça dos Santos. Refletindo sobre a criança e o adolescente: um desafio ao Direito neste trânsito para a pós-modernidade. In: **Revista Novos Estudos Jurídicos – NEJ** – Vol. 12 – n. 2 – p. 309-319/ jul-dez 2007.

A legislação brasileira considera "criança a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre doze e dezoito anos"<sup>12</sup>. Tal normatização tem fundamento e inspiração "nos conhecimentos dados pela ciência e nas recomendações de diplomas internacionais – entre eles, a Declaração Universal dos Direitos da Criança de 1959 e a Convenção Internacional dos Direitos da Criança da Organização das Nações Unidas de 1989"<sup>13</sup>.

Necessário, porém, enfatizar que a legislação traz critérios objetivos que devem ser interpretados não apenas pelo ângulo do aspecto cronológico, mas, acima de tudo, pelo aspecto do marco existencial.

Neste sentido, convém transcrever o que assinala Dias:

[...] esses critérios objetivos pretendem demarcar um tempo que não é apenas cronológico, mas, acima de tudo, existencial. Tempo vivido na compreensão. Um tempo que se constitui de experiências, que vão permitir a compreensão de si mesmo, do outro e do mundo. Experiências estas de conquista da espacialidade do ser do homem no mundo, de construção de relações próximas e afetivas, de realização de trocas envolventes e significantes; de construção de sua identidade pessoal e comunitária (o ser si mesmo e o sendo-com-outro no mundo).<sup>14</sup>

No espaço-temporalidade, a criança e o adolescente, sem dúvida experimentarão os impactos que todos os seres humanos experimentam no relacionamento com os outros pelas próprias condições de seres sensíveis.

Porém, como seres humanos em desenvolvimento, a criança e o adolescente mereceram da nossa legislação especial atenção, com objetivo de lhes garantir um trânsito seguro e sadio de uma etapa de dependência infantil à emancipação própria dos adultos.

A criança e o adolescente, com o advento da Constituição da República Fede-

---

<sup>12</sup> BRASIL, Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990. Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990, de acordo com as alterações dadas pela Lei n. 8.242, de 12 de outubro de 1991. – Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 5ª. Ed. Revista e atualizada, 2004, p. V. Art. 2º.

<sup>13</sup> DIAS, Maria da Graça dos Santos. Refletindo sobre a criança e o adolescente: um desafio ao Direito neste trânsito para a pós-modernidade. In: **Revista Novos Estudos Jurídicos – NEJ** – Vol. 12 – n. 2 – p. 309-319/ jul-dez 2007.

<sup>14</sup> DIAS, Maria da Graça dos Santos. Refletindo sobre a criança e o adolescente: um desafio ao Direito neste trânsito para a pós-modernidade. In: **Revista Novos Estudos Jurídicos – NEJ** – Vol. 12 – n. 2 – p. 309-319/ jul-dez 2007.

rativa do Brasil de 1988, passaram a ser sujeitos de direito, e como tais, têm direitos e garantias previstas no texto constitucional para que possam vencer a complexa e desafiadora etapa de transição da infância para a fase adulta.

Por influência e força do mundo globalizado, por vezes, o próprio Poder Público acrescenta barreiras injustas às crianças e aos adolescentes em sua trajetória à fase adulta sadia, e, neste contexto, revela-se a importância do Poder Judiciário adotar a postura da jurisdição constitucional, concretizadora dos direitos fundamentais dos seres humanos em processo de desenvolvimento.

### **3 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE E NECESSIDADE DE POSTURA PROATIVA DO PODER JUDICIÁRIO FRENTE ÀS NOVAS REALIDADES DO MUNDO GLOBALIZADO**

No Brasil existe um grande paradoxo no que diz respeito aos direitos fundamentais<sup>15</sup>. Apesar de tais direitos estarem formalmente consagrados no texto da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, em termos concretos, quase sempre, encontram-se relegados a mera condição de uma pauta política a ser executada oportunamente conforme os interesses políticos da classe dominante que se encontra no exercício do Poder.

Como bem assinalou Faria, "os direitos fundamentais em termos concretos quase nada valem quando os homens historicamente localizados se vêem reduzidos à mera condição genérica de humanidade"<sup>16</sup>. Neste sentido, pode-se afirmar que nada valem porque, sem a proteção efetiva de um Estado capaz de identificar as diferenças e as singularidades dos cidadãos, de promover justiça social, de corrigir as disparidades econômicas e de neutralizar uma iníqua distribuição tanto de renda quanto de prestígio e de conhecimento, a consa-

---

<sup>15</sup> Direitos Fundamentais são sempre Direitos Humanos, única distinção reside no fato de que o termo "direitos fundamentais" se aplica para aqueles direitos do ser humano, reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de um determinado Estado. Assim In: SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Editora Livraria do Advogado – Porto Alegre, 2007, 7ª edição, revista, atualizada e ampliada, p. 36-36.

<sup>16</sup> FARIA, José Eduardo. O **Judiciário e os Direitos Humanos e Sociais**: notas para uma avaliação da Justiça Brasileira, p. 95. Artigo, In: Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça. José Eduardo Faria (ORG), Editora Malheiros, 1ª edição, 4ª tiragem, 2005.

gração formal dos direitos fundamentais no texto da Constituição, nada representam em termos concretos em benefício sociais e humanos.

Nesse contexto, revela-se a importância do papel do Juiz como agente político-jurídico, já que o magistrado se qualifica como ator essencial do processo político de desenvolvimento, expansão e reafirmação dos direitos humanos e sociais normatizados na Constituição de 1988.

Neste sentido assinala Melo<sup>17</sup> que “o juiz que tiver uma postura criativa, com relação a esses novos fatos, ajudará a construir o direito justo porque o trabalho de interpretação que aproveitar todas as fontes legítimas de Direito será muito mais conseqüente e capaz de ganhar consenso social”. Porém, infelizmente, o que se observa na práxis forense é uma constante valorização do normativismo - positivista. A imposição de rigor lógico-formal tem se tornado, no dia-a-dia, regra para as manifestações e decisões judiciais. A cúpula dos tribunais superiores, por vezes apegados à mentalidade da dogmática positivista, tende a considerar a postura criativa dos juízes como uma simples distorção das funções judiciais e como pura e simples ameaça à certeza jurídica e perversão à segurança do processo.<sup>18</sup>

O Poder Judiciário encontra-se em um momento crucial da história, e não pode ficar apegado de forma sistemática e cega ao rigor da lógica/formal imposto pelo normativismo - positivista. Vive-se atualmente em um mundo globalizado onde o sistema global, sustentado em uma política econômica globalizada, impõe ao Estado - Nação seu modo de ser dominante que, quase sempre, transforma os Estados menos preparados ou em processo de desenvolvimento, em uma espécie de Estado Neocolonial<sup>19</sup>, forçados que são, pelo contexto da globalização, a manterem uma estrutura político-jurídica que favoreça a

---

17 MELO, Osvaldo Ferreira de. **Fundamentos da Política Jurídica**. Porto Alegre: Fabris.1994, p. 76.

18 Cf. FARIA, José Eduardo. **O Judiciário e os Direitos Humanos e Sociais**: notas para uma avaliação da Justiça Brasileira, p. 96. Artigo, In: *Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça*. José Eduardo Faria (ORG), Editora Malheiros, 1ª edição, 4ª tiragem, 2005.

19 Cf. BONAVIDES, Paulo. **Do país Constitucional ao País Neocolonial**. Malheiros Editora, 2000, p. 22.

política econômica globalizada em detrimento dos direitos e garantias humanos e sociais.<sup>20</sup>

Diante de tal situação tem o Poder Judiciário, como Poder Estatal que é, a responsabilidade social de tutelar os direitos fundamentais do ser humano e, em especial, os direitos fundamentais da criança e do adolescente, que são serem humanos em processo de formação, com vistas de que deles dependerá o futuro da Nação.

Os juízes como atores sociais, e como agentes de política-jurídica, devem ter consciência de que o advento da globalização se trata de um processo histórico da humanidade que não pode ser barrado ou impedido; porém, convém que estejam conscientes que a globalização traz consigo vertentes desumanas, ou seja, a globalização tem um foco amplamente direcionado para o mercado, para o capitalismo, e com isso descompromissado com os valores sensíveis necessários para o convívio social, e isso sim pode e convém ser combatido ou impedido em prol de um convívio humano e social harmônico, já que progresso não pode ser sinônimo de escravidão.

Neste contexto, tal postura dos juízes, não pode ser entendida como simples distorção das funções judiciais, ou como pura e simples ameaça à certeza jurídica e perversão à segurança do processo. Ao contrário, deve ser visto como busca de efetivação das garantias consagradas ao ser humano e como busca de concretização dos direitos fundamentais garantidos na Constituição de 1988.

Assim, nos dias atuais, o juiz não pode se contentar em ser simples garantidor e aplicador passivo da ordem jurídica legal, mas, acima de tudo, convém ser um agente político-jurídico consciente de seu papel e das conseqüências de seus atos perante a sociedade em uma nova realidade no contexto de mundo globalizado, ou seja, ter consciência da importância do papel que exerce na sociedade como importante ator social, com objetivo de concretizar dos direi-

---

<sup>20</sup>NEUNER, Jörg. Os Direitos Humanos Sociais. In: Jurisdição e direitos fundamentais: **anúário 2004/2005/Escola Superior da Magistratura do Rio Grande do Sul** – AJURIS; coord. Ingo Wolfgang Sarlet. – Porto Alegre: AJURIS: Livraria do Advogado Ed., 2006 v. 1, t.2. p 146.

tos humanos e sociais constitucionalmente garantidos.

Neste contexto, o juiz deve ser proativo, ético e sensível para “reconhecer e aplicar a norma em sua maneira mais profunda – através dos fenômenos culturais e das diferenças que identificam e justificam a existência sublime de cada ser humano”<sup>21</sup>, em especial quando este ser humano for uma pessoa em processo de formação como o é a criança e o adolescente. Além disso, o juiz necessita compreender a dimensão estética da vida cotidiana local e a manifestação do imaginário social para que possa concretizar um direito humanista, já que o imaginário social é “habitado pelo desejo de uma vida com qualidade, pela esperança de realização de um Direito legítimo, justo, útil e ético”<sup>22</sup>.

Importa frisar que com o advento da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, instaurou-se no Brasil o constitucionalismo de Estado Democrático Social de Direito<sup>23</sup>. Esta opção político-constitucional traz a necessidade do Poder Judiciário, como Poder fundamental do Estado<sup>24</sup>, efetivar o exercício de uma jurisdição constitucional que realmente concretize os direitos e as garantias sociais normatizados no texto constitucional.

---

21 MARTINS, Janine Stiehler. Estética da convivência: a função jurisdicional perante o ser humano e o social. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Itajaí, v. 2, n. 3, 3º quadrimestre de 2007. Disponível em: [www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica) - ISSN 1980-7791. Acesso em: 17.03.2008.

22 DIAS, Maria da Graça dos Santos. Direito e Pós-Modernidade. In: **Revista Novos Estudos Jurídicos** – NEJ, Vol. 11 – n. 1 – p. 111/ jan/jun 2006.

23 No artigo 1º da Constituição Federal/1988 prescreve que a República Federativa do Brasil se constitui em um Estado Democrático de Direito fundamentado na dignidade da pessoa humana e tendo como objetivos, dentre outros, o de construir uma sociedade livre, justa, solidária e fraterna, estabeleceu uma ideologia que deve iluminar todo o ordenamento jurídico constitucional e infraconstitucional em todos os campos do direito.

24 “não nos lembramos suficientemente de que a magistratura é um dos grandes ramos da árvore do *government* de determinado país. Com isto quero dizer, antes de tudo, que ela é parte do governo (i.e, do Estado; grifo meu) e, em segundo lugar, que também o seu poder sujeita-se a crescer e diminuir. As condições que agem sobre o Executivo e o Legislativo, determinando o caráter dos seus poderes, agem também sobre o Judiciário. E a forma assumida pelos outros poderes da grande árvore, que é o Estado, está em função da medida do Judiciário”. Cf. *English and American Judges as Lawmakers*, apud Mauro Cappelletti, Juízes Legisladores? p. 42. Citação em: FARIA, José Eduardo. O Judiciário e os Direitos Humanos e Sociais: notas para uma avaliação da Justiça Brasileira, p. 109. Artigo, In: Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça. José Eduardo Faria (ORG), Editora Malheiros, 1ª edição, 4ª tiragem, 2005.

A tal respeito, assinala Bonavides:

[...] o verdadeiro problema do Direito Constitucional de nossa época está, ao nosso ver, em como juridicizar o Estado Social, como estabelecer e inaugurar novas técnicas ou institutos processuais para garantir os direitos sociais básicos, a fim de fazê-los efetivos. Por esse aspecto muito avançou o Estado social da Carta de 1988, como o mandado de injunção, o mandado de segurança coletivo e a inconstitucionalidade por omissão. O Estado social brasileiro é portanto de terceira geração, em face desses aperfeiçoamentos: um Estado que não concede apenas direitos sociais básicos, mas os garante. [...]. O novo Direito que a sociedade industrial produziu não poderia ser outro senão o Direito Constitucional do Estado social. A esse Direito o Brasil se prende como nunca desde o advento da Constituição de 1988. [...]. Com efeito, não é possível compreender o constitucionalismo do Estado social brasileiro contido na Carta de 1988 se fecharmos os olhos à teoria dos direitos sociais fundamentais, ao princípio da igualdade, aos institutos processuais que garantem aqueles direitos e aquela liberdade e ao papel que doravante assume na guarda da Constituição o Supremo Tribunal Federal.<sup>25</sup>

Pela nova ordem constitucional vigente no Brasil, o Poder Judiciário deve fazer valer a força normativa dirigente e compromissória da Constituição de 1988, com o propósito de concretização dos direitos humanos e sociais fundamentais das crianças e dos adolescentes de forma prioritária, em caso de omissão do Poder Executivo, mesmo que isto represente uma intervenção da jurisdição constitucional na esfera do Executivo. Tal atuação interventiva do Judiciário é legítima, já que representa atuação constitucional como Poder do Estado para dar concretude às normas constitucionais.

STRECK, assinala que:

[...] a força normativa da Constituição – e, se assim se quiser, o seu papel dirigente e compromissório – sempre teve uma direta relação com a atuação da justiça constitucional na defesa da im-

---

<sup>25</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. Malheiros Editores, 22ª edição, atualizada e ampliada, 2007, p. 373.

plementação dos direitos fundamentais-sociais previstos na Lei Maior.<sup>26</sup>

Neste sentido, o juiz deve deixar o discurso equivocado, fundamentado na teoria da “independência dos poderes” para justificar sua própria omissão, já que tal discurso apenas reacende a tradição do modelo de Estado Liberal clássico, onde se sustentava a tese de que o Judiciário deveria manter-se inerte, sem interferir na esfera do Executivo ou Legislativo mesmo em caso de omissão destes; porém, quando se utiliza tal discurso, esquece-se que o Judiciário também é Poder do Estado e que, no Estado Democrático e Social de Direito como se vive no Brasil com o advento da Constituição de 1988, existe o dever de se efetivar a justiça constitucional com o propósito de realizar concretamente a norma constitucional garantidora dos direitos da pessoa humana em processo de formação em grau de prioridade.

No Estado Democrático de Direito o Poder Judiciário deixou de ser um Poder passivo e inerte para ser efetivamente um Poder constitucionalmente proativo em defesa de uma sociedade justa, ética e solidária.

Conforme FARIA:

[...] os juízes deverão aceitar a realidade da transformada concepção do direito e da nova função do Estado, do qual constituem também, afinal de contas, um ramo. E então será difícil para eles não dar a própria contribuição à tentativa do Estado de tornar efetivos tais programas, de não contribuir, assim, para o que eles podem fazer controlando e exigindo o cumprimento do dever do Estado de intervir ativamente na esfera social, um dever que, por ser prescrito legislativamente, cabe exatamente aos juízes fazer respeitar.<sup>27</sup>

O Poder Judiciário tem importante função de concretizar os direitos fundamentais da criança e do adolescente como prioridade absoluta. Portanto, ocorren-

---

<sup>26</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**. Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito. 2ª edição, revista e ampliada. Editora Lumen Juris. Rio de Janeiro, 2007, p. 23.

<sup>27</sup> Cf. CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?**. Tradução de Carlos Alvaro de Oliveira. Sergio Antonio Fabris Editor. Porto Alegre, 1993, p. 41-51.

do omissão do Executivo ou do Legislativo em seu dever de, por ações positivas, concretizar tais direitos fundamentais, deve o Judiciário intervir para a garantia da transformação social, do engrandecimento do Estado Democrático de Direito e do compromisso ético de construção de um mundo melhor, justo e solidário.

#### **4 O PODER JUDICIÁRIO E O CONTROLE DAS POLÍTICAS PÚBLICAS EM PROL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE**

Direito é criação humana, é uma produção cultural da Sociedade constituída a partir da consciência do justo e do injusto, com escopo de realização de Justiça. Portanto, pode-se afirmar que o direito é referendado por valores e verdades que se constituem historicamente no tempo e no espaço.

O Estado, neste mesmo contexto, como criatura da Sociedade, também nasceu da evolução histórica e, através dos séculos, adotou várias formas<sup>28</sup>, tipos históricos como os antigos Estados Orientais, o Estado Helênico, o Estado Romano, o Estado da Idade Média, o Estado Moderno e o Estado Contemporâneo<sup>29</sup>.

É bom frisar que em cada época histórica adota-se uma concepção de Estado de acordo com a ideologia dominante, como por exemplos, o Estado Absoluto, o Estado Liberal e o Estado Social.

O Estado Liberal clássico tinha a concepção de que o Estado devia ter poderes e funções limitados e, em contraposição ao Estado Absoluto, incorporou a teoria de separação dos poderes<sup>30</sup>, assim, cabia ao Executivo atuar apenas quan-

---

<sup>28</sup> Neste sentido, DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria do Estado**. São Paulo: Saraiva, 1987, p. 51

<sup>29</sup> Divisão encontrada em: PASOLD, Cesar Luiz. **Função Social do Estado Contemporâneo**. Florianópolis/SC: OAB/SC Editora co-edição Editora Diploma Legal. 2003. 128 p. 3ª edição, p. 29/34

<sup>30</sup> Montesquieu foi autor da obra que idealizou a teoria da separação de poderes recepcionada pelo Estado Liberal... "*De l'esprit des lois* (Do espírito das leis) publicada pela primeira vez em 1748

do autorizado por lei e nos seus exatos limites, ao Judiciário apenas o poder de aplicar a lei sem mesmo poder interpretá-la, já o legislativo era quem tinha a tarefa única e exclusiva de criar o direito.

O Estado Liberal assumiu a defesa da liberdade humana com fundamento no binômio: liberdade e igualdade e, neste contexto, o Estado não poderia intervir na sociedade sob pena de, tal interferência, representar inadmissível violação na esfera de liberdade humana já que pela teoria liberal perseguia-se o ideal burguês de liberdade onde se restringe o poder coletivo para dilatar a esfera de autodeterminação individual<sup>31</sup>, concebendo-se como fundamental a proteção dos cidadãos contra os abusos do poder público, porém, levando-se sempre em consideração que tal modelo de Estado não tinha preocupação com as diferentes necessidades sociais dos cidadãos, mas preocupação com a defesa contra eventuais agressões à liberdade.

Para não violar a liberdade e a igualdade, a lei deveria guardar as características da generalidade e da abstração. O juiz, como agente político do Estado não poderia, no seu no exercício da jurisdição, interpretar a lei ou considerar circunstâncias especiais ou concretas em favor dos direitos fundamentais sociais, sob argumento de, em assim agir, colocar em risco a "certeza do direito" e promover a quebra do princípio da generalidade e abstração da lei.

Porém, vive-se hoje uma nova realidade histórica onde vige a necessidade de atuação conforme os princípios de um Estado Democrático de Direito, pois este é o modelo de Estado adotado pela Constituição de 1988.

O Poder Judiciário, enquanto guardião das promessas democráticas e da ordem constitucional, deve atuar na perspectiva intervencionista e transformadora para a emancipação do homem na sociedade, para o seu pleno desenvolvimento humano e para a consolidação da Justiça Social e Ambiental. Este ideal somente será alcançado com uma hermenêutica comprometida com a Constituição. Todas as normas infraconstitucionais devem necessariamente passar por um "banho de imersão" ou por uma 'filtragem constitucional'.

---

<sup>31</sup> CADERMATORI, Daniela Mesquita Leutchuk de. **O diálogo democrático**. Curitiba: Juruá, 2006, p.32

A importante missão de completar e reconhecer novos direitos, ampliando os espaços de cidadania, caracteriza o fenômeno da judicialização da vida social. O Poder Judiciário, enquanto poder político, desempenha um papel proeminente na salvaguarda de direitos e garantias fundamentais e de socorro aos mais fragilizados.

No Estado brasileiro contemporâneo, o controle das políticas públicas revela-se importante atividade do Poder Judiciário. Tal atividade implica em intervenção direta em espaço que antes era tradicionalmente reservado aos demais Poderes. Como bem disse Eduardo Appio<sup>32</sup>, “este controle demanda, pois, plena independência político-administrativa do Poder Judiciário, razão pela qual o constituinte de 1988 previu, ao longo do artigo 96, as garantias, na forma de instrumentos jurídicos que lhe asseguram plena autonomia”.<sup>33</sup>

A atividade de controle da política pública pelo Poder Judiciário é, na verdade, exercício definidor de limites à atuação dos demais Poderes. É bom frisar que no Estado Democrático de Direito os Poderes Executivo e Legislativo encontram-se vinculados a deveres e objetivos impostos pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e, assim, não mais poderão atuar com discricionariedade plena.

Neste sentido, Carmem Lúcia Rocha consigna que:

Verifica-se que todos os verbos utilizados na expressão normativa – construir, erradicar, reduzir, promover – são de ação, vale dizer, designam um comportamento ativo. O que se tem, pois, é que os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil são definidos em termos de obrigações transformadoras do qua-

---

<sup>32</sup> APPIO, Eduardo. **Controle Judicial das políticas públicas no Brasil**. Curitiba: Juruá, 2005, p. 66

<sup>33</sup> APPIO, Eduardo, obra citada, em nota de rodapé, p.66, cita o acórdão do Plenário do STF, no julgamento da liminar requerida na ADI 2.238-5/DF, publicado no DJ, de relatoria do Ministro Ilmar Galvão, em ação direta de inconstitucionalidade promovida em face da Lei Complementar 101/01 (Lei de Responsabilidade Fiscal) onde, deferiu, em parte, a liminar requerida, no intuito de garantir sua autonomia financeira e a preservação do princípio da separação dos Poderes, suspendendo a eficácia do § 3º do art. 9º da Lei de Responsabilidade Fiscal, onde se autorizava o Poder Executivo a limitar os valores financeiros segundo critérios fixados pela lei de diretrizes orçamentárias, no caso de os Poderes Legislativo e Judiciário e o Ministério Público não promoverem a limitação no prazo estabelecido no caput.

dro social e político retratado pelo constituinte quando da elaboração do texto constitucional<sup>34</sup>.

Assim, o Poder Judiciário tem o dever constitucional de assumir e tornar efetiva a jurisdição constitucional, já que, pela nova ordem constitucional, vive-se no Brasil um Estado Democrático de Direito, o que, por si só, justifica o exercício da jurisdição de controle das políticas públicas.

Diante disso, importante frisar que para o controle jurisdicional das políticas públicas em prol dos direitos da criança e do adolescente é fundamental uma atitude proativa e constitucional do Poder Judiciário. Pela nova realidade democrática do Brasil, o Poder Judiciário não pode mais se portar como se ainda fosse um poder no âmbito do Estado Liberal Clássico de Direito. Proatividade, fundamentada na aplicação das normas constitucionais e seus princípios, é relevante para que os objetivos preconizados pela Constituição em prol da criança e do adolescente não sejam entendidos apenas como direitos subjetivos destes contra o Estado, mas compreendido principalmente como direitos constitucionalmente garantidos por norma de eficácia plena que deve ser concretizados para o alcance da justiça social direcionada como prioridade em prol de seres humanos em formação e, também, por conseqüência, em prol da própria Nação.

No entanto, um dos maiores obstáculos à implementação prática desta realidade histórica encontra-se no seio do próprio Poder Judiciário. Por vezes usa-se o princípio da separação dos Poderes como barreira ao avanço do Poder Judiciário na direção da efetivação do Estado Democrático e Social de Direito, Estado este adotado pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Convém frisar que o princípio de separação dos poderes<sup>35</sup> não pode ser visto como princípio de valor absoluto, pois tal princípio nunca assumiu um caráter

---

<sup>34</sup> ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. **Ação Afirmativa** – O Conteúdo Democrático do Princípio da Igualdade Jurídica. Revista de Informação Legislativa do Senado Federal. Brasília, n. 131, p. 283/295, jul./set. 1996, p. 285.

<sup>35</sup> CRFB/1988, art. 2º. "São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário".

rígido, e, quando a isto, pode-se observar nas próprias exceções admitidas, tais como fiscalização do Legislativo ao Executivo e da participação do Executivo em nomear magistrados no Poder Judiciário.

O Poder Judiciário, enquanto poder político, poder do Estado que é, tem que desempenhar um papel proeminente na salvaguarda de direitos e garantias fundamentais, concretizador dos direitos sociais, pois isto é vontade emanada do próprio texto constitucional, assim como se observa na norma contida no inciso XXXV, do artigo 5º, da Constituição da República Federativa do Brasil-CRFB/1988.

Por outro lado, o Poder Executivo quase sempre usa o argumento das limitações fáticas e orçamentárias, como justificativa de sua inércia para dar cumprimento ao texto constitucional em relação à concretização dos direitos fundamentais da criança e do adolescente. Porém, tais limitações não podem ser postas como justificativa geral para a inércia na implementação das políticas públicas em prol da criança e do adolescente previstas de forma completa na Constituição. Por isso, é fundamental a análise criteriosa dos dados empíricos do caso concreto para a justificação das decisões concretizadoras de direitos fundamentais prestacionais dos direitos da criança e do adolescente. A intervenção da jurisdição constitucional nas políticas públicas em prol desses seres humanos em desenvolvimento alcançará legitimidade quando estiver lastreada na riqueza de dados concretos do caso analisado e quando a decisão estiver fundamentada com base nos valores e princípios constitucionais.

Para a legitimidade da decisão em matéria de controle das políticas públicas, não é suficiente o esforço argumentativo e retórico no plano abstrato da norma, isso, aliás, é muito mais incumbência do legislador infraconstitucional. A justificação retórica, generalista e abstrata, aliás, não demanda maiores esforços argumentativos. Ninguém questiona e nem duvida que é também dever fundamental do Estado a proteção integral à criança e ao adolescente. O que é realmente imprescindível para a legitimidade da sindicabilidade dos atos e das omissões do Estado é a compreensão e a justificação adequada da norma contexto, ou seja, da norma fundamental construída para o caso concreto de acordo com o contexto fático da demanda, da riqueza de dados do caso concre-

to, da realidade atualizada dos programas estatais e do *status* de desenvolvimento econômico e social dos entes federativos envolvidos diretamente na política pública analisada.

No Brasil, a proteção dos direitos humanos é um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito. No decorrer de todo texto constitucional, principalmente em seu artigo 5º, a norma prevê e garante os direitos fundamentais.

Neste contexto, é bom frisar que a Constituição da República Federativa do Brasil, ao tratar dos direitos fundamentais, colocou a criança e o adolescente em grau de prioridade absoluta. O legislador constituinte teve o cuidado paternal de particularizar os direitos fundamentais da criança e do adolescente, e dentre tais direitos, aqueles indispensáveis à formação do indivíduo ainda em desenvolvimento, elencando-os no caput do artigo 227. São eles: direito a vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar.<sup>36</sup>

Esses direitos não estão catalogados no citado artigo com simples objetivo de servirem às ações políticas eleitoreiras dos partidos políticos e seus candidatos nas eleições, mas sim para serem obrigatoriamente concretizados pelo Estado. Trata-se de norma de eficácia plena que estabelece um enorme catálogo de políticas públicas que devem ser devidamente implementadas em prol da defesa e proteção da criança e do adolescente.

Assim, a atuação/intervenção do Poder Judiciário, na execução e na avaliação das políticas públicas direcionada às crianças e aos adolescentes, é plenamente possível em função da forma de positivação constitucional deste direito/dever fundamental. A Constituição também já conferiu densidade normativa suficiente para a sua concretização efetiva da tutela de tais direitos independentemente da superveniência de interposição legislativa.

A Jurisdição Constitucional de intervenção nas Políticas Públicas com objetivo

---

<sup>36</sup> Nesse sentido: AMIN, Andréa Rodrigues. Dos direitos fundamentais. In: Curso **de Direito da Criança e do Adolescente**: Aspectos Teóricos e Práticos, Editora Lumen Juris. Rio de Janeiro, 2008, Coordenação de Kátia Maciel, p. 31-60.

de concretização dos direitos fundamentais da criança e do adolescente não pode ser entendida como ativismo judicial. Disto não se trata, já que na nova ordem constitucional os juízes, no exercício da jurisdição, estarão jungidos de uma moral superior sempre que usarem como fundamento de suas decisões os princípios constitucionais. Trata-se pois, na verdade, de defesa de uma jurisdição constitucional mais efetiva, substancialista e republicana, como bem enfatizou Streck.<sup>37</sup>

Neste novo modelo histórico de Estado do Brasil, o Poder Judiciário, como Poder do Estado, não pode atuar com base em um modelo de Estado Liberal. Assim, o Poder Judiciário deve assumir seu real e necessário papel perante o modelo de Estado Democrático de Direito, como aquele que assume a feição transformadora das estruturas sociais em busca de concretização dos direitos fundamentais, por intermédio da efetivação da Jurisdição Constitucional em situações limite.

Neste contexto, assinala Streck:

[...] a postura que defendo aposta no papel transformador assumido pelo Estado neste momento histórico. O Estado deixa de ser ordenador (modelo liberal) e promovedor (social) para assumir a feição de transformar as estruturas sociais. Não é por nada que a Constituição estabelece que o Brasil é uma República que tem os objetivos de erradicar a pobreza, promover justiça social, colocando a idéia de *Welfare State* como núcleo essencial da Constituição (art. 3º), além dos dispositivos que tratam da intervenção do Estado na economia, no papel do Estado na promoção de políticas públicas, etc. Este é o ponto: em um país como o Brasil, em que o intervencionismo estatal até hoje somente serviu para a acumulação das elites, a Constituição altera esse quadro, apontando as baterias do Estado para o resgate das promessas incumpridas da modernidade. D`onde é possível dizer que não será a iniciativa privada que fará a redistribuição de renda e a promoção da redução das desigualdades, mas, sim, o Estado, no seu modelo alcunhado de Democrático de Direito, *plus* normativo em relação aos modelos que o antecederam. Deixemos de lado, pois, tanta desconfiança para com o Estado. O Estado, hoje, pode – e

---

<sup>37</sup> Cf. STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**. Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito. 2ª edição, revista e ampliada. Editora Lumen Juris. Rio de Janeiro, 2007, nota de rodapé n. 29, p. 143.

deve – ser amigo dos direitos fundamentais.<sup>38</sup>

Pelo exposto, conclui-se que o controle jurisdicional da correção das políticas públicas em prol da criança e do adolescente é um dever do Poder Judiciário, como poder do Estado que é. Dever este a ser exercido na perspectiva intervencionista e transformadora para a emancipação do indivíduo em formação na sociedade, para o seu pleno desenvolvimento humano e para a consolidação da justiça social e de uma Nação justa, ética e fraterna.

## **5 O PODER JUDICIÁRIO E A REAÇÃO EM BUSCA DA CONSTRUÇÃO DE UMA NOVA JURISPRUDÊNCIA EM PROL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE**

Atualmente, parcela significativa do Poder Judiciário tem buscado construir uma nova jurisprudência voltada à atuação e concretização da jurisdição eminentemente constitucional. Tem-se entendido que o conceito de Estado Democrático de Direito pressupõe uma valorização do jurídico e dos princípios constitucionais vigentes. Nesta quadra, toma-se consciência da necessidade de se estabelecer uma nova mentalidade no Poder Judiciário, onde se busque incorporar compromissos éticos de resgatar a força do Direito com base na fundamentação da jurisprudência nos princípios constitucionais. Neste contexto, uma nova jurisdição tem aflorado em nossos tribunais: a jurisdição constitucional, com a tarefa de guardiã dos valores materiais positivados na Constituição<sup>39</sup>, onde o Poder Judiciário se afasta da postura tradicional liberal passiva para assumir uma postura proativa de interprete e concretizador da vontade geral implícita no direito positivo, principalmente na norma constitucional.

Neste sentido, diferentemente do passado, encontra-se hoje em nossos tribunais vários exemplos de decisões onde o Poder Judiciário, em atitude de abandono do tradicional estado de passividade, interfere nas políticas públicas via

---

<sup>38</sup> Cf. STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**. Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito. 2ª edição, revista e ampliada. Editora Lumen Juris. Rio de Janeiro, 2007, p. 148.

<sup>39</sup> Cf. CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva**. Elementos da Filosofia Constitucional Contemporânea. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 1999, p. 226 e segs.

jurisdição constitucional para fazer valer direitos e garantias constitucionalmente elencadas diante da omissão de outros poderes da República. A título de ilustração:

#### DIREITO FUNDAMENTAL À EDUCAÇÃO:

STF, RE 410.715-AgR/SP: O Min. Celso de Melo em sua fundamentação do voto anotou:

É preciso assinalar, neste ponto, por relevante, que o direito à educação – que representa prerrogativa constitucional deferida a todos (CF, art. 205), notadamente às crianças (CF, arts. 208, IV e 227, "caput") – qualifica-se como um dos direitos *sociais mais expressivos, subsumindo-se à noção dos* direitos de segunda geração (RTJ 164/158-161), cujo adimplemento impõe, ao Poder Público, a satisfação de um dever de prestação positiva, consistente num "*facere*", pois o Estado dele só se desincumbirá criando condições objetivas que propiciem, aos titulares desse mesmo direito, o acesso pleno ao sistema educacional, inclusive ao atendimento, em creche e pré-escola, "*às crianças de zero a seis anos de idade*" (CF, art. 208, IV). [...]. O alto significado social e o irrecusável valor constitucional de que se reveste o direito à educação infantil – ainda mais se considerado em face do dever que incumbe, ao Poder Público, de torná-lo real, mediante concreta efetivação da garantia de "*atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a seis anos de idade*" (CF, art. 208, IV) – não podem ser menosprezados pelo Estado, "*obrigado a proporcionar a concretização da educação infantil em sua área de competência*" (WILSON DONIZETI LIBERATI, "*Conteúdo Material do Direito à Educação Escolar*", "in" "*Direito à Educação: Uma Questão de Justiça*", p. 236/238, item n. 3.5, 2004, Malheiros), sob pena de grave e injusta frustração de um inafastável compromisso constitucional, que tem, no aparelho estatal, o seu precípuo destinatário. [...]. Tratando-se de típico direito de prestação positiva, que se subsume ao conceito de liberdade real ou concreta, a educação infantil – que compreende todas as prerrogativas, individuais ou coletivas, referidas na Constituição da República (notadamente em seu art. 208, IV) – tem por fundamento regra constitucional cuja densidade normativa não permite que, em torno da efetiva realização de tal, comando, o Poder Público, especialmente o Município (CF, art. 211, §2º), disponha de um amplo espaço de discricionariedade que lhe enseje maior grau de liberdade de conformação, e de cujo exercício possa resultar, paradoxalmente, com base em simples alegação de mera conveniência e/ou oportunidade, ou, ainda, com apoio em "*argumentos de natureza política e econômica*" (EDUARDO APPIO, "*Controle Judicial das Políticas Públicas no Brasil*", p. 233/237, 236, 2005, Juruá), a nulificação mesma dessa prerrogativa essencial, como adverte, em pon-

deradas reflexões, a ilustre magistrada MARIA CRISTINA DE BRITO LIMA, em obra monográfica dedicada ao tema ora em exame ("A Educação como Direito Fundamental", 2003, Lumen Juris). [...]. Tenho para mim, desse modo, presente tal contexto, que os Municípios – que atuarão prioritariamente no ensino fundamental e na educação infantil (CF, art. 211, §2º) – não poderão demitir-se do mandato constitucional, juridicamente vinculante, que lhes foi outorgado pelo art. 208, IV, da Carta Política, e que representa fator de limitação da discricionariedade político-administrativa dos entes municipais, cujas opções, tratando-se de atendimento das crianças em creche (CF, art. 208, IV), não podem ser exercidas de modo a comprometer, com apoio em juízo de simples conveniência ou de mera oportunidade, a eficácia desse direito básico de índole social, [...].

Nesta mesma linha também decidiram decidiram os Egrégios Tribunais de Justiça de Santa Catarina e de Mato Grosso:

a) TJSC, Apelação cível n. 2002.011530-0, da Capital. Relator Des. Antônio Do Rego Monteiro Rocha, 29.08.2002:

Por outro lado, sensível a supremacia do Direito Social – que é o direito da criança e do adolescente – sobre o direito público, porquanto este existe para a realização daquele e não o inverso. Além disso, garantir a educação ao infante é preservar-lhe a dignidade, que é fundamento do nosso Estado Democrático de Direito. Portanto, o art. 227 da Constituição Federal, que encerra um princípio geral, alcinhado em nosso direito como a doutrina da Proteção Integral, tem prevalência e determina a aplicação imediata da regra programática inserta no art. 205 da Lex Mater, que não pode deixar de ser cumprida sob a frágil alegação de que faltam recursos para tanto.

b) TJMT, Apelação cível n. 29420/2005, Comarca de Juína. Relator Dr. José Zuquim Nogueira, 21.06.2006:

[...] o Legislador Constituinte (Art. 227) e o Estatutário (Art. 4º) estabelecem que a garantia da Proteção Integral à criança e ao adolescente ocorre mediante a exigibilidade de um dever da família, da comunidade, da sociedade em geral, e do Poder Público, em seus três âmbitos - Legislativo, Executivo e Judiciário - por meio de suas respectivas Instituições e de seus diversos atores, como agentes responsáveis pela reparação dos desvios existentes na realidade social, econômica e política do País, que causam violações aos direitos da criança e do adolescente. Temos que ter em mente que esse dever operacionaliza-se através de um conjunto articulado de ações governamentais e não-governamentais

da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, responsáveis pela formulação e construção das políticas e serviços especiais e sociais públicos em favor da população infanto-juvenil, e da atuação do Poder Judiciário, para garantir o seu cumprimento. Ademais, quando o Estatuto fala em absoluta prioridade, temos que interpretar esta expressão, não com limites, à luz da discricionariedade e conveniência do Administrador, mas na sua literalidade, entendendo aí que a prioridade não deve ficar adstrita às condições dos Municípios, como sustentou o apelante, mas deve ser a meta principal e primária para os governantes, de modo a propiciar à criança e ao adolescente seus direitos elencados no ECA. As ações administrativas voltadas para estes menores devem ser ações que seguirão os princípios fundamentais da proteção integral, da condição de sujeitos de direitos, da prioridade absoluta, da condição peculiar de pessoas em desenvolvimento, e traçar metas de acordo com os princípios estruturados da participação, descentralização, sustentabilidade e responsabilização de todos na sociedade. Outrossim, não serve de defesa a alegação do Município de que há outra escola onde o menor pode estudar, em razão de melhor acesso ao ônibus escolar, pois, se constata da declaração do pai do menor (fl. 77) que este teria que acordar às 4h (quatro horas da manhã) para iniciar os estudos às 7h30min (sete horas e trinta minutos), resultando num sacrifício desproporcional e injusto, imposto a uma criança de 07 (sete) anos de idade. Com razão, então, o douto magistrado sentenciante, ao impor ao Município a obrigação de propiciar o acesso da criança à escola, nos termos da decisão. Feitas essas considerações, e em consonância com o parecer ministerial, nego provimento ao recurso, mantendo a sentença pelos seus próprios fundamentos.

Sobre o tema também decidiu o Supremo Tribunal Federal (Recurso Extraordinário 195.192-3 RS, 2ª Turma, 22/02/2000):

SAÚDE – AQUISIÇÃO E FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS – DOENÇA RARA. Incumbe ao Estado (gênero) proporcionar meios visando a alcançar a saúde, especialmente quando envolvida criança e adolescente. O Sistema único de saúde torna a responsabilidade linear alcançando a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios.

Cite-se trecho esclarecedor desta decisão:

[...] além de ter-se o apoio na assistência do Estado prevista na Lei Maior, consideradas a vida, a saúde e o bem-estar da criança e do adolescente, constata-se que o acórdão proferido está lastreado, também, em interpretação de normas locais. A própria autoridade apontada como coatora, o Excelentíssimo Senhor Se-

cretário de Saúde, teria reconhecido a obrigatoriedade de aquisição e fornecimento de medicamentos excepcionais de alto custo para o Ministério da Saúde, INAMPS e para o próprio Estado. Isso decorre do Sistema Único de Saúde. No caso, restou constatado enfermidade rara e que alcança cerca de vinte crianças em todo Estado do Rio Grande do Sul com sérios riscos para a saúde e o desenvolvimento dos mesmos. O Estado deve assumir as funções que lhe são próprias, sendo certo, ainda, que problemas orçamentários não podem obstaculizar o implemento do que previsto constitucionalmente.

Sobre o assunto, ainda é oportuno referir a decisão do Tribunal de Justiça do Mato Grosso, Sexta Câmara Cível no Recurso de Agravo Interno Nº 17484/2008, interposto no Agravo de Instrumento 8598/2008 e relatada pelo Desembargador Juracy Persinani:

EMENTA: AGRAVO ART. 557, § 1º, CPC – NEGATIVA DE SEGUIMENTO A RECURSO DE AGRAVO DE INSTRUMENTO – RECURSO EM CONFRONTO COM JURISPRUDÊNCIA DOMINANTE NO STF, NO STJ E NESTE RESPECTIVO TRIBUNAL – SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE – FORNECIMENTO PELO ESTADO DE TRATAMENTO MÉDICO-HOSPITALAR PARA CIRURGIA E TRATAMENTO DE VISÃO A NECESSITADO – DEVER DO ESTADO – RECURSO DESPROVIDO. É de se manter a negativa de seguimento a recurso de agravo de instrumento embasada em julgados do STF, do STJ e deste Tribunal, no sentido de que “[...] Ressoa inconcebível que direitos consagrados em normas menores como Circulares, Portarias, Medidas Provisórias, Leis Ordinárias, tenham eficácia imediata e os direitos consagrados constitucionalmente, inspirados nos mais altos valores éticos e morais da nação sejam relegados a segundo plano. Prometendo o Estado o direito à saúde, cumpre adimpli-lo, porquanto a vontade política e constitucional, para utilizarmos a expressão de Konrad Hesse, foi no sentido da erradicação da miséria que assola o país. O direito à saúde da criança e do adolescente é consagrado em regra com normatividade mais do que suficiente, porquanto se define pelo dever, indicando o sujeito passivo, in casu, o Estado.” (STJ; REsp 577.836/SC).

A conclusão semelhante sobre o tema também chegou o Tribunal de Justiça de Santa Catarina na Apelação Cível em Mandado de Segurança n. 2005.012857-8, Relator Des. Pedro Manoel de Abreu:

Mandado de segurança. Fornecimento de leite especial. Alergia alimentar grave. Hipossuficiência econômica. Direito à saúde. Obrigação do Município. Direito garantido pelos arts. 6º e 196 da Constituição Federal. Violação ao princípio da separação dos po-

deres. Inocorrência. Remessa necessária e recurso voluntário desprovidos.

Entre proteger a inviolabilidade do direito à vida, que se qualifica como direito subjetivo inalienável assegurado pela própria Constituição da República (art. 5º, caput), ou fazer prevalecer, contra essa prerrogativa fundamental, um interesse financeiro e secundário do Estado, - uma vez configurado esse dilema - razões de ordem ético-jurídica impõem ao julgador uma só e possível opção: o respeito indeclinável à vida (STF, Min. Celso Mello). Não se pode afastar do Município a responsabilidade pela saúde do cidadão ao argumento de ser também de competência da União e dos Estados. Todos os entes da federação têm o dever de assegurar à população o efetivo atendimento à saúde pública.

O estudo dos exemplos práticos acima transcritos demonstra que os Tribunais brasileiros trilham caminho da efetivação da Justiça Constitucional, Justiça esta que se encontra em harmonia com o Estado Democrático de Direito adotado pela Constituição de 1988.

Pode-se afirmar que no Poder Judiciário tem juízes compromissados com a efetivação da jurisdição constitucional. Juízes já desvinculados do modelo de Estado Liberal Clássico e, que exercem a jurisdição em harmonia com o Estado Democrático de Direito.

Demonstra-se assim que o Poder Judiciário tem contribuído com decisões sensíveis que levam à efetivação de uma jurisdição constitucional garantidora dos direitos fundamentais da criança e do adolescente, mesmo que para tal, haja necessidade de intervenção em outros Poderes do Estado por omissão destes no dever constitucional de concretização dos direitos constitucionalmente garantidos aos seres humanos em formação.

## **CONCLUSÃO**

Atualmente vive-se em uma realidade histórica caracterizada pela intensificação do fenômeno da globalização. A revolução tecnológica encurta distâncias e imprime forte velocidade ao curso dos acontecimentos e relações. As fronteiras dos Estados já não são mais barreiras para as influências externas. A idéia clássica de 'Estado-Nação-Soberano' encontra-se em crise, pelo descompasso entre os interesses da política econômica globalizada e a necessidade de con-

cretização dos direitos humanos e sociais.

Neste contexto, as respostas dadas pelo Poder Judiciário não podem mais estar fundamentada nas teorias e princípios e um Estado Liberal Clássico. O momento exige a adoção emergencial de iniciativas que promovam uma revolução positiva nas alternativas procedimentais e também uma revitalização hermenêutica para melhor compreensão dos principais institutos da dogmática tradicional. Em síntese, o objetivo maior é que a atuação do Poder Judiciário seja na direção de uma jurisdição constitucional que garanta à criança e ao adolescente a concretização de seus direitos fundamentais.

O Poder Judiciário, enquanto guardião dos valores democráticos tem importante missão constitucional de efetivar a jurisdição constitucional com o propósito de concretizar os direitos fundamentais da criança e do adolescente com prioridade absoluta. E isto porque, a Justiça Constitucional deve dar vida e significado concreto aos mandamentos normativos constitucionais e internacionais que tutelam tais direitos em prol dos seres humanos em processo de desenvolvimento.

Neste desiderato, é fundamental que o Poder Judiciário assuma uma postura proativa, com firmeza e responsabilidade fundada nos princípios constitucionais para o controle das políticas públicas, em caso de omissão dos outros Poderes, em prol da proteção e defesa dos direitos fundamentais da criança e do adolescente, que são seres humanos em desenvolvimento.

## REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS

AMIN, Andréa Rodrigues. Evolução **Histórica do Direito da Criança e do Adolescente**, p. 9. In: Curso de Direito da Criança e do Adolescente: Aspectos Teóricos e Práticos, Editora Lumen Juris. Rio de Janeiro, 2008, Coordenação de Kátia Maciel, p. 3/10.

\_\_\_\_\_. Doutrina da Proteção Integral. In: **Curso de Direito da Criança e do Adolescente: Aspectos Teóricos e Práticos**, Editora Lumen Juris. Rio de Janeiro, 2008, Coordenação de Kátia Maciel, p. 11/17.

APPIO, Eduardo. **Controle Judicial das políticas públicas no Brasil**. Curitiba: Juruá, 2005, 288 p.

ABDALLAH, Rhamice Ibrahim Ali Ahmad; BODNAR, Zenildo. A concretização jurisdicional dos direitos fundamentais da criança e do adolescente. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.3, n.3, 3º quadrimestre de 2008. Disponível em: [www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica) - ISSN 1980-7791

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. Malheiros Editores, 22ª edição, atualizada e ampliada, 2007.

\_\_\_\_\_. **Do país Constitucional ao País Neocolonial**. Malheiros Editora, 2000.

BRASIL, Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990. Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990, de acordo com as alterações dadas pela Lei n. 8.242, de 12 de outubro de 1991. – Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 5. Ed. Revista e atualizada, 2004

CADERMATORI, Daniela Mesquita Leutchuk de. **O diálogo democrático**. Curitiba: Juruá, 2006.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?**. Tradução de Carlos Alvaro de Oliveira. Sergio Antonio Fabris Editor. Porto Alegre, 1993.

ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. **Ação Afirmativa** – O Conteúdo Democrático do Princípio da Igualdade Jurídica. Revista de Informação Legislativa do Senado Federal. Brasília, n. 131, p. 283/295, jul./set. 1996

CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva**. Elementos da Filosofia Constitucional Contemporânea. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 1999.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria do Estado**. São Paulo: Saraiva, 1987.

DIAS, Maria da Graça dos Santos. **Direito e Pós-Modernidade**. In: Revista Novos Estudos Jurídicos – NEJ, Vol. 11 – n. 1 – p. 111/ jan/jun 2006.

\_\_\_\_\_. **Refletindo sobre a criança e o adolescente: um desafio ao Direito neste trânsito para a pós-modernidade**. In: Revista Novos Estudos Jurídicos – NEJ – Vol. 12 – n. 2 – p. 309-319/ jul-dez 2007.

MARTINS, Janine Stiehler. Estética da convivência: a função jurisdicional perante o ser humano e o social. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Itajaí, v. 2, n. 3, 3º quadrimestre de 2007. Disponível em: [www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica) - ISSN 1980-7791. Acesso em: 03.03.2008.

MELO, Osvaldo Ferreira de. **Fundamentos da Política Jurídica**. Porto Alegre: Fabris.1994.

NEUNER, Jörg. Os Direitos Humanos Sociais. In: Jurisdição e direitos fundamentais: **anúário 2004/2005/Escola Superior da Magistratura do Rio Grande do Sul** – AJURIS; coord. Ingo Wolfgang Sarlet. – Porto Alegre: AJURIS: Livraria do Advogado Ed., 2006 v. 1, t.2. p 146.

ABDALLAH, Rhamice Ibrahim Ali Ahmad; BODNAR, Zenildo. A concretização jurisdicional dos direitos fundamentais da criança e do adolescente. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.3, n.3, 3º trimestre de 2008. Disponível em: [www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica) - ISSN 1980-7791

PASOLD, Cesar Luiz. **Função Social do Estado Contemporâneo**. Florianópolis/SC: OAB/SC Editora co-edição Editora Diploma Legal. 2003. 128 p. 3 edição.

FARIA, José Eduardo. O Judiciário e os Direitos Humanos e Sociais: notas para uma avaliação da Justiça Brasileira, p. 109. Artigo, In: **Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça**. José Eduardo Faria (ORG), Editora Malheiros, 4ª tiragem, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Editora Livraria do Advogado – Porto Alegre, 2007, 7ED, revista, atualizada e ampliada.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**. Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito. 2º edição, revista e ampliada. Editora Lumen Juris. Rio de Janeiro, 2007.